

*José María Porras Ramírez*

*(Coordinador)*

*Agustín Motilla de la Calle*

*María Concepción Álvarez-Manzaneda Roldán*

*Paloma Aguilar Ros*

*Leticia Rojo Álvarez-Manzaneda*

*Mercedes Frías Linares*



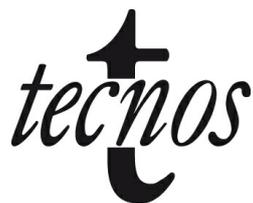
**DERECHO  
DE LA LIBERTAD  
RELIGIOSA**

SEGUNDA EDICIÓN

JOSÉ MARÍA PORRAS MARTÍNEZ  
*(Coordinador)*

# DERECHO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

SEGUNDA EDICIÓN



AGUSTÍN MOTILLA DE LA CALLE  
MARÍA CONCEPCIÓN ÁLVAREZ-MANZANEDA ROLDÁN  
PALOMA AGUILAR ROS  
LETICIA ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA  
MERCEDES FRÍAS LINARES

## Contenido

*Presentación de la obra, en su primera edición*

*Prólogo a la segunda edición*

*Nota previa*

*Lección 1. La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea*

### 1. Garantía multinivel y objeto específico del Derecho

- 1.1. El ámbito constitucional interno
- 1.2. El ámbito internacional, con especial referencia al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
- 1.3. El ámbito de la Unión Europea

### 2. Relevancia jurídico-subjetiva del interés religioso. la titularidad del Derecho

- 2.1. La dimensión individual. Especial referencia a la problemática que afecta a los extranjeros y a los menores
- 2.2. La dimensión colectiva. El estatus de las confesiones religiosas. Especial referencia al régimen jurídico extraordinario que asiste a la Iglesia católica

### 3. Los límites del Derecho fundamental

Bibliografía

*Lección 2. La libertad religiosa como principio supremo informador de la actuación de los poderes públicos en materia religiosa*

### 1. La dimensión institucional u objetiva del Derecho fundamental. El principio de libertad religiosa

### 2. El principio de laicidad del Estado

- 2.1. El concepto de laicidad como expresión histórica de la separación alcanzada entre el Estado y las confesiones
- 2.2. La neutralidad como principio funcional en el Estado promocional contemporáneo. «Laicidad positiva», igualdad y pluralismo
- 2.3. Laicidad y diversidad religioso-cultural. Especial referencia a la problemática suscitada en el ámbito educativo
- 2.4. La laicidad como parámetro de la adecuada actuación de los poderes públicos en promoción de la libertad religiosa

### 3. El principio de cooperación con las confesiones religiosas

- 3.1. Fundamento y límites
- 3.2. Ámbitos
- 3.3. Instrumentos

Bibliografía

*Lección 3. Las fuentes derivadas*

### 1. Introducción

### 2. Los acuerdos del Estado con la Santa Sede (1976-1979)

- 2.1. Denominación
- 2.2. Naturaleza jurídica
- 2.3. Sujetos
- 2.4. Procedimiento
- 2.5. Eficacia

- 2.6. Interpretación
- 2.7. Extinción
- 2.8. Breve análisis de los acuerdos
- 3. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980, y sus normas de desarrollo
  - 3.1. Antecedentes
  - 3.2. Análisis de la Ley Orgánica
  - 3.3. Normas de desarrollo
  - 3.4. Organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas
  - 3.5. La Comisión Asesora de Libertad Religiosa
- 4. Los acuerdos del Estado con confesiones religiosas distintas de la Católica
  - 4.1. Introducción
  - 4.2. Denominación
  - 4.3. Naturaleza jurídica
  - 4.4. Caracteres
  - 4.5. Sujetos
  - 4.6. Contenido
- 5. Otras disposiciones normativas
  - 5.1. Normas confesionales relevantes para el Derecho español
  - 5.2. Normas de las Comunidades Autónomas

## Bibliografía

### *Lección 4. La protección de la Libertad religiosa*

- 1. Introducción: libertad religiosa e interés religioso
- 2. Garantías institucionales
- 3. Protección jurisdiccional
  - 3.1. Amparo ordinario
  - 3.2. Amparo constitucional
- 4. Tutela extrajudicial. El Defensor del Pueblo
- 5. Protección internacional
  - 5.1. El Comité de Derechos Humanos
  - 5.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- 6. Protección penal
  - 6.1. Los Códigos Penales en España
  - 6.2. La regulación penal vigente
- 7. Tutela administrativa. La denominada «policía de cultos»
  - 7.1. Derecho de reunión y derecho de asociación
  - 7.2. Libertad de expresión de las ideas religiosas y derecho a la información
  - 7.3. Urbanismo
- 8. Libertad religiosa y relaciones laborales

## Bibliografía

### *Lección 5. El régimen patrimonial, económico y fiscal de las confesiones religiosas*

- 1. Régimen patrimonial
  - 1.1. Nociones previas
  - 1.2. La protección del patrimonio cultural. La Constitución y la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español
- 2. Régimen económico
  - 2.1. Nociones previas
  - 2.2. Evolución histórica de la dotación del Estado a la Iglesia Católica
  - 2.3. El Acuerdo sobre Asuntos Económicos, de 3 de enero de 1979
  - 2.4. Régimen económico de las confesiones religiosas no católicas
- 3. Régimen fiscal

- 3.1. Nociones previas
- 3.2. Diversos supuestos en relación con la Iglesia católica: exención, deducción y benéficos fiscales
- 3.3. Diversos supuestos en relación con las confesiones religiosas no católicas

## Bibliografía

### *Lección 6. La asistencia religiosa*

- 1. Concepto y fundamento
- 2. Modelos de organización
- 3. La asistencia religiosa en los acuerdos entre el Estado y la Santa Sede
- 4. Los acuerdos con las confesiones evangélica, judía y musulmana, de 1992
- 5. Ámbitos de aplicación de la asistencia religiosa a las fuerzas armadas y en centros penitenciarios, hospitalarios, docentes y asistenciales
  - 5.1. La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas
  - 5.2. La asistencia religiosa en los centros penitenciarios
  - 5.3. La asistencia religiosa en los centros hospitalarios
  - 5.4. La asistencia religiosa en los centros asistenciales
  - 5.5. La asistencia religiosa en los centros docentes

## Bibliografía

### *Lección 7. La enseñanza de la religión en los centros educativos*

- 1. Introducción
- 2. Antecedentes históricos
- 3. Marco constitucional y desarrollo de los acuerdos con las confesiones
- 4. La enseñanza de la Religión Católica en el acuerdo con la Santa Sede y en su desarrollo legal
  - 4.1. Sujeto al que corresponde ejercitar la opción
  - 4.2. Valor de la asignatura
  - 4.3. Contenido
  - 4.4. La asignatura alternativa a la Religión Católica
  - 4.5. El estatus jurídico de los profesores de Religión Católica
- 5. La enseñanza de otras religiones en la escuela
- 6. La enseñanza de la religión en la universidad pública
- 7. Consideraciones finales

## Bibliografía

### *Lección 8. El matrimonio religioso*

- 1. Los sistemas matrimoniales
  - 1.1. Nociones generales
  - 1.2. Tipos de matrimonio
- 2. El sistema matrimonial español
  - 2.1. Antecedentes
  - 2.2. Situación actual

## Bibliografía

### *Créditos*

# **PRESENTACIÓN DE LA OBRA, EN SU PRIMERA EDICIÓN**

La profunda renovación de los planes de estudio que ha supuesto la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior, ha afectado intensamente a la asignatura que explica, desde una perspectiva jurídica y una orientación laica, el fenómeno religioso. Conscientes de ello y animados por el propósito de brindar a nuestros alumnos un material pedagógico adecuado a las nuevas necesidades, varios profesores de la Universidad de Granada, pertenecientes a áreas de conocimiento diferentes, aunque complementarias, como son el Derecho Constitucional y el Derecho Eclesiástico del Estado, hemos pretendido ofrecer una visión panorámica de la relación que se establece entre el Derecho y el Factor Religioso que sea útil para aquéllos y para todo lector interesado. Se trata así, ante todo, de presentar un manual que, en esta su primera edición, muestra, con formato de lecciones, un desarrollo de las cuestiones más relevantes que han de tratarse en una asignatura necesitada de estudio unitario en los nuevos planes universitarios. Confiamos en que, en futuras ediciones, la obra se enriquezca con aportaciones adicionales que contribuyan a un más completo tratamiento de su objeto de estudio, y que sea acogida con interés y aprovechamiento por parte de quienes son sus destinatarios primordiales.

JOSÉ M.<sup>a</sup> PORRAS RAMÍREZ

## PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

La buena acogida dispensada a este Manual, que ha conllevado el agotamiento de su primera edición, unida a la necesidad de acometer la requerida actualización del mismo, ha animado a sus autores a promover una nueva. A esos efectos, se ha podido contar con la experiencia acumulada durante el tiempo en que esta obra, de orientación marcadamente didáctica, se ha puesto a disposición de los profesores y alumnos, permitiendo incorporar las observaciones hechas por unos y otros, orientadas a mejorar su estructura y contenidos. Así, los autores nos hemos propuesto suplir carencias y acoger las inexcusables *novedades legislativas, jurisprudenciales y doctrinales*, para cumplir con nuestra intención de seguir ofreciendo una obra útil, a la par que rigurosa, al estudioso del Derecho y a todo lector interesado.

Como cambios externos más sobresalientes en esta nueva edición quisiera destacar, en primer lugar, el que afecta al propio título del Manual, que pasa a denominarse *Derecho de la Libertad Religiosa*, a fin de ajustarlo más fielmente a la referencia que se hace, hoy, con más frecuencia, a la asignatura en los nuevos planes de estudios universitarios.

Y, en segundo lugar, he de señalar, con gran satisfacción, la incorporación a la relación de autores del *Prof. Dr. D. Agustín Motilla de la Calle*, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid, que ha redactado la lección dedicada al estudio del régimen jurídico de la enseñanza de la religión en los centros educativos.

JOSÉ M.<sup>a</sup> PORRAS RAMÍREZ

## NOTA PREVIA

Los diferentes autores que han participado en la elaboración de este manual han redactado las siguientes lecciones del mismo:

— JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, es autor de las Lecciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>

— AGUSTÍN MOTILLA DE LA CALLE, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid, es autor de la Lección 7.<sup>a</sup>

— MARÍA CONCEPCIÓN ÁLVAREZ-MANZANEDA ROLDÁN, Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Granada, es autora de la Lección 3.<sup>a</sup>

— PALOMA AGUILAR ROS, Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Granada, es autora de la Lección 8.<sup>a</sup>

— LETICIA ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Granada, es autora de las Lecciones 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>

— MERCEDES FRÍAS LINARES, Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Granada, es autora de la Lección 4.<sup>a</sup>

## LECCIÓN 1

# **LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL, EN PERSPECTIVA ESTATAL, INTERNACIONAL Y EUROPEA**

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada*

### **1. GARANTÍA MULTINIVEL Y OBJETO ESPECÍFICO DEL DERECHO**

En el marco de la Unión Europea, todo derecho considerado fundamental goza de tres niveles básicos de protección y garantía, que aparecen referidos a ámbitos diferentes, aunque complementarios, de aplicación. Así, en primer lugar, hallamos el nivel conformado por los mecanismos internos de tutela que se establecen en las Constituciones de cada uno de los Estados miembros. En segundo lugar, encontramos el que dispone el Derecho internacional, en general, y, en el continente, el fijado por el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en particular. Y, en tercer lugar, hay que referirse al nivel propiamente comunitario, que, contemporáneamente, se funda en lo estipulado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Se parte, pues, de la premisa de que el reconocimiento efectivo de la *libertad de pensamiento, conciencia y religión*, cualquiera que sea la forma que presente su declaración normativa, es común a todos los Estados miembros de la Unión Europea, por lo que es en los mismos donde tal derecho encuentra una primera forma de aseguramiento. Su incorporación mimética a los textos de las Constituciones se explica atendiendo a razones de emulación recíproca, en torno a modelos matriciales, de gran proyección y relevancia, entre los que destacan las principales declaraciones internacionales de derechos. A su vez, la constante labor desarrollada por la jurisprudencia, tanto ordinaria, como constitucional, de tales Estados, se une, en pro de la construcción de líneas interpretativas comunes, a los esfuerzos realizados, en este mismo sentido, por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo. Todo ello ha contribuido a homogeneizar el sentido y alcance que merece, siquiera sea en

consideración a su contenido esencial, la protección de este cualificado derecho. Se avala así la existencia de una *tradicón constitucional compartida*, que expresa un acervo común de criterios informadores de las legislaciones nacionales, en la tutela del mismo. Dicha tradición supone el aseguramiento de la *igual libertad de profesar y manifestar cualquier clase de ideas y creencias, por parte de los individuos y colectivos sociales, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*. Tal libertad conlleva, de forma necesaria, la prohibición de obligar a nadie a declarar acerca de sus contenidos; o de ocasionar discriminación alguna por su causa. Es por eso por lo que, a modo de garantía objetiva, la misma conlleva, habitualmente, una cualificada exigencia de neutralidad del poder público ante sus diversas expresiones.

### 1.1. EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL INTERNO

Así, la Constitución Española, aun imprimiendo un diferente acento a la regulación que establecen los textos internacionales, se hace partícipe de ese patrimonio europeo común en materia de derechos, manifestando, de forma conjunta, su deseo de proteger, plenamente, «*la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades*» (art. 16.1). Parece, de ese modo, que reconociera, sirviéndose de una fórmula compleja, un solo y mismo derecho, cuando, en realidad, si se atiende a las referencias normativas adicionales que incorpora, a fin de contribuir a su más completa definición, está declarando dos, de carácter autónomo, y rango igualmente fundamental. Éstos no son otros, según insiste en señalar una constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la *libertad ideológica* y la *libertad religiosa*, respectivamente. Tal distinción no impide admitir el estrecho vínculo que media entre ambos, el cual se revela en la existencia de indudables analogías en la conformación de su régimen jurídico. Esa relación es fruto, principalmente, de su común surgimiento histórico, en el curso del proceso de lucha por la tolerancia y la secularización en Occidente, contexto cultural propiciatorio del establecimiento mismo del Estado constitucional. De ahí que la Norma Fundamental extienda a ambas libertades la interdicción de establecer discriminaciones por su causa (art. 14 CE), prohibiendo, a su vez, cualquier suerte de constricción que obligue a declarar acerca de sus contenidos (art. 16.2 CE).

Pero no es, ni en la exigencia de laicidad, aconfesionalidad o neutralidad del Estado, ni, siquiera, en la alusión expresa a las confesiones (art. 16.3 CE), donde cabe encontrar un fundamento que, en su caso, avale la regulación específica de la *libertad de creencias*, ya que de la propia Constitución se infiere, de manera simultánea, tanto un deber proporcional de neutralidad ideológica del poder público (STC 5/1981), como una referencia, también, explícita, a las «comunidades» que articulan la dimensión colectiva e institucional de la libertad de concebir y manifestar toda suerte de convicciones. Es así que la única habilitación que, legítimamente, se halla, a fin de permitir que el legislador opte, si tal es su deseo, por atribuirle un régimen jurídico

diferenciado a la garantía de la libertad religiosa y de culto, reside en el polémico mandato programático, dirigido a los poderes públicos, en orden a que, teniendo en cuenta las creencias de la sociedad española, mantengan las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones (art. 16.3, *in fine*, CE).

Insistiendo así, más en las diferencias que en las similitudes, en atención, en parte, a su diferente objeto específico, pese a aceptar la común pertenencia a un mismo *genus*, que no es otro que esa *libertad de pensamiento y de conciencia*, a la que se refieren los textos internacionales, el Tribunal Constitucional ha contribuido a singularizar los contenidos de ambos derechos, definiendo, de un lado, a la *libertad ideológica*, como «la facultad individual de adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne, y a representar o enjuiciar la realidad según sus personales convicciones» (STC 120/1990). De ese modo, ha subrayado que tal libertad implica el derecho a escoger o elaborar un sistema o cosmovisión, más o menos coherente, de ideas y concepciones de la existencia («*Weltanschauung*»), desde el que interpretar el mundo y la sociedad en la que se vive, en términos políticos, filosóficos y morales, de acuerdo con las propias preferencias, lo que implica la consiguiente garantía de inmunidad. Al tiempo, esa libertad, de índole intelectual, conlleva, necesariamente, una dimensión externa de *agere licere*, esto es, el simultáneo derecho, igualmente asegurado, frente a los poderes públicos, aunque, también, en el ámbito de las relaciones entre particulares, de manifestar esas ideas y convicciones, libremente, mediante conductas o «comportamientos simbólicos», siempre y cuando éstos no se expresen mediante el lenguaje, hablado o escrito, lo que los encuadraría, más bien, en el derecho fundamental específico a la libertad de expresión. Y todo ello sin perjuicio de las consecuencias sancionadoras que puedan derivarse de la posible antijuridicidad de los mismos.

En cambio, se ha resaltado, por otra parte, que la *libertad religiosa y de culto* posee un *objeto* de rasgos característicos propios y, en consecuencia, diferenciados, al definirse en relación con un fenómeno que, igualmente, la Constitución no entra a considerar en sí mismo, esto es, atendiendo a la valoración que pueda merecer su naturaleza intrínseca o esencial. Ésta alude a un *conjunto de creencias y prácticas, tanto individuales como sociales, relativas (religadas) a lo sagrado, en general, y a lo trascendente o divino, en particular* (STC 46/2001), que, en su dimensión constitutiva, y dada su condición eminentemente irracional y simbólica, escapan a toda posibilidad de aprehensión y tratamiento jurídico por parte de un Estado que, al autoproclamarse laico o aconfesional, en realidad «neutral» (art. 16.3 CE), resulta, por definición, ajeno e incompetente ante las mismas, en aras de preservar la libertad de creencias y de culto a que da lugar. Ello le supone, dada su consideración negativa, básica o esencial, renunciar a cualquier tentativa de adoctrinamiento o restricción infundada, con lo que garantiza así la libre e igual formación y expresión de las creencias, y el consiguiente derecho a ordenar la propia vida individual y social con arreglo a las mismas, sin más limitaciones que las estrictamente orientadas al mantenimiento del orden público protegido por la ley. Al Estado sólo le incumbe, pues, proteger, ante todo, la elección individual que entraña el ejercicio del derecho,

en lo que se refiere a la asunción o el abandono de ciertas creencias religiosas, impidiendo toda forma de compulsión por parte de los poderes públicos o de terceros, manifestada mediante la imposición o la represión de las mismas (STC 24/1982). Al tiempo, le compete garantizar la facultad de conducirse conforme a ellas y a no ser obligado a actuar en su contra, asegurando, en todo caso, el derecho a exteriorizarlas y a hacer a los demás partícipes de su existencia (STC 141/2000).

De ahí que, en síntesis, tal y como se deduce del artículo 2.1 de la *Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa*, los poderes públicos deberán contraerse, de un lado, a proteger la existencia de un ámbito de libertad interior, reservado a la esfera íntima del individuo, que se refiere a la facultad irrestricta que al mismo se le reconoce para formar autónomamente sus propias convicciones personales en materia religiosa. Y, de otro, les corresponderá regular lo que, entrando, de manera efectiva, dentro de su esfera de atribuciones propias, requiere, más precisamente, de su intensa acción normativa, ordenando aquellas actividades de las personas y de las confesiones que, individual o asociadamente, poseen una finalidad religiosa, al tiempo que una evidente repercusión social. Así, de acuerdo con una lectura atenta de la Constitución Española, ha de afirmarse que *no existe un derecho común, aplicable a las comunidades ideológicas y a las confesiones religiosas*, por no ser la libertad que invocan estas últimas un tipo o especie de la libertad de ideas, sino un derecho autónomo, de ese modo dispuesto en la Norma Fundamental. En evitación de un entendimiento reduccionista de la libertad religiosa, en el contexto del *Estado social y democrático de derecho*, que busca optimizar la interpretación de los derechos y libertades fundamentales, en todas sus dimensiones, el legislador reconoce la distinta personalidad de las libertades de ideas y de creencias, materializándola en un diverso y especializado régimen jurídico.

En consecuencia, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa acoge tales exigencias, fundándose en esa orientación constitucional, demandante de un tratamiento específico. La misma determina así, con carácter general, el singular estatus que poseen, tanto las confesiones, propiamente dichas, como las entidades religiosas a ellas vinculadas, disponiendo un conjunto de medidas orientadas a promover la cooperación del Estado con las mismas, a fin de mejorar las condiciones de ejercicio del derecho que ya poseen y disfrutan, merced a su reconocimiento constitucional, eliminando los obstáculos que, en su desarrollo, pudieran encontrar. Así, expresando esa voluntad específica, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, deja fuera de su ámbito de protección «*las actividades, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos, o la difusión de los valores humanísticos o espiritualistas, u otros fines análogos, ajenos a los religiosos*» (art. 3.2). Tal mandato no supone su marginación, ni su consideración negativa, sino la constatación de su distinto carácter, merecedor de un tratamiento propio, en atención a su singularidad, al amparo, en su caso, de otro u otros derechos fundamentales. Otro tanto sucede, también, destacadamente, con el *ateísmo y el agnosticismo*, más bien referibles a la libertad ideológica, al no guardar relación con el ámbito de las creencias, sino con el de las convicciones, al representar ideas, ya

contrarias, ya indiferentes, ante el hecho religioso, que nada tienen que ver con las manifestaciones positivas del mismo que aquel derecho fundamental protege. La libertad religiosa garantiza así el *derecho a tener o a no tener creencias religiosas*, pero hecha esta última elección, que conlleva el derecho a no ser obligado a poseerlas, se agota aquí, esto es, en la pura negatividad, no amparando, por tanto, el derecho a albergar otras convicciones e ideas, y a declararlas, emprendiendo actividades coherentes con esa opción, libremente adoptada, contraria o ajena al hecho religioso, las cuales se verán, en todo caso, amparadas por otros derechos fundamentales, como pueden ser las libertades de ideas, de expresión, de reunión o de asociación, según cuáles sean sus diferentes manifestaciones.

## 1.2. EL ÁMBITO INTERNACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

El nivel interno o constitucional de garantía de los derechos se articula, de manera necesaria, con los mecanismos de protección internacional dispuestos en favor de los mismos. Con ese propósito, el artículo 10.2 de la Constitución Española determina que *«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*. Así ocurre, particularmente, en nuestro continente, en relación con el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, también conocido como *Convenio de Roma*. Dicho tratado, de forma muy similar a como procede la *Declaración Universal de Naciones Unidas*, reconoce, igualmente, en su artículo 9.1, que *«toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión»*, atribuyéndole a este derecho un contenido y manifestaciones, en buena medida, análogos a los que aparecen desarrollados en el artículo 18 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, según el cual *«este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado, por medio de la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos»*. Se trata, por tanto, de una norma que comprende, dado su carácter genérico, la tutela conjunta de las libertades ideológica y religiosa, al atribuirse a la voz *convicciones* un significado omnicomprendivo de ambas. Así, al igual que entendiera el *Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, se llega a la conclusión de que tal derecho *«protege las convicciones teístas, no teístas y ateas, así como el derecho de no profesar ninguna religión o convicción»*. A su vez, el artículo 14, estrechamente ligado a aquél, prohíbe, entre otras, cualquier forma de discriminación por razón de religión o convicciones. Además, el artículo 2 del *Protocolo I*, incorporado a dicho Convenio, vincula el derecho en cuestión a la libertad de enseñanza.

De esta forma, el *Convenio de Roma* viene a suponer la fijación de un *estándar mínimo y común de protección* de estas libertades, que es necesario poner en relación con el derecho interno de los Estados signatarios del mismo. La particularidad y eficacia de tal sistema de garantía estriba en que dispone un triple mecanismo de tutela de los derechos, que se manifiesta en los *informes de los Estados*, en las *demandas interestatales*, y en las *demandas individuales*, formuladas por los particulares, que son nacionales de los Estados miembros. A modo de eficaz complemento, diversas *recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*, dictadas en referencia al conjunto de derechos objeto de comentario, pretenden realizar una labor orientativa de su interpretación, destacando así, entre otras, dignas de mencionarse, las dedicadas a la *tolerancia religiosa* (1202/1993), a las *sectas* (1178/1992 y 1412/1999), y a la *relación* que ha de mediar entre *religión y democracia* (196/1999). Además, a ellas se añaden distintas *convenciones marco*, que inciden, también, directa o indirectamente, en el ámbito de desarrollo y aplicación de las libertades expresadas, como son los casos de la *Convención cultural europea*, de 19 de diciembre de 1954, o la *Convención marco para la protección de las minorías nacionales*, de 1 de febrero de 1995.

Teniendo en cuenta todos estos elementos, la *jurisprudencia* emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en ejecución del referido artículo 9 y preceptos concordantes, ha contribuido, de manera muy notable, a la determinación del contenido, las manifestaciones legítimas y los límites que presenta la susodicha libertad de pensamiento, conciencia y religión. Se ha llegado así a la conclusión de que, al afectar ésta a las más profundas convicciones y creencias humanas, se ha de referir, indistintamente, en su consideración básica o esencial, a creyentes y no creyentes, extendiéndose, tanto al fuero interno de la persona, en cuyo caso la misma se considera irrestricta, como a sus adecuadas formas de expresión, pública y privada. De este modo, en la Sentencia que resuelve el *Asunto Kokkinakis contra Grecia*, de 23 de mayo de 1993, se afirma, de modo concluyente, que tal libertad afecta a la identidad de todo ser humano, amparando la concepción de la vida y de la existencia que cualquiera tenga. De ahí que constituya un bien precioso, también, para ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes. Es por ello por lo que constituye una de las bases sobre las que se asienta la convivencia pluralista en una sociedad democrática.

De todos modos, la doctrina jurisprudencial más minuciosa y exhaustiva, dictada hasta el presente, en lo que a este derecho se refiere, afecta a su vertiente o *dimensión religiosa*, dada su mayor proyección pública, que provoca una más frecuente litigiosidad. Así, de forma particular, desde 1993, fecha de su primera resolución específicamente dedicada a la materia, el Tribunal ha entendido que la misma implica, tal y como resume la Sentencia recaída en el *Asunto Buscarini y otros contra San Marino*, de 18 de febrero de 1999, la libertad de adherirse, o no, a unas determinadas creencias, y a practicarlas, o no, sin constricción o compulsión externa alguna que pueda forzar a ello. Es así que el Estado, como se determinó en la Sentencia alusiva al *Asunto Alexandrinis contra Grecia*, de 21 de mayo de 2008, no puede decidir lo que debe creer una persona, ni adoptar medidas coercitivas para que

manifieste sus creencias, ni obligarla a actuar en consonancia con las mismas o con su ausencia, ni a discriminarla en razón a ellas. De ahí que tampoco deba forzar su cambio, como se determinó en la Sentencia que pone fin al *Asunto Ivanova contra Bulgaria, de 12 de julio de 2007*; ni expresar opiniones acerca de su legitimidad, investigarlas, adoctrinar acerca de aquéllas cuya difusión considere más convenientes o llegar a estimar a las mismas un dato a tener en cuenta para individualizar el trato que un ciudadano recibirá por parte de los poderes públicos, como se dispone, respectivamente, entre otras, en la Sentencia vinculada al *Asunto Kosteski contra Macedonia, de 13 de julio de 2007*, en la ya citada del *Asunto Alexandrinis*, y en las decisiones referidas a la admisibilidad de los recursos promovidos por *GJ, JJ y EJ contra Polonia, de 16 de enero de 1996*, y *Sofianopoulos y otros contra Grecia, de 12 de diciembre de 2002*. De todo ello se deriva, como vino a entender, ya tempranamente, la Sentencia relativa al *Asunto Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976*, y reitera, entre otras muchas, más recientemente, la Sentencia referida al *Asunto Vergos contra Grecia, de 24 de septiembre de 2004*, la necesidad de asegurar la neutralidad o laicidad del Estado, que, en ningún supuesto, debe creerse legitimado para imponer, ni el seguimiento de unas creencias concretas, ni su prohibición, ni, tampoco, sus formas válidas de manifestación, debiendo limitarse a garantizar, objetivamente, la libertad de autodeterminación, interna y externa, tanto individual como colectiva, correspondiente. Aún así, en ocasiones, el Estado deberá superar una mera posición de abstención y no interferencia, como se indica en la Sentencia referida al *Asunto Refah Partisi contra Turquía, de 31 de julio de 2001*, debiendo adoptar medidas positivas efectivas para remover los obstáculos que dificultan la realización plena del derecho a aquellos individuos y colectivos que, siendo titulares del mismo, así se lo demandan. Por tanto, los poderes públicos habrán de reconocer el derecho a exteriorizar tales creencias o convicciones, a través de vías legítimas, a título personal o asociadamente, brindando, en este último caso, de requerírseles, a ese fin, tal y como señalan las Sentencias resolutorias de los *Asuntos Iglesia Metropolitana de Besarabia contra Moldavia, de 13 de diciembre de 2001* y *Delegación de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia, de 5 de octubre de 2006*, entre otras, el correspondiente reconocimiento de su personalidad jurídica, necesaria para asegurar, tanto su autonomía interna, como su capacidad de libre actuación, en el marco del ordenamiento estatal vigente, sin establecer distinciones arbitrarias y discriminatorias entre las confesiones, tal como, en este último supuesto, determina la Sentencia conclusiva del *Asunto Iglesia Católica de Canea contra Grecia, de 16 de diciembre de 1997*. Al tiempo, los poderes públicos habrán de garantizar, según entiende la Sentencia que pone fin al *Asunto Manoussakis contra Grecia, de 26 de septiembre de 1996*, el derecho que poseen las confesiones, y demás entidades a ellas vinculadas, a la prestación de la necesaria asistencia a sus fieles y a la utilización de lugares de culto y reunión, a la conmemoración de sus festividades y a la libre elección de sus ministros de culto y lugares de reunión; además de permitirles la práctica de la enseñanza y el proselitismo, siempre y cuando éste, tal y como subraya el Tribunal de

Estrasburgo, en la resolución del *Asunto Larissis y otros contra Grecia, de 24 de febrero de 1998*, no afecte a otros derechos reconocidos, ni implique, en relación a las actividades de las sectas, como explicita la Sentencia referida al *Asunto Leela Förderkreis e.v. contra Alemania, de 6 de noviembre de 2006*, el uso de amenazas, coacciones o abusos, de cualquier índole. En consecuencia, los límites al derecho en cuestión, dispuestos en el artículo 9.2 del Convenio, habrán de interpretarse, en todo caso, restrictivamente, por lo que deberán resultar proporcionales, exigiéndose su oportuna previsión legal, la demostración de su carácter necesario en una sociedad democrática y la correspondiente valoración del carácter adecuado de sus fines legítimos.

De todos modos, la conveniencia de conjugar las garantías contempladas en el Convenio, con la atención a las peculiaridades propias de cada ordenamiento estatal, ha dado lugar a la *doctrina del margen de apreciación*, que viene afectando, sobre todo, últimamente, de manera muy directa, entre otras, a la consideración de las libertades de pensamiento, conciencia y religión. Dicha doctrina, que, en referencia particular a la libertad de creencias, fue expuesta, por vez primera, en la Sentencia relativa al *Asunto Kalaç contra Turquía, de 1 de julio de 1997*, ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a reconocer a las autoridades nacionales, dada su mayor proximidad a las necesidades sociales, una considerable capacidad para apreciar, en salvaguardia del interés público, la concurrencia de circunstancias que hacen necesario adoptar ciertas medidas restrictivas de las manifestaciones que puede alcanzar la libertad de referencia. De esta forma, en los últimos años, sobre todo, desde que, en aplicación de esta doctrina, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolviera, mediante Sentencia, el *Asunto Dahlab contra Suiza, de 15 de febrero de 2001*, ha estimado que la laicidad del Estado, proclamada como principio fundamental en las Constituciones de varios de los países firmantes del Convenio de Roma, puede erigirse, legítimamente, en freno específico a la libre manifestación de las creencias en los espacios públicos, a fin de preservar la debida neutralidad de los mismos, en aras de garantizar la convivencia. Tal doctrina, que convalida la prohibición del empleo de vestuario de carácter religioso, cuando se demuestra que éste limita o atenta contra la seguridad pública (Decisión sobre la admisibilidad de la demanda en el *Asunto El Morsli contra Francia, de 2 de marzo de 2008*), o se entiende que afecta al desarrollo de la enseñanza, en particular, en relación con el uso del velo islámico, por parte de los alumnos y profesores, en los centros educativos de carácter público, ha sido reiterada, más recientemente, en la resolución de los *Asuntos Karaduman contra Turquía y Bulut contra Turquía, ambos de 3 de mayo de 2003*, y *Leyla Sahin contra Turquía, de 29 de junio de 2004*. Sin embargo, de modo opuesto, en el *Asunto Lautsi contra Italia, de 18 de marzo de 2011*, el Tribunal emplea, también, la «doctrina del margen de apreciación», si bien para reafirmar la validez de la legislación de un Estado que permite la presencia de símbolos religiosos estáticos, considerados pasivos, como los crucifijos en las escuelas públicas, al entender que dicha exposición no supone un factor activo de adoctrinamiento de los alumnos, sino la mera expresión de una secular tradición cultural, ampliamente aceptada entre la

población.

### 1.3. EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Aun no habiendo constituido un objetivo originario y específico de la, inicialmente llamada, Comunidad Europea (art. 2 TCE), hasta la adopción, en 1992, del Tratado de la Unión Europea (art. 6) lo cierto es que, tal y como sucede con otros derechos fundamentales, la garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, en modo alguno se ha encontrado ausente de los procesos de creación y aplicación del Derecho europeo. Tal circunstancia se debe a la confluencia de las competencias, de carácter económico, originariamente asumidas por las Comunidades Europeas, en desarrollo de las clásicas libertades, tanto de establecimiento (art. 43 TCE), como de circulación, en particular, de los trabajadores (art. 39 TCE), bienes (art. 23 TCE) y servicios (art. 49 TCE), con algunas de las manifestaciones características de ese derecho. A ello se añade el compromiso asumido por las propias Comunidades, primero a través de una reiterada práctica jurisprudencial, que inicia la STJCE, de 12 de noviembre de 1969 (*Asunto Stauder c. Ciudad de Ulm*) y, luego, con base en lo dispuesto en el artículo 6.1 TUE, de asentar su existencia en el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. De ahí que el Tribunal de Justicia, colmando las lagunas del ordenamiento que había de aplicar, a fin de preservar su plenitud y asegurar su primacía, se comprometiera a ampararlos, en tanto que principios generales del derecho europeo. De tal modo, procedió a derivarlos de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, empleando, para su más correcta identificación e interpretación, aunque siguiendo criterios propios, el instrumento cualificado que representa el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 6.2 TUE).

A través de tales vías, las instituciones europeas han venido dictando, de acuerdo con la distribución de poderes existente, tanto normas como resoluciones judiciales, que han contribuido, paulatina, aunque fragmentariamente, a la configuración de algunas de las dimensiones constitutivas de la libertad de referencia. Buena parte de las mismas afectan, aunque no sólo, a cuestiones concernientes al desarrollo del *principio de no discriminación de los trabajadores por razón de sus creencias e ideas* (art. 13 TCE), fundándose, en todo caso, ya en cualquiera de las tradicionales libertades comunitarias a las que se ha hecho alusión, ya en los más recientes derechos de ciudadanía, introducidos por el Tratado de la Unión Europea, en sus versiones de Maastricht (1992) y Ámsterdam (1997).

Así, entre otros ejemplos destacables, cabe señalar, en el contexto del establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo, la norma, basada en una previa decisión jurisprudencial (STJCE, de 5 de octubre de 1988), que permite al empleador, vinculado a una «empresa» u «organización de tendencia», justificar diferencias de trato, por motivos de religión o convicciones, siempre y cuando demuestre que esas diferencias resultan necesarias para mantener los

principios sobre los que se sustenta la actuación de la empresa. Al tiempo, se faculta al empresario para exigir a sus empleados una actitud de buena fe y lealtad para con esos principios (Directiva 2000/78, del Consejo). En no menor medida, ha de subrayarse, también, el específico reconocimiento, en relación con la ordenación del tiempo de trabajo, del derecho que asiste a los trabajadores a que se respeten y consideren las festividades y prácticas religiosas (Directiva 2003/88, del Parlamento y del Consejo); la prohibición del dictado excepcional de medidas restrictivas de la libertad de residencia y circulación (art. 18 TCE), que tengan por destinatarios a trabajadores pertenecientes a determinadas confesiones (STJCE, de 4 de diciembre de 1974); la expresa declaración del derecho a la objeción de conciencia, por motivaciones religiosas, en lo que a la prestación de determinados servicios públicos se refiere (STJCE, de 27 de octubre de 1976); la prohibición de cualquier forma de tratamiento de datos de carácter personal, que pueda suponer la revelación de las convicciones religiosas o ideológicas, asumidas, libremente, por sus titulares (Directiva 1995/46, del Parlamento y del Consejo); la preservación cualificada de los derechos de autor en los supuestos en que se reproduzcan artículos u obras publicadas sobre temas, entre otros, de actualidad religiosa (Directiva 2001/29, del Parlamento y del Consejo); la garantía del derecho que poseen los distintos colectivos afectados a exigir que la publicidad divulgada por los medios de comunicación respete y no menoscabe los sentimientos religiosos extendidos entre la población (Directivas 1989/552, del Consejo y 1997/36, del Parlamento y del Consejo); la tutela cualificada de la libre circulación de bienes culturales, adscritos a concretas manifestaciones del culto religioso (Directiva 1993/7, del Parlamento y del Consejo); y la garantía de que la persecución por razones religiosas será motivo para reconocer la condición de refugiado político (Directiva 2004/83, del Parlamento y del Consejo y STJUE, de 5 de septiembre de 2012).

Asumiendo tales referencias, pero tomando conciencia de que la deducción de derechos vinculados a las mencionadas «libertades comunitarias» no puede suplir la ausencia de un genuino *bill of rights*, que legitime y limite, de forma permanente, la actuación de los poderes públicos europeos, los redactores de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que goza ya del mismo valor jurídico que los Tratados, al ver garantizado su carácter vinculante a partir de la entrada en vigor de la importante reforma de aquéllos aprobada, en 2007, en *Lisboa*, acometen, por fin, la tarea de garantizar, expresamente, entre otras, dicha libertad básica. Hasta ese momento, el derecho originario de la Unión no hacía sino remitirse a fuentes que, únicamente, alcanzaban eficacia a través de vías indirectas, al inspirar, limitando, de ese modo, las posibilidades de actuación de los órganos encargados de la creación y aplicación del Derecho europeo. Tal hecho hizo presente la necesidad de racionalizar el sistema. Se optó así por incorporar a las normas fundacionales de la Unión un elenco, siquiera mínimo y básico, de derechos, al margen de su eventual relación con las libertades económicas clásicas, entre los que, necesariamente, se encontrara el precepto de referencia. Se pretendió, de esa forma, colmar las carencias que presentaba un sistema basado en la casuística jurisprudencial. El fin no era, sólo,

aportar certeza al mismo, sino determinar el contenido primario de unos derechos, hasta ese momento, definidos de modo fragmentario e incompleto, al tiempo que disponer de un conjunto de instrumentos específicos de garantía, orientados a asegurar su eficacia plena. Por tanto, superadas múltiples vicisitudes, ha tenido que ser la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, la que vino, por fin, a establecer un catálogo sistemático de derechos, los cuales otorgan legitimidad al ordenamiento europeo en su conjunto.

Pues bien, la Carta se refiere, *de modo directo y expreso*, a la libertad en cuestión, en su artículo 10, estableciendo así un nivel primario de garantía que, en lo esencial, no supera, inicialmente, la protección que ya ofrecen el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la mayor parte de los ordenamientos de los Estados miembros. Por eso, y en aras de evitar fricciones con tales «principios generales» del Derecho de la Unión, la Carta se remite, por una parte, al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, para dotar a los derechos declarados en la propia Carta de un «sentido y alcance [...] iguales» a los que les confiere éste (art. 52.3); y, de otra, habida cuenta de que la Carta reconoce «derechos resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión», para que los mismos hayan de interpretarse en armonía con esas tradiciones (art. 52.4). De ahí que la Carta formule, al tiempo, una importante reserva al ordenar que se acoja el nivel más elevado de garantía previsto, en su caso, en las Constituciones de los Estados miembros, una vez comprobada la aceptación, por parte de éstos, del grado, mínimo y básico, de protección contenido en la propia Carta (art. 53). Se pretende así evitar que los enunciados en ella incluidos, puedan suponer, en la medida que fuere, una potencial e indeseable reducción del estándar de tutela del que ya vienen disfrutando, hasta ese momento, los ciudadanos europeos. Viene así, en definitiva, a constatarse que los derechos y libertades en el ordenamiento europeo han de ser observados y respetados, tanto por las instituciones comunitarias en su labor constante de creación y aplicación del Derecho, como, también, por los Estados miembros al ejecutar el Derecho de la Unión. Se configuran así como fuentes del Derecho europeo, cuya vulneración puede ser sancionada por el Tribunal de Justicia a través de los mecanismos jurisdiccionales previstos en los Tratados constitutivos.

Aún así, pese a la escasa ambición demostrada por la norma declarativa de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, combinada con las cláusulas generales, de carácter horizontal, a las que se ha hecho referencia, no deben despreciarse las posibilidades que la Carta abre a que el derecho derivado de la Unión pueda concederle, en su momento, como a cualquier otro derecho reconocido, «una protección más extensa» (art. 52.3, *in fine*). Será, entonces, cuando alegando competencias que los órganos de la misma ya poseen, en tanto que derivadas de los propios Tratados constitutivos, sus instituciones asuman el consiguiente deber de respeto, observación y promoción del derecho en cuestión (art. 51.1), desarrollando cuantas acciones estimen oportunas en aras de asegurar su efectividad plena. En cualquier caso, el fundamento normativo originario de dicha garantía radica en el

propio artículo 10 de la Carta, que aclara el significado de la libertad de referencia, al señalar, contemplando su doble dimensión subjetiva, tanto interna como externa, que *«este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos»*. Tal norma declarativa, que se hace derivar de la «inviolable» «dignidad humana» (art. 1), en tanto que fundamento de todos los derechos reconocidos, se pone en relación con otras, a ella vinculadas, tales como la que establece el deber de respetar *«el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas»* (art. 14.3); la que prohíbe toda forma de *discriminación*, ejercida, entre otras, por razones de *«religión o convicciones»* (art. 21); o la que dispone la obligación que contrae la Unión de respetar *«la diversidad cultural, religiosa y lingüística»* (art. 22). De igual modo, el *párrafo segundo* de dicho artículo 10 reconoce, como gran novedad, que viene a actualizar lo estipulado en el Convenio de Roma, asumiendo así una previa decisión del Tribunal de Luxemburgo, expuesta en la Sentencia del *Caso Vivien Prais contra el Consejo*, de 27 de octubre de 1976, el *«derecho a la objeción de conciencia, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio»*. Se viene, de esa manera, a afirmar, expresamente, la íntima conexión que media entre este derecho y la libertad de pensamiento, conciencia y religión, constatándose que el ejercicio de la objeción de conciencia, frente a deberes expresos, contemplados en las leyes nacionales e impuestos a los ciudadanos por los poderes públicos, ha de producirse, necesariamente, al amparo de esa libertad fundamental.

De todos modos, la referencia más significativa que aporta la Carta a la configuración de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, guarda relación con la *titularidad del derecho*. Así, pese a que del tenor literal de la norma, contenida en el artículo 10, se desprende la atribución de dicha titularidad a *«toda persona»*, con una connotación inequívocamente individualista; lo cierto es que esa expresión posee, también, en atención al propio carácter o naturaleza del derecho, una insoslayable dimensión colectiva, que afecta tanto a las *iglesias, asociaciones o comunidades religiosas*, como a las *organizaciones filosóficas y no confesionales*. *No en vano, el precepto de la Carta ha de interpretarse conjuntamente con el artículo 11 del Tratado de la Unión Europea, redactado conforme a la reforma de Lisboa, que, incorporando un principio característico de la llamada «democracia participativa», ordena a las instituciones europeas mantener «un diálogo abierto, permanente y regular» con tales modalidades de asociaciones, habida cuenta de su carácter representativo de la sociedad civil*. En consecuencia, en tanto que titulares colectivos del referido derecho y dado su carácter de cualificados agentes sociales, las confesiones religiosas y las organizaciones ideológicas están llamadas a participar y entablar relaciones con las instituciones europeas. Por tanto, apelando al principio de subsidiariedad, la Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del derecho interno, a las iglesias y asociaciones o comunidades religiosas, y a las organizaciones filosóficas y no confesionales,

reconociendo su identidad y aportación específica. Al tiempo, las instituciones europeas habrán de mantener una relación constante con aquéllas. De ese modo, se favorece la institucionalización efectiva de los vínculos, ya existentes, entre tales formaciones asociativas, titulares y ejercitantes colectivas de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y, principalmente, el Ejecutivo europeo.

## 2. RELEVANCIA JURÍDICO-SUBJETIVA DEL INTERÉS RELIGIOSO. LA TITULARIDAD DEL DERECHO

La Constitución Española dispone, en su artículo 16.1, como *titulares* expresos e indistintos del derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, a los «*individuos*» y a las «*comunidades*», mención esta última que se compadece con el carácter mancomunado o grupal que suele comportar, también, a menudo, su ejercicio. Por tanto, aun a pesar de la relación de interdependencia que media entre las dimensiones individual y colectiva de la libertad pública de referencia, hoy plenamente admitida en las declaraciones internacionales de derechos, se procederá, seguidamente, a una exposición sucesiva de las mismas, atendiendo, de manera particular, a la especial problemática que suscitan. Nada de ello prejuzga, sin embargo, su consideración unitaria esencial.

### 2.1. LA DIMENSIÓN INDIVIDUAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA QUE AFECTA A LOS EXTRANJEROS Y A LOS MENORES

El reconocimiento normativo de la libertad religiosa origina, en primer lugar, el despliegue de una serie de *derechos individuales derivados*, que, en tanto que expresiones características de aquélla, se integran en su contenido esencial. Varios de ellos poseen una clara proyección pública o social. Pero todos se atribuyen, de manera indistinta, a *nacionales y extranjeros*, dada su condición inherente a la *dignidad humana* y no al estatus de ciudadanía (STC 107/1984). Tales derechos aparecen contemplados en el artículo 2.1 de la correspondiente Ley Orgánica reguladora, que alude así al «derecho de toda persona»: a) a la *libertad de creencias*, la cual comprende la facultad de profesar las que libremente elija o a no profesar ninguna, cambiando de confesión o abandonando la que tenía; b) el *derecho a manifestar libremente las mismas*, o su ausencia, o a abstenerse de declarar sobre ellas; c) el *derecho a practicar actos de culto*, sin constricción alguna en sentido contrario; d) el *derecho a recibir asistencia religiosa*, o a no ser obligado a ello, frente a las convicciones personales que se tengan; e) el *derecho a impartir enseñanza e información religiosa* de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o

mediante cualquier otro procedimiento; y *a elegir*, para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados dependientes, dentro y fuera del ámbito escolar, *la formación religiosa y moral* que esté de acuerdo con las propias convicciones; f) el *derecho a conmemorar las festividades religiosas*; g) el *derecho a celebrar los ritos matrimoniales* conforme a esas creencias; h) el *derecho a recibir sepultura digna*, sin discriminación por motivos religiosos; e i) los *derechos a reunirse, a manifestarse públicamente, y a asociarse*, con tales fines, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Se observa, pues, que la tutela de estos derechos, algunos de los cuales se muestran simultáneamente dotados de una considerable dimensión colectiva, reviste, en unos casos, el carácter de mera «*garantía negativa*», cuando lo que reconocen son *derechos de libertad*, aseguradores de un ámbito autónomo de dominio o señorío de la voluntad, que se traduce en un poder de disposición, reconocido a los individuos por el Estado. Éste viene así a autolimitarse, a fin de que aquéllos puedan realizar una serie de actividades, de carácter genuinamente religioso, consideradas básicas. Ocurre, sin embargo, que cuando las mismas no se encuentran referidas al *acto de fe*, propiamente dicho, sino que entran en relación con el *culto*, en sus diversas formas o manifestaciones, trascendiendo, por tanto, a la esfera privada, suele requerirse de los poderes públicos una «*garantía positiva*» de tales acciones. Esta exigencia de intervención será aún más notable, si cabe, en referencia a las «*situaciones de sujeción especial*» a las que se puedan ver sometidos los individuos que aspiran a desarrollarlas, tal y como, expresamente, afirma el artículo 2.3 LOLR. Así, este precepto dispone que «*para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos*». En tales supuestos, la *faceta participativo-prestacional y promocional del derecho* a la libertad religiosa, en relación con aquellas de sus expresiones que alcanzan una mayor trascendencia social, parece evidenciarse claramente. De ello se han hecho eco, con desigual intensidad, los diferentes acuerdos firmados con las confesiones religiosas reconocidas.

No obstante, la problemática que suscita la realización de estos derechos aparece referida, principalmente, a *los extranjeros y menores*, que son, de manera indiscutible, «*titulares plenos*» del derecho a la libertad religiosa.

A) Según se ha indicado, los *extranjeros*, independientemente de cuál sea su situación legal en España, son sujetos activos de aquél, pudiendo ejercitarlo en condiciones de igualdad con los españoles (arts. 13.1 y 16 CE, en relación con el art. 3.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*). La Ley de Extranjería no se cree, por ello, en la necesidad de hacer una mención expresa del mismo, al estimarlo consustancial a la dignidad humana, y no vinculado, por tanto, al estatus de ciudadanía. Así, inicialmente, sólo se refiere a él, de forma indirecta, para indicar que *no cabe alegar*

«la profesión de creencias religiosas [...] de signo diverso, para justificar la realización de actos o conductas contrarios» «a las normas relativas a los derechos fundamentales», las cuales se interpretarán, en consecuencia, «de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España» (art. 3.2 LO 4/2000). Se trata así de evitar que surjan los conflictos que, con frecuencia, acontecen en las llamadas «sociedades multiculturales», en las que, al amparo de un supuesto derecho colectivo de las minorías, de origen extranjero, a conservar su identidad cultural, suelen esgrimirse tales creencias, consideradas de modo irrestricto o absoluto, para justificar salvedades en la interpretación y aplicación de otros derechos fundamentales. En tales casos, el propósito de los sujetos pertenecientes a esas minorías no es otro que obtener, de modo excepcional, un trato diferenciado del común, que los autorice para desarrollar conductas y prácticas, las cuales se revelan, al cabo, en ocasiones, claramente lesivas de los derechos humanos. Frente a esta aspiración, el legislador se muestra intransigente, al afirmar, de un lado, la igualdad básica en el ejercicio de todos los derechos declarados, y, de otro, las limitaciones de orden público que encuentran éstos a la hora de realizarse, circunstancia a la que no escapa, lógicamente, el de libertad religiosa. Se opta así por un modelo, que, si bien reconoce el pluralismo y el consiguiente derecho a la diversidad, consustancial a la libertad de creencias, lo que comporta la admisión de sus legítimas manifestaciones asociadas, entre las cuales puede encontrarse, en principio, la del uso de signos religiosos, como el velo islámico, en espacios públicos, impide o prohíbe, por el contrario, aquellas otras que supongan, al amparo supuesto del derecho en cuestión, la transgresión de libertades fundamentales o principios constitucionales, indiscriminadamente reconocidos. De ahí que, por seguir mencionando ejemplos, habitualmente alegados, sancione las mutilaciones rituales o se niegue a reconocer la práctica de la poligamia o los matrimonios de menores de edad, a menos que, en este último caso, concurren circunstancias excepcionales, al encontrarse los contrayentes emancipados o contando con la previa autorización del juez competente.

Aun así, en ocasiones, el ejercicio del derecho a la libertad religiosa plantea problemas de no siempre sencilla solución cuando sus titulares son extranjeros. Tal cosa ocurre, sobre todo, en lo que a su proyección social en el ámbito civil se refiere, esto es, en lo tocante a la libertad de manifestar libremente las creencias [art. 2.1.a) LOLR], o en el derecho a recibir e impartir enseñanza e información religiosa, de toda índole, ya sea oralmente, por escrito, o a través de cualquier otro procedimiento [art. 2.1.c) LOLR], con independencia de que existan o no acuerdos de cooperación con las confesiones respectivas a las que se pertenezca. En todo caso, la STC 236/2007, ha supuesto, en este sentido, un importante avance, al declarar inconstitucionales y consecuentemente nulas las cuestionables restricciones legislativas que sufrían los extranjeros que no habían obtenido autorización de estancia o residencia en España, a la hora de ejercitar ciertos derechos que confluían o se integraban, en ocasiones, en el de libertad religiosa, como eran las libertades de reunión y manifestación (art. 7.1 LO 4/2000) o del derecho de asociación (art. 8 LO

4/2000). De este modo, se han venido a suprimir las restricciones que afectaban negativamente al normal goce y disfrute de aquél, que ya no se ve así limitado, injustificadamente, en su contenido esencial.

Tampoco se dispone, ya, gracias a la indicada STC 236/2007, traba legislativa alguna en relación con el derecho a la educación (art. 9 LO 4/2000), que merece, también, un reconocimiento universal en lo que al acceso de los extranjeros a la enseñanza obligatoria y no obligatoria se refiere, sea cual sea su régimen de estancia o residencia en España. En concreto, el apartado 4.º de ese precepto dispone que «*Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto de su identidad cultural*»; afirmación esta que cabe vincular, en lo que a la libertad religiosa de los mismos se refiere, al artículo 27.3 CE, que garantiza «el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». No en vano, los alumnos extranjeros tendrán los mismos derechos y deberes que los alumnos españoles, por lo que su incorporación al sistema educativo, sin discriminación alguna por razones, entre otras, de nacimiento y religión, supondrá la aceptación de las normas establecidas con carácter general, entre las cuales destacan aquellas que, en los distintos centros escolares existentes, promueven la convivencia. En este sentido, el problema principal, hasta ahora planteado, afecta a la demanda de recibir enseñanza religiosa en los mismos, cuando el reclamante pertenece a una minoría religiosa sin acuerdo de cooperación con el Estado. Habrá, entonces, que tener muy presente la dimensión negativa que muestra el referido derecho, esto es, el deber contraído por los centros docentes públicos y privados concertados de respetar las opciones religiosas de los alumnos, impidiendo toda forma de adoctrinamiento contrario a su voluntad (art. 18 LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación). Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los casos en que existe acuerdo de cooperación, los poderes públicos no adquieren compromiso alguno de prestación, en lo que se refiere a la oferta, en tales centros, de una concreta modalidad de enseñanza religiosa para los mismos. Consiguientemente, tampoco tienen por qué garantizar el libre acceso a aquéllos de las confesiones a las que pertenecen.

B) Por otra parte, los *menores* son, también, según declara la STC 141/2000, *titulares plenos del derecho a la libertad religiosa*, el cual, en ocasiones, entra en conflicto con el correspondiente de los padres o de quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad. Así ocurre en los supuestos en que éstos desean transmitirles o inculcarles unas creencias concretas, en contra de su expresa voluntad. Y es que el Código Civil, en su artículo 162.1, reconoce la autonomía del menor no emancipado, en función del grado de madurez que se le observe. Ello permite hacer una interpretación restrictiva de las limitaciones que se establecen a su capacidad de obrar. Dicho precepto legal excluye, expresamente, de la representación legal de los padres, «los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo [...] pueda realizar por sí mismo». De ahí que, en «interés superior del menor» y

procurando «el beneficio o interés del hijo», tal y como lo llama la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, a éstos se les deba conceder audiencia ante el juez, «si [...] tuvieran suficiente juicio, siempre antes de adoptar decisiones que les afecten» (art. 154 CC), y, en todo caso, «si (el hijo) fuera mayor de doce años». No en vano, la patria potestad «se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad», por lo que habrá de respetarse, también, su libertad religiosa, lo que explica que se disponga que «los padres y tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral» (arts. 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la ONU, de 20 de noviembre de 1989, y 6 de la Ley de Protección Jurídica del Menor). Es necesario, pues, complementar, y, a ser posible, armonizar, ambas voluntades, haciendo primar, sin embargo, «el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir», lo que amparará la Fiscalía competente (art. 2 de la Ley del Menor).

Queda claro así que la libertad religiosa, en tanto que derecho personalísimo, consustancial a la dignidad humana, no es representable, por lo que nadie podrá decidir en nombre del menor en tal ámbito. Su libertad de creencias conlleva el derecho a compartir o rechazar las de sus padres o tutores, a aceptar o resistirse a sus actos de transmisión y adoctrinamiento, y, en definitiva, a mantener y manifestar creencias diversas de las que poseen ellos, si tal es su libre deseo. Se hace, por tanto, preciso ponderar los derechos de unos y otros, en caso de tensión o conflicto, teniendo siempre muy presente, como se ha dicho, «el interés del menor», merecedor de una mayor protección, en aras de evitarle un impacto emocional negativo, que perjudique la libre formación, aún incompleta, de su personalidad, evitándole crisis psicológicas que la puedan desequilibrar, afectando, al cabo, su configuración intelectual como persona. Lo dicho se determinará, caso por caso, siendo competencia del Juez su apreciación, en última instancia. El mismo conocerá, «de oficio, a instancia del hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal». A tal efecto, adoptará las decisiones que considere oportunas, «a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios» (art. 158 CC, redactado conforme a la Ley del Menor) (STC 154/2002).

En relación con lo expuesto, cabe añadir que el artículo 27.3 CE *reconoce el derecho que asiste a los padres de asegurarse de que sus hijos puedan recibir, tanto en los centros públicos, como en los privados concertados, la «formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»*, lo que guarda una estrecha relación con lo prevenido en el artículo 16 CE. Tal derecho, expresamente contemplado en el artículo 4.1.c) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, ha de interpretarse, esencialmente, como freno o impedimento, y, por tanto, como garantía, ejercitada frente a los poderes públicos, de que éstos no podrán adoctrinar a los alumnos, imponiéndoles unas creencias concretas, a través de una enseñanza que resulte, en su caso, lesiva o poco respetuosa con la que los mismos posean o decidan libremente adoptar. De ahí que se requiera a la Administración educativa la realización de una oferta formativa, de libre y

voluntario seguimiento, lo más plural posible, que permita, en su caso, la enseñanza confesional, no reglada, de las distintas opciones religiosas a los alumnos que voluntariamente las demanden. Sea como fuere, e independientemente de su más o menos adecuada articulación legal, lo cierto es que la Constitución no parece no optar, decididamente, o al menos así se ha interpretado hasta ahora, por una concepción estricta o rigurosa del principio de neutralidad de la enseñanza pública, que conlleve el necesario desplazamiento de los programas educativos de toda suerte de instrucción religiosa. Es así que, aun manteniendo un compromiso de laicidad básico, que implica la interdicción de cualquier forma de adoctrinamiento ideológico o religioso, impuesto por el Estado (STC 5/1981), y tras demandar el incondicionado respeto y activo fomento de la difusión de los valores y principios constitucionales, que son el presupuesto de la convivencia pacífica en democracia y libertad (art. 27.2 CE), prefiere, más bien, darle a dicha exigencia un sentido abierto, plural y, en consecuencia, cooperativo, acorde, en fin, con lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo adicional n.º 1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, que aconseja a los Estados «respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres en el conjunto del programa de la enseñanza pública». De ahí que no resulte inconsecuente con el carácter promocional del Estado (arts. 1.1 y 9.2 CE), que éste facilite la realización del derecho indicado en el artículo 27.3 CE, promoviendo la organización, en los centros públicos y privados concertados, la impartición, extracurricular y no evaluable, de enseñanzas religiosas, de seguimiento, en todo caso, voluntario, en atención a las demandas sociales existentes y de acuerdo con los recursos que se encuentran a su disposición. Sin embargo, según indica la STC 166/1996, esta posibilidad no implica el reconocimiento de un derecho fundamental, del que se deriven, de forma indisponible para el mismo, obligaciones del Estado a satisfacer determinadas y concretas prestaciones. Pese a ello, el Acuerdo de cooperación, suscrito acerca de la materia con la Santa Sede, en 1979, ha condicionado, dada su intensidad, la interpretación realizada, hasta ahora, de semejante derecho. Se ha dado, de ese modo, lugar a la oferta obligatoria, por parte de los centros educativos, de carácter público, no universitarios, de una enseñanza confesional de la formación religiosa y moral, de seguimiento voluntario por parte de los alumnos interesados. Pero cuestiones tales como el régimen legal y administrativo que ha de determinar su condición, o no, de asignatura computable, a efectos de su plena equiparación (como estipula el Acuerdo con la Santa Sede y subrayaba la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, postulándolo, renovadamente, el Proyecto de Ley Orgánica de Mejora de la Calidad Educativa, actualmente en curso de tramitación parlamentaria), o diferenciación curricular, respecto de las demás materias [como señalan, por el contrario, de forma más acorde con la Constitución, los Acuerdos de 1992, suscritos con las confesiones religiosas minoritarias, esto es, la Federación de Entidades Evangélicas de España (FEREDE), la Federación de Comunidades Israelitas (FCI) y la Comisión Islámica de España (CIE), y entiende, también, la Ley Orgánica de Educación de 2006], siguen suscitando una notable polémica, que no lleva visos de agotarse, dado lo antagónico

de las posturas que las representan.

En todo caso, y en lo que ahora interesa, ha de quedar claro que el *derecho de los padres*, que la Constitución les reconoce, debe entenderse, en todo caso, en un sentido instrumental, al orientarse a asegurarles que la formación de sus hijos, en el ámbito religioso y moral, contribuya al pleno y libre desarrollo de su personalidad, tal y como dispone el artículo 27.2 CE, y reitera el artículo 2.1.a) de la Ley Orgánica de Educación, evitando incurrir en adoctrinamientos o en la creación de formas de exclusión o distinción entre individuos y grupos, que induzcan a la división y el enfrentamiento social. Como contrapartida, y aunque sometidos a una relación de sujeción especial, y con independencia de la naturaleza del centro educativo al que asistan, pero, particularmente, si el mismo es de titularidad pública, o se encuentra concertado, estando, por tanto, en uno y otro caso, sostenido con fondos presupuestarios públicos, el legislador ha de considerar el «*derecho de los alumnos a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución*» [art. 6.3.e) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación]. Tal derecho manifestará sus dimensiones, tanto positiva como negativa, en el supuesto de que se ejercite en centros escolares públicos, carentes, por definición, de ideario propio, aunque permitan y faciliten la enseñanza religiosa, en el marco de las relaciones de cooperación con las confesiones. Pero el mismo sólo comprenderá la faceta negativa que le es característica, en el caso de que se desarrolle en centros concertados, de titularidad privada, dotados, éstos sí, en su caso, de un ideario religioso, genuino y concreto. Y es que a éstos se les reconoce la facultad de adoptarlo, al entenderse que forma parte necesaria del contenido esencial del derecho a la libre creación de centros docentes (art. 27.6 CE) (STC 47/1985). A ello cabe añadir que, en cualquier circunstancia, esto es, sea cual sea la naturaleza del centro de enseñanza en el que se hallen, la regulación legal que desarrolla este derecho, ha de expresar, también, el específico *deber que contraen los alumnos de «respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales, y la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa»*, tal y como dispone el artículo 6.4.f) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

## 2.2. LA DIMENSIÓN COLECTIVA. EL ESTATUS DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS.

### ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN JURÍDICO EXTRAORDINARIO QUE ASISTE A LA IGLESIA CATÓLICA

La libertad religiosa posee, además, una dimensión o vertiente colectiva muy notable, que se manifiesta por medio de peculiares asociaciones, grupos u organizaciones sociales, dotadas frecuentemente de personalidad jurídica, que articulan e integran los intereses particulares de sus miembros, actuando como medio para la realización plena de sus derechos. Dichas «*comunidades*» se orientan a la persecución de fines que son el resultado de una suma de intereses individuales. De

ahí que propicien el desarrollo grupal de actividades de naturaleza religiosa, según señala el artículo 2.1.d) LOLR. Ello justifica su constitución organizada en *confesiones* (art. 16.3 CE), en un contexto general de libertad asociativa, que les permite alcanzar un estatus jurídico específico, merecedor de la correspondiente tutela jurisdiccional y constitucional máxima (STC 139/1995). Así, la Constitución reconoce a las confesiones, en cuanto que tales, como titulares plenas, junto con los individuos, del derecho fundamental a la libertad religiosa. Toda confesión se define, además de por su fin interno, consistente en proporcionar las muy variadas formas de asistencia espiritual que le demandan sus fieles, por la naturaleza externa de sus cometidos institucionales, los cuales no son otros que: representar, dotándose de una organización propia, la expresión de unas concretas creencias religiosas, profesadas por un amplio número de individuos, en la sociedad; y recibir el reconocimiento, por parte del Estado, de los derechos que le son propios, desarrollando, en su caso, en virtud de esa posición asumida, relaciones de cooperación con los poderes públicos. Tales atributos característicos las hace destinatarias de un régimen jurídico especial que garantiza su estatus.

Las confesiones son, ante todo, comunidades voluntarias y estables de creyentes, que se agrupan en torno a la profesión de una misma fe religiosa, orientándose a la realización de unas prácticas o cultos asociados, que se dotan, a menudo, de trascendencia pública, pese a su naturaleza esencialmente privada. De ahí que dispongan de una organización y desarrollen un funcionamiento autónomo, que les asegura el máximo grado de libertad e independencia en el ejercicio de sus actividades. Por eso suelen recabar del Estado el reconocimiento de su posición institucional, derivada de la Constitución, que comporta el ejercicio de derechos y deberes derivados, y la prohibición de cualquier clase de control externo, de carácter material, practicado sobre su ámbito propio y reservado de actuación. Existe, pues, una *garantía institucional* expresa de la existencia de las confesiones (art. 16.3 CE), que opera en el marco del derecho fundamental (art. 16.1 CE), integrándose en su contenido esencial, dado que, sin su concurso, éste se vería amputado e incompleto. No otra cosa cabe deducir de la atenta lectura del artículo 2 LOLR, que detalla cuál es el núcleo irrenunciable de la libertad religiosa y de culto, haciendo particular mención de su vertiente colectiva e institucional, en su párrafo segundo. En él se señala que dicha libertad fundamental «*Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos; a designar y formar a sus ministros; a divulgar y propagar su propio credo; y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero*». Las confesiones actúan, pues, como medio permanente y cauce necesario para la realización del derecho a la libertad religiosa, que no se agota en la libre opción individual por unas creencias, al consistir, también, en el desarrollo de unas prácticas, ritos y cultos, de índole grupal, que son comunes y características, según la concreta profesión de fe religiosa que adopten sus ejercitantes. De ahí que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa proclame, inicialmente, el *derecho básico de toda persona* «a [...] recibir

*asistencia de su propia confesión» [art. 2.1.b)].*

Las confesiones, en tanto que formaciones sociales con finalidad religiosa, poseen un carácter extraestatal evidente. Así, su creación es libre, respondiendo a la voluntad o el criterio de sus socios. Además, las mismas operan esencialmente en el seno de la propia sociedad de la que surgieron. De ahí que cuenten con una facultad de autoorganización, que es consustancial a su autonomía institucional. En consecuencia, la Constitución sólo pretende asegurar la plena autodeterminación de los intereses religiosos colectivos que aquéllas auspician. Por tanto, la intervención estatal se ha de circunscribir a la constatación de la capacidad de representación de esos intereses, que poseen tales grupos institucionalizados. Al Estado le corresponderá, por tanto, a lo sumo: 1) declarar su existencia o disolución, acordadas libremente por sus socios o dispuesta, en este último supuesto, en su caso, de modo extraordinario, por el órgano judicial competente (art. 5.1 y 3 LOLR); 2) reconocer el derecho que poseen a fijarse unos fines propios, de naturaleza religiosa, que perseguir (art. 5.2 LOLR); 3) promoviendo para ello la creación y el fomento de asociaciones, fundaciones e instituciones (art. 6.2 LOLR); 4) la libertad que tienen para autodisciplinar su organización y funcionamiento interno, dotándose, a ese efecto, de unas normas propias, de carácter estatutario (art. 6.1 LOLR); y, en su caso, 5) la facultad que les asiste para intervenir, debidamente personificados, en el tráfico jurídico (art. 5 LOLR); 6) entablando, incluso, de pactarse, relaciones de cooperación con los poderes públicos (art. 7 LOLR). El Estado democrático acoge así su pluralidad y diversidad constitutivas, reconoce sus manifestaciones y, al tiempo, a modo de límite, les exige respetar el ordenamiento jurídico vigente. Para ello se asegura de que puedan gozar de un estatus singular y característico, expresivo de un régimen jurídico diferenciado, acorde con su particular idiosincrasia.

Es por ello por lo que las confesiones poseen una naturaleza asociativa especial, directamente ligada al artículo 16 de la Constitución, pero, supletoriamente, también, al artículo 22 de la misma, garante, con carácter general, del derecho fundamental de asociación. No en vano, la constatación de la vocación real de cumplimiento de las tareas que la Constitución misma les reconoce, a saber, como se ha dicho, representar institucionalmente los distintos credos u opciones de fe religiosa, en el marco del ordenamiento jurídico establecido, prestando su asistencia y promoviendo su práctica y difusión; al tiempo que recaban del Estado su tutela, en garantía de los derechos que resultan consustanciales a su estatus, se erige así en el criterio cierto para declarar como tal confesión a un colectivo de inspiración religiosa, que, por tanto, sólo lo será, realmente, si su, por así llamarlo, «objeto social» consiste en procurar la realización efectiva de los fines legítimos, de tal naturaleza, que dice pretender alcanzar. De lo contrario, el mismo podrá acogerse al genérico derecho fundamental de asociación, declarado en el artículo 22 CE, pero no así al artículo 16 de la Norma Fundamental. De este modo ocurre, por ministerio legal, con «las entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos, o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas, u otros fines análogos, ajenos a los religiosos» (art. 3.2 LOLR), precepto este que viene, en parte, a determinar, siquiera

sea negativamente, lo que se entiende por «*finés religiosos*», ya que una definición positiva de lo que cabe reputar por tales, ha de quedar, en todo caso, al libre criterio o la formulación doctrinal que cada entidad religiosa realice, para sí, de los mismos.

Pues bien, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa reconoce como titulares colectivos del derecho fundamental, en desarrollo directo de la Constitución, a «*las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas*» (art. 2.2). Recurre así al empleo de denominaciones distintas, para designar, al cabo, una misma realidad institucional, manifestada por medio de formas diversas, que abarcan la tipología asociativa básica o fundamental, de utilización más frecuente y alcance más amplio. De ahí que quepa afirmar que la terminología empleada resulta extensible a cuantas formaciones religiosas se creen o existan, con independencia del nombre que adopten, siempre y cuando las mismas tengan por objetivo declarado, expresivo de su autoconciencia, la satisfacción colectiva de unos concretos fines religiosos, respetuosos, en su enunciación y práctica, con «los derechos y libertades reconocidos por la Constitución» (art. 6.1 LOLR), y cuenten, a ese efecto, con una estructura organizativa propia. Por tanto, de reunir tales atributos característicos, su significación para el Estado deberá ser, esencialmente, la misma, razón por la cual éste derivará consecuencias jurídicas comunes, sea cuál sea el credo que profesen o la peculiar forma organizativa con que se doten. Y es que todas las confesiones existentes, estén o no inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, poseen, según la Constitución, que las convierte en beneficiarias, por igual, de un régimen general y común de libertad religiosa, una similar posición ante el Estado, pudiendo reclamar de éste su tutela efectiva (art. 5 LOLR). Sin embargo, no todas ellas reciben un mismo tratamiento jurídico por parte de los poderes públicos, al otorgarle éstos uno diferente y, si se quiere, privilegiado, a la Iglesia católica, *ex artículo 16.3 CE*, en relación al genérico que les concede a las restantes. Además, entre éstas se distingue, a su vez, a aquellas confesiones inscritas, que, dado su «notorio arraigo en España», se encuentran en condiciones de entablar relaciones de cooperación, a través de acuerdos o convenios, con el Estado (art. 7.1 LOLR); de las que, al no poder acreditar esa circunstancia, o, ni siquiera constar en el Registro de Entidades Religiosas, no resultan aptas para ello.

La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, dictada en desarrollo inmediato del artículo 16 de la Constitución, determina, con carácter general, el singular *estatus jurídico que asiste a las confesiones y demás entidades religiosas*. De este modo, viene a diferenciarlas de las llamadas asociaciones de derecho común, creadas al amparo del artículo 22 CE y acogidas a su Ley Orgánica reguladora. Se dispone así la existencia de un régimen jurídico, específico y, sin duda, más favorable, que sólo alcanza aplicación plena, cuando el Estado que lo dispensa, les reconoce a las formaciones sociales demandantes del mismo, el derecho a obtener ese trato más ventajoso. Es entonces cuando, de manera instrumental, una vez constatada la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos, las dota, a ese fin, de una personalidad jurídica propia y diferenciada. Dicho reconocimiento se efectúa mediante su inscripción en el registro público creado al efecto (art. 5.1 LOLR y Real

Decreto 142/1981), circunstancia esta de la que se benefician las entidades religiosas, tanto mayores, es decir, las Iglesias, Confesiones y Comunidades, junto con sus respectivas federaciones, como algunas de las consideradas menores, creadas por aquéllas, esto es, las órdenes, congregaciones, institutos, fundaciones y asociaciones. De ello se exceptiona a la Iglesia católica y a sus entidades orgánicas, que adquieren la personalidad jurídica civil, de modo directo, respectivamente, por determinación de la ley, *ex* artículo 16.3 CE, y mediante notificación al Ministerio de Justicia, sin necesidad, por tanto, de inscripción (art. 1.2 AAJ).

Dejando, por ahora, a un lado, el régimen especial o extraordinario que asiste a la Iglesia católica y a sus entidades propias, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, determina, en su artículo 5.2, la forma en que se llevará a cabo, ordinariamente, la *inscripción* que permite reconocerle *personalidad jurídica*, en el ámbito civil, a aquellas confesiones y entidades religiosas que la demanden. Ésta «se practicará en virtud de solicitud, acompañada de documento fehaciente, en el que consten su fundación o establecimiento en España, con expresión de sus fines religiosos, denominación y demás datos de identificación, régimen de funcionamiento y órganos representativos, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación». El ya mencionado *Real Decreto 142/1981, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas*, desarrolla tal precepto legal, creando dicho organismo, dependiente del Ministerio de Justicia. Se parte de la premisa de que, en el marco de la actual Constitución, el acceso de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas, y de los entes intraconfesionales a ellas adscritos, al registro público correspondiente, no puede ser sino potestativo, basándose en el principio de rogación (arts. 5.2 LOLR y 1 RD 142/1981), al contemplar la Ley, como no podía ser de otro modo, dada su condición de expresos titulares colectivos de un derecho fundamental (art. 16.1 CE), su existencia previa a cualquier forma de reconocimiento administrativo de su personalidad jurídica. No en vano, es éste un atributo que, además, puede que ni necesiten, ni, por tanto, deseen, al no precisarlo para el desarrollo de sus actividades propias y el cumplimiento de sus fines característicos.

Cabe así entender que la adquisición de personalidad jurídica, por parte de las confesiones y demás entidades religiosas, en modo alguno puede resultar condición necesaria que capacite a las mismas para el ejercicio de un derecho fundamental, que, conviene no olvidarlo, deriva directamente de la Constitución y no de la concesión que puedan efectuarles los poderes públicos. Por tanto, puede afirmarse que, en España, todas las confesiones y entidades religiosas, al crearse y constituirse de modo libre y voluntario, en tanto que formaciones asociativas, se encuentran, de antemano, reconocidas legalmente, pudiendo desempeñar sus cometidos institucionales en el marco del ordenamiento jurídico vigente, con inmunidad de coacción y, por tanto, a salvo de toda suerte de control previo, de carácter material, por parte de la autoridad pública, con independencia de que hayan accedido o no al registro especial existente. En consonancia, su eventual ilegalización sólo podrá ser acordada, motivadamente, por el órgano jurisdiccional competente, según dispone el artículo 22.4 CE, con

carácter general, para todas las asociaciones. La existencia del mencionado registro ha de justificarse, en consecuencia, recurriendo a muy diferentes argumentos. Así, el Tribunal Constitucional, en su importante Sentencia 46/2001, ha acometido, por fin, la tarea consistente en definir la función que debe atribuírsele al mismo, de acuerdo con los valores y principios que inspiran el nuevo orden jurídico-político, conformado por la Norma Fundamental. Ello ha supuesto, necesariamente, circunscribirla, para evitar incurrir en extralimitaciones, de las que se derive el menoscabo del derecho fundamental afectado. Ciertamente, la inscripción registral, de la que se deriva la adquisición de personalidad jurídica, es el instrumento indispensable, previsto por el ordenamiento, para acreditar que la confesión, voluntariamente solicitante de la misma, reúne los requisitos demandados por el Estado para acogerse, en su plenitud, al singular régimen tuitivo que se dispensa a las entidades religiosas. Éste facilita su intervención en el tráfico jurídico y las hace acreedoras de prestaciones públicas, que se concretan, entre otras, en disposiciones fiscales más favorables, derivadas, a menudo, aunque no sólo, de eventuales acuerdos de cooperación, suscritos entre las mismas y aquél. De ahí que, durante largo tiempo, la Administración haya seguido la práctica, a menudo contestada, de cerciorarse de que el colectivo humano que invoca la posesión de un ideario de carácter religioso, a fin de hacerse merecedor de ese trato específico, resulta serlo, efectivamente, y no sólo en apariencia, tal y como declara. Aún así, conviene insistir en que la eventual no obtención de ese régimen especial, en nada afecta a la libertad religiosa básica, que tiene constitucionalmente garantizada todo colectivo religioso. Quiere con ello afirmarse que, dado que la existencia del Registro de Entidades Religiosas no incide en el contenido esencial del derecho a la libertad religiosa, contemplado en su vertiente colectiva, su fundamento constitucional conviene situarlo, más propiamente, en el artículo 16.3, *in fine*, de la Norma Fundamental.

En consecuencia, el sentido de la función que lleva a cabo el Registro, sólo se explica si se incluye a éste en el conjunto de medidas orientadas, específicamente, a promover la cooperación del Estado con las confesiones religiosas (art. 16.3 CE). Este precepto se establece con el fin añadido de hacer de los grupos religiosos institucionalizados, que son titulares colectivos del derecho en cuestión, beneficiarios directos de la actuación positiva del Estado. De ahí que sea el concurso de dicho principio, en tanto que elemento que contribuye a caracterizar y definir el sistema de libertad religiosa existente en España, lo que evita, a la postre, el sometimiento preferente de las confesiones al derecho común, regulador del derecho de asociación; al establecer un mandato de trato singular, que supone, para aquéllas, la generación de un derecho especial. Tal cometido, atribuido al Registro, consiste, fundamentalmente, en intervenir, nunca de oficio, sino, siempre, a instancia de parte, en orden a posibilitar que las entidades que declaren poseer una genuina naturaleza religiosa se hagan merecedoras de un régimen jurídico especial, más favorable. Éste se manifiesta en: 1) el reconocimiento de su plena autonomía institucional, que les permite establecer, sin riesgo a padecer intromisiones, sus propias normas de organización y funcionamiento interno (art. 6.1 LOLR); 2) en la capacidad que se les

atribuye de formar parte de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (art. 8 LOLR); 3) en la posibilidad, auténtica expectativa jurídica, de firmar acuerdos de cooperación con el Estado, una vez acreditado, al tiempo, su notorio arraigo en España (art. 7.1 LOLR); 4) en la facultad de establecer cláusulas de salvaguardia de su identidad religiosa y carácter propio (art. 6.1 LOLR); y 5) en la obtención de una serie de beneficios de orden económico (art. 7.2 LOLR), unidos a otros de muy diversa índole o condición, habida cuenta del interés público que sus actuaciones revisten, en desarrollo del derecho fundamental que asiste a las mismas.

En aras de ello, el Registro ha venido realizando un *triple control administrativo de las peticiones de inscripción*, formuladas por tales entidades solicitantes. Dicho control opera, lógicamente, con carácter previo y, por tanto, como condición para el reconocimiento de la personalidad jurídica, demandada por aquellas que hayan asumido, voluntariamente, la carga de reunir los requisitos, a tal efecto, legalmente exigidos. Esa múltiple fiscalización consiste, en particular, en lo que sigue:

1) En primer lugar, en la práctica de un *control externo y formal, acerca de la constancia de la documentación requerida*. Es así que el procedimiento de inscripción se incoa mediante solicitud escrita de la confesión o entidad de que se trate, dirigida al Ministerio de Justicia, en la que se relacionan los extremos indisponibles siguientes: denominación de la entidad, que deberá ser «idónea para distinguirla de cualquier otra» inscrita (STS de 2 de noviembre de 1987, FJ 3.º); domicilio o sede legal de la misma en España; fines religiosos que se propone alcanzar; régimen de funcionamiento y órganos representativos, tanto unipersonales como colectivos, que la representan institucionalmente, expresando sus facultades y los requisitos para su válida designación. Además, voluntariamente, aunque debiera haberse dispuesto como obligatorio, atendiendo a razones de seguridad jurídica, se consignará, también, la relación nominal de personas que ostentan la representación legal de la entidad peticionaria. Con todo, la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, convierte en preceptivo, según dispone su artículo 70, que las solicitudes deban contener, al menos, la identidad de uno de los representantes legales.

2) En segundo lugar, y aunque no se prevea expresamente, la Administración suele realizar, cuestionablemente, también, un *control de legalidad acerca de los objetivos pretendidos y de los medios a utilizar*, a ese propósito, para su consecución, por parte de la entidad solicitante, a efectos de determinar si éstos resultan conformes, o no, con el ordenamiento jurídico vigente, revelándose, por tanto, respetuosos con el orden público protegido por la ley (art. 3.1 LOLR). Sin embargo, el procedimiento correcto a seguir, si la Administración alberga serias y fundadas dudas acerca de la licitud o la posible vulneración del orden público, por parte de la entidad solicitante, en lugar de ocasionar la denegación de la inscripción, debe consistir, más bien, en resolver favorablemente la misma, de concurrir la documentación acreditativa requerida, elevando, tras ello, tales objeciones razonables al Ministerio Fiscal, para que sea éste, si lo tiene a bien, quien inste al órgano jurisdiccional competente para

que adopte la respuesta que estime adecuada, conforme a Derecho. Esto es, como el propio Tribunal Constitucional indica «sólo mediante sentencia firme y por referencia a las prácticas y actividades del grupo, podrá estimarse acreditada la existencia de conductas contrarias al orden público, que faculten para limitar lícitamente el ejercicio de la libertad religiosa y de culto, en el sentido de denegarles el acceso al Registro o, en su caso, proceder a la cancelación de la inscripción ya existente» (art. 5.3 LOLR) (STC 46/2001, FJ 11.º).

3) Y, en tercer lugar, resultando aún más polémico, la Administración ha venido, al tiempo, ejercitando un *control de tipicidad, sobre el carácter específicamente religioso de la entidad y de sus finalidades declaradas*, a efectos de evitar que se incurra en fraude de ley [arts. 5.2 LOLR y 3.2.c) RD 142/1981]. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la mencionada STC 46/2001, FJ 10.º, ha declarado que «la Administración no debe arrogarse la función de juzgar el componente religioso de las entidades solicitantes del acceso al Registro, sino que debe limitarse a constatar que, atendidos sus estatutos, objetivos y fines, no son entidades de las excluidas por el artículo 3.2 LOLR», no estando, por tanto, relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos, o dedicadas a la difusión de valores humanísticos o espiritualistas, u otros asimilados, ajenos a los estrictamente religiosos. En consecuencia, la Administración ha de atenerse, solamente, a la determinación legislativa, hecha «en negativo», de lo que se considera por «finalidad religiosa», al no existir ninguna otra, formulada «en positivo», al respecto. Dicho elemento definitorio, expresado como «cláusula de exclusión», es el único que efectivamente la vincula, con independencia de que el mismo resulte criticable, al requerir la realización de un cierto juicio de fondo acerca de la efectiva o sincera naturaleza religiosa del grupo solicitante. Por tanto, por mucho que se traten de aportar indicadores externos que pretendan aproximarse a una noción, aunque abierta, más o menos unitaria, de lo que cabe entender, intrínsecamente, por «fin religioso», a efectos de que la misma pueda emplearse como canon de apreciación, de cara al ejercicio de la función que le corresponde desempeñar a la Administración, el hecho es que, como ésta no ha sido aportada, acertada y prudentemente, por la legislación vigente, de nada sirve sustituir dicha decisión consciente por criterios que sólo inducen a aquélla a actuar con discrecionalidad, efectuando, a veces, de manera contradictoria, juicios de oportunidad, que no de estricta legalidad.

En cualquier caso, de la legislación actual se desprende que *el acto de inscripción registral de las entidades religiosas surte efectos constitutivos, en el orden civil, ex artículo 5.1 LOLR, y no meramente declarativos, a diferencia de lo que sucede con la inscripción en el de asociaciones, que se realiza «a los solos efectos de publicidad» (art. 10 LO 1/2002, de 22 de marzo). De ahí que se estime que tales efectos operen ex nunc, que no ex tunc, es decir, sólo desde la fecha en que se otorga la inscripción y sin retroactividad alguna. Semejante entendimiento únicamente se asume, en el marco de la Constitución, si se tiene presente que el régimen especial de derechos añadidos, de carácter participativo-prestacional, que confiere el acceso a tan particular registro*

público, no afecta al contenido esencial del derecho a la libertad religiosa, del que son sujetos todos los grupos confesionales, con independencia de su inscripción registral, ya que, como se ha indicado, la inscripción registral de una confesión, únicamente, viene, en todo caso, a mejorarle las condiciones de ejercicio del derecho que ya posee y disfruta, en lo que a su consiguiente capacidad de obrar se refiere, eliminando los obstáculos que, en tal sentido, pudiera encontrar. En consecuencia, la eventual denegación de la inscripción a una entidad solicitante, sólo podrá vulnerar el derecho fundamental a la libertad religiosa, de manera indirecta, esto es, generalmente, si se pone a la misma en relación, bien con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que se lesionará, fundamentalmente, en los casos en los que, al no motivarse la correspondiente resolución, se esté generando indefensión; bien con el derecho a la igualdad (art. 14 CE), en los supuestos en que se incurra en discriminación por motivos religiosos, ocasionando «una indeseada situación de agravio comparativo, entre aquellos grupos o comunidades religiosas que, por acceder al Registro, cuentan con el reconocimiento jurídico y los efectos protectores que confiere la inscripción, y aquellos otros que, al negárseles ésta, indebidamente, se ven privados de los mismos» (STC 46/2001, FJ 9.º).

Finalmente, una vez hechas estas referencias comunes o genéricas, conviene referirse al *régimen jurídico extraordinario que asiste a la Iglesia católica*, al ser la única confesión religiosa que es reconocida sin necesidad de practicar acto alguno de inscripción registral o, cualquier otro, de naturaleza análoga. Es así que la propia Constitución se refiere, expresamente, a ella, en su artículo 16.3, *in fine*, erigiéndola en modelo o paradigma de lo que considera que ha de ser una confesión religiosa con la que el Estado puede entablar relaciones de cooperación. En este caso, el constituyente partió de una situación previa, que le venía dada, admitiendo la posición de hegemonía social que ostentaba esta concreta confesión, la cual, habida cuenta de su enorme implantación, arraigo histórico, complejidad organizativa y funcional, y experiencia en su relación con el Estado, es considerada el arquetipo de entidad religiosa con la que los poderes públicos pueden establecer relaciones de cooperación. Suele así decirse, que la mención indicada obedece, más bien, al deseo de ofrecer un ejemplo de la atención específica que los poderes públicos desean dispensarle a las organizaciones sociales, representativas del interés jurídico religioso, en su dimensión colectiva e institucional. Se piensa, de ese modo, que dicha consideración resulta extensible, por tanto, a las demás confesiones que así la demanden, siempre y cuando las mismas satisfagan las correspondientes exigencias legales. De tal manera, se viene a garantizar a todas cuantas se constituyan el mismo derecho al reconocimiento de su singularidad diferencial. Aún así, no quiere con ello indicarse que el régimen jurídico otorgado a la Iglesia católica haya de ser, necesariamente, el modelo al que deben aspirar miméticamente las restantes confesiones, pues tal pretensión podría resultar lesiva de su especificidad. En realidad, la alusión a aquélla sólo pretende mostrar la experiencia más evidente de los contenidos sobre los que puede recaer la cooperación del Estado con las confesiones.

No obstante, esta afirmación ha de matizarse, pues el estatus del que se beneficia

la Iglesia católica, en España, más allá de la referencia constitucional, en vez de derivar, como el de todas las confesiones, inicialmente, del régimen genéricamente dispuesto para éstas en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, fruto de la exclusiva voluntad soberana del Estado, procede, sin embargo, directamente de acuerdos, con rango de tratado internacional (STC 66/1982, FJ 5.º), elaborados, de manera conjunta, en posición de paridad formal, por la Santa Sede, en tanto que representación máxima de la confesión en cuestión, y el Reino de España. El resultado es, por tanto, ciertamente, excepcional y único, al establecer un tratamiento que no alcanza, ni, difícilmente, puede encontrar comparación con ningún otro que las autoridades nacionales puedan dispensarle, ateniéndose a las condiciones que impone el artículo 7 LOLR, al resto de las confesiones inscritas y consideradas de notorio arraigo, que estén en ello interesadas. Tales normas concordatarias, sin parangón posible, configuran el estatuto jurídico básico del que disfruta la Iglesia católica en España. Las mismas parten del reconocimiento que el Estado le hace a aquélla del «derecho a ejercer su misión apostólica», garantizándole, al tiempo, «el libre y público ejercicio de las actividades que le son propias y, en especial, las de culto, jurisdicción y magisterio» (art. I.1 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979); además del consiguiente derecho, asegurado, expresamente, en el artículo I.2 del mismo, a organizarse libremente. De este modo, el Estado admite e integra a la Iglesia católica en el ordenamiento jurídico, en tanto que realidad, en principio, externa a él, tal y como ella misma se presenta, aceptando el empleo de conceptos que encuentran significado en la propia doctrina eclesiástica, que no en categorías jurídico-civiles de uso genérico. Demuestra así una actitud deferente y una voluntad de allanar cuantos obstáculos se interpongan a la consecución de sus fines y a la realización de sus actividades. Convalida, en suma, aún en el peculiar marco que ofrece el Estado laico, un trato preferente y diferenciado del común, que no modifica, esencialmente, aquel con el que ya contaba la misma en el pasado más reciente, esto es, en las coordenadas ideológicas del Estado confesional. La Iglesia católica tiene así reconocida una amplia relación de derechos que, al disfrutarlos en exclusiva, dado que no los poseen o ejercitan, de modo efectivo, las restantes confesiones inscritas que cuentan con acuerdos de cooperación con el Estado, presentan, hoy en día, el carácter de auténticos privilegios. Así ocurre en materia de jurisdicción, enseñanza, régimen fiscal, asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, instituciones penitenciarias, servicios hospitalarios..., entre otros, que son fruto de esas normas concordatarias, las cuales, en determinadas ocasiones, presentan más que cuestionable acomodo a la Constitución.

El fundamento de todo lo expuesto se halla en el Acuerdo Jurídico suscrito con la misma, en el cual, pese a no existir una declaración expresa de atribución de personalidad jurídica a la Iglesia católica, en cuanto que tal, al presuponerse, se hace un reconocimiento, minucioso y detenido, de los componentes fundamentales con que cuenta la misma para intervenir en el tráfico jurídico. Sea, en consecuencia, por una u otra vía, ya la de la mera notificación, ya la de la inscripción, se observa cómo, en cualquier caso, el reconocimiento de la personalidad jurídica civil de las entidades de

la Iglesia católica, tiene como presupuesto indisponible el reconocimiento de una personalidad jurídica canónica, ajustada a lo dispuesto en la propia legislación eclesiástica. Así, en lo que a su capacidad de obrar se refiere, a las entidades religiosas les es aplicable, a tenor del Acuerdo Jurídico y, supletoriamente, de lo dispuesto en el artículo 6.2 LOLR, las disposiciones de sus propios estatutos o reglas fundacionales, de acuerdo con la normativa canónica existente, observando como único límite el respeto al orden público protegido por la ley. Aún entonces, el derecho común del Estado será de aplicación supletoria para las asociaciones y fundaciones constituidas con fines exclusivamente religiosos (art. 1.3.2 LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación).

### 3. LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL

La Constitución garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa, del que, como sabemos, son indistintamente titulares, los individuos y las comunidades, «*sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*» (art. 16.1, *in fine*). Y el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa viene a concretar su significado. A ese fin, establece, siguiendo muy de cerca lo preceptuado en el artículo 9.2 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, que «*el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática*». Se da así a entender que cuando las *manifestaciones* del referido derecho fundamental perturben excepcionalmente la posibilidad de ejercicio de las libertades ajenas o afecten a los fundamentos del propio orden político establecido, habrá que apreciar, a fin de evitar las transgresiones que de su consideración absoluta puedan derivarse, la existencia de ciertos frenos a su libre exteriorización positiva. Por tanto, nada de lo dicho incumbe, ni a la libertad interna de la persona, en relación con el hecho religioso, que es, por ende, plena o irrestricta, no requiriendo de ordenación jurídica alguna; ni, tampoco, a la llamada dimensión negativa de la libertad externa, al no caber la posibilidad de que se pueda obligar al titular del derecho a realizar declaraciones religiosas, que comuniquen la adscripción a una concreta opción de fe, en contra de su voluntad, tal y como expresamente garantiza el artículo 16.2 CE, emulando lo prevenido en el artículo 140 LFB (STEDH de 18 de febrero de 1999: *Asunto Buscarini y otros contra San Marino*). Quiere con ello indicarse, en consecuencia, que *la cuestión de los límites se circunscribe, pues, a la libertad religiosa exteriorizada positivamente*.

Y es con la misma con quien hay, por ello, que poner en relación el *concepto jurídico indeterminado* «orden público», que es una noción precisada, en todo caso,

de una oportuna definición y delimitación objetiva por parte del legislador. Además, la misma es preciso interpretarla restrictiva y tasadamente, al tiempo que de acuerdo con los valores y principios propios de un Estado social y democrático de derecho (SSTC 20/1990 y 214/1991). Sólo así se evitará que el concepto en cuestión, dado su carácter excepcional, pueda suponer una cláusula habilitadora, abierta o indiscriminada, a las potestades interventoras de las Administraciones Públicas, sobre las condiciones de realización del derecho. Su apreciación, caso por caso, exige, pues, la atenta ponderación de las circunstancias concurrentes, en atención, siempre, al fin perseguido. Téngase en cuenta, a este respecto, y con carácter general, que «la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras del mismo» (STC 2/1982). El *principio de proporcionalidad*, técnica nacida para controlar los poderes discrecionales de la Administración, y, por tanto, «principio inherente al Estado de derecho» (STC 85/1992), actuará así como canon de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos, en garantía del derecho fundamental, frente a eventuales constricciones del mismo procedentes de normas o resoluciones singulares que desarrollen el concepto de referencia, limitando, puede que arbitrariamente, la proyección externa del derecho. En consecuencia, la limitación del derecho, como previene genéricamente el artículo 53.1 CE, se circunscribirá a situaciones de necesidad previstas y contempladas por la ley, que respetará, en todo caso, su contenido esencial, respondiendo efectivamente a los objetivos de interés general o a la exigencia de protección de los derechos y libertades de los demás.

De tal forma, pese a no existir una configuración unitaria de la idea de orden público, el mismo presenta, según la ley, unos componentes básicos, que, considerados de manera independiente, le dan expresión al mismo. Tales elementos, integrantes de la noción, son «*los derechos ajenos*», «*la seguridad*», «*la salud*» y «*la moralidad pública*» (art. 3.1 LOLR). Definamos seguidamente su alcance:

a) En lo que a «*los derechos ajenos*» se refiere, cabe afirmar que éstos conforman lo más esencial del concepto constitucional y democrático de orden público, hasta el punto, tal y como ya se ha indicado, que ni siquiera hubiera hecho falta una mera referencia a los mismos, de por sí redundante, sustituyendo la polémica expresión utilizada en la Constitución, para que se estimara la existencia de límites a las manifestaciones del derecho que se considera. En todo caso, y gracias a la precisión legal, hecha en este sentido, la noción en cuestión pasa así a adquirir un significado positivo, de protección de un ámbito de derechos y libertades reconocidos, que son la concreción o manifestación histórica de la dignidad humana, cuyo ejercicio hace posible el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

b) A su vez, la «*moralidad pública*», que fue una referencia constante en nuestras precedentes Constituciones de 1876 y de 1931, además de figurar contemporáneamente en las más importantes declaraciones internacionales de derechos, ha sido considerada, sobre todo, por la primera jurisprudencia constitucional, límite adecuado para contrastar ciertas manifestaciones abusivas de la

libertad religiosa. Según la misma, cabe entender por tal un *mínimum ético* que todo sistema jurídico debe realizar, un conjunto de reglas de comportamiento que una sociedad reconoce y admite comúnmente como justas y obligatorias, y que son independientes del individuo concreto, constituyendo, en definitiva, según el supremo intérprete de la Norma Fundamental, el «elemento ético común de la vida social». Se trata, pues, de un concepto indeterminado y dinámico, cuya concreción práctica dependerá del tiempo y lugar en que se haya de aplicar, informando el ordenamiento jurídico (STC 62/1982). Pero lo cierto es que, en el ámbito del Derecho público, particularmente en los sectores penal y administrativo del ordenamiento, el concepto de moralidad pública, como ocurre, también, con el asimilado de «buenas costumbres», que se emplea en países vecinos y culturalmente afines, como Italia, ha ido paulatinamente restringiéndose, cuando no desapareciendo, llegando a carecer ya, en realidad, de virtualidad o incidencia práctica alguna, al verse arrinconado, cuando no sustituido, por otros valores o bienes a los que se pasa, en su lugar, a tutelar, y que no suscitan en una sociedad plural, abierta y, por ende, multiétnica, los cuestionamientos que aquél generaba, asociado a ideas más bien confesionales, antaño dominantes y hoy anacrónicas, que lo invalidan ya como límite a derecho fundamental alguno. De ahí que se lo pueda estimar hoy, dado su carácter marcadamente residual, perfectamente prescindible, en tanto que vacío de contenidos o referencias asumibles en un Estado social y democrático de derecho.

c) Por otra parte, la «*seguridad*», en relación con la libertad religiosa, cabe entenderla como garantía frente a atentados contra bienes o intereses que merecen, en determinadas circunstancias, la protección preferente de los poderes públicos. El empleo del concepto, sin duda, más preciso, de «*seguridad pública*», manejado como límite por las declaraciones internacionales de derechos incluye, tanto la protección policial de las personas y bienes, como la garantía, llevada a cabo, también, en el ámbito de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, del libre ejercicio de los derechos fundamentales y del mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadanos (SSTC 33/1982, 117/1984, 123/1984 y 104/1989). De ahí que su apreciación pueda dar lugar a la imposición de sanciones extraordinarias, tales como la intervención y clausura de lugares destinados al culto. La autoridad competente se basará, para adoptar medidas tan drásticas y extremas, que deberán estar contempladas en la correspondiente normativa legal, en la alegación del límite indicado. A tal fin, constatará, simultáneamente, la gravedad del supuesto de hecho, acreditando los riesgos contraídos, para lo cual aportará los elementos probatorios necesarios, que la llevan a adoptar una medida que habrá de ser, en todo caso, proporcionada y adecuada a los fines perseguidos. De lo contrario, obrará de forma arbitraria, menoscabando, injustificadamente, el derecho fundamental a la libertad religiosa, que sólo, de forma excepcional, y asistido de tales garantías, puede verse limitado (STC 46/2001, FJ 11).

Así, de manera cautelar, y mediando la correspondiente autorización judicial, el cometido de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en el marco genérico de

actuación que determina el artículo 104.1 CE, consistirá, a lo sumo, en la obtención de información, mediante, en su caso, la grabación de mensajes y alocuciones, y en la realización de labores de vigilancia, seguimiento y control, de existir indicios racionales de criminalidad acerca de las eventuales incitaciones al odio, a la violencia o a la discriminación, relativas a la posible apología del terrorismo o a los intentos de adoctrinamiento y captación de potenciales delincuentes que, eventualmente, se promuevan en tales espacios, al amparo, de todo punto espurio y abusivo, del derecho fundamental a la libertad religiosa. Pero lo que, en cualquier ocasión, resulta inadmisibles en un Estado democrático de derecho, es la pretensión gubernativa de realizar, sin las debidas garantías, controles previos, no avalados jurisdiccionalmente, aunque fundados, en su caso, en genéricas habilitaciones legales, sobre las actuaciones, supuestamente subversivas, de los ministros de culto de las distintas confesiones religiosas, pues ello supondría prejuzgar sus intenciones y cometidos, vulnerando así el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión, según expresa el artículo 2.1.c) LOLR. Y es que sólo cabe el control *a posteriori*, y en atención a las circunstancias del caso concreto, al existir siempre una presunción *iuris tantum*, en favor de la libertad religiosa, que sólo puede verse limitada proporcionalmente, de acuerdo con la ley, salvado el contenido esencial del derecho fundamental, en ejecución de la excepción de orden público, por razones de seguridad del Estado. Pero, en todo caso, según afirma, de manera concluyente, el Tribunal Constitucional, «evitando su aplicación por los poderes públicos, en cláusula abierta, que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y (acerca) de sus hipotéticas consecuencias» (STC 46/2001). Así, en relación con lo expuesto, no debe olvidarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del artículo 9.1 CEDH, ha fallado reiteradamente contra este tipo de restricciones, considerándolas contrarias al núcleo básico de la garantía de la libertad religiosa. De ese modo, según el Tribunal de Estrasburgo, ni cabe exigir un permiso gubernativo para abrir lugares de culto (JUR 2000/303668); o nombrar ministros del mismo (STEDH 2002/55); ni puede ordenarse la vigilancia, por parte de los servicios de inteligencia, de los miembros de una determinada confesión religiosa, por el mero hecho de pertenecer a la misma (STEDH 1999/78).

d) La «salud» es, finalmente, el último criterio tenido en cuenta por el legislador como integrante de la noción de orden público, a los efectos de restringir, en su caso, el alcance de algunas manifestaciones de la libertad religiosa. Tal bien aparece referido, en los textos normativos internacionales, de modo constante, a su dimensión estrictamente «pública» (arts. 9.2 CEDH y 18.3 PIDCP), es decir, a las condiciones de salubridad que han de darse, con carácter general, en los distintos ambientes o espacios donde se desarrolla la vida humana. El mismo es, por tanto, vinculable al principio programático, radicado en el artículo 43.2 CE, que orienta a los poderes públicos a su protección efectiva. De ahí que no se explique la insistencia en querer interpretarlo como sinónimo necesario de la «salud personal o privada», asociándolo, indebidamente, a derechos fundamentales de la persona, reconocidos en el artículo 15

CE, esto es, a los derechos a la vida y a la integridad física y moral. El fin parece no ser otro que limitar, en su caso, el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, de entrar éste en conflicto con aquéllos, en circunstancias extraordinarias, a través de algunas de sus manifestaciones.

La más avanzada jurisprudencia constitucional (STC 154/2004), ha resuelto, por fin, la cuestión, tras un período de confusión, particularmente notable, en este sentido, no admitiendo, por tanto, la aplicación extensiva del límite de orden público, en atención al supuesto deber de protección de la salud privada del titular de esos bienes, alegada por los poderes públicos, a fin de restringir ciertas expresiones del derecho fundamental a la libertad religiosa que puedan acarrear la lesión de los mismos. La Sentencia en cuestión rebate tal entendimiento, secundado, de manera constante por la jurisprudencia constitucional precedente, aunque objetado en importantes votos particulares, que rechazaba la negativa de algunos pacientes, en razón de sus creencias, a recibir transfusiones sanguíneas o cualquier otro tipo de tratamiento médico o farmacológico, considerado necesario para el restablecimiento de su salud o la conservación misma de su vida e integridad física. Se contrarrestaba así la invocación de la libertad religiosa, a fin de limitar su eficacia, apelando al superior derecho del Estado a reemplazar la voluntad de tales sujetos, en aras de preservar esos «bienes supremos».

Sin embargo, el notable giro experimentado en la comprensión de casos análogos, ha llevado contemporáneamente a estimar que debe prevalecer la facultad que legalmente se les reconoce a los individuos incurso en semejantes situaciones, a decidir libremente, después de recibir la información adecuada acerca de las opciones clínicas disponibles, aun a riesgo de su vida e integridad física. De ahí la posibilidad de que puedan negar su consentimiento a recibir el tratamiento aconsejado. Así ocurrirá, habitualmente, salvo cuando concurren los supuestos excepcionales que contemplan el artículo 9.3 y 4 de la *Ley Básica 41/2002, de 14 de noviembre*, «reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», en que no podrán oponerse a recibir el mismo. Se viene así a afirmar que «toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios, a fin de respetar la autonomía de su voluntad» (art. 2.2, en relación con el 2.1 de la Ley 41/2002). Dicho consentimiento, libre y voluntariamente expresado, para cualquier actuación en el ámbito de su salud, será verbal, por regla general, manifestándose por escrito, de tener que aplicarse a «procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente» (art. 8.1 y 2 de la Ley 1/2002). Sin embargo, se dispensará de tener que contar con dicho consentimiento en dos ocasiones, de naturaleza bien distinta, que conviene, por tanto, diferenciar:

- 1) En primer lugar, *cuando exista riesgo para la salud pública*, al concurrir razones sanitarias especiales previstas por la ley. Estas se comunicarán, una vez adoptadas las medidas pertinentes, a la autoridad judicial, en el plazo de veinticuatro

horas, siempre que las mismas supongan disponer el internamiento obligatorio de personas [art. 9.2.a) de la Ley 41/2002]. Estamos, por tanto, en presencia del supuesto paradigmático de aplicación legítima, en tanto que proporcional, del límite de orden público, por razones expresamente indicadas en la legislación vigente, susceptibles de control jurisdiccional.

2) Y, en segundo lugar, se establece que cabrá suplir, también, el consentimiento de los interesados *cuando exista riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él* [art. 9.2.b) de la Ley 41/2002]. Esta última salvedad, prevista, fundamentalmente, para salvar la responsabilidad de los facultativos, de interpretarse de forma extensiva, forzando su tenor literal, puede suponer una injerencia, difícilmente justificable, en el ámbito de la intimidad del paciente. La misma llevaría a reemplazar su voluntad, sin que cupiera alegar, en tal supuesto, razón alguna de orden público, al no ser éste aplicable por motivaciones de salud privada. De suceder así, se legitimarían actuaciones contrarias a sus intenciones, manifestadas de forma, siquiera, verbal o implícita, con lo que la Ley 41/2002 podría acabar convalidando, en este punto, la criticada orientación jurisprudencial que consideraba válida la sustitución del consentimiento del paciente, a fin de impedir que, en caso de desatención médica inmediata, se generaran al mismo lesiones graves o irreversibles, que afectaran a su integridad física o que pudieran ocasionarle la pérdida de la vida. Ello supondría, en fin, otorgarle una preeminencia absoluta al derecho a ésta, garantizado positivamente por los poderes públicos, sobre la libre voluntad y capacidad de disposición del paciente, derivadas, en el caso que nos ocupa, de sus creencias religiosas (ATC 369/1984 y 120/1990).

El abandono de este tipo de razonamientos, no sustentados en la Norma Fundamental, tal y como indica la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional, debe acabar de producirse con la legislación vigente que, en este aspecto, sólo se refiere a la eventualidad de que no se pueda conocer fehacientemente, por razones de índole física o psíquica, cuáles son las intenciones del enfermo. Es, pues, necesario abogar por el derecho superior del titular a ejercitar, según motivaciones de fe o cualesquiera otras, una facultad de autodeterminación que tenga por objeto su propio cuerpo, asumiendo los riesgos que dicha decisión puede entrañar para su vida, de acuerdo con el ejercicio conjunto y, en este caso, irrestricto, de los derechos fundamentales a la integridad física (art. 15 CE) y a las libertades ideológica y religiosa (art. 16.1 CE) (STC 154/2002). Ciertamente, puede ocurrir que suceda que dicha voluntad se halle viciada, al no haberse podido formar o manifestar libre y espontáneamente, circunstancia ésta prevista en el artículo 9.3.a) de la Ley 41/2002; o bien suceda que el sujeto en cuestión se halle incapacitado legalmente [art. 9.3.b)], o sea menor de edad, supuestos éstos en los que procederá la representación del interesado, a menos que se encuentre emancipado o sea mayor de dieciséis años, pudiendo, entonces, prestar el consentimiento por sí mismo, circunstancia ésta que, aún así, explica la cautela de acudir a los padres, cuya opinión, dice la Ley, «será

tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente» [art. 9.3.c)]. En este sentido, para determinar que se trata, verdaderamente, del ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa, el juez deberá asegurarse de que se está ante una actuación libre y voluntaria de la persona, adoptada en pleno uso de sus facultades, sin coacciones externas, que la llevan, legítimamente a rechazar, por escrito o verbalmente, dichos auxilios, apelando a legítimas motivaciones de conciencia, esto es, ideológicas o religiosas, amparadas por la Constitución, aún conociendo, al haber recibido la oportuna información, las posibles consecuencias desfavorables que pueden derivarse para su salud, integridad o supervivencia.

En resumen, sólo cuando se constate que, excepcionalmente, el ejercicio de ciertas expresiones de la libertad religiosa, pueda poner en peligro cierto la «*salud pública*», se justificará la aplicación de la excepción de orden público que se considera, mediante el dictado de las oportunas «medidas de policía administrativa». Se requerirá, eso sí, controlar la existencia de la necesaria previsión legal, la comprobación de que se da un fin legítimo, y, finalmente, la evidencia de la proporcionalidad de la actuación efectuada. Así, ha de repararse en los riesgos que la observancia de ciertas prácticas y ritos, en principio, genéricamente amparados por el derecho fundamental a la libertad religiosa, pueden conllevar para la salud general, que los poderes públicos están obligados a salvaguardar. En este sentido, por ejemplo, no cabe alegar el derecho en cuestión para eludir la aplicación de la legislación vigente relativa a la protección de los animales, justificando infligirles tratos vejatorios y crueles. También conviene tener en cuenta las posibilidades de contagio epidémico que pueden ocasionarse de resultados de alguna celebración o manifestación ritual del culto, preferentemente de carácter colectivo, cuando éstas conlleven el sacrificio de animales o la importación, el traslado, manipulado y consumo ritual de alimentos, de hallarse éstos en mal estado o contravenirse las normas de salud e higiene existentes (STEDH 2000/144).

En definitiva, y siguiendo parámetros internacionales, particularmente desarrollados en el artículo 9.2 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, directo inspirador del precepto legal español, el concepto de orden público parece referirse a la necesidad o conveniencia de garantizar unas condiciones materiales de vida dignas, para hacer posible una convivencia social armónica. Equivale, pues, a una «*situación o estado de normalidad*» que, de alterarse, al ponerse en riesgo o peligro valores tan sensibles como los reseñados, cifrados, sobre todo, en el deber de respeto de los derechos ajenos, precisa restaurarse en aras del pleno y efectivo goce y disfrute de los derechos fundamentales de todos. Tal concepto busca así garantizar un nivel determinado de sometimiento a la ley y de respeto a las condiciones mínimas exigibles para posibilitar la pacífica coexistencia, sin la cual ningún derecho puede ejercitarse. De ahí que el mismo se destine, en última instancia, a asegurar la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), que es el soporte o fundamento de los derechos, más que a limitar genéricamente el ejercicio de éstos, que sólo se verán salvaguardados universalmente si a nadie se le impide u obstaculiza su expresión, sancionando a aquel que atenta

contra el ordenamiento jurídico que los reconoce y tutela. De este modo, los derechos fundamentales y el deber de respeto al orden público protegido por la ley se complementan, formando una unidad inescindible. Por eso, en relación con la libertad religiosa, la limitación de orden público cumple una doble función que le permite actuar como «concepto equilibrador». De un lado, impide que el ejercicio de aquélla pueda utilizarse para atentar contra del ordenamiento jurídico, lesionando otros derechos o bienes de naturaleza constitucional. Y, de otro, supone una protección o garantía misma de dicha libertad, al tutelar y promover las condiciones básicas que posibilitan su realización, impidiendo su restricción por causas distintas de las legalmente previstas.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARRERO ORTEGA, A.: *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- FERRER ORTIZ, J. (coord.): *Derecho eclesiástico del Estado español*, Eunsa, Pamplona, 2007.
- LARICCIA, S.: *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Giuffré, Milano, 1967.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, vols. I y II, Cívitas, Madrid, 2011.
- LÓPEZ CASTILLO, A.: *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- MARTÍNEZ TORRÓN, J. (dir.): *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Comares, Granada, 1998.
- MOTILLA DE LA CALLE, A.: *El concepto de confesión religiosa en el Derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- NAVARRO VALLS, R.; MANTECÓN SANCHO, J., y MARTÍNEZ TORRÓN, J. (coords.): *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Iustel, Madrid, 2009.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M.<sup>a</sup>: *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de Derecho*, Cívitas, Madrid, 2006.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M.: «Libertad religiosa y Registro de Entidades Religiosas. (A propósito de la STC 46/2001, de 15 de febrero)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 68, 2001.

## LECCIÓN 2

# LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO PRINCIPIO SUPREMO INFORMADOR DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN MATERIA RELIGIOSA

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada*

### 1. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL U OBJETIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD RELIGIOSA

Todo derecho fundamental posee, además de una vertiente subjetiva característica, que expresa la relación inmediata y personal que se establece entre el Estado, los ciudadanos y, en su caso, los colectivos en los que éstos se integran, una dimensión objetiva muy relevante. Así, el de libertad religiosa se manifiesta, también, como un *principio institucional*, ordenador de un determinado ámbito vital, relevante socialmente. De ahí que el mismo se despliegue en regulaciones normativas a las que inspira, imponiendo orientaciones a seguir a los poderes públicos. Su fuerza irradiante se produce así en toda dirección, afectando a cuantos sectores del Derecho aparecen referidos al mismo. Dicha condición llama a su especificación posterior, en tanto que *pauta directiva de normación jurídica*, que entraña, al tiempo, un *mandato de optimización* y un *deber de protección*, que se proyecta, en general, sobre el ejercicio de todas las funciones constitucionales y, en particular, en lo que respecta a la aplicación e interpretación de las diferentes prescripciones jurídicas existentes sobre la materia, que se ven, de ese modo, informadas por el mismo.

Así pues, la Constitución ha querido que no sea ni el principio de confesionalidad, ni el de laicidad, quien fundamente y defina, de modo esencial, la actitud que ha de asumir el Estado en cuanto se refiere al desarrollo institucional del interés religioso, a diferencia de como sucedió, por el contrario, de forma alternativa, en otros períodos de nuestra historia constitucional, en los que, al acogerse uno u otro, se vino a propiciar la división, cuando no el enfrentamiento entre los españoles, en torno a la

llamada «*cuestión religiosa*». La Norma Fundamental ha optado, en cambio, tal y como se ha expuesto, por atribuir, novedosamente, dicha condición primaria al de libertad religiosa, elección ésta que se revela, sin duda, como la más acorde con la proclamación de España como Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE), y con el entendimiento de la dignidad de la persona y la garantía de los derechos individuales que le son inherentes, como fundamento último del orden político establecido (art. 10.1 CE).

Semejante decisión conduce a que sea este principio, y no ninguno de los antes expresados, el que determine, preferentemente, la concreta línea de desarrollo que habrá de seguir el ordenamiento, en relación con la regulación institucional u objetiva del interés jurídico religioso. Ello supone, de un lado, y en sentido, en este caso, negativo, que *el Estado se habrá de reputar ajeno o incompetente ante el hecho religioso, en sí mismo considerado, comprometiéndose a no coartar, sustituir o concurrir con los ciudadanos y las confesiones existentes, en lo tocante al mismo. De ahí que atienda a él, solamente, en tanto que factor social, ordenándolo desde tal perspectiva externa*, en lo que a sus diferentes manifestaciones públicas se refiere, sin coartar el derecho fundamental originario. Por eso, y ya en sentido positivo, *se comprometerá a reconocer y tutelar, en el marco del ordenamiento jurídico vigente, la libertad de creencias y de culto que asiste a los sujetos individuales y colectivos, con independencia del sentido de la opción religiosa que secunden o profesen, y conforme a la cual decidan orientar, respectivamente, sus diferentes actitudes vitales y concretos fines institucionales. En consecuencia, los poderes públicos se verán impelidos a afirmar su independencia respecto de aquéllos, aunque expresen, simultáneamente, una clara voluntad de colaboración con las confesiones a las que se adscriben, en aras de promocionar el derecho que les asiste, si bien desde la perspectiva que implica la obligada autonomía institucional recíproca y el deber genérico de abstenerse de asumir como propia cualquier tendencia u orientación particular al respecto.*

Así pues, se observa cómo el Estado abdica de su pretensión pretérita, tanto de proclamar una fe, constituyéndose en creyente, a la vez que impone una religión concreta a sus ciudadanos, como de restringir o negar toda suerte de reconocimiento a las distintas formas de manifestación pública de ésta, reprimiendo, llegado el caso, las mismas. *La libertad religiosa*, en su consideración como principio supremo que *determina esencialmente el carácter de la actuación del Estado en la materia de referencia*, se revela incompatible, pues, tanto con las actitudes confesionales como con las laicistas, al implicar ambas una toma de partido, ya comprometida con el hecho religioso, en términos contrarios a las exigencias de la libertad, la igualdad y el pluralismo democrático; ya marginadora y, por tanto, lesiva, por restrictiva, del derecho fundamental subyacente, desde presupuestos, en uno y otro caso, claramente sesgados e ideológicos.

Tales principios no pueden coexistir en un mismo plano, en el marco de un Estado democrático de derecho, habiéndosele de reconocer a alguno de ellos la función rectora imprescindible. Como tal cometido le corresponde, de acuerdo con la

Constitución, al de libertad religiosa, los restantes, habitualmente alegados, que concurren con el mismo, o bien están llamados a desaparecer, como sucede con el de confesionalidad, expresamente rechazado por la Norma Fundamental; o bien a supeditarse a aquél, una vez redefinidos positivamente, como ocurre con el de laicidad, resignándose a ocupar una posición vicaria y, en todo caso, complementaria respecto del mismo. Sin duda, esa solución constitucional se ha revelado como la más idónea, a los efectos de optimizar la realización del derecho fundamental, desde la independencia o separación que, en garantía adicional del mismo, conviene trazar entre los ámbitos de actuación pública, civil y confesional. No obstante, conviene precisar el alcance de esos otros principios, también expresados en el artículo 16 de la Constitución, a efectos de evitar consideraciones desproporcionadas de la libertad religiosa, que lleven a una absolutización de la misma, en modo alguno deseada por el constituyente, en tanto que contraria a las bases sobre las que se sustenta la configuración del Estado democrático de derecho.

## 2. EL PRINCIPIO DE LAICIDAD DEL ESTADO

La afirmación concluyente, realizada en el artículo 16.3 de la Constitución, según la cual «*ninguna confesión tendrá carácter estatal*», viene a suponer la proclamación, formulada en sentido negativo, de la *aconfesionalidad, neutralidad o laicidad del Estado*. Se adopta así una fórmula que refleja, además de la *necesaria distinción de ámbitos de actuación*, una *actitud positiva* por parte del Estado, una *voluntad de reconocimiento de las distintas confesiones existentes, sin que ello pueda suponerle, a un tiempo, identificación con ninguna, en garantía del ejercicio, no sólo individual, sino, también, colectivo, del derecho fundamental a la libertad religiosa*. Esa orientación básica presupone, necesariamente, la afirmación de su *autonomía respecto de las mismas*, además de su *incompetencia en cuestiones intrínsecamente religiosas*, que sólo a ellas les conciernen. Se logra así expresar, al cabo, no sólo el concepto, de cuño liberal, que alude a la *separación que ha de existir entre las esferas civil y política, por un lado, y religiosa y confesional*, de otro, sino, también, aludir a la idea contemporánea de *neutralidad*, la cual, rectamente entendida, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, pretende abandonar toda tentativa de rechazo o promoción del hecho religioso, en sí mismo considerado. La misma permite atribuirle relevancia a éste, mas desde una posición de equidistancia, en tanto que fenómeno o factor social, dotado de una considerable repercusión pública, que se proyecta sobre un derecho fundamental. Es por ello por lo que la exigencia de neutralidad se emplea como parámetro de control de la actuación de los poderes públicos, a fin de evitar que éstos se excedan al facilitar las condiciones de realización de dicha libertad. De lo contrario, podría incurrirse en una indeseable confusión de funciones estatales y religiosas, o en el menoscabo de la *igualdad y el pluralismo de las ideas y creencias*. Dicha concepción pretende manifestar, no otra

cosa que la «*laicidad del Estado*», que no se muestra como un fin en sí mismo, sino como un *medio orientado a la defensa y promoción de la libertad religiosa*, en particular, y de los demás derechos y libertades públicas, en general.

Así, como se ha indicado, atendiendo a sus elementos integrantes, la laicidad muestra, tanto una dimensión negativa, primero definida en el tiempo, alusiva a la *separación* que ha de existir entre los ámbitos propios de actuación del Estado y de las confesiones; como otra positiva, más tarde incorporada, que se refiere a la *neutralidad* que aquél debe observar, no dejándose guiar en su actuación por valores religiosos, sino por los propios a los que la Constitución le orienta, a fin de garantizar un tratamiento igual a todas las personas y comunidades, con independencia de cuáles sean sus opciones de fe o ideas. A ambos aspectos de la misma se hará alusión, sucesivamente.

## 2.1. EL CONCEPTO DE LAICIDAD COMO EXPRESIÓN HISTÓRICA DE LA SEPARACIÓN ALCANZADA ENTRE EL ESTADO Y LAS CONFESIONES

Inicialmente, la idea de laicidad se asocia al proceso de separación que, entre los órdenes político y religioso, se fue gestando, de manera paulatina, a lo largo de la historia de Occidente. Así, según aquél, prácticamente constante, modo de concebirlo a lo largo de la Historia de la Iglesia, *laico* era considerado quien, aun siendo miembro del pueblo fiel («laós»), dada su condición de bautizado, al no haber recibido órdenes sagradas, como clérigo o monje, en vez de dedicarse al oficio divino, se empleaba en asuntos o negocios mundanos, desprovistos, por tanto, de la dimensión sacerdotal, carismática y escatológica que, primitivamente, se les dio, también, a los mismos y que quedó reservada a aquéllos con el tiempo. De ahí que el *laico*, por su condición pasiva o subordinada, en el ámbito intensamente jerarquizado de la Iglesia, fuera considerado *lego*, y no entendiera, ni estuviera legitimado, por tanto, para conocer de asuntos específicamente religiosos, cuya inteligencia se atribuía, sólo, a los, a tal fin, ordenados.

Posteriormente, dicha expresión, con la acepción que se entendió que le era, en aquel tiempo, propia, sinónima de *ajeno a lo sagrado e, incluso, en un sentido amplio, a lo genuinamente religioso*, la trasladó al Estado el *movimiento de ideas surgido de la Ilustración*. Dicha calificación, aplicada al mismo, aparece así como la consecuencia última del paulatino *proceso de secularización* experimentado por éste, característico de la Modernidad, que, a modo de reacción frente a los intentos de dominación política e ideológica, provenientes del mundo eclesiástico, se inició, sobre todo, con ocasión de la «lucha de las investiduras», durante la Edad Media. Ello le lleva a ser testimonio de la *desacralización del orden político*, que abandona su fundamentación teológica habitual, pasando a legitimarse en referencia exclusiva al pacto social, por lo que se orienta, primordialmente, a la garantía de la *salus publica*, esto es, de la seguridad, la paz y el bienestar de sus ciudadanos. De ahí que el mismo acabe adquiriendo una autonomía propia, que le permite construir una cultura política

característica y genuina, de carácter profano, desligada, en sus fuentes y manifestaciones, de toda influencia directa, tanto religiosa como eclesiástica. La trabajosa conquista de esa emancipación permitió liberar al Estado de los intensos condicionamientos doctrinales a los que, hasta ese momento, se veía sometido el mismo, a la hora de orientar sus actuaciones.

La superación de esos límites y el consiguiente distanciamiento que ello implicó respecto de la cosmovisión religiosa y de la propia institución eclesiástica, supuso, sin embargo, en ocasiones, el paso al extremo contrario, al aspirar el Estado, con frecuencia, a invertir la tendencia indicada, tratando de someter a formas diversas de control y tutela jurídico-políticas la actividad misma de las confesiones. Tal vocación expansiva y dominadora, consecuencia de la proclamación de la *plenitudo potestatis*, que es atributo de su soberanía, se manifestó, inicialmente, en el *ius circa sacra*, predicado del príncipe secular, durante el absolutismo. La misma se tradujo, a su vez, una vez derrocado el Antiguo Régimen e implantado el orden constitucional, en el deseo laicista, a veces inmoderado, de cercenar o restringir la libertad de actuación de tales iglesias o confesiones, al estimarlas difusoras de una contracultura, de carácter reaccionario, a integrar, diluir, o, en su defecto, combatir. Se pretendió lograr así su sometimiento, al tiempo que su marginación o, incluso, erradicación, limitando considerablemente su presencia en los espacios públicos, al aspirarse a relegar a ámbitos exclusivamente privados sus diferentes manifestaciones. El fin no era otro que impedir que las mismas concurrieran con las inspiradas por el propio Estado, informando y condicionando, al cabo, merced a su considerable influencia, los comportamientos sociales, políticos y culturales. Todo ello trasluce otra forma, en verdad peculiar, al conformarse a la contra, de confesionalismo estatal, notablemente ideológica, en tanto que hostil hacia lo religioso, que está, en todo caso, bien lejos de la neutralidad postulada en las modernas Constituciones democráticas, la cual se erige en la inexcusable garantía objetiva de la libertad religiosa. Su variante más extrema se concretó en el propósito ultranacionalista de querer crear, en su caso, iglesias autocéfalas, al servicio del Estado, mediatizadas e intervenidas, en aspectos fundamentalmente organizativos, pero también funcionales, e, incluso, dogmáticos, por parte del mismo.

Dicho entendimiento se ha visto modificado sustancialmente, de resultas de la generalizada implantación, tras la II Guerra Mundial, de la nueva forma política que representa el llamado Estado social y democrático de derecho. La misma asume la necesaria separación indicada, que comporta la obligación que el Estado asume de *no identificarse con ninguna confesión. De ahí que no quepa, en ningún caso, confundir las funciones civiles y las religiosas* (STC 24/1982). Esto implica, no sólo una *negatividad por abstención ante cualquier opción religiosa*, que no puede ser, en ningún caso, asumida como propia por los poderes públicos; sino, más aún, el entendimiento de que *las creencias e intereses religiosos no pueden erigirse en parámetros de la legitimidad de los actos y normas estatales* (STC 24/1982). De suyo, lo indicado expresa un reconocimiento de la *autonomía institucional recíproca*, que conlleva tanto el *compromiso efectivo*, por parte del Estado, *de no inmisión en*

*los asuntos propiamente confesionales*, como la *obligación*, asumida, también, por las comunidades religiosas, *de no rebasar los objetivos que les son característicos*, aspirando a equipararse al Estado, a efectos de condicionar, en pie de igualdad, su actuación política (STC 340/1993).

Dicha separación, transmutada, hoy, en una actitud de *neutralidad* o imparcialidad respecto de los sentimientos religiosos que profesan los ciudadanos, lejos de concebirse, ya, como un fin en sí mismo, aparece como un medio que ha de operar, siempre, en garantía del igual goce y disfrute de los derechos, en general, y del de libertad religiosa, en particular, en orden a que, sobre todo éste, no pueda verse coartado, sino efectivamente asegurado. Se pretende así, al cabo, garantizar la coexistencia pacífica de las distintas creencias y convicciones implantadas socialmente (SSTC 177/1996, 152/2002 y 101/2004).

## 2.2. LA NEUTRALIDAD COMO PRINCIPIO FUNCIONAL EN EL ESTADO PROMOCIONAL CONTEMPORÁNEO. «LAICIDAD POSITIVA», IGUALDAD Y PLURALISMO

Cabe apreciar, de resultados del cambio operado en la comprensión contemporánea de la libertad religiosa, en el marco del nuevo paradigma interpretativo existente, una redefinición del alcance del principio de laicidad, que, fundado en una renovada concepción de la neutralidad del Estado, alcanza un sentido, más bien, abierto y, en tanto que tal, cooperativo (STC 41/2001, FJ 7.º). Dicha modificación aparece como la consecuencia lógica de la proclamación del carácter democrático y, por ende, pluralista del Estado, que obliga al mismo a ser cauce igualitario de expresión y reconocimiento de las distintas opciones que articulan el derecho a la libertad religiosa, sin llegar a inclinarse, ni a comprometerse con ninguna. Se pasa a entender, de ese modo, que el Estado ha de asegurar un marco de convivencia en el que se puedan exteriorizar libremente las creencias y convicciones de los ciudadanos y de las comunidades, tanto religiosas como ideológicas, a las que pertenecen, haciendo así posible que todos, sin distinción, puedan identificarse con él, admitiéndolo como ámbito común donde convivir en paz y libertad, ejercitando ordenadamente sus derechos. Tal neutralidad hace referencia al conjunto de garantías que el Estado ha de observar para asegurar la salvaguardia y realización efectivas del derecho fundamental a la libertad religiosa, en un régimen de pluralismo de convicciones y creencias (STC 340/1993, FJ 4.º).

Así, en atención a su relevancia específica, el constituyente establece un mandato programático, expresado en su artículo 16.3 CE, dirigido directamente a *los poderes públicos*, a fin de que *tengan en consideración las creencias religiosas de la sociedad española*. El mismo pretende evitar un entendimiento excesivamente riguroso del principio de laicidad, más propio del Estado liberal decimonónico, que pueda dar lugar a una actitud estatal indiferente, pasiva o, incluso, contraria a la plena realización del derecho fundamental. Ésta supondría, de adoptarse, confinar sus manifestaciones a ámbitos estrictamente privados, rechazándolo, en lo que a su

dimensión pública y comunitaria se refiere, al omitir o marginar su condición de fenómeno social, demandante, en cuanto que tal, de expresa tutela jurídica. Por el contrario, al requerir su consideración, se está fundamentando una ulterior actuación de los poderes públicos, que conduce a valorarlo positivamente, en tanto que expresión de un interés jurídico protegido, de relevancia constitucional. Dicha apreciación les llevará a desarrollar, a esos efectos, según se deduce de los artículos 9.2 y 16.3 CE, un amplio abanico de instrumentos de reconocimiento, tutela (incluso de carácter penal, según contemplan los arts. 522 a 526 CP), promoción y garantía. Los poderes públicos habrán de crear, por tanto, las condiciones más favorables para que el ejercicio de las distintas opciones religiosas, tanto individuales como colectivas, pueda desenvolverse, libre e igualmente, sin interferencias de ninguna índole.

Sin embargo, dicha toma en consideración de las creencias religiosas de la sociedad española no debe dar lugar, por el contrario, a la consolidación jurídica de una realidad social en constante proceso de cambio y transformación, que confirme la hegemonía de una determinada confesión, en detrimento de las restantes, mediante el establecimiento de vínculos privilegiados con la misma. En consecuencia, la prescindible *mención constitucional de la Iglesia católica*, se explica, únicamente, a fin de no contradecir el significado de los principios de neutralidad e igualdad, como mera constatación de su amplia implantación y extensión sociales, además de por su notorio arraigo histórico-cultural. De ahí que no deba comportar trato de favor alguno para ella, como de simultáneo disfavor para las demás confesiones existentes. Por eso, el régimen jurídico que merezca la misma, en el marco de la Constitución, esto es, depurado de vestigios y privilegios confesionales, se habrá de extender a los demás sujetos colectivos reconocidos de creencias religiosas. No en vano, todas las confesiones ostentan un similar derecho a obtener un estatus jurídico, acorde con su singularidad e idiosincrasia, que, al tiempo que rehuye artificiosos uniformismos, ha de resultar, sin embargo, básicamente similar en lo que al reconocimiento de derechos y obligaciones se refiere. Y es que la generación de indeseables efectos discriminatorios, basada en una diferenciación subjetiva de tales confesiones, en atención a cualesquiera motivos que se consideren relevantes, supondría una más que probable lesión del *principio de igualdad*, reconocido, a un tiempo, en la propia Constitución (art. 14). Resulta, pues, conveniente trazar una *crítica de la paradójica noción*, hoy en boga, de «*laicidad positiva*», a fin de que no se convierta la misma en una nueva y subrepticia fuente de privilegios y, consiguientemente, de discriminaciones, que traicionen o desmientan la intencionalidad que anima, rectamente entendido, al principio de libertad religiosa en el Estado social y democrático de derecho.

No ha de perderse, a este respecto, nunca de vista, que la independencia recíproca entre los órdenes estatal y confesional, trasunto de la separación, hoy ciertamente relativa, entre los ámbitos de actuación del Estado y de la sociedad civil, que la Constitución, en este aspecto, acoge, representa el principio constitutivo de la laicidad. Habrá, por tanto, que preguntarse en qué medida el reconocimiento por parte

del Estado del derecho a obtener un trato más beneficioso por parte de las confesiones religiosas inscritas, fundado, tanto en el genérico mandato del artículo 9.2 CE, como en el específico principio de cooperación que la Norma Fundamental consagra (art. 16.3), y que suele recibir, además, un reforzado aseguramiento, de carácter convencional o pacticio, en favor de aquellas que, además, acreditan poseer un notorio arraigo en España (art. 7 LORL), compromete tal criterio indicado, con la separación que el mismo conlleva. Así habrá que determinarlo, por ejemplo, en lo concerniente a la enseñanza de la formación religiosa en la escuela pública, al suponer ésta, a juicio de sus críticos, la indebida «incorporación de funciones eclesiales al aparato estatal». La cuestión está, por tanto, en determinar la adecuada *conexión* que ha de establecerse *entre libertad e igualdad*, pues si la laicidad estatal se percibe como un factor históricamente determinante de la afirmación del derecho fundamental a la libertad religiosa, cabe preguntarse cómo habrá de articularse la misma, a fin de garantizar auténticamente el goce paritario de éste, en un contexto plural de ideas, creencias, confesiones y cultos. *El concepto y la idea de laicidad han, pues, de ajustarse a los rasgos estructurales del Estado constitucional contemporáneo, viniendo, a la postre, a contribuir a la caracterización material del mismo y del ordenamiento que viene a conformar.* Sólo así se podrá salvaguardar la eficacia general de un derecho, que ha de ser igual para todos, en lo que a sus condiciones básicas de realización se refiere.

De todos modos, *la laicidad estatal no ha de concebirse ya, sólo, tal que antaño, como límite, sino, en tanto que garantía objetiva de la libertad religiosa, como instrumento para la progresiva homologación del tratamiento que han de recibir las confesiones por parte del Estado*, en lo que a la facilitación de los medios, en aras de la consecución de sus fines, orientados a la satisfacción del derecho fundamental que les asiste, se refiere. Se presupone, pues, que, de acuerdo con un *entendimiento abierto de la laicidad, el Estado*, en consideración a su naturaleza democrática y, por ende, pluralista, *habrá de tomar en consideración las creencias e ideas existentes en la sociedad*, atendiendo, por tanto, a la manifestación que de las mismas hagan, en ejercicio del derecho fundamental del que son titulares, los distintos colectivos, religiosos e ideológicos, que la integran. Tal exigencia de receptividad a los valores que éstos auspician, que hay quien cree, sin fundamento constitucional alguno que así lo avale, demostrativa de un auténtico *principio favor religionis*, encuentra dos límites esenciales en el principio de neutralidad estatal, que evitan incurrir en un relativismo axiológico absoluto:

1) Por un lado, el Estado no puede admitir aquellos que resulten contrarios a los principios fundamentales sobre los que se asienta el orden constitucional, atentando, en particular, contra la dignidad de la persona, que es fundamento y soporte de sus derechos inalienables (art. 10.1 CE).

2) Y, por otro, deberá evitar que la apreciación de tales valores sociales, ocasione una asunción o incorporación material de los mismos, que conduzca a su confusión con los propios. No cabe admitir, pues, ni asimilación, ni sustitución alguna en este

sentido. La neutralidad ideológica y religiosa que la Constitución le impone al Estado lo prohíbe terminantemente (STC 5/1981). Se tolerará, a lo sumo, cierta vocación, por otra parte legítima, de influencia de aquéllos en la acción política estatal, además de su lógica toma en consideración, pero, en ningún caso, será aceptable el «secuestro» de los valores que se deducen de la Constitución, y su simultáneo reemplazo por aquellos otros que son defendidos por las confesiones, de más o menos amplia implantación social.

Éstos, cabe recordar, no son patrimonio común de la sociedad, a diferencia de los que auspicia y dice perseguir el Estado, que sí son manifestación, por el contrario, de un consenso ético y social básico, generador de unidad e integración política. De ahí que aquél no tenga por qué inspirar sus normas y actos en la doctrina y moral de sistema de creencias o ideas alguno, por extendidos y reputados que puedan ser éstos, sino en criterios propios, en aras de preservar la necesaria autonomía del poder civil respecto del religioso, fuente respectiva de ordenamientos distintos y, en consecuencia, independientes entre sí. Por tanto, aunque respete, valore y considere los sentimientos religiosos de los ciudadanos y de las agrupaciones asociativas en que éstos se integran, en tanto que expresión de intereses socialmente relevantes, ello no tiene por qué suponerle obligación alguna de secundarlos, al gozar, siempre y en todo momento, de un amplio margen de actuación en este sentido, derivado de su legitimidad originaria, la cual le evita tener que plegarse a las concretas directrices emanadas de aquéllos (STC 129/1996). El Estado tiene así perfecto derecho a discrepar de dogmas, creencias o preceptos morales particulares, defendidos por los colectivos confesionales, los cuales, a su vez, no pueden exigir de los poderes públicos que asuman, como propios, principios que, al ser expresión de su concreta visión religiosa, no tiene aquél por qué compartir civilmente, a menos que se arriesgue a escindir la compleja comunidad política a quien se debe. Pero ocurre que, en ocasiones, las confesiones religiosas, convencidas de la veracidad o bondad de sus postulados, se dejan llevar por un celo o vocación neoconfesionales manifiestos, al aspirar a que el Estado se comprometa a defender su particular concepción de la realidad y la existencia. Las mismas pretenden así que los poderes públicos extiendan tales creencias al conjunto de los ciudadanos, elaborando normas generales, de obligatorio cumplimiento, que las incorporen, reconozcan y hagan a todos respetar. Tal pretensión no puede aceptarse, si no es a riesgo de hacer que el Estado pierda sus señas de identidad características, renunciando a su naturaleza laica constitutiva. Es por ello por lo que el mismo debe afrontar, sin claudicaciones, la ordenación jurídica de asuntos que, aun presentando una dimensión ético-religiosa indudable, le corresponde regular, de acuerdo con parámetros autónomos. Así ocurrirá, por ejemplo, con las cuestiones que afectan a la bioética, entre las que destaca la reproducción asistida, la manipulación y clonación de embriones, o la investigación con células madre... Del mismo modo, y atendiendo a similares motivaciones, sólo a él le concierne decidir acerca la despenalización del aborto o la eutanasia, el reconocimiento de las uniones de hecho, los derechos de los homosexuales, o el

régimen jurídico que ha de disciplinar los procesos de separación y divorcio, entre otros dignos de ser destacados.

En cualquier caso, ha de postularse una neutralidad abierta o flexible, que, al tiempo que presupone la actuación «soberana» de los poderes del Estado, cuyos fines propios contribuye a subrayar; evite toda tentativa de marginación civil de las manifestaciones consustanciales al derecho fundamental que asiste a los individuos y comunidades religiosas; mostrándose, simultáneamente, como freno a las pretensiones de ilegítima injerencia o sustitución confesionales de la voluntad de aquél. La laicidad se muestra, en fin, en consideración al pluralismo democrático, como principio de apertura o factor de acogida y valoración positiva del interés religioso, pero sólo en tanto que bien jurídico protegido, llamado a actuar como sustento de un derecho fundamental, cuya tutela y promoción se han de efectuar de acuerdo con los postulados de la Constitución vigente (STC 41/2001, FJ 7.º).

En virtud de esa idea de la neutralidad estatal, los poderes públicos no pueden contradecir su naturaleza laica, yendo más allá de los cometidos que tienen constitucionalmente asignados (STC 5/1981). De ahí que no puedan imponer determinados valores religiosos a quienes, en un principio, resultan ajenos a ellos o no los comparten, en virtud de su legítima libertad de ideas y creencias, utilizando a ese fin, los medios socializadores con los que cuentan. De lo contrario, el Estado estaría convirtiéndose, nuevamente, en «brazo secular de la religión», a la vez que en fuente simultánea de privilegios y discriminaciones para los ciudadanos y las confesiones. Tal hecho, evidenciado a lo largo de la Historia e incompatible con la Norma Fundamental, supondría el menoscabo, cuando no la destrucción sustancial, del pluralismo religioso e ideológico que el Estado democrático posee la obligación constitucional de fomentar y garantizar, además de la libertad fundamental, personal y colectiva, que se halla en la base del mismo. No en vano, la laicidad implica un mandato inexcusable de imparcialidad estatal. De ahí que inste, consecuentemente, al respeto de la igualdad en la libertad. Tal es así que puede afirmarse que *el Estado democrático es naturalmente laico o aconfesional*, no siendo precisa, por redundante, una declaración formal y expresa al respecto, que, en todo caso, se infiere de sus principios constitutivos. Y esto es así, porque su legitimidad deriva, no de principio trascendente alguno, sino, exclusivamente, de la soberanía nacional que reside en el pueblo (art. 1.2 CE); y dados los fines profanos, en modo alguno de índole religiosa, que aspira a alcanzar (art. 1.1). De ahí que no deba interferir el libre ejercicio de las distintas opciones de fe, que han de desarrollarse autónomamente en el marco constitucional y legalmente establecido. Por eso, el Estado no entra a conocer del contenido de tales creencias, en sí mismas consideradas, al mostrarse incompetente en ese sentido. Tan sólo las reconoce y garantiza, abriéndose así a ellas, aunque sin llegar necesariamente, por eso, a asumir los valores que representan, dejando a salvo, en todo caso, las exigencias de orden público que está obligado a asegurar.

En consecuencia, ni crea, ni organiza, ni incorpora a sus estructuras institucionales, salvo a título consultivo, a confesión religiosa alguna, por lo que no se identifica con ninguna de las existentes. Y, del mismo modo, que no acepta

intromisiones de las mismas en su ámbito propio de actuación, tampoco él debe intervenir en ellas. Por eso no asume credo o religión alguna, evitando confusiones funcionales indeseables. Elude, de ese modo, tanto tuteladas interesadas, como rechazos hostiles. Es por ello por lo que, sirviéndose de una enunciación negativa, que es consecuencia del pasado histórico predominantemente confesional, la Constitución afirme la recíproca independencia que ha de existir entre el Estado y las confesiones, al orientarse ambos a desplegar sus actividades, respectivamente, en esferas o planos de la realidad bien distintos. Así pues, la laicidad, testimonia *la independencia de actuación de los poderes públicos respecto de las confesiones*; siendo, al tiempo, *instrumento al servicio de la garantía del pluralismo de las ideas y creencias, y, consiguientemente, de las nuevas exigencias que asume, actualmente, considerado en todas sus dimensiones, el derecho fundamental a la libertad religiosa*. Ello implica, en una democracia pluralista, entender que las creencias deben ser, en cualquier circunstancia, respetadas y tomadas en consideración por los poderes públicos, en tanto que expresión de un bien jurídico protegido, objeto, nada menos, que de un derecho fundamental. Y así sucederá, aunque no exista, formalmente, que no es el caso, y deba, por tanto, deducirse, un expreso mandato constitucional que, de ese modo, lo prescriba. Pero de la constatación de esa realidad no se deduce, indefectiblemente, que aquéllos tengan que asumirlas, con carácter general, renunciando, de antemano, a la posibilidad de orientar sus decisiones en razón a ideas propias, conformadas con arreglo a una particular visión de las demandas sociales.

En cualquier caso, no obstante, no tiene por qué temerse o evitarse la eventual coincidencia de orientaciones, como si aceptar, a veces, a efectos de informar las regulaciones jurídico-políticas que se han de adoptar, la legítima influencia que puedan ejercer sobre ellas los valores y principios que auspician las distintas confesiones, resultara contrario a la condición secularizada del Estado. Considerarlos, a esos fines, tanto a ellos, como a aquellos otros, igualmente estimables, que expresan los distintos grupos o colectivos sociales, de naturaleza, en este caso, distinta de la religiosa, no tiene por qué suponer una suerte de supeditación o claudicación del Estado ante éstos, que se interprete como una forma de renuncia o abdicación de sus responsabilidades. Afirmar esto último sólo revela una palmaria incompreensión de la compleja realidad que caracteriza a las modernas democracias pluralistas, que, al fundarse en sociedades abiertas, requieren que sus agentes aprecien y ponderen la multiplicidad de intereses públicos y privados concurrentes, entre los cuales se encuentran, también, los de índole religiosa, previamente a la ordenación normativa que aquéllos, en cada momento, tengan a bien acometer.

### 2.3. LAICIDAD Y DIVERSIDAD RELIGIOSO-CULTURAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA SUSCITADA EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

Puede afirmarse que la alternativa actual al «*derecho laico*», característico de los ordenamientos democráticos contemporáneos, que tiene como presupuesto la

separación de los ámbitos propios de actuación del Estado y de las confesiones, y la garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, no es, ya, ni el anacrónico «*derecho confesional*», hoy en trance de extinción, cuando menos en Occidente, el cual implica la indeseable confusión de las funciones estatales y religiosas, y la consiguiente asunción por parte de los poderes públicos de los principios doctrinales auspiciados por un concreto colectivo confesional; ni, aquel otro, no menos cuestionable, «*derecho laicista*», que, mostrando su reverso, expresa una ideología recelosa o contraria al fenómeno religioso, abogando por la reducción del alcance del derecho fundamental que lo desarrolla a la tutela de sus manifestaciones estrictamente privadas, carentes de proyección social o pública. Bien al contrario, dicha alternativa comienza a representarla, actualmente, de modo creciente, el llamado «*derecho multicultural*», que promueve una renovada y, a veces, excesiva sensibilidad hacia a aquél, en sí mismo valorado, al considerarlo expresión sobresaliente de un destacado factor constitutivo de la identidad, tanto individual como colectiva.

Tal derecho supone el reconocimiento y la protección, inmune a toda forma de coacción por parte de los poderes públicos, de ciertas actividades y prácticas, tanto particulares como comunitarias, que se estiman inherentes a determinadas culturas religiosas. Y así se demanda, aun a riesgo de que dicha salvaguardia pueda comportar, en ocasiones, el menoscabo de derechos considerados fundamentales, que, por tanto, asisten incondicionalmente a todas las personas. Se insta así a la apreciación, notablemente deferente o atenta, de las peculiaridades distintivas que poseen las comunidades religiosas, las cuales requieren la eficaz tutela de sus expresiones más singulares y características, a efectos, bien de ver asegurada su amenazada subsistencia, en un ambiente predominantemente secularizado o simplemente contrario, si no hostil, a sus principios; bien a poder manifestar sus rasgos identitarios genuinos, sin limitaciones, al encontrarse los mismos amparados por el Derecho. El objetivo último no es otro, según se dice, que, mediante la adopción, en su caso, de medidas de diferenciación positiva, acordadas mediante el diálogo y la cooperación institucionalizadas, contribuir a la remoción de los obstáculos que impiden su libre desenvolvimiento, promoviendo su participación democrática en condiciones de igualdad. Se pretende así, a la postre, evitar su asimilación o marginación, favoreciendo su integración social, sin detrimento de sus notas características. De este modo, al reclamar la valoración de sus elementos distintivos, en tanto que factores de diversidad y riqueza culturales, se contribuye a la creación de un espacio plural de coexistencia de los diferentes grupos religiosos, asegurador de su presencia pública. Tal «*derecho multicultural*» se concreta, habitualmente, en el establecimiento de «*políticas de reconocimiento*» de las singularidades que asisten, colectivamente, a esos grupos religioso-culturales. A su vez, dichas políticas se plasman, a tal fin, en la atribución de derechos específicos, que les otorgan un estatus jurídico especial, habitualmente más beneficioso. Éstos se configuran, ya como excepciones a las normas generales, lo que explica que se los denomine «*derechos derogatorios*»; ya buscando compensar la condición subalterna

o minoritaria que muestran tales grupos, en el contexto sociocultural general, dando así lugar a «*derechos promocionales*», igualmente más favorables para los mismos.

En consecuencia, tales «políticas de reconocimiento», con los *derechos*, *exenciones* y *acciones positivas* que las mismas comportan, tratan de justificarse apelando a su marcada vocación de salvaguardia de ciertas identidades colectivas, en garantía del pluralismo religioso-cultural. De ahí que aspiren a evitar que la integración en el Estado de las comunidades que las representan no conlleve la pérdida de sus rasgos diferenciales propios. El riesgo está en que semejante apertura a un multiculturalismo de base religiosa pueda llegar a causar, de no armonizarse con una garantía efectiva de los derechos fundamentales de la persona, una desnaturalización, cuando no una subversión, de los valores y principios de carácter universal sobre los que se asienta el Estado constitucional, los cuales legitiman la existencia misma del orden político establecido (art. 10.1 CE). De ahí que el sacrificio de tales valores y principios conduzca derechamente a la creación de formas de división o fragmentación políticas, negadoras de la integración sociocultural que actúa como presupuesto necesario de la convivencia cívica en el marco de todo Estado democrático de derecho.

Por tanto, en las ocasiones en las que se constate un uso maximalista y desproporcionado de tales nuevos derechos, contrario a la libertad igual de todas las personas, el principio constitucional de laicidad debe invocarse, a fin de neutralizar los excesos en los que se pueda incurrir, al amparo de una interpretación exorbitante del alcance que se otorga al derecho fundamental a la libertad religiosa, en lo que a las manifestaciones, principalmente, de su vertiente o dimensión colectiva y externa se refiere. Y es que la legítima y razonable admisión de las especificidades y diferencias, con las consiguientes políticas de promoción de las respectivas identidades culturales que ello implica, ha de ser congruente con las exigencias que comporta el principio universalista de los derechos humanos. Es, pues, necesario equilibrar y ponderar los bienes jurídicos que tales derechos individuales y colectivos protegen, en un marco de principios y procedimientos semejantes para todos. De lo contrario, si se presta, en toda ocasión, atención preferencial e incondicionada a los intereses de tales grupos, se estarán sentando las bases de la escisión social y de la disgregación misma del ordenamiento del Estado que los acoge.

En este sentido, la laicidad debe servir de límite a la hora de atender las demandas de promoción de sus derechos, formuladas por los grupos religiosos, ya que su aceptación irrestricta puede poner en peligro, además de los derechos de los demás, la separación, tan trabajosamente alcanzada, entre los ámbitos de actuación político y religioso. A su vez, dicho principio de laicidad, al vincularse a los valores que la Constitución consagra, hace que éstos se erijan en límites al reconocimiento de aquellas manifestaciones religioso-culturales que los contradicen, al pretender excepcionarlos. Frente a ellas el Estado debe ser intransigente, si quiere que perviva, tanto la paz social, como el modelo mismo de democracia constitucional vigente. Es por ello por lo que se ha de promover la existencia de un espacio público en el que puedan desarrollarse la convivencia y las relaciones interculturales. A tal fin, habrán

de respetarse no sólo las creencias e ideas, de expresión, tanto individual como colectiva, sino, también, y muy fundamentalmente, los valores y principios sobre los que se asienta el Estado democrático de derecho. En consecuencia, han de rechazarse aquellas pretensiones de los grupos, comunidades o confesiones, orientadas a conseguir que sus derechos particulares se sobrepongan a los garantizados indiscriminadamente a todas las personas. Si no es así, se perfilará un modelo de «*ciudadanía diferenciada*», basado en el reconocimiento de un mosaico informe de grupos humanos, atrincherados en torno a sus privilegios e incommunicados entre sí.

No en vano, afrontar la ardua problemática que suscita el fenómeno contemporáneo de la inmigración, causante de la implantación de una pluralidad de cosmovisiones y códigos valorativos, a menudo, de raíz religioso-cultural, precisa de la creación de un modelo de «*ciudadanía compleja*». El mismo debe aunar el reconocimiento de las diferencias reales que afectan a las personas y a los colectivos a los que pertenecen, en aras de alcanzar su integración efectiva, con la nítida identificación de unos referentes axiológicos universales, que han de actuar como canales de integración y como factores esenciales de ordenación de la convivencia. Éstos no son otros que los derechos fundamentales de la persona, expresión histórica y garantía irrenunciable de la dignidad humana. Tal modelo, con los fines que comporta, se pone a prueba, aunque no sólo, particularmente, en el ámbito de la enseñanza, marco cualificado de transmisión de los valores constitucionales, ya que, como indica el artículo 27.2 CE, el objeto de la educación no es otro que el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto a los derechos y libertades fundamentales, propósito este que, necesariamente, incorpora la consideración de la *diversidad cultural*, como elemento enriquecedor de la sociedad, tal y como, con acierto, declara el artículo 2.1.g) de la *Ley Orgánica 2/2006, de Educación*. Así, según indica, a su vez, de forma ejemplar, el artículo 3.2 de la vigente *Ley 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*, los derechos fundamentales se erigen en límites a las manifestaciones de las creencias religiosas, por lo que, aun reconociendo el derecho a la identidad cultural que asiste a los extranjeros, residentes en España, en el ámbito de la enseñanza (art. 9.4), «*representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero, basada [...] en las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto, destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el campo político, económico o cultural*» (art. 23.1).

En este sentido, los principales problemas planteados, hasta el presente, en el ámbito educativo, los han suscitado los miembros de algunas confesiones, en relación a la obligación de cursar determinadas asignaturas obligatorias; al deseo de optar, también, por motivaciones fundadas en creencias particulares, ya por un sistema educativo alternativo, de carácter, por tanto, no reglado, ya por no escolarizar a sus hijos, alegando esas mismas razones; y a la utilización de signos de identidad religioso-culturales.

### 2.3.1. La resistencia a cursar determinadas asignaturas obligatorias

En lo que se refiere a la *problemática suscitada por la obligación de estudiar determinados contenidos educativos obligatorios*, los conflictos derivan del entendimiento de que cursar ciertas asignaturas puede, en ocasiones, afectar negativamente a las creencias religiosas de algún alumno o grupo de tales, viéndose, además, lesionado el derecho de los padres a que se garantice que la enseñanza recibida por sus hijos sea conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, tal y como declara el artículo 2 del Protocolo I, de 1952, al Convenio Europeo de los Derechos Humanos, y garantiza, a su vez, el artículo 27.3 de la Constitución Española. En tales situaciones, la oportuna ponderación de los bienes jurídicos protegidos requiere equilibrar la exigencia, establecida por la ley, que impone el deber básico de estudiar todas las materias que integran la etapa formativa obligatoria; con la previsión, efectuada, también, por la propia norma, que ordena tener en cuenta las características particulares que presentan los estudiantes, mandando respetar sus convicciones y creencias, a efectos de impedir que la enseñanza impartida pueda, bien generarles problemas de conciencia, bien suponer el menoscabo de su identidad cultural. En consecuencia, el modelo de sistema educativo vigente, en orden a evitar los conflictos que, en este sentido, puedan suscitarse, opta por una formación personalizada, la cual, a través de la vía, legalmente prevista, de la adaptación curricular, permite acomodar las enseñanzas a las necesidades y circunstancias, de tipo personal o social, que concurren en los alumnos, entre las cuales se encuentran las derivadas de su pertenencia a un determinado colectivo religioso, ideológico o cultural. Así, el artículo 1.e) de la *Ley Orgánica 2/2006, de Educación*, establece, entre otros, como principio informador del sistema educativo español, de acuerdo con la Constitución y el deber de respeto de los derechos y libertades reconocidos en ella, «*la flexibilidad para adecuar la educación a la diversidad de aptitudes, intereses, expectativas y necesidades del alumnado, así como a los cambios que experimentan el alumnado y la sociedad*». De ese modo, cuando la controversia se manifiesta, tal y como se ha observado en la práctica, en referencia a las asignaturas de educación física y música, por entenderse que éstas, de impartirse sin las debidas salvedades y adaptaciones, representan una amenaza grave, tanto para las creencias religiosas, rigurosamente interpretadas, de algunos alumnos, como para el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que han de recibir sus hijos, debe, igualmente, apelarse, antes de optar por el sacrificio de alguno de los bienes y derechos afectados, a los elementos de flexibilización y adaptación curriculares que facilita el sistema educativo (art. 72.3 de la *Ley Orgánica 2/2006, de Educación*), a fin de ajustar la enseñanza de la materia en cuestión a las convicciones del menor, evitándole, en la medida de lo posible, cuanto le pueda resultar lesivo, en relación con éstas, una vez que se compruebe que tales creencias han sido libremente asumidas por el mismo.

De todos modos, el conflicto sólo cabe plantearlo, legítimamente, en relación con aspectos de una materia curricular susceptibles de generar valoraciones morales o

éticas diferentes, circunstancia ésta que apunta a las ocasiones en que se aprecia un abandono, por parte del Estado, del cualificado deber de neutralidad que, a ese respecto, la Constitución le impone en el campo de la educación. No en vano, cuando el mismo propicia el adoctrinamiento en torno a ideas o principios éticos o morales que entran en claro conflicto con las convicciones religiosas o filosóficas de los padres está incidiendo negativamente en su derecho fundamental. Por el contrario, no cabe atribuirle el carácter de auténtica controversia jurídica, fundada en la vulneración de una garantía constitucional básica, con las solicitudes de dispensa o exención consiguientes, a aquellas disputas que se susciten con respecto a contenidos curriculares de naturaleza científica, expuestos de manera objetiva, crítica y pluralista, aunque posean éstos, en mayor o menor medida, implicaciones religiosas, morales o filosóficas. Y es que no cabe demandar al Estado una completa acomodación de los programas educativos a las convicciones religiosas o filosóficas de los padres, ya que si así fuera, se estaría forzando a aquél a hacer dejación de sus competencias y responsabilidades, definidas nítidamente en el artículo 27 de la Constitución. Además, tal hecho convertiría a cualquier enseñanza institucionalizada en un propósito impracticable. Lo expuesto, que se encuentra avalado por una reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (STEDH *Folgero contra Noruega*, de 26 de junio de 2007 y *Zengin contra Turquía*, de 9 de octubre de 2007), resulta especialmente pertinente en relación con la valoración que merece la, para determinados colectivos, controvertida asignatura «*Educación para la Ciudadanía*», contemplada en la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación. En este sentido, el Tribunal Supremo, de forma concluyente, ha negado, por medio de reiteradas sentencias, la existencia de un pretendido derecho a la objeción de conciencia, fundado en el artículo 16 de la Constitución, a ejercitar por los padres de los alumnos frente al establecimiento de la referida asignatura, dada la plena coherencia de la misma con lo dispuesto en los apartados segundo, tercero y quinto del artículo 27 de la Constitución, preceptos éstos interpretados, *ex artículo 10.2 CE*, a la luz de lo establecido en los tratados y convenios internacionales suscritos por España en la materia. No obstante, tras afirmar la legitimidad y conveniencia de la asignatura, a los efectos de difundir una «moral cívica», congruente con los valores y principios constitucionales, el Tribunal Supremo reconoce que sí cabrá cuestionar, en su caso, invocando los apartados segundo y tercero del referido artículo 27, los desarrollos o concreciones que se hagan de la asignatura en el proyecto educativo de cada centro y en los textos que se utilicen para su enseñanza, en las ocasiones en que se entienda que los mismos incurren en adoctrinamiento, al abandonarse la objetividad, el deber de exposición crítica o el respeto al pluralismo, principios éstos expresivos del deber de neutralidad ideológica y religiosa que los poderes públicos están obligados a observar.

### 2.3.2. *La opción, ya por un sistema escolar alternativo al reglado, ya por la no escolarización de los hijos*

Por otra parte, con respecto al eventual *deseo de los padres de elegir para sus*

hijos, por motivaciones fundadas en creencias religiosas o convicciones ideológicas, *un sistema educativo alternativo al existente*, hay que recordar que la STC 5/1981, de 13 de febrero, sostuvo que *el derecho a la libre creación de centros docentes* (art. 27.6 CE) «*incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas, que se sitúen fuera del ámbito de las enseñanzas regladas*». De ello se desprende que los padres pueden, legítimamente, en razón a sus creencias o convicciones, optar por una formación alternativa para sus hijos, siempre y cuando ésta se someta a los requisitos establecidos por la legislación vigente y sea conforme con los principios constitucionales. Por tanto, se exige que la misma cuente, necesariamente, con la oportuna autorización administrativa, a fin de garantizar el cumplimiento de las condiciones demandadas para que se imparta una enseñanza de calidad, orientada al pleno desarrollo de la personalidad humana, en el respeto a los valores y principios constitucionales (art. 27.2 CE). Por ello, deberá alcanzar la necesaria homologación, acreditativa de que la formación impartida proporciona, de forma semejante a la que brinda el sistema reglado, una educación integral de la persona (art. 27.8 CE). Se requiere, en consecuencia, demostrar que tales enseñanzas no difunden ideas contrarias a la convivencia o la tolerancia, no hacen apología de la violencia, no promueven la discriminación por motivos raciales, religiosos o xenófobos, ni favorecen cualquier otra clase de contravalores ilícitos. De ese modo, se pone de manifiesto la eficacia del llamado límite de orden público al ejercicio de tal derecho.

De todos modos, lo que ni la libertad religiosa ni, tampoco, la ideológica, garantizan o amparan, es *la pretensión de los padres de no escolarizar a sus hijos*, manteniéndolos fuera del sistema de enseñanza organizado por el Estado («*homeschooling*»), ya que semejante dejación de los deberes inherentes a la patria potestad (art. 154 Cc), sean cuales fueren las causas que pretendan justificarlo, supondría conculcar el derecho fundamental de aquéllos a la educación (art. 27, párrafos 1, 4 y 5), con la consiguiente generación de perjuicios para el menor que, habida cuenta de su magnitud, el ordenamiento jurídico no puede consentir [SSTC 260/1994, de 3 de octubre, y 133/2010, de 2 de diciembre, y artículos 13 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, 4 de la Ley Orgánica 4/1985, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), y 71.4 de Ley Orgánica 2/2006, de Educación (LOE)]. De ahí que, en tales supuestos, la respuesta jurídico-administrativa no pueda ser otra que la declaración de desamparo del menor y la consiguiente asunción de su tutela por parte de la Administración competente. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha insistido en que los padres no tienen la facultad de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatorio, amparándose en la libertad de enseñanza que el artículo 27.1 CE reconoce, ya que ésta encuentra cauce de ejercicio en la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE) (STC 133/2010, FJ 5.º). En consecuencia, las autoridades impondrán el deber de escolarización de los menores, conforme al artículo 27, en sus párrafos 1 y 2, durante el período obligatorio que la legislación contempla, esto es, entre los seis y los dieciséis años (art. 4.2 LOE), sin que ese hecho afecte negativamente a lo dispuesto en el párrafo 3.º del referido precepto constitucional (STC 133/2010, FJ 7.º y

STEDH, decisión de admisibilidad del *Asunto Konrad contra Alemania*, de 11 de septiembre de 2006).

Sin embargo, si se demuestra que la negativa o resistencia de los padres a la escolarización de sus hijos obedece a que ésta va a producirse por determinación de la Administración educativa, en un centro escolar concertado, que sostiene un ideario confesional distinto del que profesan aquéllos, sí existiría justificación, fundada en el artículo 27.3 CE, para oponerse a ella. De todos modos, tales conflictos se han resuelto, hasta el presente, bien promoviendo el acuerdo entre las autoridades académicas y la familia, a fin de que éstas puedan ver salvaguardada, cuando menos, la libertad religiosa negativa de sus hijos en tales centros; bien, en caso de desacuerdo y persistencia del conflicto, ordenando la escolarización del menor afectado en un centro público, carente, por definición, de ideario o credo particular alguno.

### 2.3.3. *La utilización de signos de identidad religioso-culturales*

En tercer lugar, en lo que respecta al *empleo de signos o símbolos de identidad religioso-culturales* en la escuela, se suscita una rica problemática que afecta a los propios centros docentes, viéndose implicados, también, tanto los alumnos como los profesores.

Así, en lo que a los distintos *espacios educativos* se refiere, hay que distinguir, según se trate de centros públicos, privados concertados, o privados no concertados:

a) Los *centros públicos* han de desarrollar sus actividades con sujeción exclusiva a los principios constitucionales (art. 18.1 LODE), careciendo, en consecuencia, de ideario propio. En ellos podrán tener, por tanto, libre e igual expresión las diferentes convicciones y creencias, siempre y cuando éstas no sean contrarias al ordenamiento jurídico. En consecuencia, en España, con carácter general, en garantía de la neutralidad ideológica y religiosa de los poderes públicos y del respeto a las distintas opciones religiosas y morales de los alumnos, de sus progenitores y de los profesores, ha de entenderse, en aplicación directa de la Constitución, que, en tales centros, salvadas, si las hubiere, las referencias histórico-artísticas que formen parte del ornato primigenio de la propia edificación, no deberán mostrarse símbolos distintivos estáticos de carácter religioso. Éstos sólo deberán figurar en las aulas donde se imparte la asignatura de religión, según lo convenido con la confesión correspondiente, y durante el tiempo estricto que se dedique a la enseñanza de aquélla. Esta práctica se extenderá, además, en su caso, a los restantes locales, expresamente habilitados para la asistencia religiosa de los alumnos. Pero, fuera de estos supuestos excepcionales, los centros públicos deberán observar una escrupulosa observancia de la neutralidad, tanto ideológica como religiosa, en el ejercicio de la actividad docente, no comprometiendo la libertad religiosa negativa de cuantos componen la comunidad educativa, en general, y de los alumnos, padres y profesores, en particular.

En este sentido, y valga la oportuna referencia comparada, en relación a la presencia obligatoria de crucifijos en los centros públicos educativos de enseñanza

primaria, en el Estado federado de Baviera, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, ha insistido, reiteradamente, en particular, por medio de su paradigmática Sentencia BVerfGE 93,1 («Kruzifix Urteil»), de 16 de mayo de 1995, en que la neutralidad del Estado ha de ponerse al servicio de la libertad religiosa negativa de los afectados (art. 4.1, en relación con los arts. 3.3, 33.1 y 140 LFB y arts. 136.1.º y 4.º y 137.1 CW). De ahí que haya declarado incompatible con la Constitución el precepto legal que disponía esa obligatoriedad. No obstante, al tiempo, ha señalado que la conservación o remoción de dicho símbolo dependerá, caso por caso, de la decisión que adopten, a instancias de los padres de los alumnos que se consideren afectados, aquellos centros en los que se susciten conflictos al respecto. En todo caso, el Tribunal Federal Constitucional alemán viene así a rechazar la argumentación que defendía su mantenimiento, coactivamente respaldado por la ley, con independencia de cuál fuera el criterio seguido por los miembros de la comunidad educativa. Se niega, de ese modo, a aceptar la tesis que sostiene que tal símbolo, más allá de expresar una concreta concepción religiosa de la vida, testimonia un elemento común a la cultura occidental, que no exige una identificación con las creencias representadas, ni ningún tipo de manifestación activa al respecto. En consecuencia, el Tribunal Constitucional Federal alemán fundamenta jurídicamente su postura, tanto en la voluntad de preservar la igual libertad religiosa de todos, como en una decidida vocación de salvaguardia del principio de neutralidad de las instituciones del Estado ante el fenómeno religioso, exigencia de neutralidad ésta que vincula, cualificadamente, a la propia Administración educativa. Así lo entendió, también, recurriendo a un argumento análogo, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en su primera Sentencia acerca del *Asunto Lautsi contra Italia*, de 3 de noviembre de 2009.

Por su parte, el problema en cuestión ya había sido resuelto en *Francia*, de modo más drástico, habida cuenta de que la *Ley de 9 de diciembre de 1905*, decreta la neta separación entre las Iglesias y el Estado, impidiendo, expresamente, la presencia, en las aulas de los centros públicos, de cualquier clase de símbolos religiosos, que puedan condicionar el ejercicio de la actividad educativa. Por el contrario, en *Italia*, donde sí existe una ley que autoriza y promueve expresamente la presencia de crucifijos en las aulas, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en una polémica sentencia, sensible a argumentos fundados en el llamado derecho multicultural, ha recurrido a la doctrina del margen de apreciación, confirmando la validez de esa ley. Así, ha determinado que dicha exposición a un crucifijo en el aula no supone, habida cuenta de su carácter pasivo y su vinculación a la tradición y a la cultura occidental, un factor activo de adoctrinamiento de los alumnos que afecte negativamente a su libertad de pensamiento, conciencia y religión, en relación a su derecho a la educación [segunda Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Gran Sala), referida al *Asunto Lautsi contra Italia*, de 18 de marzo de 2011].

b) Por otra parte, en los centros privados concertados, aunque se encuentren

sostenidos con fondos públicos, su diferente titularidad hace que la cuestión resulte, en parte, distinta y más compleja. En ellos la exigencia de neutralidad ha de compatibilizarse, necesariamente, con la existencia de un ideario propio (art. 52.1 LODE), lo que es consecuencia del derecho fundamental a la libre creación de centros docentes, reconocido por la Constitución (art. 27.6 CE). Aún así, «en todo caso, la enseñanza deberá ser impartida con pleno respeto a la libertad de conciencia» (art. 52.2 LODE); teniendo «toda práctica confesional carácter voluntario» (art. 52.3 LODE). Además, habrá de tenerse en cuenta que la admisión de los alumnos en tales centros se ajustará al régimen establecido para los de carácter público (art. 53 LODE), lo que puede implicar el ingreso, en los mismos, de alumnos que no comparten el ideario de aquél. En ese marco normativo, la presencia de símbolos religiosos estáticos es lícita y, por tanto, posible, si viene determinada por el ideario propio del centro y se ha puesto, previamente, en conocimiento de la comunidad educativa. No obstante, puede ocurrir, como se ha indicado, que a tales centros asistan alumnos que no comparten dicho ideario. Entonces, aquéllos deberán respetar el derecho de éstos a la libertad religiosa negativa, retirando, si fuere menester, como *ultima ratio*, en caso de conflicto, a instancia de los interesados, los símbolos que ofendan sus creencias o convicciones.

c) Y en lo que respecta a *los centros privados no concertados*, es de prever que los únicos símbolos religiosos admisibles en los mismos sean los acordes con su ideario confesional, si lo tuvieren (art. 27.6 CE). De ahí que estén facultados para prohibir el uso de aquéllos que sean diferentes o contrarios, con independencia de quién sea el miembro de la comunidad educativa que los porte (STC 5/1981, de 13 de febrero). Evidentemente, tal cosa no sucederá si en el ideario del centro en cuestión no existe referencia religiosa alguna, al tener el mismo un carácter estrictamente laico.

Por otra parte, todos *los miembros de la comunidad educativa* ven, inicialmente, amparada la posibilidad de exhibir o portar los signos o símbolos de su elección, de acuerdo con la opción de fe que secunden, en virtud del derecho fundamental a la libertad religiosa que les asiste (art. 16.1 CE). No en vano, éste contempla entre sus expresiones, consideradas parte de su contenido esencial, el derecho a manifestar, libremente, y, en consecuencia, a representar y hacer visibles las propias creencias (art. 2.1 LOLR). Se conecta así con el derecho fundamental a la propia imagen (art. 18 CE), preservador de la dimensión, no sólo física, sino, también, moral de la persona (STC 156/2001, de 2 de julio); y con el derecho a la conservación de la identidad cultural, en el ámbito del derecho a la educación, el cual se reconoce a los extranjeros residentes en España (art. 9 LOE), extendiéndose a todos, por determinación novedosa de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 22). De cualquier forma, tales derechos, reconducibles, en buena medida, al de libertad religiosa, dada la fuerza atractiva que éste ejerce sobre los restantes, no poseen, sin embargo, un carácter absoluto, al entrar, a veces, en contradicción con otros derechos y principios de igual rango constitucional. Ha de buscarse, por tanto, un equilibrio entre ellos, de acuerdo con el principio

interpretativo de la concordancia práctica, a efectos de evitar, en la medida de lo posible, la generación de conflictos. Además, a la hora de apreciar tales limitaciones, ha de tenerse muy en cuenta, el carácter público, privado concertado o privado no concertado del centro educativo en el que los derechos en cuestión se ejercen. En todo caso, los centros gozan de autonomía orgánica y funcional, a fin de responder, flexiblemente, a los problemas concretos que se susciten, afectando al normal desarrollo de la convivencia escolar. Para ello tendrán en cuenta, a la hora de diseñar sus propios reglamentos de régimen interno, las características del entorno social y cultural, la diversidad del alumnado, y el deber de respeto de los principios de no discriminación y de inclusión, como valores fundamentales de su proyecto educativo (art. 121.2.º y 3.º de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación).

a) En los *centros públicos*. Dicho esto, puede afirmarse que la facultad que, inicialmente, todos tienen, por igual, reconocida, de portar y exhibir símbolos religiosos, si se ejerce en un centro docente de carácter público, en tanto que espacio multicultural de formación y convivencia, ha de concebirse, en principio, como la libre y, por tanto, legítima expresión de un derecho, a menos que se aconseje su restricción, al revelarse aquélla, en palabras clarificadoras del *Conseil d'Etat* francés; a) constitutiva de un acto de presión, propaganda, proselitismo o provocación a terceros; b) implique un atentado contra la dignidad o la libertad del alumno o de otros miembros de la comunidad educativa; c) comprometa la salud o seguridad de éstos; d) perturbe el desarrollo de las actividades educativas o el papel educador de los docentes; e) o venga a alterar el orden en el centro, afectando así al normal funcionamiento del servicio público.

Sin embargo, aun siendo lo dicho plenamente trasladable a España, no lo es, en igual medida, su consecuencia legislativa. Téngase, a este respecto, presente que la subsiguiente Circular del Ministro de Educación francés, de 12 de diciembre de 1989, la cual afirma recoger el contenido de los sucesivos dictámenes del Consejo de Estado, si bien dispuso que el reglamento interior de cada centro debía ser quien estableciera las modalidades de aplicación de los derechos y obligaciones de los miembros de la comunidad escolar, asegurando el respeto de los derechos y deberes de todos, y la garantía de los principios constitucionales de tolerancia, laicidad y pluralismo, ordenó, también, drásticamente, expresando así una depresiva consideración del derecho fundamental a la libertad religiosa, que, en todo caso, los miembros de la comunidad educativa debían evitar todo signo que tendiera a promover una creencia religiosa o que representara un obstáculo para sustraerse de las obligaciones escolares. Además, contemporáneamente, la *Ley n.º 2004/228*, elaborada a fin de acoger las conclusiones contenidas en el llamado *Rapport Stasi*, ha reforzado estas garantías y prohibiciones, atribuyéndoles la fuerza vinculante de una norma legal, lo que, desde la perspectiva de los principales tratados internacionales existentes sobre la materia, redundará en un apreciable menoscabo del derecho fundamental en cuestión. Dicha Ley introduce un artículo en el *Code de l'Éducation*, el L. 141-5-1, en virtud del cual se establece que, en las escuelas, colegios e institutos

públicos, queda prohibido que los alumnos porten signos o indumentarias, a través de las cuales manifiesten ostensiblemente su pertenencia o adscripción religiosa.

b) Por otra parte, en *los centros privados*, ya se encuentren éstos concertados, o no, con las Administraciones Públicas, limitar la exhibición de signos religiosos de carácter personal sólo se justificará cuando tales manifestaciones se efectúen con la abierta intención, no de expresar una discrepancia con el ideario propio de esos centros, actitud ésta legítima, en tanto que amparada por el artículo 16 CE, sino de atentar, de forma evidente, en el marco de la función educativa, contra dicho ideario, bien a través de un ataque directo contra el mismo, bien por medio de la apología de orientaciones ideológicas o religiosas, contrarias o irrespetuosas con aquél (art. 6.2 LODE).

En ese doble contexto, público y privado, se proyectan *los derechos y principios constitucionales* con los que puede entrar en conflicto toda expresión de símbolos religiosos de carácter personal y dinámico en el ámbito escolar. Éstos son, en particular, los siguientes:

a) Primeramente, destaca *el derecho a la libertad religiosa negativa de los alumnos* (arts. 16.1 CE y 2.1 LOLR), el cual permite a los estudiantes que lo ejerzan mantenerse alejados de los actos de culto y manifestaciones simbólicas de aquellas creencias religiosas que no sólo no profesan, sino que, incluso, en su caso, rechazan. Semejante derecho, al desarrollarse, además, en el marco de la función educativa, aparece reforzado, particularmente, cuando se demuestra que el uso de tales símbolos religiosos, por parte de alumnos y profesores, impide el normal desenvolvimiento de aquélla. De todas maneras, el derecho en cuestión no puede implicar, como muy claramente ha precisado el Tribunal Constitucional Federal alemán, la pretensión de sus titulares de no verse expuestos, de ningún modo o forma, a signo religioso alguno, implicando la exigencia de la completa ocultación de los mismos. Y es que en el marco de una sociedad pluralista y, por ende, abierta, las diversas opciones de fe tienen perfecta cabida, pudiendo expresarse libremente. De ahí que sea inevitable la confrontación, reiterada o frecuente, con sus diversas manifestaciones públicas. Por tanto, lo único que, legítimamente, expresa aquel derecho es la requisitoria hecha, fundamentalmente, a los poderes públicos, de que, en los supuestos en que los alumnos se vean expuestos a tales signos, al portarlos, ya otros estudiantes, ya los profesores mismos, tengan aquéllos reconocida, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, cuando menos, la posibilidad de verse apartados de ellos. Así ocurrirá en los centros públicos y privados concertados, todos ellos sostenidos, de un modo u otro, con fondos públicos. El Estado se verá así legitimado para restringir, en el aspecto que se considera, el alcance de la libertad religiosa, tanto de alumnos como de profesores, a efectos de garantizar, precisamente, el pluralismo ideológico y religioso de todos los miembros de la comunidad afectada, preservando, al tiempo, el fin hacia los que se orienta la educación, esto es, «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a

los derechos y libertades fundamentales» (art. 27.2 CE).

b) En segundo lugar, aparece, también, como límite, frecuentemente alegado, *el derecho que tienen los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral, de acuerdo con sus convicciones* (art. 27.3 CE). Tal derecho muestra, preferentemente, una *dimensión negativa*, al suponerles a aquéllos la facultad de reclamar que sus hijos se mantengan alejados de manifestaciones de creencias o ideas que, expresadas por alumnos o profesores, consideren opuestas o distintas a las propias e, incluso, en tanto que, a su juicio, falsas, entiendan que pueden resultar dañinas para los mismos. Naturalmente, y más allá de consideraciones abstractas, habrá que estar aquí, también, a las circunstancias del caso concreto, teniendo este derecho ocasión de manifestarse, particularmente, en los centros docentes, tanto públicos, como privados concertados.

c) Y, finalmente, ha de valorarse, igualmente, la incidencia que pueda tener *el mandato constitucional de neutralidad estatal* (art. 16.3 CE), como eventual límite a la demostración ostensible de tales signos o símbolos en la escuela pública. El mismo ha sido alegado, en ocasiones, «en preservación de la paz religiosa de la colectividad», especialmente en un contexto, como es el educativo, en el que los estudiantes proceden, a menudo, de tradiciones culturales muy diversas. De ahí que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos haya estimado que la laicidad comporta, por una parte, la necesidad de establecer ciertas restricciones en el derecho de los funcionarios docentes a manifestar libremente sus creencias, al expresarse éstas en un entorno en el que los estudiantes pueden resultar más fácilmente vulnerables, sobre todo si son de corta edad (STEDH de 15 de febrero de 2001, *Asunto Dahlab contra Suiza*). No en vano, los profesores, especialmente en los centros públicos, deben representar puntos de referencia comunes en la formación de los alumnos. De ahí su mayor vinculación al principio de neutralidad estatal. Tal doctrina ha sido, también, empleada, en aplicación del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, esta vez en relación a los alumnos, primeramente, en los *Asuntos Karaduman contra Turquía y Bulut contra Turquía*, ambos resueltos el 3 de mayo de 1993. En este sentido, la entonces existente Comisión de Derechos Humanos inadmitió los recursos presentados por dos estudiantes universitarias, que solicitaban, tanto el amparo de su derecho a la libertad religiosa, como no ser discriminadas por razón de sus creencias. Alegó así, aceptando el planteamiento formulado por el Gobierno turco, que permitirles llevar el velo islámico en el recinto de la Universidad, tal y como aquéllas demandaban, podría crear un grave conflicto social, al tiempo que suponer una presión intolerable sobre aquellos alumnos que poseyeran credos diferentes. En resumen, vino a estimarse que razones de orden público justificaban una limitación legal (por cierto, suprimida en 2008), deducible, directamente, de la propia Constitución turca. En este mismo sentido, más recientemente, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en la Sentencia recaída en el *Asunto Leyla Sahin contra Turquía*, de 29 de junio de 2004, reitera lo ya dicho, en deferencia, también, al margen de apreciación estatal de las propias condiciones de aplicación de la

legislación nacional.

Tal principio de neutralidad del Estado, como reiteradamente se ha expuesto, supone la neta distinción de los ámbitos de actuación civil y religioso; la obligación que el Estado contrae de respetar el principio de igualdad en el tratamiento de las distintas comunidades religiosas e ideológicas; y la prohibición, tanto de identificarse con ninguna confesión establecida, como de ofrecerle un régimen privilegiado a cualquiera de las existentes, a fin de no marginar a las restantes, discriminando así, al cabo, a los individuos que profesan las creencias que las mismas representan. Todos estos límites han de ser considerados en función de las circunstancias que presente el conflicto concreto suscitado, no cabiendo alegar, con carácter previo, la existencia de un «peligro abstracto» para los valores que los mismos auspician. Por tanto, aunque, con carácter general, se deba respetar la libre determinación de quien quiera hacerse portador de tales signos, en ejercicio de su derecho fundamental, garantizado constitucionalmente, «sin reservas», a la libertad religiosa; es claro que pueden, legítimamente, introducirse restricciones a su uso, fundadas en la propia Constitución. Así ocurrirá cuando se compruebe que el empleo de tales símbolos actúa como elemento desestabilizador, suponiendo una grave perturbación del normal desenvolvimiento de la actividad docente. Es por ello por lo que, acudiendo a razones excepcionales de orden público, adecuadamente previstas y determinadas por la ley, pueda aconsejarse dicha limitación proporcional.

En este sentido, tal y como se ha indicado, a fin de apreciar tales restricciones, ha de tenerse en cuenta que el legislador orgánico español ha optado, prudentemente, por concederle un importante margen de autonomía, a la hora de configurar la propia organización escolar, a los propios centros docentes de titularidad pública o privada concertada. Éstos serán, por tanto, quienes cuenten, dentro del marco constitucional, con la capacidad, legalmente reconocida, de ordenar normativamente las distintas expresiones ideológicas y religiosas que tienen cabida en la misma, definiendo, al tiempo, las limitaciones que sobre las mismas pesan, a fin de garantizar la convivencia entre los miembros de la comunidad educativa. Así, el reglamento de régimen interno de cada uno de estos centros, aprobado por el respectivo consejo escolar, dispondrá cuanto sea preciso para evitar cualquier forma de discriminación, en aras de alcanzar la deseable inclusión. A tal fin, deberá tener en cuenta las mediatizaciones que condicionan el normal desarrollo del programa educativo, atendiendo a criterios tales como el entorno social y cultural del centro, o la propia diversidad del alumnado que lo compone (arts. 120 y 121 de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación). Hay que ser conscientes, a este respecto, de que la creciente pluralidad religioso-cultural que muestran las escuelas públicas, fruto, como se ha dicho, en buena medida, del fenómeno social de la inmigración, aun siendo una oportunidad única para favorecer la integración en torno a valores cívicos, es, en ocasiones, también, una fuente potencial de conflictos interculturales. Este hecho, cada vez más apreciable, puede aconsejar, en supuestos extraordinarios, no resolubles mediante la mediación o la imposición de sanciones disciplinarias por parte de la dirección de los centros, en cumplimiento de las normas estatutarias que autorregulan

la organización y el funcionamiento escolar, el reforzamiento legal, con propósitos cautelares, del alcance concreto que se le ha de conceder, en el ámbito de referencia, al mandato constitucional de neutralidad estatal.

En la práctica, la aplicación del mismo suele conducir a la restricción del uso de signos personales que, aunque, en principio, aparecen como manifestación externa de legítimas creencias religiosas, pueden llegar a violentar, en casos extremos, tanto derechos ajenos como principios constitucionales. Por tanto, si se justifica legalmente la limitación del uso de tales expresiones simbólicas, demostrándose su necesidad en una sociedad democrática, y se actúa proporcionalmente al fin que se persigue, no se está contraviniendo, ni el artículo 16 de la Constitución, ni los artículos 9 y 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. En realidad, se estará promoviendo, precisamente, su respeto y conservación. Pero mientras se valora la oportunidad o conveniencia de dictar dicha legislación, el Estado debe dejar a la libre autodeterminación de cada uno de los centros educativos existentes la decisión a adoptar en caso de conflicto. Así, ha de ser la dirección de los mismos la que asuma la responsabilidad de garantizar, tanto el pluralismo, como los derechos de todos, actuando como árbitro en la resolución de cuantos problemas, de esta índole, se susciten. A ella le compete, pues, en definitiva, una vez oídas las partes, ordenar, en ausencia de ley, ya el mantenimiento o remoción, si los hubiere, ya la prohibición de exhibición, de los símbolos religiosos cuestionados.

Sin embargo, aun siendo ésta, probablemente, la solución ideal, se observa, de forma creciente, cómo en países donde los conflictos interculturales, en el ámbito escolar, trasunto de una situación de segregación étnica, social, económica e, incluso, territorial, de importantes minorías de origen extranjero, se han hecho particularmente graves y frecuentes, comienza a extenderse una actitud, por parte de los poderes públicos, en general, y del legislador, en particular, claramente restrictiva, en tanto que contraria a la libre expresión de esos símbolos. Se tiende así a considerar que su uso resulta contrario al mandato, rigurosamente interpretado, de laicidad estatal, que ha de orientar la enseñanza en la escuela pública, y que se cifra en el deber de evitar toda suerte de promoción de los valores religiosos que tales símbolos representan. El propósito no es otro que preservar la neutralidad de los espacios educativos públicos, a fin de reforzar la socialización en valores cívicos, promotores de integración y antítesis de toda forma de enfrentamiento o división social. Ese cambio de tendencia puede observarse, a modo de significativo ejemplo, en las posiciones defendidas, contemporáneamente, por el Tribunal Constitucional Federal alemán, con ocasión del *Caso Ludin* («*Kopftuch Urteil*») (BVerfGE, de 24 de septiembre de 2003, NJW n.º 43, 2003), en el que, de forma implícita, se convalida la restricción del uso del velo islámico en la escuela pública, si se fundamenta legalmente, apelando al susodicho principio de neutralidad estatal. También el Consejo de Estado francés, obligado por la Ley n.º 2004/228, de 15 de marzo, suscitada por el *Rapport Stasi*, ha alterado la línea de actuación marcada por su Resolución de 27 de noviembre de 1989, justificando, en orden a promover un más activo respeto del principio de laicidad del Estado, a su juicio amenazado, la prohibición del empleo, no sólo del *hiyab* en la

escuela, tanto por parte de los alumnos como, en su caso, de los profesores, sino de cualquier otro símbolo religioso ostensible.

Ésa es, pues, la orientación que hoy se advierte a la hora de afrontar una cuestión candente, que, lejos de resolverse, de modo uniforme, está llamada a cobrar un auge cada vez mayor, conforme nuestras sociedades se vuelven, desde el punto de vista cultural, y en esto la religión no es sino una manifestación más, crecientemente heterogéneas y complejas. En tales condiciones debe rechazarse la adopción de soluciones genéricas y abstractas, que supongan la imposición apriorística, sancionada por la norma, de unos derechos o principios sobre otros. Por el contrario, ha de tratar de alcanzarse un punto de equilibrio entre intereses legítimos pero, con frecuencia, contrapuestos, atendiendo a las circunstancias que rodean a cada caso concreto. Sin embargo, la deseable ponderación de los bienes que expresan, en aras de obtener una armoniosa concordancia entre los mismos (STC 154/2002, FJ 12.º), no debe entrañar, en ningún supuesto, el sacrificio de los valores cívicos, de condición laica, que son el fundamento del orden político establecido. Éstos, en ocasiones, mera decantación secularizada de conceptos de marcada filiación religiosa-cristiana, como los que articulan las modernas ideas de persona o de dignidad humana, resultan indisponibles, debiendo prevalecer, como *ultima ratio*, en caso de conflicto. De lo contrario, esto es, si se renunciara a ellos, a fin de otorgarle prevalencia a pretensiones particulares que fueran en detrimento de los intereses generales, se haría imposible la convivencia pacífica en democracia y libertad, presupuesto inexcusable del ordenado goce y disfrute de los derechos.

#### 2.4. LA LAICIDAD COMO PARÁMETRO DE LA ADECUADA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN PROMOCIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

En ese nuevo contexto, el principio de laicidad debe servir, esencialmente, para determinar si la actitud de los poderes públicos se ajusta, o no, al mandato constitucional que ordena a los mismos promover el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa, a efectos de lograr su efectiva realización (arts. 9.2 y 16 CE). En tales supuestos, la laicidad se emplea como *parámetro de la constitucionalidad*, determinando si dicha actuación se justifica o, por el contrario, al excederse, redundante, ya en una indeseable confusión de funciones estatales y religiosas, ya en un menoscabo irrazonable del principio de igualdad.

La exigencia de laicidad condiciona, por tanto, la apelación constitucional al desarrollo de una actividad positiva, por parte del Estado, orientada, tanto a facilitar las condiciones de ejercicio del derecho fundamental, como a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE). Impone así, una exigencia de trato igual a las confesiones representativas de los diferentes credos, al tiempo que establece un veto a toda posibilidad de que el Estado les ceda a aquéllas ámbitos propios de actuación, o caiga en la tentación de promover el fenómeno religioso, en sí mismo considerado. Y es que la actividad promocional de los poderes públicos sólo

puede basarse en una valoración adecuada del alcance que ha de tener el derecho fundamental a la libertad religiosa, y no en una consideración favorable del sustrato social de creencias existente. De lo contrario, esto es, de entenderse que éstas forman parte del bien común, en paridad con los valores proclamados en la Constitución, se estará induciendo a hacerlas merecedoras de una protección mayor que la que reciben las ideas o convicciones de naturaleza distinta. Tal aspiración carece de sustento constitucional, al venir a comprometer la exigencia de neutralidad del Estado, garante de la igual libertad de todos. Además, olvida, intencionadamente, que los poderes públicos sólo han de favorecer los valores o fines materiales que la Norma Fundamental auspicia, los cuales, al expresar un mínimo ético común, a nadie, en particular, se deben, al referirse, por igual, tanto a creyentes, como a no creyentes.

A este respecto, no hay que olvidar que la libertad religiosa es, por su naturaleza, en esencia, un derecho de libertad, y no un derecho de prestación, aunque, en ocasiones, incorpore una faceta prestacional, que, en todo caso, no forma parte de su contenido esencial. La misma constituye, ante todo, un derecho de autonomía y defensa, que exige de los poderes públicos la no intervención, en garantía de su pacífico goce y disfrute, por individuos y comunidades. De ahí que la dimensión prestacional aludida se haga excepcionalmente presente cuando se requieran hacer efectivas sus condiciones reales de ejercicio, contrarrestando las circunstancias de desigualdad material en que se encuentran, inicialmente, sus concretos titulares. Salvados, por tanto, tales supuestos extraordinarios, la intervención del Estado, efectuada a través de las diversas técnicas posibles de cooperación con las confesiones (art. 16.3 CE), sólo puede ocasionar un entrecruce de funciones estatales y eclesiásticas, de las que se derive una reviviscencia del principio de confesionalidad, o la generación de indeseables discriminaciones. La cuestión está, por tanto, en determinar si, en la práctica, se observan, o no, las prevenciones indicadas.

En este sentido, hay que tener muy presente, inicialmente, que la declaración constitucional, en una norma de principio, de la neutralidad, laicidad o aconfesionalidad del Estado, lleva a la misma a proyectarse sobre un ordenamiento, como el español, surgido, cabe recordar, de una ruptura acordada, y no del todo completa, respecto de un pasado abiertamente confesional. De ahí que se erija, inicialmente, *en canon o parámetro de la adecuación a la Constitución de las normas* en él insertas, que provienen, fundamentalmente, de esa época anterior. El principio de laicidad revela así su funcionalidad al servir para contrastar si el paso de un régimen político confesional a otro, que afirma constitucionalmente no serlo, al proclamar, de modo inequívoco, su neutralidad ante el hecho religioso, se ha producido plenamente y con todas sus consecuencias, al haberse, o no, eliminado del sistema normativo los residuos confesionales, en su caso, todavía existentes. Ciertamente, la disposición derogatoria de la Constitución y la nueva legislación sustitutiva de la, hasta ese momento, vigente, aún informada por el principio de confesionalidad estatal, supuso el inicio de un acelerado, aunque, lamentablemente, aún incompleto, proceso de desconfesionalización, cuyos principales hitos se

encuentran en la exclusión de la Iglesia católica de los órganos del Estado, eliminando su equiparación con los poderes públicos (STC 340/1993, FJ 4.º); en los diversos Acuerdos con la Santa Sede (1976-1979), que reemplazaron al Concordato de 1953, redefiniendo esas relaciones, si bien, de modo no plenamente satisfactorio, dado lo sesgado, tanto de la letra, como de la interpretación que se ha venido haciendo de los mismos; en la nueva, aunque cada vez más desfasada, legislación reguladora del derecho fundamental a la libertad religiosa; en la reforma del derecho de familia; en la supresión, injustificadamente parcial e incompleta, de algunos de los privilegios fiscales, hipotecarios, registrales y arrendaticios que poseía aquélla; y, también, en no menor medida, en la nueva legislación penal, de la que desaparecen los delitos que castigaban las infracciones cometidas, específicamente, contra la religión e Iglesia católicas, en tanto que credo y confesión oficiales del Estado, respectivamente, pese a sobrevivir, de forma no conciliable con la Constitución, los delitos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos (art. 524 CP) y de escarnio de los mismos (art. 525 CP).

Es así que, no obstante lo mucho que se ha avanzado, todavía perduran algunos relevantes vestigios de confesionalidad, que determinan un trato de privilegio a la Iglesia católica. Algunos de ellos tienen reflejo normativo, de forma renovada, bajo la cobertura del principio de cooperación; mientras que otros, simplemente impregnan lo más tradicional de la cultura política nacional, manteniéndose por inercia de tiempos pretéritos. De ese modo sucede al comprobarse la persistencia de símbolos religiosos en el ámbito público, o al constatarse la asistencia reiterada de las autoridades civiles y militares, en su condición de tales, a los actos de culto y a la celebración de las festividades religiosas; lo que se explica dada la inveterada identificación histórica, que en España ha venido existiendo, entre el poder político y el eclesiástico, unas veces sin consecuencias contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico (SSTC 19/1985 y 130/1991), pero otras, con menoscabo manifiesto del deber de neutralidad ideológica y religiosa de los poderes públicos e, incluso, de los derechos fundamentales de las personas (ATC 551/1985 y SSTC 177/1996, 101/2004 y 34/2011). Parece así evidenciarse, en suma, que la actividad promocional del Estado se ha fundado, en ocasiones, sobre bases que vienen ya dadas y que son espurias, en tanto que impropias de un Estado laico, al resultar incongruentes con los principios de libertad religiosa y de neutralidad estatal. Es así que el régimen jurídico específico que merecen los distintos grupos religiosos existentes, se aparta, notablemente, del principio general de igual protección de la libertad de creencias, que garantiza el artículo 16.1 CE. Se dispensa así un tratamiento diferenciado, que redundo, particularmente, en la creación de un sistema de privilegios neoconfesionales para la Iglesia católica. El mismo, de muy extenso alcance, se basa en un sistema concordatario, que se contrapone al ulterior diseño de un derecho especial, de naturaleza pacticia y más ajustada dimensión, fundado en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, del cual se hacen merecedoras las restantes confesiones que, restrictivamente, satisfacen las exigencias que dicha norma dispone, según la apreciación discrecional que de las mismas ha hecho, hasta el presente, la

Administración.

En tanto en cuanto se altera y unifica el sistema, a fin de adecuarlo, efectivamente, a la Constitución, todos estos vestigios remanentes de confesionalidad y de desigualdad han de ser interpretados a la luz de los principios de libertad religiosa y de laicidad, para extinguir o minimizar sus efectos, en la medida de lo posible. No en vano, la neutralidad del Estado, concebida, estrictamente, como la representación de la recíproca autonomía de las realidades temporal y espiritual, en el seno de la sociedad, ha de ser, al tiempo, el presupuesto del establecimiento de relaciones entre ambos órdenes, a través de sus entes exponenciales, que no son otros que el Estado y las confesiones. Se incita así a la creación de un régimen de colaboración que vincule a ambas partes, en provecho mutuo, a fin de realizar, plenamente, el interés público que la Constitución determina, concretado en el derecho-principio de libertad religiosa.

### 3. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

#### 3.1. FUNDAMENTO Y LÍMITES

Sin solución de continuidad respecto de la enunciación del principio de laicidad del Estado, la Constitución expresa, en su artículo 16.3 CE, un cualificado mandato, dirigido a los poderes públicos, a fin de que mantengan «*las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones*». Tal exigencia, considerada aisladamente, puede parecer, más bien, contradictoria, al aspirar a la consecución de un fin opuesto al perseguido, previamente, por aquel otro principio de referencia. Sin embargo, la aparente antinomia se salva una vez que se comprueba la inserción subordinada de ambos, en el grupo normativo que aparece estructurado por la garantía del derecho fundamental a la libertad religiosa. Esta circunstancia ocasiona una forzosa interrelación, que permite superar la antítesis apuntada. La complementariedad resultante, de la que se derivan efectos de limitación recíproca, es fruto, por tanto, de una interpretación sistemática e integrada de tales principios, en torno a la idea básica sobre la que se construye el conjunto de normas referido al interés jurídico religioso en la Constitución. Los dos, trabados a aquélla e imbricados entre sí, determinando el nuevo concepto de *laicidad positiva*, al que ya se ha hecho alusión, contribuyen a caracterizar el tratamiento que alcanza el derecho fundamental a la libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español. Y es, precisamente, la generación de ese condicionamiento mutuo, el propósito inicial que da sentido a la incorporación, en apariencia reiterativa, si no redundante, de la cooperación, en relación a lo ya dispuesto, con carácter general, en el artículo 9.2 CE. No en vano, la alusión a la misma pretende corregir la significación más rigurosa atribuida,

originariamente, al principio de neutralidad del Estado. Se evidencia así el abandono de las ideas laicistas más radicales, que, al propiciar una valoración negativa del fenómeno religioso, conciben, de forma excesivamente estricta, la separación que ha de mediar entre los ámbitos de actuación del Estado y de las confesiones.

Y es que en el marco del nuevo paradigma interpretativo, que es propio de un Estado social de derecho, los poderes públicos han de asegurar a los individuos y comunidades, dada su condición de titulares del derecho fundamental a la libertad religiosa, la realización del mismo en condiciones materiales de igualdad (STC 24/1982, FJ 1.º). A ello se une la expresa incorporación del principio de cooperación, que va más allá, en ese sentido, al obligar a aquéllos a mantener, sin posibilidad alguna de incurrir en dejación por su parte, una relación directa de colaboración con los grupos sociales institucionalizados que, en tanto que sujetos colectivos del derecho de referencia, orientan específicamente su actuación a la persecución de fines religiosos. Dicha actitud, que no se predica, en proporción, respecto de los titulares asociados del derecho a la libertad ideológica, también reconocido, de forma conjunta, en el artículo 16.1 CE, se basa en una decisión adoptada por el constituyente, que se revela, más bien, tributaria de la consideración de la que se hacía merecedor el hecho religioso en el anterior sistema confesional. Dado que, durante la vigencia de éste, se ofrecía una valoración positiva de aquél, en sí mismo considerado, y tal apreciación es claro que no puede efectuarse en un Estado que se declare, al tiempo, laico, la referencia en cuestión sólo se entiende, de forma *«constitucionalmente conforme»*, si se interpreta, meramente, como la concreción, bien es verdad que, tan solo, parcial, ya que se hace en relación a la dimensión institucional y colectiva asumida por el interés jurídico religioso, de la función que poseen los poderes públicos como garantes efectivos de los derechos reconocidos en la Constitución. Ello se manifiesta en la exigencia de un tratamiento singularizado y en la demanda de emanación de una normativa específica, sustraída del derecho común, en otro caso, aplicable.

Ello conducirá a los poderes públicos a establecer las condiciones que se requieran para remover los obstáculos interpuestos a la completa extensión y pleno ejercicio del derecho, garantizando, al efecto, las iguales *«oportunidades de libertad»*, que sus potenciales beneficiarios no pueden alcanzar por sí mismos. Ello le llevará a promover *«las consiguientes relaciones de cooperación»* con sus entes representativos o exponenciales, debidamente reconocidos, y a disponer un complejo de normas de organización y procedimiento, tanto legislativas como administrativas, que faciliten su consecución. Se expresa así el deseo del Estado de responsabilizarse de que el derecho de referencia pueda ser disfrutado por todos, y particularmente por aquellos que no se encuentran, inicialmente, en situación de acceder al bien jurídicamente tutelado. Ello le llevará a emprender cuantas acciones positivas considere necesarias, para compensar o equilibrar los intereses en presencia, satisfaciendo las legítimas demandas existentes. De tal modo sucederá, no sólo, cualificadamente, en favor de las minorías, sino, también, de cuantos ciudadanos y colectivos requieran de su actuación, bien por ver amenazadas sus posiciones

jurídico-subjetivas, bien por no haber realizado sus legítimas expectativas de goce y disfrute del derecho fundamental que les asiste.

Es así que a las facetas subjetiva y objetiva del derecho, se une, en relación de interdependencia mutua, la dimensión participativo-promocional, que subraya la multidimensionalidad adquirida por el mismo en la Constitución democrática, transformando y enriqueciendo su comprensión clásica. Dicha manifestación de la *vis expansiva* que poseen los derechos fundamentales, implica la incorporación de garantías adicionales, orientadas a satisfacer las nuevas necesidades suscitadas, a cuya realización el Estado se ve obligado a contribuir. Tal llamamiento a la colaboración, que no ha de implicar confusión alguna de estructuras organizativas y fines respectivos, presupone la independencia recíproca. De ahí que la eventual institucionalización de esas relaciones, que alcanza múltiples aspectos, sirviéndose, al tiempo, de muy variados instrumentos y técnicas de ejecución, no deba suponer la asunción, por parte del Estado, de dicho interés religioso como propio, sino, a lo sumo, una voluntad externa de reconocimiento y ordenación del mismo, en sentido positivo o promocional, dada su condición de sustento de un expreso derecho declarado.

El principio de laicidad funge así como límite a la acción cooperativa del Estado, según ha insistido en recordar, a través de sus pronunciamientos, el Tribunal Constitucional (SSTC 24/1982, 109/1988 y 340/1993, entre otras). Eso motiva que se excluyan, de entre los cometidos que a aquél le corresponde alcanzar, los objetivos de naturaleza específicamente religiosa, por muy encomiables o beneficiosos que éstos puedan resultar para la comunidad. De lo contrario, se produciría, ya una indebida confusión de funciones políticas y confesionales, ya la generación de un trato desigual injustificado, entre creyentes y no creyentes, además de la negación misma del criterio de la voluntariedad. Cabe, pues, afirmar que el principio de cooperación tiene un carácter esencialmente instrumental y vicario, al ponerse al servicio de la libertad religiosa, garantizada a todos en condiciones de igualdad. De ahí que deba supeditarse, al tiempo, a la exigencia básica de neutralidad que debe observar, en todo momento, el Estado. Se estará, pues, a fin de resolver las tensiones potencialmente existentes, a las circunstancias del caso concreto, ponderándose los principios de referencia, en razón a las necesidades suscitadas. Aún así, ha de recordarse, a este respecto, que la laicidad del Estado revela su condición de principio fundamental, al operar directamente *ex constitutione*, esto es, sin necesidad de desarrollo legislativo, mientras que las relaciones de cooperación con las confesiones, se establecen, habitual, aunque, no exclusivamente, mediante acuerdos, que, en todo caso, se «aprobarán por ley de las Cortes Generales» (art. 7.1, *in fine*, LOLR).

Tal deber constitucional de cooperación lo adquiere, además, el Estado, con todas aquellas confesiones que reflejen, objetiva y mínimamente, «*las creencias religiosas de la sociedad española*» (art. 16.3 CE), al aparecer en ellas integrado un número considerable de ciudadanos, que requieren ver, plenamente, satisfecho su derecho fundamental a la libertad religiosa. Si no fuera así, y se dispusiera selectivamente la cooperación, en beneficio, tan solo, de alguno o algunos de tales grupos organizados,

no mediando justificación objetiva y razonable que, de ese modo, lo avalara, los poderes públicos estarían generando un trato desigual, y, en consecuencia, discriminatorio, lesivo del equivalente derecho de los perjudicados a obtener un régimen tan favorable como el que han alcanzado los demás. No obstante, no debe confundirse la igualdad con la uniformidad, pues cada confesión precisa, dadas sus, a menudo, muy dispares características orgánico-funcionales y diversa implantación social, un tratamiento individualizado y peculiar, razón por la que la Constitución alude a las «*consiguientes relaciones de cooperación*», sugiriendo así que las mismas deben ser proporcionales y acordes con las muy concretas necesidades y pretensiones que manifiestan cada uno de los grupos religiosos existentes. De ahí que el establecimiento de un sistema de cooperación uniforme, para todas las confesiones, no sea ni aconsejable, ni adecuado. Por tanto, una vez sentados los mínimos comunes y obligatorios, sobre los que, en todo caso, debe recaer la cooperación, y se garantice, tanto la interdicción de cualquier forma de discriminación por motivos religiosos, como el respeto al principio de laicidad, los poderes públicos habrán de estar, si quieren que su actuación sea verdaderamente eficaz, en orden a «facilitar que los ciudadanos reciban, en el ejercicio de la propia libertad religiosa y de culto, la correspondiente asistencia religiosa» (STC 340/1993), a las circunstancias y demandas específicas que le formulen los diferentes destinatarios de la misma.

En este sentido, cabe observar la existencia, en España, de un *triple régimen jurídico, del que se benefician las comunidades religiosas reconocidas*. De un lado, se encuentra el que el Estado le dispensa a la Iglesia católica, al recibir un mandato constitucional, directo e incondicionado, de cooperación con la misma (art. 16.3 CE). De otro, se halla el que le otorga a aquellas confesiones en las que concurren los requisitos que, con vocación claramente restrictiva, dispone el legislador para hacerlas merecedoras de la cooperación, que no son otros que hallarse inscritas en el Registro correspondiente y contar, «por su ámbito y número de creyentes», con el reconocimiento de su «notorio arraigo en España» (art. 7 LOLR). Y, finalmente, está el que se dedica a las demás, que, aun no entrando en la categoría de las anteriores, al no reunir los requisitos señalados, cuentan, también, con la expectativa fundada de hacerse acreedoras de la cooperación del Estado, aunque tenga ésta que manifestarse por vías distintas a los acuerdos, a aquellas otras reservados (art. 16.3, en relación al art. 9.2 CE). Este último es el caso de las confesiones inscritas, que se benefician, por el solo hecho de serlo, de un régimen especial de protección estatal, garante de su autonomía y del derecho a la libre prestación de sus servicios, sin obstáculos que los entorpezcan, a los fieles que, voluntariamente, se los demanden (STC 46/2001).

### 3.2. ÁMBITOS

Cabe distinguir la existencia de ámbitos en los que dicha cooperación resulta obligatoria, porque así se deduce de la Constitución; de aquellos otros, en los que, aún no dándose este presupuesto, la misma se revela posible, al quedar al libre

criterio de los poderes públicos, que no cuentan con impedimento de relieve alguno comprometiendo su actuación. Finalmente, hay que considerar cuándo dicha cooperación es, por el contrario, indebida, al contravenir principios o mandatos expresamente contemplados en la propia Norma Fundamental.

1) En primer lugar, ha de decirse que la *cooperación* del Estado con las confesiones es *obligatoria*, siendo, en consecuencia, perfectamente legítima, en los casos en que la misma se muestra *necesaria*, a fin de posibilitar que la igual libertad religiosa de individuos y comunidades deje de ser, dadas las importantes trabas que su realización, en ciertas ocasiones, encuentra, una mera expectativa. Convertirla en real y efectiva, requerirá, a menudo, eliminar los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud (art. 9.2 en relación con el art. 16 CE). Estamos, pues, en presencia de supuestos referibles a lo que se ha convenido en llamar *cooperación asistencial*, los cuales, al integrarse en la definición que hace el legislador del contenido esencial del derecho (art. 2 LOLR), requieren de la acción positiva de los poderes públicos, según ha ratificado, por medio de diversos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional. Puede así afirmarse que el Estado desarrolla una cooperación necesaria con las confesiones cuando les facilita el ejercicio de labores de asistencia religiosa en centros públicos, de carácter militar, hospitalario y penitenciario (art. 2.3 LOLR), situados bajo su dependencia, evitando, eso sí, toda forma de integración orgánica (STC 24/1982). También constituye una manifestación característica de esta suerte de cooperación, el reconocimiento que aquél lleva a cabo, en favor de las confesiones y demás entidades a ellas adscritas, tanto de la personalidad jurídica que le reclaman, como de una amplia autonomía orgánica y funcional, a fin de que, respectivamente, adquieran una plena capacidad de obrar y puedan desenvolverse, desarrollando sus cometidos o fines institucionales, sin trabas obstaculizadoras (art. 5 LOLR) (STC 46/2001).

2) En segundo lugar, la *cooperación* del Estado con las confesiones, aun no viniendo exigida, de acuerdo con lo que cabe deducir de la Constitución, aparece, sin embargo, como *posible*, en los supuestos en que los poderes públicos valoran positivamente su conveniencia u oportunidad, siempre y cuando la misma respete los límites de orden público, igualdad y laicidad, además de los principios propios de un Estado de derecho. Así sucede, fundamentalmente, cuando, en atención a las demandas sociales y a los recursos disponibles, el Estado organiza la inclusión de enseñanzas religiosas en los programas educativos de los centros docentes públicos, encomendándoselas a las diferentes confesiones con las que mantiene acuerdos al respecto (STC 166/1996). Al tiempo, dispone su seguimiento voluntario en horario escolar, asignándoles un carácter extracurricular y una condición, aunque evaluable, no computable, a los efectos de la concurrencia de expedientes académicos.

También, otro supuesto en el que se manifiesta la voluntad favorable del Estado a la cooperación, se observa en su decisión de atribuirle eficacia jurídica civil a ciertas normas contenidas en los ordenamientos internos de las confesiones, por medio de una remisión formal, no recepticia a las mismas; o recurriendo a la técnica del

presupuesto. Así ocurre respecto, tanto de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico (SSTC 1/1981, 66/1982 y 265/1988); como en relación con los matrimonios celebrados según la forma religiosa (art. 60 Cc) (STC 46/2001, FJ 7.º); o al empleo de nociones o categorías propias de las confesiones en la legislación civil, entre otras referencias dignas de ser destacadas.

Otros ejemplos de cooperación posible, aunque no obligatoria, son aquellos que implican el otorgamiento a las confesiones y entidades adscritas de un régimen fiscal favorable, equiparado al que se destina a las entidades sin ánimo de lucro e interés general (ATC 480/1989); o que suponen el reconocimiento de un régimen especial de la Seguridad Social a los ministros de culto, pertenecientes a las distintas confesiones inscritas (STC 109/1988). También, constituyen demostraciones sobresalientes de esta voluntad promocional, las que resultan de que el Estado decida regular, en el ámbito de las Administraciones públicas, situaciones especiales referidas al descanso semanal, la realización de exámenes o el deber de asistencia escolar en los centros docentes públicos. Igualmente, se observa tal modalidad de cooperación cuando el Estado ordena tener en cuenta, a efectos laborales, en los centros a su cargo, las exigencias religiosas de las confesiones, a fin de determinar los permisos para la oración, el régimen de las comidas o de su preparación, tal y como contemplan los Acuerdos suscritos con aquéllas (STC 128/2001).

3) En tercer lugar, la *cooperación* resulta, sin embargo, *indebida, de acuerdo con la Constitución*, al atentar contra los principios de igualdad y laicidad del Estado, cuando la misma se traduce, desproporcionadamente, bien en ayudas financieras directas a las confesiones para el desarrollo de actividades de naturaleza estrictamente religiosa, no guardando relación, en sentido genuino, con la promoción del derecho fundamental que les asiste; bien cuando la misma implica el establecimiento de un régimen fiscal privilegiado, en favor de alguna o algunas de estas confesiones, en comparación con el que se reserva a las restantes y a las entidades sin ánimo de lucro e interés general, con el que las mismas deben asimilarse. También expresan una forma exorbitante de cooperación las eventuales decisiones del Estado de equiparar académicamente al resto de las asignaturas curriculares la enseñanza confesional de la religión en la escuela pública; la imposición, en su caso, como obligatorio, del seguimiento, por parte de los alumnos, de cualquier forma dispuesta de instrucción acerca del hecho religioso, ya tenga ésta carácter confesional, o no; y, en su caso, la determinación de asumir como propias, quedando así bajo su responsabilidad, las resoluciones eclesiásticas que, afectando al estatuto jurídico-laboral de los profesores encargados de la enseñanza confesional católica, vulneran los derechos fundamentales de aquéllos (SSTC 38/2007 y 51/2011).

Así, considerando las dimensiones, personal y social, que presenta el derecho, el Estado lleva a cabo dicho cometido en una triple dirección. Por una parte, orienta la cooperación en favor directo de los individuos, e indirecto de las confesiones a las que pertenecen, cuando regula, por ejemplo, las festividades, el descanso semanal, la tutela penal del derecho, o le atribuye efectos civiles al matrimonio que los mismos

celebran, según la forma que dispone la confesión a la que pertenecen. Por otra, favorece directamente a las confesiones, y, de modo indirecto a los individuos, cuando les reconoce a aquéllas personalidad jurídica, autonomía organizativa y funcional, o un régimen fiscal más favorable. En tercer lugar, el Estado puede, además, actuar, simplemente, como intermediario entre los individuos y las confesiones, cuando facilita la asistencia religiosa en los centros públicos o recauda el porcentaje convenido del impuesto sobre la renta, para proveer su sostenimiento financiero.

### 3.3. INSTRUMENTOS

Tal cooperación del Estado con las confesiones se sirve, fundamentalmente, de dos tipos de instrumentos, según prevé, ante el silencio de la Norma Fundamental, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Uno de ellos tiene carácter institucional u orgánico, mientras que el otro, posee una naturaleza eminentemente normativa.

#### 3.3.1. Institucionales

El primero de estos instrumentos refleja, con acierto, la dimensión participativo-promocional que incorpora el derecho fundamental de referencia, alcanzando su expresión más cualificada en la *Comisión Asesora de Libertad Religiosa*. Dicho órgano responde a la conveniencia de garantizar el concurso de los sujetos y colectivos implicados en el desarrollo configurador del derecho. Así, el artículo 8 LOLR dispone la creación, dependiente del Ministerio de Justicia, de la susodicha *Comisión Asesora de Libertad Religiosa*, al tiempo que determina su composición, desarrollada, en la actualidad, por el Real Decreto 1.159/2001, de 26 de octubre; y su organización y competencias, dispuestas en la Orden Ministerial 1.375/2002, de 31 de mayo. Tal Comisión aparece integrada, durante períodos de cuatro años, por una representación tripartita y estable de miembros, pertenecientes a ámbitos distintos del Estado y de la sociedad. Así, en primer lugar, se determina la existencia de ocho miembros adscritos a la Administración del Estado, que actuarán en nombre de los diferentes Ministerios involucrados sectorialmente en el desarrollo de aspectos diversos del derecho a la libertad religiosa. En segundo lugar, formará, también, parte de la Comisión, un grupo de nueve vocales, en representación de las Iglesias, Confesiones, Comunidades religiosas, o Federaciones de las mismas, entre los que, en todo caso, deberán encontrarse miembros de aquellas que tienen reconocido notorio arraigo en España, los cuales serán designados discrecionalmente, una vez oídas las mismas, por el Ministro de Justicia. Y, en tercer lugar, se ha de agregar un grupo de nueve expertos, esto es, de personas de reconocida competencia, cuyo asesoramiento se considere de interés en las materias relacionadas con la interpretación y aplicación del derecho a la libertad religiosa. Éstos serán nombrados, de manera discrecional, también, por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia. A todos ellos se añade el presidente, que es el Subdirector

General de Relaciones con las Confesiones de dicho Ministerio, y un secretario, por lo que el número total de miembros de la Comisión, descontado este último, asciende a veintiocho.

Se trata, por tanto, de un órgano, encuadrado en la Administración, que articula, desde una perspectiva institucional, el principio de cooperación del Estado con las confesiones. Aparece así dispuesto un cualificado instrumento que, aun no siendo el único que sirve para actuar como cauce de la cooperación, debiendo destacarse, también, las comisiones paritarias que se constituyen entre las confesiones y la Administración, o la que resulta de la actuación de la *Fundación Pluralismo y Convivencia*, en relación con las confesiones minoritarias, sí que resulta ser uno de los exponentes que, probablemente, mejor refleja el postulado democrático de la corresponsabilidad y la participación en la gestión de un interés común (art. 9.2, *in fine*), al contribuir a la elaboración y aplicación de las normas que regulan, en este caso, la posición jurídica y la actuación de los grupos religiosos, ante el Estado y en la sociedad civil. Es, por consiguiente, según se desprende del artículo 8 LOLR, un órgano de estructura colegiada, carácter técnico-consultivo y existencia permanente, cuya intervención ha de ser requerida, de modo facultativo, a instancias de la propia Administración Central del Estado, a la que pertenece, por medio del Ministro de Justicia. Aún así su labor consiste, fundamentalmente, en asesorar a éste, en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen, relacionadas con la ejecución del derecho fundamental a la libertad religiosa. De ahí que la Ley habilite a la Comisión para desempeñar «*funciones de estudio, informe y propuesta*» de todas las cuestiones relativas al desarrollo de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, y, particularmente, con carácter preceptivo, aunque no vinculante, de cuanto se refiere a «*la preparación y dictamen de los acuerdos o convenios de cooperación*» con las confesiones (art. 8 LOLR); facultades éstas a las que, en la práctica, se añade la del seguimiento en la aplicación y el desarrollo de los mismos, aunque sean éstos anteriores en el tiempo a la propia Ley y afecten a la Iglesia católica, en cuyo caso, la Comisión actuará subsidiariamente, esto es, sin perjuicio de la competencia asignada a la Comisión mixta Iglesia-Estado. A tales cometidos principales se les unen otros de alcance menor, los cuales aparecen detallados en la Orden Ministerial 1.375/2002, que disciplina la organización y las competencias de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, entre los que destaca el de emitir informe orientativo, a solicitud extraordinaria del Ministerio de Justicia, acerca de los expedientes de inscripción y cancelación en el Registro de Entidades Religiosas (art. 3.3 OM 1.375/2002).

En vistas de lo expuesto, cabe afirmar que la Comisión Asesora de Libertad Religiosa se erige así en un cualificado espacio de encuentro, que institucionaliza la relación que el Estado tiene a bien establecer, en garantía del pluralismo y la cooperación, con los diversos grupos religiosos institucionalizados. De ahí que sus funciones asesoras, lejos de restringirse a la evacuación de consultas administrativas, en aplicación de la Ley, expresen, más bien, los derechos de participación que se les conceden a los titulares colectivos de la libertad religiosa, a fin de contribuir a la determinación de las normas y actos que, en desarrollo del derecho fundamental que

poseen, les afectan muy directamente.

### 3.3.2. Normativos: unilaterales y bilaterales

La segunda modalidad de instrumento de cooperación a la que se hará referencia, presenta una naturaleza distinta, aunque complementaria de la anterior, al poseer un carácter eminentemente normativo. Expresa el afán del Estado por ordenar jurídicamente las cuestiones cuyo interés comparte con las confesiones religiosas, en relación al desarrollo, en referencia particular a las mismas, del derecho fundamental que les asiste. Su manifestación más tradicional y característica la constituyen los *acuerdos* bilaterales, auténticas normas-marco que encauzan la cooperación, al poner las bases sobre las que ésta se asienta. Tales acuerdos, ni excluyen, ni descartan las medidas legislativas unilaterales que, a ese mismo fin, el Estado pueda, igualmente, adoptar, en orden a la ejecución de actuaciones promocionales de la libertad religiosa, que afectan a las confesiones. Y todo ello con independencia de que esas decisiones normativas acojan, en mayor o menor medida, las pretensiones formuladas, previamente, por las mismas. Por tanto, conviene, inicialmente, afirmar algo que, aun siendo obvio, no está de más recordar, en aras de descartar el planteamiento reduccionista que hace creer que, sólo a través de los acuerdos puede manifestarse dicha cooperación. Consiste en que la Constitución no establece las vías a través de las cuales ha de materializarse aquélla, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en Italia, donde se impone el principio de bilateralidad, al aludir la propia Norma Fundamental al concordato con la Iglesia católica y al régimen de acuerdos («*intese*»), con el resto de cultos admitidos (arts. 7 y 8 CRI). Por el contrario, la Constitución Española se limita a incitar, a través de un mandato programático, dirigido a los poderes públicos, a que promuevan la cooperación con las confesiones, con la intensidad y a través de las vías que estimen convenientes, dentro del marco jurídico establecido.

De ahí que no sea posible condicionar la cooperación, exclusivamente, a la existencia de acuerdos, aunque sea éste, en la práctica, el instrumento habitual y preferentemente utilizado, a ese efecto. De hecho, se han regulado unilateralmente múltiples aspectos que conciernen a confesiones que carecen de acuerdo; al tiempo que se ha favorecido, a través de dicho procedimiento, a cualesquiera grupos sociales, entre los que, lógicamente, se encuentran, también, las confesiones, por realizar actividades de carácter benéfico o asistencial, que, pese a no formar parte del contenido específico del derecho fundamental a la libertad religiosa, al coincidir con objetivos estatales, se hacen, igualmente, merecedoras de esa ayuda pública. Aún así, el instrumento bilateral de cooperación, plasmado en los acuerdos y convenios que suscriben, potestativamente, con las confesiones, no sólo el Estado, sino, también, en su caso, las Comunidades Autónomas y los Gobiernos locales, en el ámbito de sus competencias, constituye, sin lugar a dudas, la fórmula aún más utilizada. El mismo genera un derecho especial, más favorable, en favor de aquéllas, el cual, como se ha indicado, pese a no ir en detrimento del recurso alternativo a otras vías, de carácter, más bien, unilateral, para desarrollar el deber de promoción de la libertad religiosa

que tiene contraído el Estado, en favor de las distintas confesiones, lo cierto es que, en buena medida, lo desplaza.

Suele así, en su elogio, afirmarse que los acuerdos parecen representar la garantía de un mayor respeto y consideración con las necesidades de aquéllas, al ser capaces de reconocer, de modo permanente, su especificidad característica. Pero tampoco hay que despreciar las críticas que los mismos, igualmente, suscitan, sobre todo, cuando se constata su capacidad potencial para generar un trato privilegiado, que puede llegar a resultar particularmente lesivo de los principios constitucionales de igualdad y laicidad del Estado. De ahí que, considerando, sobre todo, esta última posibilidad, haya quien señale que los acuerdos constituyen un instrumento que, si bien podía justificarse en tiempos en que se aspiraba a salvaguardar la *libertas Ecclesiae*, frente a las intromisiones o restricciones, por parte del Estado, fundadas en orientaciones, ya regalistas, ya laicistas, lo cierto es que, hoy en día, las circunstancias han cambiado de forma harto notable. Así, en el marco de un Estado democrático de derecho, completo y efectivo garante de la libertad religiosa, en sus vertientes, tanto individual como colectiva, una motivación tal ya no se sostiene, por lo que su empleo, fuera de contexto, los convierte, más bien, actualmente, a menudo, en una fuente injustificable de privilegios.

En cualquier caso, el uso creciente y, en modo alguno, extraordinario, de tales normas bilaterales, ha hecho que éstas vayan más allá de la regulación conjunta de las singularidades propias de cada confesión, que pueden, sin duda, requerir de un tratamiento específico. Por contra, aquéllas se han dedicado a reiterar la ordenación de cuestiones que, o bien atañen a todos los grupos religiosos, o bien ya no deben considerarse de interés mixto, al ser, más bien, competencia exclusiva del Estado, tal que la educación, por lo que debieran dejarse, en uno y otro caso, a lo prevenido, con carácter indiferenciado, en la legislación unilateral y genérica. Así ha sucedido, no obstante, debido a la presión ejercida por las distintas confesiones, persuadidas de que, de ese modo, iban a obtener una regulación estable, en tanto que sustraída a la voluntad contingente de las mayorías, al tiempo que más beneficiosa y atenta hacia su identidad característica, amparándose, a ese fin, en los postulados propios del Estado social de derecho. De este modo, siguiendo esa lógica, ha sido habitual alegar que los diferentes acuerdos responden, fielmente, a la necesidad de formalizar el entendimiento alcanzado entre las partes, acerca del tratamiento que han de merecer asuntos que afectan, en mayor o menor medida, al desarrollo particular del derecho a la libertad religiosa. De ahí que se afirme que los mismos son la cabal expresión, tanto del principio de cooperación, como de la vocación de los grupos religiosos por participar en la conformación de la voluntad del legislador estatal.

En este sentido, cabe constatar que lo que se ha hecho, por iniciativa, sobre todo, de Estados que buscan superar una situación originaria de confesionalidad, ha sido utilizar el precedente histórico de las relaciones concordatarias, desarrolladas, tradicionalmente, con la Iglesia católica, para extenderlo a otras confesiones, en aras de la igualdad. Así, una vez adaptado, con más o menos acierto, a sus propias peculiaridades, pese a su inicial adecuación a los rasgos característicos que

singularizan a dicha Iglesia, se ha aplicado el sistema de acuerdos a todos aquellos grupos religiosos que satisfacen los requisitos legalmente previstos. Ello ha supuesto, además de supeditarlos a la voluntad favorable de las partes y al cumplimiento de las condiciones estipuladas por la legislación vigente, dispuestas en interés de la confesión dominante, la uniformización de sus contenidos, en orden a aproximarlos, con fines legitimadores, al paradigma de trato privilegiado que suele reservársele a la comunidad religiosa mayoritaria.

Así, en el ordenamiento español, tales requisitos dispuestos sólo se consideran, de antemano, acreditados por la Iglesia católica, habida cuenta de la expresa mención que la Constitución hace de ella, como destinatario obligado de las relaciones de cooperación que el Estado ha de mantener con las confesiones (art. 16.3 CE). Esas condiciones consisten en la previa inscripción de aquéllas en el registro especial correspondiente, y en el reconocimiento de su notorio arraigo en España (art. 7.1 LOLR). Se trata, por tanto, de requisitos indisponibles, que al haberse apreciado discrecionalmente, durante largo tiempo, han venido actuando, en la práctica, como ilegítimos medios de control indirecto de los grupos religiosos, revelándose así incompatibles con las declaraciones constitucionales de igualdad y laicidad del Estado. Se observa así cómo el sistema de cooperación vigente privilegia a las organizaciones confesionales dotadas de una mayor fuerza social, habida cuenta de su considerable grado de implantación en la población, circunstancia ésta que va en detrimento de las confesiones minoritarias y de los nuevos movimientos religiosos, por lo común, llamados, peyorativamente, sectas, los cuales, siempre y cuando persigan fines autocalificados como religiosos y no empleen medios considerados delictivos, son, también, destinatarios potenciales de la cooperación estatal, a la que alude el apartado 3.º del artículo 16 de la Constitución.

Además, dicho trato de favor, del que se derivan ventajas considerables para las confesiones, se efectúa, al igual que sucede en aquellos países donde se advierte la existencia de una confesión mayoritaria o dominante, tal y como ocurre en España o Italia, haciendo que los instrumentos de relación utilizados con la misma, se conviertan en parámetros aplicables a los demás grupos religiosos, lo que perjudica, una vez más, a las formaciones minoritarias. Así lo testimonia la elección de la restrictiva vía de los acuerdos como mecanismo de cooperación por excelencia, a pesar de que la misma, al tiempo que priva de los beneficios que genera a buena parte de los grupos religiosos interesados, comporta, si su desarrollo es muy intenso, graves riesgos de fragmentación del ordenamiento, al generar una multiplicación de estatus privilegiados. Lo expuesto viene a evidenciar que el recurso a cauces institucionalizados de colaboración normativa, acordados, al máximo nivel, entre el poder civil y las confesiones, a fin de alcanzar objetivos de promoción de la libertad religiosa, aparece, más como fuente de conflictos, que de soluciones. Por contraste, a fin de mostrar la existencia de alternativas, acudir al derecho comparado puede resultar muy aleccionador, en este sentido. Así, se comprueba cómo países, tal que los Estados Unidos de América, que aparecen, tradicionalmente, como exponentes de una neta separación entre el poder civil y los grupos religiosos, han alcanzado los

mismos objetivos, de manera aún más plena, esto es, en referencia a todas las confesiones, por medio de normas unilaterales que no prejuzgan a las mismas, introduciendo discriminaciones lesivas de principios constitucionales de carácter fundamental.

A su vez, como se apreciará, la mayor parte de los acuerdos en España existentes, dejados a un lado los que confirman los privilegios, de carácter tradicional, que asisten a la Iglesia católica, más que orientarse, circunstancia ésta que podría, en cierta medida, justificarlos, a la regulación de cuestiones parciales, complementarias de lo ya dispuesto en la legislación unilateral del Estado, en tanto que concernientes a la identidad singular que caracteriza a las confesiones firmantes, se dedican, básicamente, a reiterar, con, a lo sumo, alguna referencia concreta, preceptos que las leyes, o bien ya contemplan, o bien podrían prever, para cuantas entidades religiosas existen, con carácter indiscriminado y genérico. De ahí su escasa utilidad práctica. Todo ello confirma que la intención real que anima a los mismos no es otra que la de difuminar la irresoluble desigualdad jurídica, introducida con el resto de las confesiones por los Acuerdos con la Santa Sede, diversificando los sujetos privilegiados existentes, a fin de extender, así consolidándolos, los beneficios que la Iglesia católica ya recibe, a otros interlocutores considerados dignos de merecer la cooperación estatal.

Sea como fuere, ya posean los acuerdos hoy vigentes, respectivamente, el rango de tratados internacionales, como sucede con los convenidos con la Santa Sede, ya el de meras leyes ordinarias, aprobadas por las Cortes Generales, *ex* artículo 7 LOLR, según sucede con los restantes, suscritos, hasta el presente, con las confesiones evangélica, israelita e islámica, lo cierto es que todos ellos se subordinan a la Constitución, de la que traen causa, no debiendo estipular nada que vaya en contra de la misma, poniendo, por tanto, en entredicho, ya sea la neutralidad, laicidad o aconfesionalidad del Estado, ya la igualdad por razón de creencias. Consecuentemente, la interpretación que se haga de los mismos deberá ajustarse, no a lo que más convenga a las partes, sino a lo que se disponga o deduzca de un entendimiento de tales acuerdos en armonía con la Norma Fundamental (art. 5 LOPJ). Pero sucede que, a veces, ni siquiera la interpretación conforme puede salvar la constitucionalidad de preceptos, que se revelan palmariamente opuestos a lo que la Constitución establece. Entonces, deberá ser el Tribunal Constitucional quien, al tener sometidos a su monopolio de rechazo los tratados internacionales y las leyes que articulan jurídicamente tales acuerdos, depure el ordenamiento, resolviendo el conflicto normativo existente. Ésta es la teoría, pero veamos, también, cuál es la práctica. Una práctica que no siempre se adecua a los principios constitucionales vigentes. Así, en el ordenamiento jurídico español rigen, en la actualidad, dos tipos de acuerdos: *a*) los firmados con la Iglesia católica, en 1976 y 1979; y *b*) los suscritos, en 1992, con las confesiones protestante, judía e musulmana. Unos y otros responden a concepciones bien distintas de la relación de coordinación que se desea establecer entre el Estado y las comunidades religiosas. No obstante, cabe constatar, por efecto de su desarrollo y aplicación práctica, la creciente convergencia que, paulatinamente,

va produciéndose entre ambos modelos. Pero será en las lecciones sucesivas donde se hará cumplida referencia a los mismos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B.: «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 67, 2003.
- CASTRO JOVER, A.: «Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación», en *Laicidad y Libertades*, n.º 3, 2002.
- «Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 3, 2003.
- FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: «Evolución del desarrollo de la cooperación confesional en el sistema español. Balance y propuestas de futuro», en *Laicidad y Libertades*, n.º 4, 2003.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, Cívitas, Madrid, 2011, vols. I y II.
- MOTILLA DE LA CALLE, A.: «Breves notas en torno a la libertad religiosa en el Estado promocional contemporáneo», en IBÁN PÉREZ, I. (coord.), *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Universidad Complutense, Madrid, 1989.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M.<sup>a</sup>: *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, Cívitas, Madrid, 2006.
- ROCA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> J.: «La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 48, 2006.
- SUÁREZ PERTIERRA, G.: «Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 92, 2011.
- TEDESCHI, M. (dir.): *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Rubbertino editore, Messina, 1996.

## LECCIÓN 3

### LAS FUENTES DERIVADAS

MARÍA CONCEPCIÓN ÁLVAREZ-MANZANEDA ROLDÁN

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Granada*

#### 1. INTRODUCCIÓN

«La cuestión de las fuentes del Derecho no es un problema específico de la ciencia eclesiástica; es más bien un problema de teoría general del Derecho, que debería darse por supuesto al estudiar una rama del ordenamiento jurídico. Por esta razón siendo el Derecho eclesiástico español una rama del ordenamiento jurídico sería suficiente, en estos momentos, remitirse a la teoría general del Derecho y concluir que las fuentes del Derecho eclesiástico español son las del Derecho español considerado en su conjunto» (LOMBARDÍA).

Si damos por sentado lo anteriormente manifestado, y atendiendo al carácter didáctico de esta obra, nos vamos a centrar en las fuentes legales útiles para la persona no iniciada, de tal forma que pueda conocer las normas básicas sobre las que se asienta la construcción científica del Derecho Eclesiástico español, utilizando un criterio muy generalizado en la doctrina por el que distinguiremos las fuentes, atendiendo a su naturaleza y forma, en unilaterales y bilaterales.

La *Constitución Española* de 1978 marca la nueva trayectoria que se ha seguir a partir de la promulgación de la misma en el estudio del Derecho Eclesiástico español, puesto que el artículo 16 de dicho cuerpo legal, y dentro de los derechos fundamentales, garantiza «la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

Las leyes de desarrollo de la norma marco, nos sitúan en la necesidad de analizar, de una forma pormenorizada, todas aquellas que hemos venido en llamar fuentes derivadas y que clasificaremos, como ya indiqué anteriormente, en fuentes unilaterales y bilaterales.

a) *Fuentes derivadas unilaterales*: están constituidas por aquellas normas cuya vigencia depende única y exclusivamente de la voluntad del Estado y regulan la dimensión social del factor religioso. Son la *Constitución* y la *Ley Orgánica de*

*Libertad Religiosa* de 1980.

b) *Fuentes derivadas bilaterales*: están constituidas por normas jurídicas que surgen de un acuerdo previo entre los poderes públicos y las confesiones religiosas, cuya puesta en común versará sobre materias que interesen por igual, al mismo tiempo que en esos acuerdos se regulará el régimen jurídico de esa determinada confesión en el territorio del Estado. Se hará referencia así a los *Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado*; a los *Acuerdos con las confesiones minoritarias*; y a los llamados *Convenios menores*.

## 2. LOS ACUERDOS DEL ESTADO CON LA SANTA SEDE (1976-1979)

Antes de entrar en el estudio de los Acuerdos celebrados entre el Estado y la Santa Sede se hace necesario efectuar un análisis, aunque somero, del significado de los mismos y de su condición de tratado internacional.

### 2.1. DENOMINACIÓN

Los convenios entre la Iglesia y el Estado han recibido distintas denominaciones a lo largo de la Historia: concordatos, convenios, acuerdos protocolos, *modus vivendi*, cambio de notas... Y se ha reservado el término concordato para denominar a aquellos convenios que recogen un conjunto de relaciones; y el término acuerdo para aquellos que tratan de materias específicas.

### 2.2. NATURALEZA JURÍDICA

Es materia de controversia en el derecho concordatario. La doctrina se divide en una concepción tripartita: teoría legal o regalista; teoría de los privilegios o curialista y teoría de los pactos o contractual.

En la actualidad prevalece la teoría de convención bilateral que genera derechos y obligaciones jurídicas, tanto para una, como para otra parte, en un plano de igualdad. La unidad de la institución exige el acuerdo de las dos partes en el origen. Tanto las normas como las obligaciones directas del Estado e Iglesia surgen del convenio, de ahí que se distinga en el concordato el convenio y la norma, y que ésta surja de aquél. Para explicar la relación entre convenio y norma se ha acudido a veces a las figuras del concordato *in fiere* (convenio) y concordato *in factum esse* (norma), pero son dos aspectos que no pueden escindirse, porque ambos integran la institución concordataria (MARTÍNEZ BLANCO).

### 2.3. SUJETOS

Lo son, por un lado, la Iglesia y, por otro, el Estado. Por parte de la Iglesia es la Santa Sede, cabeza de la Iglesia católica, el sujeto típico de la relación concordataria, que tiene reconocida personalidad jurídica internacional, y que representa al Romano Pontífice. La Santa Sede actúa, por tanto, en representación de la Iglesia universal.

Por parte del Estado son competentes aquellos órganos a los que la respectiva Constitución tenga atribuida esa competencia. Quien queda vinculado por el convenio no es un determinado gobierno sino el mismo Estado.

Posteriormente al Concilio Vaticano II se ha planteado la posibilidad de celebrar convenios con las Conferencias Episcopales de cada país y, aún más, y en referencia concreta a España, pueden establecerse convenios entre las autoridades civiles y eclesiásticas, en desarrollo de los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado, siendo lo normal que estos denominados convenios menores no tengan personalidad jurídica internacional. Así pues, estos convenios pueden llevarse a cabo entre la autoridad eclesiástica y una Administración Pública.

En el texto de los Acuerdos aparecen con relativa frecuencia diversas expresiones que remiten a una reglamentación bilateral y posterior entre la Iglesia y el Estado «de común acuerdo». En este sentido, se ha afirmado que el sistema concordatario actual parece llevar en sí el germen de la convencionalización continuada (IBÁN).

De todas maneras el efectivo cumplimiento de estos convenios menores únicamente se asegura una vez que han sido publicados unilateralmente en cada uno de los ordenamientos jurídicos —el canónico y el interno del Estado— es decir, cuando pasan de ser un simple pacto a ser normas jurídicas con independencia de que el contenido del pacto no pueda sufrir modificaciones al publicarse (GONZÁLEZ-VARAS).

### 2.4. PROCEDIMIENTO

Son tres los momentos a tener en cuenta en la elaboración de los concordatos o convenios: negociación, firma y ratificación.

Por parte de la Santa Sede se nombra a los ministros plenipotenciarios que han de negociar y elaborar el texto. Por parte del Estado, el Gobierno inicia las negociaciones que llevan a cabo los ministros plenipotenciarios nombrados por aquél. Una vez negociado y firmado dicho texto, debe ser aprobado por las Cortes Generales, para, posteriormente, ser ratificado por el Romano Pontífice y sancionado y promulgado por el Rey.

Finalmente se requiere la publicación en el *Boletín Oficial del Estado (BOE)* para que entre a formar parte del ordenamiento jurídico interno del Estado (art. 96 de la Constitución; art. 1 Código civil). Por parte de la Santa Sede se publica en el Acta Apostolicae Sedis (AAS).

En este sentido, el artículo 94.1.e) de la Constitución establece que para la

prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de Tratados o convenios se exigirá la autorización de las Cortes Generales, cuando supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

## 2.5. EFICACIA

Como indicamos al principio, estamos en presencia de un tratado internacional y como tal se rige por el principio *pacta sunt servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus*.

Este principio que supone que lo pactado debe ser observado, se encuentra implícito en el origen de todos los tratados e igualmente está presente en los convenios o acuerdos entre la Santa Sede y los Estados. El fundamento es la propia seguridad de los tratados y su naturaleza jurídica es la de una norma adicional. Con la aplicación de este principio se está proporcionando una seguridad a la convivencia internacional (LARENA-FERNÁNDEZ-ARRUTI).

En cuanto a la aplicación de la cláusula según la cual toda convención se entiende siguiendo así las cosas, significa que mientras continúen las mismas cosas y situaciones que llevaron a la firma de ese pacto, no cabe modificarlo, pero que, lógicamente, en caso contrario y cesado el principio *pacta sunt servanda* se hace posible un derecho de denuncia del convenio.

En España la eficacia se produce desde la publicación, según determina el artículo 96 de la Constitución; entrando a formar parte del ordenamiento jurídico, con plena eficacia, a partir de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Este carácter internacional ha sido precisamente reconocido, de forma explícita, en distintas ocasiones por el Tribunal Constitucional (STC 181/1991), lo que les otorga una especial estabilidad, que se manifiesta en el procedimiento para su derogación y, sobre todo, en el peculiar modo en que resultan afectados por el juicio de constitucionalidad que, en su caso, merecieren. Además, la materia sobre la que versan queda acotada en las disposiciones contenidas en dichos Acuerdos, no pudiendo ser modificados por una ley ordinaria. Si se diera este supuesto, tales modificaciones resultarían inconstitucionales, a tenor del artículo 96.1 de la Constitución, lo que excluye la posibilidad de cualquier derogación, modificación o suspensión de las normas acordadas que no se ajusten a lo previsto en el Derecho internacional o en las cláusulas establecidas entre las partes (MARTÍNEZ-TORRÓN).

## 2.6. INTERPRETACIÓN

Los concordatos o convenios son susceptibles de interpretación y, con frecuencia, necesitan de ella en aquellos supuestos que se consideren dudosos u oscuros. Existiendo dos formas, la unilateral y la bilateral, la primera, como su propio nombre indica, es llevada a cabo por una de las partes y puede ser judicial o gubernamental,

manifestándose mediante sentencias, decretos, circulares, instrucciones o comunicaciones.

Por lo que se refiere a la segunda, es decir, la interpretación bilateral, se indica que es la óptima teniendo en cuenta que las partes que pactaron son las interpretaciones auténticas de dicho pacto. En el supuesto de la interpretación bilateral, ésta se llevará a cabo mediante protocolos adicionales, canje de notas diplomáticas, declaraciones conjuntas o declaraciones recíprocas, pudiendo tener efectos retroactivos.

Dado que los concordatos o convenios suelen contener una cláusula de interpretación, ésta la podemos ver claramente en los Acuerdos llevados a cabo de común acuerdo entre el Estado y la Santa Sede, tal y como se determina, de modo idéntico, en cada uno de los correspondientes textos (art. 7, Asuntos Jurídicos; art. 6, Asuntos Económicos; art. 16, Enseñanza y Asuntos Culturales; art. 7, Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas). De ahí que se hayan creado Comisiones mixtas a nivel nacional y autonómico para el desarrollo, seguimiento y ejecución de los acuerdos o convenios, que facilitan la solución armónica de dudas y dificultades que puedan presentarse en el desarrollo de lo pactado (PÉREZ-MADRID).

## 2.7. EXTINCIÓN

Partiendo de la base de que los concordatos o convenios se asientan sobre el principio *pacta sunt servanda*, la extinción vendrá determinada, en principio, por la voluntad de las partes, pero también existen otras causas que pueden llevar a la cesación de los mismos: por el transcurso del tiempo; por mutuo acuerdo; por violación de una de las partes; derogación y suspensión; renuncia de una parte aceptada por la otra; aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*; por costumbre contraria y por prescripción inmemorial.

## 2.8. BREVE ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS

El término concordato o convenio desaparece de la nomenclatura utilizada hasta ahora para dar paso a la utilización del término acuerdo.

Restaurada la Monarquía a la muerte del general Franco, se firma el primero de los Acuerdos entre el Estado y la Santa Sede el día 28 de julio de 1976. Por medio de dicho Acuerdo el Estado renuncia al privilegio de presentación de obispos y la Iglesia renuncia al privilegio del fuero.

Habían comenzado así las negociaciones para modificar el Concordato de 1953, reconociendo el profundo proceso de cambios que había experimentado la sociedad española. Precisamente esta afirmación se plasma en el Preámbulo del Acuerdo, que dice: «A la vista del profundo proceso de transformación que la sociedad española ha experimentado en estos últimos años, aún en lo que concierne a las relaciones entre la comunidad política y las confesiones religiosas, y entre la Iglesia católica y el

Estado». De resultas de ello ambas partes se comprometen a «emprender, de común acuerdo, el estudio de estas diversas materias con el fin de llegar, cuanto antes, a la conclusión de Acuerdos que sustituyan gradualmente las correspondientes disposiciones del vigente Concordato».

Este proceso de reforma culminó unos años después con la firma de cuatro Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español, el día 3 de enero de 1979, los cuales fueron ratificados el día 4 de diciembre del mismo año por las Cortes Generales, cuando ya había sido promulgada la Constitución Española. Se trata de una nueva forma de sistema concordatario, en el que puede subrayarse el rasgo de la unidad en la fragmentariedad de instrumentos conectados entre sí, aunque sean formalmente distintos y estén separados. Así, «todos los Acuerdos forman un único cuerpo normativo, fragmentado en distintos instrumentos, pero unitario» (FORNES).

Dichos Acuerdos son: *sobre asuntos jurídicos, sobre asuntos económicos, sobre enseñanza y asuntos culturales, y sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el Servicio militar de clérigos y religiosos*. Estos acuerdos, en total cinco, vinieron a derogar el Concordato de 1953 y sus convenios complementarios, excepto el Convenio de 5 de abril de 1962 sobre el reconocimiento, a efectos civiles, de estudios de ciencias no eclesiásticas realizados en Universidades de la Iglesia. Y a todos ellos habría que añadir el Acuerdo sobre asuntos de interés común en Tierra Santa de 21 de diciembre de 1994.

Las *materias* reguladas en el conjunto de esos cinco instrumentos jurídicos pueden esquematizarse así:

A) *Personalidad jurídica*: Acuerdo Jurídico, artículo 1; disposición transitoria primera.

B) *Festividades religiosas*: Acuerdo Jurídico, artículo III.

C) *Lugares de culto*: Acuerdo Jurídico, artículo I.5.

D) *Promulgación y publicación de disposiciones al gobierno de la Iglesia*: Acuerdo Jurídico, artículo II.

E) *Regulación del matrimonio*:

1. Efectos civiles. Acuerdo Jurídico, artículo VI.1 Protocolo final en relación con el artículo 6.1.

2. Efectos civiles resoluciones eclesiásticas. Acuerdo Jurídico, artículo VI.2.

F) *Asistencia religiosa*:

1. Fuerzas Armadas. Acuerdo sobre Asistencia religiosa y normas de desarrollo

2. Centros públicos y privados. Acuerdo Jurídico, artículo IV y normas de desarrollo.

G) *Enseñanza*: Acuerdo sobre Enseñanza, artículo I al XIII.

H) *Medios de comunicación*: Acuerdo sobre Enseñanza, artículo XIV.

I) *Régimen económico y fiscal*:

1. Económico. Acuerdo sobre Asuntos Económicos, artículo I y II. Protocolo Adicional 1.

2. Fiscal. Acuerdo sobre Asuntos Económicos, artículo III al V. Protocolo Adicional 2 y 3.

J) *Patrimonio histórico-artístico*. Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, artículo XV.

También se han suscrito diversos acuerdos entre varios ministros y la Conferencia Episcopal, en materias como: asistencia religiosa en centros hospitalarios, centros penitenciarios y régimen económico de los profesores de religión católica.

Cada una de estas materias irá siendo analizada, de forma pormenorizada, en las siguientes lecciones.

### 3. LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA, DE 5 DE JULIO DE 1980, Y SUS NORMAS DE DESARROLLO

#### 3.1. ANTECEDENTES

Esta Ley Orgánica viene a derogar, expresamente, la Ley de Libertad Religiosa de 1967, ley que surge al aplicar en España la Declaración «*Dignitatis humanae*», del Concilio Vaticano II, en 1965, de reconocimiento de los derechos fundamentales, y que se plasma en la modificación del artículo 6 del Fuero de los Españoles, operado por Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, en relación con el ejercicio privado del culto, que dice: «el Estado asumirá la protección de libertad religiosa que será garantizada por una eficaz tutela jurídica, que a la vez salvaguarde la moral y el orden público».

La Ley de Libertad Religiosa de 1967 crea una lista amplia de derechos individuales y colectivos, y entre estos últimos viene a situar a las confesiones religiosas no católicas, que se han de constituir en Asociaciones confesionales y se han de inscribir en el Registro de Asociaciones confesionales no católicas que se crea en el Ministerio de Justicia. E, igualmente, se crea, en la Subsecretaría del Ministerio de Justicia, una Comisión de Libertad Religiosa, con la misión de efectuar el estudio, informe y propuesta de resolución de todas las cuestiones administrativas relacionadas con el ejercicio del derecho civil de libertad religiosa. Dicha Comisión la integraban únicamente representantes del Ministerio, Alto Estado Mayor, Consejo Nacional del Movimiento y Organización Sindical.

Teniendo en cuenta la existencia de un Estado confesional en aquel momento histórico, cabe indicar que esta ley únicamente va a ser aplicada a las confesiones no

católicas, porque para la Iglesia católica regía el Concordato de 1953. No obstante, lo cierto es que esta Ley de Libertad Religiosa de 1967 supuso una innovación en el Derecho eclesiástico español, porque fue la primera vez que el Estado concedía a dichas confesiones un estatuto jurídico y un reconocimiento de su libertad, que nunca antes habían tenido.

Así pues, la Ley de Libertad Religiosa de 1967 se va a aplicar a las confesiones religiosas no católicas, y la actual Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, ¿a quién se aplica?

Al haber sido aprobada con posterioridad a los Acuerdos con la Santa Sede se cuestiona su aplicabilidad a la Iglesia católica, pero como indica MARTÍNEZ BLANCO no se puede hacer depender de las fechas esta cuestión, sino que lo importante es su contenido, que, una vez analizado, nos lleva a la conclusión de su no total aplicación a la Iglesia católica, y su situación en un plano híbrido, como señala LOMBARDÍA, entre la función de norma marco de unos acuerdos y de norma de ejecución de los mismos, acerca de unas materias que ya han sido contempladas por aquellos.

En este sentido, postulando su no total aplicabilidad a aquélla, manifiesta MARTÍNEZ BLANCO que «la Iglesia no se inscribe en el registro de Entidades Religiosas para gozar de personalidad jurídica (cfr. art. 5); a sus entes (Asociaciones, Fundaciones e Instituciones) no se aplica el régimen jurídico general (cfr. art. 6.2), sino un régimen específico regulado en los Acuerdos con la Santa Sede, ni a estos acuerdos internacionales les son de aplicación los requisitos, inscripción y notorio arraigo de las confesiones, ni las formalidades de aprobación por ley de Cortes Generales (cfr. art. 7.1), sino el trámite propio de los tratados internacionales».

De todas formas la doctrina no es unánime, ya que IBAN dice que «podemos admitir formalmente que la LOLR se aplica a la Iglesia católica, pero siendo conscientes de que lo que realmente se le aplica son los Acuerdos suscritos con la Santa Sede». Por su parte, LLAMAZARES, se muestra rotundo al afirmar su total aplicabilidad a la Iglesia católica, porque, en caso contrario, ello supondría establecer un régimen, más o menos encubierto, de confesionalidad, que conduciría inevitablemente al quebrantamiento del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución.

### 3.2. ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA

Surge en aplicación del artículo 81.1 de la Constitución, que establece «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas». Así, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR), de 1980, se dicta en desarrollo directo del derecho fundamental de libertad religiosa, reconocido en el artículo 16 de la Constitución, el cual contempla la libertad religiosa, la aconfesionalidad del Estado y su deber de cooperación con las confesiones religiosas; en relación con el artículo 14 de la Norma Fundamental, que dispone la igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna en razón a

la religión.

La Ley consta de ocho artículos, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una disposición final.

— El artículo 1 recoge los principios constitucionales sobre la materia: principio de libertad religiosa, principio de igualdad religiosa, principio de laicidad y principio de cooperación, y, de manera especial, vuelve a reproducir, en su apartado 3, lo establecido en el artículo 16 de la Constitución indicando que «Ninguna confesión tendrá carácter estatal».

— El artículo 2 regula el contenido del derecho de libertad religiosa en sus dimensiones individual, colectiva e institucional, y consagra, en su apartado tercero, la asistencia religiosa en nuestro ordenamiento.

— El artículo 3 establece los límites al ejercicio de la libertad religiosa, que quedan fijados en «la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática». En este mismo artículo, en su apartado 2, se delimita el ámbito de aplicación de la Ley, al establecer que «quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos». Ello no significa que la Ley niegue protección a todos estos fines, ni que los mismos no se puedan considerar como manifestaciones del ejercicio del derecho de libertad religiosa, si no que únicamente deja claro que no entran dentro de la regulación de esta Ley, por entender que carecen de valor religioso.

— El artículo 4 regula la protección jurídica del derecho fundamental a la libertad religiosa, mediante el amparo judicial ante los tribunales ordinarios y el amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional, en los términos establecidos en su Ley Orgánica.

— El artículo 5 regula la personalidad jurídica de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, indicando la necesidad de la inscripción de las mismas en un Registro público que se creará, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia, para permitir la adquisición de la misma en el ordenamiento civil, al tiempo que se señalan los requisitos para que pueda llevarse a cabo dicha inscripción.

La inscripción que se ofrece a las iglesias, confesiones y comunidades religiosas tiene un valor constitutivo, cosa que no sucede con las asociaciones contempladas en el artículo 22 de la Constitución, cuya inscripción se lleva a cabo con fines únicamente publicitarios.

— El artículo 6 reconoce la plena autonomía y las normas reguladoras de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas, así como la creación y fomento de las asociaciones, fundaciones e instituciones. En dicho artículo se hace

referencia a que «[...] dichas normas [...] podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio», con lo que se está garantizando el derecho a ser ellas mismas y a no ser perturbadas en su propio ser.

— El artículo 7 establece la posibilidad de celebrar acuerdos o convenios de cooperación con el Estado por parte de tales iglesias, confesiones y comunidades religiosas de conformidad con lo establecido en el artículo 16.3 de la Constitución, y señala algunas posibilidades de aplicación a las confesiones, iglesias y comunidades, a través de tales acuerdos, de determinados beneficios fiscales. La novedad que aporta este artículo dentro de la LOLR estriba en que amplía la cooperación a confesiones distintas de la católica, siempre y cuando cumplan con dos requisitos: el primero de ellos, la inscripción en el Registro, y el segundo, «que, por su ámbito y número de creyentes, hayan alcanzado notorio arraigo en España». La particularidad se encuentra en la desigualdad originada por el distinto rango jurídico otorgado a los acuerdos, puesto que los concluidos con la Iglesia católica constituyen un tratado internacional, siendo, por tanto, Derecho internacional, mientras que con los firmados con las demás confesiones, una vez promulgados, tienen valor de ley, siendo, a todos los efectos, sólo Derecho interno.

— El artículo 8 dispone la creación de una Comisión Asesora de Libertad Religiosa en el Ministerio de Justicia, indicando cuáles son las funciones que competen a la misma.

— En lo que a las disposiciones transitorias se refiere, la primera de ellas dispone: «el Estado reconoce la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar de las Entidades religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley. Transcurridos tres años sólo podrán justificar su personalidad jurídica mediante la certificación de su inscripción en el registro a que esta Ley se refiere». Y la segunda hace mención expresa a la posibilidad de regularizar la situación del patrimonio de las asociaciones religiosas que se hubieran inscrito en aplicación de la Ley 44/1967, de 28 de junio, dando un plazo para ello.

— Mediante la disposición derogatoria se anula la Ley 44/1967, de 28 de junio, y todas aquellas disposiciones que se opongan a esta Ley Orgánica.

— Y, por último, la disposición final prevé que se dicten disposiciones reglamentarias para la organización y el funcionamiento del Registro y de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

De la exposición llevada a cabo se puede concluir afirmando que en esta Ley quedan claramente perfilados una serie de derechos, tanto individuales como colectivos, al tiempo que se subraya el no haber adoptado el Estado una actitud pasiva ante la libertad religiosa. Es más incluso se constata cómo el mismo va más allá cuando también contempla las «no creencias» en un mismo plano de igualdad. De ese modo, como indica VILADRICH, sobrepasa el antiguo límite del principio de confesionalidad al prohibirse a sí mismo cualquier concurrencia con los ciudadanos en calidad de sujetos de actos o actitudes de fe.

### 3.3. NORMAS DE DESARROLLO

En desarrollo de esta disposición final de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa hay que citar las siguientes normas: el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre Organización y Funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas (*BOE* de 31 de enero de 1981); la Resolución de 11 de marzo de 1982 de la Dirección General de Asuntos Religiosos sobre inscripción de entidades de la Iglesia Católica en el Registro de Entidades Religiosas (*BOE* de 30 de marzo de 1982); el Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, sobre fundaciones religiosas de la Iglesia Católica (*BOE* de 28 de marzo de 1984); el Real Decreto 1.159/2001, de 26 de octubre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (*BOE* de 27 de octubre de 2001); y la Orden de 31 de mayo de 2002 sobre organización y competencias de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (*BOE* de 11 de junio de 2002).

### 3.4. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO DE ENTIDADES RELIGIOSAS

El Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, regula la organización y el funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, siendo el artículo 5 de la Ley Orgánica el que, como ya se indicó, determina su creación en el Ministerio de Justicia.

El artículo 2 de dicho Real Decreto enumera quiénes se pueden inscribir en el Registro: *a)* las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas; *b)* las Ordenes, Congregaciones e Institutos religiosos; *c)* las entidades asociativas religiosas constituidas como tales en el ordenamiento de las Iglesias y Confesiones y *d)* sus respectivas Federaciones.

El artículo 3 hace referencia a la inscripción, la cual se realizará a petición de la respectiva Entidad mediante un escrito al que ha de acompañar testimonio literal del documento de creación debidamente autenticado o el correspondiente documento notarial de fundación o establecimiento en España. Asimismo se señalan los datos que son requeridos para la inscripción: denominación; domicilio; fines religiosos; régimen de funcionamiento y organismos representativos, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación; y con carácter potestativo, se podrá añadir la relación nominal de las personas que ostentan la representación legal de la Entidad, siendo suficiente la certificación registral para acreditar dicha cualidad. Finalmente en este artículo se indica que cuando se trate de inscripciones y anotaciones que correspondan a Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas que ya tengan establecido algún acuerdo o convenio se estará a lo que en los mismos se indique.

El artículo 4 indica que el Ministerio de Justicia acordará resolver respecto a dicha inscripción, solicitando, previamente, si así lo estima oportuno, el informe de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa. La resolución será notificada a los interesados y si la misma fuera positiva, se les comunicará los datos de identificación

de la inscripción practicada. Finalmente este artículo indica que únicamente se podrá denegar la inscripción cuando no se acrediten debidamente los requisitos contenidos en el artículo 3.

El artículo 5 prevé la modificación de las circunstancias exigidas para la inscripción y la nueva anotación de las mismas.

El artículo 6 establece que las decisiones del Ministro agotan la vía administrativa, y se fijan las acciones que, en consecuencia, poseen al respecto los interesados.

El artículo 7 establece las modalidades técnicas de organización del Registro.

Y, finalmente, en el artículo 8 se señalan los requisitos para la cancelación de las inscripciones.

Dos disposiciones transitorias regulan la situación de las Entidades que gocen de personalidad jurídica, sin inscripción registral, al entrar en vigor el Real Decreto.

Como se desprende de todo lo reseñado, se trata, de una norma notoriamente técnica, sobre la que se ha debatido mucho acerca de los problemas que su aplicación pueda generar, los cuales están directamente relacionados con la naturaleza de la inscripción registral, sus efectos, y otros problemas que la concisión y limitado contenido del Decreto no dejan de plantear.

Aunque la doctrina ha estudiado algunos posibles cambios en esta normativa, como indica MANTECÓN, sin embargo, solamente la vía jurisprudencial aporta alguna solución en relación con la aplicación del dato de los fines religiosos requeridos para la inscripción. Así, la STC 46/2001, de 15 de febrero, sostiene que el Ministerio no ha de pronunciarse sobre la religiosidad de los fines invocados, sino estar a lo alegado por la Entidad solicitante. Aunque tal fallo se considera doctrinalmente muy discutible, y la referida Sentencia contó con un número excepcional de votos particulares, la misma ha sido seguida por los tribunales inferiores (PÉREZ-MADRID).

### 3.5. LA COMISIÓN ASESORA DE LIBERTAD RELIGIOSA

Por Real Decreto 1.890/1981, de 19 de junio, se creó y reguló la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, prevista por la Ley Orgánica y constituida en el seno del Ministerio de Justicia. Una Orden Ministerial de 31 de octubre de 1983, completó la regulación de la organización y competencias de la Comisión. Posteriormente, siendo necesario realizar un ajuste de la composición de la Comisión a la estructura y competencias de los nuevos Departamentos ministeriales, y de perfeccionar la organización y funcionamiento de la misma, con la experiencia ya adquirida, se derogaron ambos textos, que fueron sustituidos por el Real Decreto 1.159/2001, de 26 de octubre, y por la Orden Ministerial 1.375/2002, de 31 de mayo.

En el artículo 1 se hace referencia a la naturaleza y composición de la Comisión. La misma es un órgano colegiado, adscrito, orgánica y funcionalmente, al Ministerio de Justicia. Lo preside el Director General de Asuntos Religiosos (hoy día, Subdirector General de relaciones con las Confesiones). Actúa como Secretario un funcionario del Ministerio de Justicia, licenciado en Derecho, designado por el

Presidente de la Comisión y que actúa con voz pero sin voto.

Los vocales se agrupan en tres bloques:

a) Un representante de la Presidencia del Gobierno y de cada uno de los Ministerios que puedan tener alguna relación con los asuntos religiosos, designados por sus respectivos titulares.

b) Nueve representantes de la Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas o Federaciones de las mismas entre las que, en todo caso, se encontrarán aquellas que tengan reconocido notorio arraigo en España. Estos representantes serán designados por el Ministro de Justicia, después de oír, al menos, a estas últimas. La razón de ello reside en que, en la disposición anterior, se decía que podían ser oídas las confesiones inscritas.

c) Nueve personas de reconocida competencia en el campo de la libertad religiosa, designadas por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia. El mandato de los vocales es de cuatro años, pudiendo ser nombrados para nuevos mandatos, e igualmente sustituidos en el caso de cese, renuncia o fallecimiento, siendo la duración de la sustitución limitada al tiempo del mandato que restara al vocal sustituido.

En el artículo 2 se especifica que las funciones que le corresponden a la Comisión son el estudio, informe y propuesta de todas las cuestiones relativas a la aplicación de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y, de manera especial, y, con carácter preceptivo, la preparación y dictamen de los acuerdos o convenios de cooperación a que hace referencia el artículo 7 de dicha Ley Orgánica.

Se desprende del contenido del artículo que la Comisión puede ser consultada para cualquier cuestión relativa a la aplicación de la Ley Orgánica, aunque sus decisiones no son vinculantes, siendo, sin embargo preceptivo su informe cuando se trate de la preparación y el dictamen de los posibles acuerdos que se pretendan llevar a cabo por las confesiones religiosas que deseen negociar con el Estado.

El artículo 3 se refiere a la organización de la Comisión. En primer lugar, establece sus dos modalidades de actuación: en Pleno y en Comisión Permanente; especificándose que el Pleno está obligado a reunirse anualmente, aunque también podrá hacerlo siempre que el Presidente así lo indique o cuando lo soliciten la mayoría de los vocales.

En cuanto a la Comisión Permanente ejercerá las funciones que le sean delegadas por el Pleno. La integran las siguientes personas: el Presidente, que es el Director General de Asuntos Religiosos (hoy día Subdirector general de Relaciones con las Confesiones), siendo el Secretario el del Pleno, que asistirá a las reuniones con voz pero sin voto; y ocho Vocales, tres entre los representantes de las confesiones religiosas, tres entre las personas de reconocido prestigio en materia religiosa y dos entre los representantes de la Administración General del Estado.

El Ministro de Justicia podrá encomendar al Pleno o a la Comisión Permanente el estudio, informe o propuesta de los asuntos que considere de carácter urgente, así como presidir las sesiones de ambos órganos cuando considere que el asunto así lo

requiera por la trascendencia de la cuestión.

Y, finalmente, se especifica que podrán ser convocados tanto al Pleno como a la Comisión Permanente aquellas personas que, a juicio del Presidente, puedan efectuar alguna aportación relevante para un asunto preciso, si bien con voz pero sin voto.

Por último, la disposición adicional única, se refiere a los gastos de funcionamiento, siendo el Ministerio de Justicia quien deba atender a los mismos.

## 4. LOS ACUERDOS DEL ESTADO CON CONFESIONES RELIGIOSAS DISTINTAS DE LA CATÓLICA

### 4.1. INTRODUCCIÓN

No existen precedentes históricos en cuanto a la existencia de acuerdos con ninguna confesión religiosa que no sea la católica. De ahí que para el Derecho eclesiástico español constituya una novedad significativa el estudio de estos tres acuerdos que, en aplicación del desarrollo normativo del artículo 7 de la LOLR y basados en la aplicación del principio de cooperación del artículo 16.3 de la Constitución, se llevan a cabo en el año 1992.

El artículo 7 de la LOLR establece: «1. El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que, por su ámbito y número de creyentes, hayan alcanzado notorio arraigo en España».

Así pues, cualquier Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa precisa cumplir dos requisitos para poder llevar a cabo estos acuerdos, que son: estar inscrita en el Registro de Entidades Religiosas y haber alcanzado notorio arraigo en España.

La cuestión del notorio arraigo, al carecer de referencias, requirió que la Ponencia creada a tal efecto por la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, enumerase los siguientes criterios que debían de ser constatados: *a)* suficiente número de miembros; *b)* organización jurídica adecuada, que la constituyese en único interlocutor válido con la Administración; *c)* arraigo histórico en España, legal o clandestino; *d)* importancia de las actividades sociales llevadas a cabo; *e)* Extensión de su ámbito territorial; *f)* institucionalización de sus ministros de culto.

Pero en definitiva, ¿qué supone el notorio arraigo? En principio, es un criterio de referencia y de orientación para el legislador y, sobre todo, para quienes deciden qué confesiones pueden negociar acuerdos con el Estado y cuáles no.

De todas formas habría que indicar que no necesariamente cumplir los dos requisitos establecidos por la LOLR lleva aparejado, indefectiblemente, la firma de un acuerdo, porque, a día de hoy, en España, existen confesiones religiosas, inscritas,

que han obtenido el reconocimiento de notorio arraigo, a las que aún no les ha sido posible llegar a estos acuerdos, como, por ejemplo, es el caso de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Mormones); los Testigos de Jehová; los Ortodoxos y los Budistas.

A la vista de lo indicado cabría decir que, actualmente, el notorio arraigo se ha extendido a tradiciones religiosas e iglesias que, hace años, hubiera sido impensable que pudieran llegar a obtenerlo. Como manifiesta SEGLERS, se suponía que sus seguidores, como mínimo, debían llegar al 5 por 100 del conjunto de la población española, al requerirse la existencia de un sustrato social importante, una verificable presencia histórica, legal o, en su caso, en la clandestinidad, y la realización de actividades sociales y culturales constatables.

Obviamente, el requisito del notorio arraigo se estableció para confesiones religiosas distintas de la católica, ya que la sola mención que se hace de ésta en el artículo 16.3 de la Constitución da por sentado que la misma posee dicho arraigo en España. Pero, realmente, si la cota se encuentra en el 5 por 100, habiéndose disminuido para así admitir a los budistas, lo cierto es que, hoy en día, prácticamente cualquier confesión va a poder solicitar el mismo, no pudiendo el Estado denegarlo. Por tanto, como indica SEGLERS, deben modificarse los criterios de valoración, avanzando hacia un sistema de acuerdos o pactos que no requieran satisfacer el requisito establecido en la LOLR del notorio arraigo.

#### 4.2. DENOMINACIÓN

Son tres las confesiones no católicas que han establecido convenios con el Estado: la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), por Ley 24/1992, de 10 de noviembre (*BOE* de 12 de noviembre); la Federación de Comunidades Judías de España (FCI), por Ley 25/1992, de 10 de noviembre (*BOE* de 12 de noviembre); y la Comisión Islámica de España (CIE), por Ley 26/1992, de 10 de noviembre (*BOE* de 12 de noviembre).

— FEREDE, como indica su acrónimo, es una Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España que agrupa a la mayoría de las Iglesias Evangélicas del Estado. Dicha Federación surge como resultado de la labor realizada por la Comisión de Defensa Evangélica, que se constituye en mayo de 1956, para la defensa del colectivo evangélico español, la cual desempeñó esa labor hasta 1982, fecha en que se inician las conversaciones para la firma de un convenio de cooperación entre el Estado y la confesión protestante.

En el marco de ese proceso negociador, la Administración exigió la creación de un interlocutor único en la negociación, firma y posterior seguimiento de posibles acuerdos. Y así, en noviembre de 1986, la Comisión de Defensa se transforma y constituye la FEREDE, que asume, a los efectos de interlocución con el Estado, la representación del protestantismo español, con notorio arraigo, y con capacidad para

vincularse en nombre de las Iglesias que lo integran.

— Por su parte, FCI, es una Federación de Comunidades Judías de España, que agrupa a la inmensa mayoría de comunidades de esta confesión en el país, las cuales se unen al objeto de poder negociar y concluir los acuerdos con el Estado.

— En cuanto a la CIE, la misma está constituida por la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (FEERI) y la Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIDE), que se unen para llevar a cabo, como en los casos anteriores, las negociaciones tendentes a materializar los acuerdos con el Estado.

El artículo 1 de los Estatutos de la Comisión Islámica de España dice, a este respecto: «La FEERI y la UCIDE constituyen una Entidad Islámica denominada “Comisión Islámica de España”, para la negociación, firma y seguimiento del Acuerdo de Cooperación con el Estado. A tal efecto se inscribe en el Registro de Entidades Religiosas, a fin de tener personalidad jurídica propia». Y en el mismo artículo prevé la incorporación de otras «Comunidades Islámicas, inscritas en el mencionado Registro que lo deseen, sin otro requisito que la aceptación de los contenidos de Acuerdo de Cooperación, directamente, o por conducto de alguna de las mencionadas Federaciones, y sean admitidas por la Comisión Permanente que podrá denegar su admisión por índole religiosa».

Así pues, la Comisión Islámica es el máximo representante de los musulmanes en España, desde la firma de los Acuerdos de 1992.

En el desarrollo de los Acuerdos con la CIE la Administración ha tenido problemas, en numerosas ocasiones, a causa de la necesidad de que existiese consenso entre los secretarios generales de ambas Federaciones, pues ambos, según los Estatutos, tenían que firmar, de manera conjunta, para la realización de cualquier trámite.

Además, han ido surgiendo otras Federaciones que no se han integrado en la CIE, y que han acusado a los integrantes de ésta de monopolizarla y de beneficiarse de subvenciones públicas, ignorando la realidad plural de los musulmanes en España. Así, otras Federaciones se han unido, constituyendo la Comisión Musulmana de España (CME), a fin de prescindir de la ya existente, al reclamar al Ministerio de Justicia que se extiendan a la CME los Acuerdos de 1992, de manera que esta nueva Comisión obtenga los mismos derechos de representatividad y actuación que tiene reconocidos la CIE.

Para terminar de abordar esta cuestión hay que indicar que la unión que se produce en las Federaciones Evangélica, en la Judía y en la Comisión Islámica, lo es a los solos efectos de las negociaciones y firma de los correspondientes acuerdos.

#### 4.3. NATURALEZA JURÍDICA

Nos viene dada por lo que determina el artículo 7 LOLR, cuando dispone: «En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por ley de las Cortes Generales». De lo que se

deduce que estos acuerdos no tienen el mismo tratamiento que los celebrados con la Iglesia católica.

No obstante, conviene distinguir entre el propio acuerdo que tiene como sujetos al Gobierno y a los representantes de las confesiones religiosas respectivas; y la ley que lo expresa, la cual debe su autoría exclusiva a las Cortes Generales.

Aún entendiendo que no se pueden asimilar estos acuerdos a los celebrados con la Iglesia católica, sin embargo, cabría aplicar, siguiendo a MARTÍNEZ BLANCO, lo que éste dice al respecto: «también es de aplicación en el ordenamiento español la teoría del *tertium genus*, la de un “ordenamiento interpotestativo” u “ordenamiento jurídico propio por encima del Derecho interno y por debajo del Derecho Internacional”», cuya consecuencia inmediata es que las Cortes Generales no pueden modificar de forma unilateral el contenido del acuerdo, sin que por ello se desvirtúe su propia naturaleza.

Así pues, la calificación de los acuerdos como leyes reforzadas o leyes con negociación previa tiene como consecuencias jurídicas, en primer lugar, que éstos no pueden ser modificados de forma unilateral, sino bilateral; y, en segundo lugar, que esa negociación previa predetermina la actuación de los órganos legislativos del Estado, que sólo pueden aprobarlos o rechazarlos en su totalidad.

Con lo cual, siguiendo a MARTÍNEZ TORRÓN y a FORNÉS, se puede decir que estos acuerdos son fuentes formalmente unilaterales, pero materialmente bilaterales, porque su contenido proviene de un pacto acordado entre el Gobierno y la respectiva confesión. De ahí que su contenido sea intangible.

Finalmente, hay que decir, como afirma LARENA-FERNÁNDEZ ARRUTY, que «las disposiciones contenidas en los acuerdos con las confesiones están vinculadas en su vigencia al principio del *pacta sunt servanda* y, por lo tanto, el Estado no puede modificarlas sin consentimiento de la otra parte, salvo que entre en juego la regla del *rebus sic stantibus*.

#### 4.4. CARACTERES

Los tres acuerdos responden a una sistemática común. Formalmente se trata de tres textos muy parecidos en su contenido y tenor literal. Constan de doce artículos, en el caso de la Federación Evangélica y de catorce en los de la Federación Israelita y la Comisión Islámica.

De la exposición de motivos se deducen algunos de sus caracteres básicos:

a) Tienen su fundamento en el artículo 16.3 de la Constitución y en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

b) Sus principios inspiradores son los del Derecho Eclesiástico del Estado: principio de libertad religiosa; de aconfesionalidad; de igualdad y no discriminación por motivos religiosos; y de cooperación del Estado con las confesiones.

c) Su contenido se orienta a hacer posible el ejercicio real y efectivo de los

derechos de libertad e igualdad religiosa que asisten a los ciudadanos pertenecientes a esas confesiones religiosas.

#### 4.5. SUJETOS

Los sujetos del Preacuerdo son el Ministerio de Justicia, a través de su Dirección General de Asuntos Religiosos (hoy, Subdirección General de Relaciones con las Confesiones), y la confesión respectiva, representada por el Secretario de la Federación o de la Comisión. El acuerdo lo es posteriormente entre el Gobierno y la confesión, en el momento de la aprobación de aquél. Y termina siendo una ley hecha en Cortes.

Hay que señalar que el alcance subjetivo viene determinado en el artículo 1 de cada uno de los acuerdos, cuando en su apartado 1 se dice que «Los derechos y obligaciones que se deriven de la Ley por la que se aprueba el presente Acuerdo serán de aplicación a las Iglesias que, figurando inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, formen parte o se incorporen posteriormente a [...], mientras su pertenencia a la misma figure inscrita en el mencionado Registro». Y en cuanto a la acreditación de dicha incorporación, igualmente viene determinada en el apartado 2 del referido artículo 1, que dice: «La incorporación [...] se acreditará mediante certificación expedida». En este caso dicha certificación corresponderá expedirla al Secretario General de la Federación respectiva o de la Comisión.

#### 4.6. CONTENIDO

El contenido de los acuerdos se refiere a las siguientes materias:

a) *Personalidad jurídica* de las confesiones. Inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, regulado en el Real Decreto de 9 de enero de 1981 (art. 1.3.º).

b) *Funciones religiosas*:

1. Funciones propias de la confesión (art. 6).
2. Festividades religiosas (art. 12).
3. Normas alimentarias (art. 14 de los textos judío e islámico).

c) *Lugares y ministros de culto*:

1. Lugares de culto (art. 2).
2. Ministros de culto: concepto (art. 3); servicio militar (art. 4) y seguridad social (art. 5).

d) *Matrimonio religioso*. Efectos civiles (art. 7).

e) *Asistencia religiosa*:

1. Militares (art. 8).
2. Centros públicos (art. 9).

f) *Enseñanza* (art. 10).

g) *Régimen económico y fiscal* (art. 11).

h) *Patrimonio histórico-artístico* (art. 13 de los textos judío e islámico).

Cada una de estas materias será analizada de forma pormenorizada en las siguientes lecciones.

## 5. OTRAS DISPOSICIONES NORMATIVAS

### 5.1. NORMAS CONFESIONALES RELEVANTES PARA EL DERECHO ESPAÑOL

Las confesiones religiosas pueden tener un ordenamiento jurídico propio, como es el caso de las que, hoy en día, gozan de acuerdos con el Estado, esto es, de la Iglesia católica, y de las confesiones judía y musulmana.

En otros tiempos, y teniendo en cuenta la confesionalidad tradicional católica del Estado, determinadas normas canónicas tenían eficacia automática en España, cosa que no sucede en la actualidad.

Al desarrollar esta cuestión estamos haciendo referencia a la relación que se establece entre dos ordenamientos jurídicos distintos, el estatal y el canónico, siendo interesante considerar el fenómeno de la recepción en el ordenamiento del Estado de las normas religiosas.

Es así de aplicación al Derecho español lo que dice GIACCHI: «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 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».

Las formas de conexión más habituales entre ambos ordenamientos son las siguientes:

a) *La remisión material o recepticia*. Se caracteriza porque la norma estatal puede

dotar de eficacia civil a normas que tienen procedencia canónica, sin que ello implique la competencia del derecho canónico sobre la materia de que se trate. Se trata simplemente de incorporar en el propio ordenamiento normas ajenas a él. Por ejemplo, es lo que ocurría antes de la reforma del Código Civil, operada en 1981, con el artículo 75, por el que la forma y las solemnidades del matrimonio civil se regían por las disposiciones de la Iglesia católica y del Concilio de Trento, admitidas como Leyes del Reino.

b) *La remisión formal o no recepticia*. Se reconoce la competencia de un ordenamiento distinto para regular una relación jurídica determinada, otorgándose eficacia en su propia esfera a las relaciones surgidas al amparo del ordenamiento competente (BERNÁRDEZ). Supuestos de aplicación son:

1. El artículo I.3 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, cuando reconoce la personalidad jurídica de la Conferencia Episcopal Española, «de conformidad con los Estatutos aprobados por la Santa Sede».

2. El artículo I.4 del mismo Acuerdo cuando se dispone, en relación con las Órdenes y Congregaciones religiosas que, estando erigidas canónicamente, en esa fecha no gocen de personalidad jurídica civil y las que se erijan canónicamente en el futuro, que las mismas adquirirán dicha personalidad jurídica mediante la inscripción y que «a los efectos de determinar la extensión y límites de su capacidad de obrar, y por tanto de disponer de sus bienes, se estará a lo que disponga la legislación canónica, que actuará en este caso como derecho estatutario».

3. Los artículos VI.1 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos y 7 de los Acuerdos de las tres confesiones minoritarias, cuando se reconocen los efectos civiles del matrimonio, aunque con matices, según determina el artículo 60 del Código Civil.

c) *El presupuesto*. Esta figura se observa cuando el Estado, para regular determinadas materias que están relacionadas con el derecho de las confesiones, necesita utilizar una nomenclatura que es propia de aquéllas. Evidentemente el ordenamiento español suele utilizar, en ocasiones, categorías propias de los ordenamientos confesionales, empleando conceptos que sólo pueden ser definidos a partir de esos ordenamientos. No obstante, ello no significa que el derecho del Estado reciba la regulación jurídica confesional, sino que el mismo parte de ella para regular, por medio de sus propias normas, una relación jurídica determinada.

Así, BERNÁRDEZ se refiere a esta figura de manera crítica, indicando que no se puede calificar a estas relaciones o instituciones canónicas como presupuestos puramente de hecho, «porque tratándose de conceptos y categorías nacidos en el seno de un ordenamiento distinto, la aceptación que hace el legislador civil, siquiera sea como punto de partida para su propia regulación a efectos civiles, implica el reconocimiento de una competencia distinta para disciplinar aquellos institutos, o lo que es equivalente, que aquellas figuras tienen naturaleza jurídica, aunque de suyo y en principio, no tengan relevancia jurídica con carácter previo al reconocimiento estatal».

Con la utilización de la figura del presupuesto se está posibilitando el ejercicio pleno del derecho fundamental a la libertad religiosa, por cuanto se produce el necesario reconocimiento de los efectos civiles de actos jurídicos realizados en el ámbito de sus respectivos ordenamientos, cuando esos actos no son sino manifestaciones de dicho ejercicio, ya que, como dice LOMBARDÍA, «tal derecho debe ser tutelado, en efecto, no solo en vía teórica, formal, de solemnes declaraciones constitucionales, pacticias o bilaterales, sino también en la vida real, esto es, en sus propios efectos, en su contenido».

Los ejemplos de aplicación de la figura del presupuesto son numerosos. Así términos tales como: Conferencia Episcopal; Diócesis; Parroquia; Obispo; Ministros de culto; bienes eclesiásticos; persona jurídica canónica; institutos de vida consagrada, etc.

## 5.2. NORMAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Las materias que pueden ser objeto de regulación por parte de una Comunidad Autónoma, excepción hecha de aquellas cuya regulación corresponde al Estado, vienen recogidas en los artículos 147 a 150 de la Constitución Española, siendo el artículo 148.1 el que define las materias que las Comunidades pueden asumir.

Las Comunidades Autónomas pueden utilizar diversas técnicas normativas para desarrollar la regulación de las materias que nos ocupan, relativas a la libertad religiosa. Las mismas pueden ser de carácter unilateral, legislativa o administrativa, o de carácter bilateral o pacticias.

Dentro de las normas unilaterales, en la mayoría de los casos, la legislación autonómica no regula exclusivamente el factor religioso, ya que éste suele formar parte del interés cultural o social. Es más, a menudo no se menciona a las confesiones religiosas, sobreentendiéndose que se incluyen en el término organizaciones sociales. Por su parte, las normas administrativas, expresadas mediante decretos, órdenes o resoluciones pueden aludir al factor religioso, aunque éste, a veces, se desdibuja dentro del factor social.

Por lo que se refiere a las normas bilaterales o pacticias, hay que decir que éstas son el medio al que, con una mayor intensidad, han recurrido las Comunidades Autónomas, y, de manera muy especial, en el ámbito del patrimonio histórico-artístico.

### 5.2.1. *¿Quiénes son los sujetos del diálogo?*

Por parte de la respectiva Comunidad Autónoma, lo serán su Gobierno, aunque nada obstaría a que lo fuera formalmente, también, el Parlamento de la misma, así como las autoridades autonómicas, provinciales o locales.

Por lo que se refiere a las confesiones religiosas, serán representantes válidos los representantes legales de esa determinada confesión en el territorio que abarque la

Comunidad Autónoma, siempre que la confesión religiosa tenga personalidad jurídica civil como entidad religiosa, por estar inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, y que por medio de una certificación quede acreditada la representación legal de la persona que sea la interlocutora de la misma, no resultando imprescindible el requisito del notorio arraigo establecido en el artículo 7 LOLR. Incluso cabe la posibilidad, en opinión de OLMOS, de que si la entidad no está inscrita en el Registro de Entidades Religiosas pero tiene personalidad jurídica civil como asociación, encontrándose inscrita como tal en el Registro de Asociaciones, pueda llegar a firmar acuerdos con la Comunidad Autónoma.

Una de las consecuencias de la nueva configuración político-territorial del Estado, que implica el reconocimiento de las Comunidades Autónomas, es la influencia que esta nueva división territorial ejerce sobre la propia organización territorial intermedia de la Iglesia católica, la cual, necesariamente, tendrá que adaptarse a aquélla para poder dialogar con la misma de manera efectiva.

De todas formas, por parte de la Iglesia católica, han intervenido ya en distintas ocasiones, la Conferencia Episcopal, alguna de sus Comisiones, los Obispos de una Comunidad Autónoma, los de una Provincia eclesiástica, o simplemente el Obispo de una Diócesis.

### *5.2.2. Naturaleza jurídica de los acuerdos autonómicos*

La posición doctrinal no es muy concluyente al respecto, ya que constituye una técnica jurídica nueva en nuestro ordenamiento jurídico. Así, las posiciones oscilan desde aquellas que les encuentran un cierto parecido con los concordatos, hasta las que los consideran meros contratos administrativos.

De todas formas, hay que distinguir entre los acuerdos autonómicos suscritos con la Iglesia católica, de los firmados con las tres confesiones con acuerdo, evangélicos, judíos y musulmanes, ya que los primeros constituyen convenios de cooperación ejecutorios de acuerdos celebrados con anterioridad; mientras que los últimos no contienen referencia expresa al marco legal en el que se encuadran (OLMOS).

### *5.2.3. Materia de aplicación*

No se trata de enumerar de forma exhaustiva las materias a las que se pueden aplicar, pero baste con saber que el mayor número de disposiciones se refiere, como ya se apuntó en otro momento, al patrimonio histórico-artístico, el cual está básicamente referido a la Iglesia católica; urbanismo; turismo y ocio; museos y bibliotecas; asistencia social; sanidad; asistencia religiosa; legislación penitenciaria; seguridad social; administración pública y funcionarios; medios de comunicación; enseñanza, etc.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- FUENTES BAJO, M. G.: «Fuentes del Derecho Eclesiástico Español», en MARTÍN SÁNCHEZ, I. (coord.), *Manual de prácticas de Derecho Eclesiástico: Jurisprudencia española*, Cívitas, Madrid, 1996.
- GARCÍA GÁRATE, A.: «Fuentes del Derecho Eclesiástico», en I. MARTÍN SÁNCHEZ, I. (coord.), *Curso de Derecho Eclesiástico del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A.: «Principios y fuentes del Derecho Eclesiástico», en JUSDADO RUIZ-CAPILLA, M. A., y CAÑAMARES ARRIBAS, S. (coords.), *Derecho Eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid, 2012.
- IBÁN PÉREZ, I. C.; PRIETO SANCHÍS, L., y MOTILLA DE LA CALLE, A.: *Derecho Eclesiástico*, McGraw-Hill, Madrid, 1997
- *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004.
- LOMBARDIA, P., y FORNÉS DE LA ROSA, J.: «Fuentes del Derecho Eclesiástico español», en FERRER ORTIZ, J. (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Eunsa, Pamplona, 1996.
- MARTÍNEZ BLANCO, A.: *Derecho Eclesiástico del Estado*, Tecnos, Madrid, 1993.
- *Las relaciones de las Comunidades Autónomas con las Iglesias: (significado y perspectivas del Derecho Eclesiástico Autonómico)*, Cajamurcia, Murcia, 1987.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «Jerarquía y antinomias de las fuentes del nuevo Derecho Eclesiástico español», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 3, 1987.
- MOTILLA DE LA CALLE, A.: «Fuentes pacticias del Derecho Eclesiástico español», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 3, 1987.

## LECCIÓN 4

# LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

MERCEDES FRÍAS LINARES

*Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Granada*

### 1. INTRODUCCIÓN: LIBERTAD RELIGIOSA E INTERÉS RELIGIOSO

Como afirma Daniel BASTERRA MONTSERRAT, «un derecho vale lo que valen sus garantías», esto es: un derecho se valora en la misma medida en que se protege. Al igual que no hay derecho sin deber, tampoco existe derecho sin protección, pues su solo reconocimiento, si no va acompañado de un mecanismo adecuado y eficaz para ser implementado, no tendrá valor real alguno, quedando reducido a una mera declaración de buenas intenciones. Así, puede decirse que el mejor medio para calibrar el alcance y la importancia que un ordenamiento jurídico otorga a un determinado derecho reside en comprobar la operatividad y eficacia de los instrumentos que articula para su protección, los cuales, asimismo, deben permitir a su titular —ya individual, ya colectivo—, ejercerlo en toda su amplitud.

Hay que tener en cuenta que el derecho a la libertad religiosa, como señala el profesor LÓPEZ ALARCÓN, es un derecho especialmente vulnerable al encontrarse fuertemente ligado a la conciencia y a los sentimientos del individuo, involucrando lo más íntimo y profundo de su ser, por lo que se hace necesario que los poderes públicos lo traten con especial mimo y cuidado. No en vano, JEMOLO consideraba la libertad religiosa como «la primera de las libertades». Es, por tanto, un derecho singular y de una extraordinaria complejidad.

Ahora bien, debemos tener presente que el derecho de libertad religiosa sólo entra a formar parte del cosmos jurídico en tanto que existe un interés religioso, interés que ha sido definido por JAEGER como «la relación entre un sujeto que siente una necesidad —en este caso, religiosa— y el bien idóneo para satisfacerla». Y ¿cuál sería el objeto del interés religioso? Según el profesor MARTÍNEZ BLANCO, no es el sentimiento religioso mismo —una vivencia interior del hombre y que en el interior permanece—, sino aquellos bienes sobre los cuales se proyecta aquel sentimiento, para poder satisfacer las necesidades religiosas, esto es, los actos de culto, los lugares

para celebrarlos, los ministros para realizar dichos actos, etc. Y es precisamente entonces, al ser regulado a través de la norma jurídica, cuando nace el reconocimiento de aquel derecho subjetivo.

Aunque en España, y en un marco jurídico encuadrado dentro de lo que se denomina laicidad «positiva», el Estado debe ser neutral respecto a las opciones concretas del hecho religioso y a sus expresiones públicas o privadas y no puede pronunciarse acerca de sus contenidos, no lo es, ni puede serlo ante la libertad religiosa que el propio Estado está obligado a reconocer, tutelar y garantizar. A este respecto, el profesor LLAMAZARES afirma que lo que precisamente implica el término laicidad positiva es que lo que la Constitución Española puede entrar, y entra, a valorar positivamente es la libertad de conciencia —religiosa y no religiosa (libertad de convicción)—, en cuanto a ejercicio de un derecho fundamental, pero no en los contenidos concretos en sí mismos considerados (creencias, convicciones, sentimientos o moral) de esa conciencia, por impedírsele uno de los ingredientes de la laicidad: la neutralidad.

A pesar de ser el derecho de libertad religiosa un derecho subjetivo, fundamental, inviolable e inherente a la propia dignidad humana, no hay que olvidar que su ejercicio, como el ejercicio de cualquier otro derecho, no es ilimitado. En este sentido se pronuncia el artículo 16.1 CE que, tras garantizar la libertad religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades, apostilla que no tendrán más limitación en sus manifestaciones «que la necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Al hilo de lo anterior, el artículo 3.1 LOLR de 1980 establece que: «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática». En términos similares se expresa la Declaración *Dignitatis Humanae*, puntualizando en su número 29.2 que las limitaciones que se impongan a dicho derecho, deberán hacerse «con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

Aunque los tres textos citados utilicen los términos limitación o límites, hemos de inferir, en la línea propuesta por BENEYTO, que las posibles restricciones en el ejercicio del derecho de libertad religiosa, así como la propia interpretación del concepto de orden público, no deberán en modo alguno entenderse en sentido negativo, como limitación propiamente dicha de tal derecho, sino en sentido positivo, como protección en el ejercicio del mismo. Por tanto, más que ante limitaciones que «limitan», realmente nos encontraríamos ante restricciones que «facilitan» y posibilitan el efectivo ejercicio de aquél. Además, hemos de tener en cuenta, tal y como señala el profesor CONTRERAS MAZARIO, que tales restricciones responden a presupuestos sociológicos, ideológicos y políticos, lo cual, evidentemente, supone descartar su inmutabilidad, no así la de los aspectos fundantes o esenciales del

derecho en cuestión, que se mantendrán invariables con el paso del tiempo.

En conclusión, no cabe la menor duda de que en nuestra Constitución existe una evidente valoración positiva del hecho religioso en sí mismo considerado y, por supuesto, del derecho de libertad religiosa, ya que la Carta Magna le otorga, no un reconocimiento cualquiera, sino que eleva éste a la suprema categoría de «fundamental», al ubicar la libertad religiosa en su «sección estrella»: la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo 2.<sup>o</sup> del título I. Asimismo, y como tendremos la ocasión de analizar, la propia Constitución y el ordenamiento jurídico dimanante de ella, en paridad y coherencia a tan supremo reconocimiento, asimismo le otorgan a la libertad religiosa una suprema tutela o tutela reforzada, como afirma el profesor SÁNCHEZ AGESTA o, si se prefiere, una protección VIP (*Very Important Protection*).

## 2. GARANTÍAS INSTITUCIONALES

Como presupuesto a la articulación de los distintos mecanismos de protección, nuestra Constitución determina, en el artículo 9.2, que «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas [...]». Por tanto, no se trata sino de la constitucionalización de una autoobligación por parte de los poderes públicos —convertidos en promotores— de garantizar la efectividad de los derechos y libertades reconocidos con los adecuados instrumentos, en lo que podríamos considerar un ejercicio de coherencia.

Por su parte, el artículo 53.1 CE establece lo que sigue: «Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título (I) vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)».

Establece este artículo el denominado principio de «reserva de ley». Y ¿cuál es su finalidad? Que sólo una norma con rango legal podrá regular el «ejercicio», en este caso, del derecho de libertad religiosa, pese a que, tal y como señala el profesor MARTÍNEZ BLANCO, los derechos y libertades resultan ser de aplicación directa, por lo cual no sería en principio necesario su desarrollo legislativo. No obstante, pueden tenerlo, y de hecho lo tienen, y buen ejemplo de ello es la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa, que regula y desarrolla este derecho fundamental.

Pero ¿valdría con cualquier ley, sea cual sea su rango? Veamos. El artículo 81 CE determina que las leyes orgánicas son las encargadas del «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (p. 1) y que para su «aprobación, modificación o derogación [...] [se] exigirá mayoría absoluta del Congreso [...]» (p. 2). Así, esta mayoría cualificada requerida garantizará que las leyes orgánicas que regulen el derecho fundamental de libertad religiosa se sustenten, como afirma el profesor FERREIRO GALGUERA, en un sólido consenso parlamentario. No obstante,

hemos de decir que esta regulación «orgánica» se exigirá únicamente para su regulación directa, lo cual supone que la regulación atinente a normas que aludan de forma indirecta o incidental a la libertad religiosa o bien que desarrollen la propia LOLR u otra norma «marco», tanto en el ámbito estatal, como en el autonómico o local, podrá y deberá llevarse a cabo por medio de leyes ordinarias o incluso por disposiciones reglamentarias, pues, de otro modo se vería seriamente limitada la operatividad del sistema jurídico. Destaquemos así, las Leyes —ordinarias, no orgánicas— 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992 que aprobaron los respectivos Acuerdos de cooperación del Estado con la FEREDE —Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España—, FCI —Federación de Comunidades Israelitas— y CIE —Comisión Islámica de España—, nacidas precisamente en desarrollo a lo establecido en el artículo 7 LOLR o bien la abundante normativa autonómica española en materia de patrimonio histórico-artístico.

Finalmente, podríamos decir que el artículo 53 CE introduce una importante cautela, al imponer un límite a aquel consenso parlamentario: la ley que desarrolla el derecho fundamental ha de respetar su «contenido esencial». Ciertamente, esta expresión resulta un tanto ambigua, por genérica, ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado que aparece por vez primera en la Ley Fundamental de Bonn, pero que en todo caso se refiere, tal y como determina la STC de 8 de abril de 1981, al contenido necesario para que el Derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya protección se otorgó. Precisamente, ese será el contenido que en todo caso habrá de ser respetado.

Por fin, el artículo 161.1.a) al que se refiere *in fine* el artículo 53.1 CE hace referencia a otra cuestión de nuclear importancia: en el caso hipotético de que una ley que regulase el ejercicio del derecho de libertad religiosa fuese sospechosa de vulnerar la Constitución, se establece una nueva cautela a través de dos instrumentos, gracias a los cuales tanto las personas como los órganos legitimados podrían instar la remoción de aquella ley, a saber: el recurso de inconstitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional «*contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley*», y la cuestión de inconstitucionalidad, promovida por Jueces y tribunales.

### 3. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

Cualquier ciudadano que sienta menoscabo o vulneración en el ejercicio de alguno de sus derechos y libertades, podrá acudir ante los Tribunales de justicia, que se encargarán de proporcionarle una «tutela judicial efectiva», tal y como reconoce el artículo 24.1 CE: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

Concretamente, si el hecho invocado es constitutivo de delito o falta, los Tribunales del orden penal serán los encargados de aquella tutela. Por su parte, los

Tribunales del orden contencioso-administrativo resolverán aquellas violaciones de derechos producidas por decisiones administrativas; y finalmente los Juzgados y Tribunales del orden civil se ocuparán de forma residual, de aquellos conflictos que no puedan ser incluidos en ninguno de aquellos dos órdenes.

En lo que a nosotros nos interesa, el artículo 4 LOLR establece lo que sigue: «los derechos reconocidos en esta ley [...] serán tutelados mediante amparo judicial ante los Tribunales ordinarios y amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional».

### 3.1. AMPARO ORDINARIO

La especial valoración que, como ya hemos señalado, el ordenamiento jurídico hace de la libertad religiosa, permite poder acudir, no sólo a los tribunales ordinarios competentes, a través de un procedimiento común —regulado por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial—, sino que además, y ello será lo más frecuente, podrá hacerlo a través de un procedimiento especial, mucho más ágil y rápido. Así lo recoge el artículo 53.2 CE: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30» [art. 53.2.C)].

Como afirma LARENA BELDARRAIN, la sumariedad y la urgencia citada deberá interpretarse como una mera rapidez en los plazos aplicables. Dicho procedimiento especial era regulado por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona, que en su artículo 1.2 incluía en su ámbito de aplicación la libertad religiosa. Pero dado que con el transcurso del tiempo se apreciaron ciertas deficiencias en aquella Ley, entre otras una utilización excesiva del proceso que establecía, dando lugar incluso a una duplicidad de los recursos presentados ante los Tribunales contencioso-administrativos, verá a luz la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y que trata de evitar en la medida de lo posible los problemas generados por su antecesora. Dicha ley ha sido asimismo modificada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (disp. derog. única). Eso significa que se mantiene el carácter «preferente» y urgente del proceso especial en materia de derechos fundamentales.

En el ámbito civil, por su parte, los artículos 11 a 15 de la Ley 62/1978 van a ser asimismo derogados por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Así como en la anterior regulación se preveía para estos supuestos el procedimiento para los incidentes, el artículo 249 establece que el procedimiento aplicable cuando se pida la tutela judicial civil de un derecho fundamental será el juicio ordinario, salvo el caso del derecho de rectificación, en cuyo caso lo será el juicio verbal.

## 3.2. AMPARO CONSTITUCIONAL

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional constituye un remedio subsidiario con respecto a la vía judicial ordinaria, y será interpuesto contra las resoluciones dictadas por los tribunales ordinarios.

El objeto del recurso de amparo recaerá sobre la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo 2.<sup>o</sup>, Título I: por tanto, la libertad religiosa, el principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE y el derecho a la objeción de conciencia del artículo 30 CE.

Para recurrir en amparo será necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos, según se recoge en los artículos 41 a 47 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional —modificada por sucesivas disposiciones, la última de las cuales es la LO 1/2010, de 19 de febrero—: 1. Que la violación del derecho fundamental de libertad religiosa haya sido producida por normas sin rango de ley o por actos de los poderes públicos; 2. Que se haya agotado la vía judicial previa; y 3. Que el recurso de amparo sea interpuesto por la persona, ya natural, ya jurídica, afectada de forma directa, o bien por el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo,

Y si nos asomamos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, constatamos que es ciertamente considerable el volumen de litigios que tienen por objeto alguna cuestión relativa a la libertad religiosa y de conciencia. Así, en la STC 34/2011, de 28 de marzo (*BOE* n.º 101, de 28 de abril), el TC deniega el amparo promovido por un letrado frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla que desestimaron su impugnación de los Estatutos del Colegio de Abogados de esta ciudad, en los cuales se nombra como patrona del Colegio a la Inmaculada Concepción. El demandante invocaba vulneración, entre otros, del derecho a la libertad religiosa en su vertiente objetiva (art. 16.3 CE). El tribunal considera que es necesario dilucidar si el Colegio de Abogados de Sevilla está constitucionalmente obligado a la neutralidad religiosa y, en caso de ser así, si la norma estatutaria controvertida tiene una significación incompatible con ese deber de neutralidad. Tras responder negativamente a la primera cuestión, se pronuncia del siguiente modo sobre la segunda: «no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el artículo 16.3 CE. Todo signo identitario es el resultado de una convención social y tiene sentido en tanto se lo da el consenso colectivo; por tanto, no resulta suficiente que quien pida su supresión le atribuya un significado religioso incompatible con el deber de neutralidad religiosa, ya que sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adherencia a postulados religiosos; concluyéndose así que, en el presente caso, el patronazgo de la Santísima Virgen en la advocación o

misterio de su Concepción Inmaculada, tradición secular del Colegio de Abogados de Sevilla, no menoscaba su aconfesionalidad» (FJ 4.º). No obstante, señala el Tribunal que su libertad religiosa hubiese quedado efectivamente menoscabada «si, en virtud de la norma colegial, se viera compelido a participar en eventuales actos en honor de la Patrona del Colegio de Abogados» (FJ 5.º), situación que realmente, en ningún momento ocurrió.

## 4. TUTELA EXTRAJUDICIAL. EL DEFENSOR DEL PUEBLO

El artículo 54 de la Constitución Española establece: «Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales».

Esa regulación se llevó a cabo por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada asimismo por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo. El Defensor del Pueblo goza de legitimación para iniciar y efectuar, bien de oficio, bien a instancia de parte, cualquier investigación para esclarecer los actos de la Administración pública y sus agentes que puedan afectar o lesionar los derechos de los ciudadanos. Sus atribuciones también se extienden a la actividad de los ministros o, en su caso, de los miembros del Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente, así como de las autoridades administrativas.

Además, el Defensor del Pueblo está legitimado para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad de las normas con rango de Ley, así como para la presentación del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Asimismo, y de forma periódica, el Defensor del pueblo emite informes anuales a las Cortes Generales, además de recomendaciones, sin eficacia vinculante, y no es competente para anular ni modificar actos y resoluciones de la Administración pública, pero sí puede sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la norma que estime pueda provocar situaciones lesivas para los derechos de los administrados.

Hay, al menos, tres ámbitos que cobran una especial relevancia en su actuación: dos de ellos vienen singularizados en la propia Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, a saber: las quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia y las quejas sobre la Administración Militar. El otro ha ido cobrando importancia en la práctica de la actuación de la Institución: se trata de la protección de los menores.

De todos modos, las cuestiones relativas a la libertad religiosa podrían agruparse, a efectos expositivos, en los siguientes apartados: a) La participación obligatoria de militares en la celebración de festividades religiosas en el seno de las Fuerzas Armadas. b) El ejercicio de la libertad religiosa en la escuela pública: presencia de

simbología religiosa; elección de centros por razón de las convicciones religiosas de los padres; obligatoriedad de asistencia a las clases de religión. c) La protección de datos automatizados de carácter personal. d) Otras cuestiones: actuaciones sobre bienes culturales de titularidad eclesiástica; Seguridad Social de clérigos y religiosos; régimen de los lugares de culto; e) La objeción de conciencia por motivos religiosos.

## 5. PROTECCIÓN INTERNACIONAL

La tutela de los derechos humanos, y por supuesto de la libertad religiosa, ha encontrado un eficaz cauce en el ámbito internacional, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX. La Carta de San Francisco, firmada el 26 de junio de 1945, que creará la Organización de las Naciones Unidas, contempla el derecho a no sufrir discriminación por motivos religiosos (art. 55).

Poco después será la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, la que contenga referencias más explícitas al mismo, reconociendo a toda persona el derecho a la «libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» (art. 18): se inaugura así una nueva actitud de concienciación frente al hecho religioso y sus manifestaciones, acerca de la necesidad de abordar la protección de la libertad religiosa más allá de los límites nacionales, en un intento de aunar fuerzas y adoptar actitudes comunes de consenso en dicha tutela, para así asegurar su respeto y cumplimiento.

A partir de ese momento, la libertad religiosa viene recogida en todos los Pactos o Declaraciones internacionales, cuyo objetivo es consagrar la vigencia de los derechos fundamentales en todo el mundo. Muchos de éstos prevén mecanismos de protección de aquéllos. No obstante, en la actualidad es en el marco de los espacios regionales, y más concretamente en el ámbito europeo, donde los niveles de protección internacional de los derechos fundamentales han alcanzado mayores cotas de eficacia jurídica: son precisamente, y según ha señalado el profesor MARTÍNEZ-TORRÓN, los instrumentos regionales, al circunscribirse a un territorio más reducido, los que, por un lado, llevan a cabo una mejor adaptación a las circunstancias concretas de un determinado contexto sociocultural, y por otro, disponen de mecanismos de aplicación y control más directamente coercitivos.

Así, el Tratado de Lisboa, por su parte, proclama la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. En él se conservan derechos ya reflejados en el Convenio de Niza y se introducen otros nuevos. En particular, garantiza las libertades y los principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales, cuyas disposiciones pasan a ser jurídicamente vinculantes. La Carta aporta la ventaja de reunir en un único documento los derechos que hasta ahora se repartían en distintos instrumentos legislativos, tales como las legislaciones nacionales y comunitarias, o los Convenios internacionales del Consejo de Europa, de las

Naciones Unidas (ONU) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Al dar mayor visibilidad y claridad a los derechos fundamentales, propicia una mayor seguridad jurídica dentro de la Unión Europea.

Pero no hay que olvidar que la eficacia real de cada instrumento no es la misma, ya que, en lo que a Declaraciones y resoluciones solemnes se refiere, hemos de decir que *per se* carecen de eficacia vinculante, a diferencia de lo que ocurre con los Tratados y Convenios internacionales, que entran a formar parte del ordenamiento jurídico interno del Estado que los suscribe. Por otra parte, como señala GARCÍA SAN JOSÉ, la gran mayoría de estos tratados en materia de protección de derechos humanos permiten reservas así como declaraciones interpretativas que a veces pueden llegar a neutralizar las obligaciones internacionales asumidas por los Estados partes.

## 5.1. EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

Para dar efectivo cumplimiento a lo establecido en el artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966 —que también en su artículo 18 vuelve a reconocer la libertad religiosa, pero eso sí, eliminando de su contenido la posibilidad de cambiar de religión, que por el contrario, sí que recogía expresamente la DUDH—, se crea el Comité de Derechos Humanos, constituido por dieciocho miembros de reconocida competencia, que tienen encomendada una función interpretativa, de control y de supervisión a través de tres tipos de procedimientos: el primero —el informe gubernamental— se articula a partir de los informes periódicos que los Estados parte han de presentar al Comité sobre las disposiciones adoptadas respecto a los derechos reconocidos en el Pacto, así como el progreso que hayan experimentado en cuanto a su ejercicio (art. 40.1).

El segundo —la denuncia gubernamental— se genera partiendo de las denuncias presentadas por un Estado parte contra la presunta violación por otro Estado de los derechos reconocidos en el Pacto. La complejidad del sistema y la reticencia de los Estados a denunciarse entre sí explican el hecho de que el Comité, hasta la fecha, como constata el profesor FERREIRO GALGUERA, no haya intervenido en aplicación del mismo.

Pero resultará ser el tercer procedimiento —la denuncia privada— el más utilizado. Se inicia con una denuncia del particular afectado por la supuesta violación del derecho reconocido en el Pacto. La denuncia, denominada comunicación, ha de ser presentada por la víctima o bien por su representante. El proceso concluye con una decisión del Comité de Derechos Humanos en la que se pronuncia sobre la existencia o no de la violación cometida por el Estado parte acusado. La decisión suele acompañarse de un exhorto al Estado infractor para que en el futuro tome las medidas necesarias para que no vuelvan a suceder violaciones semejantes, dependiendo, así, su eficacia del espíritu de colaboración de los Gobiernos en cuestión.

No obstante, para algunos, como GARCÍA SAN JOSÉ, puede considerarse como

insatisfactoria la consideración y regulación del derecho de libertad religiosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en tanto que resulta desigualitaria en relación a otros derechos reconocidos en el artículo 2 (derecho a la vida), artículo 3 (prohibición de la tortura), artículo 4 (prohibición de la esclavitud) y por fin, artículo 7 (imposibilidad de imposición de una pena sin ley) ya que en virtud a lo establecido en el artículo 15 CEDH estos derechos no podrán ser derogados o restringidos, en circunstancias excepcionales (casos de guerra o de otro peligro público).

## 5.2. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La tutela jurisprudencial en Europa se materializa en el Tribunal Europeo de Derechos humanos y en el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, con sede en Luxemburgo, que desde 1969 se ocupa de la protección de los derechos fundamentales, si bien lo hace de forma indirecta y esporádica.

El TEDH será creado por el artículo 19 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, el cual también en su artículo 9 hace referencia a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

El procedimiento se inicia siempre a instancia de parte y las sentencias emitidas por el Tribunal, que siempre deberán de ser motivadas, determinarán finalmente si el Estado ha cometido o no una violación del derecho de libertad religiosa o de otros derechos reconocidos en el Convenio. En caso afirmativo, el Estado infractor, por el mero hecho de ser Alta Parte Contratante del Convenio, estará obligado a adoptar en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para dar efectivo cumplimiento a la sentencia y para proceder por fin a la restitución del derecho violado.

La jurisprudencia en torno al hecho religioso generada por el TEDH es ciertamente abundante, y la importancia que en sus resoluciones le ha otorgado al mismo es muy grande, hasta el punto de considerar al pluralismo religioso como indisociable de una sociedad democrática, así como uno de sus fundamentos (Sentencia de 29 de marzo de 2002). Pero no hemos de olvidar que en esta materia ha sufrido una evolución significativa en sus planteamientos. Podremos comprobarlo en el siguiente caso.

En la Sentencia del TEDH de 3 de noviembre de 2009 —*Caso Lautsi contra Italia*— se considera que la presencia del crucifijo en las aulas del instituto público en que estaban matriculados los hijos de la recurrente —la señora Soile Lautsi—, constituía una intromisión que resultaba del todo incompatible con la libertad de creencia y religión de los alumnos, así como una violación del derecho de los padres de educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones religiosas y filosóficas, además de vulnerar la neutralidad confesional del Estado:

El Tribunal estima que la exposición obligatoria de un símbolo de una confesión concreta en el

ejercicio de la función pública respecto a situaciones específicas sujetas al control gubernamental, en particular en las aulas, restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones y el derecho de los niños escolarizados a creer o no creer. El Tribunal considera que esta medida vulnera estos derechos toda vez que las restricciones son incompatibles con el deber del Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de la función pública, en particular en el ámbito de la educación. En consecuencia, ha habido violación al artículo 2 del Protocolo número 1 conjuntamente con el artículo 9 del Convenio.

Pero en la nueva Sentencia de 18 de marzo de 2011 se produce un significativo cambio de tendencia, que está produciendo lo que ya se conoce en algunos foros como el «efecto Lautsi»: en ella se afirma, contrariamente a los planteamientos de la anterior resolución, que el crucifijo no es en sí mismo un elemento adoctrinador, y que su presencia o no en el aula de un colegio público responderá a un cierto margen de discrecionalidad del Estado, que si decide su permanencia en modo alguno vulnera el derecho de libertad religiosa, ni tampoco la neutralidad del Estado en materia religiosa, constituyendo más bien una expresión de la tradición cultural italiana:

Il résulte de ce qui précède qu'en décidant de maintenir les crucifix dans les salles de classe de l'école publique fréquentées par les enfants de la requérante, les autorités ont agi dans les limites de la marge d'appréciation dont dispose l'État défendeur dans le cadre de son obligation de respecter, dans l'exercice des fonctions qu'il assume dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.

## 6. PROTECCIÓN PENAL

Desde siempre aparecen en la Historia diversos castigos para las acciones ofensivas a la divinidad, así en Roma por ejemplo, antes de la aparición del cristianismo, eran castigadas aquellas conductas ofensivas a la religión nacional. Más adelante, los propios cristianos serían considerados como herejes por negarse a adorar a las divinidades romanas, que incluían al Emperador entre las mismas, lo cual, en consecuencia, haría que el incipiente cristianismo fuese considerado como una secta ilícita.

### 6.1. LOS CÓDIGOS PENALES EN ESPAÑA

Al igual que en la totalidad de legislaciones penales, resulta evidente que la tutela dispensada por la legislación penal española ha ido en consonancia con las opciones que sobre política religiosa han sido adoptadas a lo largo de la historia por parte del poder político y que responden, en gran medida, a razones que poco o nada tienen que ver con lo estrictamente jurídico.

Así, el Código Penal de 1822, impregnado de la fuerte confesionalidad estatal que establecía la Constitución liberal de 1812, castigará en su artículo 227 con la pena de muerte a todo aquel *«que conspirase directamente y de hecho a establecer otra religión en las Españas o a que la Nación española deje de profesar la religión*

*Católica romana».*

Por su parte, el Código penal de 1848 suaviza la dureza punitiva de su predecesor, también en sintonía con la Constitución moderada de 1845, eliminando la pena de muerte para las infracciones cometidas en relación con la religión católica. No obstante, serán consideradas como delictivas, por ejemplo, conductas tales como el intento de abolir o variar la religión oficial (art. 128), los actos públicos de culto no católicos (art. 129), o la apostasía (art. 136).

El cambio radical va a producirse con el texto constitucional de 1869, de inspiración progresista, que consagra en su artículo 21 la libertad religiosa y garantiza el ejercicio, tanto público como privado, de cualquier culto. Consecuentemente, el Código Penal de 1870 no hará distinción alguna en la protección de intereses religiosos, sean o no católicos. Así, quedan suprimidos los delitos de religión y nacen otros encaminados a proteger aquella libertad religiosa: forzar a otro a asistir a actos religiosos que no sean los de su religión (art. 236), e impedir observar las festividades propias de su culto u obligar a trabajar en una fiesta religiosa (art. 238).

No obstante, la Constitución de 1876, al retomar la confesionalidad estatal, provoca la pérdida de vigencia de la codificación penal en lo que a materia religiosa se refiere, situación que permanecerá invariable hasta 1928. En este año verá la luz el Código de la dictadura del General Primo de Rivera, durante la cual se asume la protección del valor social del hecho religioso, pese a que se mantiene la oficialidad estatal de la religión católica. Ahora bien, sólo se permitirá el ejercicio privado, no público, de cultos no católicos.

La laicidad estatal de la Segunda República, instaura un sistema que intenta compatibilizarse, sin demasiado éxito, con la libertad de cultos. Así, el Código Penal de 1932 elimina toda referencia expresa a la religión católica, crea una nueva Sección para los «Delitos relativos a la libertad de conciencia y al libre ejercicio de los cultos» y añade nuevos artículos que castigarán aquellos actos de los funcionarios encaminados a coartar o limitar a los ciudadanos en materia religiosa.

Pero la confesionalidad volverá a inspirar el Código penal de 1944 que en su sección tercera: «De los delitos contra la religión católica» recogerá tipos destinados a abolir o menoscabar la religión del Estado (art. 205), la interrupción o perturbación de ceremonias católicas (art. 206), la profanación de las Sagradas Formas o de objetos sagrados (arts. 207 y 208), el escarnio (art. 209) y el maltrato de palabra o de obra a un ministro de la religión católica (art. 210).

Será la celebración del Concilio Vaticano II —y especialmente su Declaración conciliar *Dignitatis Humanae*, que concebirá la libertad religiosa como un derecho inherente a la dignidad de la persona— el que provoque una convulsión en el sistema contundentemente confesional proclamado en el artículo 6 del Fuero de los Españoles. La asincronía entre ambos planteamientos provocará, por un lado, la inclusión de la libertad religiosa, gracias a la Ley Orgánica del Estado de 1967, en el Fuero de los Españoles, y por otro, la promulgación de la Ley 44/1967, de Libertad Religiosa, primer paso hacia la definitiva implantación de este derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la reforma del Código Penal a través del texto refundido el de 1973 incorpora una nueva sección bajo la rúbrica «Delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado y las demás confesiones», Pese a todo, la novedad más significativa será la inclusión del artículo 205, que establece un delito contra la libertad religiosa.

La culminación de este proceso hacia la eliminación de cualquier situación de privilegio de la religión católica con la consiguiente consideración igualitaria de todas las manifestaciones religiosas, se producirá con la Constitución de 1978, para lo cual verá la luz la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma Urgente y Parcial del Código Penal, que suprimirá el artículo 206 —delitos contra la confesionalidad del Estado— así como toda referencia expresa a la religión católica, modificando asimismo el encabezado de la sección por el de «Delitos contra la libertad de conciencia».

Los avatares sufridos por la legislación penal relativa a cuestiones religiosas han sido abundantes, desde el año 1983 hasta el Código Penal de 1995, a través de sucesivas reformas parciales y urgentes llevadas a cabo por distintas Leyes Orgánicas, entre otras, la LO 5/1988, de 9 de junio (que despenalizó el delito de blasfemia como tal).

## 6.2. LA REGULACIÓN PENAL VIGENTE

También, el propio Código Penal de 1995 ha sido modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

La sección primera aparece bajo la rúbrica: «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución» (arts. 510 a 521). Entre ellos, evidentemente, se encontrará la libertad religiosa. Por ello, y tal como señala el profesor TAMARIT SUMALLA, el vigente Código ofrece un tratamiento más diferenciado desde un punto de vista sistemático de aquellos delitos reconocidos por nuestra Constitución cometidos por particulares y por funcionarios.

No obstante, dicha sección puede ser considerada como un cajón de sastre —y tal vez, desastre— en el cual se incluyen disposiciones normativas que pretenden proteger aquellos derechos y libertades constitucionales, incluida la libertad religiosa.

Alude dicha sección a dos cuestiones esenciales, a saber: por un lado, a las situaciones en las cuales tanto la religión como las creencias religiosas pueden ser objeto de discriminación, y por otro, la comisión de delitos por parte de lo que el Código Penal denomina «asociaciones ilícitas», entre las cuales, y en relación al aspecto religioso, se encuentran las denominadas «sectas destructivas» —grupos que, amparándose en la tutela y protección dispensada por el ordenamiento jurídico a la libertad religiosa, desarrollan actividades que poco o nada tienen que ver con la misma, y más bien, instrumentalizan este derecho al servicio de la realización de actividades ilícitas—. Incluso en este caso, tal y como afirma el profesor GOTI ORDEÑANA, la responsabilidad correría a cargo de los dirigentes o líderes del grupo

en cuestión, por lo cual no resultaría responsable el grupo religioso como tal.

Mencionemos brevemente el contenido de los que resultan más significativos para nuestra materia:

— Artículo 510: provocación a la discriminación, al odio o a la violencia, contra grupos o asociaciones por motivos referentes a la ideología, religión o creencias.

— Artículo 511: denegación por parte de un empleado o cargo público, de una prestación a la que un particular tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias.

— Artículo 512: denegación de una prestación a la que una persona tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, por parte de sujetos en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales.

— Artículo 515: definición de asociaciones ilícitas.

— Artículo 517: penas impuestas a los fundadores, directores y presidentes de las denominadas asociaciones ilícitas.

— Artículo 518: penas impuestas a aquellos que cooperen económicamente o de cualquier otro modo, o a los que favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones ilícitas.

— Artículo 519: penas a la provocación, conspiración y proposición para cometer el delito de asociación ilícita.

— Artículo 520: disolución de la asociación ilícita por parte de los Jueces y Tribunales.

— Artículo 521: inhabilitación para las autoridades, agentes o funcionarios públicos que cometan un delito de asociación ilícita.

Por su parte, la sección segunda: «De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos» (arts. 522 a 526) será tratada a continuación de forma pormenorizada.

Pese a que ciertamente, como señala el profesor TAMARIT SUMALLA, un sector de la doctrina duda acerca de la justificación desde un punto de vista de la política criminal de este grupo delictivo, otros considerarán sin embargo que su regulación subraya el valor de la libertad religiosa, considerada por nuestra Constitución como un derecho fundamental.

Así, el vigente Código de 1995, en la misma línea que la mayor parte de los Códigos penales en Europa, conserva un grupo de delitos que incluyen el proselitismo ilícito y la perturbación de ceremonias, así como otros que protegerán más bien los sentimientos religiosos, como los delitos de escarnio y profanación. No se mantienen, sin embargo, el delito de maltrato a un ministro de culto y el delito de ofensa contra los sentimientos religiosos del anterior artículo 211, ni tampoco el delito de blasfemia, que ya había desaparecido en 1988.

### *6.2.1. Coacción en el ejercicio de la libertad religiosa*

Artículo 522: «Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses: 1. Los que

por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos. 2. Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen».

En el primer párrafo, dentro del concepto *actos propios de las creencias* están incluidas, no sólo las manifestaciones colectivas de la fe religiosa, sino también las expresiones individuales de la misma, como, por ejemplo, la oración.

En cuanto al segundo párrafo, regula el llamado proselitismo ilícito. Si bien el artículo 2.1.a) LOLR reconoce el proselitismo, como un derecho de los individuos «a manifestar y difundir libremente sus propias creencias religiosas», e igualmente lo reconoce nuestro Tribunal Constitucional (STC 141/2000, de 29 de mayo) como «facultad dimanante de la libertad religiosa» (FJ 4.º), si los medios utilizados para tal manifestación, bien por su naturaleza, bien por su intensidad o reiteración, vulneran la libertad en la opción religiosa del sujeto, serán susceptibles de ser castigados. Además, hay una acertada modificación con respecto a la redacción del antiguo artículo 205.2: la expresión «actos propios de las creencias que profesen», vendrá a sustituir a la de «actos de culto», con la finalidad de incluir dentro de dicha protección a aquellas religiones que no realicen actividades culturales conocidas o al uso y que con la antigua redacción quedaban injustamente excluidas.

La acción tipificada es doble: por un lado «impedir» —y por tanto, no dejar hacer— y por otro «forzar», esto es, obligar a hacer, y el bien jurídico protegido será la libertad religiosa en su vertiente individual.

### 6.2.2. *Perturbación en el ejercicio de la libertad religiosa*

Artículo 523: «El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar».

Merece destacarse, en primer lugar, la inclusión del término «inscritas», al referirse a las confesiones religiosas incluidas en el ámbito de su protección. De ello se infiere, como señala el profesor FERREIRO GALGUERA, que la protección de este derecho se ve circunscrita tan sólo a las confesiones religiosas que han practicado la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, pero dado que tal inscripción no es obligatoria, sino potestativa, no resulta coherente que sufra menoscabo la tutela en cualquier manifestación de la dimensión colectiva de la libertad religiosa por el hecho de no haber realizado dicha inscripción registral. Ello supone que cuando las ceremonias realizadas por estos grupos sean objeto de perturbación, podrán acogerse únicamente a la protección genérica dispensada por la figura de la falta contra el orden público (arts. 633 ss. CP).

Por último, señalar que el artículo extiende su aplicación a cualquier acto colectivo de las confesiones religiosas, resultando por tanto indiferente que sean celebradas en lugares privados o públicos.

Consiguientemente, el bien jurídico protegido en este caso es el ejercicio de la libertad religiosa en su dimensión colectiva.

### 6.2.3. Profanación

Artículo 524: «El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas, ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a diez meses».

La protección en este caso, va dirigida directamente a los sentimientos religiosos de los individuos. Cuando el acto recae sobre cosas u objetos sagrados, estamos ante una «profanación real». Si por el contrario la acción consiste en el desprecio del carácter sagrado de una persona, estamos ante un caso de «profanación personal»; Y en la hipótesis de violación de un lugar sagrado, podríamos hablar de «profanación local». A juicio de las profesoras BENÍTEZ y ADORNA, el artículo 524 comprende solamente la profanación «real» que se daría cuando la profanación afecta a una cosa sagrada, destinada al culto, ya sea mueble —imágenes, altares, reliquias, ornamentos, etc.—, como inmueble —iglesias, capillas, cementerios, etc.—.

En este tipo resulta esencial el *animus iniuriandi*, entendido como la intención del ejecutante de ofender, y deberá de concretarse en algún objeto de especial significación para una confesión religiosa, por lo cual en principio parecen excluidas las ofensas verbales. Según indica FERREIRO GALGUERA, los sujetos directamente protegidos en este tipo penal son las personas físicas y no, al menos directamente, las confesiones, pues son aquellos y no éstas las que tienen capacidad de albergar sentimientos religiosos como tales. Los sentimientos religiosos son, pues, un bien jurídico de naturaleza individual, pues su titularidad no corresponde a las confesiones sino a los individuos.

Por su parte, la gravedad de la profanación dependerá del lugar donde se produjo el hecho —templo o lugar dedicado habitualmente al culto— o bien realizarse en el desarrollo de una ceremonia religiosa —aunque en este caso se ejecute dicho acto de culto en un lugar o espacio no destinado habitualmente a ello—.

### 6.2.4. Escarnio

Artículo 52: «1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican. 2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna».

El escarnio es definido por el Tribunal Supremo como «la burla o mofa tenaces de los dogmas, las creencias, ritos o ceremonias o, incluso, de aquellas personas que los practiquen o participen en ellas». Aquí se recogen los dos tipos: por un lado, el escarnio a la confesión religiosa y por otro, el ultraje de los dogmas, ritos o ceremonias. Pero ciertamente la vejación pública de quienes profesan o practican una religión implica de modo indirecto un escarnio contra la religión misma. Antiguamente la amenaza, insulto, calumnia o injuria a la autoridad —entendiendo como tal la de los ministros religiosos— se consideraban como delito de desacato. La consumación se produce por la simple actividad, con la única exigencia de la publicidad. De lo contrario estaríamos ante un posible delito de injurias (art. 208).

#### 6.2.5. Violación de sepulturas y profanación de cadáveres

Artículo 526: «El que, faltando al respeto debido a la memoria de los difuntos, violare los sepulcros o las sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses».

Este artículo ha sufrido un cambio de ubicación con respecto al antiguo artículo 340. En realidad, la comunidad en general, no sólo la religiosa, se interesa por la *reverencia* hacia la *memoria de los difuntos*, y siendo como es un valor cultural, habrá de ser tutelado, no sólo desde una perspectiva exclusivamente religiosa, sino también social. En este caso, es precisamente la sociedad quien se erige en titular del bien jurídico protegido, no pudiéndose lógicamente incluir en este delito las conductas que se vean justificadas por un fin educativo o de investigación. Sólo serían delictivas cuando se ajusten a las acciones de «violar» o «profanar».

El primero de los términos se refiere a la apertura o entrada ilegítima en un sepulcro o sepultura. Cuando se habla sin embargo de *profanación*, estamos ante la irreverencia o falta del respeto debido al cadáver o sus cenizas —mutilaciones, sustracciones de órganos, determinadas conductas sexuales perturbadas (necrofilia) o, incluso, acciones tales como el robo de objetos de valor—. También se habla de «destruir, alterar o dañar» siempre con el ánimo de *ultraje*. Por último, destacar que si el delito se comete por razones racistas o xenófobas, se acentuará la gravedad de los actos descritos por ser además, discriminatorios (art. 22.4 CP).

## 7. TUTELA ADMINISTRATIVA. LA DENOMINADA «POLICÍA DE CULTOS»

La manifestación pública de las creencias es, como sabemos, uno de los contenidos integrantes del derecho de libertad religiosa. Pero, precisamente por su publicidad, las diversas actividades desarrolladas por las confesiones religiosas puede

incidir o incluso interferir con otros intereses igualmente legítimos.

La actividad estatal encargada de vigilar y garantizar que el ejercicio de este derecho respete los límites establecidos por la ley, se ha denominado tradicionalmente «policía de cultos», y ha sido definida por el profesor MARTÍNEZ BLANCO como «toda actividad de la administración pública en sus diversas esferas (estatal, autonómica o local) y ámbitos de competencia, que incide en la actuación de las confesiones religiosas cuando éstas se proyectan socialmente en el ejercicio de su libertad religiosa».

Como es evidente, la pluralidad de materias sobre la que dicha actividad policial puede recaer es muy grande. Veamos.

## 7.1. DERECHO DE REUNIÓN Y DERECHO DE ASOCIACIÓN

Nuestra Constitución de 1978, en su artículo 21, reconoce «el derecho de reunión pacífica y sin armas».

Por su parte, la LOLR de 1980 en su artículo 2.1.d), establece: «La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho a: [...] reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica».

En el mismo sentido, la LO 9/1983, de 15 de julio, regula el derecho de Reunión, explicitando en su artículo 2 cuándo y por quién podrá ser ejercitado tal derecho. Pese a que no menciona los actos religiosos, contrariamente a la anterior Ley de Asociaciones de 23 de mayo de 1976, que sí lo hacía, resulta esta disposición de directa aplicación a las Confesiones religiosas así como a sus entes institucionales y otros entes de su creación, siempre y cuando hayan alcanzado un reconocimiento a nivel estatal, quedando por tanto incluidos en la expresión «y demás entidades legalmente constituidas».

Hay que señalar que si la reunión se produce en un lugar de tránsito (en la vía pública, por ejemplo), será preceptivo dar un aviso a la autoridad gubernativa (art. 21.2 CE).

Por su parte, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, otorga una protección especial a este derecho en su artículo 122, permitiendo, en caso de prohibición o modificación de reuniones previstas por la ley, la interposición de recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal competente.

Finalmente, hemos de destacar que la libertad religiosa también puede actuar como límite del propio derecho de reunión. Así, en la STC 195/2003, de 27 de octubre, se reconoce tal limitación como «adecuada y necesaria para la preservación del ejercicio otro derecho fundamental, en este caso, el derecho a la libertad religiosa» (FJ 8.º), pues en el supuesto de hecho objeto de dicho recurso, se restringió

el uso de la megafonía en una jornada de concentración que tenía lugar en la plaza contigua a una basílica durante el tiempo de celebración de los oficios religiosos.

En cuanto al derecho de asociación (art. 22 CE), la LOLR somete en su artículo 6.2 al ordenamiento jurídico general a las asociaciones y demás fundaciones creadas por las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas.

## 7.2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LAS IDEAS RELIGIOSAS Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

De modo genérico, el artículo 20 CE reconoce, por un lado, el derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» [p. 1.a)], y, por otro, el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» [p. 1.b)].

Asimismo, determina que el ejercicio de esos derechos «no podrá restringirse mediante ningún tipo de censura previa» (p. 2).

De tal modo, libertad de expresión y derecho a la información constituyen realidades distintas, y según LÓPEZ ALARCÓN, mientras la primera protege únicamente la comunicación del pensamiento sin trabas, el segundo garantiza la manifestación de hechos que, normalmente se institucionaliza a través de empresas que han de realizar actividades múltiples, tales como la preparación, elaboración, selección y difusión de la información o noticias, también protegidas jurídicamente.

En lo que se refiere al aspecto religioso, hemos de distinguir dos vertientes en su ejercicio:

La primera, la encontramos en el artículo 2.1.a) LOLR, en cuanto derecho de «toda persona [...] a manifestar libremente sus propias creencias religiosas», y en el artículo 2.1.b), que recoge el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, concorde asimismo con el artículo 2.1.c) —«derecho a recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole»—.

Por su parte, en cuanto a la vertiente colectiva, el artículo 2.2 LOLR se refiere al derecho que «las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas» tienen a «divulgar y propagar su propio credo». Para ello, podrán valerse de los medios, ya propios, ya ajenos que estimen convenientes, sin más límites, tal y como indica el profesor LARENA BELDARRAIN, que los propios de la libertad religiosa y los que se deriven de la colisión con otros derechos y libertades públicas.

Pero, por otro lado, ¿cuál deberá ser la actitud de los medios de comunicación de titularidad pública ante el hecho religioso? Hemos de señalar que la propia información transmitida por los medios de comunicación social deberá hacerse en un clima de respeto a las diferentes opciones religiosas. Así, la Ley 18/2007, de 17 de diciembre, de la radio y televisión de titularidad autonómica gestionada por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA), en su artículo 4 recoge que: «en el ejercicio de su función de servicio público», deberá respetar el «pluralismo político, social, cultural y religioso». Concretamente para la

Iglesia católica, el artículo 14 del Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, determina que «el Estado velará para que sean respetados en sus medios de comunicación social los sentimientos de los católicos».

Por otra parte, las confesiones religiosas estarán en su legítimo derecho de acceder a la comunicación ya sea oral, escrita o audiovisual, mediante la creación de empresas periodísticas, que proporcionen, bien información estrictamente religiosa, bien información de carácter general con orientación religiosa. En el caso de las empresas cuya titularidad corresponda a una determinada confesión religiosa — siempre y cuando esté inscrita en el Registro de Entidades Religiosas—, la ley permite que la misma establezca cláusulas de salvaguarda de su propia identidad. Por ello, no estará obligada a respetar ese pluralismo informativo, sino que podrá ser absolutamente parcial, tanto en la selección de la información transmitida como en el particular enfoque que le otorgue a la misma. Finalmente, no hemos de olvidar que esa posibilidad genérica de creación de empresas periodísticas estará lógicamente condicionada a las disponibilidades económicas de las propias confesiones religiosas: en el caso de la Iglesia católica en España, la emisora COPE de radio, o el periódico *Alba*, son claros ejemplos de la concreción de aquella posibilidad.

### 7.3. URBANISMO

Del latín *urbs, urbis* —ciudad—, en tanto que supone una ordenación del espacio físico o suelo, determinando la forma en que los edificios y otras estructuras de las poblaciones se organizan, condiciona ciertamente la vida de los ciudadanos.

La Ley española del Suelo (RDL 2/2008, de 20 de junio), determina que la «cohesión social» es elemento esencial en lo que se refiere a la regulación, ocupación, transformación o uso del mismo. En el contexto europeo, el Dictamen sobre «Política de la vivienda y política social», elaborado por el 68.º Pleno del Comité de Regiones en 2007, se refiere expresamente al ámbito religioso: «También deberán tomarse en consideración las necesidades de los distintos grupos religiosos, por ejemplo, el requisito del agua corriente para las abluciones (musulmanas), a la hora de construir nuevas viviendas» (punto 2.2). Asimismo, afirma que «los edificios emblemáticos locales como [...] los centros de culto religioso [...] son importantes para consolidar las comunidades» (punto 2.5).

Veamos sus implicaciones en nuestra materia.

#### 7.3.1. Lugares de culto

Tanto para la Iglesia católica, como para las confesiones religiosas que han firmado acuerdos de cooperación con el Estado español, la LOLR reconoce el derecho «a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos» (art. 2.2), lo cual se concreta en el artículo I.5 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979 para la Iglesia católica y en similares términos, los artículos 2 de los respectivos Acuerdos de 10 de noviembre de 1992 con las confesiones religiosas

minoritarias.

Se entiende por lugares de culto, tal y como se recoge de forma casi idéntica en los artículos 2 de los Acuerdos de 10 de noviembre de 1992, «los edificios o locales que estén destinados de forma permanente y exclusiva a las funciones de culto, formación o asistencia religiosa, cuando así se certifique por la Comunidad respectiva, de conformidad de la Secretaría General de la FCI» (Acuerdo Israelitas). Además, tales lugares «gozarán de inviolabilidad en los términos establecidos en las Leyes» (p. 2).

En cuanto a la Iglesia católica, será el Canon 1205 el que se refiera al mismo, aunque sin aportar una definición del mismo: «un lugar de culto lo será mediante dedicación o bendición prescrita por los libros litúrgicos».

Son las Comunidades Autónomas las que, en conformidad con el artículo 148.1.3.º CE, poseen la competencia exclusiva en materia de urbanismo, pero no hemos de olvidar que el artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, establece que «el Municipio ejercerá en todo caso, competencias [...] en las siguientes materias: d) ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística».

Pero, ¿qué requisitos se exigirán a una confesión religiosa para poder erigir uno de estos centros?

Si bien el artículo 8 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 no enumera a los centros religiosos entre los establecimientos que requieren permiso de apertura, frecuentemente dichos permisos son exigidos. Un ejemplo de lo que puede considerarse como un excesivo e injustificado intervencionismo de la Administración en esta cuestión, lo encontramos en la Ley de Centros de Culto de Cataluña, aprobada el de 22 de julio de 2009, que exige para la apertura y el uso de los lugares de culto, además de las licencias urbanísticas necesarias de acuerdo con la normativa vigente, una licencia municipal, lo que pone en manos de los alcaldes la facultad de otorgar o en su caso denegar la preceptiva licencia, o incluso de poder proceder a su cierre.

Y es que la erección de un centro de culto a veces puede suponer una serie de problemas, entre otros, el rechazo por parte de la comunidad vecinal del lugar donde pretende enclavarse: es lo que se conoce como «efecto SPAN» (Sí, Pero Aquí No), esto es, la reacción de ciertos ciudadanos organizados con la finalidad de impedir la realización en su entorno inmediato de ciertas actividades o la implantación de instalaciones no deseadas, en palabras de la profesora ADORNA. Eso hace que muchos templos pertenecientes a confesiones religiosas minoritarias se erijan en lugares apartados e inadecuados, ya que la propia legislación urbanística no recoge ninguna reserva de suelo para los lugares de culto, hecho que propicia una cierta discrecionalidad a la hora de fijar su emplazamiento.

Un caso jurisprudencial interesante lo encontramos en la Sentencia del TSJA de 30 de septiembre de 2008, en la que se declara la nulidad del acuerdo por el cual el Ayuntamiento de Sevilla cedía 6.000 metros cuadrados a la CIE (Comisión Islámica Española) para la construcción de la que iba a ser la Mezquita más grande de Europa, estimando así el recurso de apelación interpuesto por una Asociación de vecinos que rechazaban la construcción de la misma en su barrio. El Tribunal evidencia el «fraude

urbanístico» cometido por el Ayuntamiento, pues la Mezquita no era «un simple templo al servicio de la zona», sino que resultaba «un hecho notorio», y por tanto los vecinos afectados tenían «el derecho a decidir cómo debe ser el lugar que constituye el centro de su convivencia».

### 7.3.2. Cementerios

La obligación del mantenimiento exclusivo de cementerios católicos, así como de recintos anejos donde se enterraban los cadáveres de aquellos a quienes se les negaba sepultura eclesiástica, acorde con los planteamientos de un estado confesional, cambiará, gracias a la Ley de Libertad Religiosa de 1967, en la cual (art. 8) se protegía también la dignidad de los no católicos, estableciéndose el derecho de todos los españoles a recibir sepultura conforme a sus convicciones religiosas.

Por su parte, la Ley 49/1978, de 3 de noviembre, sobre enterramientos en cementerios municipales, en su artículo 1 suprimirá cualquier discriminación por razones de religión.

En la actualidad, los respectivos artículos 2 de los Acuerdos de 10 de noviembre de 1992 con la FEREDE y la CIE hacen expresa referencia al reconocimiento del «derecho a la concesión de parcelas reservadas para los enterramientos islámicos (y judíos) en los cementerios municipales, así como el derecho de poseer cementerios islámicos (y judíos) propios» (puntos 5 CIE y 6 FCI).

Los cementerios son lugares sagrados para las confesiones religiosas, estando además sometidos a un régimen especial, tanto por el servicio público prestado como por la necesidad de intervención de la policía sanitaria. En cuanto a su titularidad, pueden ser públicos —ya mancomunados, ya municipales— o bien privados. En el caso que pertenezcan a la Iglesia católica o a otras confesiones religiosas son una propiedad privada afecta a un servicio público. En poblaciones con más de 10.000 habitantes, se regirán por su Reglamento de régimen interior, que deberá ser aprobado por el Gobernador civil de la provincia, previo informe de la Jefatura Regional de Sanidad.

### 7.3.3. Días festivos y festividades religiosas

Trabajo y descanso son dos realidades indisolublemente unidas según se recoge en nuestra legislación —artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores: «Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo»—.

Hemos de decir que, a pesar de la conservación en el calendario laboral de festividades de tradición cristiana, éstas han perdido, en el contexto de la legislación laboral, su significación religiosa: el propio Tribunal Constitucional (STC 19/1985, de 13 de febrero) descarta que el domingo sea festivo por razones religiosas. Así, se pronuncia en su FJ 4.º: «Que el descanso semanal corresponda en España, como en

los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es lo que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos», pero, en definitiva, «el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el “domingo” como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición».

Además, cabría la posibilidad de que el trabajador, para satisfacer las obligaciones culturales exigidas por su credo religioso, permutase las fechas de descanso establecidas con carácter general por los días festivos propios de su religión. Esa posibilidad se convierte en norma jurídica en los Acuerdos de 10 de noviembre de 1992, con la FCI y la CIE, posibilidad que no obstante sólo podrá hacerse efectiva previa petición del interesado y en caso de que exista un acuerdo, también previo, entre el trabajador y la empresa.

En ese sentido se pronuncia el artículo 12 FCI: «El descanso laboral semanal para los fieles de las Comunidades israelitas pertenecientes a la FCI podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general».

Por su parte, el artículo 12 CIE establece lo que sigue: «1. Los miembros de las Comunidades islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España que lo deseen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne para los musulmanes, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol durante el mes de ayuno (Ramadán)».

En el apartado 2 del artículo 12 de ambos Acuerdos, se recogen algunas festividades judías y musulmanas, que serán al igual que las establecidas con carácter general «retribuidas y no recuperables».

## 8. LIBERTAD RELIGIOSA Y RELACIONES LABORALES

En este contexto, y en íntima relación con el apartado anterior, hemos de plantearnos dos cuestiones: la primera es si el trabajador tiene o no derecho a ejercitar su libertad religiosa en su entorno de trabajo, y la segunda, si la libertad religiosa del trabajador puede o no modalizar su prestación laboral, hasta el punto de condicionarla, esto es, si en casos de conflicto entre ésta y aquélla, deberá de prevalecer la libertad religiosa, o por el contrario, la autonomía privada del empresario, que le permita, bien negar al trabajador la satisfacción de sus necesidades religiosas, bien incluso proceder a su despido.

En cuanto a la primera cuestión, hemos de decir que la prestación laboral deberá posibilitar al trabajador el cumplimiento de sus deberes religiosos, y a ello responde históricamente el descanso dominical para tal satisfacción, como hemos visto, lo cual,

señala el profesor MARTÍNEZ BLANCO, podrá efectuarse, bien aprovechando los días festivos, bien permitiéndole optar por un turno de trabajo que le permita compatibilizar con el mismo dicho cumplimiento.

Los ámbitos en los cuales se despliega el ejercicio de la libertad religiosa dentro de la actividad laboral comprenden, por un lado, la libertad de expresión de las propias opiniones religiosas en el entorno laboral, y por otro, el ejercicio de actividades religiosas dentro de la empresa, extremo este último que no podrá entenderse como ilimitado, especialmente, durante el período de ejecución de la actividad laboral, ya que como es lógico, la satisfacción de las necesidades religiosas no podrá obstaculizar o menoscabar el óptimo desempeño de dicha prestación.

El Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) se refiere en su artículo 4.2.c), en lógica consonancia con el artículo 14 CE, al derecho que asiste a los mismos «a no ser discriminados para el empleo o una vez empleados, por razones de [...] ideas religiosas [...], dentro del Estado español [...]», lo que nos lleva a afirmar que la religión no puede en modo alguno interferir negativamente ni en la contratación, ni durante el desempeño del trabajo, y en íntima relación con ello, el artículo 17.1 del Estatuto declara «nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por condiciones de [...] ideas religiosas [...] dentro del Estado español».

Pero, ¿qué se entiende por trato discriminatorio o discriminación? Nos lo aclara el artículo 1.1 del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, que la concibe como «cualquier distinción, exclusión o preferencia basados en motivos de [...] religión [...] que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación».

En definitiva, lo anterior supone que la pertenencia a una u otra religión no puede ser causa de un trato diferenciado en el contexto de la relación laboral.

Pero no hemos de olvidar un dato importante: ya que la Constitución Española, en su artículo 16 exime a los individuos de la obligación de «*declarar sobre su ideología, religión o creencias*», el trabajador podría, en el momento de la firma del contrato, no manifestarlas, surgiendo el problema si con posterioridad dicho trabajador pretendiese hacer valer en su lugar de trabajo las condiciones necesarias para satisfacer sus necesidades religiosas, no mediando el preceptivo pacto previo entre trabajador y empresario.

El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre cuestiones relacionadas con este ámbito, y así, en su Sentencia 19/1985, de 13 de febrero, desestima el recurso de una trabajadora perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, despedida por abandono del trabajo, ante la negativa de la empresa a concederle permiso de ausentarse desde la puesta de sol del viernes a la del sábado, período prescrito por su fe para el cumplimiento de sus deberes religiosos. Dice la mencionada Sentencia que, aunque resulte evidente que el respeto a los derechos

fundamentales garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con ese respeto, no se sigue de ahí en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades pueda ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas.

Además, según el Tribunal Constitucional el empresario había mantenido una actitud de neutralidad respetuosa con el derecho de libertad religiosa, y la concesión de un día de descanso semanal diferente del régimen general establecido en la empresa «supondría una excepcionalidad, que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario» (FJ 3.º).

Por otra parte, y en lo que a la extinción del contrato se refiere, hemos de plantearnos qué ocurriría si fuesen alegados motivos religiosos para proceder a la extinción de la relación laboral, lo cual en principio quedaría prohibido por vulnerar los derechos que se reconocen al trabajador a nivel constitucional.

Pero en el caso de las denominadas empresas de tendencia, donde precisamente la ideología religiosa de dicha empresa modaliza y condiciona la contratación laboral misma ocurre algo distinto. Así, en los centros docentes privados de carácter confesional definidos por su ideario, que deberá ser necesariamente respetado por el profesor del centro, y la conducta incluso fuera del ámbito laboral, del mismo podrá ser tenida en cuenta por el empresario si dicha conducta ataca gravemente dicho ideario.

No obstante, el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 51/2011, de 14 de abril, en sesión del pleno de 14 de abril de 2011 (BOE de 10 de mayo), ha modificado sensiblemente esta tendencia general, otorgando el amparo solicitado por una profesora de religión católica que contrajo matrimonio civil con un hombre divorciado y por tal razón no fue propuesta para continuar su labor docente por el delegado diocesano de enseñanza del obispado de Almería. Y asimismo reconoce el derecho de la mujer «a no sufrir discriminación por razón de sus circunstancias personales (art. 14 CE), hace además referencia a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida (art. 32 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

La Sentencia en su FJ 4.º afirma: «El derecho de libertad religiosa y el principio de neutralidad religiosa del Estado implican que la impartición de la enseñanza religiosa asumida por el Estado en el marco de su deber de cooperación con las confesiones religiosas se realice por las personas que las confesiones consideren cualificadas para ello y con el contenido dogmático por ellas decidido. Sin embargo, por más que haya de respetarse la libertad de criterio de las confesiones a la hora de establecer [...] los criterios con arreglo a los cuales determinen la concurrencia de la cualificación necesaria para la contratación de una persona como profesor de su doctrina, tal libertad no es en modo alguno absoluta, como tampoco lo son los derechos reconocidos en el artículo 16 CE ni en ningún otro precepto de la Constitución, pues

en todo caso han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional».

«En consecuencia [...] son, precisamente, los órganos jurisdiccionales los que deben ponderar los diversos derechos fundamentales en juego [...]. En el ejercicio de este control los órganos judiciales y, en su caso, este Tribunal Constitucional, habrán de encontrar criterios practicables que permitan conciliar en el caso concreto las exigencias de la libertad religiosa (individual y colectiva) y el principio de neutralidad religiosa del Estado con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y laborales de los profesores».

## BIBLIOGRAFÍA

- BASTERRA MONTSERRAT, D.: *La libertad religiosa en España y su tutela jurídica*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983.
- FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa e ideológica: garantías procesales y tutela penal», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de La Coruña, 2002.
- GOTI ORDEÑANA, J.: *Sistema de Derecho Eclesiástico del Estado*, Universidad del País Vasco, San Sebastián-Donostia, 1991.
- LARENA BELDARRAIN, J.: *Derecho Eclesiástico*, Dykinson, Deusto, 2004.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la Libertad de Conciencia*, vols. I y II, Thomson-Cívitas, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ BLANCO, A.: *Derecho Eclesiástico del Estado*, vols. I y II, Tecnos, Madrid, 1993.
- MARTÍNEZ TORRÓN, J.: *Religión, Derecho y Sociedad: antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado*, Comares, Granada, 1999.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.<sup>a</sup>: «Delitos contra la Constitución», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal español*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

## LECCIÓN 5

# EL RÉGIMEN PATRIMONIAL, ECONÓMICO Y FISCAL DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

LETICIA ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA

*Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Granada*

## 1. RÉGIMEN PATRIMONIAL

### 1.1. NOCIONES PREVIAS

Dentro del patrimonio cultural, o del patrimonio histórico-artístico, en España, debemos distinguir a tres grandes titulares: el Estado, los particulares y la Iglesia católica. Por lo que se refiere a las denominadas otras confesiones religiosas, como veremos, hasta el momento, presentan una mínima incidencia en esta cuestión.

Este patrimonio tiene como característica el aunar de forma simultánea, por un lado, su valor para el culto, y, por el otro, su valor cultural. «Por lo tanto, además de la normativa propia de la Iglesia, que afecta a dicho patrimonio, desde la perspectiva del Estado, son tanto el Derecho eclesiástico como el Derecho administrativo los que se ocupan de él» (MORENO MOZOS).

En España no cabe duda de que el patrimonio de la Iglesia católica, ocupa un lugar muy importante, no sólo por su trascendencia, sino también por su cuantía. Este patrimonio presenta una serie de particularidades, entre las que se encuentra su titularidad, ya que pertenece a personas jurídicas eclesiásticas, es decir, a diócesis, parroquias, órdenes religiosas, instituciones, fundaciones, etc., y está sujeta a la legislación promulgada por la Iglesia católica, y a la legislación civil, salvo en los casos o materias que de forma expresa quedan exceptuadas.

### 1.2. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL. LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY 16/1985, DE 25 DE JUNIO, DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

#### 1.2.1. La Constitución

Con la Constitución de 1978 se inicia una nueva etapa en materia de protección del patrimonio cultural, propiciada, por un lado, por los cambios que se van a producir dentro del ordenamiento jurídico español, entre los que se encuentran la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas, y por otro, por la necesidad de ampliar el ámbito de protección establecido por leyes anteriores.

En la Constitución existe una triple alusión a la cuestión patrimonial: el artículo 46 regula la cuestión patrimonial en sí; el artículo 44, en tanto que la conservación del patrimonio constituye una forma de garantizar el «acceso a la cultura»; y el artículo 45, que puede ser considerado como un complemento a los dos artículos anteriores, en la medida en que tanto los bienes muebles como los inmuebles necesitan un entorno propicio, no sólo para su conservación, sino también para su contemplación.

El principal precepto constitucional alusivo al patrimonio, en cualquier caso, es el artículo 46. En él se marcan las líneas fundamentales de la política del Estado en materia patrimonial, que serán reiteradas posteriormente por la vigente Ley del Patrimonio Histórico Español. Dichas líneas de actuación son: la existencia de un interés general; un órgano competente encargado de llevar a cabo labores de conservación y enriquecimiento de ese patrimonio; y la inexistencia de limitaciones en cuanto a su régimen jurídico o titularidad. En este sentido, en el texto del citado artículo se dice: «[...] cualesquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad [...]», lo que supone que este régimen especial es de aplicación, tanto a los bienes de titularidad pública, como a los privados, entre los que se encuentran los de la Iglesia católica. El nexo común, por el que se va a establecer la protección es su valor cultural.

Una importante novedad está en la posibilidad de aplicar sanciones para castigar los atentados que se cometan contra el patrimonio. El Código Penal de 1995, dedica su Título XVI a los «delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», y concretamente su Capítulo II a los «Delitos sobre el patrimonio histórico» (arts. 321 a 324).

Otro de los elementos característicos del artículo 46 es la referencia al mérito o interés histórico, que siempre ha estado presente en la normativa de estos bienes como un valor a tutelar por el ordenamiento jurídico, y que ahora ha sido elevado a rango constitucional.

Por otra parte, el artículo 46 de la Constitución no se limita a ser una norma encaminada a la organización y conservación del patrimonio, sino que su operatividad se extiende al marco de una política activa de promoción cultural, regulada en el artículo 44.1 de la Constitución. Esto supone que la responsabilidad del Estado en relación con el patrimonio histórico-artístico no se va a circunscribir exclusivamente a la conservación, sino que va más allá de la mera protección estática de los bienes que lo integran. Este planteamiento nos lleva a apreciar la importancia del compromiso que adquiere el Estado en materia patrimonial. Compromiso que se verá repartido entre aquél, considerado en sentido estricto o restringido, las Comunidades Autónomas y los Gobiernos locales, sin perjuicio de que el Estado siga siendo considerado el máximo responsable.

### 1.2.2. *La Ley del Patrimonio Histórico*

Antes de describir el contenido esencial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, conviene adelantar que la misma resulta plenamente aplicable al patrimonio de la Iglesia católica.

Es cierto que existen autores que se plantean la posibilidad de no incluir el patrimonio eclesiástico dentro del ámbito de protección estatal. Otros, en cambio, señalan la inconstitucionalidad de una hipotética legislación estatal en materia de patrimonio histórico que deje fuera de su ámbito de protección al patrimonio histórico de la Iglesia. Por mi parte, siguiendo a ENTRENA, creo que existe un argumento decisivo: la Ley de 1985, que desarrolla este aspecto de la Constitución de 1978, no hace alusión, en su artículo 46, a la titularidad del bien a la hora de proteger el patrimonio. Por eso, no parece existir ningún impedimento para que un monumento propiedad de la Iglesia católica sea declarado bien de interés cultural, bien objeto de inventario, y, por lo tanto, le sean de aplicación las disposiciones protectoras previstas en este cuerpo legal.

En esta Ley se establece una disciplina general que es de aplicación, sea cual sea el titular del bien, esto es, ya sea el Estado, la Iglesia o un particular, y la naturaleza o el destino, sagrado o profano, dado al mismo.

Por otro lado, ha de subrayarse que uno de los motivos por los cuales se promulga la Ley del Patrimonio Histórico de 1985 es la voluntad de unificar en un sólo cuerpo legal todas las normas básicas existentes acerca de los límites, defensa, protección y conservación del patrimonio. Ello explica que carezca de sentido excluir del ámbito de protección el patrimonio de la Iglesia católica, teniendo en cuenta que —como se ha dicho— a ella pertenece una parte importantísima de los tesoros culturales e históricos españoles.

Además, del análisis de la jurisprudencia se deduce una clara preocupación por la protección del bien en sí, sin tener en cuenta quién sea su propietario. En este sentido, una relevante sentencia del Tribunal Supremo declara lo siguiente: «Las atribuciones de los organismos protectores del patrimonio histórico-artístico obedecen a la exigencia de defender el derecho social a la cultura y ello obliga —conforme al artículo 53.3 CE— a interpretar la legislación protectora de dicho patrimonio en el sentido más favorable a la conservación del mismo; en cumplimiento del mandato constitucional de “conservar y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran” (art. 46 CE) y otorgar cobertura legal para impedir o demoler obras que pudieran producir daños a dicho patrimonio y perjuicios irreparables, y, en consecuencia, aquellos organismos pueden, separándose incluso, si ello fuera necesario, de las normas urbanísticas y de las licencias que se hubieran otorgado por otros organismos, adoptar o imponer las limitaciones que, discrecionalmente, estimen necesarias para tal fin, si bien el ejercicio de esa potestad ha de ser razonable y limitar lo menos posible los derechos de los propietarios afectados» (STS de 6 de abril de 1995).

No hay que olvidar que la Ley de 1985 es una ley general sobre el patrimonio

histórico español. Se promulga, principalmente, como desarrollo del artículo 46 de la Constitución, y establece el régimen jurídico del patrimonio, en respuesta a las exigencias de protección y enriquecimiento, según el mandato que a los poderes públicos les dirige el citado precepto.

Las características más acusadas de esta Ley, —que la diferencian de normas anteriores— son dos: la búsqueda de nexos de conexión entre los distintos patrimonios existentes, y la ampliación de aquellos bienes considerados tradicionalmente dentro del patrimonio protegible, mediante la inclusión de los espacios naturales. Por otra parte, la Ley fundamenta su actuación en la existencia de un «interés»; el cual puede ser público, histórico o artístico, constituyéndose el mismo en el elemento relevante desde el punto de vista de la protección.

En esta disposición se hace referencia expresa a los bienes culturales de la Iglesia en su artículo 28.1, donde se dispone: «Los bienes muebles declarados de interés cultural y los incluidos en el Inventario General que estén en posesión de instituciones eclesiásticas, en cualquiera de sus establecimientos o dependencias, no podrán transmitirse por título oneroso o gratuito ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles. Dichos bienes sólo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de Derecho Público o a otras instituciones eclesiásticas».

En este sentido, también es relevante la disposición transitoria quinta, que determina: «en los diez años siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, lo dispuesto en el artículo 28.1 de la misma se entenderá referido a los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español en posesión de instituciones eclesiásticas». La prohibición contenida en el citado precepto, ha sido prorrogada en dos ocasiones.

En lo referente a los bienes de entidades y asociaciones de carácter religioso, se determina que forman parte del patrimonio documental los documentos con una antigüedad superior a los cuarenta años (art. 49.3).

### *1.2.3. El patrimonio cultural de la Iglesia católica en España*

Los Acuerdos de 3 de enero de 1979, concluidos por Estado y la Santa Sede, se ocupan de los bienes culturales de la Iglesia católica en varios de sus preceptos. Así, se observa en el *Acuerdo sobre asuntos jurídicos*, en el que se determina, en su artículo 1.6, que «el Estado respeta y protege la inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos pertenecientes a la Conferencia Episcopal Española, a las curias episcopales, a las curias de los superiores mayores de las Órdenes y Congregaciones religiosas, a las parroquias y a otras instituciones y entidades eclesiásticas».

Pero es, sin embargo, el *Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales*, el que contiene dos menciones referentes a los bienes culturales. Por un lado, en su preámbulo, en el que se determina que «el patrimonio histórico, artístico y documental de la Iglesia sigue siendo parte importante del acervo cultural de la nación; por lo que la puesta de tal patrimonio al servicio y goce de la sociedad entera, su conservación e incremento, justifican la colaboración de la Iglesia y el Estado», y, por otro, en su artículo XV, que es el que presenta más relevancia en esta materia. El

tenor concreto del mismo es el siguiente: «La Iglesia reitera su voluntad de continuar poniendo al servicio de la sociedad su patrimonio histórico, artístico y documental y concertará con el Estado las bases para hacer efectivos el interés común y la colaboración de ambas partes, con el fin de preservar, dar a conocer y catalogar este patrimonio cultural en posesión de la Iglesia, de facilitar su contemplación y estudio, de lograr su mejor conservación e impedir cualquier clase de pérdidas en el marco del artículo 46 de la Constitución. A estos efectos, y a cualquiera otros relacionados con dicho patrimonio, se creará una Comisión Mixta en el plazo máximo de un año a partir de la fecha de entrada en vigor en España del presente Acuerdo».

Esos compromisos pueden ser contemplados desde una doble perspectiva: la de su puesta en vigor, y la de su aplicación y desarrollo. Pero lo que ahora nos importa subrayar es que el compromiso asumido en el artículo XV del Acuerdo citado no ha quedado desatendido, sino que, por el contrario, ha sido objeto de desarrollo, si bien todavía no completo, en una serie de textos acordados, que pasaremos a analizar.

a) *Documento relativo al marco jurídico de actuación mixta Iglesia-Estado sobre Patrimonio Histórico-Artístico, de 30 de octubre de 1980.* Este documento fue suscrito en nombre del Gobierno por el Ministro de Cultura, y en nombre de la jerarquía eclesiástica, por el Presidente de la Conferencia Episcopal, el 30 de octubre de 1980. En él se establecen algunos compromisos más concretos, tanto por parte del Estado como de la Iglesia, y se reconocen algunos principios que han de regir en esta materia. Entre esos compromisos, se determina cuál es el primer estadio de la cooperación técnica y económica, consistente en la realización de un inventario de todos los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico-artístico y documental y de una relación de los archivos y bibliotecas que tengan interés histórico-artístico o bibliográfico y que pertenezcan por cualquier título a entidades eclesiásticas.

En cuanto a los principios, podemos destacar:

— Tanto la Iglesia como el Estado reconocen su interés en la defensa y conservación de los bienes integrantes del patrimonio histórico-artístico, así como la posibilidad de llevar a cabo actividades conjuntas encaminadas a su mejor conocimiento, conservación y protección.

— El Estado reconoce la titularidad de los bienes de la Iglesia, independientemente del modo en que su adquisición se haya producido, ya sea por medio de una relación jurídica ya sea por cualquier derecho, con una remisión a lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución y en las normas legales que lo desarrollan (n.º 1.º).

— El establecimiento de una serie de bases en las que se va a fundamentar la cooperación técnica y económica en el tratamiento de los bienes eclesiásticos que forman parte del patrimonio histórico-artístico y documental. Entre estas bases están las siguientes (número 3.º): el respeto al uso preferente de dichos bienes en los actos litúrgicos y religiosos; la coordinación de este uso con el estudio científico y artístico de los bienes y su conservación, la regulación de la visita, el conocimiento y la contemplación de estos bienes; el entendimiento de que las normas de la legislación

civil de protección del patrimonio histórico-artístico y documental son de aplicación a todos los bienes que merezcan esa calificación, cualquiera que sea su titular; y, finalmente, el compromiso de exhibición de los bienes en sus emplazamientos originales.

b) *Normas con arreglo a las cuales deberá regirse la realización del inventario de todos los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico-artístico y documental de la Iglesia española, de 30 de marzo de 1982.* Al igual que sucedía con el documento anterior, el mismo tiene por objeto el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo XV del Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979. A tal fin, se constituyó una comisión mixta para desarrollar el contenido de dicho artículo, y en ella se acordó llevar a término un concierto entre la Iglesia y el Estado español, con el fin de preservar, dar a conocer y catalogar el patrimonio cultural de la Iglesia de España y facilitar su contemplación, estudio y mejor conservación, así como impedir cualquier clase de pérdida del mismo, y todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Constitución.

Como resultado de las deliberaciones habidas en las diversas reuniones celebradas por dicha comisión mixta, el Cardenal Presidente de la Conferencia Episcopal Española y el Ministro de Cultura, con fecha 30 de octubre de 1980, suscribieron un documento por el que se aprobaron los criterios básicos a tener en cuenta en el cumplimiento de tal finalidad. En el número 4 de dicho documento se reitera lo ya indicado en el documento antes mencionado de 1980: que el primer estadio de la cooperación técnica y económica consistirá en la realización del inventario de todos los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico-artístico y documental y de una relación de los archivos y bibliotecas que tengan interés histórico-artístico o bibliográfico y que pertenezcan, por cualquier título, a entidades eclesiásticas (preámbulo). La labor de inventariado que se pretende realizar por medio de esta serie de normas se llevará a cabo por el Ministerio de Cultura, que, a través de la Dirección General de Bellas Artes, Archivos y Bibliotecas, comunicará a la Comisión Episcopal para el patrimonio cultural sus planes en relación con el inventario del patrimonio cultural de la Iglesia. Dicha Comisión Episcopal, será la que dé cuenta a los Obispos de las zonas de sus diócesis en las que se haya proyectado realizar el inventario.

c) *Acuerdo de colaboración entre el Ministerio de Educación y Cultura y la Iglesia católica para el Plan Nacional de Catedrales, de 25 de febrero de 1997.* Una importante concreción de lo dispuesto en el artículo XV del Acuerdo de 1979 sobre enseñanza y asuntos culturales es el Acuerdo de colaboración entre el Ministerio de Educación y Cultura y la Iglesia católica para el Plan Nacional de Catedrales (firmado en Madrid, el 25 de febrero de 1997, por la Ministra de Educación y Cultura, y el Presidente de la Conferencia Episcopal).

Se fundamenta este Acuerdo en el interés coincidente de la Iglesia y el Estado en conservar las catedrales de la Iglesia católica, en el marco de lo dispuesto en los artículos 46 de la Constitución y XV del Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede, sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979. No debe olvidarse que

dentro del conjunto del patrimonio histórico español, las catedrales ocupan un lugar de privilegio, tanto por su valor histórico y su relevancia arquitectónica como por los contenidos artísticos y documentales que conservan.

El Plan Nacional de Catedrales presenta gran similitud, en cuanto a su forma de llevarlo a cabo, con lo previsto en los distintos acuerdos adoptados entre las Comunidades Autónomas y la Iglesia católica. El elemento central del Plan Nacional lo constituyen los planes directores de cada catedral, que deberán ser elaborados y aprobados por los representantes del Ministerio de Educación y Cultura, de las Comunidades Autónomas y del obispado al que le concierna, los cuales serán designados, respectivamente, por cada parte, actuando de común acuerdo.

El plan director de cada catedral comprenderá los siguientes extremos: descripción técnica de su estado de conservación; propuesta de las actuaciones que deben realizarse para su conservación, y duración aproximada de las mismas; y presupuesto total estimado de dichas actuaciones (cláusula primera del Acuerdo).

La financiación de cada plan director se realizará por el Ministerio de Educación y Cultura y las respectivas Comunidades Autónomas, en los términos que determinen los convenios correspondientes firmados por ambas partes (cláusula primera, apartado cuarto del Acuerdo).

En materia económica, el Acuerdo de 1997 supone un gran paso, ya que no sólo prevé que la financiación de las obras sea llevada a cabo por el Ministerio de Educación y Cultura, la Comunidad Autónoma y, en aquellos casos en que les sea posible, por el obispado y el cabildo titulares de la catedral; sino que, además, contempla la posibilidad de realizar gestiones encaminadas a la participación de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que pueda estar interesada en colaborar en la conservación de las catedrales (cláusula tercera, apartado tercero del Acuerdo).

Todavía hay otros puntos importantes en el Acuerdo en relación con la financiación. Por una parte, el Ministerio de Educación y Cultura se compromete a estimular la participación gubernamental en la financiación de las obras, proponiendo al Gobierno que, durante la vigencia del presente convenio, las obras de conservación de las catedrales sean incluidas en los Proyectos de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio como actividad prioritaria de mecenazgo. Por su parte, la Iglesia católica en España, en su calidad de titular de las catedrales, se compromete a solicitar las ayudas a proyectos piloto para la conservación del patrimonio arquitectónico europeo convocadas por la Unión Europea (cláusula tercera, apartado tercero del Acuerdo).

*d) Acuerdo de colaboración, de 25 de marzo de 2004, entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y la Iglesia Católica para el Plan nacional de abadías, monasterios y conventos, que sigue los mismos principios del Convenio sobre el Plan nacional de catedrales. Se trata de un acuerdo similar a los comentados anteriormente, y que se enmarca dentro de lo dispuesto en los artículos 16 y 46 de la Constitución, y XV del Acuerdo sobre asuntos culturales. Para el seguimiento de este*

acuerdo, se constituirá una comisión mixta paritaria formada por representantes del MECD y otros tantos de la Conferencia Episcopal. También, en cada Comunidad Autónoma se creará una Comisión técnica paritaria de seguimiento de las obras que se realicen en su territorio, en la que estarán presentes tanto el Ministerio como la propia Comunidad Autónoma y la Iglesia.

e) *Acuerdos entre las Comunidades Autónomas y la Iglesia católica.* A este respecto, hay que tener en cuenta que las Comunidades Autónomas han asumido competencias en esta materia. Por este motivo se han llevado a cabo acuerdos de cooperación entre las mismas y las Iglesias locales, que prevén la creación de comisiones mixtas paritarias Comunidad Autónoma-Iglesia.

#### *1.2.4. El patrimonio cultural de las confesiones judía e islámica*

De los tres acuerdos concluidos, hasta el momento, con las confesiones no católicas, sólo en dos de ellos, en concreto, en los que afectan a la Federación de Comunidades Israelitas y a la Comisión Islámica, aprobados por Ley 25/1992, de 10 de noviembre, y Ley 26/1992, de 10 de noviembre, respectivamente, se hace referencia (en su art. 13) al patrimonio histórico, artístico y cultural de estas confesiones. En el Acuerdo con la Federación de Entidades Evangélicas de España, aprobado por Ley 24/1992, de 10 de noviembre, no se aborda este tema, debido a la práctica inexistencia de patrimonio histórico, artístico y cultural en manos de dichas Iglesias.

En el artículo 13 de los dos acuerdos mencionados se establece que el «Estado y la Federación de Comunidades Israelitas de España o Comisión Islámica de España colaborarán en la conservación y fomento del patrimonio histórico, artístico y cultural —judío o islámico—, que continuará al servicio de la sociedad para su contemplación y estudio. Dicha colaboración se extenderá a la realización del catálogo e inventario del referido patrimonio, así como a la creación de Patronatos, Fundaciones u otro tipo de instituciones de carácter cultural».

La única diferencia que presenta el artículo 13 del Acuerdo con la Federación de Comunidades Israelitas de España, con el del Acuerdo con la Comisión Islámica de España, aparte de las cuestiones referentes a la salvaguarda de su identidad, es que, en este último, se establece la *participación* de los representantes de la Comisión Islámica en los patronatos, fundaciones u otras instituciones que se creen.

En estos acuerdos se establece, por lo tanto, un compromiso de colaboración mutua en materia de patrimonio, que continuará al servicio de la sociedad para su contemplación y estudio. A diferencia de lo que sucede en el artículo XV, que acabamos de comentar, del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales entre el Estado español y la Santa Sede, no se prevé la creación de una comisión mixta.

## 2. RÉGIMEN ECONÓMICO

## 2.1. NOCIONES PREVIAS

Las confesiones religiosas precisan de medios económicos —o vías de financiación directa— para satisfacer todas sus necesidades. Estos medios económicos, pueden tener su origen, por un lado, en las propias confesiones, y, por otro, en el Estado.

Por lo que se refiere a las confesiones, cuando las mismas obtengan dichos ingresos por sus medios, se regirán por su propia normativa; mientras que en las ocasiones en que aquéllos procedan del Estado, su forma de adquisición dependerá de los acuerdos llevados a cabo entre tales confesiones y el mismo.

## 2.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DOTACIÓN DEL ESTADO A LA IGLESIA CATÓLICA

La *desamortización de los bienes eclesiásticos* promovida, en sucesivas etapas, a lo largo del reinado de Isabel II (1833-1868), sentó las bases de la situación de dependencia económica de la Iglesia católica respecto del Estado, que ha llegado hasta nuestros días.

Es, por tanto, a partir de este momento cuando la Iglesia se mostró incapaz de subvenir a sus necesidades materiales de financiación económica, por sí misma, viéndose obligada a recabar la ayuda del Estado a través de diversas vías. Al producirse la parcial, aunque importante, expropiación de buena parte los bienes de la Iglesia, que eran, hasta ese momento, su más importante fuente de ingresos, se inició una etapa de dependencia económica de la misma con respecto a aquél que, aún hoy, continúa.

La voluntad inicial de compensar, mediante una asignación económica de origen estatal a la Iglesia católica, se advierte, muy acusadamente en el texto del *Concordato de 1851*, norma ésta que supone, al tiempo, que la Iglesia se compromete a renunciar a la devolución de aquellos bienes que, a tenor de las disposiciones civiles anteriormente adoptadas, hubieran sido adquiridos por el Estado, junto con otra serie de ingresos, siempre y cuando se asegure a la Iglesia una dotación cierta, fija e independiente, para el culto y clero, como estaba establecido en la Ley de 17 de abril de 1849. Esa línea de actuación será continuada, un siglo más tarde, por el *Concordato de 1953*, aunque en éste aparezca la ayuda estatal revestida de un doble carácter: por un lado, se considerará una indemnización por las desamortizaciones de los bienes eclesiásticos; y por otro, será expresión de un subsidio o cooperación a la obra de la Iglesia.

Además de las normas concordatarias, existen también algunas disposiciones promulgadas durante el período desamortizador que reconocen esta situación, aunque quizás no de modo tan expreso. Así, podríamos citar el *Decreto de 15 de enero de 1875*, en el que se determina: «Las asignaciones del clero no son una retribución de una función administrativa, sino compensación de antiguos derechos y propiedades que la Iglesia había cedido al Estado en interés del bien general y público»; o los

*Reales Decretos de 28 de marzo de 1879 y de 21 de agosto de 1888*, que manifiestan: «Se pagan en subrogación de los bienes ocupados a la Iglesia».

Dicha «subvención» del Estado a la Iglesia será reconocida, por primera vez, en la *Constitución de 1837*, limitándola sólo y exclusivamente a la dotación del culto y del clero. Desde entonces, esa mención se reiterará en las Constituciones posteriores, como la *Constitución de 1845*, en su artículo 11; en la *Constitución de 1869*, en su artículo 21; en la *Constitución de 1876*, en su artículo 11; así como en leyes promulgadas con ese fin específico. Así, cabe mencionar la primera *Ley sobre dotación de culto y clero, de 23 de febrero de 1838*, que va a suponer la inclusión, por primera vez, dentro de los presupuestos generales del Estado, de las obligaciones eclesiásticas; la *Ley de 14 de septiembre de 1839, que establece la dotación del culto y clero*; la *Ley de 31 de agosto de 1841, sobre dotación del culto y clero*, en la que se aprecia cómo el Estado, en cierto modo, pretende solucionar los problemas económicos que padece la Iglesia; el *Real Decreto de 15 de enero de 1875*, cuyo artículo 1.º dispone: «El presupuesto de obligaciones eclesiásticas correspondiente al año económico actual, que figura en la sección 3.ª de Obligaciones de los departamentos ministeriales, Ministerio de Gracia y Justicia, por la suma de pesetas 3.251.014,40», esta cantidad, según lo que preceptúa el artículo 2.º, será destinada al clero.

Que la dotación se limitara sólo a culto y clero se debía a la situación política y económica que estaba atravesando el Estado, lo que explica que éste sólo pudiera, en un principio, atender a las necesidades más urgentes, dejando a un lado cuestiones que parecían menos relevantes, entre las que se encuentra paliar el estado de deterioro en el que se encontraban los monumentos pertenecientes a la Iglesia católica. Ello supone que a lo largo del período desamortizador se produzca la sustitución del término conservación por el de restauración, debido al estado de abandono que afecta a los bienes que integran el patrimonio inmueble, no sólo de la Iglesia católica, sino, también, de los particulares afectados por la desamortización, aunque estos últimos, en menor medida.

Esta dotación «limitada» será una constante hasta su supresión en 1932, en virtud de la Ley de Presupuestos de ese año. Sin embargo, poco después, por *Ley de 9 de noviembre de 1939* se restaurará, permaneciendo vigente hasta el *Concordato de 1953*.

El Concordato de 1953 es el paso previo al sistema vigente, revalidado por el Acuerdo sobre Asuntos Económicos, firmado en 1979, entre el Estado y la Santa Sede. En aquel Concordato se establecía un régimen de colaboración Iglesia-Estado, consistente principalmente en el establecimiento de una serie de prestaciones estatales, reflejadas en su artículo 19. De un lado, se promueve la creación de un adecuado patrimonio eclesiástico que asegure una congrua dotación del culto y clero, que compete tanto a la Iglesia como al Estado; y, de otro, se fija un compromiso de asignación anual, por parte del Estado, de una adecuada dotación económica, que encuentra su fundamentación en las pasadas desamortizaciones de bienes eclesiásticos, y que, para la Iglesia, posee un marcado carácter indemnizatorio.

### 2.3. EL ACUERDO SOBRE ASUNTOS ECONÓMICOS, DE 3 DE ENERO DE 1979

Este Acuerdo establece un sistema inicial de financiación directa, mediante la dotación presupuestaria, desde el que se pretende, de acuerdo con un sistema de fases o etapas sucesivas, llegar a la autofinanciación final de la Iglesia. Estas fases, que se manifiestan en el Acuerdo sobre Asuntos Económicos (art. II), y en las Leyes de Presupuestos, son las siguientes:

*1.ª Fase: Dotación presupuestaria.* Esta fase, supone la prolongación del sistema establecido en el Concordato de 1953. Y consiste en la entrega por parte del Estado a la Iglesia católica, por medio de los Presupuestos Generales, de una cantidad de dinero, global, anual y única, que se actualiza todos los años.

*2.ª Fase: Mixta de dotación presupuestaria y asignación tributaria.* La segunda fase se inicia en 1988, y en ella se combina la dotación presupuestaria, es decir, una dotación global y única que el Estado entrega directamente a la Iglesia, con cargo a los Presupuestos Generales, con la asignación tributaria.

Esta última supone que «el Estado podrá asignar a la Iglesia católica un porcentaje del rendimiento de la imposición sobre la renta o el patrimonio neto u otra de carácter personal, por el procedimiento técnicamente más adecuado. Para ello será preciso que cada contribuyente manifieste expresamente, en la declaración respectiva, su voluntad acerca del destino de la parte afectada. En ausencia de tal declaración la cantidad correspondiente se destinará a otros fines» (art. II.2).

Este artículo ha sido objeto de desarrollo, por distintas leyes de presupuestos del Estado. En las mismas se determina que el porcentaje aplicable en las declaraciones correspondientes al período impositivo de 1987, será del 0,53 por 100. Así como que los sujetos pasivos podrán indicar en la declaración su voluntad de que el porcentaje correspondiente a su cuota íntegra se destine a colaborar al «sostenimiento económico de la Iglesia», o a «otros fines». En caso de que no se opte por ninguna de las dos opciones, se entenderá que optan por «otros fines» (disp. adic. 5.ª de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1988).

Posteriormente, se establece la posibilidad de que el contribuyente pueda asignar el 0,53 por 100 de la cuota íntegra al sostenimiento económico de la Iglesia, o a otros fines, con la novedad de que se puede optar por ambas opciones, o por ninguna (disp. adic. 22.ª de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000).

*3.ª Fase: Asignación tributaria.* El sistema de asignación tributaria sustituirá a la dotación presupuestaria, de modo que la Iglesia sólo va a recibir dinero del Estado por esta única vía (art. II.3). En esta fase la cantidad destinada al sostenimiento económico de la Iglesia —por medio del Impuesto sobre la Renta— dependerá de la voluntad de los contribuyentes.

A partir del año 2007, se produce la revisión del sistema de asignación tributaria, y se determina que el Estado destinará al sostenimiento de la Iglesia católica el 0,7 por

100 de la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente a los contribuyentes que manifiesten expresamente su voluntad. Este porcentaje también va a ser de aplicación a «otros fines sociales», con la posibilidad de que el contribuyente pueda marcar una sola o ambas casillas en su declaración de la renta (Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en su disp. adic. 18.<sup>a</sup>).

También se establece la posibilidad de que el contribuyente pueda modificar el borrador de la declaración, entre otros, en la asignación tributaria a la Iglesia católica y/o la asignación de cantidades a fines sociales (Orden HAP/470/2013, de 15 de marzo).

No se establece plazo para la finalización de esta fase.

*4.ª Fase: Autofinanciación.* En el texto del Acuerdo en su artículo II.5, se produce la declaración, por parte de la Iglesia católica, de su intención de obtener, por sí misma, los recursos suficientes para la atención de sus necesidades. Cuando esta meta sea alcanzada, se establece que ambas partes, Iglesia y Estado, se pondrán de acuerdo para sustituir el sistema de financiación directa en fases escalonadas.

Llegados a esta fase, la Iglesia católica, por vía de la financiación directa, continuará financiándose, sólo y exclusivamente, por el sistema establecido en el artículo 1 del Acuerdo, en el que se dice que «La Iglesia católica puede libremente recabar de sus fieles prestaciones, organizar colectas públicas y recibir limosnas y oblaciones».

Esta posibilidad, se encuentra en consonancia con lo establecido en el canon 1.260 del Código de Derecho Canónico, en el que se determina que la «Iglesia tiene el derecho nativo de exigir de los fieles los bienes que necesita para sus propios fines», y en el canon 1.262, en el que establece que los fieles prestan ayuda a la Iglesia mediante las subvenciones que se les pidan y según las normas establecidas por la Conferencia Episcopal.

## 2.4. RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS NO CATÓLICAS

En los acuerdos suscritos, hasta el momento, con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, se prevé como única forma de financiación directa, la prevista en el artículo 11.1 de los acuerdos, según el cual dichas comunidades podrán libremente recabar de sus fieles prestaciones, organizar colectas y recibir ofrendas y liberalidades de uso.

Así pues, a diferencia de lo que sucede con la Iglesia católica, en estos acuerdos, no se contempla un sistema de financiación en fases escalonadas o sucesivas. Esto se explica por la consideración de que, dado su notablemente más reducido número de adeptos, los recursos económicos que necesitan esas confesiones para subvenir sus necesidades serán muy inferiores a los que requiere la Iglesia católica, bastando los que obtienen por sí mismas; y por la creencia de que el sistema inicialmente previsto

para la Iglesia católica, con el paso del tiempo, se encontraba abocado a desaparecer, no debiendo extenderse a ninguna otra confesión religiosa.

## 3. RÉGIMEN FISCAL

### 3.1. NOCIONES PREVIAS

El régimen fiscal, o sistema de financiación indirecta, establecido para la Iglesia católica y el resto de confesiones religiosas, supone una ayuda económica consistente en la no sujeción o la exención de sus bienes o actividades en determinados impuestos, las deducciones en ciertos impuestos, o los beneficios fiscales propios de las entidades sin fin de lucro.

Este sistema, que pasaremos a desarrollar a continuación, surge de la aplicación de los acuerdos de cooperación, y de una serie de disposiciones en las que se regulan de forma específica los distintos impuestos.

### 3.2. DIVERSOS SUPUESTOS EN RELACIÓN CON LA IGLESIA CATÓLICA: EXENCIÓN, DEDUCCIÓN Y BENÉFICOS FISCALES

La promulgación del *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos, de 3 de enero de 1979*, supone, desde una perspectiva general, la fundamentación legal de las exenciones, deducciones y beneficios fiscales concedidos a la Iglesia católica, y que pasaremos a analizar de forma pormenorizada.

a) *En relación con el Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF)*. Este impuesto grava los rendimientos de las personas físicas, con la peculiaridad —como acabamos de ver en lo referente al sistema de financiación directa— de que un porcentaje de lo recaudado se destina al sostenimiento de la Iglesia.

Por lo que se refiere a las donaciones efectuadas por personas físicas (art. IV.2 del acuerdo), en virtud de lo dispuesto en la *Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, en su artículo 19, y en la *Ley 35/2006, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre patrimonio*, en su artículo 68, se dispone que los contribuyentes del IRPF, tienen derecho a realizar deducciones por donativos, y por «actuaciones para la protección y difusión del Patrimonio Histórico Español y de las ciudades, conjuntos y bienes declarados Patrimonio Mundial» (art. 68.5).

b) *En relación con el Impuesto sobre bienes inmuebles*. La Iglesia católica disfruta

de ciertas exenciones del pago de la contribución territorial urbana, hoy, impuesto sobre bienes inmuebles, con el objeto de disminuir la carga que supone el mantenimiento de su patrimonio. Dichas exenciones, se establecen en el artículo IV.1.a) del Acuerdo sobre asuntos económicos de 1979, y también en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

En síntesis, la situación es la siguiente, la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las órdenes y congregaciones religiosas, los institutos de vida consagrada, sus provincias y sus casas, tendrán derecho a la exención total y permanente, entre otros: de sus templos y capillas, de la residencia de los obispos, de los canónigos y de los sacerdotes; de los locales destinados a oficina; de los seminarios destinados a la formación del clero diocesano y religioso, las universidades; y de los edificios destinados primordialmente a casas o conventos de las órdenes, congregaciones religiosas e institutos de vida consagrada.

La exención tiene carácter indefinido, pero no alcanzará a los rendimientos que pudieran obtener por el ejercicio de explotaciones económicas, ni a los derivados de su patrimonio cuando su uso se halle cedido. Tampoco cubrirá las ganancias de capital ni los rendimientos sometidos a retención.

c) *En relación con el Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras.* Se trata de un impuesto de carácter indirecto, local, que establecen los ayuntamientos, de forma facultativa, y cuya regulación se lleva a cabo mediante la *Ley reguladora de las Haciendas Locales*.

Esta cuestión se regula en el artículo IV.1.B) del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa sede sobre asuntos económicos y se aclara, posteriormente, por la Orden de 15 de octubre de 2009, en la que se determina que «la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las Diócesis, las Parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones Religiosas y los Institutos de Vida Consagrada y sus provincias y sus casas», disfrutarán de exención total y permanente en el Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, para todos aquellos inmuebles que estén exentos del Impuesto sobre bienes inmuebles (art. único de la Orden).

d) *En relación con el Impuesto sobre sociedades.* La regulación del impuesto de sociedades en el ámbito de la Iglesia católica no está exenta de problemas, ya que se trata de un impuesto concebido para otro tipo de personas jurídicas y cuya mecánica se acomoda mal a la estructura y funcionamiento de las entidades eclesíásticas.

En el artículo IV.1.B) del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, y en el Acuerdo de 10 de octubre de 1980, se determina que la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las órdenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas, gozarán de exención total y permanente en el Impuesto sobre sociedades. Esta exención no alcanzará a los rendimientos que pudieran obtenerse en el ejercicio de explotaciones económicas, ni a los derivados de su patrimonio, cuando su uso se encuentre cedido a ganancias de capital, ni tampoco a los rendimientos

sometidos a retención por el impuesto sobre la renta.

El Real Decreto (4/2004, de 5 de marzo), por el que se regula el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre sociedades, no supone una modificación de importancia para la Iglesia católica, pues la considera parcialmente exenta, y se produce una remisión a lo dispuesto en la Ley de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

Y en la disposición final 1.<sup>a</sup>, denominada «Entidades acogidas a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo», se dice: «Las entidades que reúnan las características y cumplan los requisitos previstos en el título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, tendrán el régimen tributario que en ella se establece».

e) *En relación con el Impuesto sobre el valor añadido.* El Impuesto sobre el valor añadido es un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo y grava una serie de operaciones entre las que se encuentran: las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por empresarios o profesionales, las adquisiciones intracomunitarias de bienes, y las importaciones de bienes.

En nuestra materia, se plantea un problema de interpretación, por el hecho de que el Acuerdo sobre asuntos económicos de 1979 es de fecha anterior a la Ley del IVA, y no se hacía referencia expresa a este impuesto. Para resolver ese problema se dictó la *Orden de 29 de febrero de 1988*. En ella se delimitaba el alcance de la *no sujeción* y de las exenciones establecidas en los artículos III y IV. La Orden de 1988, además, determinaba cuáles eran las entregas de bienes inmuebles sujetas al IVA, en virtud del artículo 9 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, de 30 de octubre de 1985, y siempre que concurren una serie de requisitos.

Requisitos entre los que se encuentran:

— Que los adquirentes de los bienes sean la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada, sus provincias o sus casas.

— Que los bienes se destinen al culto, a la sustentación del clero, al sagrado apostolado o al ejercicio de la caridad.

— Que los documentos en que consten dichas operaciones se presenten en la dependencia competente de la Delegación o Administración de Hacienda, en cuya circunscripción radique el domicilio fiscal de las Entidades, acompañando certificación del Obispado de la Diócesis expresiva de la naturaleza de la Entidad adquirente y del destino de los bienes.

Actualmente, esta materia se encuentra regulada por la *Orden de 28 de diciembre de 2006*, por la que se establecen el alcance y los efectos temporales de la supresión de la no sujeción y de las exenciones establecidas en los artículos III y IV del

Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, respecto al Impuesto sobre el Valor Añadido y al Impuesto general indirecto canario.

En esta disposición se determina que la revisión del sistema de asignación tributaria a la Iglesia católica, regulado en la *disposición adicional decimoctava de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007*, conlleva la *renuncia expresa por parte de la Iglesia católica a los mencionados beneficios fiscales relativos al Impuesto sobre el Valor Añadido*, y, por lo tanto, «las operaciones que se entiendan realizadas a partir del 1 de enero de 2007 y que tengan por destinatarias a la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas, no les serán de aplicación los supuestos de exención o de no sujeción que se han venido aplicando a estas operaciones hasta el 31 de diciembre de 2006».

Excepcionalmente, las operaciones cuya exención se haya solicitado y reconocido por la Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria antes del 1 de enero de 2007 mantendrán el régimen tributario de exención, en su caso, reconocido, aunque las operaciones se realicen a partir de esta fecha» (art. 1) (Resolución de 2 de noviembre de 2010, del Tribunal Económico-Administrativo Central).

f) *En relación con el Impuesto sobre el patrimonio*. En el Acuerdo sobre asuntos económicos, en su artículo IV.1.B), se determina que «la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas tendrán derecho a la exención total y permanente del impuesto sobre el patrimonio. Esta exención no alcanzará a los rendimientos que pudieran obtener por el ejercicio de explotaciones económicas, ni a los derivados de su patrimonio, cuando su uso se halle cedido, ni a las ganancias de capital».

Es en la *Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio*, donde se exponen sus objetivos primordiales: «de equidad, gravando la capacidad de pago adicional que la posesión del patrimonio supone; de utilización más productiva de los recursos; de una mejor distribución de la renta y de la riqueza y de actuación complementaria del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones» (Exposición de Motivos de la Ley).

Estarán exentos de este impuesto (art. 4) los bienes integrantes del patrimonio histórico español, inscritos en el registro general de bienes de interés cultural o en el inventario general de bienes muebles, a que se refiere la actual Ley del Patrimonio Histórico Español, así como los comprendidos en la disposición adicional segunda de dicha Ley, entre los que se encuentran los bienes a que hacían referencia los Decretos de 1949, 1963 y 1973 (castillos, piedras heráldicas, rollos de justicia, cruces de término, hórreos y cabazos), siempre que, en este último caso, hayan sido calificados como bienes de interés cultural por el Ministerio de Cultura e inscritos en el registro correspondiente.

En el supuesto de zonas arqueológicas y sitios o conjuntos históricos, la exención no alcanzará a todos los bienes inmuebles ubicados dentro del perímetro de delimitación, sino sólo a aquellos que merezcan una especial protección, o que posean cierta antigüedad.

También se hallan exentos del impuesto sobre el patrimonio, los bienes integrantes del patrimonio histórico de las Comunidades Autónomas, que hayan sido calificados e inscritos de acuerdo con lo establecido en sus normas reguladoras, así como los objetos de arte y antigüedades hasta un límite de valor económico, y los objetos artísticos cedidos a instituciones culturales. Asimismo existe una exención del tributo para la obra propia de los artistas mientras permanezcan formando parte del patrimonio del autor.

g) *En relación con el Impuesto sobre sucesiones y donaciones.* El Acuerdo sobre asuntos económicos de 1979, en su artículo IV.1.C), establece una exención total de este impuesto en favor de las entidades eclesiásticas, siempre que los bienes o derechos adquiridos se destinen al culto, a la sustentación del clero, al sagrado apostolado y al ejercicio de la caridad.

La *Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto sobre sucesiones y donaciones*, en su disposición final 4.<sup>a</sup>, establece que los incrementos de patrimonio, a título gratuito, adquiridos por las entidades a que se refieren los artículos IV y V del Acuerdo sobre asuntos económicos, estarán exentos sobre el Impuesto sobre Sociedades, cuando concurren las condiciones y requisitos exigidos por dicho acuerdo para disfrutar de exención en el impuesto que grava las sucesiones y donaciones.

h) *En relación con el Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.* Se trata de un impuesto de naturaleza indirecta, que grava las transmisiones patrimoniales onerosas, las operaciones societarias y los actos jurídicos documentados. Su regulación, en la actualidad, se lleva a cabo mediante el *Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*.

Centrándonos en la situación de la Iglesia católica ante este impuesto, debemos partir del análisis de lo dispuesto en el Acuerdo sobre asuntos económicos de 1979, al que estamos haciendo alusión a lo largo de toda esta exposición. En este Acuerdo, en su artículo IV.1.C), se habla de «Exención total de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y Transmisiones Patrimoniales, siempre que los bienes o derechos adquiridos se destinen al culto, a la sustentación del clero, al sagrado apostolado y al ejercicio de la caridad». Con lo que, en un principio, nos hallamos ante un impuesto del que la Iglesia católica está exenta.

En la *Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, se establece, en su artículo 45, que estarán exentos del citado impuesto, entre otras:

1. «I. b) Las entidades sin fines lucrativos a que se refiere el artículo 2 de la *Ley 49/2002, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, que se acojan al régimen fiscal especial en la forma prevista en el artículo 14 de dicha Ley».

2. «I. d) La Iglesia Católica y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español.»

Por lo que se refiere a la exención de los actos jurídicos documentados, debemos acudir a lo dispuesto en la *Orden de 29 de julio de 1983, por la que se aclaran dudas surgidas en la aplicación de ciertos conceptos tributarios a las entidades comprendidas en los artículos IV y V del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979*. En su artículo 3 se determina: «Estarán exentas del concepto de Actos Jurídicos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales las escrituras de declaración de obra nueva de inmuebles destinados al culto, a la sustentación del clero, al sagrado apostolado o al ejercicio de la caridad, cuando el sujeto pasivo obligado al pago del mismo sea cualquiera de las entidades que se refiere el artículo IV del Acuerdo».

Posteriormente, en el *Real Decreto 1.270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, en su disposición final primera, se modifica el artículo 90 del reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, y se determina cómo debe ser la acreditación del derecho a la exención de las entidades religiosas.

### 3.3. DIVERSOS SUPUESTOS EN RELACIÓN CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS NO CATÓLICAS

#### 3.3.1. Régimen fiscal de las confesiones con acuerdo

En los acuerdos suscritos, hasta el momento, con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España (Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre, respectivamente), se determina qué operaciones no están sujetas a tributo alguno y las que están exentas.

a) *Operaciones no sujetas a tributo alguno*. Tendrán la consideración de operaciones no sujetas a tributo alguno:

1. En el caso de los acuerdos con la FEREDE y la FCI, las colectas, ofrendas y liberalidades de uso [art. 11.2.a)].

2. La entrega de publicaciones, realizada directamente a los miembros de las respectivas federaciones, siempre que sea gratuita. Aunque este concepto se recoge en

los tres acuerdos, la redacción que se hace en los mismos presenta algunas diferencias.

En el caso de los acuerdos con la FEREDE y la CIE se habla de publicaciones, instrucciones y boletines internos. En este último caso se especifica que tienen que ser de carácter religioso islámico [art. 11.2.a)].

3. Las actividades de enseñanza teológica (FEREDE) o religiosa (FCI y CIE), en seminarios o centros de las respectivas federaciones, destinadas a la formación de ministros de culto. Al igual que en los supuestos anteriores, en este caso, también dependiendo del acuerdo de que se trate podemos encontrar algunas diferencias.

En el caso de la FEREDE, se especifica que estos seminarios, además, «impartan exclusivamente enseñanzas propias de disciplinas eclesiásticas», y en el caso de la FCI, que impartan «exclusivamente enseñanzas propias de formación rabínica» [art. 11.2.b)].

b) *Supuestos de exención:*

b.1) *Impuesto sobre bienes inmuebles y de las contribuciones especiales que, en su caso, correspondan, por los siguientes bienes inmuebles de su propiedad [art. 11.3.a)]:*

1. Los lugares de culto y sus dependencias o edificios y locales anejos al culto o a la asistencia religiosa. Sólo en el caso de la FEREDE y la CIE se especifica dentro de este apartado las residencias de sus dirigentes religiosos.

2. Los locales destinados a oficinas.

3. Los seminarios (FEREDE) o centros (FCI y CIE) destinados a la formación de ministros de culto.

b.2) *Impuesto sobre sociedades [art. 11.3.b)]:*

1. En los términos previstos en los números dos y tres del artículo 5 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

2. Los incrementos de patrimonio, a título gratuito, que obtengan las Iglesias pertenecientes a las respectivas federaciones, siempre que los bienes y derechos adquiridos se destinen al culto o al ejercicio de la caridad, en el caso de la FEREDE, a actividades religiosas y asistenciales, en el caso de la FCI y la CIE.

b.3) *Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados [art. 11.3.c)]:*

1. Siempre que los respectivos bienes o derechos adquiridos se destinen al culto o al ejercicio de la caridad, en el caso de la FEREDE; y a actividades religiosas y asistenciales, en el caso de la FCI y CIE.

En el texto de los acuerdos se produce una remisión al texto refundido de la Ley del impuesto, aprobado por Real Decreto 3.050/1980, de 30 de diciembre, y a su

Reglamento, aprobado por Real Decreto 3.494/1981, de 29 de diciembre, en orden a los requisitos y procedimientos para el disfrute de esta exención. Hay que tener en cuenta que estas disposiciones han sido derogadas y sustituidas por otras.

La primera de ellas ha sido reemplazada por el Real Decreto 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, se determina que es éste un tributo de naturaleza indirecta que grava las transmisiones patrimoniales onerosas, las operaciones societarias, los actos jurídicos documentados (art. 1). En estos términos se establece, en su artículo 45, que estarán exentos del citado impuesto, entre otras:

2. «I. b) Las entidades sin fines lucrativos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 49/2002, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, que se acojan al régimen fiscal especial en la forma prevista en el artículo 14 de dicha Ley.»

3. «I. d) La Iglesia católica y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español.»

La otra disposición ha sido sustituida por el Real Decreto 828/1995, de 25 de mayo, por la que se aprueba el Reglamento del impuesto.

#### *b.4) Beneficios fiscales de las entidades sin fin de lucro:*

1. En el caso de los acuerdos con la FEREDE y la FCI se establece que tendrán derecho a los beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico tributario del Estado prevea, en cada momento, para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, a los que se concedan a las entidades benéficas privadas.

En el acuerdo con la CIE se especifica aun más y se determina que la citada Comisión, así como sus comunidades, miembros y las asociaciones y entidades creadas y gestionadas por las mismas, que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas u hospitalarias o de asistencia social, tendrán derecho a los beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico-tributario del Estado español prevea en cada momento para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, a los que se concedan a las entidades benéficas privadas (art. 11.4).

2. Las asociaciones y entidades creadas y gestionadas por las Iglesias pertenecientes a la FEREDE y FCI, y que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas y hospitalarias o de asistencia social, tendrán derecho a los beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico-tributario del Estado prevea en cada momento para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, a los que se concedan a las entidades benéficas privadas (art. 11.5 de los acuerdos con la FEREDE y FCI).

3. Los donativos que se realicen a las Federaciones, con las deducciones que, en su caso, pudieran establecerse. En el caso de los acuerdos con la FEREDE y la FCI se especifica que la normativa aplicable es la del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 11.6). En el caso de la CIE, la referencia es a la legislación

fiscal, en sentido amplio (art. 11.5).

4. En la *Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, en su disposición adicional tercera, se establece que: «lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación, para las fundaciones creadas o fomentadas por las mismas».

### 3.3.2. Régimen fiscal de las confesiones religiosas sin acuerdo

Como ya hemos explicado, existe un régimen especial de financiación, tanto para la Iglesia católica, como para las confesiones religiosas, que, hasta el momento, tienen acuerdo de cooperación. En este apartado únicamente se hará referencia a algunas disposiciones aplicables a las confesiones religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas que carecen, actualmente, de acuerdo de cooperación con el Estado.

a) *En relación con el Impuesto sobre el valor añadido.* En la *Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido*, en su artículo 20 se enumeran las operaciones exentas en este impuesto, y entre ellas, se establecen «las cesiones de personal realizadas en el cumplimiento de sus fines, por entidades religiosas inscritas en el registro correspondiente del Ministerio de Justicia, para el desarrollo de las siguientes actividades: hospitalización, asistencia sanitaria y demás directamente relacionadas con las mismas, las de asistencia social, asistencia a la tercera edad, minusválidos, minorías étnicas; educación, enseñanza, formación y reciclaje profesional (art. 20).

b) *En relación con el Impuesto sobre sucesiones y donaciones.* La *Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre sucesiones y donaciones* establece que los incrementos de patrimonio, a título gratuito, adquiridos por las asociaciones confesionales no católicas reconocidas, cuando concurren las condiciones y requisitos establecidos en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, estarán exentos sobre el Impuesto sobre Sociedades.

c) *En relación con el Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.* Tanto en el *Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados* (art. 45), como en el *Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto* (art. 88) determinan que los beneficios fiscales aplicables, en cada caso, a las modalidades que gravan las transmisiones patrimoniales onerosas, las operaciones societarias y los actos jurídicos documentados se aplicarán en sus propios términos y con los requisitos y condiciones en cada caso exigidos, de acuerdo con establecido, entre otras, en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

# BIBLIOGRAFÍA

## A) PATRIMONIO

- ALDANONDO SALAVERRÍA, I.: «El patrimonio cultural de las confesiones religiosas», *Revista de Dret Public*, 33, 2006.
- «El Patrimonio cultural de las confesiones religiosas en España», *Derecho y Religión*, V, 2010.
- COMBALÍA, Z.: «Plan nacional de catedrales: comentario al acuerdo de colaboración entre el ministerio de educación y cultura y la iglesia católica de 25 de febrero de 1997», *Ius Canonicum*, XXXVII, 74, 1997.
- CORRAL, C.: «El patrimonio cultural de la Iglesia ante el Derecho Concordatario comparado vigente», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 16, 2008.
- MESEGUER VELASCO, S.: *La protección jurídica del patrimonio cultural de las confesiones religiosas*, Colex, Madrid, 2011.
- MORENO MOZOS, M.<sup>a</sup> M.: *La doctrina eclesialística española en el último ventenio*, Aranzadi, Pamplona, 2006.
- MOTILLA DE LA CALLE, A.: *Régimen jurídico de los bienes histórico-artísticos de la Iglesia Católica*, Eurolex, 1995.
- PRESAS BARROSA, C.: «Patrimonio histórico, artístico y cultural de las confesiones religiosas», en AAVV, *Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (III)*, Portalderecho, Madrid, 2003.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, M.<sup>a</sup> L.: *Instrumentos jurídicos para la protección del patrimonio histórico-artístico y cultural de la Iglesia Católica en Granada*, Comares, Granada, 2001.

## B) RÉGIMEN FISCAL

- ALENDAS SALINAS, M.: «La financiación directa de las confesiones religiosas por el Estado español», *Laicidad y Libertades*, 2, 2002.
- ÁLVAREZ CORTINA, A. C., y RODRÍGUEZ BLANCO, M. (coords.): *Aspectos del régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas*, Comares, Granada, 2008.
- CEBRIÁ GARCÍA, M.: «El sistema de asignación tributaria en España. Presente, pasado y futuro», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 13, 2007.
- CONTRERAS MAZARIO, J. M.: «La financiación directa de las minorías religiosas en España», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 20, 2009.
- MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «La financiación de las confesiones religiosas en España», en MARTÍN SÁNCHEZ, I., y NAVARRO FLORIA, J. G. (coords.), *Algunos aspectos sobre la libertad religiosa en la Argentina y España*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006.
- MESEGUER VELASCO, S.: *El sistema de financiación de la Iglesia Católica a través de las exenciones fiscales*, Universidad Complutense, Madrid, 2000.

- RAMIREZ NAVALÓN, R. S.: *Régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- TORRES GUTIÉRREZ, A.: *Régimen fiscal de las confesiones religiosas en España*, Colex, Madrid, 2001.

## LECCIÓN 6

# LA ASISTENCIA RELIGIOSA

LETICIA ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA

*Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Granada*

### 1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Entre las actividades que pueden llevar a cabo las confesiones religiosas, se encuentra la de la asistencia religiosa. En condiciones normales, todos los fieles pueden acceder a esta asistencia, pero existen supuestos en los que resulta complicado el ejercicio de esta actividad, nos referimos, por ejemplo, a personas que se encuentran ingresadas en hospitales, centros penitenciarios, centros asistenciales, y otros centros similares públicos, dependientes del Estado.

En estos casos, se hace necesaria la intervención del Estado para que esta asistencia religiosa se pueda llevar a cabo. Esta colaboración, como veremos, se puede concretar de distintas formas, como por ejemplo, facilitando la entrada de los ministros de culto a los lugares, proporcionando locales o lugares para las prácticas religiosas, etc. Podemos, por lo tanto, definir la asistencia religiosa como: «la acción del Estado destinada tanto a eliminar los obstáculos esenciales que afectan a algunos de sus ciudadanos (bien por una situación de hecho, como la enfermedad, bien como consecuencia de estar cumpliendo alguna especial obligación para con el Estado) para el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, así como para fomentar y promocionar la misma de modo que sea real y efectiva, sin discriminación con relación al resto de los ciudadanos» (LLAMAZARES).

Por lo tanto, los sujetos que intervienen en la asistencia religiosa son: el Estado, la confesión religiosa y sus miembros. En este caso, el Estado lo que hace es colaborar para que esta actividad se pueda efectuar, colaboración que, como veremos, puede tomar muy diversas formas (facilitando la entrada de los ministros de culto, proporcionando locales o lugares donde se puedan practicar los actos de culto, e, incluso, de forma económica).

El ministro de culto es quien presta la asistencia religiosa, estableciéndose, en este sentido, la necesidad de que existan, ya sea con el ministro o con la propia confesión, convenios o acuerdos de cooperación encaminados a materializar esa asistencia.

Los miembros de las confesiones religiosas son los que solicitan que se satisfaga

la asistencia religiosa que requieren, tanto a la propia confesión, como al Estado.

El fundamento jurídico de la asistencia religiosa lo encontramos en la Constitución, y en una serie de normas de desarrollo de aquélla. Por lo que se refiere a la Constitución, hay que tener en cuenta, en primer lugar, lo dispuesto en su artículo 9.2, en el que se determina que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas» y «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud». Dicho precepto se combina, a estos efectos, con su artículo 16, que, al garantizar la libertad religiosa y de culto, establece, en su apartado tercero, la posibilidad de llevar a cabo acuerdos de cooperación con las confesiones. A su vez, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa incide, de manera muy relevante en este ámbito, al disponer, en su artículo 2.1.b), que se reconoce el derecho de toda persona a «practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión»; y, en su artículo 2.3, esta misma norma subraya que «para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia».

## 2. MODELOS DE ORGANIZACIÓN

Los modelos de organización son las formas que se siguen para hacer efectivo el derecho a la asistencia religiosa. La utilización de uno u otro modelo de organización dependerá de lo pactado expresamente entre el Estado y la confesión respectiva, además de las circunstancias en las que se produzca esa concreta variante de asistencia religiosa. «Pero, sobre todo, se establecen los modelos de asistencia religiosa en correspondencia con los principios que sustenta el Estado respecto del fenómeno religioso; el Estado liberal se desentenderá de la asistencia religiosa, mientras que el confesional autoritario impondrá modelos organizativos de integración y hasta de identificación de servicio espiritual y asistencia religiosa como medio de instrumentalización para fines políticos; y en los regímenes democráticos el Estado social viene obligado a elaborar modelos inspirados en una funcionalidad al servicio de las necesidades religiosas de los individuos y de los grupos en los que se integran» (LÓPEZ ALARCÓN).

Los modelos de organización son cuatro: integración orgánica, relación contractual, libre acceso y libertad de salida. Los definiremos de la siguiente forma:

a) *Integración orgánica*. De acuerdo con este modelo, los ministros de culto, prestatarios de la asistencia religiosa, se integran en la administración estatal, civil o militar, formando parte, por lo tanto, del cuerpo de funcionarios públicos. De ahí que se sujeten a la disciplina de los funcionarios civiles o militares. Este modelo ha sido considerado lesivo del principio de laicidad del Estado, y congruente con el Estado

confesional.

b) *Relación contractual o modelo de concertación*. La asistencia religiosa, según este modelo, se asegura mediante un contrato con el ministro de culto, en el marco, o no, de un pacto o convenio entre el centro —institución civil correspondiente— y la confesión religiosa de que se trate, comprometiéndose ambas partes, respectivamente, a aportar recursos, tanto humanos, como materiales.

En estos convenios, se describirá de forma detallada cómo se prestará la asistencia religiosa, los medios que se aportan, etc. Se produce así una coordinación entre el servicio de asistencia religiosa y las actividades del centro.

En este sistema, la prestación de la asistencia religiosa se realiza sin cargas para la confesión, puesto que el ministro de culto, percibe su retribución del centro o institución.

c) *Libre acceso*. En este caso, el Estado se limita a facilitar la entrada de ministros de culto a determinados centros públicos para auxiliar espiritualmente a los internos, sin que exista ninguna vinculación jurídica entre la Administración y la confesión o sus ministros. En este caso, la Administración sólo hará frente a los gastos materiales. Como dice LLAMAZARES, pierde estabilidad la prestación religiosa, pero gana independencia, transparencia y autenticidad. Es un sistema válido para todas las confesiones inscritas.

d) *Libertad de salida*. Supone que la administración o el centro —dependiendo de los casos— autoriza al interno a salir del mismo para ejercer su derecho a la asistencia religiosa. Este modelo de asistencia religiosa no puede ser utilizado en todos los supuestos, en algunos casos debido a las circunstancias en las que se hallan las personas interesadas, por ejemplo, hospitalizadas; y, en otros, por las características del centro donde se encuentran internas: como puede ser en centros penitenciarios. Se trata de un sistema que puede ser utilizado por miembros de las confesiones no inscritas.

### 3. LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN LOS ACUERDOS ENTRE EL ESTADO Y LA SANTA SEDE

La asistencia religiosa se aborda en tres de los acuerdos suscritos entre el Estado y la Santa Sede. Así, en dos de ellos se aborda la cuestión en el marco del tratamiento de otras materias. Se trata del Acuerdo sobre asuntos jurídicos y del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales. Además, existe uno específico, que es el Acuerdo sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos.

En el Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede, de 3 de enero, sobre asuntos jurídicos se aborda la cuestión de la asistencia religiosa, concretamente, en su artículo IV, donde se reconoce y garantiza por parte del Estado, el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en establecimientos penitenciarios,

hospitalarios, sanatorios, orfanatos y centros similares, precisando que aquéllos pueden ser tanto públicos como privados.

Tanto el régimen de asistencia religiosa, como la actividad pastoral de los sacerdotes y de los religiosos en los centros que acabamos de reseñar, si bien sólo en los de carácter público, se regularán de común acuerdo entre las competentes autoridades de la Iglesia y del Estado.

Los ministros de culto que llevan a cabo la asistencia religiosa a los internos católicos, en el caso de los centros penitenciarios, se organizan en el Cuerpo de capellanes de Instituciones Penitenciarias; y en el caso de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, en el de Capellanes castrenses.

Como ya hemos comentado en el Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, también se trata el tema de la asistencia religiosa, en su artículo II, en el que se determina que, en los niveles de enseñanza que se mencionan en el mismo, las autoridades académicas correspondientes permitirán que la jerarquía establezca otras actividades complementarias de formación y asistencia religiosa.

Especial referencia tenemos que hacer al Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre asistencia religiosa a las fuerzas armadas y servicio militar de clérigos y religiosos, puesto que se trata de un acuerdo dedicado de forma exclusiva a la asistencia religiosa.

Esta asistencia religiosa se ejercerá por medio del Vicariato General Castrense, figura que ha sido sustituida por la del Arzobispado castrense.

La *estructura del Vicariato General castrense (Arzobispado castrense)* es la siguiente (art. II): un Arzobispo, Vicario general, cuyo nombramiento se llevará a cabo en la forma que determina el artículo I.3 del Acuerdo sobre renuncia a la presentación de obispos y al privilegio del fuero de 28 de junio de 1976, que dispone: «La provisión del Vicariato General Castrense se hará mediante la propuesta de una terna de nombres, formada de común acuerdo entre la Nunciatura Apostólica y el Ministerio de Asuntos Exteriores, y sometida a aprobación de la Santa Sede. El Rey presentará en el plazo de quince días, uno de ellos para su nombramiento por el Romano Pontífice».

a) La curia castrense: que estará integrada por un provicario general, un secretario general, un vicesecretario, un delegado de formación permanente del clero y un delegado de pastoral.

b) Además, contará con la cooperación de los vicarios episcopales correspondientes, y de los capellanes castrenses considerados párrocos personales.

Se trata de una jurisdicción que tiene la particularidad de ser de naturaleza personal, siendo el vínculo que une a los fieles con el Arzobispado castrense y los capellanes, la condición de militares. Esta jurisdicción se extiende a todos los miembros de las Fuerzas Armadas de Tierra, Mar y Aire, a los alumnos de las academias, de las escuelas militares, a sus esposas, hijos, y familiares que viven en su compañía, y, también, a todos los fieles, ya sean seculares, ya religiosos, que presten

servicios establemente bajo cualquier concepto o residan habitualmente en los cuarteles o lugares dependientes de la jurisdicción militar, incluyendo a los huérfanos menores o pensionistas y a las viudas de militares mientras conserven ese estado (art. II del anexo).

La competencia de los capellanes castrenses es parroquial, respecto de todas las personas que acabamos de mencionar, y en caso de que celebre un matrimonio, éste deberá atenerse a las prescripciones canónicas (art. III del anexo).

La jurisdicción castrense es cumulativa con la de los ordinarios diocesanos. En los lugares o instalaciones dedicados a las Fuerzas Armadas u ocupados circunstancialmente por ellas usarán de dicha jurisdicción, primaria y principalmente, el Arzobispado castrense y los capellanes. En el supuesto de que estos estén ausentes, usarán de su jurisdicción subsidiariamente, aunque siempre por derecho propio, los ordinarios diocesanos y los párrocos locales (art. IV del anexo).

Fuera de estos lugares, y en relación con las personas que hemos mencionado, ejercerán libremente su jurisdicción los ordinarios diocesanos y, cuando así les sea solicitado, los párrocos locales (art. IV del anexo).

En el caso de que los capellanes castrenses tengan que officiar fuera de los templos, establecimientos, campamentos y lugares destinados de forma regular a las Fuerzas Armadas, deberán obtener el oportuno permiso de los ordinarios diocesanos o párrocos (art. V del anexo).

Estamos, por lo tanto, en presencia de un servicio público, que se encuentra integrado dentro de la organización militar y de su personal adscrito, gozando de un carácter equiparado o asimilado al de los militares, hecho éste que suscita fundadas sospechas de inconstitucionalidad, al no respetar fielmente el principio de laicidad del Estado.

## 4. LOS ACUERDOS CON LAS CONFESIONES EVANGÉLICA, JUDÍA Y MUSULMANA, DE 1992

En los acuerdos suscritos, hasta el momento, con la FEREDE, FCI y CIE, también se trata el tema de la asistencia religiosa, aunque el mismo presenta diferencias con respecto a lo acordado con la Iglesia católica. Así, con carácter general, podemos decir, que a diferencia de lo que sucede con la Iglesia católica, en aquellos acuerdos no se hace mención a la asistencia religiosa en centros privados.

En ellos se determina qué se entienden por funciones de culto o asistencia religiosa, a todos los efectos legales. Para los evangélicos son «las dirigidas directamente al ejercicio del culto, administración de los Sacramentos, cura de almas, predicación del Evangelio y magisterio religioso»; para los judíos, «la función rabínica, el ejercicio del culto, la prestación de servicios rituales, la formación de rabinos, la enseñanza de la religión judía y la asistencia religiosa» y para los musulmanes, «las que lo sean de acuerdo con la ley y la tradición islámica, emanadas

del Corán o de la Sunna» (art. 6).

En el artículo 8 de los tres acuerdos se regula la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas. En su apartado 1.º se reconoce el derecho de todos los militares, sean o no profesionales, y cuantas personas de dicho credo religioso presten servicio en las Fuerzas Armadas, a participar en sus actividades religiosas y sus ritos propios, en el caso de la FEREDE, y en el de la FCI y CIE, además, se añade, el derecho a recibir asistencia religiosa. Para que este derecho se pueda hacer efectivo se exige la previa autorización de sus jefes, que son los que procurarán que sean compatibles con las necesidades del servicio, facilitando los lugares y medios adecuados para su desarrollo.

En el caso de los acuerdos con la FCI y CIE, se establece que los militares de estas confesiones —judíos y musulmanes, respectivamente— que no puedan cumplir sus obligaciones religiosas por no haber sinagoga o mezquita, puedan ser autorizados a trasladarse a la más próxima, siempre que las necesidades del servicio lo permitan (art. 8.2).

Esta asistencia religiosa será dispensada por los ministros de culto de las respectivas confesiones, autorizados por los mandos del ejército, que prestarán la colaboración precisa para que puedan desempeñar sus funciones en iguales condiciones que los ministros de culto de otras iglesias, confesiones o comunidades que tengan concertados acuerdos de cooperación con el Estado (arts. 8.2 del Acuerdo con la FEREDE y 8.3 de los Acuerdos con la FCI y CIE).

Sólo en el caso de los Acuerdos con la FCI y CIE se establece la posibilidad de comunicar a sus familiares el fallecimiento de los militares de sus respectivas confesiones, acaecido durante la prestación del servicio (art. 8.4 de los Acuerdos con la FCI y CIE).

En estos acuerdos también se regula la asistencia religiosa en centros o establecimientos penitenciarios, hospitalarios, asistenciales u otros análogos del sector público (art. 9). Esta asistencia religiosa será llevada a cabo por los ministros de culto de las respectivas confesiones, siendo su designación autorizada por los organismos administrativos competentes. Únicamente en el caso de los acuerdos con la FCI y CIE se establece que los centros estarán obligados a transmitir a la comunidad israelita o islámica, respectivamente, las solicitudes de asistencia espiritual recibidas de los internos o de sus familiares, si los propios interesados no estuvieran en condiciones de hacerlo.

Los ministros de culto de las respectivas confesiones, podrán acceder a los centros que acabamos de mencionar de forma libre y sin limitación de horarios, por lo que el modelo de asistencia religiosa que se puede utilizar en estos casos, es el de *libertad de acceso*.

Los gastos que ocasione la asistencia religiosa, correrán a cargo de las respectivas confesiones, sin perjuicio de la utilización de los locales que, a tal fin, existan en los centros correspondientes. Sólo en el caso del Acuerdo con la CIE, se determina que serán sufragados en la forma que acuerde la Comisión Islámica de España con la dirección de los centros y establecimientos públicos.

## 5. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LAS FUERZAS ARMADAS Y EN CENTROS PENITENCIARIOS, HOSPITALARIOS, DOCENTES Y ASISTENCIALES

### 5.1. LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LAS FUERZAS ARMADAS

En materia de asistencia religiosa en el Ejército, con independencia de la normativa que hemos tratado, referente al Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos, de 3 de enero de 1979, y el artículo 8 de los Acuerdos entre el Estado y la FEREDE, FCI y CIE, tenemos que analizar una serie de normas en las que también se regula esta materia.

Debemos partir del reconocimiento que se hace a los militares de una serie de derechos fundamentales y libertades públicas, entre los que se incluye el derecho de libertad religiosa (Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las fuerzas armadas).

Pero la creación del servicio de asistencia religiosa a los miembros católicos en las fuerzas armadas, se lleva a cabo por medio del Real Decreto 1.145/1990, de 7 de septiembre, y se adscribe a la Secretaría de Estado de la administración militar, a través de la Dirección General de personal (art. 1), en el que se determina de forma pormenorizada la forma en la que se llevará a cabo.

En la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, también se trata el tema de la asistencia religiosa en su disposición adicional 8.<sup>a</sup> Con independencia, de que en ella se determine que el Gobierno garantizará la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas, se regula la situación de la Iglesia católica, de las confesiones con acuerdo y de las inscritas:

1. *Por lo que se refiere a la Iglesia católica*, la asistencia religiosa se ejercerá por medio del Arzobispado castrense, prestándose por medio de los Cuerpos eclesiásticos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire (declarados a extinguir), y por el Servicio de asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas. En todo caso, se produce una remisión a lo establecido en el Acuerdo sobre asistencia religiosa, la legislación canónica y lo establecido en la Ley de la Carrera Militar. Se posibilita el establecimiento de convenios.

2. *En el caso de las confesiones con acuerdo (FEREDE, FCI y CIE)*, se produce una remisión a lo establecido en sus respectivos acuerdos de cooperación.

3. *Y en el caso de las confesiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas*, los militares profesionales podrán recibir, si lo desean, asistencia religiosa en los términos previstos en el ordenamiento.

Otro texto legislativo en el que se regula la asistencia religiosa lo constituyen las Reales Ordenanzas del ejército de tierra de la armada y del ejército del aire, las cuales han establecido un sistema que puede ser aplicable a todas las confesiones religiosas.

El contenido de las mismas es muy similar, siendo los puntos más importantes que regulan son los siguientes:

1. Se establece que los mandos del ejército respetaran y protegerán el derecho a la libertad religiosa de sus subordinados, precisándose que en el supuesto de que coexistan fieles de distintas iglesias, confesiones o comunidades, cuidarán de la armonía en sus relaciones.

2. Se concederá el tiempo necesario para el cumplimiento de los deberes religiosos, siempre que no se perturbe el servicio, ni el régimen de vida de la unidad y del organismo, procurándose —en el ámbito militar— lugares y medios adecuados para el desarrollo de las actividades religiosas.

3. Se prestará a los capellanes y ministros autorizados el apoyo que precisen para el desempeño de sus funciones.

4. Los actos religiosos de culto o de formación y las reuniones de miembros de iglesias, confesiones o comunidades religiosas legalmente reconocidas, se ajustarán a las disposiciones generales sobre reuniones en recintos militares.

5. Los miembros del ejército recibirán asistencia religiosa de los capellanes militares o de ministros contratados o autorizados de confesiones legalmente reconocidas.

6. Aunque no podrán ser obligados a declarar sobre su ideología, religión o creencias, pueden ser preguntados sobre estas cuestiones, a los solos efectos de facilitar la organización de la asistencia religiosa, aunque pueden abstenerse de contestar.

7. En caso de fallecimiento —y con independencia de las honras fúnebres que les correspondan— podrá autorizarse la organización de exequias, con los ritos propios de la religión que se profese.

8. El capellán católico ejercerá su acción pastoral y llevará a cabo su ministerio de acuerdo con lo dispuesto en el reglamento del cuerpo eclesiástico.

9. Los capellanes militares, con ocasión de ejercicios de tiro, marchas, maniobras y actos que entrañen especial riesgo, se situarán en el puesto de socorro o en otro de fácil y rápida localización designado por el mando.

10. En el caso de capellanes de otras religiones desempeñarán funciones análogas, en las mismas condiciones que los católicos, en consonancia con los acuerdos que haya establecidos con la iglesia, confesión o comunidad religiosa correspondiente.

Otro aspecto objeto de regulación legal es el de las honras fúnebres, en este sentido se determina que en los actos oficiales que se celebren, además de los honores que correspondan, se podrá incluir un acto de culto católico o de la confesión religiosa que proceda, teniendo en cuenta la voluntad que hubiera expresado el fallecido o la que manifiesten sus familiares (disp. adic. 4.ª RD 684/2011).

## 5.2. LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

Es uno de los ámbitos donde se hace necesaria la asistencia religiosa, por referirse a centros en los que las personas se encuentran privadas de libertad, no pudiendo ejercer, plenamente, su derecho fundamental a la libertad religiosa.

En referencia a la asistencia religiosa, con independencia de lo visto hasta el momento, en relación con los Acuerdos entre el Estado y la Santa Sede y los Acuerdos con la FEREDE, FCI y CIE, existen una serie de disposiciones en las que se regula de forma pormenorizada esta cuestión.

La norma básica del sistema penitenciario es la *Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979*, y en ella se recoge de forma expresa el derecho de libertad religiosa en su artículo 54, bajo la rúbrica «Asistencia religiosa», y se determina que «la administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse», pero esta disposición no sólo garantiza este derecho, sino que va a facilitar los medios para su ejercicio. En este sentido en el artículo 51.3, se establece que los internos podrán ser autorizados a comunicarse con sacerdotes o ministros de su religión, cuando su presencia haya sido reclamada previamente. También se regula el horario que será puntualmente cumplido, de manera que se garantice ocho horas diarias para el descanso nocturno y queden atendidas las necesidades espirituales y físicas (art. 25).

*El Reglamento Penitenciario* (Real Decreto 190/1996), regula la forma en la que se va a llevar a cabo, para ello se parte de la base de que todos los internos tendrán derecho a dirigirse a una confesión religiosa inscrita para solicitar la asistencia religiosa siempre que ésta se preste con respeto a los derechos de las restantes personas, y no se podrá obligar a ningún interno a participar o asistir a actos de confesiones religiosas. En los centros podrá habilitarse un espacio para la práctica de los ritos religiosos, y la autoridad penitenciaria facilitará que los fieles puedan respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre y cuando lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del centro y los derechos fundamentales de los restantes internos. En todo lo relativo a la asistencia religiosa de los internos, se estará a lo establecido en los acuerdos firmados por el Estado español con las diferentes confesiones religiosas (art. 230).

Además de estas normas *generales* destacan las siguientes *normas específicas*:

a) *Para los católicos*: la Orden de 24 de noviembre de 1993, por la que se publica el Acuerdo de 20 de mayo de 1993, sobre asistencia religiosa católica en los establecimientos penitenciarios surge en cumplimiento de lo establecido en el artículo IV.1 y 2 del Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede, sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979. En él se reitera la voluntad del Estado de garantizar el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de las personas internadas en establecimientos penitenciarios.

Esta atención religiosa católica de los internos en establecimientos penitenciarios

se prestará por sacerdotes, que serán nombrados por el Ordinario del lugar, y autorizados formalmente por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que cesarán en sus actividades por voluntad propia, por decisión de la autoridad eclesiástica correspondiente, o bien por iniciativa o a propuesta de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (art. 3).

Los sacerdotes encargados de la atención religiosa católica en centros penitenciarios tienen derecho y están obligados al cumplimiento de las actividades que les son propias: celebración de la Santa Misa, los domingos y festividades religiosas, celebración de actos de culto, visita a los internos, [...] (art. 2), sujetándose al ordenamiento penitenciario español en lo referente al horario y a la disciplina del centro (art. 4).

La cobertura económica de las prestaciones de asistencia religiosa católica correrá a cargo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, tanto en lo relativo a los gastos materiales, como a la del personal, debiendo estar afiliados a la Seguridad Social en las condiciones establecidas en el Real Decreto 2.398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del clero, siendo las autoridades eclesiásticas correspondientes quienes asumirán la obligación del pago de la cuota patronal (art. 5).

Por lo que se refiere a los establecimientos penitenciarios, se determina que dispondrán de una capilla para la oración y, si ello no fuera posible, deberán contar con un local apto para la celebración de los actos de culto, y con un despacho destinado al resto de las actividades propias de la asistencia religiosa, cuyo mantenimiento y reparaciones, así como la adquisición de los elementos materiales de culto correrán a cargo de la Administración penitenciaria (art. 7).

b) *En el caso de las confesiones religiosas que tienen acuerdo de cooperación con el Estado, esto es, la FEREDE, la FCI y la CIE, debemos partir del Real Decreto por el que se regula la asistencia religiosa evangélica, judía e islámica en el ámbito penitenciario (RD 710/2006) que desarrolla lo establecido en esta materia por el artículo 9 de los acuerdos. En este precepto se determina cuál es el contenido de la asistencia religiosa (art. 2), así como quién será el encargado de prestar la asistencia religiosa, que no será otro que el ministro de culto designado por la respectiva confesión (art. 3). En cualquier caso, todas estas cuestiones se encuentran, en buena medida, expresadas en los acuerdos a los que hemos hecho referencia.*

Un dato importante, que se recoge en este Real Decreto, es la posibilidad de que las entidades religiosas interesadas puedan tener ministros de culto autorizados en los centros penitenciarios, siempre y cuando lo soliciten a la administración penitenciaria presentando una serie de documentos:

1. Certificado de la Iglesia o comunidad de que dependa el ministro de culto, con la conformidad de su respectiva federación, que acredite que la persona propuesta cumple los requisitos establecidos.

2. Certificado negativo de antecedentes penales en España. En el caso de tratarse de ministros de culto extranjeros, los mismos deberán acreditar la ausencia de

antecedentes penales en su país de origen.

3. Y, por último, deberán indicar el centro o centros ante los que se solicita acreditar al ministro de culto.

Esta autorización se concederá siempre que se documenten suficientemente los extremos que acabamos de detallar, la persona propuesta ofrezca garantías de seguridad, y no exista en el centro un número de ministros de culto de la misma federación confesional que se estime suficiente en función de la asistencia religiosa solicitada. La falta de notificación de la resolución en el plazo de cuatro meses determinará la estimación de la solicitud por silencio administrativo (arts. 4 y 5). Esta autorización tendrá validez anual, entendiéndose renovada por períodos de un año, siempre que no se produzca una resolución motivada en contrario.

Estos ministros de culto autorizados deberán de estar debidamente afiliados a la Seguridad Social, cuando así se derive de la normativa aplicable a la respectiva confesión, sin que en ningún caso corresponda su afiliación y el pago de las respectivas cuotas a la administración pública.

También en la normativa señalada se prevé el cese, la revocación y suspensión de la autorización. El cese se puede llevar a cabo a iniciativa propia o de la autoridad religiosa de la que dependan, que deberá comunicarla a la administración penitenciaria competente. La revocación de la autorización, se podrá llevar a cabo por dos motivos. Por un lado, por parte de la administración que la concedió, cuando el ministro de culto realice actividades no previstas en el régimen de la asistencia religiosa, o fueren contrarias al régimen del centro o a la normativa penitenciaria, previa audiencia del interesado y mediante resolución motivada. Y, por otro, también procede cuando se produzca un incumplimiento sobrevenido de los requisitos que justificaron su otorgamiento (art. 7). Otro de los supuestos que también se contempla es el de la suspensión cautelar de la autorización, por parte del director del centro, en los supuestos en los que la actividad del ministro de culto atentara gravemente contra el régimen y seguridad del centro o conculcara el ordenamiento jurídico.

En lo referente a la forma en la que se llevará a cabo esta asistencia religiosa, se produce una remisión a lo establecido en los acuerdos, es decir, podrán acceder a los centros de forma libre y sin limitación de horarios. Lo que sí se precisa en este Real Decreto, son las limitaciones a las que debe someterse este régimen de asistencia religiosa. En este sentido, se determina que las mismas son «las derivadas de la necesaria observancia de las normas establecidas en el ordenamiento penitenciario español, en lo referente al horario y a la disciplina del centro, así como a los principios de libertad religiosa establecidos en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio» (art. 8).

Las personas pertenecientes a las confesiones evangélica, judía o islámica, que se encuentren internadas en centros penitenciarios y deseen recibir asistencia religiosa —sólo a los efectos de facilitar la organización de la asistencia religiosa— podrán manifestar su deseo de recibir esta asistencia mediante una solicitud dirigida a la dirección del centro. Solicitud que se pondrá en conocimiento del ministro de culto de

la respectiva confesión, acreditado ante el centro (art. 9).

Otro aspecto relevante que también se trata en este Real Decreto es el referente a los locales y el régimen económico, estableciéndose, en este sentido, que se podrán habilitar locales en los centros penitenciarios en los que se pueda celebrar el culto o impartir asistencia religiosa. Y en lo referente al régimen económico se produce una remisión a lo dispuesto en los acuerdos de cooperación.

Como ya hemos visto, en los acuerdos de cooperación con la FEREDE y la FCI se establece que la asistencia religiosa correrá a cargo de las respectivas confesiones. Sólo en el caso del Acuerdo con la CIE, se determina que los costes de la misma serán sufragados en la forma que acuerde la Comisión Islámica de España con la dirección de los centros y establecimientos públicos. Este aspecto ha sido regulado mediante un Convenio de 12 de julio de 2007, llevado a cabo entre el Ministerio de Justicia y la CIE, en el que se dispone, en su cláusula primera, que: «La Dirección General de Instituciones Penitenciarias sufragará con cargo a sus presupuestos los gastos materiales y de personal que ocasione la asistencia religiosa prestada en el ámbito penitenciario, en el ámbito de su competencia, por los imanes o personas designadas por las comunidades y debidamente autorizadas en la forma establecida en el Real Decreto 710/2006». En la cláusula segunda se determina que sólo procederá sufragar los gastos cuando el número de internos que la soliciten y reciban sea igual o superior a diez.

c) *En el caso de confesiones inscritas.* Las confesiones religiosas que, estando inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, no tengan acuerdo de cooperación, se rigen en esta materia por lo previsto en la Instrucción 6/2007, de 21 de febrero, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. En ella se establece el procedimiento y documentación que deben aportar las confesiones religiosas, tanto las que hayan firmado acuerdos de cooperación con el Estado, como las que no, para autorizar la entrada de sus ministros de culto en los centros penitenciarios. Las entidades religiosas que no han suscrito, hasta el presente, acuerdo de cooperación y están interesadas en tener autorizados ministros de culto de su confesión en centros penitenciarios, tienen que aportar la siguiente documentación:

1. Certificado de la Iglesia o comunidad de que depende el ministro de culto con la conformidad de su respectiva federación o comisión, que acredite que la persona propuesta pertenece a dicha Iglesia o comunidad federada, y que está dedicada con carácter estable al ministerio religioso.

2. Certificado negativo de antecedentes penales en España.

3. Indicación del centro o centros ante los que se solicita acreditar al ministro de culto.

4. Certificado de estar legalmente inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.

Por lo que se refiere a los requisitos hay que tener en cuenta que se exigen los mismos que para las confesiones religiosas con acuerdo, y sólo se añade como

novedad el certificado de estar legalmente inscrita.

Esta documentación será presentada por la entidad religiosa en el centro penitenciario en el que se haya solicitado su intervención. Además, también se determina que los ministros de culto deberán estar debidamente afiliados a la Seguridad Social, cuando así se derive de la normativa aplicable a la respectiva confesión, y en el caso de que la asistencia religiosa sea desempeñada por voluntarios, éstos deberán encontrarse cubiertos por un seguro suscrito por la Iglesia o comunidad de quien dependan.

La autorización tendrá validez anual, entendiéndose sucesivamente renovada por períodos de un año, siempre que no se produzca una resolución motivada en contrario. Y podrán cesar en sus actividades a iniciativa propia o de la autoridad religiosa de la que dependan.

### 5.3. LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN LOS CENTROS HOSPITALARIOS

Esta modalidad de asistencia religiosa es, quizá, la más demandada por las circunstancias en las que se encuentran las personas que la solicitan, las cuales se encuentran en situación de enfermedad, de dolor, e, incluso, en situaciones terminales.

Por lo que se refiere a las normas, modelos de prestación y circunstancias que rigen esta variante de asistencia religiosa, las mismas difieren dependiendo de la confesión religiosa de que se trate:

a) *Para los católicos*: la asistencia religiosa en este tipo de establecimientos está garantizada en el artículo IV.1 del Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979. En cumplimiento de lo establecido en el párrafo 2 de este Acuerdo se firmó un convenio marco (Orden de 20 de diciembre de 1985, por la que se dispone la publicación del acuerdo sobre asistencia religiosa católica en centros hospitalarios públicos), que supone la creación de un servicio de asistencia religiosa católica para las personas ingresadas en establecimientos hospitalarios. Este servicio se va a regir por el modelo de concertación, y se va a financiar con fondos públicos.

El Estado garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los católicos internados en los centros hospitalarios del sector público, incluidos los hospitales militares y penitenciarios. Dicha asistencia religiosa se prestará, en todo caso, con el debido respeto a la libertad religiosa y de conciencia y su contenido será conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (art. 1 de la Orden).

Este convenio ha sido posteriormente desarrollado por otro, ulterior, de 23 de abril de 1986, sobre asistencia religiosa católica en los centros hospitalarios del Instituto Nacional de la Salud. Las personas que prestan el servicio de asistencia religiosa desarrollarán su actividad en coordinación con los demás servicios del centro hospitalario.

Podrán solicitar la asistencia religiosa los pacientes católicos ingresados en los

centros hospitalarios, y los demás pacientes que de forma libre lo soliciten, así como los familiares de los pacientes y el personal católico del centro que lo desee.

No obstante, a este respecto, hay que tener en cuenta que la sanidad es una de las competencias que se encuentra transferidas, hoy, a todas las Comunidades Autónomas.

b) *En el caso de las confesiones religiosas que tienen acuerdo de cooperación con el Estado, esto es, la FEREDE, la FCI y la CIE, se opta por el modelo de libre acceso y sin limitación de horario de entrada a estos centros de los ministros de culto que sean designados por las Iglesias o comunidades —con la conformidad de la respectiva federación—. Estos ministros tendrán que contar con la debida autorización de los organismos administrativos competentes y los gastos de la mencionada asistencia correrán a cargo de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE y a la FCI, y, en el caso de la CIE, en su acuerdo se determina que serán sufragados en la forma que acuerden los representantes de la Comisión Islámica de España.*

La financiación recae en las propias confesiones, actuando el Estado como intermediario, facilitando la cooperación entre el enfermo que solicita la asistencia religiosa y el ministro de culto de la confesión de que se trate.

Cuando se trata de confesiones religiosas sin acuerdo de cooperación, no existe régimen específico de asistencia a los enfermos hospitalizados, por lo que se debe de aplicar el régimen previsto en el artículo 2.3 LOLR.

#### 5.4. LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN LOS CENTROS ASISTENCIALES

Nos estaríamos refiriendo a establecimientos públicos que, en régimen de internamiento, prestan asistencia social a las personas mayores, menores, indigentes, toxicómanos, etc.

La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, en su artículo 2, apartado 1.b) y 3, hace referencia a este tipo de asistencia religiosa. Otra de las disposiciones en la que se hace referencia a la misma es el artículo IV del Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979.

Por lo que se refiere a la asistencia religiosa a otras confesiones con acuerdo (FEREDE, FCI y CIE), en centros asistenciales, su regulación se lleva a cabo en el artículo 9 de los Acuerdos firmados con estas confesiones. En los mismos se recurre al modelo de libre acceso de los ministros de culto, sin limitación de horario, siendo las confesiones las que sufragan los gastos originados por esa asistencia.

En el caso de la asistencia religiosa a los menores, en el artículo 39 del Real Decreto 1.774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se determina que los menores internados tienen derecho a dirigirse a una confesión religiosa registrada, a no ser obligados a asistir o participar en los actos de una confesión religiosa, y a que la entidad les facilite el respeto a su alimentación, sus

ritos y las fiestas propias de su confesión, estableciéndose como límite el que sean compatibles con los derechos fundamentales de los otros internos y no afecte a la seguridad y al desarrollo de la vida en el centro.

A este respecto, no hay que olvidar que la competencia en la materia es de titularidad autonómica. En este sentido, hay que destacar los convenios específicos en los que se regula este tipo de asistencia. Así, podemos citar, a modo de ejemplo, la Resolución de 17 de septiembre de 1990, por la que se publica el Convenio con el Arzobispado de Madrid-Alcalá sobre asistencia religiosa en residencias de ancianos. En este convenio la Comunidad de Madrid hace efectivo el derecho —garantizado por el Estado— a la asistencia religiosa católica en las residencias de ancianos de la Comunidad, de acuerdo con las normas contenidas en el acuerdo. «Esta asistencia religiosa comprenderá la atención pastoral a los ancianos, la celebración de los actos de culto, la administración de los sacramentos y el asesoramiento en las cuestiones religiosas» (art. 2 de la Resolución). Podrán beneficiarse de este servicio aquellas personas que, libre y espontáneamente, lo deseen, así como sus familiares y el personal de la residencia. Las personas que llevan a cabo esta asistencia son los capellanes, que serán designados por el Arzobispado.

## 5.5. LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN LOS CENTROS DOCENTES

Esta asistencia religiosa presenta una serie de particularidades, por un lado, la podríamos denominar como asistencia religiosa impropia, en tanto que los alumnos no tienen una dificultad especial para poderla recibir fuera del centro, y por otro lado, la podríamos calificar de complementaria de la enseñanza de la religión, en tanto que consistiría en prácticas y actividades religiosas.

En el artículo 2.3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, se establece que los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la formación religiosa en centros docentes públicos.

Como ya hemos visto, este tema se trata en el Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, en su artículo 2, cosa que no sucede con otras confesiones con acuerdo. No obstante, ello no quiere decir que no se puedan firmar acuerdos o conciertos sobre esta materia con las mismas.

Con carácter general, la Orden de 4 de agosto de 1980, por la que se regula la asistencia religiosa y actos de culto en centros escolares, aborda esta cuestión. En esta disposición se establece que se habilitarán locales idóneos para el desarrollo, dentro de los centros, de actividades de formación y asistencia religiosa de los alumnos que deseen participar en ellos, incluida la celebración de actos de culto.

También se determina que las autoridades académicas competentes acordarán con la jerarquía de la Iglesia católica o con las autoridades de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas legalmente inscritas, las condiciones concretas en que hayan de desarrollarse en estos locales las actividades de formación y asistencia religiosa complementarias de la enseñanza de la religión y moral.

## BIBLIOGRAFÍA

- BRAVO CASTRILLO, F. J.: «Comentario legislativo a las nuevas disposiciones referentes a la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 28, 2012.
- CIÁURRIZ, M. J.: «La asistencia religiosa islámica en los centros públicos», en MOTILLA DE LA CALLE, A. (coord.), *Los musulmanes en España: libertad religiosa e identidad cultural*, Trotta, Madrid, 2004.
- CONTRERAS MAZARIO, J. M.: *Régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. A.: «Asistencia religiosa en ámbitos especiales», en JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. A., y CAÑAMARES ARRIBAS, S. (coords.), *Derecho Eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid, 2012.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado: derecho de la libertad de conciencia*, Cívitas, Madrid, 2011.
- LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Asistencia religiosa», en FERRER ORTIZ, J. (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Eunsa, Pamplona, 1996.
- MANTECÓN SANCHO, J.: «La asistencia religiosa en España», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 24, 2008.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.: «Asistencia religiosa en España y judaísmo», en MARTÍN SÁNCHEZ, I., y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. (coords.), *Los judíos en España: cuestiones del Acuerdo de cooperación con la FCJE de 1992*, Delta, Madrid, 2012.
- «La asistencia religiosa en el marco del acuerdo con la FEREDE», en GARCÍA GARCÍA, R., y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. A. (coords.), *Aplicación y desarrollo del Acuerdo entre el Estado y la FEREDE*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2008.
- OLMOS ORTEGA, M. E.: «La asistencia religiosa», en VVAA, *Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Universidad Pontificia, Salamanca, 1994.
- SATORRAS FIORETI, R. M.<sup>a</sup>: *El derecho a la asistencia religiosa en los tanatorios*, Bosch, Barcelona, 2004.

## LECCIÓN 7

# LA ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN EN LOS CENTROS EDUCATIVOS

AGUSTÍN MOTILLA DE LA CALLE

*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid*

### 1. INTRODUCCIÓN

En el tema de la enseñanza se da una cierta paradoja. En nuestro Estado constitucional, en el que la principal función de la organización política es garantizar los derechos y los intereses de las personas (el art. 10.1 de la Constitución Española enumera los elementos que constituyen el fundamento del orden político: la dignidad humana, los derechos inalienables, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley), la enseñanza, y las potestades públicas al respecto, se relaciona más con la libertad ideológica en general que con la religiosa; de ahí que sea concebible, como ha señalado IBÁN, una opción constitucional en la que no existiera conexión alguna entre la enseñanza y la religión y, por tanto, el hecho religioso no diera lugar a un tratamiento especial.

No obstante, basta un somero examen de nuestro ordenamiento jurídico para concluir afirmando que no sólo la enseñanza es en España una materia propia del Derecho eclesiástico —es decir, que el singular tratamiento dentro de ella del fenómeno religioso ha dado lugar a un Derecho especial—; también podría decirse sin exagerar que la regulación por parte del Estado de las materias y competencias de la Iglesia en el ámbito educativo se ha convertido en el tema más polémico del Derecho eclesiástico vigente. Basta recapacitar sobre el número de declaraciones episcopales —individuales, o colectivas a través de los órganos de comunicación de la Conferencia Episcopal— que ha suscitado, las manifestaciones ciudadanas a favor o en contra de la presencia de la Iglesia en la escuela, las modificaciones legislativas impulsadas por los Gobiernos de un signo u otro, o, en fin, el inusitado número de ocasiones en el que los tribunales han tenido que pronunciarse sobre diversos aspectos de la enseñanza de la Religión —singularmente de la Religión Católica— en la escuela. La tradicional «cuestión religiosa» que enfrentó a los españoles en el

pasado hoy pervive —en términos naturalmente más moderados— en la batalla por la escuela.

La razón de la importancia de la enseñanza para las grandes religiones —y, desde luego, para la Iglesia católica— descansa en que constituye una de las vías principales en la transmisión de su mensaje. Esto se percibe con claridad a lo largo de nuestra historia, en la que la Iglesia durante siglos ha monopolizado, ante la práctica dejación del Estado, la educación en los distintos niveles educativos. Hoy, siendo el Estado quien establece las reglas de juego, la Iglesia se resiste a perder parcelas que estima son de su propia competencia. Pienso, en fin, que la inercia histórica explica gran parte de la actual regulación de la enseñanza de la Religión en la escuela; de ahí que me parezca ineludible para la comprensión integral de los problemas que se suscitan atender, en primer lugar, a los antecedentes históricos.

Una última precisión conceptual antes de comenzar con la exposición de la materia. El tema de «La enseñanza de la Religión en los centros educativos» es sólo una manifestación más —importante, eso sí— de las múltiples facetas en que el interés religioso se proyecta en la cuestión de la enseñanza. Sólo a él, al tratamiento legislativo y jurisprudencial de la enseñanza, con carácter dogmático, de las distintas Religiones en los niveles no universitarios y universitarios que llevan a cabo las confesiones con la cooperación del Estado, dedicaremos nuestra atención en el presente capítulo. Fuera de la exposición quedan otros asuntos que asimismo poseen un indudable interés para el Derecho eclesiástico: la creación de centros docentes inspirados en un ideario religioso, la financiación pública de estos centros y sus condiciones, las escuelas e instituciones religiosas creadas para la formación de los ministros de culto —seminarios y universidades de ciencias sagradas—, las universidades de la Iglesia de ciencias profanas y los requisitos exigidos para que obtengan efectos civiles los estudios impartidos, la libertad de cátedra y sus limitaciones, etc.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En la tradición católica, la educación de las personas es una tarea exclusiva de las familias y de la Iglesia; corresponde, por tanto, al clero la formación tanto espiritual como profesional de los individuos.

En la sociedad del Antiguo Régimen era frecuente que, aquellos con posibilidades para hacerlo, aprendieran las primeras letras en escuelas monacales o a través de preceptores privados —la mayor parte de las veces clérigos— y, de continuar los estudios, acudieran a las facultades menores integradas en las universidades o, después, alcanzaran los grados mayores en centros e instituciones pertenecientes a la Iglesia (colegios universitarios de órdenes religiosas y universidades de fundación pontificia, como Salamanca, o de altas dignidades eclesiásticas —obispos y cardenales—, como Alcalá). El carácter marcadamente aristocrático de aquellos y la

decadencia en las enseñanzas universitarias, cerradas a las nuevas ciencias experimentales y a los saberes técnicos cultivados desde el Renacimiento, explica que, ya desde el siglo XVIII, los monarcas ilustrados intervinieran en los planes de estudios universitarios fomentando las disciplinas económicas y técnicas en detrimento de los saberes teológicos y morales; no en vano uno de los postulados principales del movimiento de la Ilustración fue potenciar la enseñanza racional como motor del cambio social.

El siglo XIX supondría un nuevo impulso en la extensión y profundización de la enseñanza, construida en torno a cuatro principios nucleares (expuestos, por ejemplo, en el *Informe Quintana*, de 1814): igualdad de la educación para los ciudadanos, universalidad en el acceso a ella, uniformidad en los planes de estudio y la necesaria gratuidad que garantice su carácter universal. Es consecuencia lógica de las metas que los gobiernos liberales se proponen, en la consecución de los principios señalados, el progresivo control del Estado de la enseñanza. La función social que cumple impone que, respecto a la no universitaria, los poderes públicos reglamenten su impartición dividida en ciclos escolares, establezcan los planes de estudios que han de impartir los colegios, o abran centros allá donde la iniciativa privada no permite la adecuada escolarización. Respecto de la enseñanza universitaria, la decadencia económica e intelectual de las instituciones lleva a la supresión de algunas universidades, o a su estatalización: en este siglo cristaliza el monopolio estatal de la enseñanza superior.

La reacción de la jerarquía eclesiástica frente a leyes, como la española Ley de Instrucción Pública, de 9 de septiembre de 1857 —de prolongada vigencia—, fue de directa confrontación con el Estado: esgrimiendo los derechos históricos en materia educativa, la Iglesia proclama su exclusiva potestad sobre la enseñanza y condena, dentro del Syllabus de errores promulgado por el Papa Pío IX en 1864, las pretendidas competencias del Estado en la materia. En realidad, y como expuso claramente un autor de la época, ORTIZ DE ZÁRATE, la cuestión de la enseñanza se percibía como una cuestión de poder: «el que enseña, domina; puesto que enseñar es formar hombres, y hombres amoldados a las miras del que los adoctrina. Entregar la enseñanza al clero, es querer que se formen hombres para el clero, y no para el Estado».

Este contexto de enfrentamiento entre ambos poderes en el control del sistema educativo, tangible a lo largo de los siglos XIX y XX, también se refleja en el ámbito de la enseñanza de la asignatura de Religión Católica en los planes de estudios.

Durante las etapas en que el Estado es confesional, la enseñanza de la Doctrina y Moral Católica en los niveles educativos de primaria y secundaria es concebida por el legislador como un medio de transmisión de los valores sociales y de convivencia —aportados por la confesión mayoritaria—; por tanto, es obligatoria para todos los alumnos. En primaria es impartida por los maestros, bajo la supervisión de los párrocos, y en secundaria y bachillerato por profesores —generalmente clérigos— elegidos por los obispos. A la jerarquía eclesiástica también se le atribuye el cometido de determinar los contenidos —programas, libros de texto, etc.— de la enseñanza religiosa, así como de vigilar que el resto de las materias impartidas no atentaran

contra el dogma y la moral católica (art. 2 del Concordato de 1851).

Por contra, a lo largo de las etapas de regímenes cuya acción de gobierno postula la secularización de las instituciones públicas y sociales, la enseñanza religiosa se suprimirá, bien en secundaria y bachillerato —a partir de la Revolución de septiembre de 1868 y hasta 1895— o en todo el proceso educativo —ya en el siglo XX, a lo largo del régimen de la II República—. Los motivos de la supresión son varios; pero entre ellos destaca el dogma liberal del respeto a las conciencias, que prohíbe imponer enseñanzas de contenido religioso en un ámbito que debe restringirse a las relaciones íntimas entre el hombre y Dios.

### 3. MARCO CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO DE LOS ACUERDOS CON LAS CONFESIONES

El artículo 27.3 de la Constitución Española establece «el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones», declaración que la Constitución acoge de los tratados internacionales y las convenciones en materia de derechos humanos suscritos por España. La enseñanza de una asignatura de contenido religioso en la escuela es una de las fórmulas, pero no la única, a través de la cual los poderes públicos garantizan ese derecho; respecto a la escuela pública, el principio de neutralidad del Estado «no impide la organización [...] de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral» (Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero).

Sí imponen, en cambio, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos la voluntariedad de las enseñanzas de contenido confesional; lo contrario vulneraría el derecho a la libertad ideológica y religiosa, que veta cualquier imposición dentro de la escuela de la enseñanza de creencias o religiones contrarias a las creencias de los padres (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Folguero contra Noruega*, de 29 de junio de 2007, y *Zengin contra Turquía*, de 9 de octubre de 2007). No obstante, y tal y como ha declarado el Tribunal Supremo respecto a los planes de la enseñanza no universitaria, el estudio de las religiones en su dimensión cultural, artística e histórica, impartido con criterios objetivos como una materia académica y formativa, no es contrario al derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus creencias (Sentencia de 25 de enero de 2005).

En realidad, la indeterminación constitucional sobre el modelo por el cual los poderes públicos, en virtud de la concepción positiva o participativa de los derechos humanos de nuestra Constitución, colaboran para el efectivo ejercicio del derecho de los padres, es resuelta en los acuerdos con las confesiones: éstos constituyen la base normativa de la enseñanza de asignaturas confesionales en la escuela (por lo demás presente en la mayor parte de los países europeos, excepto en Francia). La diferente

regulación contenida, por un lado, en los convenios firmados con la Iglesia católica y, por otro, con evangélicos, judíos y musulmanes, obliga a un tratamiento separado.

El Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede, establece que a los planes educativos de primaria, ESO, bachillerato y formación profesional se incorpore la asignatura de «Religión Católica», de obligatoria oferta para los centros de enseñanza y voluntaria para los alumnos, que será impartida en condiciones equiparables a otras disciplinas fundamentales (art. 2 del Acuerdo). Igualmente la asignatura será ofertada con los mismos requisitos en las Escuelas de Magisterio —hoy Facultades de Ciencias de la Educación— (art. 4). A la jerarquía de la Iglesia le corresponde fijar los contenidos de la enseñanza y establecer los libros de texto (art. 6), así como proponer, para cada año escolar, a las personas que impartirán la enseñanza, las cuales serán designadas por la autoridad académica de entre aquéllos propuestos por la Iglesia (art. 3). En cuanto a la valoración de conjunto del modelo introducido por el Acuerdo, que, como vimos, entronca con las fuentes históricas, el Tribunal Constitucional ha afirmado que este sistema de inserción de la enseñanza de la Religión Católica en el sistema educativo representa una manifestación de la cooperación de los poderes públicos con las confesiones (art. 16.3 de la Constitución) a fin de hacer posible el derecho de los padres a la educación religiosa y moral de los hijos de acuerdo con sus convicciones, conforme al artículo 27.3 del mismo texto (Sentencia de 38/2007, de 15 de febrero).

Por su parte, a las confesiones distintas de la católica que han suscrito un Acuerdo con el Estado (las Federaciones evangélica, israelita e islámica), se les reconoce el derecho a impartir enseñanza religiosa en los centros docentes públicos y concertados (en estos últimos si no es contrario al ideario del centro). Es competencia de las respectivas Federaciones la aprobación de los contenidos y de los libros de texto, así como proponer a los profesores que serán nombrados por las autoridades académicas. El Estado se compromete a facilitarles locales para la instrucción religiosa (arts. 10 de los Acuerdos). Sin embargo, y a diferencia de la enseñanza de la religión católica, las asignaturas de religión evangélica, judía o islámica no se imparten durante el horario escolar.

De la obligatoriedad de los colegios de ofertar una asignatura de Religión Católica y de su inserción en el horario escolar surgen una serie de cuestiones y problemas, no presentes en la opción escogida para las confesiones no católicas con Acuerdo. De ahí que sea imprescindible, en nuestra opinión, el tratamiento singularizado de uno u otro supuesto.

#### 4. LA ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN CATÓLICA EN EL ACUERDO CON LA SANTA SEDE Y EN SU DESARROLLO LEGAL

#### 4.1. SUJETO AL QUE CORRESPONDE EJERCITAR LA OPCIÓN

En línea de principio, durante la minoría de edad son los padres a los que, como hemos visto, los poderes públicos garantizan el derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. La mayoría de edad se alcanza a los 18 años; tras ella el individuo adquiere la plenitud de ejercicio de los derechos civiles y políticos y, entre ellos, el derecho de opción en materia religiosa (art. 1 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de 1996, de protección jurídica del menor).

No obstante, el Derecho español, en correspondencia con las convenciones internacionales, reconoce el derecho de libertad religiosa a los menores de edad. El artículo 6 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor proclama que «el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión»; los padres tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esa libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral. En el ámbito educativo, el artículo 6.3 la Ley Orgánica, de 3 de julio de 1985, reguladora del derecho a la educación, reconoce el derecho de los alumnos «a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución Española». Y, en el mismo sentido, el artículo 16.1 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia de los centros, proclama el derecho de los alumnos a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas o morales.

En el ordenamiento jurídico español no se fijan las edades concretas a partir de las cuales los menores ejercerán sus derechos en el ámbito educativo. En caso de discrepancia entre padres e hijos, el conflicto se planteará ante el juez del domicilio familiar, quien resolverá atendiendo al interés prioritario del menor y en función de su madurez. Aunque la práctica indica que, con la cercanía a la mayoría de edad del alumno, es éste el que decide cursar o no la asignatura de Religión Católica. Según los datos de opción en las diferentes etapas escolares, si en educación primaria optan por Religión Católica un 74 por 100 de los alumnos, en la ESO baja a un 44,7 por 100 y en Bachillerato a un 37 por 100.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha considerado que las Administraciones central o autonómica no pueden aprobar normas estableciendo una presunción negativa en el caso de que los padres no manifiesten expresamente el que sus hijos reciban clases de Religión. Ni el Acuerdo ni sus normas de desarrollo pueden ser interpretados en ese sentido; «más bien la interpretación contraria según la dicción literal del precepto o, en todo caso, a la interpretación de que serán los centros docentes los que establezcan, en función de su proyecto educativo, las medidas organizativas adecuadas» (Sentencia de 12 de abril de 2012).

#### 4.2. VALOR DE LA ASIGNATURA

Es evidente que la asignatura de Religión Católica se concibe en el Acuerdo como una disciplina *sui generis* comparada con el resto de las materias de los planes de estudio: es optativa, el profesorado que la habrá de impartir es seleccionado por la jerarquía de la Iglesia, quien, además, determinará los contenidos formativos. Sin embargo, el propio texto del Acuerdo prescribe que la Religión Católica sea impartida «en condiciones equiparables a las demás asignaturas fundamentales» (art. 2) ¿Cómo pueden equipararse, es decir, hacerse iguales o equivalentes, realidades tan distantes? ¿De qué modo el Estado ha de intentar acercar el tratamiento de una disciplina de la que no controla docentes ni contenidos, respecto al resto de las asignaturas del plan de estudio?

La doctrina de nuestro Tribunal Supremo lo ha expresado de manera clara: «condiciones equiparables» no suponen «condiciones idénticas, a modo de trato milimétrico igual, ya que es aceptable una regulación que atienda las diferencias, y por tanto distinta, como es el caso en el que se tengan que tener en cuenta mandatos diversos, que salvaguarden y preserven la libertad de opción entre unos y otros y la no discriminación en cuanto a los efectos de tales opciones» (Sentencias de 26 de enero de 1998, 14 de abril de 1998 y 20 de julio de 2012).

La imposibilidad de la estricta equiparación, que es como tratar de resolver la cuadratura del círculo, no conduce, sin embargo, a concluir que la previsión normativa del Acuerdo carece de toda eficacia jurídica. En nuestra historia constitucional la tendencia a la equiparación ha operado como una línea de fuerza reflejada en múltiples aspectos de la regulación de la asignatura: la existencia de una disciplina alternativa a la Religión, el valor de las notas con las que se califique el resultado académico de los alumnos, la ubicación de la misma dentro del horario escolar...

Tal vez la consecuencia más relevante de la disposición normativa del Acuerdo, la equiparación con las asignaturas fundamentales del plan de estudio, sea que Religión Católica es evaluada del mismo modo que el resto de las materias, haciéndose constar la calificación en el expediente académico del alumno. El suspenso en Religión cuenta, pues, a efectos de pasar o no de curso. No obstante, durante el bachillerato las calificaciones obtenidas en Religión no computan a la hora de obtener la nota media para las pruebas de acceso a la universidad, ni para las convocatorias de obtención de becas y ayudas al estudio ofertadas por las distintas Administraciones públicas (disps. adics. 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del Real Decreto 1.467/2007, de 2 de noviembre). La exclusión de la nota de Religión se justifica en «garantizar el principio de igualdad y la libre concurrencia entre todos los alumnos»: efectivamente, desde que en la regulación de las materias alternativas a las clases de Religión del año 1991 se suprimiera la evaluación de éstas, no parecía razonable, desde la perspectiva de la igualdad, que los alumnos que cursaran la disciplina confesional tuvieran una nota más, generalmente alta (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998).

Nuestra jurisprudencia ha determinado otros ámbitos donde opera esa tendencial equiparación —partiendo de la base, eso sí, de que la igualdad en el tratamiento es imposible—. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 155/1997, de 29 de

septiembre, consideró que la obligatoria oferta en los planes de estudios de la Escuela de Magisterio de la Universidad Autónoma de Madrid de la asignatura Doctrina y Moral Católica y su Pedagogía, optativa para los alumnos, no vulnera la autonomía universitaria y está fundamentada en un tratado internacional que, a su vez, tiene respaldo en los artículos 16.3 y 27.3 de la Constitución; en consecuencia, la Universidad deberá asignarle un número de créditos semejante al de otras asignaturas fundamentales del plan de estudios de Magisterio. Por su lado, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de julio de 2012, anuló parcialmente un Decreto de la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma del País Vasco en el cual se regula el currículo de bachillerato y en el que no se incluye la impartición de la Religión Católica en el horario lectivo mínimo —y, por consiguiente, tampoco se establece una asignatura alternativa para los alumnos que no opten por el estudio de la materia de contenido confesional—. Entre otros razonamientos, el Supremo considera que el Decreto impugnado no sitúa a la Religión Católica en «condiciones equiparables a otras asignaturas fundamentales». En primer lugar, por no incluirla dentro del horario lectivo mínimo, lo cual produce un efecto disuasorio en los alumnos que quieren elegir la disciplina de Religión. Y, en segundo, al no establecer y organizar alternativas académicas equiparables ensancha la diferencia entre los que optan por Religión Católica y los que no. El Decreto viola, en consecuencia, el Acuerdo con la Santa Sede, y produce una discriminación de los alumnos de Religión.

### 4.3. CONTENIDO

Como ya dijimos, el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos religiosos atribuye a la jerarquía de la Iglesia la facultad de determinar los contenidos de la enseñanza de Religión Católica, así como de proponer los libros de texto a las autoridades educativas. Éstas han de velar para que los currícula de la asignatura y los textos respeten los preceptos constitucionales, así como los principios en que se fundamenta el sistema educativo público (art. 4 del Real Decreto 2.348/1994, de 16 de diciembre). En la práctica, el control público de los contenidos religiosos se realiza a través de dos diferentes caminos.

Los diversos currícula de Religión Católica en educación primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional son elaborados por la Conferencia Episcopal Española y aprobados por el Ministerio de Educación a través de órdenes ministeriales que incluyen, en su anexo, los programas, objetivos y criterios de evaluación redactados por la Conferencia. Con esta fórmula, al depender su vigencia en nuestro ordenamiento del Gobierno, se asegura su adecuación con los principios y valores constitucionales, y con los objetivos generales de la enseñanza.

En cuanto a los textos y materiales didácticos, que también han de obtener la licencia de la Conferencia Episcopal, necesitan, a su vez, la previa autorización del Ministerio de Educación para su edición, distribución y venta; autorización que sólo

los poderes públicos conceden tras supervisar que los contenidos y las imágenes respetan los preceptos de la Constitución y los valores esenciales enunciados en las leyes educativas.

#### 4.4. LA ASIGNATURA ALTERNATIVA A LA RELIGIÓN CATÓLICA

La opción de cursar la asignatura de Religión Católica como materia de los planes de estudio y, por tanto, dentro del horario escolar, plantea el problema de qué hacer con los alumnos que no optan por ella. Nuestra historia constitucional ofrece lo que podría denominarse, sin exageración, una tormentosa puesta en vigor de disciplinas, ideadas por los sucesivos Gobiernos más con una carga política e ideológica que con el fin, común a toda enseñanza, de la formación de los alumnos. Repasémosla brevemente.

A partir de 1980 y hasta que se promulga la Ley Orgánica, de 3 de octubre de 1990, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE), la disciplina alternativa es la de Ética o Moral, evaluable al igual que la de Religión. En el marco de esta última Ley se suprime, estableciéndose a través de unos Reales Decretos de 1991 la alternativa de actividades de estudio asistidas por un profesor. El Tribunal Supremo, mediante una serie de Sentencias dictadas a lo largo del año 1994, anula la alternativa por dos motivos: la inseguridad jurídica que creaba al no dejar claro en qué consistían esas actividades de estudio; y la discriminación de los alumnos de Religión, por la ventaja que se brinda a aquellos que no optan, al dedicar más horas de estudio a las disciplinas fundamentales (lo cual puede reflejarse en las calificaciones y en los currícula de los alumnos). El Gobierno, ese mismo año —1994— y en cumplimiento de las Sentencias del Supremo, aprueba la nueva alternativa: en primaria, actividades de estudio ajenas a las materias del currículo y sobre hechos sociales y culturales (los consejos escolares de los centros públicos habrán de determinarlas al comienzo del curso), y, en la ESO y bachillerato, el estudio de las manifestaciones (culturales, artísticas, históricas, etc.) de las diferentes confesiones religiosas. En todo caso, tales actividades no serán objeto de evaluación y, por lo tanto, no figurarán en los expedientes académicos de los alumnos. A partir del año 2002, y en el marco del desarrollo de la Ley Orgánica, de 23 de diciembre de 2002, de calidad de la enseñanza, se crea una nueva área, «Sociedad, Cultura y Religión», con dos opciones: confesional, en la cual el alumno estudiará Religión Católica u otras religiones de las confesiones que han firmado un Acuerdo con el Estado —evangélicos, judíos y musulmanes—; y no confesional, donde se desarrolla un programa, de primaria a bachillerato, en torno al hecho religioso y el conocimiento de las principales creencias, sus expresiones artísticas, la relación con el Estado, etc. Ambas opciones son evaluables y computan a la hora de determinar la nota media del expediente académico del alumno cara a las pruebas de acceso a la universidad. No dura mucho esta alternativa, puesto que, en el año 2006, la Ley Orgánica, de 3 de mayo, de educación, en vigor en las fechas en que se escriben las presentes líneas, suspende la

aplicación de la Ley de calidad de la enseñanza y, un año más tarde, establece una nueva alternativa de la que nos ocuparemos más adelante.

No se oculta que, tras las distintas alternativas a la Religión, los Gobiernos de un signo u otro han intentado favorecer o perjudicar la opción de la disciplina confesional configurando materias más exigentes (de contenido cierto y evaluables) o menos exigentes. De ahí que resaltásemos la componente política e ideológica que domina en la configuración de las disciplinas alternativas.

Bien es verdad que la polémica suscitada en la sociedad en torno a esta asignatura llegó pronto a los tribunales de justicia; el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse numerosas veces sobre la alternativa y su ajuste a los principios constitucionales y a las demás normas de nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina sentada por el Supremo al hilo de las distintas regulaciones ha estrechado el círculo en el que se mueve la Administración educativa para regular la no opción a las clases de Religión. De ahí la conveniencia de exponerla, aunque sea de forma resumida y numerada:

1. La Administración educativa tiene la potestad para determinar unilateralmente el contenido y el alcance de las actividades alternativas a la Religión Católica. De la lectura del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales con la Santa Sede no se deduce que deba existir un común acuerdo con las autoridades eclesiásticas sobre este aspecto (Sentencia de 17 de marzo de 1994).

2. El derecho a la igualdad y a la no discriminación de los alumnos que opten por la enseñanza religiosa se lesiona bien si no se establece alternativa alguna, o cuando ésta consista en el estudio o aprendizaje de las demás materias del currículo; en ambos casos los alumnos que eligieron la Religión Católica se hallarán en peores condiciones académicas al soportar una asignatura más, o al tener una hora menos de estudio (Sentencias de 3 de febrero de 1994, 1 de abril de 1998 y 20 de julio de 2012).

3. Sin embargo, es lícito que el legislador establezca una alternativa no evaluable («la evaluación de la alternativa supondría una carga desproporcionada a los alumnos que de por sí sufren una hora más de clase» —Sentencias de 26 de enero, 1 y 15 de abril de 1998—), y que ésta no tenga un contenido moral de carácter cívico o ético, como propugnan sectores próximos a la jerarquía eclesiástica («quien desea valerse de una garantía constitucional de formación religiosa no puede imponer actividades alternativas de mayor carga lectiva» —Sentencias de 26 de enero, 1, 14 y 15 de abril de 1998—).

La alternativa a la enseñanza de la Religión Católica en el marco de la vigente Ley orgánica de educación ha sido establecida por una serie de Reales Decretos y Órdenes del Ministerio de Educación publicados a lo largo de los años 2006 y 2007 y que, en síntesis, establecen la vigencia del sistema de 1991, con las modificaciones introducidas en 1994. Esto es: en educación infantil y primaria, las actividades de estudio en materias no fundamentales o en áreas distintas que, en todo caso, no versen sobre el hecho religioso; serán determinadas por el consejo escolar de cada centro

antes del comienzo del curso, e impartidas por los profesores que voluntariamente se presten a ello o, en su defecto, por aquellos integrados en el departamento de Filosofía. En la ESO y bachillerato, el estudio tendrá por objeto la historia, cultura, doctrina, manifestaciones artísticas y otras cuestiones relacionadas con las distintas religiones, con singular atención a las tres religiones monoteístas. En todos los casos, las actividades de estudio alternativas a la Religión Católica en la enseñanza no universitaria no serán evaluables y no constarán en el expediente del alumno, aunque sí serán de obligatoria asistencia. (El proyecto de Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa, en trámite de aprobación parlamentaria, introduce la alternativa a la Religión de «Valores Sociales y Cívicos», evaluable y que, al igual que la primera, su nota será tomada en cuenta para determinar la calificación media del expediente escolar del alumno.)

#### 4.5. EL ESTATUS JURÍDICO DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN CATÓLICA

La delimitación del estatuto jurídico de los profesores de Religión ha sido, al igual que el de la asignatura alternativa, un constante problema durante la presente etapa democrática española. Por ello considero necesario, al igual que hicimos en la anterior temática, referirnos en primer lugar a la evolución y al fundamento normativo de la cuestión del profesorado de Religión Católica.

##### 4.5.1. Antecedentes y base normativa

El punto de partida lo constituye el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede. En su artículo 3 se dispone, como ya dijimos, que en los niveles educativos no universitarios la enseñanza religiosa católica será impartida por las personas que, cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el ordinario diocesano proponga para ejercer la enseñanza. Con antelación suficiente el ordinario comunicará los nombres de los profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza. Si las personas elegidas fuesen profesores del centro que voluntariamente se ofrecieran a ello, siempre que previamente hayan sido declarados idóneos por la autoridad eclesiástica, no se plantea cuestión económica o jurídica alguna. El problema surge al ser propuestas personas ajenas al personal docente de la Administración.

Hasta 1999, en los niveles de educación primaria y ESO el Ministerio de Educación no asumía relación alguna con esos profesores, ni les retribuía económicamente. En los casos de profesores de bachillerato y formación profesional la Administración educativa continuó aplicándoles la normativa de desarrollo del Concordato franquista de 1953, que les reconocía una relación de servicios con la Administración asimilable a la de funcionarios interinos y les retribuía como tales. En el Convenio firmado entre la Conferencia Episcopal y el Gobierno español de 9 de septiembre de 1999, el Estado se comprometió a la financiación de la enseñanza de la

religión católica en primaria y secundaria: para ello transferiría a la Conferencia Episcopal Española las cantidades correspondientes al coste de la actividad prestada por los profesores, asumiendo la Iglesia el reparto de dichas cantidades y la obligación de afiliar a la Seguridad Social a aquellos profesores no beneficiarios de ella, así como de abonar los costes de la afiliación.

En una constante jurisprudencia emanada por el Tribunal Supremo a partir del año 2002 para la unificación de la doctrina, se definió el estatus jurídico de los profesores de Religión Católica no pertenecientes al cuerpo de docentes públicos y en todos los niveles no universitarios, como de relación laboral de carácter contractual que les vincula a los centros en los que prestan sus servicios. La Administración educativa ostenta, pues, la condición de empleador. Es, sin embargo, y por el condicionamiento impuesto por el Acuerdo, una relación a término, por un año o curso escolar, tiempo por el cual los profesores son propuestos por el obispo. La ausencia de propuesta de un profesor para el siguiente curso escolar o la sustitución del nombre de aquel que desempeñaba tal tarea por otro, no tiene la consideración de despido sino de extinción del contrato de trabajo por expiración del tiempo convenido. En cuanto al régimen salarial, se equipara el sueldo con el de los profesores interinos a todos los efectos.

Las indicaciones jurisprudenciales que, en buena medida, rellenaban una laguna legal, fueron sustancialmente recogidas en el artículo 93 de la Ley, de 30 de diciembre de 1998, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que añadió un párrafo 2.º a la disposición transitoria 2.ª LOGSE. La Ley orgánica de educación, que sustituye a la LOGSE, añade en su disposición adicional 3.ª al régimen ya establecido las indicaciones de que el acceso de los profesores no funcionarios docentes se hará según los criterios de igualdad, mérito y capacidad, la renovación de los profesores de religión será automática y que la remoción de estos «se ajustará a Derecho» —expresión indeterminada que en nada clarifica la materia—. Es precisamente esta materia, a la que dedicaremos el próximo epígrafe, la que ha dado lugar a una mayor polémica social.

#### *4.5.2. La remoción de los profesores por parte de la jerarquía eclesiástica; la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2007, de 15 de febrero*

Efectivamente. El régimen legal aplicable a los profesores de Religión Católica adquiere una notoria repercusión social debido a los casos, que empiezan a ser profusamente aireados en los medios de comunicación social, en que los obispos deniegan la Declaración eclesiástica de idoneidad (DEI) —desapareciendo los nombres, por tanto, de la propuesta anual de personas para cubrir puestos en colegios públicos — a profesores que, aun llevando años desempeñando tal labor, o su vida personal o su actitud pública entran en conflicto, según la opinión de la autoridad eclesiástica, con la doctrina católica: bien por convivir con una pareja de hecho, divorciarse y contraer matrimonio civil; o militar en asociaciones a favor del celibato opcional del clero; o, en fin, y entre otras conductas, pertenecer a partidos de izquierda o participar en huelgas y otras acciones sindicales reivindicativas de los derechos de los profesores como trabajadores frente a los obispos o a la

Administración educativa.

Uno de los casos mencionados, el de una profesora de Religión Católica que, después de diez años de impartir clases en esta materia, se le deniega el DEI por mantener una relación afectiva con cierta trascendencia pública con una persona distinta de su esposo del cual estaba separada, es el que motiva que el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, por Auto de 8 de julio del 2002, promueva recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 6 y 7 del Acuerdo y la disposición adicional 2.<sup>a</sup> LOGSE —sustancialmente recogida en la vigente Ley orgánica de educación—. Los dos motivos en que el Tribunal fundamenta la impugnación del régimen laboral de los profesores de Religión Católica son los siguientes:

El primer motivo del recurso de inconstitucionalidad está relacionado con la no fiscalización estatal de las causas de la no renovación, lo cual puede vulnerar derechos fundamentales del trabajador. Siendo la naturaleza del contrato del profesor de religión católica de laboral, el Tribunal Constitucional ha reiteradamente sostenido que también en estas relaciones se deben observar los derechos fundamentales del trabajador, sin que puedan someterse estos enteramente al interés del empresario. Sin embargo, en el estatuto de los profesores de Religión Católica toda la vida del trabajador queda sometida a la decisión de la autoridad de la Iglesia, que puede cesarle en su relación —siendo ese cese vinculante para el Estado—, por causas que desde el punto de vista civil representan el ejercicio de derechos fundamentales, pero que la Iglesia juzga incompatibles con el modo de vida cristiano, encontrándose estos motivos vedados a la fiscalización de los tribunales de justicia.

En segundo lugar, al ser la Administración educativa la empleadora del profesor de Religión Católica, convierte el empleo en público. Por un lado, argumenta el Tribunal Superior, esto vulnera la aconfesionalidad del Estado, por cuanto el aparato público asume directamente la función de la Iglesia de enseñar. Por otro, la vinculación del Estado a la propuesta de profesores realizada por los obispos es contraria a los principios constitucionales, que rigen el sistema de selección de los cargos públicos, del mérito y la capacidad de la persona que debe acceder al puesto, y el de no discriminación por las creencias religiosas.

Un presupuesto del que parte el Tribunal Constitucional, afirmado reiteradamente a lo largo de los fundamentos de Derecho de la Sentencia 38/2007, de 15 de febrero, es que la definición del credo religioso objeto de la enseñanza —y, derivadamente, la persona que ha de impartir la enseñanza de dicho credo— corresponde a cada Iglesia o confesión. Como ya ha subrayado el propio Tribunal, el principio de neutralidad del Estado veda cualquier confusión entre funciones religiosas y estatales. Al Estado sólo le incumbe cumplir las obligaciones asumidas en el marco del artículo 16.3 de la Constitución.

De lo cual se infiere que son las autoridades religiosas quienes deban emitir el juicio de idoneidad —en el supuesto de la religión católica el DEI— de las personas que sean propuestas para profesores de Religión. Juicio que puede extenderse no sólo a sus conocimientos dogmáticos o aptitudes pedagógicas, sino también a extremos de su conducta, «[...] en la medida —afirma el Constitucional— en que el testimonio

personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable».

A la luz de estos presupuestos, el Tribunal reflexiona a continuación sobre la posible inconstitucionalidad del estatuto de los profesores de Religión Católica según es regulado en el párrafo 2.º de la disposición adicional 2.ª LOGSE. El hecho de que sean propuestos por la autoridad eclesiástica y nombrados por la Administración educativa, con la que mantienen una relación contractual de tipo laboral, ¿vulnera el principio de igualdad en el acceso a la función pública según el mérito y la capacidad personal, respecto de otros supuestos de contratación laboral de la Administración? El Tribunal no aprecia que la opción del legislador de suscribir contratos de trabajo con la Administración —una de las diferentes fórmulas legítimas en el ordenamiento— afecte al derecho a la igualdad y no discriminación de los trabajadores. En cuanto al acceso a la función pública según el mérito y la capacidad, el cumplimiento de este principio inspirador que establece la Constitución no priva al legislador de un amplio margen de libertad en las pruebas de selección según el puesto de trabajo, cuyos límites serían la aplicación de condiciones iguales a todos los aspirantes y la prohibición de la arbitrariedad entendida en el sentido de que las diferencias en las condiciones carezcan de un fundamento razonable. En el supuesto del procedimiento de selección de los profesores de Religión, la exigencia del DEI, como ya apreció el Tribunal, no es arbitraria, irracional o ajena al principio del mérito y capacidad; al contrario, garantiza la libertad de la Iglesia para impartir su doctrina a través de la persona adecuada. La autoridad eclesiástica propone a las personas que considera adecuadas a la trasmisión de su doctrina, y la Administración elige entre los propuestos según su mérito y capacidad. No existe discriminación por cuanto —concluye el Tribunal— «[...] la función específica a la que se han de dedicar los trabajadores contratados para esta finalidad constituye un hecho distintivo que determina que la diferencia de trato que se denuncia, materializada en la exigencia de idoneidad, posea una justificación objetiva y razonable y resulte proporcionada y adecuada a los fines perseguidos por el legislador —que poseen igual relevancia constitucional— sin que pueda, por tanto, ser tachada de discriminatoria» .

No cabe duda que la exigencia de idoneidad eclesiástica, requisito de capacidad previo al acceso al puesto de profesor de Religión, supone una limitación a la libertad religiosa del profesor en tanto que se exige no sólo demostrar sus conocimientos en la materia, sino, además, adecuar su vida a la fe religiosa que explica. ¿Viola esta obligación su derecho de libertad religiosa (art. 16.1 de la Constitución), o la prohibición de toda obligación a declarar sobre su religión (art. 16.2)? El Tribunal Constitucional justifica que los derechos individuales mencionados del profesor deben ceder para hacerlos compatibles con los derechos de las iglesias a la impartición de su doctrina en el marco del sistema de educación pública (art. 16.1 y 3

de la Constitución) y el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3). «[...] Resultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente, en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva».

Ahora bien. Esto no significa que los tribunales civiles no pueden revisar los motivos de la denegación del DEI ni de la falta de propuesta de la persona. La plenitud jurisdiccional de jueces y tribunales consagrada en la Constitución Española hace que también la decisión de las autoridades de la Iglesia, a la que el ordenamiento jurídico reconoce efectos civiles como *conditio sine qua non* del nombramiento público del profesor, pueda ser objeto de control por los órganos jurisdiccionales del Estado a fin de dictaminar sobre su adecuación a la legalidad. Ni de la regulación del Acuerdo ni de la LOGSE se desprende la exclusión de la propuesta de la Iglesia del orden jurisdiccional.

La cuestión clave estriba en determinar qué aspectos de la decisión eclesiástica pueden ser revisados ante los tribunales del Estado, en su acción de ponderar los distintos derechos en conflicto. Porque el ya señalado derecho de libertad religiosa que ejerce la Iglesia al indicar cuáles son las personas cualificadas para la impartición de la asignatura de Religión no es absoluta. Como sucede en el ejercicio de todo derecho fundamental, la libertad de la Iglesia debe ser equilibrada con los demás derechos y valores constitucionales en juego; en el supuesto tratado ha de ser especialmente atendida la protección de los derechos fundamentales y laborales que asisten a los profesores de Religión como trabajadores.

Afirmado el control jurisdiccional de las decisiones de las confesiones en la propuesta de los profesores, el Tribunal Constitucional da un paso más allá —con una clara finalidad de orientar la labor de los tribunales en el examen de los casos que ante ellos se plantean— señalando algunos aspectos que pueden ser objeto de revisión judicial: si la decisión administrativa de nombramiento se ha adoptado con sujeción a las previsiones legales, es decir, entre las personas propuestas por el diocesano y, dentro de ellas, en condiciones de igualdad y bajo los principios de mérito y capacidad; y si la falta de propuesta del obispo se encuentra justificada en motivos de índole religiosa o moral, que determinan la no idoneidad de la persona para impartir la Religión Católica, o en otros motivos ajenos no amparados en el ejercicio del derecho de libertad religiosa que corresponde a la Iglesia. En general, concluye el Constitucional, se han de ponderar los distintos derechos fundamentales en conflicto a fin de poder modular el derecho de libertad religiosa ejercido a través de la enseñanza de la Religión con los derechos fundamentales del trabajador (en la Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2011, de 14 de abril, se anula la decisión eclesiástica de no proponer a una profesora, así como las sentencias de las instancias anteriores, al haber omitido el obispado toda explicación justificativa de su decisión de no incluirla en la lista de profesores).

Recibiendo las argumentaciones de nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia referida, el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de Religión prevista en la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica de educación, establece determinados criterios objetivos, sobre el mérito y la capacidad del candidato, a valorar por la Administración para el acceso del profesor al destino (experiencia docente, titulaciones académicas, cursos de formación y perfeccionamiento, etc.), así como la extinción del contrato «por revocación ajustada a Derecho de la acreditación o de la idoneidad para impartir clases de Religión por parte de la confesión religiosa que la otorgó» (arts. 6 y 7, respectivamente).

#### 4.5.3. *Derechos y obligaciones de los profesores*

La delimitación del conjunto de derechos y obligaciones de los profesores de Religión Católica, los cuales les aproxima y, a la vez, les diferencia de los propios de los demás profesores de la escuela pública, viene determinada por la *especialidad* de la relación que les vincula con la Administración; especialidad que, como ha señalado nuestra jurisprudencia, deriva de su regulación en un tratado internacional —el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales estipulado con la Santa Sede— y de la normativa de desarrollo de éste, y que se concreta en los siguientes caracteres: es la del profesorado de Religión una relación a término de nombramiento anual, la Administración educativa no es responsable de sus contenidos ni de la designación de los docentes que la impartirán y la retribución también tiene una naturaleza singular (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2005 y 19 de julio de 2011). Teniendo en cuenta esa especialidad de la relación, se comprenden los motivos por los cuales el Tribunal Supremo justifica que las diferencias en el tratamiento de los profesores de Religión respecto a los demás docentes puedan ser estimadas, según los supuestos, como justas y razonables y, en consecuencia, no discriminatorias. Al fin y al cabo, subraya el Supremo, «el principio de igualdad actúa dentro de la legalidad, y ésta se inclina nítidamente por la regulación *sui generis* de la situación profesional de los docentes de Religión Católica» (Sentencia de 16 de febrero de 2006). Veamos qué derechos y obligaciones son iguales y cuáles se distinguen del estatuto del profesorado de la escuela pública, a la luz de la normativa especial que regula su relación jurídica, y de la interpretación de la doctrina jurisprudencial.

El último párrafo del artículo 3 del Acuerdo sobre enseñanza establece el principio de que los profesores de Religión Católica formarán parte a todos los efectos del claustro de profesores de los respectivos centros. De su asimilación a los demás compañeros miembros del cuerpo de profesores de enseñanza el Tribunal Supremo ha considerado que pueden desempeñar cargos unipersonales en el colegio —jefe de departamento, jefe de estudios, secretario o vicedirector— con carácter excepcional y a falta de funcionarios de carrera, siempre que la normativa de cada Comunidad Autónoma lo permita (Sentencia de 9 de octubre de 2010); tienen derecho a la indemnización por finalización del contrato de trabajo, conforme al artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, cuando se produzca el cese de su actividad, así como

que se les deba abonar el complemento específico cuando realicen funciones de profesores orientadores (Sentencia de 4 de junio de 2009); o a cobrar trienios por antigüedad, si así se pacta en los convenios colectivos o en su contrato laboral (Autos de 16 y 20 de mayo de 2010 y Sentencias de 7 de junio, 10 de julio y 9 de octubre de 2012); y que su experiencia docente pueda ser aportada y valorada como un mérito en las oposiciones públicas a plazas de los diversos cuerpos del profesorado de la enseñanza pública, dado que la Religión Católica se imparte en condiciones equiparables a las de las demás asignaturas fundamentales (Sentencias de 25 de septiembre de 2006, 14 de octubre de 2009, 10 de julio y 9 de octubre de 2012).

Sin embargo, la especialidad de la relación, y el hecho de que sean contratados para cada año escolar, hace que no puedan considerarse modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de los docentes de Religión las variaciones en sus horarios y jornada laboral, decretadas por la Administración educativa competente para adaptarlas a las necesidades de los centros en función del número de alumnos que escogen la disciplina, incluso cuando la reducción de la jornada asimismo implique una minoración del salario que recibe el profesor de Religión (Sentencias de 19 de julio de 2011 y 21 de mayo de 2012); o que no puedan ocupar el cargo de director del centro. En este último supuesto, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 47/1990, de 20 de marzo, estimó que no son discriminatorias ni vulneran los Acuerdos con la Santa Sede las disposiciones del Ministerio de Educación (el art. 6 del Real Decreto 2.376/1985 y la Instrucción de 3 de junio de 1986) que exigen que sólo sean elegidos los directores de entre los profesores con destino definitivo en el centro: según el Constitucional, es razonable que a los profesores de Religión Católica se les excluya del cargo de director, por cuanto carecen de la elemental exigencia de estabilidad en el centro, y no acceden a la función pública en un procedimiento de selección fundado en el mérito y en la capacidad que les habilite para desempeñar tal puesto con objetividad e imparcialidad.

## 5. LA ENSEÑANZA DE OTRAS RELIGIONES EN LA ESCUELA

El artículo 2 de la Ley Orgánica de libertad religiosa, de 5 de julio de 1980, proclama el derecho individual a recibir e impartir enseñanza y formación religiosa, así como el derecho de las confesiones a divulgar su propio credo. No se especifica el grado de cooperación del Estado para hacer efectivos ambos derechos; aunque ese mismo precepto, en su párrafo 3.º, sí compromete a los poderes públicos a adoptar las medidas necesarias para facilitar «la formación religiosa en centros docentes públicos».

Hasta 1990 la Administración educativa había aprobado, en desarrollo de unas Órdenes Ministeriales promulgadas en 1980 que establecían el marco general de la enseñanza de Religión y Moral de las diversas iglesias, los programas de otras

confesiones diversas de la católica en los distintos niveles de la enseñanza no universitaria: judía (Orden de 9 de abril de 1981), adventista (Orden de 1 de julio de 1983) y de la Iglesia mormona (Órdenes de 19 de junio de 1984 y 22 de noviembre de 1985). La disposición adicional 2.ª LOGSE restringe de manera radical las fuentes a través de las cuales se incluirá en la escuela la posibilidad de la enseñanza de religiones distinta de la católica: ésta se ajustará a lo establecido en los acuerdos o convenios que el Estado establezca con las confesiones religiosas. Los acuerdos se convierten, una vez más, en la única vía a través de la cual puede contemplarse la enseñanza religiosa en las escuelas —por tanto, en el cauce exclusivo para la cooperación del Estado en esta materia—.

La opción formal acogida en la LOGSE, que ha sido seguida por las leyes educativas posteriores, reduce nuestro estudio al contenido de los Acuerdos firmados, en 1992, entre el Estado y las Federaciones evangélica, judía e islámica, así como por la normativa que desarrolla dichos acuerdos.

En los respectivos artículos 10 de los Acuerdos, aprobados por Leyes de 10 de noviembre de 1992, se reconoce el derecho de evangélicos, judíos y musulmanes a impartir enseñanza religiosa en los centros docentes públicos y concertados —en estos últimos si no es contrario al ideario del centro—, en todos los niveles de la enseñanza no universitaria. Es competencia de las respectivas Federaciones la aprobación de los contenidos y de los libros de texto, sometidos, al igual que los católicos, al control de la Administración educativa. Los contenidos son aprobados por órdenes ministeriales que recogen, en un anexo aparte, los currícula fijados por cada confesión para los distintos niveles en que se divide la enseñanza (Orden de 28 de junio de 1993 para la enseñanza religiosa evangélica, y Orden de 11 de enero de 1996 para la islámica; el desinterés de las comunidades judías por hacer uso de este derecho puede explicar que la única disposición que incorpora, en términos generales, sus programas siga siendo la Orden de 9 de abril de 1981). Los libros de texto también han de someterse a la autorización administrativa previa. El Estado se compromete a facilitarles locales para la instrucción religiosa.

Sin embargo, es de subrayar la gran diferencia que media entre la impartición de la Religión Católica y la de otras Religiones no católicas, y que se deduce de la regulación contenida —de lo que dicen y de lo que no dicen— en los Acuerdos de 1992: las asignaturas de religión evangélica, judía o islámica no se imparten durante el horario escolar; no son, por tanto, de oferta obligatoria por parte de los centros —sólo si las solicitan los padres— ni se incluyen en los planes de estudio de los niveles educativos. Lo cual parece razonable, si partimos de la base de que, entre una población en la que sólo el 2 por 100 profesa estas creencias, es de suponer que la inmensa mayoría de los centros españoles no demandarán tales enseñanzas.

Los profesores serán propuestos por las Federaciones. A partir de los Convenios firmados entre la Federación evangélica, la Comisión islámica y el Ministerio de Educación el 1 de marzo de 1996 (aprobados por sendas Resoluciones de 23 de abril de 1996), si hubiera más de diez padres o alumnos en el curso —o agrupando los alumnos de distintos cursos pero de la misma etapa escolar— que solicitaran recibir

esa enseñanza religiosa, el Estado contrataría a un profesor. En tal caso la situación jurídica de esos profesores evangélicos o islámicos sería la misma que la descrita respecto a los profesores católicos: relación laboral de carácter contractual que les vincula a los centros en los que prestan sus servicios, ostentando la Administración educativa la condición de empleador; su estatuto quedaría igualmente regulado por el citado Real Decreto 696/2007, de 1 de junio.

## 6. LA ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN EN LA UNIVERSIDAD PÚBLICA

La universidad surgida tras la Guerra Civil adopta el catolicismo como uno de sus pilares ideológicos; en realidad, no podía ser de otra forma, si atendemos a la confesionalidad del Régimen del General Franco y a la importancia que en él se da a la educación en la transmisión de los «nuevos valores» que lo vertebran e inspiran. He entrecomillado el término «nuevos valores» porque el modelo de universidad que se pretende construir resulta del todo anacrónico, un vestigio del pasado: como se proclama en el preámbulo de la Ley, de 28 de julio de 1943, sobre ordenación de la universidad española, el Régimen ha de «restaurar la universidad del siglo de las cruzadas y de las catedrales».

Uno de los cauces de la transmisión del catolicismo fue la docencia de sus dogmas y valores a través de una asignatura «ordinaria y obligatoria en todos los centros docentes sean estatales o no estatales, de cualquier orden y grado» (art. 27.1 del Concordato de 1953); por lo que también se incluye en los estudios universitarios. Efectivamente, la asignatura de Religión se constituye como obligatoria —aunque se permite su dispensa para los no católicos— para todos los alumnos que cursen los cuatro primeros cursos de carreras de grado superior, o de tres en las de grado medio. Naturalmente la jerarquía eclesiástica ostenta la potestad de elegir al profesorado —pagado con fondos públicos— y de determinar los contenidos, programas, libros de texto, etc. Complementariamente a las explicaciones del dogma católico, el ordenamiento preveía la posibilidad de organizar cursos especiales sobre Teología o Derecho canónico, de asistencia obligatoria —salvo la ya mencionada posibilidad de dispensa para los no católicos— (art. 28 del Concordato).

Poco del anterior Régimen podía subsistir en las coordenadas del Estado social y democrático de Derecho: la mayor parte de las cláusulas concordatarias y de las leyes en la materia vulneran los derechos de libertad ideológica y religiosa, así como la aconfesionalidad del Estado, principios en los que se asienta el actual orden constitucional. Una reminiscencia del sistema anterior es la enseñanza de la Doctrina Católica y su Pedagogía como materia de oferta obligatoria, aunque voluntaria para los alumnos, en las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado (art. 4 del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales entre el Estado y la Santa Sede); la justificación de su pervivencia se debe a las históricas funciones de los maestros en la

explicación del catecismo a los alumnos de primeras enseñanzas.

Fuera de las Escuelas de Magisterio —hoy Facultades de Ciencias de la Educación—, la existencia de cursos o estudios eclesiásticos depende de la voluntad de los órganos rectores de las universidades públicas. Según el artículo 5 del Acuerdo sobre enseñanza con la Santa Sede (que se reproduce, con ligeras variaciones, en los respectivos arts. 10.5 de los Acuerdos con las Federaciones evangélica, judía e islámica), la Iglesia —o las demás confesiones con Acuerdo— podrán organizar cursos de enseñanza religiosa u otras actividades utilizando los locales y los medios de los centros —siempre voluntarias para los estudiantes—, según lo que convengan con las autoridades académicas. Por su parte, el artículo 12 del Acuerdo sobre enseñanza permite a las universidades del Estado establecer, previo acuerdo con la jerarquía de la Iglesia, centros de estudios superiores de Teología católica.

La impartición de cursos, seminarios, conferencias u otras actividades docentes sobre Religión o Teología Católica en las dependencias universitarias se ha materializado en muchas de nuestras universidades a través de acuerdos firmados entre las diócesis y los órganos rectores que representan a la institución pública. Los sistemas acogidos en los acuerdos siguen distintas modalidades:

1. En algunas universidades la organización, planificación y ejecución de las actividades formativas son competencia de los Servicios de Asistencia Religiosa Católica; a los cursos que organicen se les concede, previo visto bueno de la autoridad académica, determinados créditos como asignaturas de libre configuración [Acuerdos con las Universidades de Islas Baleares (1991), Extremadura (1998), Politécnica de Cartagena (2001) y Murcia (2006)].

2. En ocasiones se permite a las diócesis, bien directamente o a través de los centros de estudios teológicos dependientes de ellas, que organicen los cursos en las universidades, a los que asimismo se les reconocen créditos de libre configuración. Para ello las diócesis o los centros de teología católica deben proponer las materias y los programas que la autoridad académica debe autorizar. Los profesores propuestos por el obispado serán nombrados por la universidad [Acuerdos con las Universidades de Castilla-La Mancha (1989), Jaime I de Castellón (1993), Málaga (1994), Huelva (1997), Islas Baleares (2001 y 2002) y Autónoma de Barcelona (2002)].

3. Por último, en algunas universidades se ha optado por crear cátedras de Teología Católica de común acuerdo con los obispados. En los convenios en que se constituyen se configuran como áreas de conocimiento dependientes del Rectorado y dirigidas por un doctor en teología propuesto por el obispo y nombrado por el rector. Tanto la remuneración del encargado de la cátedra, que será contratado por la universidad, como las actividades docentes que realice serán financiadas por la universidad. A la diócesis le corresponde determinar los contenidos de la enseñanza, que serán aprobados por las autoridades académicas [Acuerdos con las Universidades de Zaragoza (1978), Valladolid (1978, 1997 y 1998), Vigo (1992 y 1998), Complutense (1994), Málaga (1994), Santiago de Compostela (1995), Alicante (1998) y Valencia (2001)].

No se conoce que se hayan estipulado acuerdos o convenios sobre esta materia entre las universidades públicas y confesiones distintas de la Iglesia católica.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

Al finalizar este recorrido por la exposición normativa y jurisprudencial de la enseñanza de la Religión en la escuela, podemos extraer varias conclusiones finales.

La primera no puede por más que relativizar el esfuerzo de síntesis realizado: nos encontramos ante una materia de fuerte carga ideológica y en la que las acciones de los Gobiernos, respetando formalmente el Acuerdo con la Santa Sede, se suelen dirigir a facilitar o dificultar la opción por la Religión Católica. En los momentos actuales está en preparación una nueva ley de educación; en el proyecto de Ley se vuelve a modificar aspectos conexos con la enseñanza de la Religión, como el de las actividades alternativas. Lo cual creará más incertidumbre a alumnos y profesores, principales perjudicados en esta perenne provisionalidad en que vive la disciplina alternativa; ellos más que nadie, pero también la sociedad en general, reclaman un pacto entre las fuerzas políticas mayoritarias en esta cuestión.

La variabilidad de la regulación normativa de aspectos conexos a la impartición de la Religión Católica no oculta, sin embargo, la labor, importante, de la jurisprudencia. Creo que también es una conclusión que puede inducirse del desarrollo expositivo realizado el subrayar cómo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, ponderando el equilibrio entre los distintos derechos e intereses en conflicto, ha configurado unas directrices que, en gran medida, han servido para limitar —y orientar— la actividad legislativa.

Por último, me parece que también queda plenamente justificado el tratamiento separado entre, por un lado, la enseñanza de la asignatura de Religión Católica y, por otro, la de las otras Religiones de las Federaciones que han firmado un Acuerdo con el Estado: evangélicos, judíos y musulmanes. Las diferencias en la regulación jurídica entre una y otras son a todas luces notables; por resaltar algunas, las enseñanzas de Religiones acatólicas no son de oferta obligatoria, sino que dependen de que lo soliciten los padres; se imparten fuera del horario escolar; sólo en los centros cuyo ideario no contraste con dicha enseñanza; y el Estado sólo contrata a los profesores si hay más de 10 alumnos —en cada curso o en cada ciclo— que la pidan. La valoración sobre si es una regulación que atenta contra el principio de igualdad, o si, por el contrario, se justifica en el párrafo constitucional de «tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española» (art. 16.3), lo cual haría razonable una distinta regulación de la enseñanza de la Religión Católica al ser la de las creencias mayoritarias entre la población española, es otro aspecto más abierto a la polémica.

## BIBLIOGRAFÍA

- CUBILLAS RECIO, L. M.: *Enseñanza confesional y cultura religiosa. Estudio jurisprudencial*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1997.
- FERREIRO GALGUERA, J.: *Profesores de Religión de la enseñanza pública y Constitución Española*, Atelier, Barcelona, 2004.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.: *Derecho Eclesiástico Español*, 6.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Thomson-Cívitas, 2005.
- IBÁN I. C.: «Enseñanza», en IBÁN, I. C.; PRIETO SANCHÍS, L., y MOTILLA DE LA CALLE, A., *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004.
- LÓPEZ MÉDEL, J.: *Libertad y derecho a la enseñanza de la Religión*, 3.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ BLANCO, A.: *La enseñanza de la Religión en los centros docentes (a la luz de la Constitución y el Acuerdo con la Santa Sede)*, Universidad de Murcia, Murcia, 1993.
- PUELLES BENÍTEZ, M.: *Educación e ideología en la España contemporánea*, 4.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1999.
- SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, A.: *Profesores de Religión: aspectos históricos, jurídicos y laborales*, Atelier, Barcelona, 2005.

## LECCIÓN 8

# EL MATRIMONIO RELIGIOSO

PALOMA AGUILAR ROS

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Granada*

## 1. LOS SISTEMAS MATRIMONIALES

### 1.1. NOCIONES GENERALES

El final del siglo XIV y el siglo XV está lleno de acontecimientos que, de alguna manera, van a tener su reflejo en el Derecho matrimonial. Por de pronto, la Escolástica empieza a dar señales de agotamiento obstaculizando el pensamiento científico; la jerarquía eclesial se vio envuelta en estériles controversias y en una relajación moral que tuvieron como dos de sus manifestaciones más escandalosas, y no fueron las únicas, el traslado de la corte papal a Aviñón y el Gran Cisma de Occidente. Además la ciudad medieval va a dar paso a los Estados nacionales y ya en los albores del siglo XV, Gutenberg inventó la imprenta de letras metálicas móviles y la primera obra que se imprimió fue la Biblia. A este texto se van a dirigir los primeros humanistas como Erasmo de Róterdam, que además recuperó el texto griego del Nuevo Testamento, Tomás Moro o el mismo Cardenal Cisneros.

Me atrevería a decir que el matrimonio y la familia son las instituciones más importantes en la vida de un hombre y de una mujer. Su historia se puede contar desde las perspectivas más dispares: sociológica, antropológica, literaria, sexual o jurídica, sea ésta entendida desde un punto de vista religioso o lo sea desde un punto de vista civil. Y si hay una institución que se encuentre en el centro de las relaciones Iglesia, iglesias-Estado, esa institución es el matrimonio. El porqué de esta afirmación es lo que iremos descubriendo a lo largo de estas páginas.

Desde un punto de vista jurídico que es el que debemos tratar aquí, dejaremos por tanto el resto de perspectivas antes señaladas, el Estado, cualquier Estado, debe establecer para todos, sin distinción, el modo en que el matrimonio de sus ciudadanos debe llevarse a cabo para que alcance efectos jurídicos.

Para entender qué son los sistemas matrimoniales, hay que tener en cuenta las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas y para ello hay que remontarse

al siglo XVI, en concreto al 31 de octubre del año 1517, porque fue exactamente en esa fecha cuando tiene lugar el nacimiento de la Reforma Protestante. La Reforma supuso la ruptura de la unidad religiosa en Europa y con ella el sistema que giraba sólo y exclusivamente en torno a la Iglesia católica, de manera que hasta esa fecha, el único matrimonio válido era el matrimonio contraído según las normas de la Iglesia católica, que imponían la indisolubilidad del vínculo y la sacramentalidad. Lutero afirmó que el matrimonio no era un sacramento sino un contrato y al hacerlo rompía también con la indisolubilidad al admitirse la posibilidad de divorcio.

El protestantismo se difundió rápidamente por toda Europa (el alumno debe tener en cuenta que la invención de la imprenta por Gutenberg ayudó a esta rápida propagación), triunfando sobre todo en los países del Norte. La causa de que Inglaterra, hasta ese momento católica, aceptara el protestantismo fue el empecinamiento del rey Enrique VIII por divorciarse de la primera de sus mujeres, Catalina de Aragón, para casarse con Ana Bolena. El papado le negó sistemáticamente esta posibilidad y el rey vio en los postulados del protestantismo una salida a su problema matrimonial; de manera que este asunto matrimonial estuvo detrás de la decisión de Enrique VIII de abandonar la Iglesia católica de la que había obtenido años antes el Título de «Defensor de la fe» por criticar precisamente algunos de los fundamentos de la Reforma de Lutero, y abrazar el protestantismo más favorable a sus intereses matrimoniales. Con ello, Inglaterra se separó de Roma y creó la Iglesia anglicana, poniéndose el mismo rey a su cabeza, y así continúa siendo hasta día de hoy con Isabel II.

Recordar este hecho de la historia de Inglaterra puede ayudar a comprender la importancia que el matrimonio ha tenido y tiene en todos los países y en todos los momentos históricos, y también puede ayudar a entender las relaciones de un Estado, cualquiera, con las confesiones religiosas, sean la católica, las protestantes (evangélica, anglicana, luterana, etc.), la judía o la musulmana, una vez superado el monismo religioso.

En efecto, la aparición del protestantismo supuso, como se ha indicado, la ruptura de la unidad religiosa que vino a escindir Europa en Norte y Sur y aunque ambas tienen una raíz idéntica, en la forma de relacionarse con el Estado difieren sustancialmente. Mientras el Norte, protestante, tendió a la unión de lo político y religioso en una sola mano: la del Príncipe; los estados del Sur, católicos, prevaleció el dualismo tradicional de diferenciación de campos de intervención: en el espiritual la Iglesia y en el temporal el Estado.

Pero el monopolio que la Iglesia ejercía desde hacía seis siglos en la disciplina matrimonial se va a quebrantar no sólo por la aparición de las Iglesias reformistas, sino que al mismo tiempo, en los grandes Estados se estaba consolidando una doctrina que filósofos y juristas habían difundido dos siglos antes: consideraron que el matrimonio era de su competencia. Así, legislaron y juzgaron, elaborando una doctrina seglar, a veces paralela y a veces diferente de la Iglesia. Las medidas legislativas que tomó la realeza a partir del XVI sobre diversos puntos de disciplina matrimonial fueron muchas. Algunas se refirieron a las formas de celebración del

matrimonio, sin embargo ninguna se atrevió a tratar del vínculo matrimonial en sí. El matrimonio era un sacramento y la realeza fue en ese punto respetuosa con la competencia de la Iglesia. Nunca dictó la nulidad del matrimonio como sanción por no observar sus prescripciones. De manera que las sanciones reales tuvieron siempre un carácter represivo y nunca afectaron a la validez del vínculo y no se puede perder de vista que la intervención real en materia matrimonial fue, las más de las veces, por propio interés. El ejemplo más extremo, quizás lo represente Enrique VIII, como hemos visto.

El programa de secularización que se desarrolla a partir del siglo XVIII vino a situar el fenómeno religioso en la esfera de lo privado, apartado, por tanto, del ámbito de lo público. Esta actitud tuvo mayores efectos en el mundo católico que en el protestante, donde en muchos países existe todavía una religión reconocida y tratada como oficial, como por ejemplo, Grecia, Reino Unido y Dinamarca, y en otras tiene un reconocimiento de corporación de Derecho público, como es el caso de Alemania.

El momento que ahora vivimos es consecuencia de la solución que se dio a la gran crisis ideológica, económica, social y política del siglo XX y cuyas manifestaciones más dramáticas fueron las dos Guerras Mundiales y porque también a la salida de estas dos guerras se intentó, con distintos efectos, diseñar unos programas para superar toda esta crisis.

El momento actual, por tanto, es una situación de crisis por el enfrentamiento que han mantenido la Teología y el Racionalismo, y la solución de este enfrentamiento fue la remisión de lo religioso a la esfera de la intimidad, compensado con un reconocimiento constitucional como derecho de libertad religiosa. Ésta fue la conclusión a que se llegó en los acuerdos básicos y que será recogida como principio en las constituciones de las naciones que entren en la Organización de Naciones Unidas. A nivel mundial esto se desarrolló en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 y que luego se ha ampliado y especificado en otras convenciones y pactos.

En Europa, las soluciones dadas responden a su propia problemática y se vinieron a reconocer estos derechos en su misma esfera competencial con el objeto de constituir una unidad europea. Sin embargo, la evolución que han seguido las naciones en Europa para el reconocimiento de la libertad ideológica y religiosa y la definición de las relaciones de los distintos Estados con las confesiones no ha sido uniforme, sino que han venido condicionadas por el sistema de donde han partido: Iglesia del Estado o Estado confesional así como de la implantación que tuvieron las confesiones protestante y católica.

En el sistema de Iglesia de Estado la evolución ha sido más pacífica, pues los movimientos liberales se contentaron con conseguir los derechos fundamentales sin plantearse problema alguno de separación respecto de las relaciones del Estado con las confesiones religiosas. En materia matrimonial esto quiere decir que el poder civil se apresuró a llenar el vacío legal que había dejado la Iglesia católica, produciéndose un fenómeno intervencionista estatal que paulatinamente conduciría a la secularización de las fórmulas jurídico-canónicas en buena parte de Europa. Si el

Estado era la única potestad competente sobre el matrimonio de sus ciudadanos el corolario inevitable era que tenía pleno derecho a alterar la forma de su celebración, así como el fondo de la misma. De este modo en las áreas protestantes se impondría un único modelo matrimonial para todos los ciudadanos, el cual se puede sustanciar en una única forma exclusivamente civil o en forma religiosa, en la que el ministro de culto (de la Iglesia reformada) actuaría como funcionario del Estado, siendo a éste a quien incumbe la determinación de los requisitos del matrimonio así como la resolución de los conflictos matrimoniales (LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO-VALLS).

En el sistema de Estados confesionales, por el contrario, la evolución fue traumática, pues las ideologías progresistas se propusieron, como objetivo primario, el debilitamiento de la Iglesia católica y, como fin a largo plazo, alcanzar un alto grado de libertades. Y todo esto va a tener su plasmación en el matrimonio porque los sistemas matrimoniales guardan conexión con el derecho de libertad religiosa en la medida en que su regulación jurídica está en función de la calificación del Estado en materia religiosa; de esta manera si el Estado es laico separatista, se limitará a regular el matrimonio civil, quedando los matrimonios religiosos sin relevancia jurídica alguna; si el Estado es confesional católico, será la ley concordada o la civil la que establecerá fórmulas de opción o subsidiarias del matrimonio civil respecto del canónico; por último, si se trata de un Estado separatista, pero que coopera con las confesiones religiosas, aceptadas por el ordenamiento civil, el sistema suele ser el facultativo pluralista en los términos que se convenga con las respectivas confesiones o, en su defecto, se convenga por la ley del Estado.

Antes de continuar, conviene que hagamos algunas matizaciones ya que una cosa es el modelo de matrimonio y otra muy diferente el sistema de Derecho matrimonial. El primero, es decir, el modelo de matrimonio en la tradición occidental ahonda sus raíces en concepciones romanas, hebreas o cristianas; el segundo, es decir, el sistema matrimonial surge en la tradición occidental muy influenciado por la historia de las relaciones entre poder civil y poder religioso y lo que reflejan los sistemas son los distintos estados de las relaciones, es decir, la supremacía de un poder sobre otro; una entente expresada en Concordatos o en Acuerdos; la autonomía recíproca de ámbitos con ciertas conexiones en el terreno del reconocimiento de efectos; el separatismo; la persecución, etc.

A partir de la Reforma y con la aparición de los Estados nacionales, el matrimonio como realidad personal y social se convierte en una «cuestión mixta», esto quiere decir que el matrimonio está sometido a dos pretensiones de regulación jurídica: de un lado, por parte del Estado y de otro, por parte de la Iglesia.

Todo esto que venimos diciendo quedaría incompleto, si no afrontamos la conceptualización de un sistema matrimonial, tal como se entiende en Occidente, con una pequeña síntesis histórica sobre la evolución de la idea y naturaleza del matrimonio.

Las raíces del moderno matrimonio las encontramos en dos textos de las Sagradas Escrituras, uno pertenece al Antiguo Testamento, Génesis 2.24: «y vendrán a ser los dos una sola carne»; el otro texto es del Nuevo Testamento: Mateo 19.6: «de manera que ya no son dos, sino una sola carne. Por lo tanto lo que Dios unió que no lo separe

el hombre». El matrimonio además es elevado a sacramento y se convierte en institución divina por encima de los consortes. San Agustín (*De nuptiis*) rubricará estas ideas donde procreación, fidelidad y sacramento son los dones fundamentales por los cuales el matrimonio es bueno en sí mismo. La consecuencia inmediata es que la Iglesia considera de su exclusiva competencia la institución matrimonial y este aspecto se consolida en la Alta Edad Media, quedando sometida la institución a los tribunales eclesiásticos y regulándola el *Corpus Iuris Canonici* (Código de Derecho canónico) hasta en sus más mínimos detalles. Todo esto se proyecta sobre la esfera civil y la teoría de la sacramentalidad y el precepto de la indisolubilidad han perdurado hasta épocas muy recientes.

Otros aspectos conforman el desarrollo histórico del matrimonio, por un lado, la subjetivización del matrimonio al exigir la presencia del sacerdote y de los testigos para la validez del matrimonio (requisito exigido por el Concilio de Trento); por otro, el predominio del matrimonio monogámico, reforzado por el principio cristiano que rechaza las segundas nupcias o una relación sexual simultánea (bigamia).

El impulso hacia la secularización del matrimonio lo da el iusnaturalismo racionalista. Hobbes va a ser el vehículo por el que se considera al matrimonio como un contrato legal admitido por la ley civil. El matrimonio se constituye en una unidad reducida de lo social, así el contrato matrimonial guarda analogía con el contrato social y de esta manera no resulta difícil deducir la idea de divorcio.

El Racionalismo y la Ilustración despojaron al matrimonio de todo el ropaje religioso y la Revolución francesa va a suponer la secularización del matrimonio y su sometimiento al principio de la contractualidad. La Constitución de 1791 determinaba que el matrimonio debe considerarse exclusivamente como un contrato civil («La Ley no considera el matrimonio más que como contrato civil», art. 7) imponiéndose en un primer momento el sistema de divorcio convencional libre. Posteriormente el Code (Código de Napoleón de 1804) mantiene los postulados de un matrimonio contractual libre, partiendo del principio del matrimonio civil como fuente exclusiva de los derechos y obligaciones matrimoniales (sistema de matrimonio civil obligatorio) pero se entiende por el legislador que el matrimonio no es un asunto puramente privado sino que requiere protección institucional, de forma que para acometer el divorcio sería necesaria una separación de tres años.

Sin embargo, la secularización del matrimonio no seguirá en todos los Estados el camino rectilíneo trazado por Napoleón. En los siglos XIX y XX había Estados que seguían aferrados al Derecho canónico y al Derecho matrimonial oficial (España puede ser un ejemplo de esto, con las solas excepciones de la Ley de 1870 de matrimonio civil y la Ley republicana de 1932).

Hegel aportará las bases filosóficas para reconocer al matrimonio como institución. El Estado determinará su forma jurídica y el constitucionalismo moderno asentará al matrimonio sobre unos determinados pilares, a saber: carácter moral, carácter institucional y carácter como derecho fundamental.

## 1.2. TIPOS DE MATRIMONIO

Se puede decir que el camino seguido por el matrimonio civil se ha ido separando de forma progresiva de sus orígenes religiosos. De forma progresiva, ya que no se puede perder de vista que «el Derecho matrimonial moderno es uno de los ámbitos en los que la concepción ética cristiana continúa iluminando al mundo, aún en quien no acepta la revelación de verdades sobrenaturales, pero acepta la dirección moral que ha dado el cristianismo» (JEMOLO). En efecto, la potenciación de la autonomía de la voluntad, que está en la base de la concepción contractual del matrimonio civil, ha llevado a que, junto con la indisolubilidad, desapareciera de los matrimonios civiles occidentales la relevancia del fin procreativo. Y hoy se pone en duda la propiedad de la heterosexualidad al reconocer iguales efectos jurídicos a los «mal» denominados «matrimonios homosexuales». Subsisten en los matrimonios civiles occidentales, tres elementos esenciales que provienen de la tradición canónica: la monogamia, la libertad consensual y la prohibición de uniones entre parientes consanguíneos.

Paralelamente a la competencia afirmada por el Estado moderno para regular el matrimonio, la exclusividad en las fuentes de emanación del Derecho que reclama para sí el Estado, hace que también el poder público determine la eficacia que pueda tener en el ordenamiento interno la regulación que realizan sobre el matrimonio otros ordenamientos (los ordenamientos que regulan de manera propia el matrimonio en el ámbito territorial de la jurisdicción estatal son los de las confesiones religiosas). Y es desde esta perspectiva donde se encuadra la cuestión de los tipos o sistemas matrimoniales (MOTILLA).

Así es, históricamente se refleja la dicotomía entre matrimonio civil y matrimonio religioso (especialmente canónico, pero no agotándose en éste) siendo estos dos tipos de matrimonio (el civil y el religioso) estructuras legales configuradas por modelos ideológicos del matrimonio propios de la legislación de cada centro de poder y de jurisdicción. El matrimonio civil se interpretaría como sinónimo del matrimonio que el Estado ofrece, como garante de la libertad y del laicismo, a los ciudadanos como cauce legal para la sexualidad y la procreación libre, dentro del pluralismo ideológico y fuera de las influencias confesionales y de los planteamientos religiosos y dogmáticos (LÓPEZ ALARCÓN). Y dentro de este respeto a la libertad (religiosa), el Estado debe tener en cuenta las convicciones religiosas de sus ciudadanos y hacer posible que cada uno, pueda contraer matrimonio según sus propias creencias religiosas dentro del orden jurídico establecido.

### *1.2.1. Sistemas matrimoniales. Concepto y clasificación*

Estamos ahora en condiciones de abordar el tema del concepto de Sistema matrimonial y su clasificación.

#### A) Concepto

Al hablar de Sistema matrimonial se está haciendo referencia a la coexistencia más

o menos pacífica entre los diversos matrimonios religiosos (canónico, protestante, islámico, ortodoxo, judío, etc.) y el matrimonio civil. Esta coexistencia plantea una cuestión jurídica: delimitar la vigencia que, dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado, corresponde al matrimonio religioso. De manera que el Sistema matrimonial sería el criterio con que cada ordenamiento civil regula la institución matrimonial teniendo en cuenta la existencia de unas precisas convicciones religiosas de buena parte de sus ciudadanos.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se pueden definir los Sistemas matrimoniales como «los distintos criterios que establecen las legislaciones respecto a la forma que ha de revestir la celebración del matrimonio para que éste obtenga su eficacia jurídica» (CASTÁN TOBEÑAS). Se ha dicho ya, pero conviene repetirlo, que la cuestión de los sistemas matrimoniales guarda íntima conexión con el derecho de libertad religiosa, de manera que la regulación jurídica del matrimonio dependerá de la calificación del Estado en materia religiosa.

## B) Clasificación

Son muchos los criterios que se han seguido a la hora de establecer la clasificación de los Sistemas matrimoniales por parte de la doctrina, vamos a seguir aquí los criterios que formuló López Alarcón.

Este autor hizo la clasificación atendiendo a tres aspectos de las regulaciones matrimoniales, a saber:

- a) Momento constitutivo —Sistemas constitutivos del matrimonio—.
- b) Aspectos jurisdiccionales del Sistema matrimonial.
- c) Aspectos registrales del Sistema matrimonial.

Veamos cada uno:

a) *Sistemas constitutivos del matrimonio*. Aquí se distinguen tres clases de sistemas matrimoniales: monistas, dualistas y pluralistas.

a.1) *Sistemas monistas*: sólo reconocen un tipo de matrimonio.

— *Sistemas monistas de matrimonio civil obligatorio*. En estos sistemas, el Estado sólo reconoce efectos civiles al matrimonio civil, de manera que el matrimonio celebrado conforme a normas propias de iglesias y confesiones, es irrelevante en el derecho del Estado aunque no se prohíba. Algunos ordenamientos, como el francés, sancionan penalmente a los ministros de culto que celebren un matrimonio religioso previo al matrimonio civil.

— *Sistemas monistas de matrimonio religioso obligatorio*. Este sistema es el que rige en el Estado de la Ciudad del Vaticano donde está vigente el ordenamiento de la Iglesia católica.

a.2) *Sistemas dualistas*: estos sistemas admiten además del matrimonio civil, un

matrimonio religioso concreto con efectos civiles. Se puede distinguir:

— *Sistema de matrimonio de libre elección por parte de los contrayentes.* Centrándonos en el matrimonio religioso católico, la opción se establece respecto de aquellos que estando obligados por la Ley canónica a celebrar el matrimonio canónico, quedan facultados por la Ley del Estado o por texto concordado para optar libremente entre celebrar el matrimonio religioso (canónico) con plenos efectos civiles o celebrar el matrimonio civil, también con efectos civiles.

— *Sistema de matrimonio civil subsidiario.* En este sistema lo que ocurre es que el Estado recibe el ordenamiento canónico y prohíbe que contraigan matrimonio civil a aquellos que por derecho de la Iglesia están obligados a observar la forma canónica (los católicos). El Estado, por tanto, se convierte en guardián de la norma canónica para asegurarse de su cumplimiento (ésta sería la acepción pura del sistema de subsidiariedad). Sin embargo en la realidad no sucede así sino que las leyes suavizan el rigor de la norma canónica y permiten que celebren matrimonio civil quienes debieran celebrar el matrimonio canónico, o los que no profesan la religión católica. Volveremos sobre este sistema de subsidiariedad cuando estudiemos el Sistema matrimonial español, donde se analizará mejor su evolución.

a.3) *Sistemas pluralistas:* estos sistemas tienen también carácter electivo, pero la opción se amplía a más tipos de matrimonios religiosos (además del matrimonio canónico) que concurren todos con el matrimonio civil.

La variedad de elección se puede dar en relación a los distintos tipos de matrimonios religiosos o en relación a la forma o bien, un sistema mixto que distingue entre el matrimonio civil que pueden elegir todos los ciudadanos y el matrimonio canónico y otros matrimonios religiosos teniendo en cuenta que en este último caso lo único que reconoce la ley civil son las formas o solemnidades, ya que la norma de fondo aplicable a estos matrimonios es la del Estado. (Para muchos éste es el sistema actual en España tras la Constitución de 1978, la firma del Acuerdo del Estado español con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 1979, la Ley 30/1981 de reforma del Código Civil y la firma de los Acuerdos con las confesiones evangélica, judía y musulmana de 1992.)

b) *Aspectos jurisdiccionales del Sistema matrimonial.* La posición del Estado ante la jurisdicción eclesiástica puede ir desde el reconocimiento más o menos amplio, hasta la plena irrelevancia, lo cual permite las siguientes modalidades:

— *Reconocimiento de la Jurisdicción eclesiástica.* Este sistema es el propio del dualismo canónico-civil. La confesionalidad del Estado aquí se suele manifestar reconociendo la jurisdicción eclesiástica en el orden civil, quedando situados los tribunales eclesiásticos en la misma posición que los tribunales civiles, es decir, las sentencias o resoluciones canónicas tienen los mismos efectos civiles que una sentencia civil.

— *Irrelevancia de la Jurisdicción religiosa.* Sistema que es propio de los regímenes pluralistas y monistas.

En los regímenes pluralistas, propios del área religiosa protestante, corresponde siempre a los Tribunales del Estado la jurisdicción de las causas matrimoniales, ello obedece a que la doctrina protestante es contraria a la sacramentalidad del matrimonio y a la potestad jurisdiccional de orden religioso, por eso aunque la celebración sea religiosa es la jurisdicción del Estado la que resuelve las causas matrimoniales.

— *Reconocimiento de las Resoluciones eclesiásticas.* Éste es un sistema intermedio, donde el Estado no reconoce la jurisdicción eclesiástica pero puede reconocer efectos civiles a resoluciones canónicas sobre matrimonio canónico aunque con el control previo por parte de los Tribunales civiles (así se recoge en el art. VI.2 del Acuerdo España-Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 1979). Hay que señalar que es muy excepcional la automática producción de efectos civiles de las resoluciones canónicas, tal como se establecía en el Concordato de 1953, en su artículo XXIV.

c) *Aspectos registrales del Sistema matrimonial.* Hay que empezar diciendo que la fórmula universalmente adoptada para que se produzcan o se reconozcan los efectos civiles de los matrimonios aceptados en un determinado ordenamiento jurídico es la de la inscripción en un Registro del estado civil. Podemos hablar de las siguientes modalidades:

- Sistema registral de simple transcripción del acta del matrimonio religioso.
- Sistema registral con calificación limitada.
- Sistema registral con calificación amplia.

## 2. EL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL

### 2.1. ANTECEDENTES

La historia del matrimonio en España se puede construir de forma paralela a como se han dado las relaciones Iglesia-Estado en los distintos momentos históricos. Prescindiendo de antecedentes más remotos, la legislación española desde el siglo XVI, Real Cédula de 12 de julio de 1564, fecha en que Felipe II acepta los postulados del Concilio de Trento como Ley del Reino, sólo conoce un sistema puro de normación canónica.

Este sistema va a permanecer sin alteración hasta el año 1870 en que se establece un sistema exclusivamente civil, coincidiendo con el período revolucionario que se inicia con la revolución de 1868 que variará radicalmente la legislación matrimonial en España con la promulgación de la Ley de matrimonio civil de 1870. Esta Ley

apareció como desarrollo del principio de libertad religiosa declarado por primera vez en España en la Constitución de 1869 donde en sus artículos 21 y 27 se reconocía la libertad de culto y la libertad política de conciencia. Los artículos a tener en cuenta fueron: el artículo 2 de la Ley que afirmaba: «El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley no producirá efectos civiles»; y el artículo 28: «El matrimonio se celebrará ante el juez municipal competente y dos testigos mayores de edad». La Ley de 1870 vino tan sólo a sustituir al sacerdote por el juez, a la Iglesia por el juzgado, a la Biblia por los artículos de la ley y a los tribunales eclesiásticos por los civiles. Como entiende NAVARRO-VALLS, lo que se plasma en el articulado no es una nueva concepción del matrimonio sino una simple cuestión de competencia. El modelo matrimonial perfilado por la Ley no era otro que el matrimonio canónico expropiado por la ley civil, pero conservando el edificio expropiado con el mayor esmero y sin el menor retoque sustancial. En palabras de MONTERO RÍOS (ministro de Gracia y Justicia de la época): «La legislación matrimonial de la Iglesia es la más perfecta, la más acabada de todas las conocidas. Lo bueno debe copiarse siempre y donde quiera que se encuentre».

Así que desde 1870 hasta 1875 se impuso el matrimonio civil como obligatorio y las causas matrimoniales pasaron a ser competencia de la jurisdicción civil. Aunque es verdad que la Ley de 1870 fracasó en la instauración de un sistema de matrimonio civil obligatorio, también lo es el hecho de que se había introducido un matrimonio regulado por el Estado, el matrimonio civil, cuya vigencia se proyecta hasta nuestros días. El Decreto de 9 de febrero de 1875 reconocía la no conveniencia de someter al Derecho canónico y a la jurisdicción de la Iglesia a los no católicos que residían en España y de proveerles de un medio para que legítimamente pudieran celebrar matrimonio con trascendencia para el Derecho del Estado. Para estos no católicos declaró subsistente el matrimonio civil de la Ley de 1870 que no era aplicable a los católicos (MOTILLA).

Este Decreto de 9 de febrero de 1875 es de vital importancia ya que además de restituir los efectos civiles al matrimonio contraído con los sagrados cánones, implantaba en España el *sistema de matrimonio civil subsidiario*, esto significaba que se restablecía el matrimonio canónico en su vigencia anterior y que permanecía el matrimonio civil para los no católicos. La Constitución de 1876 vuelve a una fórmula de confesionalidad formal estricta con una cierta tolerancia y a esto hay que añadir la vigencia del Concordato de 1851 con un carácter plenamente confesional. Dentro de este ambiente confesional, en 1881 el Ministerio de Justicia inicia conversaciones con la Santa Sede para incluir en el proyectado Código Civil la cuestión del matrimonio civil. Las negociaciones estuvieron llenas de dificultades (en el Proyecto de Código Civil de 1851 el matrimonio se había convertido en una de sus «bolas negras» que terminaron por impedir su promulgación definitiva), pero consiguieron cristalizar en la Base III del Proyecto de Ley para la publicación del Código Civil donde se establecen «Dos formas de matrimonio: el canónico que deberán de celebrar todos los que profesan la religión católica y el civil que se verificará con arreglo a las disposiciones del mismo Código y armonía con lo previsto en la Constitución del

Estado».

Será en el artículo 42 del Código Civil donde se recojan las dos formas del matrimonio tal como indicaba la Base III del Proyecto, pero dicho artículo provocó algunas discordancias, especialmente en relación al término «profesar la religión católica»; la razón era que la ley canónica se refería a dichas personas con la expresión: «bautizados». Los problemas interpretativos que suscitó dicha frase fueron solucionados a través de distintas vías. Para unos se trataba de una obligación moral (la de contraer matrimonio canónico), por lo que la doble vía de contraer matrimonio estaba libre para todos los ciudadanos, fuera cual fuere su religión. Para otros era suficiente la vía de solicitar matrimonio civil de forma seria. Finalmente para otros, sólo podían contraer matrimonio civil los no bautizados y los que habiéndolo sido se apartaran fehacientemente de la religión católica. Junto a todo esto, el artículo 42 recibió una interpretación oficial que osciló entre la manifestación ante la autoridad de no profesar la religión católica a no exigirse declaración alguna. Sin embargo hay que decir que la interpretación oficial estable determinaba que al menos uno de los contrayentes realizara una declaración positiva de no profesar la religión católica.

Este sistema de matrimonio civil subsidiario, como ya se ha dicho, permaneció inalterable en España, con el solo paréntesis de las leyes republicanas de 1932, hasta la Constitución de 1978.

Este paréntesis significaba la plasmación de las medidas secularizadoras de la Constitución de 1931, entre las que se pueden destacar el reconocimiento del divorcio por mutuo acuerdo o justa causa, la irrelevancia del matrimonio canónico y, por consiguiente, la consagración legal de un sistema de matrimonio civil obligatorio que estará vigente hasta 1938, año en que se deroga de nuevo el matrimonio Civil de la República como una de las primeras medidas tomadas por el régimen de Franco y la vuelta, por tanto, al artículo 42 del Código Civil, esta vez con un criterio muy restrictivo en torno a la prueba de los que no profesan la religión católica (prueba documental, declaración jurada de que no han sido bautizados, etc.).

El régimen de Franco vuelve a una fórmula de confesionalidad formal tal como se desprende de la lectura del Principio 2 de la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional: «La nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica, Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional que inspirará su legislación», con una cierta tolerancia hacia otras confesiones distintas de la Iglesia católica. Después de la lectura de este párrafo, el alumno entenderá mejor lo que se dijo acerca de que en el sistema de matrimonio civil subsidiario el Estado se convertía en guardián de la norma canónica, y eso fue precisamente lo que se hizo en esta etapa que va desde 1936 hasta 1967.

En 1953 el Estado firma un Concordato con la Santa Sede. Este Concordato reconocerá plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico. Se uniformiza también la interpretación del artículo 42 del Código Civil por Resolución de la Dirección General del Notariado de 2 de abril de 1957, según la cual: «se entenderá acreditada la no profesión de la religión católica cuando

se pruebe la concurrencia de una de estas dos condiciones: 1. No haber sido bautizado en la Iglesia católica o no haberse convertido a ella de la herejía o el cisma. 2. Haber apostatado (declaración de apostasía) formal y materialmente».

La situación descrita cambia con la celebración del Concilio Vaticano II y con la promulgación de la Ley de Libertad Religiosa de 1967 que se refiere por primera vez en derecho moderno español al matrimonio de las confesiones acatólicas y se liberaliza la celebración del matrimonio civil. Todavía se ofrecía, con base en el artículo 42, el sistema de matrimonio civil subsidiario, pero se va evolucionando hacia un sistema electivo al amparo de las normas reguladoras del Registro civil que va a simplificar la prueba de la apostasía, de tal manera que la prueba de que no se profesa la religión católica, se efectúa a partir de ahora mediante declaración del interesado ante el encargado del Registro.

La muerte del general Franco el 20 de noviembre de 1975, supone la caída de su régimen político y un cambio en la regulación del matrimonio. En virtud de un Decreto de 1 de diciembre de 1977, se permite el matrimonio civil a quien declara a este efecto que no profesa la religión católica.

## 2.2. SITUACIÓN ACTUAL

Al cambiar las relaciones entre el Estado y la Iglesia y pasar de una fórmula de confesionalidad a una de Libertad Religiosa garantizada por la Constitución de 1978, cambia también la regulación del matrimonio y se pasa del sistema de matrimonio civil subsidiario a un sistema pluralista donde tienen cabida: el matrimonio civil, que puede contraer cualquier persona, el matrimonio canónico y el matrimonio de confesiones distintas de la católica.

Este nuevo sistema matrimonial nace de la confluencia de distintas normas jurídicas de significación y alcance diverso. La primera de estas normas es, como se acaba de decir, la Constitución de 1978 que al proclamar la igualdad y la no discriminación por motivos religiosos en el artículo 14 y declarar que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio (*ius connubii*) con plena igualdad jurídica en el artículo 32.1, así como establecer la prohibición a ser obligado a declarar sobre ideología, religión o creencias (art. 16.2), se convertía en el punto de partida para la regulación del matrimonio inspirado en los derechos y libertades fundamentales de la persona. Este respeto por los derechos y libertades fundamentales es lo que diferencia a la Constitución de 1978 de las distintas Leyes y Decretos anteriores que habían hecho intentos de imponer un matrimonio civil obligatorio sin conseguirlo.

El precepto que de forma expresa se refiere al sistema matrimonial que delinea el nuevo régimen basado en la libertad religiosa es el artículo 32.2 del texto constitucional: «La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». A partir de aquí el legislador ordinario será quien

establezca, por mandato constitucional, los requisitos y el grado de reconocimiento de las distintas normas confesionales sobre el matrimonio, ya que la expresión «formas de matrimonio» empleada en el artículo 32 incidía directamente sobre el sistema matrimonial y la voluntad de las Cortes constituyentes era reconocer la posibilidad de que, junto al matrimonio civil, pudieran obtener eficacia otras formas religiosas. La libertad religiosa y el principio de cooperación con las confesiones con presencia en la sociedad española del artículo 16, llevaban a que otros matrimonios religiosos, además del canónico, pudieran obtener esa eficacia civil (MOTILLA).

El cambio político recogido en la Constitución implicaba también que se llevaran a cabo negociaciones con la Santa Sede para revisar el Concordato de 1953, aún vigente en muchas de sus materias, de claro tinte confesional y que chocaba, por tanto, con los nuevos postulados de la Constitución. Estas negociaciones culminaron con la firma no ya de un Concordato sino de una serie de Acuerdos parciales (Normas concordadas de rango internacional), el 3 de enero de 1979, uno de los cuales: el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, reconocía la eficacia civil del matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico y la producción de efectos desde su celebración, aunque la plenitud de estos venía supeditada a la inscripción en el Registro civil.

Un año después se promulga la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, el 5 de julio de 1980, que garantizaba en su artículo 2.1.b) el derecho de toda persona a celebrar sus ritos matrimoniales.

Estos importantes cambios introducidos por la Constitución implicaban una revisión del Código Civil en materia de matrimonio y así en 1981 se produce una reforma parcial del Código Civil en virtud de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que reforma los artículos 42 a 107 de dicho cuerpo legal, relativos a la regulación del matrimonio.

Unos años más tarde, en 1992, y para dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 16.3 relativo a las relaciones de cooperación del Estado con las confesiones religiosas, se firman tres Acuerdos (que no tienen carácter internacional) con las tres confesiones mayoritarias en España: evangélica, israelita e islámica. Estos tres Acuerdos tienen un tenor muy parecido en cuanto a las materias que se regulan; una de ellas es el matrimonio cuyo contenido se desarrolla en el artículo 7 de cada uno de los Acuerdos a cuyo tenor se les atribuyen efectos civiles a los matrimonios celebrados ante los ministros de culto de cada una de las tres confesiones. (Volveremos sobre esta cuestión al estudiar el matrimonio de las confesiones con Acuerdo.)

### *2.2.1. El matrimonio canónico*

El matrimonio canónico tiene en nuestro Derecho un tratamiento distinto y superior al matrimonio del resto de confesiones religiosas, tal como se desprende del artículo 60 del Código Civil, es por ello que le dedicamos un apartado especial.

#### A) El matrimonio. Noción y fines

En el canon 1.055, punto 1, del Código de Derecho canónico se recoge ampliamente la concepción personalista de la institución matrimonial. De la definición del Código se deduce que la esencia del matrimonio es «el consorcio de toda la vida». «La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo, Nuestro Señor, a la dignidad de sacramento entre bautizados».

De esta noción se desprenden dos realidades: de un lado, la celebración, es decir, el acto de contraer por el que dos personas se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir matrimonio y que se denomina matrimonio *in fieri*; y, de otro, la relación jurídica conyugal o sociedad conyugal formada ya por marido y mujer y que constituye el matrimonio *in facto esse*.

De manera que el matrimonio *in fieri* se refiere al momento inicial y constitutivo del matrimonio y los cánones que lo tratan son el 1.063 y siguientes; 1.057-1.095 y siguientes; y 1.108 y siguientes. El matrimonio *in facto esse* es regulado por los cánones 1.134 a 1.140.

En la definición de matrimonio encontramos también los fines del matrimonio: el bien de los cónyuges y la generación y educación de la prole. Pero junto a estos fines, el canon 1.056, establece las propiedades esenciales del matrimonio: «Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento».

La Unidad fue proclamada dogmáticamente en el Concilio de Trento. La razón de fondo de esta propiedad o principio radica en la igualdad en dignidad que existe entre varón y mujer.

La Indisolubilidad se proclamó como doctrina de fe también en Trento y significa que el vínculo matrimonial entre los cónyuges es para toda la vida.

En cuanto a la Sacramentalidad, la exigencia del bautismo entre los cónyuges confiere al matrimonio la cualidad de ser el signo de la unión fiel y permanente de Cristo con su Iglesia, de forma que contrato y sacramento integran una misma realidad de tal manera que es imposible la existencia del uno sin la otra: o se verifican ambos en una unión conyugal o no se verifica ninguno. Y por tratarse de una misma realidad, la aparición de ambos no se produce en forma sucesiva sino simultánea.

Y, por último, hay que referirse a un principio que se formula en el canon 1.060: «El matrimonio goza del favor del Derecho; por lo que, en la duda, se ha de estar por la validez del matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario». La consecuencia principal que se deduce de este principio es la presunción *iuris tantum* de su validez, hasta que se demuestre lo contrario.

## B) El consentimiento matrimonial

El canon 1.057, número 1, establece: «El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir»; el número 2 de este mismo canon define lo que es el consentimiento: «El consentimiento matrimonial es el acto

de la voluntad por el cual varón y mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio».

Así que por virtud del consentimiento matrimonial y solamente mediante él se produce el matrimonio. Por ello es el consentimiento el elemento creador del matrimonio, siendo necesario para que nazca y no puede sustituirse por otro acto, bien de alguna institución o de otras personas. El consentimiento es bilateral y recíproco, en cuanto que se produce por el encuentro de las voluntades de los contrayentes.

Los requisitos necesarios para la eficacia del consentimiento matrimonial vienen establecidos por la Ley canónica y son los siguientes:

— Verdadero o interno, así no es válido el asentimiento meramente externo o simulado.

— Libre, con libertad interna.

— Libre, con libertad externa.

— Deliberado, es decir, con plena advertencia de mente del acto que se realiza. La deliberación presupone la discreción de juicio, lo que significa que el sujeto goza actualmente de uso de razón y del juicio necesario.

— Intencionado, que significa que los cónyuges deben tener la intención actual de entregarse mutuamente para constituir la comunidad de toda la vida. Se presume la intención general del contrayente de querer el objeto del matrimonio en su integridad. La intención contraria habrá que probarla.

— Positivo y de presente, que supone una decisión firme de aceptar el matrimonio.

— Definido en cuanto a la identidad de la persona del otro contrayente y en cuanto a la naturaleza del matrimonio.

— Bilateral, mutuo y recíproco. Se ha de prestar el consentimiento por ambas partes para alcanzar un encuentro de voluntades en mutua y recíproca prestación y aceptación.

— Manifestado mediante signo sensible que sea inequívoco, es decir, mediante palabras, y, si no se puede hablar, con signos equivalentes, y además, debe existir simultaneidad.

— Recibido por la Iglesia. Este requisito añade formalidad y socialidad, ya que el que asiste al matrimonio pide la manifestación del consentimiento y la recibe en nombre de la Iglesia.

Por último, en cuanto a la función del consentimiento, del texto del canon 1.057.1 se deduce:

— Que es absolutamente necesario, tanto para la existencia del matrimonio contrato como para la formación del matrimonio comunidad, porque constituye la esencia del matrimonio *in fieri* y la causa eficiente del matrimonio *in facto esse*.

— Que el consentimiento es suficiente para la existencia del matrimonio.

— Que el consentimiento ha de prestarse entre personas hábiles conforme al

derecho, es decir, que tengan capacidad para prestarlo y no estén impedidas.

— Que el consentimiento no puede ser sustituido por ninguna potestad humana, ni por los padres o parientes, ni por la autoridad canónica, ni por la autoridad civil.

— Que cuando el consentimiento matrimonial ha producido sus efectos, y, concretamente, la aparición del vínculo conyugal, tiene carácter irrevocable, en el sentido de que su positiva revocación sería jurídicamente irrelevante dada la indisolubilidad del matrimonio.

### C) Regulación de los impedimentos

A partir de 1983, la noción de impedimento se circunscribe sólo a aquellas circunstancias personales que invalidan el matrimonio y que lo privan, por tanto, de efectos jurídicos.

El canon 1.073 dice escuetamente: «El impedimento dirimente inhabilita a la persona para contraer matrimonio válidamente».

La clasificación, atendiendo al Código, se puede hacer agrupando a los impedimentos en los siguientes sectores:

— *Impedimentos por razones de incapacidad o inhabilidad física*. El motivo determinante es una imposibilidad física para el compromiso y la vida matrimonial (*Edad e Impotencia*, cc. 1.083 y 1.084).

— *Impedimentos por incompatibilidad jurídica*, en los que el matrimonio resultará nulo porque la persona que pretende contraerlo ha asumido previamente un tipo de vida o se encuentra en una situación jurídica que el Derecho canónico considera incompatible con la celebración de las nupcias (*Ligamen*, c. 1.085; *Disparidad de cultos*, c. 1.086; *Orden Sagrado*, c. 1.087; y *Profesión religiosa*, c. 1.088).

— *Impedimentos por razón de delito*, contempla el supuesto de alguien que para facilitar un matrimonio, cuya celebración parecía imposible, recurre a la comisión de un delito, prohibiéndosele entonces ese matrimonio al que trató de llegar críminosamente (*Rapto*, c. 1.089; y *Crimen*, c. 1.090).

— *Impedimentos de Parentesco*. En estos supuestos el Derecho obstaculiza la unión matrimonial entre personas cuya familiaridad mutua podría conducir fácilmente a una desnaturalización de las relaciones familiares, transformándolas en relaciones sexuales con la esperanza de un futuro matrimonio si no se interpusiera la prohibición legal (*Consanguinidad*, c. 1.091; *Afinidad*, c. 1.092; *Pública Honestidad*, c. 1.093; y *Parentesco Legal*, c. 1.094).

Sin embargo, la regulación de los impedimentos en Derecho canónico no es tan rígida que excluya la posibilidad de su cesación en determinados supuestos. Así, desaparecida la circunstancia de hecho en que el impedimento se asienta, cesa el impedimento mismo.

En otros supuestos, la cesación se produce por un acto de la autoridad competente que suspende la obligatoriedad de la Ley en un supuesto concreto y, en atención a determinadas causas que así lo aconsejen.

Pero el canon 1.078.1 y 2, expresa los impedimentos que quedan fuera de la jurisdicción del Ordinario y se reservan a la Sede Apostólica: el Orden Sagrado, Voto Público y Perpetuo de Castidad en Instituto Religioso y el de Crimen.

El número 3 de este canon expresamente indica que «Nunca se concede dispensa del impedimento de consanguinidad en línea recta o en segundo grado de línea colateral».

#### D) La forma

A partir del Concilio de Trento, el negocio jurídico matrimonial es un acto jurídico consensual y formal, esto es, se exige una forma determinada para que el matrimonio sea válido, a tenor de lo dispuesto en los cánones 1.108 y siguientes.

De acuerdo con lo señalado en el canon 1.108.1: «Solamente son válidos aquellos matrimonios que se contraen ante el Ordinario del lugar o el párroco, o un sacerdote o diácono delegado por uno de ellos para que asistan, y ante dos testigos».

En el número 2 especifica: «Se entiende que asiste al matrimonio sólo aquel que, estando presente, pide la manifestación del consentimiento de los contrayentes y la recibe en nombre de la Iglesia».

#### E) La eficacia civil del matrimonio canónico

— *Momento constitutivo*. El artículo 60 del Código Civil, fiel reflejo del artículo VI del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico.

Desde esta perspectiva, la propia celebración en forma canónica produce efectos civiles: básicamente, la existencia del vínculo jurídico, así como los efectos patrimoniales y personales correspondientes, es lo que en nuestro Derecho se denomina: eficacia civil de la mera celebración.

Por tanto, la existencia del matrimonio canónico no depende de su inscripción en el Registro civil, sino de su celebración en forma canónica. Por eso, la inscripción no tiene valor constitutivo sino meramente declarativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Civil. Lo que otorga la inscripción registral es la eficacia *erga omnes*.

La inscripción se lleva a cabo mediante la presentación de la certificación canónica de celebración del matrimonio por parte de los contrayentes (art. 71 Ley del Registro Civil) o, como prevé el Protocolo Final del Acuerdo, el párroco en un plazo de cinco días deberá remitir al Encargado del Registro el acta de celebración el matrimonio canónico, para suplir la posible inactividad de los contrayentes.

El artículo 71.2 de la Ley de Registro Civil prevé la posibilidad de que existan matrimonios canónicos no inscritos, en cuyo caso se podrá practicar la inscripción en cualquier momento, incluso después de fallecer los contrayentes, a petición de cualquier interesado. Si la inscripción no fuera posible, el matrimonio, en principio es válido, lo que ocurre es que sus efectos sólo podrán oponerse frente a aquellos

que tengan conocimiento de su existencia pero nunca frente a terceros de buena fe.

— *Momento extintivo*. El artículo VI.2 del AJ (Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos) contempla el derecho de los que contraen matrimonio canónico de acudir a los tribunales o autoridades eclesiásticas demandando la nulidad o disolución de su matrimonio.

El apoyo constitucional estaría en los principios de libertad religiosa y de cooperación del artículo 16 de la Constitución, sin que estos principios supongan, en ningún caso, una exigencia del reconocimiento de la jurisdicción eclesiástica.

En cuanto a la posible eficacia o reconocimiento de esa actividad jurisdiccional de la Iglesia católica, tanto el AJ como el CS las ha limitado a:

- Las sentencias de nulidad canónica, de una parte.
- De otra, las resoluciones de disolución de matrimonio rato y no consumado.

Por lo que se refiere a las causas de separación, aunque el AJ nada dice, el Real Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1979, ya atribuyó su conocimiento exclusivo a la jurisdicción civil, lo que fue ratificado por la Ley de 26 de diciembre de 1980 y por el artículo 81 CC.

Cualquier otro tipo de resolución o sentencia en relación con el matrimonio canónico, carece siquiera de la posibilidad de alcanzar efectos civiles en nuestro ordenamiento, lo que no impide que puedan ser adoptadas por la jurisdicción o autoridades eclesiásticas.

Hechas estas mínimas aclaraciones, nos vamos a centrar en la eficacia de las Sentencias de nulidad canónica y en las resoluciones de disolución de matrimonio rato y consumado, teniendo en cuenta lo que señaló el TC en Sentencia 66/1982, de 12 de noviembre: que el reconocimiento de la jurisdicción canónica en nuestro ordenamiento no implica un automatismo en el otorgamiento de efectos civiles a sus resoluciones, como ocurría en el sistema anterior (art. 24 del Concordato de 1953), pues ello sería inconstitucional.

La vía procesal para la ejecución de estas sentencias o resoluciones eclesiásticas en el orden civil es la de la homologación civil, *exequatur*, similar al previsto en nuestra legislación para la ejecución de Sentencias extranjeras, con la diferencia, entre otras, de que la competencia se atribuye al Juez de Primera Instancia o, en su caso, de Familia, y no al Tribunal Supremo.

La ley ha establecido, como requisito para que estas resoluciones y sentencias canónicas sean reconocidas, no sólo que así lo declare un juez civil, sino la necesidad de que éste declare su ajuste al Derecho del Estado.

El problema, por tanto, se plantea a la hora de interpretar la expresión legal *ajustada al Derecho del Estado*, que utilizan los textos del Acuerdo y el propio Código Civil.

La doctrina está dividida, sin embargo el sector mayoritario opina que una Sentencia o resolución canónica se encuentra ajustada al Derecho del Estado cuando

está conforme con el Derecho procesal estatal. Más exactamente, si reúnen las condiciones del artículo 954 LEC, al que expresamente se remite el artículo 80 CC. Y además, no atenta contra el orden público o choca contra los principios generales de nuestro Derecho. Los requisitos del artículo 954 LEC son:

- Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.
- Que no haya sido dictada en rebeldía.
- Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.

En cuanto a la posibilidad de separación y divorcio, admitida en la ley civil, artículo 81 del Código Civil, sea cual sea la forma de celebración del matrimonio, hay que decir que el Derecho canónico mantiene una actitud opuesta al divorcio y que en nuestro Ordenamiento jurídico las separaciones matrimoniales son de competencia exclusiva de los Tribunales del Estado, aunque se trate de matrimonios celebrados según la forma canónica. El artículo 81 está en relación con la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de 7 de julio de 1981, donde expresamente se reafirma la exclusiva competencia de los jueces civiles para el conocimiento de las causas de separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio. De manera que en el sistema español vigente, se aplica la normativa civil para las causas de separación de los matrimonios canónicos sustancialmente contenida en los artículos 81 a 84 y 90 a 106 CC. Los posibles pronunciamientos eclesiásticos en esta materia no obtienen eficacia civil. El artículo 82 establece las causas de separación admitidas por la Ley. El artículo 84 dispone que la separación puede terminar si los esposos se reconcilian. Por lo que se refiere al divorcio, el artículo 85 dice expresamente que: «El matrimonio se disuelve sea cual fuere la forma [...] por la muerte [...] y por el divorcio». De este modo, concurriendo alguna de las causas de divorcio previstas en la Ley, los cónyuges unidos canónicamente pueden solicitar el divorcio por la vía civil, pero hay que advertir que la disolución allí obtenida no tendrá eficacia canónica, continuando los divorciados siendo marido y mujer ante la Iglesia.

### *2.2.2. El matrimonio en las confesiones religiosas con acuerdo*

Para entender el tratamiento que el Derecho español ha dado al matrimonio celebrado en forma religiosa no católica, es preciso tener presente los principios básicos que informan el derecho matrimonial en las religiones no católicas, teniendo en cuenta que no todas las confesiones religiosas poseen un sistema matrimonial propio. Una vez hecho este análisis, veremos cuál es el modo en que en España se llevan a cabo dichos matrimonios.

#### A) Las confesiones protestantes

El punto de partida es que no se puede hablar de un Derecho matrimonial

protestante ya que no existe una única confesión, sino múltiples confesiones protestantes y además no existe una reglamentación común a todas ellas. Las diversas Iglesias poseen Disciplinas o Reglamentos de los que es posible deducir tendencias generales, pero eso es todo. Estos datos evidencian dificultades a la hora de la regulación de un análisis riguroso del derecho matrimonial protestante y por ello lo único viable es intentar desvelar la concepción que sobre el matrimonio subyace en la ideología de los Reformadores.

El motivo de la falta de una doctrina sistemática obedece al hecho de que para la Reforma protestante, el matrimonio no está incluido entre los sacramentos, es una realidad sagrada, pero no es un sacramento; está concebido como una institución natural, una cuestión secular, profana, es decir, un simple estado civil.

En la concepción protestante, la competencia para legislar sobre el matrimonio pertenece exclusivamente a la autoridad civil y política; la celebración ante la Iglesia sólo tiene el significado de la bendición nupcial, pero carece de intencionalidad jurídica. En materia de impedimentos, los reformadores entendieron que la mayoría de los impedimentos establecidos por el Derecho canónico no debían irritar el matrimonio. Admiten el divorcio como sanción en caso de abandono o de malos tratos.

## B) El matrimonio judío

Hemos de partir de una premisa: las instituciones jurídicas del judaísmo sólo se pueden entender si partimos de la base de que es una sociedad con fundamentos teocráticos, donde lo civil y lo religioso está profundamente entremezclado y conexas. Esto explica la profunda naturaleza sacral del matrimonio y el rechazo del matrimonio civil y del contraído con persona de distinta religión a la judía. Durante mucho tiempo, el matrimonio judío tuvo naturaleza de compraventa; aún hoy los efectos económicos que se derivan de la unión matrimonial son muy complejos.

Sus fuentes originarias son el Antiguo Testamento de una forma difusa, y de un modo más sistemático: la *Mischna* o ley oral tradicional de Israel; el Talmud o enseñanza de los maestros rabinos interpretando la ley oral; y la *Midrash* o literatura rabínica que revela la filosofía jurídica contenida en las leyes hebreas. Estas fuentes han impregnado el Derecho hebreo moderno. En la actualidad ha desaparecido el levirato, que era la prohibición de contraer matrimonio para la mujer del hermano muerto sin descendencia con quien no fuera su cuñado, y la posibilidad de contraer matrimonio con varias mujeres.

## C) El matrimonio islámico

Sus fuentes legales se encuentran en el Corán, la Sunna o usos tradicionales, las colecciones de decisiones de los primeros cuatro Califas y las sentencias de los cuatro grandes Imanes.

De estas fuentes podemos extraer algunas observaciones:

— Que el matrimonio es un acto ambivalente en la línea límite que separa el derecho ritual del derecho contractual. El matrimonio islámico aparece en el contexto jurídico como un contrato, pero influenciado por intereses sociales de naturaleza moral y religiosa (algunos autores destacan que la naturaleza del matrimonio es equiparable a una venta de la mujer, confiriéndole al marido un poder similar a la *manus romana* o al *mundium germánico*).

— Por lo que se refiere al consentimiento, éste puede ser verbal o por procurador con poderes especiales, puro y simple. Esto quiere decir que no es válido el consentimiento sujeto a condición o término. El consentimiento viciado por error o violencia hace inválido el acto.

— La dote es una *condictio sine qua non* para la celebración del matrimonio.

Los impedimentos derivan del parentesco así como de la tetragamia o prohibición de contraer matrimonio con quinta mujer al sujeto ligado a cuatro esposas legítimas y también del deber de continencia impuesto a la mujer después de la disolución del matrimonio. En cuanto a la mujer, no puede contraer matrimonio con varios maridos, así que se reconoce la poligamia en su forma de poliginia pero no la poliandria.

La diferente condición social entre los contrayentes es también un impedimento para contraer matrimonio pero sólo en el caso de que el marido sea de inferior condición social.

Y, por último, en cuanto a impedimentos se refiere, tampoco podrán contraer matrimonio los que pertenezcan a religión distinta de la islámica, ya sean judíos o cristianos.

La jurisdicción competente para conocer de los litigios matrimoniales es la religiosa.

En último lugar por lo que se refiere a la disolución del matrimonio, las interpretaciones de las distintas escuelas nos hablan de las siguientes causas:

1. Muerte de uno de los cónyuges.

2. Ausencia, por voluntad del marido en sus múltiples y diversas formas que puede ser sin causa legal que lo justifique; por voluntad de la mujer por incumplimiento de las obligaciones conyugales del marido, y ha de ser, en estos casos, decretado por el cadí o autoridad judicial. Pero el cadí de oficio también puede decretar la disolución en ciertos casos: malos tratos continuados, indocilidad manifiesta de la mujer, intolerancia grave del marido...

Una vez hecho este sucinto análisis de los caracteres del matrimonio de las tres confesiones que han suscrito Acuerdos con el Estado, veamos cómo se regulan estos matrimonios en España.

Las *fuentes* que vamos a utilizar son las siguientes:

— El artículo 32 de la Constitución: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica».

— El artículo 2.1.b) LOLR que reconoce el derecho de toda persona a «celebrar

sus ritos matrimoniales».

— El artículo 59 del Código Civil que es la primera fuente española que reconoce eficacia civil a la forma religiosa acatólica del matrimonio, después de la Reforma por Ley 30/1981, de 7 de julio, «por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio».

— Y, por último, el artículo 7 de cada uno de los tres Acuerdos entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; la Federación de Comunidades Israelitas de España; y la Comisión Islámica de España, firmados el 10 de noviembre de 1992.

Según esto vamos a estudiar los tres momentos de la vida del matrimonio acatólico en España, sin perder de vista, y esto es muy importante, que la posibilidad de contraer matrimonio por parte de los miembros de una de estas tres confesiones, no implica la recepción de un conjunto de normas confesionales en nuestro Derecho. Estamos ante un supuesto de «civilización» de la forma religiosa, ya que para el Derecho civil no se trata más que de matrimonios civiles con distintas formas religiosas.

En consecuencia, el reconocimiento de estas formas religiosas tiene una eficacia limitada en cuanto que no comprende la regulación jurídica que de esos matrimonios pueden hacer las distintas confesiones.

La especialidad que presentan estos tipos de matrimonios para el Derecho civil consiste en la sustitución del Alcalde o funcionario, señalado por el Código Civil, por el ministro religioso, pero eso no significa que ese ministro tenga la consideración de autoridad pública o funcionario. En definitiva, en estos matrimonios el rito o forma civil es sustituida por los ritos o forma religiosa de cada una de las confesiones, como una opción que ofrece el legislador en el ejercicio del derecho de libertad religiosa.

Puesto que la regulación que se hace en los tres Acuerdos del matrimonio es bastante parecida, he creído oportuno analizarlos en su conjunto, señalando, eso sí, las especificidades en el caso de que las hubiera, de cada una de las confesiones.

En este sentido hay que empezar diciendo que los Acuerdos introducen, respecto de la regulación que en el Código Civil se hace del matrimonio religioso acatólico, dos novedades de interés:

1. El expediente matrimonial.
2. El certificado acreditativo de la capacidad matrimonial de los contrayentes.

Dos novedades porque en el Código Civil no se alude para nada a la fase preparatoria del matrimonio, ni a la calificación previa de la capacidad. Es más, el artículo 65 excluía expresamente a los matrimonios religiosos de este expediente civil previo. Ahora, sin embargo, este tipo de matrimonios —a diferencia del matrimonio canónico— quedan sujetos, igual que ocurre con el matrimonio civil, a un expediente que habrá de tramitar el juez civil, en los términos previstos en los artículos 238 y siguientes del Reglamento de Registro Civil, es decir, actuarán además del juez

encargado, el encargado del Registro civil consular correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes, con el fin de que las personas que van a casarse puedan acreditar los requisitos de capacidad que exige el Código Civil (art. 56 del Código Civil y art. 7.2 de los tres Acuerdos).

Tramitado este expediente y comprobado que no hay impedimentos civiles en el matrimonio proyectado, el juez civil extenderá el certificado de capacidad matrimonial que tendrá un plazo de validez de seis meses desde la fecha de su expedición, pasados los cuales deberá procederse a la tramitación de un nuevo expediente matrimonial.

Después de esa fase preparatoria, el matrimonio, que queda sujeto a todos los efectos a las normas de fondo civiles, se celebrará ante los ministros de culto de las iglesias israelitas, evangélicas y musulmanas. Por ministro de culto, según el artículo 3.1 de los distintos Acuerdos, se entiende las personas que de forma estable, se dedican a las funciones de culto o asistencia religiosa, y esta cualidad debe ser acreditada por las distintas Comunidades religiosas a las que pertenezca el ministro. No se requiere, sin embargo, la nacionalidad española de estos ministros, sólo que pertenezcan a una de estas tres comunidades religiosas, dependiendo del caso.

De la redacción de los distintos textos se deduce que lo único que el Estado asume en el plano civil, son las *normas rituales o de forma*. En el texto del Acuerdo con las comunidades israelitas nos encontramos con una redacción diferente a la que se hace en el caso de evangélicos y musulmanes; dice: «Se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado según la propia normativa formal israelita». Esta referencia es un simple reconocimiento de que las normas confesionales que regulan el matrimonio judío tienen, en el marco del derecho israelita, un fuerte componente jurídico, cosa que no ocurre, como ya hemos visto, con las normas rituales de musulmanes y evangélicos.

Hecha esta salvedad, los textos de los tres Acuerdos exigen la presencia de, al menos, dos testigos mayores de edad.

Una vez finalizada la ceremonia, los *efectos* de esta celebración son los mismos que los del régimen general, es decir, el nacimiento del vínculo jurídico y los efectos personales y patrimoniales entre los cónyuges, una vez se haya inscrito en el Registro, presentando el acta de la celebración del matrimonio, levantada por el ministro religioso que oficia el casamiento. La inscripción de estos matrimonios acatólicos producirá el pleno reconocimiento de los efectos civiles.

En cuanto al *momento extintivo*, los tres Acuerdos guardan silencio sobre la posible eficacia de las Sentencias de nulidad o divorcio que pudieran dictar los Tribunales de esas tres confesiones. El silencio del Acuerdo con la FERED (Federación Española de Religiosos Evangélicos de España) parece razonable, pues las confesiones protestantes carecen de Tribunales con Jurisdicción propia. Pero no ocurre igual con los Derechos islámico o judío que sí tienen una Jurisdicción confesional propia, igual que ocurre con el Derecho canónico; sin embargo, en el texto de los tres Acuerdos se ha omitido cualquier referencia, de manera que tanto la nulidad, como la separación y el divorcio de los matrimonios de evangélicos, judíos y

musulmanes, viene exclusivamente regulada a efectos civiles por las normas civiles españolas. Tampoco tendrán efecto civil alguno las Sentencias dictadas por los Tribunales rabínicos (judíos) o cheránicos (musulmanes).

## BIBLIOGRAFÍA

- DE LA HERA, A.: «La definición del matrimonio en el ordenamiento jurídico español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 8, 1992.
- FERNÁNDEZ CORONADO, A.: *El proceso de secularización del matrimonio: una interpretación histórica según los presupuestos del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- GAUDEMET, J.: *El matrimonio en Occidente*, Taurus, Madrid, 1993.
- IBÁN, C. I.: «Calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español», en *Anuario de Derecho Civil*, XXXIV, 1981.
- *Cuarenta años de jurisprudencia en materia de sistemas matrimoniales*, en *La Ley*, 1980-1.
- «El matrimonio en la Constitución», en *Revista de Derecho Privado*, LXIV, 1980.
- «Notas para una propuesta de definición del matrimonio», en *Revista de Derecho Privado*, LXXVII, 1993.
- «Sistemas matrimoniales», en *Ius Canonicum*, XVII, 1977.
- LÓPEZ ALARCÓN, M.: *El nuevo sistema matrimonial español. Nulidad, separación y divorcio*, Tecnos, Madrid, 1983.
- «Sistema matrimonial concordado, celebración y efectos», en VVAA, *Los acuerdos entre la Iglesia y España*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1980.
- NAVARRO VALLS, R.: *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1995.

Edición en formato digital: septiembre de 2013

© José María Porras Ramírez, Agustín Motilla de la Calle, María Concepción Álvarez-Manzaneda Roldán,  
Paloma Aguilar Ros, Leticia Rojo Álvarez-Manzaneda y Mercedes Frías Linares, 2013  
Diseño de cubierta: J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

© De esta edición: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2013  
Calle Juan Ignacio Luca de Tena, 15  
28027 Madrid  
[infotecnos@tecnos.es](mailto:infotecnos@tecnos.es)

ISBN ebook: 978-84-309-6004-0

Está prohibida la reproducción total o parcial de este libro electrónico, su transmisión, su descarga, su descompilación, su tratamiento informático, su almacenamiento o introducción en cualquier sistema de repositorio y recuperación, en cualquier forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, conocido o por inventar, sin el permiso expreso escrito de los titulares del Copyright.

Conversión a formato digital: calmagráfica

[www.tecnos.es](http://www.tecnos.es)

# Índice

Presentación de la obra, en su primera edición	7
Prólogo a la segunda edición	8
Nota previa	9
Lección 1. La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea	10
1. Garantía multinivel y objeto específico del Derecho	10
1.1. El ámbito constitucional interno	11
1.2. El ámbito internacional, con especial referencia al convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales	14
1.3. El ámbito de la Unión Europea	18
2. Relevancia jurídico-subjetiva del interés religioso. La titularidad del Derecho	22
2.1. La dimensión individual. especial referencia a la problemática que afecta a los extranjeros y a los menores	22
2.2. La dimensión colectiva. El estatus de las confesiones religiosas. especial referencia al régimen jurídico extraordinario que asiste a la Iglesia católica	28
3. Los límites del Derecho fundamental	38
Bibliografía	45
Lección 2. La libertad religiosa como principio supremo informador de la actuación de los poderes públicos en materia religiosa	46
1. La dimensión institucional u objetiva del Derecho fundamental. El principio de libertad religiosa	46
2. El principio de laicidad del Estado	48
2.1. El concepto de laicidad como expresión histórica de la separación alcanzada entre el Estado y las confesiones	49
2.2. La neutralidad como principio funcional en el Estado promocional contemporáneo. «Laicidad positiva», igualdad y pluralismo	51
2.3. Laicidad y diversidad religioso-cultural. Especial referencia a la problemática suscitada en el ámbito educativo	56
2.4. La laicidad como parámetro de la adecuada actuación de los poderes públicos en promoción de la libertad religiosa	71
3. El principio de cooperación con las confesiones religiosas	74
3.1. Fundamento y límites	74
3.2. Ámbitos	77

3.3. Instrumentos	80
Bibliografía	86
<b>Lección 3. Las fuentes derivadas</b>	<b>87</b>
1. Introducción	87
2. Los acuerdos del Estado con la Santa Sede (1976-1979)	88
2.1. Denominación	88
2.2. Naturaleza jurídica	88
2.3. Sujetos	89
2.4. Procedimiento	89
2.5. Eficacia	90
2.6. Interpretación	90
2.7. Extinción	91
2.8. Breve análisis de los acuerdos	91
3. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980, y sus normas de desarrollo	93
3.1. Antecedentes	93
3.2. Análisis de la Ley Orgánica	94
3.3. Normas de desarrollo	97
3.4. Organización y funcionamiento del registro de entidades religiosas	97
3.5. La Comisión Asesora de Libertad Religiosa	98
4. Los acuerdos del Estado con confesiones religiosas distintas de la Católica	100
4.1. Introducción	100
4.2. Denominación	101
4.3. Naturaleza jurídica	102
4.4. Caracteres	103
4.5. Sujetos	104
4.6. Contenido	104
5. Otras disposiciones normativas	105
5.1. Normas confesionales relevantes para el Derecho español	105
5.2. Normas de las Comunidades Autónomas	107
Bibliografía	108
<b>Lección 4. La protección de la libertad religiosa</b>	<b>110</b>
1. Introducción: libertad religiosa e interés religioso	110
2. Garantías institucionales	112
3. Protección jurisdiccional	113
3.1. Amparo ordinario	114
3.2. Amparo constitucional	115
4. Tutela extrajudicial. El Defensor del Pueblo	116

5. Protección internacional	117
5.1. El Comité de Derechos Humanos	118
5.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos	119
6. Protección penal	120
6.1. Los Códigos Penales en España	120
6.2. La regulación penal vigente	122
7. Tutela administrativa. La denominada «policía de cultos»	126
7.1. Derecho de reunión y derecho de asociación	127
7.2. Libertad de expresión de las ideas religiosas y derecho a la información	128
7.3. Urbanismo	129
8. Libertad religiosa y relaciones laborales	132
Bibliografía	135
<b>Lección 5. El régimen patrimonial, económico y fiscal de las confesiones religiosas</b>	<b>136</b>
1. Régimen patrimonial	136
1.1. Nociones previas	136
1.2. La protección del patrimonio cultural. La Constitución y la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español	136
2. Régimen económico	143
2.1. Nociones previas	144
2.2. Evolución histórica de la dotación del Estado a la Iglesia Católica	144
2.3. El acuerdo sobre asuntos económicos, de 3 de enero de 1979	146
2.4. Régimen económico de las confesiones religiosas no católicas	147
3. Régimen fiscal	148
3.1. Nociones previas	148
3.2. Diversos supuestos en relación con la Iglesia católica: exención, deducción y benéficos fiscales	148
3.3. Diversos supuestos en relación con las confesiones religiosas no católicas	153
Bibliografía	157
<b>Lección 6. La asistencia religiosa</b>	<b>159</b>
1. Concepto y fundamento	159
2. Modelos de organización	160
3. La asistencia religiosa en los acuerdos entre el Estado y la Santa Sede	161
4. Los acuerdos con las confesiones evangélica, judía y musulmana, de 1992	163
5. Ámbitos de aplicación de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y en centros penitenciarios, hospitalarios, docentes y asistenciales	165
5.1. La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas	165

5.2. La asistencia religiosa en los centros penitenciarios	167
5.3. La asistencia religiosa en los centros hospitalarios	171
5.4. La asistencia religiosa en los centros asistenciales	172
5.5. La asistencia religiosa en los centros docentes	173
Bibliografía	174
<b>Lección 7. La enseñanza de la religión en los centros educativos</b>	<b>175</b>
1. Introducción	175
2. Antecedentes históricos	176
3. Marco constitucional y desarrollo de los acuerdos con las confesiones	178
4. La enseñanza de la Religión Católica en el acuerdo con la Santa Sede y en su desarrollo legal	179
4.1. Sujeto al que corresponde ejercitar la opción	180
4.2. Valor de la asignatura	180
4.3. Contenido	182
4.4. La asignatura alternativa a la Religión Católica	183
4.5. El estatus jurídico de los profesores de Religión Católica	185
5. La enseñanza de otras religiones en la escuela	191
6. La enseñanza de la religión en la universidad pública	193
7. Consideraciones finales	195
Bibliografía	195
<b>Lección 8. El matrimonio religioso</b>	<b>197</b>
1. Los sistemas matrimoniales	197
1.1. Nociones generales	197
1.2. Tipos de matrimonio	202
2. El sistema matrimonial español	205
2.1. Antecedentes	205
2.2. Situación actual	208
Bibliografía	220
<b>Créditos</b>	<b>221</b>