

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL DERECHO ECLESIASTICO

Beatriz González Moreno
Universidad de Vigo

SUMARIO: 1.- CONSIDERACIONES PREVIAS. LA SUPERACIÓN DE LAS VISIONES UNILATERALES DEL DERECHO: LA UNIDAD DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA. 2.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL DERECHO ECLESIASTICO 2.1.- LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO PRINCIPIO OBJETIVO DEL ORDEN JURÍDICO. 2.2.- LA TEORÍA DE LA RENOVACIÓN DOGMÁTICA Y EL EFECTO DE IRRADIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2.3.- LA DIMENSIÓN PRESTACIONAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA. 3.- LAS RELACIONES JURÍDICAS. 3.1.- RELACIONES JURÍDICAS INDIVIDUALES: LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 3.2.- RELACIONES JURÍDICAS INSTITUCIONALES: EL DERECHO ECLESIASTICO INTERNACIONAL Y LOS ORDENAMIENTOS CONFESIONALES. 4.- CONSIDERACIONES FINALES.

1. Consideraciones previas. La superación de las visiones unilaterales del Derecho: la unidad de la experiencia jurídica

El reconocimiento del Derecho eclesiástico como una disciplina con autonomía científica en el marco de la ciencia jurídica ha sido objeto, como es sabido, de numerosos esfuerzos doctrinales. Este proceso de justificación de su especialidad se ha dado, casi sin excepción, en todas las ramas del ordenamiento que —según la gráfica expresión de LOMBARDÍA— se van desgajando del añoso árbol del *Ius commune*, a consecuencia de la especialización que producen los avances técnicos en los estudios jurídicos¹. Esa especialización

¹ P. LOMBARDÍA, “El Derecho Eclesiástico”, en VV.AA., *Derecho eclesiástico del Estado español*, 2º ed., Pamplona, 1983, pág. 33. Véase, por ejemplo, la síntesis que hace GARCÍA DE ENTERRÍA sobre los esfuerzos de la doctrina dirigidos a garantizar la autonomía del nuevo Derecho público nacido tras la revolución francesa y el prolongado esfuerzo para aislar una abstracta función estatal de administrar con el fin de edificar sobre la misma el objeto formal del Derecho administrativo como ciencia y como disciplina. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en E. García de Enterría/T. R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo I*, 5º ed., Civitas, Madrid, 1989, reimpr. 1991, pág. 24.

es también fruto de la creciente complejidad de la vida social que ha de ser organizada jurídicamente².

Como se ha dicho, el sustrato de la autonomía científica en un determinado país radica en la presencia de un sector de su ordenamiento que regula el objeto tratado a partir de un Derecho especial reconducible a sistema. Son conocidas las disquisiciones doctrinales acerca de los elementos configuradores de la autonomía de una ciencia jurídica³. En España, la autonomía de la disciplina fue objeto de estudio y debate entre los eclesiasticistas a principios de los años ochenta, al hilo de su inclusión en el catálogo de áreas de conocimiento, siguiendo una evolución muy similar a la que había experimentado en Italia⁴. En la actualidad, la autonomía del Derecho eclesiástico es una cuestión menos discutida, aunque se ha fundamentado por la doctrina de modo diverso, bien por razón de su objeto, de sus principios inspiradores o de la existencia de un régimen jurídico propio. En estos criterios de fundamentación de su autonomía hay argumentos que son compartidos de manera unánime por la doctrina y otros más debatidos.

Los esfuerzos se centran hoy con carácter preferente, no en subrayar los elementos de diferenciación y autonomía, sino en destacar que “la juridicidad es algo único y esencialmente idéntico”⁵, o dicho de otra manera, en la *unidad de la experiencia jurídica*. Fue también LOMBARDÍA quien se anticipó en su magisterio a esta línea metodológica que parece hoy la más útil, frente a

² Esta progresiva especialización se refleja de modo muy claro en los actuales planes de estudios, articulándose en la oferta de asignaturas optativas que están vinculadas a las áreas de conocimiento tradicionales —recibidas en nuestro sistema jurídico con el plan romano-francés de Gayo—, pero que tratan sectores específicos del ordenamiento: inicialmente, por ejemplo, el Derecho marítimo; hoy, de modo muy acusado, en el Derecho administrativo, con ámbitos como el Derecho urbanístico, el Derecho ambiental o el Derecho del transporte; en el Derecho internacional, con el Derecho comunitario o las relaciones internacionales...etc.

³ Así, la delimitación de P. GISMONDI recogida en el *Trattato di Diritto ecclesiastico italiano*, 2^o ed., Parte general, Milano, 1978, pág. 14, o la de BERNÁRDEZ CANTÓN, recogida en “Problemas generales del Derecho Eclesiástico del Estado”, en VV.AA. *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*, Madrid, 1972, pág. 67, citados ambos por LOMBARDÍA en su capítulo “El Derecho Eclesiástico”, en el manual de Eunsa cit., 2^a ed., pág. 34.

⁴ Entre la doctrina más crítica con el reconocimiento de autonomía científica al Derecho eclesiástico si se le considera un sistema en la acepción clásica, vid. A. DE LA HERA, “El Derecho eclesiástico en el ámbito de la ciencia jurídica”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, III, 1987, págs. 370-372. Para DE LA HERA, “los verdaderos sistemas serían entonces aquellos que resultasen ser conjuntos de normas que regulasen el comportamiento humano en relación con las materias jurídicas de las que las personas son, digámoslo así, titulares” (...) y es que la autonomía es consecuencia de la individualización de las normas que posean un común denominador que sea el elemento objetivo que constituye su finalidad. Las normas no se explican sólo por su causa material (...) también los fines especifican a las normas”.

⁵ R. NAVARRO-VALLS, “La enseñanza universitaria del Derecho canónico en la jurisprudencia española”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, I, 1985, pág. 84.

estériles esfuerzos para delimitar con precisión de laboratorio los elementos configuradores de la autonomía científica de la disciplina⁶.

La idea fundamental es, por tanto, que la experiencia jurídica es única, y el ordenamiento está —al menos, aspira a estarlo— al servicio de esta unidad. El fenómeno jurídico no es solo la norma, el mandato, ni siquiera el ordenamiento en el que esas reglas se organizan como sistema, sino la *experiencia jurídica*, a la que, naturalmente, están adscritos esos mandatos, pero como parte de un todo bastante más complejo⁷. LO CASTRO expresa esta unidad con la idea de que el Derecho no se da en si mismo, sino que existe solamente como *vida jurídica*, que se resuelve en experiencia jurídica y se desarrolla no solo —ni siquiera de manera principal— en la actividad legislativa, sino en las sedes de los tribunales de justicia, en las oficinas de la Administración, en las relaciones intersubjetivas cuya trama compone la vida humana, regulada por las normas “pero inspirada en primer lugar por el criterio superior de la justicia”⁸. El Derecho es una exigencia del hombre⁹ y de su vida de relación. La experiencia humana se transforma en experiencia jurídica cuando está inervada por una dimensión de justicia y tiende a ella¹⁰. No cabe, por tanto, concebir el Derecho como actos normativos, como mandatos (sea de la razón, de la fe o de una voluntad arbitraria¹¹), sino como experiencia jurídica que está formada por normas pero, sobre todo, por el modo en el que una sociedad percibe la dimensión jurídica de la justicia.

Por ello, es necesario un equilibrio entre el análisis jurídico-positivo de las normas emanadas de la autoridad y la visión personalista del Derecho que busca la realización de la justicia en cada individuo. Desde esta perspectiva, la unidad de la experiencia jurídica, cabe delimitar distintos sectores del ordenamiento y proyectar una específica concepción del Derecho eclesialístico.

⁶ “(...) estoy persuadido —escribía LOMBARDÍA en 1985— de que tanto en el plano científico como en el de la didáctica, el gran problema no es el de la pulcritud en la delimitación de las distintas disciplinas, que la insoslayable necesidad de la especialización impone, sino el de recuperar el sentido de la unidad del ordenamiento”. *Ibidem*.

⁷ G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto*, I. *Del diritto e de la sua conoscenza*, G. Giappichelli editore, Torino, 1997, pág. 13.

⁸ G. LO CASTRO, *ibidem*.

⁹ Sin que importe que sus horizontes sean puramente racionales o se sitúe en horizontes de fe, como señala LO CASTRO, *ibid*.

¹⁰ “E nell’uomo in relazione, nell mistero dell’uomo, il diritto per un verso trova il suo metafisico fondamento e per un altro verso si incarna in concreta esperienza giuridica”, G. LO CASTRO, *ibidem*.

¹¹ *Ibidem*, pág. 14.

2. Delimitación del objeto del Derecho eclesiástico.

El Derecho eclesiástico se concibe, desde este planteamiento, como aquel sector del ordenamiento estatal que regula los derechos fundamentales y las relaciones jurídicas que tienen por objeto las creencias y las convicciones, tanto en su dimensión individual como colectiva e institucional, y que se configura como una técnica para la resolución de los conflictos en materia religiosa, ideológica y de conciencia desde una dimensión de justicia.

El rasgo que cualifica este ámbito de las relaciones humanas es, en mi opinión, la presencia de una dimensión de moralidad o, en expresión del mismo LOMBARDÍA, de aspectos relativos a la actividad espiritual del hombre¹². El elemento abstracto que unifica estas libertades y las hace reconocibles de otras manifestaciones del intelecto o de la voluntad es que constituyen la norma suprema de conducta del individuo, las facultades que orientan su comportamiento social¹³. Solo en esta dimensión externa pueden ser captadas por el Derecho, aunque el hecho de su exteriorización no modifica la naturaleza moral que irradia su origen. El efecto de su exteriorización es, en cambio, que solo desde entonces puede la norma jurídica regular la libertad de actuar conforme a las propias creencias o convicciones. Este es el momento de justificar esta delimitación objetiva.

Como es sabido, el Derecho eclesiástico surgió históricamente coincidiendo con el nacimiento del Estado moderno, por la necesidad de definir la posición del Estado ante la Iglesia católica y las nuevas iglesias aparecidas a raíz de la Reforma protestante¹⁴. Sin embargo, su centro de gravedad se ha desplazado históricamente de la consideración *institucional* a la consideración *constitucional*¹⁵, proceso que ha tenido lugar de modo inverso en el Derecho público interno de los Estados y en el Derecho internacional. Es precisamente el criterio histórico aplicado a su positividad, su generalización y su interna-

¹² P. LOMBARDÍA, "El Derecho Eclesiástico", en VV.AA., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, cit, pág. 70.

¹³ Esta dimensión de moralidad aparece también en otros derechos fundamentales y libertades públicas como la libertad de expresión, o el derecho al libre desarrollo de la personalidad. No es, sin embargo, la justificación defendida por aquel sector de la doctrina que incluye en el Derecho eclesiástico el tratamiento de las libertades públicas, sino que se apoyan en otros argumentos. *Vid.*, para una síntesis de esta fundamentación, la monografía de J.R. POLO SABAU, *¿Derecho eclesiástico del Estado o libertades públicas?*, Universidad de Málaga, 2002.

¹⁴ Cfr., entre otras, la obra de Liugi DE LUCA, *Il concetto di diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico*, Padova, 1946; M. ROCA, "Origen de la competencia del poder civil sobre las Iglesias en las Doctrinas protestantes: Estudio histórico e interés actual", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 1, enero 2003, Iustel.com.

¹⁵ En torno a esta evolución, J. FORNÉS, *La ciencia canónica contemporánea. Valoración crítica*, Eunsa, Pamplona, 1984, págs. 370 y ss.

cionalización¹⁶ lo que explica la situación actual del Derecho eclesiástico y la ampliación progresiva de su objeto.

En los ordenamientos internos de los Estados modernos emergentes, la cuestión religiosa tuvo inicialmente un enfoque institucional, de modo que lo que interesaba casi de modo exclusivo era la posición del Estado —de cada Estado— ante las confesiones religiosas, con el tránsito de la confesionalidad (*cuius regio, eius religio*) a la tolerancia y, finalmente, a la libertad religiosa de las confesiones¹⁷. El tratamiento jurídico de estas relaciones —la posición jurídica de los grupos religiosos en el ordenamiento del Estado— se ha consolidado como uno de los aspectos fundamentales del Derecho eclesiástico¹⁸.

Por otra parte, la libertad religiosa como derecho fundamental —la primera entre las libertades, en expresión de JEMOLO— es fruto de su especial consideración en la formulación histórica de los derechos humanos, plasmada en las declaraciones de derechos de las dos revoluciones de finales del siglo XVIII, sobre presupuestos ideológicos ilustrados, aunque con distinto tratamiento en cada una de ellas¹⁹. “En el mundo ideológico de la Ilustración —escribe STARCK— no se trataba ya de la protección de las confesiones. Antes bien, la tarea de proteger la fe y la conciencia de los súbditos frente a las confesiones, pasó a ser una competencia más del Estado «absolutista»”²⁰. Después, durante los movimientos revolucionarios, la libertad religiosa se convertirá en uno de los pilares del liberalismo en su lucha contra el absolutismo²¹. Sobre las formulaciones del separatismo liberal, la libertad religiosa se incardina entre

¹⁶ Sobre el sentido y el contenido de las influencias ideológicas en la formación histórica de los derechos, *vid.* G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. I. Teoría General*, Eudema, Madrid, 1991, págs. 170-173. De hecho, el estudio histórico de la positividad de los derechos fundamentales suele ser el marco en el que se explica su fijación normativa según A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pág. 108.

¹⁷ Ch. STARCK, “Raíces históricas de la libertad religiosa moderna”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 47, mayo-agosto, 1996, págs. 20-22.

¹⁸ Para un sector doctrinal, la organización o régimen civil de las diversas confesiones religiosas y la necesidad de su estudio sistemático y unitario es la razón principal que justifica la autonomía del Derecho eclesiástico como ciencia. Así, D. GARCÍA HERVÁS, en VV.AA., *Manual de Derecho eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid, 1997, pág. 68; J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE entiende que el núcleo central del Derecho eclesiástico del Estado es el estudio de la actitud del poder político respecto a las confesiones religiosas y a las manifestaciones individuales de religiosidad, en *Derecho eclesiástico español*, 3ª ed., Oviedo, 1995, pág. 66. También, J. M. VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, “El objeto del Derecho eclesiástico y las confesiones religiosas”, *Ius Canonicum*, XXXIV (1994), págs. 279-290.

¹⁹ Ch. STARCK, “Raíces históricas de la libertad religiosa moderna”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, *cit.*, págs. 16-20.

²⁰ *Ibidem*, pág. 15.

²¹ J. HERVADA/J. M. ZUMAQUERO, *Textos internacionales de derechos humanos*, 1ª ed. Pamplona, 1978, pág. 34.

los derechos fundamentales que se incorporan dogmáticamente a los textos constitucionales del Estado de Derecho, junto a la parte orgánica típica de la concepción inicialmente formalista de la Constitución. Se llega así a la idea moderna de que “sólo hay Constitución allí en donde el poder está limitado por los derechos del hombre”²².

En el ámbito internacional o supranacional, este proceso, como antes apuntamos, parece haberse producido de modo inverso. Primero se formularon las libertades de pensamiento, conciencia y religión consideradas en el plano individual. Después se ha delimitado jurídicamente el estatuto de los grupos religiosos. La explicación de esta inversión está en el distinto “humus” histórico sobre el que estas demandas de libertad germinaron. Es claro que el Derecho eclesiástico existe porque las confesiones religiosas lucharon en la edad moderna por delimitar su posición frente al Estado. Pero cuando las doctrinas estatalistas ceden ante la presión del individualismo liberal, ante la magnitud de los estallidos revolucionarios, es la libertad religiosa individual la que ocupa el primer plano. Cuando este clima ideológico se ha consolidado es cuando se inicia el movimiento internacional en favor de los derechos humanos y la libertad religiosa, que había encabezado las reivindicaciones revolucionarias, se formula en el plano internacional junto a la libertad de pensamiento y de conciencia, como derechos inalienables de la persona. De ahí pasarán a las cartas constitucionales del liberalismo como derechos públicos subjetivos.

Este proceso de doble dirección ha determinado a su vez la consolidación de un ámbito objetivo del Derecho eclesiástico constituido, por una parte, por las libertades fundamentales de pensamiento, conciencia y religión, y por otra, por el derecho de libertad religiosa de los grupos confesionales y la necesidad de relaciones institucionales y de cooperación entre la sociedad jurídico-política y las confesiones religiosas²³. Si históricamente estos aspectos han sido en algún momento exclusivos, o han estado en relación de subordinación, en el Derecho eclesiástico actual han de situarse en el mismo plano. Por esta razón, el objeto del Derecho eclesiástico ha de estar integrado, en mi opinión, por la regulación de los derechos fundamentales y de las relaciones jurídicas derivadas de las creencias y de las convicciones, en su dimensión individual, colectiva e institucional. Los derechos subjetivos fundamentales se concretan

²² F. RUBIO LLORENTE, Prólogo a VV.AA. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. (Doctrina jurisprudencial), Ariel, Barcelona, 1995, pág. X.

²³ Sobre esta cuestión, J. FORNÉS, “La libertad religiosa en Europa”, nº 7 de la *Revista General de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, Iustel.

en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, cuya formulación en el Derecho internacional obedece a un origen común²⁴.

En la actual doctrina eclesialista no faltan los intentos por perfilar conceptualmente aquellas libertades cuya génesis presenta tantos puntos de conexión²⁵. Se señala así que la libertad de pensamiento “tiene por objeto el conjunto de ideas, conceptos y juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida; más específicamente, pensamiento’ quiere decir aquí la concepción sobre las cosas, el hombre y la sociedad —pensamiento filosófico, cultural, científico, político, (artístico), etc— que cada persona posee. El intelecto tiene una relación objetiva con la verdad y la libertad de pensamiento nace de esta relación (...)”²⁶. La libertad de conciencia “se refiere al juicio moral sobre las propias acciones; su objeto es el juicio de moralidad y la actuación en consonancia con ese juicio. Se funda no en la libertad moral —las acciones humanas no son en sí buenas o malas moralmente porque así lo dicte la propia conciencia, lo son por su objetiva y real adecuación con la ley natural—, sino en la inmunidad de coacción por parte del Estado y de la sociedad, al pertenecer el juicio de conciencia al ámbito de intimidad de la persona”²⁷. La libertad religiosa “tiene por objeto la fe y la práctica —pública y privada— de la religión y es, asimismo, una libertad meramente jurídica o inmunidad de coacción, por ser los demás y el Estado incompetentes para imponer el acto de fe”²⁸.

²⁴ Señala TRUYOL que en la Europa de los siglos XVII y XVIII, el tema de la tolerancia y de la libertad religiosa y de conciencia siguió, como en el período de la Reforma y de la Contrarreforma, en el primer plano de las controversias doctrinales, pero ahora desde una perspectiva más filosófica que teológica. Además, se lleva a cabo en el marco de los derechos civiles y políticos en general, cuya reivindicación se desarrolla con la ascensión de una burguesía que reclama la supresión de los privilegios de la nobleza y la igualdad ante la ley. A su ideario liberal, de signo individualista, se asocia el problema del derecho a la libertad religiosa y de conciencia. Vid. A. TRUYOL Y SERRA, Estudio preliminar a *Los Derechos Humanos*, cit., pág. 16.

²⁵ Vid., entre otros muchos, los estudios en torno a estas libertades en la obra colectiva I. C. Ibán (coord.), *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Madrid, 1989; J. A. SOUTO PAZ, “Libertad ideológica y religiosa en la jurisprudencia constitucional”, VV.AA. *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del prof. Pedro Lombardía*, Universidad Complutense-Universidad de Navarra-Edersa, Madrid, 1989, págs. 511 y ss; J. HERVADA, *Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica*, en “Persona y Derecho”, 11(1981), págs. 13-53; también en “Scritti in memoria di Pietro Gismondi”, II, Milano, 1991, págs. 115-163; J.M. CONTRERAS MAZARÍO, “Algunas consideraciones sobre la libertad de conciencia en el sistema constitucional español (I)”, en *Derechos y libertades*, n° 3, 1994, págs. 131-156; M.T. ARECES PIÑOL, “Las fronteras entre la libertad religiosa y la libertad ideológica”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1994, págs. 11-68.

²⁶ J. HERVADA/ J.M. ZUMAQUERO, *Textos internacionales de derechos humanos*, cit., pág. 149, nota 258.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

Estos tres grandes derechos humanos²⁹ o libertades fundamentales —la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia y la libertad religiosa—, tienen, en opinión de VILADRICH³⁰, una base común: “el ámbito de racionalidad y de la conciencia, donde cada hombre realiza su encuentro personal y la consonancia de sus comportamientos sociales con la verdad, el bien, la belleza y Dios, no puede ser sustituido, violado, coaccionado o ignorado por el Estado. Se trata de un ámbito liberado del Estado’, en el sentido de no pertenecer ni a la esencia o identidad del Estado, ni a la esfera de competencias de su poder”. Profundizando todavía más en la raíz de estas tres libertades, VILADRICH³¹ afirma que todas ellas implican el reconocimiento de la naturaleza y dignidad del ser personal de cada ciudadano en su dimensión específica, “a saber, aquélla donde la persona es y actúa el carácter innato, inviolable, irrenunciable e imprescriptible de su racionalidad y de su conciencia mediante la búsqueda y el establecimiento, por sí y sin ningún género de coacción o sustitución, de su propia relación con la verdad, el bien, la belleza y Dios”.

Un sector de la doctrina se ha esforzado también por precisar la autonomía de cada una de estas libertades, reconociendo que presentan aspectos comunes, pero destacando también sus importantes diferencias³². En efecto, hay razones para sostener la autonomía propia del derecho de libertad religiosa respecto al de libertad ideológica o al de libertad de conciencia, pero las tres son manifestación de la dimensión moral de la persona.

De todo lo expuesto, a mi modo de ver, hay que incluir como objeto del Derecho eclesiástico, el tratamiento jurídico de las *creencias* y de las *convicciones*, cuando éstas, en expresión de MARTÍNEZ-TORRÓN, desempeñan en la vida de una persona una función equiparable a la de la religión³³. Pero habría que diferenciar entre el resultado de las opciones religiosas y el resultado de las opciones ideológicas, de modo que las creencias y las convicciones no tendrían, de hecho, un objeto coincidente sino que serían manifestaciones

²⁹ En torno a sus perfiles distintivos, *vid.* también J. MANTECÓN, “La libertad religiosa como derecho humano”, *cit.*, págs. 109-111.

³⁰ P. J. VILADRICH, “Principios informadores del Derecho eclesiástico español”, en VV.AA., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, *cit.*, pág. 204.

³¹ P. J. VILADRICH, *op. cit.*, pág. 207.

³² Sobre el objeto del Derecho eclesiástico, *vid.*, entre otros, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “El objeto de estudio del derecho eclesiástico”, en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, XI (1995), págs. 225-248; A. M. VEGA GUTIÉRREZ, “Consideraciones acerca del objeto del Derecho eclesiástico español”, en *Escritos en Honor de Javier Hervada*, Pamplona, 1999, págs. 951-969; J. ROSSELL GRANADOS, “Objeto del Derecho eclesiástico”, en *Diálogo sobre el futuro de la Ciencia del Derecho eclesiástico en España*, Pamplona, 2001, págs. 101-119.

³³ Lo que el mismo autor denomina *la intensidad axiológica*, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado*, Comares, Granada, 1999, págs. 135-139.

diferenciadas de la libertad religiosa, en el caso de las creencias, y de la libertad ideológica y de conciencia, en el caso de las convicciones. Esta expresión —*convicciones*— ha tratado de ser definida por la jurisprudencia de los órganos de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 9 del Convenio, declarando que se refiere a “la opinión que alcanza un cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia (...), una visión coherente de los problemas fundamentales”³⁴. Estas convicciones estarían ligadas a la libertad de conciencia cuando se refiriesen a los juicios de moralidad, y a la libertad de pensamiento, si derivasen de las ideas o juicios del hombre sobre la vida y el mundo³⁵.

Es cierto que estas distinciones conceptuales tienen un relativo interés, porque su incidencia en el régimen jurídico de estos derechos es, por el momento, muy limitada. Incluso hay fundadas razones para sostener que se trata de distintas dimensiones de un solo derecho de libertad³⁶ pero, en mi opinión, se trata de libertades que afectan a distintas conductas protegibles y cuya evolución parece apuntar a perfiles jurídicos diferenciados. La objeción de conciencia o las cuestiones bioéticas ligadas a opciones morales, tienen su origen en el ejercicio de una libertad distinta de los conflictos multiculturales derivados de creencias religiosas, y son problemas cualitativamente distintos de los que plantean las confesiones religiosas en su desenvolvimiento social, por ejemplo. Por esta razón, no considero que sea inútil hacer estas precisiones en torno al objeto. En cualquier caso, las orientaciones más recientes del Derecho eclesiástico se inclinan por un tratamiento equiparado de las creencias religiosas y de las convicciones no religiosas. En esta materia, reviste gran importancia la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones³⁷. Como

³⁴ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, II, 1986, pág. 423, que recuerda que en las dos versiones consideradas auténticas, en la inglesa se usa la palabra *belief* y en la francesa la palabra *convictions*.

³⁵ Sobre estos aspectos, A. M. VEGA GUTIÉRREZ, “Bioética y Derecho: razón ética versus razón técnica”, *Secularización y laicidad*, San Sebastián, 1996, pp. 203-223.

³⁶ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado*, cit., pág. 130.

³⁷ Elaborada por la Comisión de Derechos Humanos y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la O.N.U., y adoptada, sin votación, por la Resolución 36/55 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 25 de noviembre de 1981. Sobre la génesis de este texto y la configuración final del documento pueden verse L.F. NAVARRO, “Proyectos de Declaración y de Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o creencia”, en *Ius Canonicum*, 42, 1981, págs. 809-888; *id.*, “Dos recientes documentos de las Naciones Unidas sobre la tutela de la libertad religiosa. Hacia una Convención Internacional sobre Libertad Religiosa”, en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, cit., págs. 197-209.

ha puesto de relieve la doctrina³⁸, la equiparación entre creencias religiosas y no religiosas es uno de los ejes de la Declaración, que establece una relación de equivalencia, como objeto del documento, entre libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de cualesquiera convicciones³⁹.

Desde el punto de vista de los derechos subjetivos fundamentales que constituyen su objeto, hay que examinar la aplicación concreta al Derecho eclesiástico de las orientaciones constitucionales en esta materia, que modalizan la interpretación y realización de estos derechos. La razón de este análisis es, como ya subrayaba LOMBARDÍA, la necesidad de conocer cuáles son las opciones constitucionales que determinan las características que definen el Derecho eclesiástico español, en la actual fase de evolución de nuestro ordenamiento jurídico⁴⁰.

2.1. La libertad religiosa como principio objetivo del orden jurídico

Como es sabido, las Constituciones modernas establecen la limitación del poder del Estado por los derechos fundamentales concebidos como derechos subjetivos constitucionales. Pero hay otra dimensión en los derechos fundamentales: su vertiente jurídico-objetiva como principios normativos superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto, y no sólo del orden constitucional. Esta dimensión es complementaria de su consideración como derechos subjetivos, tanto de defensa frente a las intromisiones en la esfera de autonomía individual por parte de los poderes públicos, como en su faceta positiva de derechos de participación.

En la doctrina española, GALLEGO ANABITARTE afirma que la consideración de los derechos fundamentales como principios superiores del ordenamiento jurídico, al proclamarlos como *fundamento del orden político*, sig-

Para este autor, el texto "es expresión tanto de un acuerdo básico sobre la necesidad de proteger este derecho, como sobre el significado y contenidos del derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión", ult. *op. cit.*, pág. 197. Un amplio análisis de este documento puede verse también en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "La protección internacional de la libertad religiosa", cit., págs. 154-160, y la bibliografía citada por el autor. Con posterioridad, además, CENTRE OF HUMAN RIGHTS, "Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion and belief", en *United Nations action in the field of human rights*, New York, 1994, págs. 168 y ss.; B. DIKSON, "The United Nations and freedom of religion", en *International and Comparative Law Quarterly*, abril 1995, págs. 327-357.

³⁸ Cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "La protección internacional de la libertad religiosa", cit. pág. 155 y el trabajo de L. BRESSAN, *Libertà religiosa nel diritto internazionale. Dichiarazioni e norme internazionali*, Padova, 1989, citado por el autor.

³⁹ A consecuencia de la presión ejercida por países socialistas y a la inevitable carga ideológica que pesaba sobre un proyecto sobre *intolerancia religiosa*. Vid., sobre esta circunstancia, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit. supra*.

⁴⁰ P. LOMBARDÍA, "El Derecho Eclesiástico", cit., pág. 35

nifica una decisión constitucional en favor del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales⁴¹. Sobre esta dimensión objetiva, la STC 53/1985, FJ 4º, sostiene que:

“(…) los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la CE, el fundamento del orden jurídico y de la paz social”. De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado”.

En definitiva, el Tribunal Constitucional español ha consagrado la teoría del doble carácter de los derechos fundamentales. En este sentido, la STC 25/1981, FJ 5º, señala⁴²:

“Ello resulta lógicamente del *doble carácter* que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho según la fórmula de nuestra Constitución (...). Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales (...) se recoge en el artículo 10.1 de la CE”.

2.2. La teoría de la renovación dogmática y el efecto de irradiación de los derechos fundamentales

Como es sabido, existe un criterio doctrinal, cada vez más generalizado, que se inclina por superar la eventual contraposición entre los derechos pro-

⁴¹ A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., págs. 103 y ss.

⁴² STC 25/1981, de 24 de julio, en un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 11/1980, sobre Supuestos de suspensión de determinados derechos fundamentales, art. 55.2 c), a propósito de la legitimación de una Comunidad Autónoma para impugnar dicha Ley. Fue ponente el Magistrado Truyol Serra.

pios del liberalismo clásico –entre los que estaría la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión–, los derechos que manifiestan el principio democrático y los derechos prestacionales. La libertad religiosa, ideológica y de conciencia muestra una significación en el Estado de Derecho como derecho de libertad, una significación como derecho de participación y como derecho prestacional. Tiene, en palabras de SCHNEIDER⁴³, una eficacia simultánea como elemento de defensa y elemento del ordenamiento jurídico, como derecho de participación y garantía procesal, como derecho de prestación y directriz para el legislador⁴⁴. De algún modo, esta renovación dogmática de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión significa una superación de los esquemas de la *legislatio libertatis*, o al menos, una relectura de esta caracterización.

Esta posición, que subraya la función positiva de los poderes públicos en la consecución efectiva de los derechos y libertades, es tributaria de una corriente que, principalmente en la doctrina alemana, se ha esforzado por dar una nueva dimensión a la interpretación tradicional de los derechos fundamentales, lo que se ha denominado la “renovación dogmática” de los derechos fundamentales. Uno de los principales representantes de esta corriente, Peter HÄBERLE⁴⁵, propugna una nueva “política de los derechos fundamentales”, (*Grundrechtspolitik*), dirigida al legislador para articular los derechos fundamentales desde una doble perspectiva: por una parte, aunque la interpretación más extendida del contenido esencial tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, tiende a destacar su vertiente defensiva (y así se habla de la *garantía* del contenido esencial como límite a la actividad del legislador, como núcleo infranqueable), los derechos fundamentales y la cláusula del contenido esencial tienen una dimensión positiva de extraordinario relieve: la *obligación* de los poderes públicos, por mandato constitucional, de actuar para hacer reales y efectivos los derechos fundamentales. Si se deja a un lado el enfoque clásico del contenido esencial como límite de los límites y se supera la visión liberal decimonónica de la ley como instrumento de limitación y restricción de la esfera de libertad individual, se vislumbra el formidable potencial de la acti-

⁴³ H. P. SCHNEIDER, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979, pág. 27.

⁴⁴ Un análisis de estos contenidos de la libertad religiosa puede verse en B. GONZÁLEZ MORENO, “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 66, sept.-dic. 2002.

⁴⁵ La formulación más clara de este planteamiento se contiene en su ponencia “Grundrechte im Leistungsstaat”, *Los derechos fundamentales en el Estado de prestación*, presentada en la reunión de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público, celebrada en Regensburg en septiembre y octubre de 1971. Junto con el informe de Wolfgang MARTENS, aparece publicada en el nº 30 del *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, de 1972.

vidad positiva del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales⁴⁶. El desarrollo de la decisión política en favor del Estado social en los modernos Estados democráticos es prueba de ello, y es fácilmente perceptible un cambio en la orientación de las leyes, expresado ya desde sus exposiciones de motivos o sus preámbulos.

En la Constitución española, hay una evidente disposición en esta línea, tanto en el artículo 9.2 como en el artículo 53.1. Respecto de éste último y el precepto en el que se inspiró, el artículo 19.2 de la LF, es clara la connotación positiva del mandato que contiene (“respetar el contenido esencial”), frente a la mera prohibición de afectar al derecho fundamental en su esencia recogido en la Ley Fundamental de Bonn. Lo que se impone al legislador en el artículo 53.1 es que al “ejercer su competencia de regulación del ejercicio de los derechos, respete su contenido, es decir, lo desarrolle adecuadamente y le dispense una protección eficaz”. Pero esa función positiva incumbe también al resto de los poderes públicos, y se destaca el papel de la jurisprudencia en la interpretación progresiva de los derechos fundamentales⁴⁷. Esta función positiva implica la superación de la noción de los derechos fundamentales como límites al poder⁴⁸.

En el artículo 9.2 de la Constitución española⁴⁹, además, se consagra una política de derechos fundamentales que exige una promoción activa y la creación de las condiciones para que puedan ejercitarse realmente desde la libertad y la igualdad. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este aspecto en la STC 86/1985, cuyo FJ 3º establece que:

⁴⁶ Diversos enfoques de esta cuestión pueden verse en A. López Pina (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, cit., *passim*.

⁴⁷ P. HÄBERLE señala que en 1971 se formuló el postulado general de la “garantía de progresiva efectividad de los derechos fundamentales”, que sirve de presupuesto en la dogmática de estos derechos, y recoge en este punto una cita de R. THOMA: “Incumbe a la jurisprudencia constitucional descubrir la diferente función de una norma constitucional, y en particular de un derecho fundamental. Y al respecto se dará preferencia a la interpretación que más fuertemente despliegue la eficacia jurídica de la norma”, en P. HÄBERLE, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, cit., pág. 263. En el marco de su teoría de la Constitución abierta es donde HÄBERLE sitúa una “cultura de los derechos fundamentales”. *Vid.*, en particular, págs. 332-341, sobre cómo se plantea respecto de las tres funciones estatales la efectividad práctica de los derechos fundamentales.

⁴⁸ Sobre este rasgo, *vid.*, R. DE ASÍS, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992; I. DE OTTO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, en *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 163 y ss.

⁴⁹ Cfr. también el art. 3.2 de la Constitución italiana de 1947 y cláusulas análogas sobre la realización de los derechos fundamentales, como las que recogen algunas recientes Constituciones de los cantones suizos, o de derechos fundamentales en particular, como el art. 67.1 de la Constitución portuguesa.

“La acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución (arts. 1.1, 9.2 y 31.2, principalmente). Desde esta última advertencia, por lo tanto, no puede en modo alguno, reputarse inconstitucional el que el legislador, del modo que considere más oportuno en uso de su libertad de configuración, atienda, entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales (...) a la hora de señalar a la administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas (...)”.

Por otra parte, según la propuesta de renovación dogmática de los derechos fundamentales, se impone facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política y en el ámbito económico-social, potenciando el *status activus processualis*, la participación en los procesos públicos de decisión que puedan afectarles, como medio de garantizar la efectividad de los derechos y cumplir la función social del Estado. Estas libertades-participación se articulan a través de las correspondientes garantías procesales.

2.3. La dimensión prestacional de la libertad religiosa

Como se ha dicho, entre los derechos fundamentales de contenido económico, social o cultural, una parte tiene la misma estructura que los derechos liberales clásicos: exigen una abstención por parte de los poderes públicos, entendida como no injerencia en los contenidos específicos que derivan del ejercicio de esas libertades, dentro de la delimitación constitucional del derecho o libertad, es decir, dentro de sus límites propios⁵⁰. Pero en todos estos derechos fundamentales de libertad hay un contenido prestacional por parte de los poderes públicos que requiere una actuación más o menos intensa, de modo que en estos derechos fundamentales de libertad o “libertades sociales”⁵¹, la obligación estatal cuenta con dos objetos: respetar el ámbito de autonomía del ciudadano y asegurarle los medios para que el ejercicio de su libertad e igualdad sea real y efectivo. Con toda claridad se advierte esta obligación pública, por ejemplo, en la libertad de enseñanza, que presupone un sistema educativo plural, con una oferta pública y otra privada. A tal fin se reconoce la libertad de creación de centros docentes, con su propio ideario dentro del respeto a los

⁵⁰ B. GONZÁLEZ MORENO, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 205-209.

⁵¹ Como sabemos, caben múltiples denominaciones en esta categoría: derechos sociales de libertad, libertades sociales, derechos fundamentales de contenido social...etc. En todo caso, el adjetivo social tiene aquí un valor genérico, comprensivo de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales.

principios constitucionales, y que cuenta con ayudas públicas con los requisitos establecidos por la ley (artículo 27.9), para garantizar el pluralismo educativo. Pero también en los casos en que no resulta tan evidente, encontramos una dimensión prestacional en los derechos fundamentales de libertad que no sería posible si el Estado no pone los medios para su efectividad. Por ejemplo, garantizando la posibilidad de que los padres puedan elegir centros docentes donde se imparta a sus hijos formación religiosa y moral o subvencionando a los medios de comunicación para asegurar el pluralismo informativo. En algún caso, como la no discriminación por razón de sexo en el acceso a un puesto de trabajo, la promoción profesional, la libre elección de profesión o la remuneración, se trata de “una especificación de la igualdad formal del artículo 14 a un ámbito, el de las relaciones privadas de trabajo, donde sin esa previsión constitucional expresa y en defecto de norma positiva que lo impusiese, podría plantear dificultades la aplicación del principio que nos ocupa, dada la vigencia en las relaciones *inter privatos* de la regla de la autonomía de la voluntad”⁵². Exactamente las mismas consideraciones pueden hacerse respecto de la autonomía de las confesiones como sujetos colectivos titulares el derecho de libertad religiosa.

Lo típico de estos derechos no es, por tanto, que no sea necesaria la intervención de los poderes públicos para asegurar su disfrute por todos los ciudadanos, porque estos derechos no están excluidos de la vinculación material del artículo 9.2, antes bien, son su objeto propio. Lo característico es que en estos derechos, la prestación tiene un valor instrumental para el ejercicio de su contenido. Son derechos de libertad que dependen, para su realización, de la voluntad del individuo o del grupo religioso, pero que exigen, para poder ser ejercitados, las condiciones materiales necesarias que el Estado está obligado a garantizar, como derivación de la cláusula del Estado social.

3. Las relaciones jurídicas

3.1. Relaciones jurídicas individuales: la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales

En la vinculación que el artículo 53.1 de la Constitución española impone, se habla solo de los poderes públicos, sin mencionar a los ciudadanos, como hace el artículo 9.1. Esto conecta con otra cuestión fundamental que hace referencia a lo que la doctrina alemana ha denominado *Drittwirkung der*

⁵² L. MÍGUEZ MACHO, *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Cedecs, Barcelona, 1999, pág. 120.

Grundrechte, la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, en la que hemos de detenernos, aunque sea brevemente.

El problema de la relevancia del sistema de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es uno de los más debatidos actualmente en el seno de la teoría general. El origen de las discusiones doctrinales radica en un profundo desacuerdo sobre las raíces históricas de los derechos fundamentales y, en consecuencia, del grado de aplicabilidad del modelo de relaciones entre Estado y particulares que instauró el constitucionalismo clásico al esquema del Estado social. Además, el problema estrictamente jurídico (en definitiva, la validez del sistema de garantías establecido para el respeto de los derechos fundamentales frente al Estado, también a las relaciones *inter privatos*) queda enturbiado en este punto por consideraciones extrajurídicas con matices ideológicos diversos.

El origen del debate doctrinal se sitúa en Alemania, en los primeros años de la década de los sesenta. Uno de los principales promotores de la idea de extender el régimen jurídico de los derechos fundamentales de un modo directo a las relaciones entre particulares es Walter LEISNER⁵³. Básicamente, su razonamiento se estructura en torno a dos premisas. La primera es que, en sus orígenes, los derechos fundamentales nacieron confrontados a la idea medieval de privilegio, de modo que, junto a su dimensión pública, hay también una dimensión estrictamente privada en las razones históricas de su aparición, de modo que la idea de que afectan a las relaciones de Derecho privado no es en absoluto ajena a sus principios, que no pueden situarse solamente en la tensión entre el poder del Estado y la libertad individual. Este criterio, con matices y desde otra perspectiva, es sostenido también por algún autor español. En concreto, Luis PRIETO SANCHÍS opina que no hay datos históricos que apoyen la exclusión de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, sino que hay razones para mantener lo contrario. Los derechos fundamentales surgen, más bien, como un reforzamiento o una expansión del ámbito de obligatoriedad de los derechos subjetivos, que ya no exigen sólo el respeto de los particulares sino el de todos los poderes públicos, y especialmente, el del legislador, nota característica y genuina de los derechos fundamentales⁵⁴. Más dudoso es, en cambio,

⁵³ W. LEISNER, discípulo de Theodor MAUNZ, publicó su trabajo de habilitación universitaria bajo el título *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960, en la línea de una corriente doctrinal que entonces empezaba a abrirse paso en Alemania, partidaria de admitir una eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. Una de sus primeras manifestaciones se debió a H.C. NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen", en la obra colectiva de F.L. Neumann/ H.C. Nipperdey/ U. Scheuner (eds.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, II, Duncker & Humblot, Berlin, 1954, págs. 18 y ss.

que este planteamiento haya sido recibido en el sistema de garantías de los derechos fundamentales.

La segunda premisa de esta posición es que los derechos fundamentales son derechos absolutos, por lo que han de ser oponibles *erga omnes*, de modo que incluso en las relaciones entre los particulares pueden ser invocados.

Esta tesis de LEISNER ha sido sometida a críticas en la doctrina alemana⁵⁵, pero también en nuestro país se han puesto de relieve algunas inexactitudes de su planteamiento. Pedro DE VEGA⁵⁶ ha negado aquellos argumentos, desde una visión de conflicto entre legalidad y legitimidad en el Estado moderno, de desconexión entre realidad política y realidad jurídica. Como punto de partida, se sostiene la sustitución y la quiebra histórica de los supuestos individualistas sobre los que se construyó la democracia liberal. No importa tanto que la eficacia directa de los derechos fundamentales se haya querido fundamentar sobre un dato discutible, si la idea medieval de privilegio respondía a lo que hoy entendemos por un poder privado o un poder público, y en consecuencia, si la reacción se daba o no ante un auténtico poder público⁵⁷. Lo verdaderamente importante es si se trata solo de derechos que el individuo puede hacer valer frente al Estado o “se trata de derechos que, como correctores de las situaciones sociales de privilegio, el individuo podrá invocar en

⁵⁴ L. PRIETO SANCHÍS, “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales” en *Comentarios a las leyes políticas*, cit., pág. 460. El autor se hace eco de la opinión de DOMAT, para quien el Derecho perdurable, el que no dependía de las decisiones arbitrarias ni de los criterios de oportunidad del soberano, era precisamente el Derecho privado, hasta el punto de que si se quisiera codificar el Derecho natural, daría como resultado un Código Civil. En cambio, el Derecho público depende de la voluntad del poder, lo que le da una dimensión contingente.

⁵⁵ Son escasos los autores que en la doctrina alemana actual defienden la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en el orden jurídico-privado. En cambio, cuenta con más adeptos la teoría de la vinculación mediata frente a terceros, sobre la base de la interpretación del Derecho común a través de cláusulas generales, y que éstas influyan, a su vez, en la interpretación de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales actuarían socialmente de modo indirecto, a través de la ley ordinaria. Sólo se podría apelar directamente a ellos, en las relaciones entre particulares, en los supuestos de lagunas y vacíos interpretativos, como técnica para dar contenido a las cláusulas generales (buena fe, orden público...). Este criterio era el mantenido señaladamente por Günter Dürig, en un estudio publicado en el homenaje a Nawiasky, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung” en *Festschrift für H. Nawiasky*, München, 1956, págs. 157 y ss., y es hoy de general aceptación, aunque su alcance ha sido matizado por otros autores. Cfr. H.P. SCHNEIDER, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979, págs. 22 y ss. Una crítica de la doctrina de la eficacia mediata o indirecta puede verse en P. DE VEGA, “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social” en J. Corcuera Atienza y M.A. García Herrera (eds.), *Derecho y Economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 132-133

⁵⁶ Cfr. P. DE VEGA, *op. cit.*, págs. 130-135.

⁵⁷ P. DE VEGA, *op. cit.*, pág. 131.

las relaciones entre particulares a efectos de operar en posiciones de igualdad y simetría que permitan reconstruir el dogma de la autonomía de la voluntad privada⁵⁸.

En un plano teórico, podría sostenerse que en el orden jurídico privado, los derechos fundamentales operan de distinto modo que en la esfera pública, ya que pueden resultar modalizados por el principio de la libertad individual. Esta parece ser la posición de PRIETO SANCHÍS, quien, sin excluir *a priori* la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, que no resulta negada ni por el artículo 53 de la Constitución ni por la naturaleza misma de los derechos, defiende que se trata, en último término, de un problema de coexistencia de derechos e incluso de valores constitucionales, que no puede resolverse en abstracto sino que será el juez quien deberá ponderar los intereses en conflicto⁵⁹.

Mucho más rotundo se muestra MARTÍNEZ-PUJALTE, para quien la exigencia de efectividad de la libertad y la igualdad en la Constitución reclama el respeto, no sólo de los poderes públicos, sino también de todos los ciudadanos, de modo que todos estarían igualmente obligados en sus ámbitos respectivos a “la creación de todo tipo de condiciones, jurídicas, sociales y económicas que hagan posible el más pleno ejercicio de los derechos fundamentales por los ciudadanos”⁶⁰. Esta postura encontraría su fundamento general en el artículo 9.2 de la Constitución, y un expreso reconocimiento por parte de la jurisprudencia constitucional sobre la base del principio del Estado social⁶¹.

Con un sentido similar adopta PÉREZ LUÑO un criterio ante la *Drittwirkung*. Observa el autor que el principio de igualdad formal ante la ley quiebra en la actual sociedad neocapitalista, al no traducirse en una igualdad material, y que la eficacia plena de los derechos fundamentales resulta amenazada por la existencia de centros privados de poder no menos importantes que los públicos. Pero de esta constatación no extrae consecuencias inmediatas, sino que, desde un planteamiento puramente teórico, sostiene la ampliación de la

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 130.

⁵⁹ L. PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, pág. 462.

⁶⁰ A.-L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., pág. 88.

⁶¹ *Ibidem*. Cita MARTÍNEZ-PUJALTE, entre otras, la STC 53/1985, de 11 de abril, que además de otro tipo de consideraciones en cuanto al alcance de la protección del derecho a la vida, señala en el FJ 7º que el Estado tiene la obligación “de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”, normas -precisa el autor- por su propia naturaleza encaminadas a proteger los derechos fundamentales frente a sus violaciones por los particulares. Cfr. *op. cit.*, pág. 89.

eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones con terceros como exigencia del artículo 9.2 de la Constitución⁶².

Más desesperanzado se muestra DE VEGA⁶³. Desde su punto de vista, hay una irreconcilable oposición entre el esquema del constitucionalismo clásico y la posibilidad de una eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, porque lo que está en juego es el principio de autonomía de la voluntad y la libertad de contratación, elementos esenciales de la esfera jurídico privada. Si se admite la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, se está reconociendo la inutilidad de la ley ordinaria para trasladar a las relaciones privadas el sistema de principios y valores constitucionales y, por otra parte, significa la implícita admisión de que los principios de autonomía de la voluntad y de igualdad formal resultan mecanismos inservibles para la defensa de la libertad en las actuales condiciones sociales. De hecho, la igualdad formal ante la ley como norma inspiradora de las relaciones entre particulares solo es válida en tanto esa abstracta igualdad no esté en peligro o resulte destruida por el ejercicio de un poder económico o social. Y si se admite que en la mayoría de las modernas sociedades democráticas, son los grandes grupos económicos y los poderes privados (partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales...) quienes controlan y dirigen las decisiones políticas, los principios del individualismo liberal entran en descomposición y se rompe el equilibrio de fuerzas e intereses que inervaba toda la construcción constitucional de la igualdad formal ante la ley. Sin un reajuste del dogma de la autonomía de la voluntad en las relaciones privadas, el ejercicio de los derechos formales en el marco del Estado social deviene imposible. Se hace entonces patente la desigualdad material y económica de quienes aparecían en el ordenamiento constitucional como titulares de derechos con un contenido material, de modo que tales derechos resultan ser simples declaraciones retóricas⁶⁴.

⁶² A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pág. 93; en idéntico sentido, cfr. *Los derechos fundamentales*, págs. 21-22.

⁶³ P. DE VEGA, *op. cit.*, págs. 133-135. La conclusión del autor ante lo que él mismo denomina "las aporías de la *Drittwirkung der Grundrechte*" es ciertamente pesimista, al contrastar la operatividad de la *Drittwirkung* directa, como correctivo de unas formas de organización social que, desde la realidad, aparecen como claramente contrarias a los valores formalmente proclamados en la Constitución, con la necesidad de atemperar ciertos dogmas del Estado liberal, como el principio de autonomía de la voluntad. Así, ese tránsito ideal del Estado liberal al Estado social queda desmentido, y éste último ya no es sólo, como sostenía FORSTHOFF, la negación histórica del Estado de Derecho, sino que sería cierta aquella radical calificación de GIANNINI: el Estado social aparecería como un concepto inútil, que sólo serviría "para ocultar la *mauvaise conscience* de un derecho constitucional en el que cada vez la contradicción entre lo que quiere ser y lo que realmente es, aparece más evidente", *op. cit.*, pág. 135.

⁶⁴ P. DE VEGA, *op. cit.*, pág. 135.

El análisis de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares debe reconducirse a las vías de protección jurisdiccional. Y aquí cabe apuntar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la vía del amparo. En la STC 177/1988, FJ 3º y 4º declara⁶⁵:

“Ciertamente el artículo 53.1 del texto constitucional sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios (...). De ahí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados pueden lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los lesionados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales (...). Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan pues excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que derive la necesidad de igualdad de trato”.

En conclusión, la única vía de acceso al Tribunal Constitucional es la que surge tras una resolución del órgano judicial ordinario que, por acción u omisión, suponga la lesión de un derecho fundamental; tras esta resolución, el recurrente ya dispone de un acto de un poder público para presentar recurso de amparo ante el TC, por la vía del artículo 44 de la LOTC. De modo que la interposición del recurso solo es admisible cuando la causa de la infracción sea la propia sentencia⁶⁶.

⁶⁵ En el mismo sentido, pueden verse entre otras, las STC 18/1984, 47/1985. Para un estudio más detallado de la jurisprudencia del TC sobre esta materia, R. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997. Con la limitación derivada de la fecha de su publicación, puede verse J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986, págs. 39 y ss. Estos autores se oponen radicalmente, por falta de una norma positiva de la que pueda derivarse inequívocamente y de forma reconocible, a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Su posición es criticada por A.-L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., pág. 87, señalando que el planteamiento liberal de los autores responde también a una opción ideológica, por lo que en su postura nos encontraríamos con el mismo dato censurable que ellos detectan en la postura a favor de la *Drittwirkung*. Vid., también las consideraciones de T. QUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981, y A. EMBID IRUJO, “El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 25, 1980, págs. 191 y ss.

⁶⁶ Así lo señala M. CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*, B.O.E. y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 208-209.

3.2. Relaciones jurídicas institucionales: el Derecho eclesiástico internacional y los ordenamientos confesionales

En 1927, Giorgio BALLADORE PALLIERI publicó en Turín un libro titulado *Diritto internazionale ecclesiastico* dedicado al estudio de las normas internacionales relativas a la materia eclesiástica en el que el autor señalaba, entre los nuevos conceptos que determinaban la evolución más reciente del Derecho internacional, la consideración de la libertad religiosa como interés general de la comunidad internacional y como principio cuya actuación por parte de todos era una exigencia de la actual vida internacional. Esta orientación de la libertad religiosa en el Derecho internacional tenía sus orígenes remotos en el movimiento internacional en favor de los derechos humanos como derechos pertenecientes al hombre por el solo hecho de su condición humana, inherentes a su misma naturaleza y que habían de ser reconocidos a toda persona sin distinción; movimiento que, según BALLADORE PALLIERI, debía impulsar no solo el Derecho internacional sino también el Derecho interno, provocando una profunda revisión del Derecho eclesiástico y de otras ramas del Derecho público de modo que se instaurara el mejor sistema de salvaguarda y protección de los derechos individuales.

Esta referencia a una de las primeras aproximaciones al Derecho eclesiástico internacional la hace Silvio FERRARI⁶⁷ constatando que esta invitación de BALLADORE para ver el Derecho internacional como un instrumento de garantía de la libertad religiosa individual fue absolutamente ignorada por la doctrina eclesiasticista italiana que, en los siguientes cuarenta años, no publicó ningún estudio monográfico sobre esta cuestión. Solo los trabajos de MARGIOTTA BROGLIO a partir de la década de los sesenta⁶⁸ intentaron colmar esta laguna. Hace ya unos años, el propio Francesco MARGIOTTA BROGLIO afirmaba que existe “toda una serie de fuentes del Derecho eclesiástico italiano de procedencia internacional” que “han sido desatendidas en general por la doctrina eclesiasticista”⁶⁹. Esa afirmación se ve refrendada por la constatación de la escasa atención que los manuales de Derecho eclesiástico italiano han dedicado al análisis de las normas internacionales relativas a la tutela de la

⁶⁷ S. FERRARI, “Diritto ecclesiastico e diritto internazionale”, en *Las relaciones entre la iglesia y el Estado, Estudios en memoria de Pedro Lombardía*, cit., págs. 173-174, que recoge las ideas de G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale ecclesiastico*, Torino, 1927, discípulo de Ruffini en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Turín.

⁶⁸ El primero fue *La protezione internazionale de la libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1967.

⁶⁹ F. MARGIOTTA BROGLIO, *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica. Atti del II Convegno nazionale di diritto ecclesiastico*, Siena, 27-29 novembre 1980, Milano, 1981, pág. 106.

libertad religiosa⁷⁰. Y cuando se han referido a él, no han logrado captar la peculiaridad del Derecho eclesiástico internacional como un instrumento para tutelar la libertad religiosa allí donde las normas de otro tipo han podido revelarse como ineficaces⁷¹. D'AVACK, por ejemplo, aplica a la definición del Derecho eclesiástico internacional los esquemas de relación entre ordenamientos jurídicos estatales elaborados por los internacionalistas. “Así, junto a un concepto de Derecho eclesiástico interno, establecido unilateralmente por cada uno de los ordenamientos estatales..., se plantea también la noción de un Derecho eclesiástico internacional, surgido de la concorde voluntad de los Estados y constituido por aquellas normas y obligaciones con las que los Estados se comprometen a adoptar una determinada legislación eclesiástica y de las que se deriva un deber pacticio externo de tener un Derecho eclesiástico interno de un determinado contenido”⁷². No se destaca, sin embargo, la virtualidad del orden jurídico internacional en la tutela de la libertad religiosa, a través de sus mecanismos específicos de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Las razones de esta desatención de la doctrina eclesiasticista italiana hacia el Derecho eclesiástico internacional las explica FERRARI por la evolución del Derecho eclesiástico interno en función de las coordenadas históricas en que fue desarrollándose la disciplina en Italia⁷³.

En la doctrina española, fue LOMBARDÍA quien sugirió —al inicio de los años ochenta— prestar mayor atención a la tutela de la libertad religio-

⁷⁰ En Italia, el manual de DEL GIUDICE (*Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano, 1959) se limita a precisar que en el estudio del Derecho eclesiástico es necesario excluir cuanto constituye esencialmente “Derecho internacional”, incluso la parte relativa a sujetos o a materia eclesiástica y religiosa en general. Como excepción, el manual de D'AVACK (*Trattato di diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, Milano, 1978), refiriéndose al contenido de la disciplina, señala que las normas de naturaleza internacional forman parte del sistema de Derecho eclesiástico y constituyen objeto específico de la disciplina, pero cuando trata las fuentes del Derecho eclesiástico, omite la existencia de fuentes de Derecho internacional; y al tratar de la libertad religiosa, no menciona tampoco las normas internacionales previstas para su tutela. Para FERRARI, se trata de una clara muestra de que el interés que D'AVACK tenía por el Derecho internacional era puramente abstracto y teórico. *Op. cit.*, pág. 177.

⁷¹ Para D'AVACK, la garantía de la libertad religiosa en períodos de fuerte autoritarismo reside en el Derecho concordatario, y en tiempos de auténtica democracia, en el Derecho estatal. Cfr. *ibid.* págs. 44-45.

⁷² P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico*, págs. 30-31, citado por LOMBARDÍA en “El Derecho Eclesiástico”, VV.AA, *Derecho eclesiástico del Estado español*, 2ª ed., Pamplona, 1983, pág. 40

⁷³ El tránsito de una orientación institucionalista del Derecho eclesiástico en su conjunto derivada del estudio de los Pactos lateranenses durante el período fascista y que se prolongó hasta los años sesenta, a una orientación constitucionalista, apoyándose en la Constitución para subrayar los elementos de ilegitimidad presentes en la legislación eclesiástica y subrayar la necesidad de revisión de los Pactos, según FERRARI, *op. cit.*, pág. 175.

sa en el marco de las declaraciones internacionales de derechos humanos, y plantear desde esta perspectiva la superación de la visión estrictamente constitucionalista como instancia incondicionada, dado que difícilmente podría ser operativa una tutela internacional de los derechos humanos si no implicaba a su vez una visión de la soberanía del Estado más contenida de la que era habitual en la doctrina eclesiasticista a principios de la década de los ochenta⁷⁴. LOMBARDÍA señala con precisión el nudo del problema, poniendo en relación el desarrollo de formas de garantía internacional de la libertad religiosa con la transformación de la noción de soberanía del Estado⁷⁵. Pero con una finalidad fundamental: “En nuestros días, por lo que se refiere a las relaciones entre Estados democráticos de corte occidental, la gran cuestión del Derecho eclesiástico internacional es la tutela de la libertad religiosa”⁷⁶, a la que aluden frecuentemente las declaraciones internacionales de derechos y que es objeto de atención en numerosos tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos.

La evolución de la doctrina eclesiasticista española ha sido muy distinta de la italiana, también por razones históricas, y aunque desde el principio ha habido una natural dedicación al estudio de la proyección constitucional de la libertad religiosa, se ha prestado también atención al Derecho eclesiástico internacional⁷⁷, debido, en parte, a la remisión que la propia Constitución

⁷⁴ P. LOMBARDÍA, “Il rapporto tra diritto canonico e diritto ecclesiastico”, en VV.AA., *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico*, Milano, 1982, págs. 76-77.

⁷⁵ S. FERRARI, “Diritto ecclesiastico e diritto internazionale”, cit., pág. 178, quien destaca otro motivo para prestar una mayor atención al desarrollo de las fuentes internacionales por parte de los cultivadores del Derecho eclesiástico: no perder el contacto con uno de los más relevantes procesos de transformación de la sociedad contemporánea.

⁷⁶ P. LOMBARDÍA, “El Derecho Eclesiástico”, cit., pág. 40.

⁷⁷ Específicamente sobre el Derecho eclesiástico internacional M. LÓPEZ ALARCÓN, “El Derecho Eclesiástico Internacional”, en *Revista del Instituto de Estudios políticos*, 1972, pp. 193-204; G. MORÁN, “Contribución al estudio del Derecho Eclesiástico Internacional”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, VII, 1991, pp. 49-78; I.C. IBÁN, “Unión Europea, religiones e individuo”, en *Homenaje Vidal Guitarte*, Valencia, 1999, pp. 443-445; A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Posibilidades de un sistema supranacional de Derecho eclesiástico en el marco de la Unión Europea”, en VV. AA, *La Armonización Legislativa de la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 79-122

En nuestra doctrina, Javier MARTÍNEZ-TORRÓN ha dedicado gran atención a la Convención Europea de 1950 y a la jurisprudencia de sus órganos de aplicación: Cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* II, 1986, pp. 403-496; La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* IX, 1993, pp. 53-87. “La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa”, en *Rivista internazionale di diritti dell'uomo*, 1993, pp. 335-379. “La libertad de proselitismo en Europa”, en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* (1994/1), pp. 59-71. “La protección internacional de la libertad religiosa”, en *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona,

española hace, en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Esta cláusula ha supuesto un considerable impulso en el estudio y exégesis de los documentos internacionales relativos a derechos humanos⁷⁸.

En cuanto a los ordenamientos confesionales, el Derecho eclesiástico actual se destaca, por la abundancia y multiplicidad de las fuentes bilaterales o pacticias⁷⁹, lo que ha intensificado las relaciones jurídicas entre el Estado y las confesiones religiosas presentes en su territorio, y que, desde otra perspectiva, derivan a su vez de la previa existencia de estas confesiones con un notorio arraigo sociológico. Estos acuerdos bilaterales han sido suscritos por el Estado con la Iglesia Católica —con la naturaleza de tratados internacionales, por la personalidad jurídica internacional de ambos sujetos—, la Comisión

1994, pp. 141-239. “La protección internacional de la libertad religiosa y de conciencia, cincuenta años después”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2, 1999, pp.63-88. “La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa”, en Hera, A. de la y Martínez de Codes, R. M.,(Coords.), *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, Madrid, 2001, pp. 89-131. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Matrimonio, familia y libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Derecho de familia y libertad de conciencia*, Bilbao, 2001, pp. 143-162, también en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 4(2001), pp. 231-251; “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado* 2(2003). R. NAVARRO VALLS/J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “The protection of Religious Freedom in the System of the European Convention on Human Rights”, en *Helsinki Monitor*, 9, n. 3, 1998, pp. 25-37.

⁷⁸ Sobre otros aspectos de la protección internacional de la libertad religiosa vid. R. BERMEJO/C. RAMÓN, “Reflexiones sobre la libertad de religión en el ámbito europeo”, en *Ius canonicum*, XXXIII, 1993, pp. 31-466; C. CORRAL, “La Santa Sede y la protección internacional de la libertad religiosa”, en *La libertad religiosa*, México, 1996, pp. 511-541.; A. M. VEGA GUTIÉRREZ, “El derecho de libertad religiosa en los trabajos preparatorios de la IV Conferencia mundial de la mujer (Beijing, 1995)”, en *Ius Ecclesiae*, VIII, 1996, pp. 529-562; también en *La libertad religiosa*, México, 1996, pp. 837-863.; M. J. CIÁURRIZ, “La libertad religiosa en el Comentario General del Comité de Derechos Humanos’ de las Naciones Unidas de 20 de julio de 1993”, en *LRyCJC*, 1998, pp. 425-437; M. J. REDONDO ANDRÉS, *Análisis de algunos casos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el derecho de libertad religiosa*, en “LRyCJC”, 1998, pp. 775-785; E. SOUTO GALVÁN, “Concepto y contenido de la libertad religiosa según las Naciones Unidas”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* XV, 1999, pp. 129-163. *Id.*, *El reconocimiento de la libertad religiosa en Naciones Unidas*, Marcial Pons, Madrid, 2000; I. MARTÍN SÁNCHEZ, “Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico internacional”, en Hera, A. de la y Martínez de Codes, R. M. (Coords.), *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, Madrid, 2001, pp. 13-88; VV.AA. *Religions in European Union Law. Les religions dans le droit communautaire. Proceedings of the colloquium. Luxembourg/Trier, november 21-22, 1996*.

⁷⁹ M.J. ROCA, “Significado de las fuentes del Derecho eclesiástico para su consideración como disciplina científica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, Universidad de Vigo, 2002, pág. 419.

Islámica de España⁸⁰, la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España⁸¹, y la Federación de Comunidades Israelitas de España⁸². Como se ha observado, la existencia de estos acuerdos bilaterales puede dar lugar a que la evolución de conceptos que inicialmente tenían su origen en un ordenamiento confesional, al ser incorporados a las leyes estatales siga un curso que no habrá de ser necesariamente el mismo en ambos ordenamientos (estatal y confesional)⁸³.

Pero no es éste el dato fundamental. Como apunta María ROCA, la peculiaridad que presenta el Derecho eclesiástico respecto de otras ramas del Derecho público radica en que las confesiones religiosas tienen su propio Derecho, que el Estado respeta precisamente por su aconfesionalidad. No cabe, por tanto, marginar el estudio de los ordenamientos confesionales en el tratamiento del factor religioso, lo que no atenta contra el principio de neutralidad del Estado porque queda a salvo, en cualquier caso, el origen exclusivamente estatal de las fuentes del Derecho eclesiástico. Sin embargo, el conocimiento técnico de los ordenamientos confesionales contribuye a una visión más completa de la relevancia jurídica del hecho religioso, tanto desde el Derecho público estatal como desde el Derecho propio de las confesiones⁸⁴. Esta consideración explica la creciente importancia que el estudio de los Derechos islámico⁸⁵ y judío⁸⁶

⁸⁰ Ley 26/1992, de 10 de noviembre.

⁸¹ Ley 24/1992, de 10 de noviembre.

⁸² Ley 25/1992, de 10 de noviembre.

⁸³ Así lo señala M. J. ROCA, *op. cit.*, recogiendo la opinión de un sector de la doctrina alemana.

⁸⁴ Incluso en visiones comparadas como en J.M. MARTÍNEZ VAL, *El Derecho en las grandes religiones*, Comares, Granada, 1995

⁸⁵ *Vid.*, entre otros, Z. COMBALÍA, “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: Aproximación al estudio de los derechos humanos en las declaraciones islámicas”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1996, págs. 481 y ss; *id.*, *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Pamplona, 2001; L. MILLIOT/F.P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001; sobre su situación en España, A. MOTILLA/P. LORENZO, *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid, 2002 I. JIMÉNEZ-AYBAR, *El Islam en España. Aspectos institucionales de su estatuto jurídico*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2004.

⁸⁶ Así, N. LERNER, “Esquema del Derecho israelí”, en *Cuadernos Israelíes, VIII. Instituto Central de Relaciones Culturales*, Jerusalén, 1993; A. STEINSALTZ, *Introducción al Talmud*, Ed. Riopiedra, Barcelona, 2000; M. PERALES AGUSTÍ, *El sistema matrimonial israelí y el matrimonio judío*, tesis doctoral defendida en la Universidad Complutense de Madrid, dirigida por el Prof. Navarro-Valls, Madrid, 2000; *vid.*, también el último trabajo de R. PALOMINO sobre la cuestión del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado de Israel, “The Fundamental Agreement between the Holy See and the State of Israel and Church-State Agreements in Spain: Some Contrasts and Comparisons”, en *The Vatican-Israel Accords*, Marshall J. Breger (ed.), Notre Dame University Press, Notre Dame, Indiana (2004), pp. 119-138.

tiene en la doctrina, junto al Derecho Canónico, cuya incidencia en el marco de los estudios jurídicos ha sido destacada desde hace tiempo⁸⁷. Sin embargo, estas palabras de GIACCHI resumen con toda claridad la relevancia de esta cuestión: “El Derecho eclesiástico regula mediante normas estatales relaciones para las que casi siempre existe otra regulación, plenamente autónoma, que es la establecida por el Derecho de la Iglesia. El contacto entre los dos ordenamientos, tan profundamente diversos, la posición que cada uno de ellos asume respecto del otro, el modo en que se produce la traslación de normas y de actos de uno a otro de los dos ordenamientos, que es particularmente frecuente en un sistema concordatario como es el nuestro, son elementos que dan lugar a problemas que son indudablemente del mayor interés para un jurista que sepa cómo precisamente en la coexistencia, en el hecho, de varios ordenamientos y en las relaciones que, en el Derecho, se instauran entre ellos, está una parte notable de los esenciales problemas del Derecho”⁸⁸.

La expresión institucional de la libertad religiosa ha adquirido un nuevo relieve a raíz del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*⁸⁹. El reconocimiento de las iglesias y confesiones religiosas como formaciones sociales organizadas supone, como se ha dicho⁹⁰, la existencia de una

⁸⁷ P. LOMBARDÍA, “Il rapporto tra diritto canonico e diritto ecclesiastico”, en *Storia e dogmatica nella Scienza del diritto ecclesiastico*, Milano, 1982, pp. 71-92; también “IC”, XXII (1982), pp. 11-30 y en *Escritos de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 4, Pamplona, 1991, pp. 583-607; I. C. IBÁN, “Derecho eclesiástico y Derecho canónico”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, III(1987), pp. 323-355; también “Diritto ecclesiastico e Diritto canonico”, en *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico*, Napoli, 1988, pp. 239-281; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Derecho eclesiástico del Estado y Derecho canónico”, en *Diálogo sobre el futuro de la Ciencia del Derecho eclesiástico en España*, Pamplona, 2001, pp. 59-100; *id.*, “La influencia del Derecho canónico en la evolución del derecho de familia angloamericano”, en P. J. Viladrich, J. Escrivá-Ivars, J.I. Bañares, y J. Miras (eds.), *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio. X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Eunsa, Pamplona, 2000, págs. 1539-1548; M. J. ROCA, “El Derecho Canónico como disciplina jurídica básica: Implicaciones para su docencia e investigación en las Facultades de Derecho”, en *Revista General de Derecho eclesiástico del Estado*, Iustel, nº 7.

⁸⁸ Y desde luego, del Derecho Eclesiástico. Cfr. O. GIACCHI, “Note sullo studio del diritto ecclesiastico”, en *Archivio di diritto ecclesiastico*, 1, 1939, págs. 375-376. La cita está tomada de P. LOMBARDÍA, “Fuentes del Derecho Eclesiástico español”, en VV.AA., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 2ª ed., 1983, pág. 164, quien precisa que esas palabras están escritas sobre la base de la experiencia jurídica italiana. En todo caso, son aplicables en gran medida al Derecho español.

⁸⁹ Roma, 29 de octubre de 2004, actualmente en fase de ratificación por los Estados miembros de la Unión Europea.

⁹⁰ *Vid.* entre otros J. FORNÉS, “La libertad religiosa en Europa” y A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ/I. MARTÍN DELGADO, “Función y estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el proceso de construcción europea”, ambos en el nº 7 de la *RGDCyDEE*, Iustel; E. RELANO PASTOR, “Las comunidades y los grupos religiosos en la futura Constitución Europea”, nº 4 de la *RGDCyDEE*, Iustel.

organización propia y, a menudo, de un ordenamiento propio. El Tratado constitucional declara en el art. I-52 la voluntad de la Unión de mantener un diálogo abierto, transparente y regular con las iglesias, asociaciones y comunidades religiosas y con las organizaciones filosóficas y no confesionales, “reconociendo su identidad y su aportación específica”. En el ámbito europeo, se inicia así una nueva tarea de articulación de las relaciones institucionales de la Unión Europea con las iglesias y los grupos religiosos, desde el respeto al estatuto que tengan reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, y a su autonomía originaria.

4.- Consideraciones finales

En virtud del efecto de irradiación⁹¹ que se reconoce a todos los derechos fundamentales, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión viene a modificar todo el ordenamiento jurídico al representar “un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del Derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia”⁹², lo que nos pone de nuevo en relación con la idea de la unidad de la experiencia jurídica.

En la jurisprudencia constitucional alemana se ha interpretado el catálogo de derechos fundamentales como expresión de un sistema de valores que encuentra su punto central en la personalidad humana a través de su libre desarrollo en el seno de la comunidad social y en su dignidad⁹³. Esta concepción de los derechos fundamentales como un sistema de valores pone de manifiesto un extraordinario potencial, pero plantea simultáneamente algunos riesgos sobre los que una parte de la doctrina ha querido llamar la atención.

En su aspecto positivo, ese potencial radica en que los derechos fundamentales concretan la exigencia de que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente en la sociedad, lo que requiere un cierto grado de libertad fáctica, es decir, tienden constitutivamente a asegurar las posibilidades de ejercitar las libertades jurídicas.

Uno de los riesgos consiste en el recurso a los *valores*. Considerados los derechos fundamentales como un orden axiológico objetivo, invitan, como se

⁹¹ Esta tesis de la irradiación de los derechos fundamentales en la totalidad del sistema jurídico ha sido reiterada en numerosas sentencias por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Cfr. entre otras, *BVerfGE* 7, 198. Es la sentencia dictada el 15 de enero de 1958 en el caso Lüth que ha supuesto un punto de inflexión en la dogmática de los derechos fundamentales.

⁹² *BVerfGE* 39, 1, en igual sentido que la antes citada.

⁹³ *BVerfGE* 7, 198.

ha dicho, a una de las formas más oscuras de la fundamentación jurídica, a la deducción o derivación de un contenido concreto a partir de principios abstractos.

Sin embargo, asegura la doctrina que este peligro resulta neutralizado por la elaboración dogmática de la actual jurisprudencia, que ha determinado un contenido normativo concreto, el alcance de derechos fundamentales específicos, sus recíprocas relaciones y los requisitos para su limitación. Uno de los méritos de la jurisprudencia constitucional ha sido atender, en la interpretación de estos derechos, a lo que constituía su fuente de legitimación y su fundamento: la relación con los derechos humanos, dejando al margen el recurso directo a los valores⁹⁴; en definitiva, potenciar su universal validez para crear y mantener las condiciones básicas para asegurar la dignidad humana y la vida en libertad.

⁹⁴ En el caso de los valores, puede dar lugar a un orden y una jerarquía marcadamente subjetiva, con particulares valoraciones por parte del juez, sin apoyo en criterios objetivos relevantes; los derechos fundamentales se reconducen a principios extraños al individuo en sus concretas necesidades y pretensiones, que sólo buscarán la mayor eficacia de los derechos abstractamente considerados, aunque a la luz de específicos valores. Relativizarán el contenido esencial de los derechos fundamentales, que incluirá la tutela de otros bienes y derechos constitucionales si de su ponderación resulta que tienen igual o mayor valor que el derecho con el que colisionan, y llevarán a una suerte de confusión entre derechos y valores que, frecuentemente, resultarán invertidos. K. HESSE, en E. BENDA/W. MAIHOFER/H.J. VOGEL/K. HESSE/W. HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996, nota al pie n° 26, págs. 89 y 92-93.