

## LA CONCEPCIÓN DOGMÁTICA DEL ART. 16.3 DE LA CONSTITUCIÓN. REFLEXIONES SOBRE LA PERVIVENCIA DEL FORMALISMO EN LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

José Ramón POLO SABAU

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad de Málaga  
jpolo@uma.es

### RESUMEN

*Este estudio examina y pone en cuestión la concepción dogmática más extendida entre nosotros del mandato de cooperación con las confesiones religiosas contenido en el art. 16.3 de la Constitución, una concepción de signo netamente formalista que es tributaria de la teoría de los principios informadores del Derecho eclesiástico del Estado. Se llega además a la conclusión, a la luz de una Teoría de la Constitución inspirada en un concreto sistema de valores materiales del que recibe su sentido, de que posiblemente nos encontramos en este caso ante una norma constitucional materialmente inconstitucional.*

*Palabras clave:* aconfesionalidad, cooperación con las confesiones, factor religioso, principio de igualdad.

### ABSTRACT

*This paper will examine the implications of the most common understanding of Spanish legal scholars of the proper meaning of article 16.3 of the Spanish Constitution, in the light of contemporary constitutional doctrine. Concluding the discussion of the contents of the above-mentioned article, we find that it stands in conflict with the substantial protection of constitutional values.*

*Key words:* non-establishment clause, church and State.

### ZUSAMMENFASSUNG

*Diese Forschung untersucht und stellt in Frage die unter Menschen meist verbreiteten dogmatischen Empfängnis von dem Kooperationsgesetz mit den religiösen Konfessionen, die gemäß § 16.3 der spanischen Verfassung enthalten ist. Es geht um einen deutlich formalistische Empfängnis, die sich auf die von der Theorie von berichterstattenden Prinzipien aus dem Staatskirchenrecht beruft. Indem man sich auf eine Verfassungstheorie, die auf dem konkreten System von materiellen Werten, von denen sie seinen Sinn erhält, beruft, erreicht man die Folgerung, dass wir uns möglicherweise in diesem Fall vor einer tatsächlich verfassungswidrigen Verfassungsnorm befinden.*

*Schlüsselwörter:* Konfessionslosigkeit, Kooperation mit den Konfessionen, religiöse geprägte Rechtsverhältnisse, Ähnlichkeitsprinzip.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INTERPRETACIÓN FORMALISTA DEL ART. 16.3: LA VALORACIÓN POSITIVA DEL FACTOR RELIGIOSO Y LA COBERTURA CONSTITUCIONAL DE SU TRATAMIENTO ESPECÍFICO.—III. LA CRÍTICA (ANTIFORMALISTA) A LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO ECLESIASTICO ESPAÑOL.—IV. LA PROPORCIONAL COOPERACIÓN CON LAS CONFESIONES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.—V. UNA CUESTIÓN A DEBATE: ¿ES EL ART. 16.3 UNA NORMA CONSTITUCIONAL MATERIALMENTE INCONSTITUCIONAL?—VI. BREVE RECAPITULACIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Hace ahora apenas un cuarto de siglo, la entrada en vigor de la Constitución de 1978 supuso, como bien se sabe, la consagración en nuestro país de un régimen de libertades, la instauración de un sistema de garantías dotado de los rasgos característicos del constitucionalismo contemporáneo y, con ello, la definitiva superación en el orden jurídico de los múltiples condicionantes que, respecto del normal desenvolvimiento del ciudadano en el ejercicio de sus derechos, habían caracterizado la vigencia del precedente régimen autoritario.

La Constitución trajo consigo una profunda transformación de los fundamentos jurídicos sobre los que se venía asentando la comunidad política, incorporando al ordenamiento jurídico una dimensión sustancial, ideológica y valorativa llamada a desempeñar una trascendental función vertebradora de la convivencia social, partiendo del diseño institucional de las propias estructuras del poder público y de los cauces de acción jurídica y política, a los que igualmente habría de conferir en su funcionamiento esa coloración axiológica (dimensión constitutiva), y manifestándose también en la imposición de una serie de deberes y principios constitucionales, ligados fundamentalmente al reconocimiento y garantía de un régimen de derechos fundamentales y libertades públicas (dimensión regulativa). En ambos casos, como se sabe, se halla presente la identificación última entre la eficacia de la Constitución y la efectividad de los valores y fines que la dotan de sentido, identificación ésta en la que se cifra el punto de encuentro de las distintas concepciones del constitucionalismo como ideología política<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Véase, por todos, J. AGUILÓ, «Sobre la Constitución del Estado constitucional», en F. J. LAPORTA (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, 2003, pp. 153-156.

Por lo que respecta al régimen de los derechos fundamentales y las libertades públicas, su instauración, en el centro mismo del sistema, ha venido acompañada de su concepción como elementos objetivos que, en sí mismos, encarnan los valores básicos del ordenamiento constitucional. Su reconocimiento es pleno y su disfrute se garantiza por igual a todos los ciudadanos, quedando constitucionalmente prohibidas las discriminaciones basadas en cualquiera de los aspectos a los que se refiere el contenido del art. 14. La dignidad y la libertad de la persona aparecen así como las claves de bóveda del sistema y, en la medida en la que no están sometidas a gradaciones o limitaciones impuestas en atención a la condición personal del sujeto en el que se reconocen, su proclamación en plano de igualdad se presenta asimismo como uno de los pilares del entero régimen constitucional.

En este nuevo marco jurídico, la naturaleza material del Estado de Derecho se manifiesta, en el vigente sistema constitucional, precisamente, a través de la percepción de esos valores como elementos fundadores del ordenamiento, trascendentes desde la Constitución al conjunto del orden normativo a través de la primacía y carácter a su vez propiamente normativo de la Ley Fundamental, y, en no menor medida, condicionantes de la adecuada interpretación de cada uno de los preceptos iusfundamentales que, lejos de poder ser percibidos de modo aislado, adquieren su más pleno sentido mediante su interpretación contextual y sistemática.

La vigencia de estos parámetros ha permitido la definitiva expulsión del formalismo, otrora imperante bajo determinadas concepciones positivistas propias del Estado legal, del ámbito de la hermenéutica constitucional, ligada ahora a una Teoría de la Constitución que se prefigura como *teoría de los valores constitucionales*<sup>2</sup>. El Estado de Derecho se concibe hoy, bajo el imperio de la Constitución, como un Estado material de Derecho, al que vertebra y dota de sentido el reconocimiento de un conjunto de valores, cuya manifestación más acabada la constituye el régimen de los derechos y libertades constitucionalmente proclamados, de modo que la fórmula del Estado de Derecho sólo puede ser concebida por relación a la noción del Estado de derechos. Ésta es una premisa que sería difícil poner hoy en cuestión, a la vista del estado de desarrollo de la construcción dogmática de nuestro sistema de derechos fundamentales, en íntima conexión con la doctrina que al respecto ha ido desgranando el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, lo que ha representado sin duda, como no podía ser de otra forma, la idea rectora del tratamiento dogmático del régimen de la práctica totalidad de los derechos fundamentales ha estado incompre-

---

<sup>2</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, «Constitución y teoría de los valores», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 32 (1994), p. 31 (trad. de E. García).

blemente ausente de buena parte de los desarrollos doctrinales llevados a cabo a partir del art. 16 de la Constitución y, en correspondencia con éstos, de la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en torno a este precepto.

Esta norma, dedicada al reconocimiento del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, incorpora un singularísimo apartado tercero, sin parangón en las Constituciones de nuestro entorno cultural, en cuyo inciso final se declara que «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones». El entendimiento más extendido del contenido de esta disposición, especialmente a partir de la formulación de la teoría de los principios informadores del Derecho eclesiástico del Estado en los albores del vigente régimen constitucional, se ha caracterizado por la adopción de una perspectiva metodológica de signo inequívocamente formalista, que, a nuestro modo de ver, resulta difícilmente compatible con lo que habría de constituir más bien un entendimiento constitucionalmente adecuado del precepto.

La dinámica inherente a la adopción de esta perspectiva formal tiende, además, a ignorar las consecuencias que se derivan del contraste entre las disposiciones de desarrollo y el sustrato cultural sobre el que se asienta la Constitución. De hecho, este enfoque doctrinal, particularmente visible en el ámbito propio del Derecho eclesiástico del Estado, al que se adscribe administrativamente el estudio del régimen de las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, aparece con frecuencia caracterizado por el limitado papel que se concede en dicha disciplina a la norma fundamental: se denunciarán así los presuntos excesos hiperconstitucionalistas o panconstitucionalistas de quienes no comparten esa visión e, incluso, llegará a sostenerse, en el paroxismo de esa posición doctrinal, que en esta disciplina la Constitución no deja de ser una mera anécdota. El resultado de todo ello no es otro que el de la elaboración de un Derecho eclesiástico ostensiblemente al margen de buena parte de las exigencias hermenéuticas propias del Estado constitucional, singularmente por lo que hace a la concepción material y sistemática que impone la vigencia del sistema de valores constitucionalmente protegidos, si bien no sería justo pasar por alto que el fenómeno no es privativo de la doctrina eclesiasticista, ya que una similar perspectiva, a nuestro juicio equivocada, puede también detectarse a menudo en otros sectores de la doctrina publicista<sup>3</sup>.

Con todo, acaso el problema de fondo resida en la propia presencia en la Constitución de una disposición como la que integra el apartado ter-

---

<sup>3</sup> Un más amplio análisis de toda esta cuestión puede verse en J. R. POLO, *¿Derecho eclesiástico del Estado o libertades públicas? Notas para una interpretación sistemática del art. 16 de la Constitución*, Málaga, 2002, especialmente pp. 78 y ss.

zero del art. 16, cuya singular fisonomía obedece, a su vez, a la existencia en el período constituyente de unas circunstancias coyunturales no menos singulares, tributarias de un pasado confesional y, muy especialmente, inevitablemente lastradas por la asunción previa de unos compromisos jurídicos contraídos con la Iglesia católica y concretados en la promulgación de los acuerdos de 1979. De ser así, cabe plantearse si no estaremos tal vez ante una *norma constitucional materialmente inconstitucional*, una posibilidad que, como se sabe, en el plano de la Teoría constitucional, ha sido contemplada genéricamente por la doctrina publicista como una posible consecuencia de la concepción material de la Ley Fundamental. Ésta será, en esencia, la premisa metodológica que guiará las reflexiones que proponemos en estas páginas, con las que trataremos al menos de contribuir al esclarecimiento del significado último y la posición que ocupa el art. 16.3 en el vigente ordenamiento constitucional.

## II. LA INTERPRETACIÓN FORMALISTA DEL ART. 16.3: LA VALORACIÓN POSITIVA DEL FACTOR RELIGIOSO Y LA COBERTURA CONSTITUCIONAL DE SU TRATAMIENTO ESPECÍFICO

La concepción dogmática más extendida hoy del art. 16.3 de la Constitución se muestra claramente deudora de la Teoría de los principios informadores del Derecho eclesiástico español, que formulara originalmente P. J. Viladrich, y cuyo influjo posterior en la doctrina científica española, a partir de su difusión en la que constituye la primera exposición de conjunto de la disciplina<sup>4</sup>, es ciertamente difícil de exagerar, aspecto éste que, por sí solo, confiere a esta aportación doctrinal un innegable relieve. En su conjunto, se trata de una teoría que aspira a ofrecer una visión global, a la luz de los nuevos postulados constitucionales, de la que tradicionalmente venía siendo designada como la cuestión religiosa, una denominación bajo la que quedaban incluidos aspectos como el reconocimiento del derecho de libertad religiosa o el sistema de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas.

La premisa de la que parte esta construcción doctrinal es la de la afirmación del Derecho eclesiástico del Estado como uno de los sectores del

<sup>4</sup> Cfr. P. J. VILADRICH, «Los principios informadores del Derecho eclesiástico español», en VVAA, *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1980. Nos guiaremos aquí por la segunda edición de 1983, dado que ya se habían producido los primeros pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional sentó las bases de la adecuada comprensión del sistema de derechos y libertades; para evitar al lector una excesiva reiteración del *locus* citado en notas a pie de página, incluimos en el texto principal sólo la mención de la página que corresponda en cada cita, que hay que entender siempre referida a la edición de 1983.

ordenamiento jurídico estatal que, según su habitual consideración teórica, se delimita en el contexto de la regulación, en dicho ordenamiento, del llamado factor religioso en su dimensión social. La ciencia del Derecho eclesiástico del Estado quedaría así consagrada al estudio de ese sector del ordenamiento, llevado a cabo con arreglo a unas técnicas exegéticas estrictamente *eclesiasticistas* (p. 175), vinculadas a unos conceptos y métodos que poseen matices jurídicos propios o específicos respecto de la dogmática jurídica general (p. 189), a partir de la distinción en el contenido de la Constitución española de una serie de principios específicos, a los que se denomina *principios eclesiasticistas* (p. 188), cuya dinámica propia permite a su vez configurar y servir de límite a un Derecho eclesiástico español que es, en consecuencia, susceptible de ser concebido como un *sistema específico y unitario* (p. 191). De este modo, la autonomía del Derecho eclesiástico como ciencia y como rama del ordenamiento jurídico descansa, particularmente, en la vigencia de esos *principios informadores de su unidad y lógica interna* (p. 190).

Por lo que ahora nos interesa destacar, el modo en el que debe ser interpretada, según esta posición, la enigmática obligación impuesta a los poderes públicos de *tener en cuenta* las creencias religiosas de la sociedad española es el siguiente: «el mandato de “tener en cuenta” es una manifestación del principio de laicidad del Estado español. En efecto, el modo laico, “civil o sólo estatal”, de considerar lo religioso por parte de un Estado de libertad religiosa es captarlo y regularlo como *factor social*. Los poderes públicos, por consiguiente, deberán tener en cuenta el factor social religioso de la sociedad española. Y deberán tenerlo en cuenta precisamente como factor social. Nótese ahora el matiz: como factor social *real*, las creencias se hallan en la sociedad española según un arraigo, una extensión e importancia, una tradición muy diversas. Además —y esta constatación es decisiva—, esas creencias religiosas son patrocinadas por grupos específicos o confesiones y estas últimas poseen estructuras, organismos, ministros, en suma, características enormemente diferentes, pero no menos reales. Pues bien, lo que nuestra Constitución señala a los poderes públicos es que al tener en cuenta el factor religioso, como factor social de la sociedad española, lo “tengan en cuenta” también con sus características reales y diferenciales: de un lado, su arraigo, importancia, tradición y extensión; de otro lado, sus peculiaridades o características orgánicas específicas. En suma, nuestra Constitución desea de los poderes públicos un *trato específico del factor religioso*» (p. 234) (la cursiva es del autor citado).

Al parecer, este tratamiento específico del factor religioso es inherente al principio de laicidad, y es también, en sí mismo, distinto del tratamiento discriminatorio de orden privilegiado que caracteriza al principio de confesionalidad (p. 234). Desde esta óptica, como es fácil suponer, la mención constitucional a la Iglesia católica se presenta como una consecuencia natu-

ral de ese tratamiento específico, atento a la realidad sociológica de nuestro país, lo cual, dicho sea de paso, es de una lógica interna incontestable. Así pues, dicha mención ha de interpretarse «como un ejemplo —ciertamente constitucional, con todo lo que ello supone— de trato específico, en atención a la enorme extensión sociológica, tradición y arraigo históricos, y complejidad orgánica y jurídica de la Iglesia Católica en comparación con las demás confesiones religiosas» (pp. 234-235).

El propugnado tratamiento específico del factor social religioso tiene, en suma, una finalidad protectora y promotora también específica. El factor social religioso, en sí mismo considerado, merece una singular valoración positiva por parte de los poderes públicos: «la laicidad de nuestro Estado implica una *valoración positiva del factor religioso* en el contexto general del bien común. Significa esto que el Estado comprende que la presencia y el potenciamiento de los valores religiosos de los ciudadanos y de las comunidades son altamente beneficiosos para el bien común de la sociedad española» (p. 222) (la cursiva es del autor citado).

La consecuencia más notable de la adopción de esta posición de partida es, de un lado, la afirmación de la especificidad jurídica del factor religioso frente a otro tipo de *factores* como el meramente ideológico, lo que a su vez justificaría, dadas las peculiares características de aquél, su exclusión del ámbito del Derecho común y su sometimiento a un *sistema de Derecho eclesiástico especial* (p. 223), y, de otro, la detección, a partir del contenido del art. 16.3, de la elevación al rango constitucional de una valoración positiva del factor religioso en sí mismo considerado, esto es, como factor generador de valores espirituales, éticos y culturales, cuyo reconocimiento, garantía y promoción son asumidos por los poderes públicos, en tanto que inherentes al estatuto especial del factor religioso en la norma fundamental (p. 224).

Esa referida valoración positiva no se propugna respecto del factor religioso en abstracto, sino que, antes bien, se predica sólo del factor religioso *real*, esto es, del que efectivamente cabe identificar en la sociedad española en cada momento. De este modo, cuando, a renglón seguido, se hace derivar de aquella valoración el deber de cooperar con las confesiones religiosas (principio de cooperación), afirmándose como una de las vertientes de esa cooperación la de la concurrencia de las confesiones en la instauración del estatuto jurídico que les será de aplicación en el Derecho del Estado, se cuenta ya con una base de legitimación para argumentar una diferencia de trato en ese aspecto basada en sus «características específicas, sus datos diferenciales y su arraigo real en la sociedad española» (p. 251).

Lo que de otro modo podría acaso ser considerado como un estatuto jurídico privilegiado para algunas confesiones —y, por tanto, discriminatorio respecto de otras— adquiere sin embargo una significación muy distinta a la luz del sentido que se confiere al art. 16.3: se trata más bien de un

tratamiento jurídico específico y acorde al arraigo sociológico de la respectiva confesión.

De ahí que el alcance de la cooperación quede constitucionalmente predeterminado, *ex art. 16.3*, en función del dato sociológico. La literalidad del enunciado constitucional avalaría esta tesis, habida cuenta de que el mandato de establecer las *consiguientes* relaciones de cooperación viene precedido por la obligación de *tener en cuenta* las creencias religiosas de la sociedad española, quedando ambos aspectos vinculados por una relación de causa-efecto. Así, se advertirá que «de ese examen, por los poderes públicos, del estado real de las creencias en la sociedad se desprenderán unas relaciones de cooperación *consiguientes*, esto es, proporcionadas a dos grandes coordenadas: de un lado, la importancia sociológicamente real (arraigo, tradición, extensión, etc.) de la creencia en cuestión; y, de otro lado, la demanda por parte de una creencia de un determinado reconocimiento de sus peculiaridades o caracteres diferenciales» (p. 235) (la cursiva es del autor citado).

Todo este planteamiento acerca del modo en el que se encuentra resuelta la llamada cuestión religiosa en la Constitución denota, según trataremos de mostrar, una muy acusada desatención a los caracteres que reviste actualmente la hermenéutica constitucional, en el marco de una Teoría de la Constitución axiológicamente fundamentada, cuya sustantividad, por lo demás, como se ha observado, no ha dejado de suponer un reto y una innovación frente a las posiciones positivistas pasadas y presentes<sup>5</sup>. A partir de ahí, el desarrollo de esa construcción doctrinal, no exento de una coherencia y lógica internas respecto de los presupuestos asumidos, adolece, sin embargo, de una perspectiva eminentemente formalista y muy alejada de las pautas que rigen nuestro sistema de derechos y libertades, tributarias, como en los países de nuestro entorno cultural, de los principios que se han ido decantando en el marco del constitucionalismo contemporáneo.

### III. LA CRÍTICA (ANTIFORMALISTA) A LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO ESPAÑOL

La teoría de los principios informadores del Derecho eclesiástico español ha encontrado, como se dijo, un extraordinario eco en la doctrina científica, y, según se ha hecho notar, pese a que la configuración de los principios no ha cesado de ser revisada por la doctrina española, su formulación

<sup>5</sup> Cfr. P. LUCAS VERDÚ, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, 1998, p. 40.



original no ha sido desde entonces sustancialmente modificada<sup>6</sup>. Lo mismo cabría decir respecto de su recepción en la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>7</sup>. En este sentido, no hay inconveniente en reconocer el mérito de esta construcción doctrinal que, como aconteció en tantos otros sectores científicos en los albores del vigente régimen constitucional, hubo de abrirse paso además en un terreno aún muy escaso de elaboraciones dogmáticas adecuadas a las nuevas coordenadas jurídicas de nuestro país.

En síntesis que pretende ser ahora meramente descriptiva, en la tradicional teoría de los principios informadores se presenta el contenido del art. 16.3 de la Constitución como expresivo de una fórmula superadora de la tradicional dialéctica separatismo-cooperación en las relaciones entre la Iglesia y el Estado, propugnando una suerte de vía intermedia, en la que la aconfesionalidad o laicidad se ve matizada por la elevación de la cooperación al rango de principio constitucional. Esto es, si por un lado se afirma que la laicidad expresa una sustancial diferencia en cuanto a la naturaleza de los fines estatales y los fines religiosos, comporta una radical incompetencia del Estado en materia religiosa y, por tanto, implica una autoproclamada incapacidad estatal para definir el ámbito de *lo religioso*, por otro, sin aparente menoscabo de lo anterior, se afirma la viabilidad de la cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas, concebidas precisamente como los colectivos específicos que expresan institucionalmente el factor religioso, quedando además supeditado el alcance de dicha cooperación a la determinación estatal de la mayor o menor presencia sociológica de ese factor que, *a priori*, se nos ha presentado como estatalmente no determinable, aspecto este del arraigo sociológico de las creencias religiosas que, por lo demás, se declara a su vez compatible con la vigencia del principio de igualdad, merced a su explícita previsión constitucional en el art. 16.3.

Sin embargo, desde algunos sectores doctrinales se han puesto en entredicho los presupuestos sobre los que se asienta esa teoría, subrayando el carácter inadecuadamente formalista y especulativo con el que en la misma se percibe el significado y alcance de los diversos principios identificados, así como la perspectiva, no menos formalista, desde la que se contempla la relación que se traba entre unos y otros principios<sup>8</sup>.

Desde una óptica muy diferente a la que caracteriza la concepción tradicional que hemos sintéticamente descrito se pronuncia J. A. Souto en

<sup>6</sup> Cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, Derecho y Sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho eclesiástico del Estado*, Granada, 1999, p. 174.

<sup>7</sup> Véase al respecto J. CALVO, *Los principios del Derecho eclesiástico español en las sentencias del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 1999.

<sup>8</sup> Algunas observaciones particularmente incisivas en ese sentido pueden verse en el sugestivo trabajo de M. J. ROCA, «Propuestas y consideraciones críticas acerca de los principios en el Derecho eclesiástico», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. XVII (2001).

los siguientes términos: «sería un error, en mi opinión, interpretar la tercera vía como una superación del separatismo y del confesionalismo, partiendo de un análisis puramente dogmático, indiferente a la realidad social, política e histórica en la que se asienta y en la que sobrevive. Los sistemas son tan sólo interpretaciones doctrinales de aquellas soluciones políticas adoptadas en cada Estado para resolver problemas concretos, en este caso, existentes en cada país. Pretender equiparar el separatismo estadounidense con el separatismo revolucionario francés o el separatismo de la II República española puede ser un loable intento de sistematización doctrinal, pero inútil e incierto, si se desgaja de la realidad política, social e ideológica en que se producen. Por ello, la solución española ha de interpretarse también a la luz de las concretas circunstancias históricas, sociales y políticas de España en la segunda década (*sic*) de los años setenta»<sup>9</sup>.

Esas circunstancias coyunturales a las que se refiere este autor son sobradamente conocidas, aunque no siempre adecuadamente valoradas a la hora de interpretar el sentido que deba conferirse a las diversas disposiciones constitucionales.

El advenimiento del vigente régimen constitucional, como es sabido, se produjo en un momento histórico caracterizado por el difícil tránsito desde un régimen autoritario a un sistema democrático y, paralelamente, en materia de relaciones Iglesia-Estado, por la no menos complicada andadura desde un régimen de confesionalidad católica estatal hasta un nuevo sistema que, teóricamente y de conformidad con la instauración de un régimen común de derechos y libertades, habría de optar necesariamente por una neutralidad estatal en materia ideológica y religiosa, respetuosa y garante sin distinciones de las diversas manifestaciones de la libertad de creencias.

En lo concerniente a los restantes derechos fundamentales pudo verificarse la creación, *ex novo*, de un régimen común de tales derechos, cuya titularidad se reconoce a todos los ciudadanos en plano de igualdad, sin que pueda mediar discriminación alguna basada en su condición personal, lo que permitió configurar un sistema de base personalista en el que la Constitución, concebida en cada uno de los enunciados de derecho fundamental como *garantía de posibilidades*<sup>10</sup>, ampara por igual el libre desenvolvimiento social del ciudadano en sus diversas manifestaciones.

Sin embargo, el reconocimiento constitucional de la libertad de creencias se vio decisivamente condicionado por la necesidad coyuntural de contar, en el proceso de transición política, con el respaldo de la Iglesia católica, por entonces —y aún hoy— sociológicamente muy influyente en nuestro país. Como consecuencia de ello, el Estado, con carácter previo a la pro-

<sup>9</sup> J. A. SOUTO, «Cooperación del Estado con las confesiones religiosas», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 84 (1995), p. 368.

<sup>10</sup> Cfr. I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1995, p. 41.

mulgación de la norma fundamental, había ya asumido una serie de compromisos jurídicos mediante los que habría de pervivir, en el nuevo orden constitucional y con las imprescindibles modificaciones formales derivadas de la solemne renuncia a la confesionalidad estatal, el grueso de la normativa de origen pacticio que había regido el sistema de relaciones bajo la vigencia del Concordato de 1953. El régimen constitucional de la libertad ideológica y religiosa nacía así inevitablemente lastrado por el peso de la tradición concordataria y las exigencias derivadas de la necesidad de prestar una cobertura constitucional, cuando menos meramente formal, al sistema de relaciones criptopactado con la Iglesia católica.

Como oportunamente se ha advertido, «ignorar estos hechos a la hora de interpretar el art. 16 CE, y muy en concreto su apartado 3 y sus consecuencias en la posterior ley de 1980, sería formular una teoría tal vez brillante y sugestiva, pero totalmente alejada del pacto político en que tal fórmula se apoya»<sup>11</sup>. Lo hizo notar también el insigne profesor Lombardía —cuyo pensamiento, en este aspecto como en otros, ha sido tantas veces interesadamente orillado—, quien, tras señalar, siguiendo a Jemolo, que «es imposible conocer el sentido de las normas, si se prescinde de los antecedentes históricos que dan razón de su vigencia, con el consiguiente olvido de los presupuestos ideológicos y políticos que están en la base del Derecho positivo y explican finos matices del desarrollo de los institutos jurídicos»<sup>12</sup>, pudo sostener en otra sede, incidiendo en la idea del rechazo de la interpretación formalista y especulativa del dato constitucional y en el factor condicionante que supusieron los acuerdos elaborados preconstitucionalmente, que «una primera mirada a la línea que marca la fuente inicial del nuevo Derecho eclesiástico español llevaría a calificarla de escasamente innovadora respecto de las características de la regulación jurídica del factor religioso del período histórico anterior (...) sus características son las típicas de las opciones de una transición: rompen los esquemas del pasado sin excesivas violencias, pero precisamente por ello condicionan en alguna medida el futuro»<sup>13</sup>. Desde una perspectiva, como se ve, muy similar, pudo tempranamente observarse que «las líneas fundamentales del nuevo régimen constitucional de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas pueden sintetizarse (...) en la elección de un sistema de no ruptura con respecto de la situación anterior (...) un sistema que pretende superar el estado de cosas precedente sin cortar, no obstante, los puentes de comunicación con el anterior sistema de relaciones. El sistema instaurado es

<sup>11</sup> J. A. SOUTO, «Cooperación del Estado con las confesiones religiosas», *op. cit.*, p. 369.

<sup>12</sup> P. LOMBARDÍA, Prólogo a la obra de A. MOTILLA, *Los acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas en el Derecho español*, Barcelona, 1985, p. 8.

<sup>13</sup> P. LOMBARDÍA, «Opciones políticas y ciencia del Derecho eclesiástico español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. I (1985), p. 34.

fruto de presiones sociales y producto de una determinada ideología que sólo cede, en parte, en función de los intereses de un consenso que adquiere, por esta vía, el rango de principio hermenéutico»<sup>14</sup>.

A la luz de estas consideraciones, profundamente realistas, el último inciso del art. 16.3 de la Constitución adquiere un sentido y una finalidad explícita muy distintos de aquellos que le atribuye la tradicional teoría de los principios informadores, esto es, se trata realmente de «otorgar cobertura constitucional a los Acuerdos que se habían venido gestando, desde el mes de julio de 1976 hasta la conclusión de la Constitución, entre el Gobierno español y la Santa Sede. La pretensión, explicitada ya en el Acuerdo del 26 de julio de 1976, de proceder a la sustitución del Concordato de 1953 por una serie de Acuerdos parciales, pero con el mismo rango de tratado internacional, encontraba, en el artículo 16 de la Constitución, la cobertura y la protección para sobrevivir a los azares de la vida política y a la alternancia del poder»<sup>15</sup>.

La presencia de una norma como la que se contiene en el último inciso del art. 16.3 de la Constitución, si se logra ir más allá de la significación y alcance que se le concede en la tradicional teoría de los principios informadores, resulta muy difícilmente compatible con buena parte de los restantes principios y previsiones constitucionales, adecuadamente percibidos en su contexto sistemático. La forzada incorporación al texto constitucional del singular mandato cooperador introdujo, además, como se ha destacado, un elemento profundamente perturbador del desarrollo armónico de la Constitución en esta materia, lo que explica buena parte de los contenidos que en la legislación afectan al llamado factor religioso<sup>16</sup>.

Así, en efecto, los problemas y las distorsiones que ha generado ese entendimiento eminentemente formal y especulativo del art. 16.3 no son escasos, y atañen tanto a los rasgos con los que se ha instaurado la legislación vigente en este ámbito, como a la particular orientación que en esta materia ha venido predominando en el marco de la elaboración científica.

Cabe destacar, por ejemplo, en el plano de la construcción dogmática, el frecuente recurso al argumento de la valoración positiva del factor religioso como título habilitante para la concepción del derecho de libertad religiosa como un derecho de prestación, en sentido estricto, en el plano constitucional, del que nace una obligación estatal de asistencia con un

<sup>14</sup> D. LLAMAZARES y G. SUÁREZ PERTIERRA, «El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 61 (1980), p. 12.

<sup>15</sup> J. A. SOUTO, «Veinticinco años de cuestión religiosa y su solución constitucional», en *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59 (2003-2004), p. 186.

<sup>16</sup> Cfr. C. SERRANO, «Los acuerdos del Estado español con las confesiones no católicas», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. IV (1988), p. 96.

contenido de realización y promoción de valores y realidades religiosos<sup>17</sup>, un modo este de delimitar indirectamente el derecho fundamental que, como hemos mostrado en otra sede, se opone abiertamente a su verdadera naturaleza jurídica conforme a su interpretación constitucionalmente adecuada<sup>18</sup>. Puede asimismo subrayarse la evidente contradicción que, en el orden sustantivo, supone, de un lado, proclamar la radical incompetencia del Estado para definir el factor religioso como consecuencia del principio de aconfesionalidad, y, de otro, someter la cooperación estatal al dato previo de la toma en consideración de las creencias religiosas de la sociedad española, abocando así paradójica y contradictoriamente a los poderes públicos a la realización de un auténtico *ejercicio de sociología religiosa*<sup>19</sup>. No es menor, por otra parte, el problema que plantea en sí misma la presencia constitucional del mandato de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia católica, en tanto que limitación constitucional de la libertad política del Estado que afecta a su propia independencia<sup>20</sup>.

Pero si hay un aspecto en el que la concepción dogmática del art. 16.3, en el seno de la tradicional teoría de los principios informadores, se revela particularmente inadecuada, ése es, seguramente, el de la pretendida compatibilidad entre el significado que se atribuye a dicha norma y el principio constitucional de igualdad, pues no en vano son la libertad y la igualdad, reconocidamente y en paralelo a su misma afirmación como elementos cardinales en el plano de la fundamentación filosófica de los derechos fundamentales, los dos valores más estrictamente medulares del entero sistema constitucional a partir del postulado básico de la dignidad de la persona<sup>21</sup>.

#### IV. LA PROPORCIONAL COOPERACIÓN CON LAS CONFESIONES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Como se ha podido constatar, la interpretación formalista del art. 16.3 declara la constitucionalización de un singular mandato cooperador, que

<sup>17</sup> Cfr. M. LÓPEZ ALARCÓN, «Relevancia específica del factor social religioso», en VVAA, *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, Madrid, 1989, p. 471.

<sup>18</sup> Cfr. J. R. POLO, «En torno a la naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en la Constitución española», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 129 (2005).

<sup>19</sup> Cfr. J. A. SOUTO, «Veinticinco años de cuestión religiosa y su solución constitucional», *op. cit.*, pp. 184-185.

<sup>20</sup> Cfr. J. A. SOUTO, «La laicidad en la Constitución de 1978», en D. LLAMAZARES (ed.), *Estado y religión. Proceso de secularización y laicidad. Homenaje a don Fernando de los Ríos*, Madrid, 2001, pp. 227-228.

<sup>21</sup> Véanse, por todos, F. J. BASTIDA, «Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales», en VVAA, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2004, p. 38.

adopta como presupuesto la idea de que el alcance de la cooperación está subordinado al arraigo sociológico de la confesión religiosa de que se trate. De aquella norma no se deduce sólo la posibilidad de conceder un tratamiento específico al factor religioso en abstracto, sino que, sobre la base de la exigencia de *tener en cuenta* las creencias de la sociedad española, se afirma la obligación estatal de cooperar con las confesiones religiosas en la medida en la que sean reflejo del factor religioso *real*, esto es, en la proporción ajustada a su presencia efectiva en la sociedad española.

Cuando, como es habitual, el contenido del art. 16.3 se incorpora como un ingrediente más de los que delimitan el derecho fundamental reconocido en el apartado primero de esa norma, el camino hacia la diferencia de trato en el régimen de desarrollo del derecho, en función del dato sociológico, queda también en apariencia expedito.

Esta peculiar interpretación del enunciado constitucional anuncia ya el carácter supuestamente no discriminatorio de las desigualdades normativas en esta materia (sentando las bases que permitirán recurrir en esta sede a las ideas de *justicia distributiva*<sup>22</sup> o *igualdad de proporcionalidad*<sup>23</sup>), siempre que aquellas desigualdades respondan, en efecto, a una determinada realidad sociológica diferenciada, quedando en ese caso legitimadas *ex Constitutione* merced al significado que debe concederse al art. 16.3.

Veamos a continuación el modo en el que esta cuestión se presenta, originalmente, en el marco de la teoría de los principios informadores formulada por P. J. Viladrich.

El punto de partida, que es ciertamente difícil no compartir, es el de que la igualdad en esta materia «*significa que forma parte del común y radical patrimonio jurídico del ciudadano español la titularidad, en igualdad de calidad y trato ante la ley, del derecho de libertad religiosa*». Con independencia de cualquier circunstancia, al margen del signo de sus convicciones religiosas, sólo por ser ciudadanos, todos los españoles tienen en su patrimonio jurídico el *mismo derecho fundamental de libertad religiosa*» (p. 225) (la cursiva es del autor citado). Como correlato de esta premisa, se impone el principio de no discriminación por razón de religión, entendiendo por tal «*la expresa prohibición constitucional de cualquier acepción privilegiada, distinción, restricción o exclusión que basada en motivos religiosos tenga por objeto o por resultado la supresión o el menoscabo de la igualdad de titularidad y de ejercicio del derecho de libertad religiosa*» (p. 226) (la cursiva es del autor citado).

Pero el desarrollo discursivo no se detiene ahí. La interferencia del significado atribuido al art. 16.3 se hace visible en la necesidad, explícitamente

<sup>22</sup> Cfr. E. MOLANO, «El Derecho eclesiástico en la Constitución española», en VVAA, *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, Madrid, 1989, p. 304.

<sup>23</sup> Cfr. J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, «Posición jurídica de las confesiones religiosas», en VVAA, *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1983, p. 279.

manifestada, de hacer compatible el sentido constitucional de la igualdad con el dato de la realidad sociológica también amparado por la norma fundamental, habida cuenta de que ésta impone al Estado la obligación de atender a las creencias religiosas según su situación, arraigo, tradición e importancia sociológica (pp. 233-234). La cuestión queda escuetamente planteada en los siguientes términos: «¿Cómo concebir una igualdad que, al mismo tiempo, se despliegue como verdadera igualdad, pero sin merma alguna de la real especificidad del factor religioso?» (p. 228).

Es entonces cuando se acude a una distinción teórica entre la titularidad del derecho y su ejercicio efectivo, en cuya virtud, la existencia de normas diferenciales de tratamiento jurídico entre las confesiones en materia de libertad religiosa, siempre que sean fiel y real reflejo de su respectivo arraigo social, constituyen un legítimo tratamiento específico, no discriminatorio, que no afecta, en el plano de la titularidad del derecho, a la igualdad básica en la única categoría de sujeto colectivo de la libertad religiosa (p. 235).

El corolario de todo este planteamiento lo constituye la consecuente justificación de la mención específica de la Iglesia católica en la Constitución, así como, a partir de ahí, la definición del llamado *paradigma extensivo* del tratamiento específico del factor religioso: «de tanta libertad y de tanto reconocimiento jurídico de su especificidad diferencial como goce la Iglesia Católica —en estos momentos la de mayor arraigo y complejidad orgánica en la sociedad española—, de otro tanto pueden gozar el resto de las confesiones» (p. 235).

Sabemos, por lo tanto, que, a la luz de esta construcción dogmática, nada menos que *la libertad* de las confesiones religiosas no proviene del pleno reconocimiento del régimen común de derechos y libertades que garantiza la Constitución, y fundamentalmente de la garantía común de la libertad de asociación, sino que se encuentra supeditada al ámbito efectivo de las facultades previamente reconocidas a la Iglesia católica, que operaría aquí como un referente determinante del *máximo de contenido* al que pueden aspirar las restantes confesiones, y siempre de modo además proporcional a su *singularidad diferencial* (p. 236).

Examinando las implicaciones sistemáticas que tiene esta argumentación, más allá de la justificación formal con la que se presenta, se observará que, si se parte de la orientación netamente personalista que caracteriza al régimen de los derechos fundamentales en nuestro Estado constitucional, habida cuenta de que, desde la perspectiva del Derecho del Estado, las confesiones religiosas, como cualquier otra asociación, constituyen el resultado del ejercicio colectivo de un derecho de titularidad individual como es la libertad de asociación, la extrapolación que cabe hacer de aquel curioso planteamiento de base conduce inevitablemente a la aplicación del mismo criterio también a los sujetos individuales, titulares últimos del derecho fundamental, en los restantes ámbitos en los que se despliega su contenido:

habría entonces que sostener que de tanta libertad como gocen los ciudadanos católicos —que en este momento constituyen la mayoría sociológica—, de otro tanto puede gozar el resto de ciudadanos.

Esa extrapolación, en su sola apariencia incluso, resulta llamativamente inaceptable. Y sin embargo, se trata de una conclusión rigurosamente ajustada tanto a la concepción personalista de los derechos fundamentales como a la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en torno a la garantía común de la libertad de asociación, recientemente, al fin, confirmada en su idea rectora como plenamente aplicable a este ámbito, merced a la proclamación solemne, en la Ley Orgánica del Derecho de Asociación, de la condición que ostentan las confesiones religiosas como *asociaciones de relevancia constitucional*<sup>24</sup>.

La forma de eludir dogmáticamente un resultado tan claramente insostenible es bien conocida, y se cifra en la defensa de las clásicas concepciones institucionalistas al hilo de las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica, que vuelven a latir vigorosa y visiblemente en el trasfondo de la teoría de los principios informadores del Derecho eclesiástico, y explican, además, la tradicional insistencia doctrinal en la exclusión de las confesiones religiosas del régimen constitucional común de la libertad de asociación. Para ello, el punto de apoyo formal viene a ser, nuevamente, el enunciado del art. 16.3 y, particularmente, la mención de la Iglesia católica en él contenida.

Ese intento de justificar formalmente la referida diferencia entre el criterio aplicable al sujeto individual y a los grupos religiosos se muestra, no obstante, incapaz de sortear las evidentes contradicciones que genera materialmente en el sistema constitucional, manifestándose a la postre abiertamente incompatible con la concepción que alienta el régimen constitucional de los derechos y libertades, que, como con toda justeza se ha hecho notar, «se trata, obviamente, de una concepción personalista frente a las precedentes concepciones institucionalistas y cualquier otro añadido que pretenda menoscabar esta dimensión personalista, en aras de un mayor protagonismo institucional, resulta extemporáneo e, incluso, si su avance vulnera los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, podría devenir inconstitucional»<sup>25</sup>.

En suma, el origen de esa igualdad de proporcionalidad en el disfrute de los derechos se encuentra, en última instancia, como se ha podido comprobar, en el alcance que se reconoce al art. 16.3 de la Constitución, en tanto que expresivo de una noción de cooperación estatal con las con-

<sup>24</sup> Véase al respecto J. R. POLO, «Acotaciones al régimen jurídico de las entidades religiosas a la luz de la garantía constitucional de la libertad de asociación», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 18 (2003).

<sup>25</sup> J. A. SOUTO, «Veinticinco años de cuestión religiosa y su solución constitucional», *op. cit.*, p. 181.



fesiones proporcionada a su arraigo sociológico, a partir de la mención de la obligación de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española. Ese parámetro se ha utilizado también como elemento delimitador del derecho fundamental, haciendo de nuevo abstracción de las verdaderas razones por las que una norma de esa naturaleza fue incorporada al texto constitucional, y pese a que, como se ha indicado, el propósito de eludir el sometimiento al régimen común de derechos y libertades de todos los ciudadanos y de instaurar, por consiguiente, un régimen de libertad religiosa proporcionalmente adecuado a la mayoría sociológica estaba ya anunciado sin ambages en el Acuerdo de 1976<sup>26</sup>.

En nuestro criterio, la teoría de los principios informadores del Derecho eclesiástico alcanza, en este aspecto, un superlativo grado de formalismo en la perspectiva metodológica, evidenciando las reconocidas insuficiencias de la *elaboración formalista-conceptual* para captar la presencia de los fines y valores que conforman la unidad material de sentido que subyace al texto constitucional<sup>27</sup>. El que en otra ocasión hemos designado como un Derecho eclesiástico *extra Constitutionem*<sup>28</sup>, más allá de lo que pudiera considerarse acaso como un cierto ensimismamiento metodológico, se torna aquí, verdaderamente, respecto de la materialidad axiológica en que se inspira el orden positivo, en un Derecho eclesiástico constitucionalmente anaeróbico, por emplear un término que, siendo más propio de la fisiología que de la ciencia jurídica, refleja sin embargo con gran fidelidad, metafóricamente, un cierto *status quaestionis* en sede doctrinal.

Frente a la necesidad de *tener en cuenta* el arraigo sociológico de las creencias religiosas como parámetro de modulación en el disfrute del derecho fundamental de libertad religiosa, es preciso afirmar, de modo inequívoco, la fuerte presunción de inconstitucionalidad que se cierne sobre toda distinción normativa en materia de derechos fundamentales que se base en cualquiera de las circunstancias personales enumeradas en el art. 14 de la Constitución (cláusulas expresas y específicas de no discriminación), justamente concebidas como criterios vedados de diferenciación, cuya explícita mención en esa norma se explica a tenor de lo que representan como origen de una «prohibición del mantenimiento de diferenciaciones históricamente muy arraigadas»<sup>29</sup>, cuya pervivencia y efectos en la actualidad,

<sup>26</sup> Cfr. G. SUÁREZ PERTIERRA, «La recuperación del modelo constitucional. La cuestión religiosa a los veinticinco años de la Constitución», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 2 (2002), p. 323.

<sup>27</sup> Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, «La interpretación de la Constitución», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1 (1984), p. 115.

<sup>28</sup> J. R. POLO, *¿Derecho eclesiástico del Estado o libertades públicas?...*, op. cit., especialmente p. 88.

<sup>29</sup> R. MARTÍNEZ TAPIA, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, 2000, p. 51.

como se ha observado, es precisamente lo que el constituyente trató de evitar mediante esa norma<sup>30</sup>.

Esta idea básica es la que late en el concepto mismo del régimen común de derechos y libertades y en la noción del principio de igualdad propia del constitucionalismo contemporáneo, que no es otra, en esencia, que la de la extracción del ámbito contingente de las eventuales mayorías sociales del mecanismo de atribución de la titularidad y el disfrute de los derechos fundamentales. En este sentido, en lo que concierne a la proyección de esta idea central sobre la libertad de creencias, se ha hecho notar, muy elocuentemente, que «el reconocimiento constitucional de la libertad religiosa, art. 16 de la Constitución, elimina la posibilidad de *toma en consideración* de esta circunstancia como determinante de discriminación o privilegio (art. 14 de la Constitución)»<sup>31</sup>.

Se recurre con frecuencia, en esta sede, y a raíz de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de las dimensiones en las que se despliega el principio de igualdad, a la conocida distinción entre las ideas, no implicadas, de igualdad y uniformidad (igualdad no es igualitarismo jurídico), y a la consiguiente admisibilidad de aquellas discriminaciones que puedan ser consideradas como razonables y justificadas. Sin embargo, pocas veces se repara en que lo que constituye, en efecto, una de las vertientes de la igualdad en determinados ámbitos normativos se encuentra por principio excluido de la esfera del régimen de los derechos fundamentales y las libertades públicas, un ámbito éste que, como se ha señalado, es el único en el que puede legítimamente reclamarse un *entendimiento rigurosamente igualitario* del principio de igualdad<sup>32</sup>.

En materia de derechos fundamentales el argumento es, a nuestro juicio, inapelable: si lo que el Tribunal Constitucional rechaza como una consecuencia necesaria del principio de igualdad es el establecimiento en todo caso de un idéntico tratamiento legal, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica (cfr. STC 19/1982, FJ 3.º), lo que a su vez implica el contenido del art. 14 de la Norma Fundamental no es otra cosa, a estos efectos, que una solemne declaración de irrelevancia jurídica de las diversas condiciones personales que allí se enuncian y, por lo tanto, una equiparación en el disfrute de los derechos que, en esencia, «supone trato igual en circunstancias no idénticas, pero que no se consideran relevantes»<sup>33</sup>. En el caso que nos ocupa, como oportunamente se

<sup>30</sup> Cfr. V. FERRERES, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, 1997, pp. 252-253.

<sup>31</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1996, p. 26 (la cursiva es nuestra).

<sup>32</sup> Cfr. F. RUBIO LLORENTE, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en VVAA, *El principio de igualdad en la Constitución española*, I, Madrid, 1991, p. 707.

<sup>33</sup> G. PECES-BARBA, *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, 1993, p. 257.

ha advertido, profesar una fe mayoritaria, minoritaria o no profesar ninguna constituye sencillamente, a este propósito, un *elemento de imposible relevancia normativa*<sup>34</sup>.

Dicho de otro modo, en la esfera normativa de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la fórmula de la igualdad de proporcionalidad, aplicada a la realidad sociológica de las creencias religiosas, no puede ser concebida sino como una contradicción en sus propios términos. De ello es un indicio muy elocuente el que, a la hora de valorar el alcance de las cláusulas específicas de no discriminación en el art. 14, a pesar de haberse admitido incluso la validez del recurso directo, por parte del legislador, a alguna de las circunstancias allí mencionadas, cuando así lo exija una expresa disposición constitucional en atención a la realización del particular valor que esta represente, se haya tenido que dejar significativamente al margen de esa argumentación «la incidencia que pueda tener sobre la situación jurídica de los españoles en materia religiosa la ambigua alusión a la Iglesia católica en el art. 16.3»<sup>35</sup>. Y es que, en efecto, más allá de las dificultades e incertidumbres que genera doctrinalmente el significado y alcance del art. 14 de la Constitución, lo cierto es que resulta muy difícil no apreciar que el parámetro de la proporcionalidad sociológica que subyace al texto del art. 16.3 representa, simple y llanamente, la negación misma del valor superior de la igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales.

Una cosa es que los criterios explícitamente prohibidos como base de discriminación en el art. 14 no tengan carácter absoluto, generando sí una fuerte presunción de inconstitucionalidad, pero presunción al fin y al cabo que puede ser desvirtuada en casos excepcionales, y otra bien distinta es no apreciar que los supuestos en los que, excepcionalmente, se puede emplear alguno de esos criterios para establecer una diferencia normativa se manifiestan, en el marco del sistema valorativo constitucional, como un conflicto de principios, que requiere un particular ejercicio de ponderación que no puede concluir, en ningún caso, con la negación absoluta del valor superior que subyace a cada una de las *igualdades normativas* en que se traducen las cláusulas antidiscriminatorias en el art. 14<sup>36</sup>. No es casual que los supuestos en los que esa ponderación ha permitido el empleo ocasional de alguno de los criterios prohibidos por el principio de igualdad tengan, a su vez, relación con la necesidad de garantizar la igualdad sustancial a la que alude el art. 9.2 (así, por ejemplo, SSTC 3/1993, FJ 3.º, y 269/1994,

<sup>34</sup> Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, «Las minorías religiosas», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. IX (1993), p. 153.

<sup>35</sup> J. JIMÉNEZ CAMPO, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9 (1983), pp. 107-108.

<sup>36</sup> Véase L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998, pp. 87-90.

FJ 4.º). Lo que más adelante se dirá respecto de los fines que dotan de un sentido inquebrantable a los valores superiores en el orden constitucional permitirá arrojar mayor luz sobre esta cuestión.

Pese a todo, justo es reconocer que también el Tribunal Constitucional, tratándose de la prohibición de discriminación por razón de religión, como certeramente se ha denunciado en sede doctrinal, ha incurrido en la defectuosa y constitucionalmente inadecuada perspectiva metodológica que venimos refiriendo, sustrayéndose incluso a la realización del estricto escrutinio que requeriría la presencia de categorías legales diferentes basadas en la religión, generadoras de entrada, como en el caso de las restantes cláusulas específicas de no discriminación del art. 14, de una fuerte presunción de inconstitucionalidad de la norma<sup>37</sup>. En esta materia, el Alto Tribunal parece haberse resignado a asumir un estado de cosas del que también es un fiel reflejo el vigente panorama legislativo de desarrollo, caracterizado por la sustitución de los principios de generalidad y objetividad por los de singularidad y subjetividad<sup>38</sup> y, asimismo, por la introducción de una serie de variantes convencionales que excepcionan la generalidad de la ley, hacen chirriar las exigencias de la igualdad y afectan por lo tanto cualitativa y no sólo cuantitativamente al régimen de los derechos fundamentales<sup>39</sup>.

En el fondo, las reiteradas y muy frecuentes apelaciones al realismo en el estudio del Derecho eclesiástico del Estado no hacen sino revelar una resistencia latente a asumir en plenitud los postulados más básicos del constitucionalismo y, consecuentemente, a dar un adecuado cauce científico al potencial transformador que es inherente al contenido axiológico material de la Constitución.

En esto, qué duda cabe, estas posiciones doctrinales denotan una muy significativa proximidad a las tesis del positivismo jurídico que, como se sabe, desde su concepción avalorativa del Derecho y en su acepción como perspectiva formal de aproximación al mismo, se caracterizan también por esa reclamación de un realismo metodológico que, de igual modo, incide singularmente en un especial cuidado y atención a la dimensión instrumental de la técnica jurídica, lo que se resume fielmente en la clásica concepción del Derecho como un mero orden coactivo contingente, de naturaleza histórica, que no es sino el reflejo de la lucha y el predominio de concretos intereses sociales, una concepción que, por ejemplo, evidenciando ese llamamiento al realismo metodológico, llevaría a González Vicen a afir-

<sup>37</sup> Véase D. GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, 2004, pp. 201-204.

<sup>38</sup> Cfr. J. A. SOUTO, «Análisis crítico de la Ley de Libertad Religiosa», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 0 (2000), p. 59.

<sup>39</sup> Cfr. L. MARTÍN RETORTILLO, «El marco normativo de la libertad religiosa», en *Revista de Administración Pública*, 148 (1999), pp. 14-15.

mar que «esto y no otra cosa es el Derecho, si queremos no salir de la realidad: un instrumento técnico de dominación»<sup>40</sup>.

Si bien se mira, hay una íntima relación entre esa apelación positivista a la realidad y la fórmula de la proporcional cooperación del art. 16.3, que insiste, como se vio, en la necesidad de tener en cuenta el *factor religioso real*.

De hecho, tampoco es preciso realizar un análisis dogmático muy sutil para llegar a esa conclusión, porque, a menudo, ésta se encuentra incluso explícitamente reconocida en la doctrina científica como una consecuencia, al parecer inevitable, de ese fenómeno al que se conoce como *la fuerza normativa de lo fáctico*. Merece la pena ahora simplemente subrayar que, en su más honda repercusión, es éste un fenómeno reactivo, que tiende a erosionar los fundamentos del constitucionalismo contemporáneo y pretende justificar diferencias de trato basadas en la presión ejercida por los grupos sociales predominantes sobre los núcleos del poder.

Si es cierto que se ha podido describir ese proceso como una manifestación más del principio democrático participativo, y de la concurrencia de los grupos sociales en la instauración de las normas que les serán de aplicación, siendo de hecho ésta la explicación usual entre un amplio sector de la doctrina eclesiasticista, también lo es que se ha señalado, a nuestro modo de ver con mayor acierto, lo que ello implica en tanto que quiebra del valor superior de la igualdad, por la vía de un proceso de *contractualización de la ley* que conduce irremisiblemente a la pérdida de sus notas de generalidad y objetividad<sup>41</sup>, y, en definitiva, lo que supone en tanto que verdadera claudicación de los poderes públicos respecto de la igualdad ante la ley, derivada de la presión ejercida por los grupos sociales más influyentes<sup>42</sup>.

Ante ese fenómeno de erosión del valor superior de la igualdad cabe adoptar, en principio, dos actitudes muy distintas. Se puede, de un lado, resignadamente aceptar y dar carta de naturaleza normativa a la primacía de la facticidad sobre la axiología constitucional, en atención al logro al menos de una transparencia ante la opinión pública que evite los llamados *concordatos subterráneos*<sup>43</sup>. Pero es posible también, por el contrario, tratar

<sup>40</sup> Citado por L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, México, DF, 1999, p. 12.

<sup>41</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, 1995, pp. 36-37 (trad. de M. Gascón).

<sup>42</sup> Cfr. P. DE VEGA, «Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)», en VVAA, *Estudios de Derecho constitucional y de ciencia política. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, I, Murcia, 1997, pp. 732-733.

<sup>43</sup> En este sentido, R. NAVARRO-VALLS, «Los Estados frente a la Iglesia», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. IX (1993), p. 49.

de superar definitivamente una cultura política que tiende a privilegiar los hechos y a despreciar los principios<sup>44</sup>, y hacer con ello de la crítica del Derecho inválido, por contradictorio con los valores asumidos en la Constitución, la principal tarea de la ciencia jurídica en el sistema garantista que identifica al constitucionalismo contemporáneo<sup>45</sup>.

No está muy alejado de esta disyuntiva el problema teórico que representa la llamada mutación constitucional, en la que, precisamente, se plantea la posibilidad de que, por la vía de los hechos, pueda producirse una modificación en alguno de los aspectos que son objeto de regulación por parte de la norma fundamental, y la respuesta que tanto la doctrina más autorizada<sup>46</sup> como el propio Tribunal Constitucional han dado a este asunto, indudablemente, permite arrojar alguna luz a la cuestión que más directamente nos viene ocupando. Sin entrar ahora en mayores honduras, puede apreciarse que, cuando el conflicto entre la norma constitucional y una concreta praxis social que a ella se opone alcanza un estadio jurisdiccional, la supremacía de la Constitución y su consiguiente penetración (vinculación) en todos los sectores de la vida social no admite otra salida que la de la rectificación de la concreta praxis cuestionada, y con ella la restauración de la plena realización de los valores constitucionales en aquel ámbito del que estaban ausentes. Así se pudo comprobar cuando, en los albores del vigente régimen político, el Tribunal Constitucional se mostró inflexible a la hora de hacer prevalecer el principio del mandato representativo constitucionalmente consagrado, frente a una concepción política que amenazaba con hacer del mandato imperativo una praxis habitual.

Es más, también en los casos en los que esa facticidad se torna en norma jurídica, creada e impuesta de forma espontánea por el uso social, esto es, en los supuestos propios del Derecho consuetudinario o de los principios generales del Derecho que carecen de explícita consagración legal o jurisprudencial, es claro el sometimiento y la exigencia de no contradicción con los principios constitucionales que constituyen la última y siempre existente fuente del Derecho<sup>47</sup>.

No deja de causar extrañeza el hecho de que aún hoy se siga haciendo necesaria desde algunos sectores doctrinales la defensa explícita de la idea del Derecho eclesiástico concebido como *legislatio libertatis*, según la tra-

<sup>44</sup> Cfr. J. L. CASCAJO, «Los valores y la Constitución», en VVAA, *Estudios de Derecho constitucional y de ciencia política. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, op. cit., p. 129.

<sup>45</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 2001, pp. 28-34 (trad. de P. Andrés y A. Greppi).

<sup>46</sup> Véase, por todos, P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1991, pp. 208-215.

<sup>47</sup> Cfr. L. Díez-PICAZO, «Constitución y fuentes del Derecho», en VVAA, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979, p. 654.

dicional acuñación dogmática. Si ese esfuerzo de orientación doctrinal *pro libertate* tuvo pleno sentido en un entorno cultural marcado por los cánones del positivismo avalorativo, actualmente no tendría por qué ser sino una obviedad en el marco del Estado constitucional contemporáneo: ¿existe hoy algún sector del ordenamiento jurídico que pueda no ser concebido, *lato sensu*, como *legislatio libertatis*? Y sin embargo, mucho nos tememos que el Derecho eclesiástico es hoy, seguramente, uno de los pocos sectores (acaso el único) al que esa acuñación no le sea plenamente aplicable. Frente a la retórica formalista que, lamentablemente, se ha instalado en amplios sectores de la doctrina eclesiasticista y, lo que es aún más inexplicable si cabe, también en otros ámbitos de la doctrina publicista que parecen ir a remolque de aquella en lo que concierne al tratamiento constitucional de la llamada cuestión religiosa, se impone hoy una auténtica *reconstrucción del discurso jurídico*<sup>48</sup>, a la luz de lo que habría de ser una construcción dogmática constitucionalmente adecuada a la teoría de los valores que inspiran y dotan de sentido al entero ordenamiento, a partir de su acogida en el texto fundamental.

#### V. UNA CUESTIÓN A DEBATE: ¿ES EL ART. 16.3 UNA NORMA CONSTITUCIONAL MATERIALMENTE INCONSTITUCIONAL?

Las reflexiones que hemos realizado en estas páginas, al hilo de la concepción dogmática del significado y alcance del último inciso del art. 16.3 de la Constitución, nos llevarán seguidamente a plantear, como así quedó sugerido al comienzo de las mismas, la posibilidad de que estemos en presencia de una *norma constitucional inconstitucional*.

El tema es, claro está, de muy hondo calado científico y sus repercusiones atañen decisivamente a la adecuada interpretación del régimen constitucional de la libertad de creencias. En espera de un debate doctrinal más extenso sobre el particular, a modo de inicial aproximación al problema y con la única pretensión de tratar de fijar las coordenadas conceptuales por las que estimamos habría de discurrir ese debate, haremos algunas precisiones al respecto, sin dejar de proponer en todo caso la respuesta que nos parece más adecuada al interrogante suscitado.

La posibilidad, aparentemente paradójica, *prima facie*, de detectar normas inconstitucionales dentro de la Constitución misma encuentra un punto de apoyo, en el plano de la Teoría constitucional, en el marco de doctrina

<sup>48</sup> Cfr. F. BALAGUER, *Fuentes del Derecho, I, Principios del ordenamiento constitucional*, Madrid, 1991, pp. 27-28.

del valor normativo de la Constitución, hoy comúnmente asumida entre nosotros y de la que fue originalmente destacado valedor, como se sabe, el profesor García de Enterría<sup>49</sup>.

En apretada síntesis, esta doctrina adopta como premisa la de la existencia de un sistema de valores materiales que da sentido a la Constitución, la vertebra axiológicamente, dotando de unidad al ordenamiento jurídico en su conjunto sobre la base de los principios constitucionales en los que tales valores se expresan. Ese elenco de valores materiales tiene un carácter básico y fundamentador de todas las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, debiendo por lo tanto estas ser interpretadas y aplicadas, sin excepción, conforme a la realización efectiva de esos valores en todos los ámbitos de la vida social. Esos valores básicos, en definitiva, conforman un núcleo irreductible en el centro mismo del sistema constitucional, de modo que, como acontece en el caso español, la eliminación de cualquiera de ellos de la economía constitucional se equipara a una revisión total de la *lex normarum*, esto es, a un cambio de régimen jurídico-político.

A partir de ahí, como de hecho ha sido el caso en el seno de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán y ya antes de la Corte Suprema norteamericana, es posible hablar de normas constitucionales inconstitucionales, «concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución y el límite (constitucional, como hemos visto: art. 168) que suponen a la reforma constitucional. Esos principios, (...) si se destacan como primarios en todo el sistema y protegidos en la hipótesis de reforma constitucional, presentan, por fuerza, una “enérgica pretensión de validez”, (...) y constituyen, por ello, los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la de la Constitución misma»<sup>50</sup>. Así pues, como hará notar Hernández Gil, junto al principio general de primacía de la Constitución, cabe también hablar de «la primacía específica que ostentan las normas proclamatorias de los valores materiales»<sup>51</sup>.

Cierto que también se ha observado, agudamente, que la posibilidad misma de reformar, aun por un cauce agravado y asimilado a un cambio de sistema, incluso los preceptos relativos a esos valores superiores, y la falta en suma de algún tipo de cláusula de intangibilidad respecto de los mismos, evidencia, en última instancia, una suerte de indiferentismo o neutralismo valorativo, que se compadece mal con la idea de una Constitución

<sup>49</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>51</sup> A. HERNÁNDEZ GIL, *El cambio político español y la Constitución*, Barcelona, 1982, pp. 405-406.



firmemente asentada sobre un suelo axiológico material, permitiendo todo ello hablar fundadamente de una especie de esquizofrenia constitucional de problemática solución<sup>52</sup>. El argumento es, a nuestro juicio, ciertamente atendible, de modo que si ha de hallarse algún tipo de *superioridad* en aquellos valores respecto de otros preceptos constitucionales, ésta deberá buscarse más bien, en el terreno de las consideraciones materiales, en la propia posición basal de dichos valores dentro de la economía constitucional, así como en la funcionalidad prescriptivamente orientadora de todo el ordenamiento que allí se les reconoce. Aun así, el problema de fondo subsiste, de modo que ese hallazgo, en todo caso, no parece posible sin obviar en cierto sentido las consecuencias que se pueden extraer de la ausencia de cláusulas de intangibilidad o, al menos, sin entender que la superioridad de los valores se afirma contextualmente sólo en tanto que el sistema permanece. En este último sentido, puesto que lo que se busca es determinar en razón de qué criterio jurídico se afirma la superioridad de esos valores materiales en el entorno mismo de la normatividad constitucional, tal vez pudieran extraerse algunos argumentos útiles a este propósito, *mutatis mutandis*, del ámbito de las teorizaciones en torno al principio de jerarquía normativa que, en tanto pueda ser concebido como concierne exclusivamente a la estructuración interna de un ordenamiento jurídico, puede entonces dejar de lado el problema del fundamento último de la validez de ese ordenamiento y operar sus efectos, presuponiendo dicha validez, a partir de la existencia misma del sistema, en este caso de la Constitución<sup>53</sup>.

En este marco general de reflexión, se ha sugerido, también, que la idea de la cláusula de intangibilidad puede no ajustarse al dato de que los elementos básicos del Estado constitucional, que se reputan inconstitucionales, no tienen siempre un contenido estrictamente fijado, indiscutido y definitivamente precisado, lo que, al poder traducirse aquéllos en ámbitos normativos diferenciados, permitiría su reforma al menos en ese aspecto, y, asimismo, se ha hecho notar que este posible límite material a la reforma habría más bien de entenderse como un ámbito mínimo, dado que es concebible una mayor protección o aun una ampliación del conjunto de los bienes constitucionales que conforman ese núcleo esencial<sup>54</sup>. La matización es interesante y, aparte la objeción que pudiera tal vez realizarse en cuanto a que, aun en presencia de una cláusula de intangibilidad, esa interpretación evolutiva o progresiva de los derechos fundamentales podría también obte-

<sup>52</sup> Cfr. P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, op. cit., pp. 151 y ss.

<sup>53</sup> Véase al respecto T. REQUENA, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, 2004, pp. 127-33.

<sup>54</sup> Cfr. C. DE CABO, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Madrid, 2003, pp. 48-49.

nerse por la vía de la apertura constitucional al Derecho internacional de los derechos humanos (como acontece, en nuestro caso, con el art. 10.2), revela que se parte igualmente de la necesidad de afirmar siquiera un mínimo dogmático irreductible en el sistema constitucional, del que aparentemente no se ha de excluir a los valores superiores.

Nótese, además, que ese núcleo constitucional intangible o, como también se ha designado, esa especie de *supraconstitución material*<sup>55</sup>, queda preservado en el procedimiento de apertura a los textos internacionales cuando, como es el caso de la Constitución española, se impone generalizadamente la prohibición de la interpretación *in peius* de los derechos fundamentales en ella reconocidos<sup>56</sup>, en un contexto en el que es igualmente asumido y respaldado por la jurisprudencia constitucional el principio de supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales<sup>57</sup>, muchos de los cuales (los más relevantes en la materia), por lo demás, contienen cláusulas específicas que reafirman dicha supremacía en lo tocante al régimen de los derechos y libertades (así el art. 53 del Convenio Europeo o el art. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En lo concerniente ahora al hipotético alcance delimitador del art. 16.3 respecto del régimen de la libertad de creencias, esta sola constatación sería ya suficiente para descartar una interpretación que, sobre la base del rango de los Acuerdos suscritos con la Iglesia católica, tratase de hacer derivar de la propia Constitución, mediatamente, la justificación del tratamiento proporcionalmente discriminatorio, llamémoslo ya así, en materia religiosa.

Con todo, en el marco de la idea de la Constitución normativa dotada de un fundamento axiológico material, estimamos que no hay razón en principio para excluir a la hermenéutica de los enunciados iusfundamentales, en nuestro caso a la del art. 16.3, del criterio general que anuncia que «la interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales»<sup>58</sup>.

El problema teórico de las disposiciones constitucionales inconstitucionales ha sido abordado también por L. Parejo, y de su posición al respecto podemos ahora extraer algunas conclusiones cuya aplicación al caso que

<sup>55</sup> Cfr. B. ALÁEZ CORRAL, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2000, p. 193.

<sup>56</sup> Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999, pp. 235-240.

<sup>57</sup> Véase, por todos, C. RUIZ MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1997, pp. 109 y ss.

<sup>58</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma...*, *op. cit.*, p. 102.

nos ocupa puede ser de algún provecho. También para este autor es hipotéticamente posible el desencadenamiento de juicios de constitucionalidad de otros preceptos constitucionales a partir de su contradicción con los valores superiores del ordenamiento, valores éstos cuya superioridad proviene aquí, obviamente, no del rango de la fuente normativa que los proclama (rango constitucional, en ambos casos), sino de su particular posición y función ordinamentales, de modo tal que, ante una *contradicción irreductible* entre el bloque valorativo integrado por esos valores superiores y cualquier otro precepto constitucional, y sólo en tal supuesto, podría entonces tener lugar el efecto de la inconstitucionalidad<sup>59</sup>.

Para este autor, no obstante, se trata en todo caso de una posibilidad más teórica que real, habida cuenta de que una tal contradicción insuperable se muestra inicialmente como muy improbable, dada la condición sistemática del orden constitucional, así como la generalidad, abstracción e indeterminación propias de aquellos valores superiores en los que se expresa la unidad misma de ese orden, todo lo cual sugeriría la conveniencia de propiciar más bien la búsqueda de una interpretación armónica entre los elementos confrontados<sup>60</sup>. Esta matización, a nuestro juicio, no resulta convincente, en tanto que, si la interpretación armónica es siempre posible (por definición, se dice) en el seno del sistema, no tendría entonces ya sentido hablar de esa hipotética contradicción irreductible, siquiera sea como problema teórico: la contradicción sería siempre *reducible* por vía interpretativa hasta hacerla desaparecer, como tal contradicción, en la armonía entre los elementos que aparentemente se oponían; más que matizar el criterio adelantado, esta puntualización parece propiamente rectificarlo de plano.

En este orden de consideraciones, como es sabido, la doctrina del Tribunal Constitucional, tempranamente, hizo ver la inserción sistemática de los valores en el seno de la norma constitucional y, consiguientemente, la necesaria interpretación finalista, acorde a dichos valores, que ha de realizarse de los restantes preceptos constitucionales (cfr. STC 18/1981, FJ 2.º). Es indudable, por lo tanto, el alcance delimitador de los valores materiales básicos respecto del contenido de los enunciados que declaran derechos fundamentales, así como también lo es respecto del de aquellos otros preceptos que, sin consagrar estrictamente un derecho fundamental, establecen concretos mandatos de actuación a los poderes públicos.

Pero no creemos que nada de ello sea un obstáculo, sino al contrario, para admitir la premisa de que es posible, excepcionalmente sin duda, el

<sup>59</sup> Cfr. L. PAREJO, «Constitución y valores del ordenamiento», en VVAA, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, I, Madrid, 1991, p. 132 (la cursiva es nuestra).

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 132.

hallazgo en el seno de la Constitución, tratándose además de una *Constitución de consenso* con todo lo que ello implica, de preceptos que contradigan, de manera frontal e irreductible, alguno o algunos de los valores superiores del ordenamiento asumidos como tales por la propia Norma Fundamental. Preceptos cuyo contenido se muestre a todas luces refractario a su acomodación, por vía interpretativa, a alguno de los posibles sentidos que lo harían conciliable con ese orden material básico. ¿Cómo debe interpretarse si no, aun en el contexto sistemático, la exigencia en el art. 16.3 de *tener en cuenta* un aspecto que, por su parte, el art. 14, como expresión concretizada de uno de los valores superiores del ordenamiento, prohíbe explícitamente *tener en cuenta*? ¿Sería también interpretativamente reconducible al ámbito de la igualdad como valor superior una norma que, por ejemplo, obligase a los poderes públicos a prestar un servicio determinado a los ciudadanos, *teniendo en cuenta* su raza?

De responderse afirmativamente a estos interrogantes, habría entonces que preguntarse hasta qué punto es adaptable, en el valor superior de la igualdad, la zona de incertidumbre que caracteriza a este tipo de conceptos a cualquier disposición imaginable similar a la referida, sin llegar con ello en la práctica a una relativización casi absoluta, a un desvanecimiento del significado de este valor superior y, consiguientemente, a una pérdida de su funcionalidad específica en el marco del sistema constitucional.

En este sentido, la impredecibilidad que se ha atribuido a los valores constitucionales apela a su capacidad para generar una amplia variedad de reglas jurídicas en su concreta proyección normativa, pero sin perder nunca de vista que los valores superiores «no son enunciados vacíos que permitan al legislador un número infinito de posibilidades a la hora de transmutarlos en reglas. Los valores, como todos los enunciados constitucionales, imponen límites al legislador»<sup>61</sup>. Y esos límites, en el caso que nos ocupa, se encuentran instituidos en relación directa a la finalidad que se refleja en la proclamación constitucional del valor de la igualdad, puesto que los valores superiores no son otra cosa que cláusulas generales que expresan los fines que dotan de sentido a la Constitución. El hecho de que los valores superiores, dada su neta condición teleológica y orientadora del ordenamiento jurídico en su conjunto, no posean una específica estructuración normativa de orden preceptivo no significa que carezcan de una finalidad unívoca, de un sentido material inquebrantable o, si se prefiere, de un *contenido básico*<sup>62</sup>, que es precisamente el que se impone a cualquiera de sus proyecciones normativas. Los valores superiores admiten ser calificados, como así se ha hecho respecto de los principios jurídicos, como

<sup>61</sup> M. ARAGÓN, *Constitución y democracia*, Madrid, 1989, pp. 94-95.

<sup>62</sup> Cfr. J. ARCE, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid, 1990, pp. 146 y ss.

*prescripciones interpretativas*<sup>63</sup>, cuya funcionalidad rectora en el sistema de fuentes presupone, como es lógico, el reconocimiento en cada uno de los valores de un sentido y finalidad determinados, a los que ha de acomodarse la interpretación de toda norma y que no pueden ser relativizados y manipulados, *ad casum*, sin frustrar con ello su misma función inspiradora en la Constitución. El sumo grado de *abstracción e idealidad* con el que se presentan normativizados los valores en la Constitución no se opone a su funcionalidad inspiradora, que requiere una determinada lectura finalista (y no otras) de los restantes preceptos constitucionales, sino que, antes bien, resulta ser precisamente el más adecuado para hacer efectiva esa *capacidad de proyectar sentido* sobre otras disposiciones, aun las más concretas y específicas<sup>64</sup>.

Los riesgos que para la seguridad jurídica comporta el nudo decisionismo interpretativo no provienen sólo de una jurisprudencia creativa, entregada acaso a esa célebre *tiranía de los valores*, según denunciaron algunos conspicuos defensores del positivismo jurídico, sino que se originan también, como se ve, en el entorno del pensamiento formalista, cuando éste logra abrirse camino en la hermenéutica constitucional. En ambos casos, curiosamente, el resultado que produce un abordaje metodológico aparentemente opuesto es, sin embargo, muy parecido y rayano en la mera arbitrariedad. Con razón se ha observado que quienes defienden la Constitución democrática como un sistema de valores adjetivos, neutral respecto de toda axiología material en función de un pretendido pragmatismo metodológico, lo que realmente esconden no es otra cosa que un puro y simple voluntarismo<sup>65</sup>.

Así las cosas, frente a los excesos de una visión dogmática meramente especulativa, una concepción no formalista de las disposiciones constitucionales, consciente de los antecedentes históricos y de los presupuestos políticos e ideológicos que dan razón de su vigencia, por decirlo con palabras del profesor Lombardía, y orientada hacia la búsqueda de un entendimiento de las mismas a su vez constitucionalmente adecuado y acorde a la materialidad axiológica que vertebra el entero ordenamiento jurídico, nos inclina a pensar que, en efecto, nos hallamos, de forma además paradigmática, ante una de esas raras ocasiones en las que cabe detectar la presencia de una norma constitucional inconstitucional.

La Constitución, según se ha hecho notar, determina una jerarquía entre los principios que se infieren de la interpretación operativa de las reglas constitucionales, de un lado, y los valores superiores del ordenamiento jurí-

<sup>63</sup> Cfr. M. BELADIEZ, *Los principios jurídicos*, Madrid, 1994, pp. 110-111.

<sup>64</sup> Cfr. A. GARRORENA, «Valores superiores y principios constitucionales», en VVAA, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, I, Madrid, 1997, p. 36.

<sup>65</sup> Cfr. M. ARAGÓN, *Constitución y democracia*, *op. cit.*, pp. 44-45.

dico consagrados en el art. 1.1 del texto fundamental, de otro, en tanto que fundamento estos últimos de todos los principios y reglas jurídicas deducibles a partir de las disposiciones constitucionales<sup>66</sup>. Así pues, en la medida en la que el principio de no discriminación por razón de religión del art. 14 no es sino la expresión concretizada del valor superior de la igualdad, resulta estéril el intento de buscar un posible entendimiento de aquél, que, en su relación con el mandato de cooperación proporcional del art. 16.3, no anule totalmente ninguno de los dos y los haga de algún modo compatibles, desembocando más bien dicho intento en la constatación de su carácter manifiestamente irreconciliable, o así nos lo parece, en el marco de la finalidad integradora de la Constitución y a la luz de la unidad de su sentido material.

Una conclusión como ésta, además, en tanto comporta una radical invalidez material de la norma en el sistema constitucional, se sobrepone a cualquier otra consideración como la relativa a la naturaleza jurídica que, en el plano técnico-instrumental, quepa otorgar al mandato cooperador que allí se consigna, de modo que deviene ya innecesaria, por ejemplo, la discusión acerca de si estamos en presencia de un principio constitucional o más bien de una técnica de promoción de la libertad religiosa<sup>67</sup>, o cualquier otra relativa al alcance delimitador del mandato respecto del régimen de la libertad de creencias.

Finalmente, el análisis que hemos llevado a cabo no quedaría completo sin la advertencia de que la premisa de la que partimos para alcanzar la conclusión que hemos formulado no es pacífica en la doctrina publicista. Así por ejemplo, se ha señalado que «las exigencias del art. 14 CE no rigen sólo para las disposiciones con rango de ley, sino también para cualesquiera otras normas jurídicas aplicables en el ordenamiento español. Esta última afirmación no puede predicarse de las propias normas constitucionales: frente a lo que creen algunos, no cabe tachar de discriminatorias en sentido técnico algunas diferencias de trato que derivan de la Constitución misma»<sup>68</sup>. Sin menoscabo de la firmeza con la que estimamos cabe sostener nuestra posición al respecto, avalada por las razones que se han explicitado, sirva esta referencia como contrapunto a tal posición y evidencia en todo caso de lo singularmente controvertido de la cuestión analizada.

<sup>66</sup> Cfr. T. FREIXES y J. C. REMOTTI, «Los valores y principios en la interpretación constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35 (1992), p. 105.

<sup>67</sup> Véase A. FERNÁNDEZ-CORONADO, «Principio de igualdad y técnica de cooperación», en *La Ley*, núm. 2 (1983).

<sup>68</sup> L. M. DíEZ-PICAZO, «Sobre la igualdad ante la ley», en VVAA, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2002, p. 474.

## VI. BREVE RECAPITULACIÓN

La concepción dogmática más extendida entre nosotros del art. 16.3 de la Constitución, prefigurada en sus caracteres más definitorios en el marco de la original teoría de los principios informadores del Derecho eclesiástico español, responde a una premisa metodológica básicamente formalista en la comprensión de las normas constitucionales, totalmente inadecuada en el actual grado de desarrollo del Estado constitucional, a la luz de la concepción de la teoría constitucional como una teoría de los valores. Aparte de otras objeciones relativas a la imposibilidad de armonizar, si no es desde una óptica puramente formalista, el sentido del peculiar mandato contenido en aquella norma con el significado atribuido al principio de aconfesionalidad o de neutralidad estatal, lo cierto es que la proclamación de un principio constitucional de cooperación con las confesiones religiosas, proporcional al arraigo sociológico de las mismas, contradice irreductiblemente la vigencia en este ámbito del valor superior de la igualdad, y se opone radicalmente al sentido último de su manifestación específica en el art. 14, según se desprende de su interpretación constitucionalmente adecuada.

Sin que ello disminuya el juicio desfavorable que nos merece la tradicional aproximación doctrinal a esta cuestión, tan ostensiblemente alejada, en nuestro criterio, de un recto entendimiento de la dinámica operativa impuesta por la adopción constitucional de un determinado sustrato axiológico material, no puede desconocerse que es la presencia misma de una norma como la que establece el art. 16.3, habida cuenta además del contexto histórico y la finalidad política que da razón de su incorporación al texto fundamental, la que resulta profundamente perturbadora y, de entrada, dudosamente compatible con el sistema de valores que están en la base del entero orden constitucional. Un examen detenido de esta cuestión, aunque en este trabajo tenga sólo un carácter preliminar y se someta gustosamente al ulterior juicio de la crítica para su contraste y desarrollo si procede, nos inclina a pensar que estemos más bien ante una de esas raras ocasiones en las que cabe detectar la presencia de una norma constitucional materialmente inconstitucional.