José Antonio Rodríguez García

DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

UNIDADES DIDÁCTICAS

SEGUNDA EDICIÓN

tecnos

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ GARCÍA
Catedrático acreditado de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Rey Juan Carlos

DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

UNIDADES DIDÁCTICAS

SEGUNDA EDICIÓN

Índice

Abreviaturas
Presentación a la segunda edición

I. INTRODUCCIÓN: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

Unidad didáctica 1. Concepto y ciencia del Derecho Eclesiástico del Estado

I. Introducción
II. El Derecho eclesiástico como sinónimo de Derecho canónico
III. Presupuestos y factores determinantes de la evolución del concepto de Derecho Eclesiástico del Estado hacia su significación actual
1. Los factores histórico-políticos
2. Los factores filosóficos-jurídicos
IV. El concepto de Derecho Eclesiástico del Estado en su significación actual
1. La doctrina dualista italiana
2. El Derecho Eclesiástico del Estado como «Legislatio Libertatis»
3. El Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia
4. El principio de laicidad como garantía del Derecho de libertad de conciencia

Unidad didáctica 2. Los modelos de relación entre el estado y el fenómeno religioso

I. Introducción
II. Modelos de relación estado-confesiones religiosas
1. Modelo de identidad
2. Modelo de exclusividad
3. Modelo de utilidad
4. Modelo de neutralidad religiosa (laico)
III. Las técnicas de relación entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos confesionales

Unidad didáctica 3. Los modelos de relación en el Derecho comparado

I. Introducción
II. Modelo alemán
III. Modelo italiano
IV. Modelo francés
V. Modelo de Estados Unidos
VI. La Unión Europea

II. EL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO ESPAÑOL

A) PARTE GENERAL

Unidad didáctica 4. Los precedentes históricos del Derecho Eclesiástico del Estado español vigente

I. Precedentes remotos
1. La «Reconquista» y la tolerancia religiosa
2. Antiguo régimen
3. El constitucionalismo español del siglo XIX
II. Precedentes próximos
1. La Segunda República
2. El régimen franquista

Unidad didáctica 5. El sistema de relación vigente en la Constitución de 1978

I. Los principios informadores en el modelo español
II. El principio de laicidad del Estado
1. Neutralidad religiosa
2. Separación Estado-confesiones religiosas
III. Libertad de conciencia
1. Sujetos de la libertad de conciencia
2. Contenido de la libertad de conciencia
3. Límites de la libertad de conciencia
IV. Igualdad en la libertad
V. Cooperación estatal con las confesiones religiosas

Unidad didáctica 6. Las fuentes del Derecho Eclesiástico del Estado español
I. Fuentes específicas del Derecho Eclesiástico del Estado español
1. Los Derechos confesionales
2. Los acuerdos de cooperación con las confesiones religiosas
II. Los principios reguladores
III. Problemas específicos del Derecho Eclesiástico del Estado
1. La constitución y los acuerdos con la iglesia católica
2. Los Acuerdos Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España y los Acuerdos con la Iglesia católica
3. Las Leyes orgánicas y los Acuerdos con la Iglesia católica
4. El Derecho Comunitario y los Acuerdos con la Iglesia católica
5. Las leyes autonómicas y los Acuerdos con las confesiones religiosas
6. Los Acuerdos con las confesiones religiosas entre sí
7. La tradición religiosa como norma jurídica

B) PARTE ESPECIAL

Parte Especial B.1. Laicidad y libertad de conciencia

Unidad didáctica 7. Derecho de educación, libertad de enseñanza y laicidad
I. Los principios del Derecho de educación
II. Libertad de enseñanza
1. El Derecho a crear centros educativos
2. Libertad de cátedra
3. El Derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos

Unidad didáctica 8. Derecho a la información, libertad de expresión y laicidad
I. La libertad de expresión
II. El Derecho de información
III. Los principios rectores
1. El pluralismo informativo
2. La garantía institucional de la opinión pública libre
IV. El Derecho a crear medios de comunicación
1. Empresas informativas
2. Los servicios de la sociedad de información
V. La participación de los grupos ideológicos en el control de los medios de comunicación
VI. El Derecho de acceso
VII. Límites. Especial referencia a los sentimientos religiosos

Unidad didáctica 9. Leyes neutrales, objeción de conciencia y «acomodación razonable»
I. Normas neutrales y conductas libres en conciencia
1. Eutanasia
2. El Derecho a la procreación y laicidad
II. Secularización del matrimonio y libertad de conciencia
1. Uniones matrimoniales

2. Matrimonio civil y religioso
3. Matrimonios religiosos y étnicos
III. Normas neutrales, objeción de conciencia y «acomodación razonable»
1. Uso de vestidos y símbolos como expresión de la identidad de la persona o por la pertenencia a una minoría cultural o religiosa y las normas neutrales
2. Las objeciones de conciencia
3. Transfusiones de sangre y objeción de conciencia a tratamientos médicos
4. Alimentación en centros públicos y sacrificio de animales

Parte especial B.2. El Derecho de asociación, el principio de laicidad y el principio de cooperación con las confesiones religiosas

Unidad didáctica 10. Estatuto jurídico de las confesiones religiosas
I. La inscripción de las confesiones religiosas
II. El régimen especial de inscripción de la iglesia católica
III. El artículo 6 LOLR
IV. Los lugares de culto
V. Los cementerios religiosos
VI. El régimen jurídico del patrimonio histórico, artístico y cultural de las confesiones religiosas
VII. Turismo cultural y religioso

Unidad didáctica 11. Régimen económico y tributario de las confesiones religiosas
I. Financiación económica
II. Régimen fiscal y tributario

Unidad didáctica 12. Asistencia religiosa
I. Concepto
II. Modelos
1. Integración orgánica en las Administraciones públicas
2. Relación contractual o dependencia orgánica con las confesiones religiosas, con pago delegado de las Administraciones públicas
3. Libertad de acceso
4. Libertad de salida
III. La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas
IV. La asistencia religiosa en los centros hospitalarios
V. La asistencia religiosa en los centros penitenciarios
VI. La asistencia religiosa en los centros asistenciales

Créditos

A mi mujer, Mar.
A mis hijas, Lara y Mara,
en compensación por todas mis ausencias.

ABREVIATURAS

AAE	Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979.
ACIE	Acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, de 10 de noviembre).
ADEE	Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado.
AEAC	Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979.
AEPD	Agencia Española de protección de datos.
AAJ	Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979.
art.	Artículo.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BO	*Boletín Oficial*.
BOE	*Boletín Oficial del Estado*.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CC	Código Civil.
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
CEE	Comunidad Económica Europea.
cfr.	Cónfer («compárese»).
CIE	Comisión Islámica de España.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
DOCE	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.
DOUE	*Diario Oficial de la Unión Europea.*
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.
ESO	Educación Secundaria Obligatoria.
ed.	Edición.
EEUU	Estados Unidos.
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
FCI	Federación de Comunidades Israelitas.
FCJE	Federación de Comunidades Judías de España.
FEERI	Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas.
FEREDE	Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.
FFJJ	Fundamentos jurídicos.
FJ	Fundamento jurídico.
GIA	Grupo Islámico Armado.
IBI	Impuesto sobre Bienes Inmuebles.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LFB	Ley Fundamental de Bonn.
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
LO	Ley Orgánica.
LODE	Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
LOLR	Ley Orgánica de Libertad Religiosa (Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio).

LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
LOU	Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.
LPHE	Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.
n.º	número.
ONG	organización no gubernamental.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
op. cit.	*opere citato* («en la obra citada»).
p.	Página.
PGOU	Plan General de Ordenación Urbana.
RD	Real Decreto.
RAE	Real Academia Española.
RER	Registro de Entidades Religiosas.
RGP	Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.
RTVE	Radio Televisión Española.
ss.	siguientes.
Ss	Sentencias.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.
TVE	Televisión Española.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
UE	Unión Europea.
US	United States.
UCM	Universidad Complutense de Madrid.
UCIDE	Unión de Comunidades Islámicas de España.
UCIE	Unidad Central de Información Exterior.
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia.
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y la Cultura.
Vid.	*vide* («veáse»).
vol.	Volumen.
VVAA	Varios autores.

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

Han trascurrido más de cuatro años desde la publicación de la primera edición (2011) del *Manual de Grado*. Este dato es motivo suficiente, por sí solo, para proceder a la actualización de cualquier obra docente y jurídica. Durante estos años he reflexionado sobre el contenido y sobre la estructura de dicha obra. He llegado a la conclusión de que esta segunda edición, solamente, recoja las unidades didácticas que aparecían en la primera edición, convenientemente puestas al día. La experiencia y la contrastabilidad pedagógica de estos años han implicado una reestructuración del contenido, suprimiendo lecciones y agrupando contenidos. En todo caso, esta obra nunca ha pretendido sustituir a los tratados de la asignatura que siguen siendo imprescindibles para una compresión más completa de la misma y son, también, una herramienta esencial para la realización de trabajos, casos prácticos y actividades complementarias de la asignatura. Entre todas esas obras destaca, sin duda, la obra del profesor LLAMAZARES, titulada: *Derecho de la libertad de conciencia* (dos volúmenes). Estas Unidades didácticas no dejan de ser la unidad básica del contenido de la disciplina científica: «Derecho Eclesiástico del Estado» (independientemente de la denominación que reciba en los diferentes Planes de Estudios). Insisto en que se trata de una obra docente dirigida, principalmente, a los alumnos; es decir, se recogen los conceptos básicos así como el mapa conceptual que permite al alumno el seguimiento de la asignatura. Por último, fruto de esa reflexión se centra la perspectiva jurídica del objeto de estudio de esta disciplina jurídica en el principio de laicidad como garantía de la libertad de conciencia de todos los seres humanos.

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ GARCÍA
Catedrático acreditado de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Rey Juan Carlos

I

INTRODUCCIÓN: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

UNIDAD DIDÁCTICA 1.ª

CONCEPTO Y CIENCIA DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del concepto de «Derecho Eclesiástico», como ciencia jurídica, va indisolublemente unido al estudio de su evolución histórica, como puso de manifiesto el profesor Luigi DE LUCA[1]. El término «Derecho eclesiástico» ha sufrido una serie de continuas mutaciones hasta ser entendido en la actualidad como Derecho de la libertad de conciencia, siguiendo al profesor LLAMAZARES[2]. Estas mutaciones se han producido, por un lado, en el contenido u objeto regulado por este Derecho y, por otro, en las fuentes jurídicas que lo han ido creando, debido a la relación entre Derecho divino y Derecho positivo, entre Derecho estatal y Derecho religioso. Estas relaciones llevarán aparejadas la configuración del Derecho Eclesiástico alrededor del monismo o dualismo de fuentes. Estas transformaciones se han debido a las aportaciones de las diversas corrientes o concepciones jurídicas que se han sucedido en la historia del pensamiento jurídico así como a diferentes factores históricos, políticos, religiosos y sociales que han incidido decisivamente en su formación histórica. Todo ello podría haber dificultado una configuración y delimitación coincidente, por parte de la doctrina, sobre el concepto actual de Derecho Eclesiástico del Estado.

II. EL DERECHO ECLESIÁSTICO COMO SINÓNIMO DE DERECHO CANÓNICO

La expresión «*Ius ecclesiasticum*» surgió a finales del siglo IV, era utilizada para designar la «*potestas ecclesiatica solvendi et legandi*» y el «*ius peccata donandi*»[3] de los papas. Entre el siglo VI y el siglo IX se utiliza la expresión «*Iura ecclesiastica*» para designar al conjunto de normas jurídicas. Y, en el siglo XII, «*Ius ecclesiasticum*» se contrapone a «*Ius forense*»[4]. El Derecho eclesiástico es una parte del Derecho canónico (*Ius Canonicum*), que emana de la Iglesia cristiana. Durante toda la Edad Media se produce una identificación entre Derecho Eclesiástico y Derecho canónico (Derecho de la Iglesia católica).

Las tensiones durante la Edad Media entre el Imperio y el Papado confluirán en la

consolidación de la figura del rey-juez (*rex, in regno suo imperator*) como precedente del Estado Moderno[5]. Como consecuencia de este hecho, se producirá una incipiente *secularización* del poder, de las instituciones y del Derecho. Este proceso de secularización supondrá una cada vez mayor intervención estatal en las materias religiosas que se irá consolidando con dos hechos históricos sumamente relevantes: la Reforma protestante y el Regalismo.

Los eclesiasticistas pueden reconocer como sus antepasados a los «legistas» de la Corte del rey francés Felipe IV, el Hermoso, que elaboraron los argumentos jurídicos (basándose en el Derecho romano) en el enfrentamiento contra el papa Bonifacio VIII, sobre la inmunidad de las propiedades de la Iglesia y su exención del pago de impuestos. Este hecho significó la última de las grandes querellas medievales entre el poder real y el Papado[6].

III. PRESUPUESTOS Y FACTORES DETERMINANTES DE LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO HACIA SU SIGNIFICACIÓN ACTUAL

1. LOS FACTORES HISTÓRICO-POLÍTICOS

A) El Estado Moderno como presupuesto

Las conflictivas relaciones entre el Imperio y el Papado provocaron la formación del Estado Moderno, debido al debilitamiento tanto de una como otra institución y, al mismo tiempo, se irán conformando reinos independientes que tendrán cada vez más poder. Además, todos estos factores se irán interrelacionando mutuamente propiciando una nueva concepción del mundo que se concretó en el Humanismo. Movimiento que se caracterizó por la afirmación de valores humanos con independencia de su fundamentación trascendente y que llevaba aparejado las premisas para poder entender de forma distinta el concepto de Derecho eclesiástico. En fin, sin la aparición del Estado Moderno no se podrían entender dos fenómenos como la Reforma protestante y el Regalismo.

B) La Reforma protestante

La Reforma protestante significará el entender la «Iglesia» sólo en el plano espiritual alejada de las cuestiones temporales, como crítica a la intervención en los asuntos políticos por parte de la Iglesia católica. La Reforma protestante provoca el surgimiento, bajo el principio «*cuius regio eius religio*», del fenómeno de las Iglesias Nacionales.

Este principio determinó la posibilidad de elegir religión; posibilidad sólo reservada al príncipe o rey que la imponía a sus súbditos. Dicha elección estaba restringida, en un primer momento, a dos religiones (luterana y católica —Paz de Ausburgo, 1555—) y, posteriormente, se ampliará a una tercera (calvinista —Paz de Westfalia, 1648—). Esta doctrina de la Reforma protestante supondrá, lógicamente, la intervención de los reyes y príncipes en asuntos eclesiásticos, incluso en materias que afectan a la organización y autonomía interna de las confesiones como preceptos litúrgicos, de ahí que la Iglesia quede convertida en una dependencia política del Estado.

Todo esto provocará una nueva concepción del Derecho Eclesiástico (*Kirchenrecht*) que supondrá la pluralidad de Derechos religiosos (Derecho interno confesional) al que habrá que añadir, con posterioridad, el Derecho estatal sobre cuestiones religiosas (materia religiosa que afectará a las confesiones asentadas en ese territorio); entendiéndose los Derechos confesionales como derivados del Derecho estatal. Como consecuencia de todo esto y de la configuración de las iglesias como corporaciones de Derecho Público, el Derecho Eclesiástico es una parte del Derecho estatal, precisamente del Derecho Público.

La Reforma protestante da un paso más en la consolidación del Derecho secular al identificar la voluntad del soberano (el príncipe) con la ley, lo que desembocara en el absolutismo.

C) El Regalismo

Las doctrinas regalistas (denominada «herejía administrativa»[7]) implicaron la intervención de los reyes católicos en los asuntos eclesiásticos a través de los denominados «*iura maiestatica circa sacra*» que fueron configurando las peculiaridades de las distintas Iglesias nacionales, en función de los privilegios que conseguían arrancar al papa; construyendo el Derecho nacional sobre materia religiosa a través de la doctrina del jurisdiccionalismo territorial. Lo que implica reconocer que en el reino sólo puede haber un poder supremo que es el rey.

El jurisdiccionalismo territorial provocará, en Francia, la configuración de la «Iglesia galicana». El galicanismo implicó que el poder temporal asumiera la responsabilidad del poder espiritual, confirmándose con el Concordato de 1516, y teniendo su culminación en la Declaración del clero de 1682, durante el reinado de Luis XIV[8]. Esta intervención real en materia religiosa dio lugar, en Francia, a una ciencia jurídica nueva, el «*Droit civil ecclésiastique*», entendido como la legislación y la jurisprudencia estatal en materia eclesiástica. Por otra parte, la configuración de esta materia directamente relacionada con la actividad administrativa de policía, implicará que sea denominada como «policía de cultos o eclesiástica»[9].

En definitiva, tanto el Regalismo como la Reforma protestante implican un cambio en el concepto de Derecho eclesiástico que supondrá un dualismo en la fuente (confesiones

religiosas y Estado) pero monista en cuanto a la materia —religiosa o eclesiástica—.

2. LOS FACTORES FILOSÓFICOS-JURÍDICOS

La evolución del concepto de Derecho Eclesiástico del Estado va a encontrar su impulso decisivo en una serie de corrientes iusfilosóficas. Estas corrientes, lógicamente, se darán en un momento histórico concreto, siendo frutos de su tiempo; encuadrándose en un proceso de constante *secularización* del Derecho y contribuirán decisivamente a la superación de la concepción teocrática del Derecho.

A) La Escuela Racionalista del Derecho Natural

La Escuela Racionalista del Derecho Natural desarrolló hasta sus últimas consecuencias las tendencias secularizadoras del Renacimiento. El iusnaturalismo racionalista concibe el Derecho Natural como el Derecho de la razón universal. La razón humana es la única fuente del Derecho natural y será concebida autónomamente, lo que pondrá las bases para diferenciar la filosofía de la teología y la moralidad natural de la sobrenatural. La razón no se encontrará sometida a la revelación divina sino que quedará sometida a la crítica de la razón. El estudio del Derecho natural se concibe como una solución a las diferencias religiosas e, incluso, de los diversos modos de vivir y se apela al Derecho Natural como un instrumento de superación de tales diferencias. El Derecho se concebirá como inmutable y fijo, como algo absoluto y estático, prescindiendo de la historia. Con este aparataje conceptual, surge la *Escuela de Derecho Eclesiástico de Halle*[10]. Esta Escuela determina que los conceptos de «Derecho Eclesiástico» y de «Iglesia»[11] se deben deducir de esquemas abstractos elaborados apriorísticamente por la razón pero no se debían deducir del Derecho positivo. El Derecho Eclesiástico natural se concibe, para esta Escuela de Halle, como un Derecho unitario, eterno, inmutable y divino (Dios es la propia razón legisladora de la que deriva la razón humana). Esta corriente iusfilosófica sostiene la aplicabilidad de un concepto unitario de Derecho Eclesiástico, incluso fuera de las iglesias cristianas y la subordinación del Derecho positivo al Derecho natural. Este planteamiento supondrá calificar esta rama del Derecho como eclesiástica en razón de la materia desechando el origen de procedencia de las normas del Derecho positivo que, para esta Escuela, no es objeto de su consideración. Esta conclusión llevará consigo la inclusión de las normas de las iglesias cristianas, distintas de la católica, dentro del concepto de Derecho Eclesiástico. Una posterior extensión incluirá, también, las normas de cualquier confesión religiosa, incluso no cristiana; es decir, incluirá todos los derechos confesionales. En definitiva, siguiendo este argumento, nos encontraríamos ante una concepción dualista en cuanto a las fuentes y monista en cuanto al objeto, olvidando la distinción entre ordenamiento confesional y ordenamiento estatal; en resumen, en el Derecho eclesiástico se incluirán normas

derivadas de las iglesias, del Estado y normas concordatarias.

Por otra parte, la Escuela Racionalista como consecuencia de la concepción que formulan sobre la razón humana, va a reconocer el principio de libertad religiosa. Este derecho será concebido como un derecho individual, innato e inviolable. La libertad religiosa nos lleva a respetar toda creencia honesta y a respetar a la persona individual y a sus opiniones, lo que conduce, según KANT, al reconocimiento de la dignidad del ser humano. *La libertad religiosa sólo fue proclamada una vez que la sociedad política fue concebida como una comunidad distinta y separada de la comunidad religiosa*. Todas las aportaciones de esta corriente iusfilósofica influirán en la *Ilustración* que, a su vez, será uno de los motivos que conducirán a las revoluciones americana y francesa; es decir, esta escuela proporciona el fundamento teórico al pensamiento revolucionario del siglo XVIII.

La *Ilustración*[12] aportará *las ideas de que el Estado no puede intervenir en materia de fe y que no puede actuar como brazo secular al servicio de las iglesias*. La Ilustración supondrá la concepción de la autonomía e independencia de la verdad, del poder político y del Derecho de la fe religiosa, lo que tendrá enormes efectos en el futuro desenvolvimiento de los acontecimientos históricos que influirán, decisivamente, en el concepto del Derecho Eclesiástico. El Derecho se seculariza, ya que no encuentra su fundamento en el Derecho divino, sino en la voluntad popular, idea aportada por las teorías del contrato social. La religión se considera una cuestión de Estado y, en consecuencia, la tolerancia y la libertad religiosa serán los principios informadores de la materia eclesiástica junto con el *requisito previo de la separación entre ambos poderes*[13].

Un paso decisivo en la evolución del concepto de Derecho Eclesiástico en función del criterio de la materia, son las revoluciones americana[14] y francesa[15], fundamentalmente esta última. Ya que a ellas se debe la formulación de situar los derechos y libertades fundamentales en el centro del sistema político y, también, van a situar a la religión en la esfera privada del individuo reduciendo esta materia al Derecho común: libertad de pensamiento en general. Por otra parte, las confesiones religiosas serán consideradas como una asociación más. Este proceso supone también la *secularización* de la libertad de conciencia (de pensamiento, de creencias) ya que se amplía la protección de la libertad religiosa y, por lo tanto, se protegerá a quien no tenga creencias religiosas; lo que llevará aparejado el reconocimiento de otras libertades, por ejemplo, las libertades de educación y expresión que serán concebidas como instrumentos de liberación de las conciencias. Consecuentemente, se producirá la no intervención del Estado en asuntos religiosos a través de la plasmación del principio de separación entre el Estado y las confesiones religiosas. En resumen, *el movimiento liberal, como hemos intentado poner de manifiesto, defiende la separación Estado-confesiones, la libertad religiosa, la igualdad de las confesiones religiosas y su sometimiento al Derecho común*.

B) La Escuela Histórica del Derecho

La Escuela Histórica recoge algunos postulados iusnaturalistas, la teoría acerca de un Derecho común a todos los hombres, el papel de la libertad como postulado capaz de crear Derecho. La Escuela Histórica parte del concepto «pueblo» como central en su concepción. Por pueblo entiende un todo natural, supraindividual y supratemporal, cuya existencia reside en la capacidad de crear y vivir actividades y formas espirituales propias que convienen a su totalidad orgánica, mantenida a través de las generaciones por la básica circunstancia de hecho que supone el lazo de sangre y la descendencia común. A esa capacidad, y a sus creaciones, se denomina *Volksgeist* (espíritu del pueblo). Este espíritu se manifiesta en los lazos comunes que vinculan a todas las realizaciones u objetivaciones naturales, entre las que se encuentra el Derecho. La Escuela Histórica considera a la costumbre (como reflejo del *Volksgeist*) la fuente primaria del Derecho.

El concepto de Derecho eclesiástico, para esta Escuela, vendrá determinado por el objeto, la materia religiosa, independientemente de la fuente que provenga (Iglesia católica, confesiones protestantes, Estado) y que esté vigente en ese momento histórico en un territorio concreto. Por último, la Escuela Histórica mantenía un especial interés por lo concreto y singular que se traducía, en nuestro ámbito, en la reafirmación del principio personalista, del carácter individual de la libertad de conciencia.

C) El positivismo jurídico

Para el positivismo jurídico, el Derecho Eclesiástico es el Derecho del Estado sobre la materia religiosa: único Derecho en este ámbito ya que no reconoce otra posible fuente de producción jurídica. En consecuencia, se niega el carácter jurídico de todas las normas de origen confesional. Se produce una identificación absoluta entre Derecho y Estado y, consecuentemente, Derecho Eclesiástico sólo puede ser Derecho del Estado (monismo de fuentes). En este sentido, O. MEJER consideraba que «no sólo no cabe concebir el Estado sin el Derecho, sino que tampoco cabe el Derecho sin el Estado»[16]. Con lo que se venía a negar el carácter jurídico de los derechos confesionales. El concepto de Derecho eclesiástico, para KELSEN, está claramente determinado por el objeto. Es decir, la materia jurídica calificada como eclesiástica en el ordenamiento jurídico estatal es Derecho eclesiástico.

IV. EL CONCEPTO DE DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO EN SU SIGNIFICACIÓN ACTUAL

1. LA DOCTRINA DUALISTA ITALIANA

El progresivo desinterés por el Derecho canónico en las Universidades italianas durante el siglo XIX debido, entre otras causas a los peculiares acontecimientos históricos y políticos italianos (desaparición de los Estados Pontificios como consecuencia de la unificación italiana en 1870) provocó la recepción de una ciencia nueva (*Staatskirchenrecht*) que en Alemania gozaba ya de un amplio desarrollo y cuyo objeto es el estudio del Derecho del Estado sobre cuestiones eclesiásticas[17].

El profesor F. SCADUTO, primer catedrático de *Diritto ecclesiastico*[18], consideraba que el Derecho eclesiástico vigente está constituido por la legislación estatal en materia religiosa y este Derecho es el que tiene interés para los juristas civiles, por tal motivo, sólo una parte del Derecho canónico entrará a ser objeto de estudio por el Derecho eclesiástico. Así, SCADUTO afirma la autonomía y distinción entre el ordenamiento estatal y el canónico. Será el autor que aporte el concepto moderno de Derecho eclesiástico porque la concepción de SCADUTO no coincide con el viejo concepto de «policía eclesiástica». Demostró sus ideas claramente positivistas y separatistas; es decir, que *el Estado no debe intervenir en los asuntos de la Iglesia católica y que la Iglesia católica debe estar dentro de sus confines espirituales y no invadir el terreno del Estado*, reduciendo el estatuto jurídico de la Iglesia católica a una asociación de Derecho común. Por otra parte, F. RUFFINI, en cambio, consideraba el Derecho eclesiástico bajo la perspectiva del objeto (materia eclesiástica) que viene a estar regulada por el Estado y la Iglesia católica. En definitiva, el Derecho eclesiástico incluiría el Derecho del Estado sobre materia eclesiástica y el Derecho religioso vigente en cada país. Por último, consideraba que «el Derecho eclesiástico de un Estado cualquiera es tanto más importante y tanto más complejo, cuanto menos es la sujeción de tal Estado a la Iglesia»[19].

La configuración final del Derecho eclesiástico, como rama autónoma y separada del Derecho canónico, se debe a SANTI ROMANO, gracias a su teoría sobre la pluralidad de ordenamientos (1918). Las teorías de la institución y de la pluralidad de ordenamientos jurídicos de SANTI ROMANO pusieron de manifiesto que el Derecho canónico es un ordenamiento jurídico al igual que el ordenamiento jurídico estatal y que tienen un ámbito propio y una organización propia y, por tanto, no constituyen una unidad. Para SANTI ROMANO hay varios Derechos eclesiásticos: el de la Iglesia católica, por una parte y de los concretos Estados, de otra parte[20]. El Derecho eclesiástico será en sentido restringido el ordenamiento jurídico de las Iglesias cristianas, en sentido amplio el ordenamiento jurídico de cualquier comunidad religiosa y, además, el que regula la posición de las comunidades religiosas respecto al Estado.

Con posterioridad, A. C. JEMOLO señala que el Derecho eclesiástico incluye en sí mismo dos sistemas distintos que se reúnen por razones de oportunidad de tratamiento didáctico: el Derecho de la Iglesia católica y el Derecho del Estado. En cambio, Derecho eclesiástico del Estado será reservado a aquella rama del Derecho público del Estado que

tiene por objeto el estudio de las normas del ordenamiento jurídico concernientes a las confesiones religiosas[21] y, posteriormente, señalará, que serán las normas estatales que se refieren a los cultos[22]. Por su parte, V. DEL GUIDICE afirma que Derecho Eclesiástico es la rama del Derecho interno de un Estado en la que se reducen a unidad sistemática las normas que contemplan la regulación del *fenómeno social religioso*[23].

El concepto de Derecho eclesiástico se delimita sobre la base del criterio del objeto, siendo la única fuente el Estado. Con otras palabras, la escuela italiana distingue netamente las ciencias del Derecho canónico y del Derecho Eclesiástico. La primera dedicada al estudio del Derecho de la Iglesia católica, la segunda al Derecho del Estado sobre materias eclesiásticas. La autonomía del Derecho eclesiástico se logra una vez que se abandona la concepción monista.

2. EL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO COMO «*LEGISLATIO LIBERTATIS*»

Después de la Segunda Guerra Mundial, la proclamación de los derechos y libertades fundamentales en diversas constituciones (como la alemana —1949— y la italiana —1947—), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales de la Persona (1950) provocaron que la libertad religiosa adquiriese una relevancia importantísima en el concepto de Derecho Eclesiástico configurándose dicha libertad en el pilar básico del mismo y acuñándose la terminología empleada por DE LUCA de «*Legislatio libertatis*»[24]. Se va pasando, por tanto, de la perspectiva institucional a la personalista. Consecuentemente, se pasa de una visión, principalmente internacionalista (institucionalizada y focalizada en las relaciones Estado-Iglesia católica) a otra, constitucionalista, superando el positivismo extremo, y permitiendo esta nueva visión el desarrollo de la doctrina eclesiasticista que se va a dirigir a la tutela de la libertad religiosa. La libertad religiosa será el contenido y la preocupación principal del Derecho eclesiástico. Así, Derecho Eclesiástico vendría a ser definido como el conjunto de normas susceptibles de ser sistemáticamente explicadas que, emanadas directa o indirectamente del Estado en el ejercicio de su competencia, deben de proteger y promocionar, tanto formal como substancialmente los derechos de libertad e igualdad religiosas (SERRANO POSTIGO). Como consecuencia del reconocimiento de la libertad religiosa, en su ámbito individual y colectivo, *se abre la exigencia de garantizar y tutelar la igualdad*; en definitiva, el rechazo a cualquier tipo de discriminación, todo ello, como se había ya señalado por autores alemanes e italianos como SCADUTO, *como fundamento del principio de laicidad (separación y neutralidad)*.

3. EL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO COMO DERECHO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

Siguiendo al profesor LLAMAZARES parece razonable pensar que el Derecho Eclesiástico del Estado, si quiere ser fiel a la orientación que su evolución histórica ha descrito y a la transformación de la propia sociedad, debe transformarse él mismo en *Derecho de la libertad de conciencia* o, si se prefiere, de la libertad ideológica o de pensamiento[25], en el que las normas reguladoras de la libertad religiosa y las reguladoras de las materias eclesiásticas, reducidas a la regulación del estatuto jurídico civil de las confesiones en tanto que ejercicio colectivo de la libertad religiosa, representan una parte de este nuevo Derecho de la libertad de conciencia; pasando el grueso de su contenido a las destinadas a regular la libertad de ideas y creencias con independencia de que sean o no religiosas. El primero (Derecho de la libertad de conciencia) es el punto final de la evolución histórica del segundo (Derecho eclesiástico del Estado)[26].

El profesor LLAMAZARES parte de dos premisas para considerar el Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia. La primera es la regulación de la libertad de conciencia y de la laicidad en Francia y, la segunda, la equiparación entre el régimen jurídico de las confesiones religiosas y las asociaciones que tengan como finalidad la de cuidar conjuntamente una determinada ideología («*Weltanschauung*») que se produce en el Derecho alemán, en concreto, en el artículo 137.7 de la Constitución de Weimar de 1919[27] que, por remisión del artículo 140 de la Ley Fundamental de Bonn, sigue vigente.

El derecho a la libertad de conciencia[28] se puede definir, siguiendo a LLAMAZARES, como «el derecho a tener unas u otras creencias, unas u otras ideas, unas u otras opiniones, así como a expresarlas, a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas»[29]. Así entendida la libertad de conciencia comprende tres niveles o dimensiones:

1.º *Libertad para tener unas u otras convicciones, creencias e ideas, y opiniones.* En este ámbito, también, se *incluye la libertad de elección de la identidad cultural*[30]. En principio se trata de fenómenos internos sobre los cuales no interviene el Derecho. Nos referimos al Derecho secular, porque el Derecho confesional sí tiene la pretensión de aceptación voluntaria e interna de la norma basada en la fe, obediencia interna que no es relevante en el Derecho secular. La relevancia jurídica en esta libertad se produce respecto del derecho a la libre formación de la conciencia que incluye los derechos a la educación y a la información.

2.º *Libertad para expresar y manifestar, o no, las convicciones, creencia e ideas, y las opiniones.* Libertad para transmitir esas convicciones propagándolas o enseñándolas pero, también, incluye el hacer partícipe a otros de nuestras convencerlos evitando el proselitismo ilícito. La transmisión de unas y otras está en el fundamento de la libertad de enseñanza y de la libertad de expresión.

3.º *Libertad para comportarse de acuerdo a las propias convicciones, ideas y creencias, y a no ser obligado a obrar en contradicción a ellas.* Esta libertad fundamenta

tanto el derecho a la objeción de conciencia en caso de contradicción entre la norma jurídica y la norma de conciencia, como el derecho a que sólo por razones fundadas se dispongan, como obligatorias o prohibidas, conductas consideradas libres en conciencia. En este nivel se sitúa la denominada «acomodación» o «ajustes razonables»; es decir, excepciones que se introducen al cumplimiento de una ley «neutral» (general para todos).

4. El principio de laicidad como garantía del Derecho de libertad de conciencia

Siguiendo las palabras del profesor Llamazares: «la laicidad es la única garantía realmente eficaz de la libertad de conciencia»[31]. A esta garantía jurídica es a la que vamos a prestar especial atención y será el hilo conductor de estas Unidades Didácticas. En este punto, traigo a colación las siguientes palabras de Ferrajoli: «todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto. Es decir, una suerte de desconfianza en la satisfacción o el respeto espontáneo de los derechos; y, en particular, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder»[32]. Con otras palabras, esta obra centra su objeto de estudio, principalmente, en el régimen jurídico de esta garantía de la libertad de conciencia, el principio de laicidad, particularmente en el ordenamiento jurídico español. Esto nos permitiría comprobar si la ausencia o una deficiente regulación de esta garantía incide en el reconocimiento y en el ejercicio de los derechos fundamentales imbricados en el derecho de libertad de conciencia33. Es decir, mi perspectiva es fundamentalmente «garantista» siguiendo la expresión del profesor Ferrajoli[34], consiste por tanto en asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos fundamentales. Lo que viene a recepcionar el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada […] no tiene Constitución».

Por último, independientemente del concepto que se utilice (libertad de conciencia, libertad de creencias, libertad de pensamiento, libertad religiosa…), tanto por la legislación, como por la jurisprudencia, como por la doctrina, debemos tener muy presente el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que dice: «*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho* incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia». Está, por tanto, hablando de *un único derecho humano* que incluye la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y, precisamente, el contenido de ese único derecho humano que es igual para todos los seres humanos y su garantía (la laicidad) son los objetos de

estudio de esta obra.

---

1 LUCA, L. de, *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1970.

2 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. I, 4.ª ed., Cívitas, 2011.

3 HARNACK, A., *Ius ecclesiasticum*, Berlin, 1903, XI Sitzung, p. 221.

4 LARICCIA, S., *Diritto ecclesiastico*, CEDAM, Padova, 1986, p. 3.

5 GARCÍA PELAYO, *El reino de Dios, Arquetipo político (Estudio sobre las formas políticas de la alta Edad Media)*, en *Obras Completas*, I. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 904; SOUTO PAZ, J. A., «La idea medieval de nación», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 2 (septiembre-diciembre), 1997, pp. 128-132.

6 LOMBARDIA, P., «Il rapporto tra Diritto canonico e Diritto ecclesiastico», en *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 71; MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Religión, Derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado*, Comares, Granada, 1999, pp. 13-14.

7 MENÉNDEZ PELAYO, M., *Historia de los heterodoxos españoles*, BAC, 1956, tomo II, p. 395.

8 BARBIER, M., *La laïcitè*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 20; BOYER, A., *Le droit des religions en France*, PUF, Paris, 1993, p. 27.

9 DE LUCA, L., *op. cit*., pp. 52-54 y 118. Se ha señalado que durante el siglo XVII algunos escritores protestantes y unos pocos de tendencia jurisdiccionalista usaron para designar el complejo de normas jurídicas emanadas del Estado en materia eclesiástica el término «policía eclesiástica», vid. CIPROTTI, C., *Diritto ecclesiastico*, CEDAM, Padova, 1964, p. 5. Esta concepción del Derecho eclesiástico como policía eclesiástica determina que haya sido una parte del Derecho estatal administrativo, vid. DE LUCA, L., *op. cit*., p. 53.

10 Esta Escuela estaba formada por teólogos y juristas protestantes y fue fundada con la colaboración de PUFENDORF y se relaciona con THOMASIUS (DE LUCA, L., *op. cit.*, p. 15). Sobre los autores, directa o indirectamente, relacionados con esta Escuela, vid. DE LUCA, L., *op. cit*., p. 16, nota 20. PUFENDORF calificaba a las iglesias como meras asociaciones dentro del Estado, sometidas a su ordenamiento, en su obra *De habitudine Religionis Christianae ad vitam*, Bremen, 1687.

11 El concepto de «Iglesia» no hace referencia a la Iglesia cristiana, no al menos a la Iglesia católica, es «toda sociedad que se reúne para un culto externo común», vid. DE LUCA, L., *op. cit.*, p. 16.

12 «Ilustración significa, siguiendo a KANT, el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo. Esta minoría de edad significa la incapacidad para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. […] He tratado del punto principal de la ilustración, a saber, la emancipación de los hombres de su merecida tutela, en especial por lo que se refiere a cuestiones de religión».

13 LOCKE en la *Carta de la Tolerancia* (1689) [Tecnos, Madrid, 1991], dice: «Ahora bien, toda jurisdicción del magistrado civil extiende únicamente a estos intereses civiles, y todo poder, derecho y dominio civil está limitado y restringido al solo cuidado de promover esas cosas y no puede ni debe, en manera alguna, extenderse hasta la salvación de las almas. [...]. Primero, porque el cuidado de las almas no está encomendado al magistrado civil ni a ningún otro hombre. No está encomendado a él por Dios, porque no es verosímil que Dios haya nunca dado autoridad a ningún hombre sobre otro como para obligarlo a profesar su religión [...]. Solamente diré que, de donde quiera que provenga su autoridad, como es eclesiástica y no puede de manera alguna extenderse a los negocios civiles, porque la Iglesia en sí es una cosa absolutamente distinta y separada del Estado. Las fronteras en ambos casos son fijas e inamovibles. Ponen el cielo y la tierra juntos, amalgaman las cosas más remotas y opuestas quienes mezclan esas dos sociedades, que son en su origen fin y actividad, como en todo, perfectamente distintas e infinitamente diferentes la una de la otra». Y, KANT en su obra: «¿Qué es la Ilustración?» se expresa con las siguientes palabras: «Un príncipe que no considera indigno de sí declarar que reconoce *como un deber no*

prescribir nada a los hombres en materia de religión y que desea abandonarlos a su libertad, que rechaza, por consiguiente, hasta ese pretencioso sustantivo de tolerancia, es un príncipe ilustrado y merece que el mundo y la posteridad, agradecidos, le encomien como aquel que rompió el primero, por lo que toca al Gobierno, las ligaduras de la tutela y dejó en libertad a cada uno para que se sirviera de su propia razón en las cuestiones que atañen a su conciencia».

14 La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) dispone: «La religión [...] sólo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia [...] todos los hombres tienen igual derecho al ejercicio de la religión de acuerdo con el dictamen de la conciencia».

15 La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 10 dispone: «Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, ni siquiera religiosas, en tanto que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley» y el artículo 11: «La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre [...]».

16 DE LUCA, L., *op. cit.*, p. 60. La obra de O. MEJER es *Lehrbuch des deustschen Kirchenrechtes*, Götingen, 1869, pp. 6 y 304.

17 Tanto RUFFINI como SCADUTO son fruto de la doctrina alemana, así RUFFINI era discípulo de FRIEDBERG (del que traduce su Tratado) y SCADUTO, era discípulo de FRIEDBERG y de HINSCHIUS y, por lo tanto, aparentemente, todos se encuadrarían en la Escuela histórica del Derecho Eclesiástico, fundada por EICHHRON, en oposición a la Escuela iusnaturalista de HALLE.

18 SCADUTO está considerado como el fundador del Derecho eclesiástico italiano moderno. Con anterioridad a SCADUTO (que obtuvo la cátedra en 1886) la legislación eclesiástica (policía eclesiástica y Derecho público eclesiástico) era enseñado en Derecho constitucional, administrativo y civil.

19 Vid. RUFFINI, F., «Lo studio e il concetto odierno del diritto ecclesiastico», en *Scritti giuridica minori*, vol. I, Milano, 1936, p. 5. RUFFINI, ya aportaba la idea de configurar al Derecho Eclesiástico como «*Legislatio libertatis*», considerando que la libertad religiosa constituía el fulcro del Derecho eclesiástico. Y, definía la libertad de conciencia como la facultad del individuo de creer en aquello que más le place y de no creer en lo que no le gusta. Además puntualizaba: «La religión no tiene el monopolio de la conciencia y, por tanto, la libertad de conciencia tiene un contenido más amplio que la libertad de religión; pero no puede existir libertad de religión sin libertad de conciencia». Vid. RUFFINI, F., *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Fertinelli, Milano, 1991, p. 11.

20 Escribe este jurista que «el Derecho Eclesiástico considerado en su conjunto no es sólo un ordenamiento, sino que comprende varios ordenamientos jurídicos que tienen entre sí puntos de contactos variadísimos, puesto que son distintos», vid. *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, I, Pisa, 1918, p. 98.

21 JEMOLO, A. C., *Corso di diritto ecclesiastico*, Roma, 1945, p. 3.

22 JEMOLO, A. C., *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 1.

23 DEL GIUDICE, V., *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 3.

24 Vid. «Diritto ecclesiastico e sentimiento religioso», *Ius*, n.º 13, 1962, pp. 21-15.

25 Según DE LUCA, «el Derecho eclesiástico es una rama del derecho en el cual el individuo viene, en cambio, en consideración por los aspectos más genuinamente humano, que va a garantizar su dignidad y la libertad de su conciencia», DE LUCA, *op. cit.*, p. IV; DE LUCA, L., *Il Diritto ecclesiastico e la societá degli anni'80*, Bulzoni, Roma, 1988, p. 9.

CARDIA afirma que «El Derecho eclesiástico abarcaría todas las manifestaciones de la conciencia del individuo, incluido el ateísmo» (vid. *Ateismo e libertá religiosa nell'ordinamiento giuridico nella scuola, nell'informazione, dall'unità ai giorni nostri*, Bari, 1973, p. 18) y, en otra obra escribe: «El Estado proclamaba su no-competencia en materia religiosa y esa no-competencia se traducía, al menos conceptualmente, en neutralidad, la cual se extendería a todas las opiniones aún cuando se encontraran fuera de las concepciones religiosas. *El concepto de libertad religiosa se ampliaba hasta resultar asimilado a la libertad de conciencia*, en la que encontrarían acogida todos las orientaciones religiosas o filosóficas, de carácter agnóstico, ateo, inmanentista, etc.

El carácter laico —o aconfesional— del Estado obtiene, en este cuadro teórico, su formulación más completa y viene a constituir el Estado agnóstico, no sólo hacia cada unas de las instituciones eclesiásticas, sino también hacia el mismo hecho religioso, al cual se tendía a no prestar sostenimiento alguno y al cual se tendía a no obstaculizar con ninguna traba en su libertad para expresarse, configurarse o promocionarse», en *La riforma del Concordato, dal confessionismo alla laicitá dello Stato*, Einaudi, Torino, 1980, pp. 36-37.

26 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, Cívitas, 4.ª ed., 2011, pp. 36 ss.

27 Este apartado dispone: «Se equiparán a las comunidades religiosas las asociaciones que tengan como tarea el cultivo en común de una concepción del mundo».

28 Sobre la elección del término «conciencia» frente a otros conceptos similares como pensamiento, idea, creencia, convicción y sus correspondientes libertades, vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. I, *op. cit*., 2011, pp. 15-29.

29 Ibídem, pp. 22 ss.

30 Caso del Comité de Derechos Humanos, Lovelace v. Canada, 29 de diciembre de 1977, Comunicación n.º 24/77.

31 Entre otras muchas obras del profesor LLAMAZARES, «Laicidad, sistemas de acuerdos y confesiones minoritarias en España», en *Revista catalana de Dret públic*, n.º 33, 2006, p. 72.

32 FERRAJOLI, L., «Garantías», en *Parolechiave*, n.º 19, 1999. Las garantías de primer grado son aquellas recogidas por las normas jurídicas, ya sean éstas las obligaciones o prohibiciones (garantías primarias), o bien las obligaciones de segundo grado, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras (garantías secundarias), vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 2004, p. 59.

33 Como ha indicado BARBIER, la laicidad es la condición previa para el reconocimiento de los derechos humanos.

34 «La ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación», vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil, op. cit.*, p. 26.

UNIDAD DIDÁCTICA 2.ª

LOS MODELOS DE RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y EL FENÓMENO RELIGIOSO

I. INTRODUCCIÓN

Un primer intento de clasificación de estas diversas formas de relación proponía la distinción entre modelos de *unión* y de *separación* (CHECHINI). Esta clasificación era excesivamente amplia y simplificaba, enormemente, las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas (poder político-poder religioso). Por ello utilizamos la clasificación de E. WOLF[1]. Esta clasificación parte de una observación histórica de las relaciones Estado-confesiones religiosas. Es esta una relación dialéctica debido a la concurrencia de tres circunstancias: la coincidencia en los sujetos sobre los que se proyecta; la pertenencia de los mismos a ambas comunidades; y la tendencia de los poderes a proyectarse sobre la totalidad de cada uno de esos sujetos. Los modelos se transforman históricamente por la presencia de distintos principios (monismo-pluralismo ideológico; relación institucionalizada o personalizada; cosmovisión monista o dualista) y técnicas de relación.

II. MODELOS DE RELACIÓN ESTADO-CONFESIONES RELIGIOSAS

1. MODELO DE IDENTIDAD

Parte de una concepción monista del universo y no diferencia el poder político del religioso. Cada uno de los poderes se configura como parte del otro, lo que se traduce en una subordinación total en términos de jerarquía. Se trata de una relación fuertemente institucionalizada. Los sujetos de la relación, el Estado de un lado y la confesión oficial de otro, se identifican a modo de círculos coincidentes (no existe separación entre Estado y confesión oficial). Si el polo dominante es la confesión religiosa estamos ante el submodelo de *teocracia*, si es el Estado ante el submodelo de *cesaropapismo*.

Por lo que se refiere a la libertad de conciencia, la situación que se produce es de desconocimiento, cuando no de persecución (intolerancia religiosa absoluta). Se trata de Estados de una única religión en los que no es posible admitir ninguna otra. Incluso la defensa de su integridad es parte de la función estatal que persigue como delitos las disidencias religiosas castigadas además con las penas más graves, incluida la muerte.

2. Modelo de exclusividad

Se trata también de un modelo sustentado en una cosmovisión monista. Se produce una valoración negativa de un poder respecto del otro, de manera tal que se niega su existencia y, es imposible la neutralidad religiosa. No hay lugar para la convivencia de ambos poderes (religioso o político). La consecuencia será la persecución recíproca. No hay relación entre los ordenamientos y la única conexión entre ambos será precisamente, la consideración delictiva de la pertenencia al otro grupo. Los submodelos propios de este sistema de relación son: el *Estado perseguidor* y la *Iglesia que excomulga*.

Tampoco cabe hablar de libertad de conciencia en este modelo. En el submodelo de Estado perseguidor, por ejemplo, las creencias religiosas son perseguidas por incompatibles con la ideología materialista.

3. Modelo de utilidad

El modelo de utilidad es la continuación histórica del de identidad. La diferencia radica en la aceptación de la cosmovisión dualista. Se trata aún de un modelo monista ideológicamente y la relación es institucionalizada. Fruto del monismo ideológico será la intolerancia. Cada uno de los poderes se reconoce mutuamente como independiente y con un ámbito propio de competencia. Si en el modelo de identidad existía una total coincidencia entre ambos poderes (político y religioso), en el modelo de utilidad la relación se limita a las llamadas «materias mixtas»; aquellas de las que se predica tanto su naturaleza espiritual como material (no existiendo separación entre el Estado y las confesiones religiosas en este ámbito). La solución al enfrentamiento vendrá determinada por la subordinación de un poder a otro. Es decir, la solución sigue siendo idéntica al modelo de identidad pero reducida al ámbito de materias sobre los que ambos sujetos reclaman competencia. Esta subordinación será más o menos intensa según que el modelo se acerca o aleje del de identidad. En todo caso, cada elemento de la relación tiene una valoración positiva del otro desde el punto de vista de la consecución de sus objetivos y, por ello, intentará utilizarlo en lo posible: ambos se benefician de la situación y de ahí su denominación.

El modelo de utilidad tiene dos submodelos: el *Estado confesional* y la *Iglesia de Estado*. En el primero submodelo, el polo dominante es la confesión religiosa (religión oficial del Estado) y tiene como ejemplos los países católicos de la Contrarreforma. El segundo submodelo (el polo dominante es el Estado) es el que se impone en los Estados donde triunfa la Reforma protestante.

En estos modelos de utilidad existirá siempre una religión oficial que se valorará positivamente. El Estado no es neutral religiosamente. Es decir, un elemento común a ambos submodelos es el principio de confesionalidad, entendido como la profesión por parte del Estado de una determinada religión. La confesionalidad puede ser de dos

clases: doctrinal e histórico-sociológica. La confesionalidad doctrinal o dogmática se produce cuando el Estado considera que la religión que profesa es la única verdadera y asume como función propia su defensa. Se valora negativamente la práctica de cualquier otra religión o la ausencia de creencias religiosas que son, por tanto, objeto de persecución penal. La intolerancia es la regla general. En la confesionalidad histórico-sociológica el Estado no privilegia una determinada religión porque haga un juicio de veracidad sobre tales creencias, sino que privilegia a una religión porque o bien dicha religión ha contribuido a la conformación histórica del país (confesionalidad histórica) o bien por ser la que mayoritariamente profesan los ciudadanos del Estado (confesionalidad sociológica). En ese tipo de confesionalidad es posible que la actitud del Estado respecto de otros creyentes o de los no creyentes continúe siendo intolerante o que haya evolucionado hacia la tolerancia en el ámbito privado y familiar o bien que sea compatible con la libertad de creencias sin perjuicio de la posición privilegiada que se atribuye a la confesión oficial, lo que siempre provocará un sacrificio de la libertad religiosa, en caso de conflicto, con la confesionalidad del Estado. La estatalidad o la confesionalidad del Estado suponen que éste profesa una religión determinada, lo que dificulta e impide la plena libertad e igualdad religiosa[2]. Ciertamente es posible, la convivencia de la libertad con los principios de confesionalidad o estatalidad y que incluso estos se supediten a la libertad religiosa, pero la plenitud de la igualdad reclama su tránsito hacia la laicidad.

4. Modelo de neutralidad religiosa (laico)

Todos los modelos anteriores estudiados se fundamentan en el monismo ideológico; en cambio, el modelo de neutralidad encuentra su fundamento en el pluralismo ideológico[3]. El Estado reconoce la libertad de conciencia como un derecho de sus ciudadanos sin entrar a valorar si se debe tener o no creencias religiosas o si prefiere una frente a otras. Es decir, reconoce además de la libertad, la igualdad religiosa. La relación personalizada es una característica esencial de este modelo. En los modelos anteriores la relación se establecía entre el Estado y la Iglesia en cuanto instituciones y su contenido eran los derechos y deberes que correspondían a cada una de ellas. El protagonismo lo adquiere, en el modelo de neutralidad, el individuo, cuyos derechos se convierten en la referencia para la regulación del Estado y sólo en la medida que la promoción de los derechos individuales lo requiera, y se regularán las relaciones con el grupo como carácter meramente instrumental. La neutralidad religiosa e ideológica sólo es posible en un Estado laico; es decir, un Estado separado de las confesiones religiosas. La separación entraña: primero, la autonomía interna de las confesiones religiosas; segundo, que el Estado no adopte normas jurídicas en función de valoraciones o criterios religiosos y; tercero, la ineficacia en el ámbito estatal de las normas confesionales y de los negocios jurídicos nacidos al amparo de normas confesionales, salvo que dicha

eficacia sea una exigencia del ejercicio efectivo del derecho fundamental de libertad de conciencia[4].

En este punto conviene realizar algunas precisiones terminológicas. La palabra «laicidad» (*laïcité*) tiene su origen etimológico, en Francia, en la década de 1870 y es fruto del debate sobre la enseñanza laica; es decir, enseñanza no confesional[5]. El adjetivo «laico» (*laïque*) es anterior al sustantivo «laicidad» y designa aquello que no es eclesiástico ni religioso. Tendría dos sentidos diferentes: como opuesto a clérigo o, como opuesto a religioso. El primer sentido se origina en la Edad Media, en concreto, cuando se produce la distinción entre clérigos y laicos («*laïcs*») y, en cambio, el segundo sentido, se origina en el siglo XIX. La aplicación del término laicidad al concepto de Estado viene a definir al Estado como neutral entre las confesiones religiosas y tolerante con todas ellas[6]. En cambio, en el Derecho anglosajón o alemán no se utiliza el término «laicidad» sino «neutralidad religiosa» o «secularidad» (Estado secular). El término laicidad, también, se relaciona con la palabra griega «*laos*» que significa pueblo. Y, la palabra «*laikós*», perteneciente al pueblo. En consecuencia, *el término laicidad se relaciona directamente con «lo común a todos»; es decir, con la igualdad y el sistema democrático*. Con otras palabras, el Estado laico sólo puede desenvolverse en sistemas democráticos y que garanticen los derechos y libertades fundamentales de todos los ciudadanos. Confluyendo en lo que se ha denominado «democracia sustancial»[7].

El Estado donde rige el principio de laicidad (que incluye los subprincipios de neutralidad y de separación) es un Estado laico. No obstante, no existen modelos laicos o neutrales puros, la historia de cada país determina claramente ciertas impurezas (de carácter confesional, pluriconfesional o laicista) que incidirá directamente en el grado de reconocimiento de la libertad de conciencia. Lo que siempre habrá que tener en cuenta es este ideal para, como una falsilla (*checklist*), poner de manifiesto las impurezas que deben depurarse. En consecuencia, *la finalidad de la laicidad es garantizar el pleno disfrute de la libertad de conciencia de todos los seres humanos*. Además, en la última edición del *Diccionario de la Real Academia de Lengua Española* se ha recogido, por primera vez, el término «laicidad»[8]: «Condición de laico. Principio de separación de la sociedad civil y de la sociedad religiosa».

Por su parte, el término «laicismo» viene definido por el *Diccionario de la RAE* como: «Doctrina que defiende la independencia del hombre o de la sociedad, y más particularmente del Estado, de toda influencia eclesiástica o religiosa». El Estado que defiende el laicismo se denomina Estado laicista. Este tipo de Estado, a diferencia del Estado laico, no es neutral pues tiene una valoración negativa, o parcialmente negativa, de lo religioso, de las confesiones o, de alguna confesión en particular. Es, con otras palabras, anticlerical. Estos Estados laicistas se dan en un contexto de pluralismo ideológico pero al realizar una valoración sobre lo religioso se alejan del modelo neutral.

Por último, entendemos por Estado aconfesional aquel Estado «que no pertenece o no está adscrito a ninguna confesión»; es decir, que en dicho Estado no existe una religión

oficial. La aconfesionalidad no define a ningún modelo de relación sino que es una característica o principio presente en varios modelos de relación (Estado perseguidor, Estado laicista o Estado neutral). En definitiva, el principio de aconfesionalidad vendría a ser definido como contrario a «confesionalidad» o «pluriconfesionalidad» ya sean éstas doctrinales, históricas o sociológicas.

III. LAS TÉCNICAS DE RELACIÓN ENTRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTATAL Y LOS ORDENAMIENTOS CONFESIONALES

Estas técnicas de relación entre ordenamientos jurídicos fueron elaboradas, en primer lugar, por el Derecho internacional privado; sin embargo, la doctrina eclesiasticista las han ido reelaborando para adaptarlas a las peculiares relaciones entre los ordenamientos jurídicos estatales y los ordenamientos jurídicos confesionales; sin que se haya llegado a una utilización unívoca del significado de cada una de las técnicas de relación[9]. En este sentido, distinguimos entre técnicas de relación que atribuyen eficacia a normas jurídicas: remisión material y remisión formal y, por otra parte, técnicas que atribuyen eficacia a negocios jurídicos: reconocimiento de efectos y presupuesto.

En el primer supuesto (*reconocimiento de eficacia jurídica civil o estatal a normas confesionales*) nos encontramos ante:

a) *La remisión formal o reenvío*. Consiste en que el ordenamiento estatal se limita a autorizar que una determinada materia sea regulada por normas del ordenamiento confesional; es decir, el ordenamiento estatal renuncia a regular esa materia en relación con determinadas personas o lugares y reenvía su regulación al ordenamiento confesional. El ordenamiento jurídico estatal no incorpora dichas normas confesionales, simplemente se limita a reconocer su plena validez. Por último, estas normas del ordenamiento jurídico confesional se interpretarán y aplicarán en el ordenamiento estatal, de acuerdo a los principios de interpretación e integración del ordenamiento confesional.

b) *La remisión material o recepción*. En este caso el ordenamiento jurídico estatal incorpora a su propio ordenamiento jurídico las normas confesionales sobre una determinada materia y no sólo se limita, como en el caso anterior, a darles eficacia jurídica. De tal forma, la aplicación, integración e interpretación de esas normas confesionales incorporadas se deberá realizar teniendo en cuenta los principios del ordenamiento estatal con los que en ningún caso podrá entrar en contradicción. En el caso de que las normas incorporadas sean incompletas e insuficientes el ordenamiento estatal funcionará como Derecho supletorio.

En el segundo supuesto (*reconocimiento o atribución de eficacia jurídica civil o*

estatal a negocios jurídicos nacidos al amparo del ordenamiento jurídico confesional) se puede distinguir:

a) *Reconocimiento de efectos*. Esta técnica se da cuando el ordenamiento jurídico estatal reconoce eficacia jurídica, a un negocio jurídico nacido válidamente de acuerdo con las normas del ordenamiento confesional, con los mismos efectos que este último ordenamiento (confesional) le atribuye. El ordenamiento confesional donde nace el negocio jurídico es competente para regular las condiciones de validez y sus órganos jurisdiccionales serán los encargados de determinar la validez de dichos negocios y estas decisiones judiciales tendrán eficacia automática en el ordenamiento jurídico estatal que atribuye eficacia a ese negocio en su propio ámbito.

b) *Presupuesto*. Se produce cuando el ordenamiento jurídico estatal atribuye eficacia jurídica a un negocio jurídico confesional pero con los mismos efectos jurídicos que poseen esos negocios en el ordenamiento estatal y siempre que cumplan los requisitos de validez que el ordenamiento estatal establece en su propio ordenamiento para ese tipo de negocios jurídicos. Serán los órganos judiciales del ordenamiento estatal los que tengan la competencia exclusiva para decidir sobre la validez o nulidad de dichos negocios jurídicos confesionales.

El principio de laicidad implica, en principio, la irrelevancia de las normas confesionales para el Derecho estatal como consecuencia lógica de la separación y de la diferenciación entre jurisdicción estatal y jurisdicción espiritual. Solamente podrían tener relevancia jurídico-civil las normas confesionales cuando lo requiera el respeto, protección o promoción de la libertad de conciencia. Los derechos confesionales, en todo caso, serían ordenamientos derivados (Derechos estatutarios siguiendo las técnicas de remisión material parcial y de presupuesto). La configuración de los ordenamientos confesionales como ordenamientos primarios y soberanos solamente se encuentra en el ámbito exclusivamente confesional o espiritual debido al principio de laicidad (separación de funciones espirituales y estatales) y, en consecuencia, los tribunales estatales no puedan dirimir controversias sobre cuestiones exclusivamente teológicas o espirituales10 ni podrán aplicar los Derechos confesionales cuando estos sean incompatibles con los principios constitucionales de libertad, igualdad y laicidad. En fin, las normas confesionales tendrán valor y eficacia como normas estatutarias y siempre dentro de los límites de su conformidad con el principio de laicidad como garantía de la libertad de conciencia de todos[11].

---

1 WOLF, E., *Ordnung der Kirche. Lehre und Handbuch der Kirchenrecht auf oekumenische Basis*, Frankfurt, 1961, pp. 132-140; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Cívitas, 2011, pp. 50-58.

2 «No obstante, parece difícil, si no imposible, concebir una aplicación del concepto de «religión oficial del

Estado» que en la práctica no tenga efectos adversos sobre las minorías religiosas, esto es, que no discrimine a sus miembros» (vid. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la libertad de religión o de creencias, 26 de diciembre de 2013).

3 Una de las características de los modelos de relación que describimos en esta Unidad didáctica es la labilidad. Es decir, que un modelo se transforma rápidamente en otro modelo. Un modelo de transición o a caballo entre el modelo de neutralidad y el modelo de exclusividad es el modelo *laicista*. Este modelo no comparte con el modelo de exclusividad ni la cosmovisión monista ni el monismo ideológico pero no es un modelo neutral en lo religioso al realizar una valoración negativa o, parcialmente negativa, de lo religioso.

4 La Sentencia C-152 de la Corte Constitucional de Colombia, de 25 de febrero de 2003, recoge: «Así, está constitucionalmente prohibido no sólo 1) establecer una religión o iglesia oficial, sin que 2) el Estado se identifique formal y explícitamente con una iglesia o religión o 3) que realice actos oficiales de adhesión, así sean simbólicos, a una creencia, religión o iglesia. Estas acciones del Estado violarían el principio de separación entre las iglesias y el Estado, desconocerían el principio de igualdad en materia religiosa y vulnerarían el pluralismo religioso dentro de un estado liberal no confesional. No obstante tampoco puede el Estado 4) tomar decisiones o medidas que tengan una finalidad religiosa, mucho menos si ella constituye una expresión de una preferencia por alguna iglesia o confesión, ni 5) adoptar políticas o desarrollar acciones cuyo impacto primordial real sea promover, beneficiar o perjudicar a una religión o iglesia en particular frente a otras igualmente libres ante la ley. Esto desconocería el principio de neutralidad que ha de orientar al Estado, a sus órganos y a sus autoridades en materias religiosas».

5 Este neologismo inmediatamente se incorpora a los diccionarios, por ejemplo la Enciclopedia Larousse en 1873, y el suplemento del Diccionario de Littré de 1877.

6 Esta definición se expresa en un discurso de Emile Littré de 27 de abril de 1882, aunque también se puede encontrar en el Diccionario de pedagogía y de enseñanza primaria de Ferdinand Buisson en 1887. Sobre esta materia, vid. BARBIER, M., *La laïcité*, L'Harmattan, Paris, 1995, pp. 6-8.

7 FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil, op. cit*., pp. 23 ss.

8 23.ª edición, de 2014.

9 Cfr. CIPROTTI, P., *Diritto Ecclesiastico*, CEDAM, Padova, 1964, p. 69.

10 Vid. STC 51/2011, FJ 10 y STC 128/2007, FJ 12.

11 Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., «El Derecho canónico como Derecho estatutario en el ordenamiento jurídico español», en *Escritos en honor de Javier Hervada*, *Ius Canonicum*, volumen especial, 1999, pp. 1009-1020.

UNIDAD DIDÁCTICA 3.ª

LOS MODELOS DE RELACIÓNEN EL DERECHO COMPARADO

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del Derecho Comparado, no sólo nos permite explicar la concreción de los modelos de relación Estado-confesiones religiosas teóricos posibles, sino que en muchos aspectos puede adelantarnos soluciones adoptadas por estos modelos que pueden resultar válidas para problemas que existen en nuestro ordenamiento, de ello se desprende la utilidad del estudio del Derecho comparado. No se trata de hacer un análisis de estos Derechos extranjeros indiscriminadamente, sino que el recurso a los mismos sólo está justificado en la medida en que resulte necesario para la conformación más correcta o para una mayor claridad, en cuanto a las categorías que utilizamos en el contexto de nuestra disciplina y que han sido, o son, utilizadas en otros ordenamientos. Por último, en esta Unidad didáctica se hace referencia al Derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea, debido a la importancia cada vez más acusada del Derecho Comunitario en esta materia y, también, porque la experiencia de la unificación puede ser un buen banco de pruebas para comprobar la armonización en este ámbito concreto.

En esta Unidad didáctica hacemos referencia a los ordenamientos más afines y cercanos al nuestro como son los ordenamientos alemán, italiano y francés[1]. Las sociedades europeas muy homogéneas, tanto étnica como religiosamente, empiezan a adquirir una diversidad que ha sido una característica intrínseca en la creación de los Estados Unidos.

II. MODELO ALEMÁN

Los partidos políticos, durante la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, no llegan a ponerse de acuerdo sobre el modelo de relación entre el Estado y las confesiones religiosas. Por esta razón, la fórmula de consenso que alcanza es la remisión a lo dispuesto en la Constitución de Weimar de 1919 (art. 140 de la Ley Fundamental de Bonn). Se trata de una remisión material que implica que los artículos incorporados de la Constitución de Weimar habrán de interpretarse de acuerdo a los principios de la Ley fundamental, tal como ha reiterado la jurisprudencia constitucional alemana.

La libertad de conciencia aparece reconocida en el artículo 4 de la Ley Fundamental de Bonn[2]. Las cuestiones que ha suscitado este artículo han sido la relación entre las libertades que menciona, así como la relación del mismo artículo 4 con el artículo 136 de la Constitución de Weimar de 1919[3] que se considera que lo desarrolla, aunque sólo se refiere a la no discriminación en la titularidad y ejercicio de los derechos en razón de las creencias religiosas y a la inmunidad de coacción. El último párrafo del artículo 4 de la Ley Fundamental de Bonn reconoce la objeción de conciencia al servicio militar como contenido de la libertad de conciencia. La Ley de 1 de julio de 2011 profesionaliza el servicio militar y la objeción ha dejado de aplicarse.

La *igualdad* se recoge en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn referido tanto a las personas físicas como jurídicas e, incluso, a los entes sin personalidad jurídica. Artículo completado por lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Ley Fundamental de Bonn: «el goce de los derechos civiles y políticos, la admisión a los cargos públicos, así como los derechos adquiridos en el servicio público, son independientes de la profesión religiosa. Nadie podrá sufrir perjuicio a causa de pertenecer o no a una religión o ideología».

Cuando se aplica el principio de igualdad a las confesiones religiosas suele hablarse en el Derecho alemán de «paridad». Así se pueden distinguir un diferente estatuto jurídico para las confesiones religiosas: *a*) las grandes Iglesias territoriales (luterana, católica y calvinista) tienen reconocida en la Constitución de Weimar su condición de Corporaciones de Derecho público (número de creyentes y criterios de estabilidad y durabilidad); y *b*) el resto de confesiones religiosas y asociaciones ideológicas. Mientras las primeras se someten a un Derecho especial favorable, las segundas se sujetan al Derecho común. La paridad supone la posibilidad de que cualquier confesión religiosa o asociación ideológica que cumpla las condiciones previstas en el artículo 137 de la Constitución de Weimar[4] puedan acceder a la condición de Corporaciones de Derecho público. En este sentido, muchas confesiones religiosas han accedido al estatus de Corporación de Derecho público no, en cambio, ninguna asociación ideológica. En fin, este régimen no implica que se garantice el principio de igualdad.

Prescindiendo de la significación histórica de la *tolerancia*, como la actitud de quien en una posición superior permite la existencia de quien es diferente como mal menor, la tolerancia en el sistema alemán es un precipitado de la libertad de conciencia del artículo 4.1 de la Ley Fundamental de Bonn. El principio de tolerancia implica el respeto por el pluralismo ideológico y religioso, un principio de convivencia pacífica que ha estado presente en la resolución de algunas cuestiones como la presencia de símbolos religiosos en la escuela (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, 16 de mayo de 1995), o en las Audiencias judiciales.

El principio de *laicidad* se deduce, en la Constitución alemana de Weimar, del abandono del modelo de Iglesia de Estado y del reconocimiento de la libertad de conciencia.

Respecto de la neutralidad aunque el Estado no se identifica con ninguna confesión religiosa, existe una valoración positiva de lo religioso que se traduce en la existencia de un Derecho especial favorable respecto de determinadas confesiones históricas al que podrán acceder también aquellas confesiones o cosmovisiones filosóficas que cumplan los requisitos de arraigo previstos constitucionalmente. Este principio de neutralidad religiosa se vulnera en, por ejemplo, la legislación penal y el régimen fiscal de las confesiones religiosas.

Respecto de la separación, ya se ha señalado el abandono explícito del modelo de Iglesia de Estado según lo dispuesto en el artículo 137.1 de la Constitución de Weimar. Expresión más significativa de la separación es la autonomía interna que se reconoce a las confesiones en el mismo artícu- lo 137. No obstante, se considera que se trata de una separación imperfecta («separación coja»). Ejemplos de la vulneración del principio de separación serían: *a*) el impuesto religioso que se paga a las confesiones religiosa que son Corporaciones de Derecho público pues el Estado no sólo les presta su sistema recaudatorio, sino también su capacidad coercitiva; *b*) el carácter de funcionarios que conservan los docentes de religión en la enseñanza pública; *c*) el recurso preferente a la vía del acuerdo para regular las relaciones con las confesiones religiosas frente a la acción unilateral del Estado alemán.

Otras cuestiones sobre las que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional alemán en relación a esta materia:

a) La Sentencia de 24 de septiembre de 2003 sobre la utilización del velo por parte de profesoras musulmanas en la escuela. Esta sentencia determina que la legislación vigente, en ese momento, en el Estado federado de Baden-Württemberg no contiene un fundamento legal suficiente para prohibir a maestros la utilización del velo islámico en la escuela y durante clases pero eso no impide que elabore otra legislación que contemple dicha prohibición. Legislación que han ido aprobando varios Länder para recoger, legalmente, esta prohibición del porte del velo en las escuelas. La Sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de enero de 2015, ha declarado inconstitucional la Ley de Educación de Renania del Norte-Westfalia por prohibir el porte de símbolos religiosos o culturales. El Tribunal ha determinado que la excepción que hace la Ley con la exhibición de símbolos cristianos y occidentales es directamente discriminatoria.

b) La Sentencia de 1 de diciembre de 2009. Recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional la Iglesia Católica y la Iglesia Evangélica por considerar que la ley del Estado Libre de Berlín que permitía la apertura de los comercios en domingo vulneraba el mandato constitucional de que los domingos y días festivos sean días de descanso, recogido en el artículo 139 de la Constitución de Weimar[5], incorporado a la Ley Fundamental de Bonn. El domingo es, en opinión de los Magistrados, un día de descanso, no sólo por motivos religiosos, sino que también ha de servir para permitir el reposo personal de los trabajadores y abrirles espacios de participación en la vida social.

III. MODELO ITALIANO

El modelo constitucional italiano recogía una evidente contradicción entre el artículo 7 de la Constitución de 27 de diciembre de 1947 (que establece que las relaciones entre la República italiana y la Iglesia católica quedan reguladas con los Pactos de Letrán de 1929 y que establecía que la religión católica era la religión oficial en Italia) y el artículo 19 que reconoce la libertad religiosa. La Corte Constitucional italiana interpretó que se trataba de un principio de confesionalidad sociológica y no será hasta la década de 1970 cuando claramente determine que en caso de conflicto entre confesionalidad y libertad religiosa prima la libertad religiosa. En 1984, se procede a la modificación de los Pactos de Letrán, derogándose la disposición relativa a la confesionalidad católica de la República italiana. Y, finalmente, la Corte constitucional italiana en 1989 proclama que el principio de laicidad es un principio supremo del ordenamiento jurídico italiano.

El derecho de *libertad de conciencia* no se menciona expresamente en la Constitución italiana. La Constitución reconoce separadamente la libertad religiosa y la libertad ideológica (arts. 19[6] y 21[7]).

La Constitución italiana proclama ampliamente el principio de *igualdad* (art. 3.1). El artículo 8 reconoce el principio de igualdad a las confesiones, al afirmar que *todas las confesiones gozan de igual libertad ante la ley* y el artículo 20[8] completa este principio (no discriminación por motivos religiosos). Además, la Constitución italiana garantiza la igualdad material en el artículo 3.2. A pesar de la regulación constitucional, el principio de igualdad ha tenido una realización mínima en relación con el diferente estatus jurídico de cada confesión religiosa.

El principio de bilateralidad (reconocido en los arts. 7[9] y 8[10] de la Constitución italiana) impide la acción unilateral del Estado sobre el régimen de las confesiones, cuya situación será la que contempla el Derecho común según la vieja ley de *culti ammessi* de 1929 en lo que no ha sido considerada derogada por la Constitución. A partir de la modificación de los Acuerdos con la Iglesia Católica de 1984 se ha abierto la conclusión de acuerdos con otras confesiones minoritarias socialmente y que ha multiplicado los regímenes especiales sobre cuya justificación se plantean dudas sobre la vulneración del principio de igualdad. Son las denominadas *intese* cuya modificación posterior solamente podrá realizarse a través de un nuevo acuerdo, no por iniciativa unilateral del Estado. Se han firmado acuerdos a través de ley con las confesiones: Tavola valdese (1984, modificada en 2009), Asambleas de Dios en Italia (1988), Unión de las Iglesias Cristianas Adventista del Séptimo Día (1988, modificada en 2009), Unión de la Comunidad Judía en Italia (1989, modificada en 1996); Unión Cristiana Evangélica Baptista de Italia (1995, modificada en 2010), Iglesia Evangélica Luterana en Italia (1995), Iglesia Ortodoxa de Italia (2012), Iglesia Apostólica en Italia (2012), Iglesia de Jesús Cristo de los Santos de los Últimos Días (2012); la Unión Budista italiana (2012) y la Unión Hinduista Italiana (2012). Los Testigos Cristianos de Jehová han firmado una

intesa (2007) con el Gobierno italiano pero no se ha convertido en ley.

Finalmente, respecto de la Iglesia católica, a pesar de la modificación de los Acuerdos en 1984, se mantienen situaciones más propias de un modelo de confesionalidad (sostenimiento público de la Iglesia católica, modelo de integración en la enseñanza, la asistencia religiosa o presencia del crucifijo[11]) que no se han extendido al resto de las confesiones con acuerdo.

El principio de *laicidad* ha sido elevado por la Corte Constitucional, en 1989, a «principio supremo del ordenamiento» italiano. La Corte constitucional establece que el principio de laicidad: «no implica indiferencia frente al fenómeno religioso, sino quiere significar la garantía de la libertad religiosa en un régimen de pluralismo confesional y cultural». Respecto de la neutralidad, el Estado no se identifica con ninguna confesión o creencia como garantía de la libertad e igualdad religiosa e ideológica. No obstante, se pueden citar algunas vulneraciones de este principio de neutralidad religiosa: 1.ª El diferente tratamiento fiscal de las confesiones, en el Acuerdo con la Iglesia Católica se contempla un régimen jurídico fiscal privilegiado en comparación con el resto de confesiones, tengan o no acuerdo con el Estado italiano, lo que se traduce en un mejor trato fiscal para unos creyentes respecto de otros o de quienes no son creyentes. 2.ª La tutela penal de la religión; en este sentido, citamos que la sentencia de la Corte constitucional de 18 de octubre de 1995 que declaró inconstitucional parcialmente el art. 724 del Código Penal donde se dispensaba una tutela penal exclusiva para la Iglesia católica (delito de blasfemia).

En relación a la separación entre el Estado y las confesiones religiosas conlleva también la garantía de la autonomía interna de las confesiones (por ejemplo, el art. 7.1 de la Constitución italiana en relación con la Iglesia católica). La quiebra de este principio de separación viene dado por el principio de bilateralidad que implica la obligatoriedad de los acuerdos con las confesiones como mecanismo para regular jurídicamente estas materias lo que convierte a las confesiones religiosas en colegisladoras en este ámbito.

En fin, nos encontramos, ante un modelo de pluriconfesionalidad sociológica, entendida en relación a la influencia y presencia en la sociedad italiana de las distintas confesiones religiosas y, en consecuencia, las decisiones políticas están muy influenciadas por la doctrina católica (por ejemplo, la regulación de las uniones de hecho; la presencia de los símbolos religiosos en las escuelas públicas; matrimonio entre personas del mismo sexo).

IV. MODELO FRANCÉS

La Constitución francesa de la V República, 4 de octubre de 1958, carece de una enumeración de derechos fundamentales, por tal motivo, el Preámbulo de esta Constitución incorpora la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

y el Preámbulo de la Constitución de 1946 (IV República).

La primera referencia sobre la *libertad de conciencia* es el artículo 10 de la Declaración de 1789[12]. No obstante, la libertad de conciencia aparece mencionada explícitamente en el artículo 1 de la Ley de Separación de 1905, aunque limitada a las creencias religiosas: *la República protege la libertad de conciencia. Garantiza el libre ejercicio de cultos.* En la Constitución de 1946 se desvincula la expresión creencias a las religiosas y así se ha mantenido en la Constitución de 1958 cuando afirma que *la República respeta todas las creencias.*

En este punto, mencionamos la Ley número 505 de 12 de junio de 2001 tendente a reforzar la prevención y la represión de los movimientos sectarios que atenten contra los derechos del hombre y las libertades fundamentales. Esta Ley incluye la disolución de estos movimientos sectarios, la extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, la limitación de la publicidad y medidas de protección de la juventud en relación a estos movimientos sectarios religiosos.

Junto a la libertad y la fraternidad, la *igualdad* constituye uno de los fundamentos de la República francesa. Desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 la presencia de la igualdad es constante en el Derecho francés: *los hombres nacen y permanecen iguales en derechos* (art. 1 de esta Declaración). El principio de igualdad en relación a la no discriminación por motivos de opinión o de creencia se proclama en el Preámbulo de la Constitución de 1946 y, también, en el artículo 2 de la Constitución de 1958. El Derecho francés establece el mismo régimen jurídico para los grupos ideológicos (sean éstos religiosos o no) es decir, no se procede a la elaboración de un régimen jurídico especial para las confesiones religiosas.

La *laicidad* es el principio esencial en este ámbito en el Derecho francés, que aparece recogido por primera vez en la Ley de Separación de 1905 y se ha incorporado a la propia definición de la República francesa. El artículo 2 de la Ley de Separación de 9 de diciembre de 1905 dispone que: *La República no reconoce ni subvenciona ni corre con los gastos de ningún culto*. El ordenamiento jurídico francés no dispone un régimen diferente ni más favorable para las confesiones y las actividades religiosas: no se benefician de ayudas públicas ni de exenciones fiscales diferentes a las organizaciones sin ánimo de lucro y algunos edificios de culto son de dominio público conforme a la Ley de Separación de 1905.

Las confesiones se consideran asociaciones privadas (Ley de asociaciones de 1901). La Ley de Separación de 1905 sustituyó el régimen de *cultos reconocidos* de la época napoleónica por las *asociaciones cultuales* sometidas al Derecho común y que, reconocida su personalidad jurídica civil, su organización debe ser democrática y de mayoría de laicos (art. 4 de la Ley de separación de 1905). Esta imposición fue contestada por la Iglesia católica con la que entraba abiertamente en conflicto, y provocó la ruptura de relaciones entre la Iglesia católica y la República francesa. En 1924 se modifica esta norma y se crean las *asociaciones diocesanas* que responden a las

exigencias canónicas, en particular las derivadas del principio jerárquico. Finalmente, durante la Segunda Guerra Mundial, se dictan una serie de leyes (de 1940 y 1942) que reforman el régimen jurídico de las congregaciones católicas, otorgándoles la condición de asociaciones de utilidad pública.

En Francia, en relación al principio de laicidad se está acusando en estos últimos años su vertiente más laicista. Por ejemplo nos hacemos eco de la Ley sobre el porte de signos que manifiesten la pertenencia religiosa en las escuelas públicas, de 3 de marzo de 2004 y, la Ley de prohibición del velo integral en espacios públicos de 11 de octubre de 2010. Tanto una como otra ley han sido avaladas por el TEDH en diferentes casos (Kervaci v. Francia, de 4 de diciembre de 2008 y S.A.S. v. Francia, de 1 de julio de 2014). El principio de laicidad se ha plasmado y extendido a diferentes ámbitos; por ejemplo, la Circular n.º 5209/SG, de 13 de abril de 2007, relativa a la Carta de laicidad en los servicios públicos; la Circular de 27 de marzo de 2012 sobre extensión del principio de laicidad que incluye la prohibición del porte de los símbolos religiosos en los acompañantes de las excursiones en los centros educativos públicos y, la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos franceses (Decreto de 30 de enero de 2012) que incluye que el extranjero que pretende obtener la nacionalidad francesa tiene que comprometerse a respetar el principio de laicidad de la República francesa.

V. MODELO DE ESTADOS UNIDOS

Es habitual describir el modelo de Estados Unidos al hilo de la explicación de las dos cláusulas de la primera enmienda de la Constitución (1791)[13], conocidas como *free exercise clause* y *establishment clause*. La e*stablishment clause* prohíbe al Congreso aprobar leyes que adopten una religión como oficial del Estado, mientras que la *free exercise clause* impide la aprobación de leyes que prohíban el libre ejercicio de la religión. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos ha dado respuestas a dos problemas. El primero sobre la aplicación de ambas cláusulas a los Estados federados y el segundo problema hace referencia a la interpretación de ambas cláusulas cuando entran en conflicto. En relación al primer problema, el Tribunal Supremo consideró que la enmienda XIV se aplicaba a los Estados federados. No obstante, no será hasta la sentencia *Everson v. Board of Education* (1947) donde se reconozca la aplicación de la *establishment clause* a los estados federados y en la sentencia *Cantwell v. Connecticut* (1940) se reconoce la aplicación de la *free exercise clause* a los estados federados.

En relación al segundo problema, la confrontación entre las dos cláusulas se ha intentado superar mediante tres corrientes jurisprudenciales: 1.ª la subordinación de una cláusula a otra; 2.ª la interpretación restrictiva de ambas cláusulas, y 3.ª la interpretación amplia de ambas cláusulas. No obstante, en el caso *Employment Division of Oregon v.*

Smith (1990) se ha considerado que se restringe la aplicación de la *free exercise clause*. Esta jurisprudencia motivó que se promulgase la *Religious Freedom Restoration Act* (1993) cuya finalidad era restituir la doctrina jurisprudencial del TS anterior al caso Smith. Esta Ley fue declarada inconstitucional por el TS en el caso *City of Boerne v. Flores* (1997) por vulneración del principio de separación de poderes, de las competencias de los estados federados y porque su aplicación entrañaba una diferenciación de trato entre creyentes y no creyentes. Y, finalmente, en el caso *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal* (2006), el TS establece que las leyes neutrales pueden ser inconstitucionales si lesionan la libertad religiosa sin atender a un interés preponderante del Estado que además debe ser obtenido a través del medio menos lesivo para la libertad. El argumento final es que no se pueden tratar de forma diferente a estos creyentes que consumen la droga denominada «ayahuasca» respecto a los que consumen «peyote». Si bien en este caso, a diferencia del caso Smith donde sí existe un plus (el cobro de la ayuda por desempleo) circunstancia que no existe en el caso Gonzales.

La *free exercise clause* reconoce el derecho a la libertad religiosa, en la primera enmienda constitucional. La *free exercise clause* tiene, según la jurisprudencia, dos niveles: ampara la libertad para tener unas u otras creencias, o ninguna, así como la libertad para actuar de acuerdo con tales creencias. Mientras que la primera libertad se entiende ilimitada la segunda no lo es. Así lo expresa la Sentencia del TS en el caso *Reynolds v. U.S.* (1878). A partir de los años sesenta del siglo XX la jurisprudencia entiende que la limitación de la libertad religiosa sólo se legitima por un interés estatal superior. Es el criterio conocido como *balancing test* que exige la presencia de un interés público superior que no pueda atenderse sino con la restricción de la *free exercise clause*.

La jurisprudencia del TS procedió a extender la protección de la objeción de conciencia a las basadas en razones ideológicas, no sólo religiosas [Sentencias del TS, casos: *U.S. v. Seeger* (1965) y *Welsh v. U.S.* (1970)]. La consecuencia que se produce es la secularización de la libertad de conciencia que ampara tanto las creencias religiosas como ideológicas, de forma tal que el régimen favorable previsto inicialmente para el ejercicio de la libertad religiosa se extiende, por presión del principio de igualdad, a las creencias no religiosas.

En este apartado conviene hacer referencia a dos leyes:

— *International Religious Freedom Act*, de 1998. En esta Ley se contempla la libertad religiosa como una prioridad en la política exterior de los Estados Unidos. Esta Ley crea un Embajador con la Misión Especial para la Protección de la Libertad religiosa, la elaboración de un informe anual sobre el reconocimiento de la libertad religiosa en todos los países del mundo y, finalmente, reconoce la posibilidad de imponer una serie de medidas sancionadoras, de tipo económico, contra los países

infractores de la libertad religiosa.

— *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, de 2000. Esta Ley protege el uso religioso del suelo de la aplicación de ciertas cargas discriminatorias definidas como ilegales[14]. Esta Ley fue declarada constitucional en la Sentencia del TS, caso Cutter v. Wilkinson (2005).

Inicialmente la Constitución de Estados Unidos de 1787 sólo contenía una referencia a la *no discriminación religiosa* en el acceso a los cargos públicos (art. 6.3)[15] aplicable sólo respecto de los cargos federales. La enmienda XIV extiende el principio a los Estados federados y formula el principio de igualdad en términos más generales al afirmar que la protección de la ley es igual para todos.

El modelo norteamericano no establece un régimen especial para las confesiones religiosas; éstas se someten al Derecho común. No obstante, el camino seguido por el ordenamiento jurídico estadounidense ha sido el contrario al Derecho francés. El Derecho norteamericano ha procedido a otorgar a las organizaciones no confesionales el régimen jurídico que disfrutaban las confesiones religiosas.

En Estados Unidos la idea del *pluralismo* es consustancial a su propia formación como nación y desde su origen se ha entendido como un valor positivo, tanto en su dimensión individual como colectiva, pues se entiende que es la condición necesaria para el ejercicio de la libertad. Este principio del pluralismo se refleja en la expresión: «mercado de ideas» (*free trade in ideas*) del juez HOLMES[16].

La *establishment clause* incluye tanto la neutralidad como la separación. La *neutralidad religiosa* significa la imparcialidad respecto de las confesiones religiosa y su equiparación con las entidades sin ánimo de lucro. Excluye las discriminaciones positivas y negativas lo que implica, a su vez, excluir la legislación especial tanto favorable como desfavorable, es decir, que el Estado no puede conceder a religión alguna un beneficio que no otorgue a otras religiones. Manifestaciones de neutralidad son la inexistencia de aportaciones económicas directas del Estado a las confesiones[17] y su equiparación a efectos fiscales con las entidades sin ánimo de lucro incluidas las posibilidades de exenciones fiscales por donativos realizados a las mismas. Así el TS ha indicado que: «El Gobierno no puede preferir a una religión a otra o la religión a la no religión y, el hecho de ayudar a un grupo religioso, aunque sea singular o reducido, implica una vulneración constitucional, como sería el hecho de ayudar a un grupo más numeroso o a las religiones en su conjunto» (Sentencia del TS, caso *Board of Education of Kirkyas Joel Village School District v. Grumet*, 1994). En fin, exige al legislador que no puede dejar de ejercer su poder de un modo religiosamente neutral y, por lo tanto, el Tribunal Supremo también tiene que examinar si una norma (aparentemente neutral) en la práctica beneficia a una comunidad religiosa, en particular, o privilegia lo religioso. En cuanto a la separación la cláusula se ha interpretado conforme al llamado *Lemon test*, excluyendo la acción estatal que tenga por objeto favorecer o perjudicar a cualquier

religión, así como el hecho de que provoque una excesiva colaboración con las instituciones religiosas. Las consecuencias que se derivan de esta interpretación son: 1.º El reconocimiento de autonomía de las confesiones respecto de sus asuntos internos. 2.º La inexistencia de acuerdos con las confesiones como forma de cooperación, que se refiere primordialmente a los ciudadanos, y justifica la asistencia religiosa prevista en el ejército o en los establecimientos penitenciarios. 3.º Por último, la llamada *religión civil* que es aquel conjunto de ritos y símbolos que revelan la aceptación popular de la legitimidad religiosa del poder, con carácter general. Tales símbolos se aceptan en tanto han sido secularizados y no representan adoctrinamiento religioso[18]. Con todo, representan a una sociedad aún no plenamente secularizada y entra en contradicción con el principio de separación.

VI. LA UNIÓN EUROPEA

La construcción europea en relación a la posible armonización legislativa sobre los principios de igualdad en la libertad de conciencia y el principio de laicidad queda todavía lejos. El artículo 17 del Tratado de Funcionamiento de la UE (versión consolidada, 2010) lo deja claro: «La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas y de las organizaciones filosófica y no confesionales». No obstante, cabe destacar algunos apuntes positivos en este proceso de integración en esta materia: *a*) El artículo 6 del Tratado de la UE que incluye por una parte la vigencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[19] y la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; *b*) Las directivas comunitarias sobre el principio de no discriminación por motivos de convicciones y religión[20].

---

1 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Cívitas, 2011, pp. 229-273.

2 Artículo 4 LFB: «La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de profesión religiosa e ideológica son inviolables. El libre ejercicio del culto está garantizado. Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a servir con las armas en la guerra. La regulación ser hará por ley federal».

3 Artículo 136 de la Constitución de Weimar: «El ejercicio de la libertad de cultos no condiciona ni limita los derechos y obligaciones civiles y cívicos. El disfrute de derechos civiles y cívicos, así como la admisión a cargos públicos son independientes de la creencia religiosa. Nadie estará obligado a manifestar su creencia religiosa. Las autoridades no tendrán el derecho de preguntar sobre la pertenencia a una comunidad religiosa sino en cuanto que de ella dependan derechos y obligaciones o en cuanto lo exija una comprobación estadística dispuesta por la ley. Nadie deberá ser obligado a un acto o solemnidad eclesiástico o a participar en ejercicios religiosos o a emplear una formula religiosa de juramento».

4 Artículo 137 de la Constitución de Weimar: «No existe una Iglesia del Estado. Queda garantizada la libertad de

asociación para sociedades religiosas. La agrupación de sociedades religiosas dentro del territorio del Reich no estará sometida a restricción alguna. Toda sociedad religiosa reglamentará y administrará sus asuntos independientemente, dentro de los límites de la ley vigente para todos. Confiere sus cargos sin intervención del Estado ni de la comunidad civil. Las sociedades religiosas adquieren la capacidad jurídica con arreglo a las disposiciones generales del Derecho civil. Las sociedades religiosas que antes hubieren sido corporaciones de derecho público siguen siéndolo. A las demás sociedades religiosas se les concederán, si lo solicitaren, los mismos derechos, siempre que por su estatuto y el número de miembros ofrezcan garantía de duración. Si varias de tales sociedades religiosas de derecho público se reunieren en una agrupación, ésta será asimismo una corporación de derecho público. Las sociedades religiosas que sean corporaciones de derecho público, están facultadas para percibir impuestos con arreglo a las disposiciones legales de los Länder, a base de las listas tributarias civiles. A las sociedades religiosas serán equiparadas las asociaciones que se consagren en común a las atenciones de una ideología. Cuando para el cumplimiento de estas disposiciones se necesitare otra reglamentación, ésta corresponderá a la legislación de los Länder».

5 El artículo 139 de la Constitución de Weimar dispone: «El domingo y los días festivos reconocidos por el Estado quedarán protegidos por la ley como días de descanso y de edificación espiritual».

6 Artículo 19: «Todos tienen derecho a profesar libremente la propia fe religiosa en cualquier forma, individual o asociada, a hacer propaganda y a ejercitar en privado o en público el culto, siempre que no se trate de ritos contrarios a las buenas costumbres».

7 Artículo 21: «Todos tienen derecho a manifestar libremente el propio pensamiento con la palabra, por escrito o mediante cualquier otro medio de difusión. [...]».

8 Artículo 20: «El carácter eclesiástico y los fines religiosos o de culto de una asociación o institución no podrán ser causa de especiales limitaciones legislativas, ni de especiales gravámenes fiscales para su constitución, capacidad jurídica y cualquier forma de actividad».

9 Artículo 7: «El Estado y la Iglesia católica son, cada uno en su propio ámbito, independientes y soberanos. Sus relaciones se regulan por los Pactos de Letrán. La modificación de tales Pactos, aceptada por ambas partes, no requiere procedimiento de revisión constitucional».

10 Artículo 8: «Todas las confesiones religiosas gozan de igual libertad ante la ley. Las confesiones religiosas distintas de la católica tienen derecho a organizarse según sus propios estatutos, siempre que no estén en contradicción con el ordenamiento jurídico italiano. Sus relaciones con el Estado se regularán por leyes basadas en el común acuerdo con los respectivos representantes».

11 Sentencia TEDH Lautsi v. Italia, de 11 de marzo de 2011.

12 Artículo 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: «Nadie debe ser inquietado por las opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley».

13 La primera Enmienda dispone: «El Congreso no aprobará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al Gobierno la reparación de agravios».

14 En esta Ley se recoge: «Ninguna Administración municipal impondrá o implementará una regulación del uso del territorio que excluya por completo las asambleas religiosas de una jurisdicción. Ninguna Administración municipal impondrá o implementará una regulación del uso del territorio que limite injustificadamente las asambleas, las instituciones o las estructuras religiosas dentro de una jurisdicción. Ninguna Administración municipal impondrá o aplicará una regulación del uso del territorio de modo que trate a una asamblea o institución religiosa en inferioridad de condiciones respecto a una asamblea o institución no religiosa. Ninguna Administración municipal impondrá o aplicará una regulación del uso del territorio que discrimine una asamblea o institución en base a la religión o las denominaciones religiosas. Ninguna Administración municipal impondrá o aplicará una regulación del uso del territorio de modo que suponga una carga sustancial sobre el ejercicio de una persona, incluyendo una reunión o institución religiosa, a no ser que la Administración demuestre que la imposición de dicha carga fomenta un interés público imperativo y que es el menos restrictivo de los medios para promover dicho interés».

15 Este artículo dispone: «Los Senadores y Representantes antes mencionados, los miembros de las Cámaras de

los diferentes Estados y todos los funcionarios del Poder ejecutivo y del judicial, así de los Estados Unidos, como de los diversos Estados que los componen, se obligarán bajo juramento o promesa a mantener esta Constitución; más no podrá exigirse profesión de fe para obtener en los Estados Unidos cargos públicos ni función alguna».

16 Caso Abrams v. US (1919).

17 La *sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos Everson v. Board of Education (1947)* recoge: «Ni un Estado ni el Gobierno Federal puede establecer una iglesia. No pueden aprobar leyes que ayuden a una religión, a todas las religiosas o establezca preferencia de una religión sobre otra. Ni puede forzar ni influir sobre una persona para que permanezca o salga de una iglesia contra su voluntad o forzarla a profesar una creencia o rechazar una creencia de alguna religión. [...] Ningún impuesto, cualquiera que sea su montante, grande o pequeño, puede ser afectado o destinado a apoyar actividades religiosas o instituciones de igual naturaleza, como quiera que éstas se denominen, o bajo la forma que ellas puedan adoptar, para enseñar o practicar la religión. Ni un Estado ni el Gobierno Federal puede, abierta o secretamente, participar en el acrecentamiento de ninguna organización religiosa o grupo religioso y viceversa».

18 Caso Allegheny County v. Greater Pittsburgh Aclu, 1989.

19 La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye los siguientes artículos: «*Artículo 10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.* 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 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, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio. […] *Artículo 20. Igualdad ante la ley*. Todas las personas son iguales ante la ley. *Artículo 21. No discriminación.* 1. Se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de las disposiciones particulares. *Artículo 22. Diversidad cultural, religiosa y lingüística.* La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

20 En concreto, la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

II

EL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO ESPAÑOL

A) *PARTE GENERAL*

UNIDAD DIDÁCTICA 4.ª

LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO ESPAÑOL VIGENTE

No se trata en esta unidad didáctica de hacer una relación detallada de los hechos históricos que determinaron las relaciones entre el poder político y la Iglesia católica, por una parte, y el reconocimiento de la garantía de la libertad de conciencia (religiosa o no) en nuestro país (el principio de laicidad), por otra. La pretensión es más modesta y consiste en tener una idea aproximada de cuál ha sido el modelo histórico español y así intentar comprender mejor el modelo constitucional actual. Los precedentes históricos del modelo español nos permiten estudiar cuáles han sido las breves respuestas normativas, en relación al reconocimiento de la libertad religiosa y de la laicidad y cuáles han sido los modelos que tuvieron en cuenta los constituyentes y que procuraron no reproducir.

I. PRECEDENTES REMOTOS

1. La «Reconquista» y la tolerancia religiosa

Como es sabido, la «ocupación árabe» de España en el siglo VIII da lugar a la llamada «Reconquista» que supone la existencia, durante los siglos siguientes, de distintos reinos cristianos y árabes en los que terminan conviviendo cristianos, musulmanes y judíos. En general, las minorías son respetadas: mudéjares en los reinos cristianos, mozárabes en los árabes y judíos en ambos. Entre los siglos XII y XV puede decirse que existe un régimen de «tolerancia religiosa vertical» aunque son frecuentes las reacciones colectivas de intolerancia respecto de las minorías religiosas.

Las comunidades de musulmanes que residían en reinos cristianos (mudéjares) estaban constituidas por trabajadores modestos que carecían de relevancia social y, aunque fueron objeto de algunas medidas como llevar signos distintivos de su condición, no despertaron una gran hostilidad entre las comunidades cristianas donde vivían. No sucedía lo mismo con los judíos. Su protagonismo cultural, académico (eran los médicos más relevante) y, sobre todo, económico (llegaron a tener la hacienda real en sus manos)

despertó el recelo político y social que provocó durante el siglo XIV las persecuciones más violentas. Pronto sólo quedaron las salidas de la conversión o el destierro que no acabaron con el hostigamiento al que estaban sometidos hasta que se produce su expulsión definitiva en 1492[1]. El mismo camino terminan recorriendo los moriscos que sufren las conversiones forzosas a partir de la caída del reino de Granada por la Pragmática de los Reyes Católicos de 1502 y un progresivo confinamiento que provoca su levantamiento en las Alpujarras a finales del siglo XVI y, finalmente, su expulsión definitiva por Felipe III entre 1609 y 1613.

2. ANTIGUO RÉGIMEN

Comprende el período que se inicia con la unión de las Coronas de Aragón y Castilla (Reyes católicos) y llega hasta el siglo XIX. La intolerancia religiosa preside todo el período histórico que comprende el Antiguo Régimen. Su expresión más cruel se encuentra en la organización y funcionamiento de la Inquisición (que surge para comprobar la veracidad de las conversiones). Se afirma, además, la confesionalidad del Estado que se constituye en elemento de formación y definición del mismo, y en el elemento aglutinador de su unidad política (*cuius regio, eius religio*). Por último, los reyes de España se arrogan distintos privilegios que les permitirán intervenir en asuntos eclesiásticos (regalismo).

El devenir de estas constantes nos permitirá recorrer este período de la Historia de España que dividiremos en dos etapas. La primera se corresponde con los siglos XVI y XVII y la segunda, con el siglo XVIII.

A) Siglos XVI y XVII (Primera etapa)

Durante este período el incipiente Estado, aún «anclado en la idea medieval de Cristiandad», mantiene una actitud de intolerancia que se extiende a los protestantes tras la Reforma luterana y el Estado se convierte en el «brazo secular» de la jurisdicción eclesiástica. La expulsión de los judíos y moriscos, la persecución posterior en aras de la limpieza de sangre y la conversión, son manifestaciones de esta intolerancia institucionalizada que lleva a cabo la Inquisición. El intervencionismo del monarca en asuntos eclesiales a través de las siguientes instituciones regalistas: *Real Patronato*, la *retención de bulas*, o los *recursos de fuerza*, se fundamentan todavía en la existencia de un privilegio del papa concedido al rey (LLAMAZARES).

El *Real Patronato* otorga al rey el derecho a nombrar los cargos eclesiásticos, primero en Granada, Canarias y las Indias para, posteriormente, extenderlo a todos los cargos eclesiásticos del Imperio español.

La *retención de bulas* permite al rey impedir la ejecución canónica de actos de

administración eclesiástica dentro del reino cuando tales actos entraran en colisión con las prerrogativas reales. Toda persona que tuviera conocimiento de un acto o documento pontificio, que pudiera vulnerar tales prerrogativas, estaba obligada a ponerlo en conocimiento del Consejo de Castilla que, si conformaba la sospecha, los devolvía a Roma para su rectificación.

Los recursos de fuerza de conocer legitimaban a cualquier súbdito del reino a recurrir al Consejo Real o a los tribunales civiles, cuando se entendía que el tribunal eclesiástico se había excedido de sus competencias o, había negado, indebidamente, el recurso de apelación provocando indefensión a la parte.

B) Siglo XVIII (Segunda etapa)

Esta segunda etapa del Antiguo Régimen discurre a lo largo del siglo XVIII cuando se consolida el llamado *Estado regalista*. La consecuencia más significativa será la consolidación y ampliación de las instituciones regalistas del anterior período: *Real Patronato*, *exequatur*, *ius eminens*... El fundamento, aunque formalmente siga siendo canónico, de hecho, se seculariza en lo que será el *jurisdiccionalismo territorial*, situación que tiene su expresión en el Concordato de 1753. Las facultades del *Real Patronato* se extienden a todos los oficios y beneficios eclesiásticos, mayores y menores, del Reino y se ratifica en el Concordato de 1753. La *retención de bulas* se transforma en la institución del *exequatur* o *placet regio* que abarca a todas las disposiciones pontificias que sólo podían ser publicadas si tenían el visto bueno del rey cualquiera que fuera su contenido. Se consolida la regalía del *ius eminens* que autoriza al rey a someter a impuestos y cargas los bienes eclesiásticos y a desamortizarlos para venderlos y así conseguir sanear la Hacienda pública.

El factor ideológico que está detrás de esta transformación política y que contribuirá a la definitiva secularización del poder civil será el *despotismo ilustrado* y, consecuentemente, fundamentará el intervencionismo real en los asuntos religiosos. Un ejemplo del enfrentamiento entre la Iglesia católica y el poder real se desarrolla en el ámbito de la libertad de imprenta pues la censura es casi la única competencia que le resta a la Inquisición a fines del siglo XVIII. Otro ejemplo de ese enfrentamiento entre el progreso y el inmovilismo es la expulsión de los jesuitas durante el reinado de Carlos III (1767).

3. EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL DEL SIGLO XIX

El siglo XIX español es el siglo de las continuas promulgaciones de constituciones, fruto de los vaivenes pendulares entre gobiernos conservadores y progresistas. El siglo XIX está marcado por el principio de unidad nacional que se fundamenta en la unidad religiosa; por tal motivo lo importante, incluso en los períodos liberales, no será el

reconocimiento de la libertad religiosa sino el control político de la Iglesia católica a través de las instituciones regalistas.

El primer texto constitucional en España es la Constitución de Cádiz aunque en 1808 se promulgó el *Estatuto de Bayona* que no es, formalmente, una Constitución sino una Carta otorgada. El principio de confesionalidad católica intolerante que recoge el artículo 1 de este Estatuto había sido una condición impuesta por Carlos IV para renunciar al trono español en favor de Napoleón. Aparece en este Estatuto, claramente, la contradicción entre libertad de imprenta e intolerancia religiosa derivada de la confesionalidad doctrinal excluyente del Estado. Fruto de esa contradicción, el rey José I procede a la supresión del Tribunal de la Inquisición e inicia un tímido proceso desamortizador.

La *Constitución de 1812*. El artículo 12[2] reconocía el principio de confesionalidad doctrinal católica, absolutamente intolerante. Sorprende que esta primera Constitución liberal no reconozca la libertad religiosa pero es que tampoco reconoce la tolerancia religiosa. Los liberales están más preocupados por el control político de la Iglesia católica a través de las instituciones regalistas, que recoge la Constitución, que en la defensa de una minoría (que de existir) sería insignificante. Esta Constitución reconoce la libertad de imprenta en el artículo 371, copiando literalmente lo dispuesto en el Decreto de 1810. Dicho reconocimiento se restringe sólo a las ideas políticas pues la única censura que se conserva es la de los escritos sobre materia religiosa, que se encomienda a los Ordinarios. Esto traerá como consecuencia la promulgación, en 1813, del Decreto de abolición del Tribunal de la Inquisición. La Constitución de 1812 estuvo en vigor durante breves espacios de tiempo (de 1812 a 1814 y de 1820 a 1823). Con el levantamiento de Riego en 1820 y la vuelta al orden constitucional de 1812 quedaba restablecida la libertad de imprenta. En este Trienio liberal se aprueba una nueva Ley de imprenta de 1820. El aspecto más interesante de esta Ley es la creación, por primera vez en nuestra legislación, del *Jurado*. Institución presente en lo sucesivo en toda la legislación progresista sobre imprenta. Durante este Trienio liberal queda abolido el Tribunal de la Inquisición, definitivamente; se procede a la expulsión de los jesuitas; a la supresión del fuero eclesiástico, se aprueba la Ley de monacales de 1820 y el Código Penal de 1822, que protege penalmente la religión oficial con una extrema intolerancia.

La *Constitución de 1837* establece un cambio en la relación del Estado con el fenómeno religioso y aparece regulado en el artículo 11[3] de esta Constitución de 1837. Este artículo establece, simplemente, una mera constatación sociológica de que la religión católica es la profesada por los españoles; por lo tanto, y esto es lo relevante, no hay una declaración de confesionalidad doctrinal, supuesto que sí sucedía en la Constitución de 1812. Como consecuencia de la ausencia de declaración doctrinal se inicia un período de tolerancia religiosa. Esta Constitución también reconoce la libertad de imprenta, en el artículo 2. A diferencia de la Constitución de Cádiz, en la Constitución de 1837 se amplía la libertad de expresión a todo tipo de ideas, incluidas las

religiosas. Durante este período liberal se produce el mayor proceso desamortizador durante el gobierno de Mendizábal (se prohíbe otorgar órdenes sacerdotales y se suprimen todos los conventos que no tengan utilidad pública).

Una vuelta a postulados de confesionalidad doctrinal católica se produjo de nuevo con la *Constitución de 1845*, como refleja el artículo 11[4] de la misma, y con ella una marcha atrás respecto a avances producidos anteriormente (a pesar del reconocimiento en el artículo 2 de la libertad de imprenta). El acercamiento a la Iglesia católica se plasma en el *Concordato de 1851*[5]. Un Concordato que introducía una declaración de confesionalidad católica de carácter intolerante que se une a los artículos siguientes (arts. 2 y 3) donde se consagra el control ideológico, total, en manos de la Iglesia católica. En los años siguientes se suceden dos proyectos que responden a la dualidad conservadores-progresistas y que no llegaron a promulgarse. El proyecto conservador de 1852 suprime toda referencia a los derechos individuales y recoge literalmente la formula de confesionalidad del Concordato de 1851. El proyecto progresista de 1856 recupera los conceptos de soberanía nacional y la declaración de derechos y vuelve a una declaración de confesionalidad sociológica junto a la tolerancia de otros cultos.

Un mayor avance se encuentra en la *Constitución de 1869*. Esta Constitución es reflejo de la «Revolución» de 1868 y la plasmación normativa más clara de los postulados del liberalismo. Se reconoce, por primera vez, los derechos a la libertad de prensa, asociación, reunión y la libertad de enseñanza; es decir, junto a las libertades individuales tradicionales, se garantizan los derechos colectivos.

La cuestión religiosa se reguló en el artículo 21[6] y es fruto del acuerdo entre las fuerzas políticas conservadoras, proclives a mantener la confesionalidad, y las progresistas, que defendían la separación entre Iglesia católica y el Estado. Así, en este artículo, se mantiene el sostenimiento público del culto y del clero católico, a cambio de no incluir declaración de confesionalidad alguna, aunque se continúa regulando las instituciones regalistas más importantes. Finalmente se produce la primera declaración de libertad religiosa de nuestra historia constitucional, aunque con una fórmula que se ha calificado como alambicada, vergonzante y simplemente, hipotética, al referirse, en primer término, a los extranjeros. En definitiva, se admite, por primera vez, la existencia de españoles no católicos y se les conceden y garantizan ciertos derechos, que suponen algo más que una simple postura de tolerancia, por ser expresión clara de una cierta libertad de cultos que pueden ser ejercitados pública o privadamente. Además se sanciona la imposibilidad de discriminación de los españoles en sus derechos civiles y políticos por motivos religiosos (art. 27). Durante este período constitucional, se dictan las siguientes disposiciones que fluctúan entre el laicismo y la laicidad como las siguientes: expulsión de los jesuitas (Decreto de 12 de octubre de 1868), Ley de matrimonio civil obligatorio de 1870; el Código Penal de 1870; la supresión de la enseñanza religiosa en la educación secundaria pero se seguía impartiendo la enseñanza de la religión católica en la enseñanza primaria con carácter voluntario (Decreto de 25 de

octubre de 1868); supresión de la Facultad de Teología (Decreto de 25 de octubre de 1868); Ley de Registro Civil de 17 de junio de 1870; secularización de los cementerios; Decreto de 24 de octubre de 1868, de supresión de la Comisión de Arreglo parroquial.

Durante este período se elabora el proyecto de constitución de la Primera República de 1873, donde se reconoce la libertad religiosa, el principio de separación entre el Estado y las confesiones religiosas y la prohibición de financiación de las confesiones religiosas[7]. Durante este período también se elabora el proyecto de Ley de separación Iglesia-Estado de 1 de agosto de 1873.

La *Constitución de 1876.* En su artículo 11[8] se restablece la *confesionalidad católica doctrinal* que, evidentemente, es incompatible con la libertad religiosa que es sustituida por la mera tolerancia de otros cultos. Como consecuencia de esto no se permiten las manifestaciones públicas ni la propaganda de otras confesiones que no sean la católica. No obstante, durante este período sigue vigente el Código Penal de 1870 donde se protegía la libertad de cultos (sin que se produzca su modificación) lo que provoca una lógica incongruencia con la Constitución de 1876. En esta Constitución, formalmente no se establece ninguna modificación de la libertad de expresión e imprenta, cuya formulación en el artículo 13 es copia literal del artículo 17 de la Constitución de 1869, con el añadido «sin sujeción a censura previa».

Durante este largo período constitucional se suceden diferentes gobiernos conservadores y liberales que irán promulgando diferentes normas sobre esta materia, a título de ejemplo: derogación de la Ley de matrimonio civil y sustitución por un modelo de matrimonio civil subsidiario (Decreto de 1875); supresión de la libertad de cátedra (restaurada en 1881); la asignatura de religión católica es voluntaria y no existe la asignatura de enseñanza de religión católica en Bachillerato hasta 1895, siempre con carácter voluntario y sin asignatura alternativa durante todo este período; Ley de imprenta de 1883; Ley «candado» de 1910 (esta ley prohibía durante dos años el establecimiento de nuevas congregaciones religiosas).

II. PRECEDENTES PRÓXIMOS

1. La Segunda República

La libertad de información aparece consagrada en el artículo 34 de la Constitución de 1931 pero sufrirá recortes recogidos en las Leyes de Defensa de la República y de Orden Público. La enseñanza se califica de laica y plural y se suprime la enseñanza de la religión de la educación secundaria y se mantiene como voluntaria en la educación primaria. El modelo de relaciones Estado-confesiones religiosas aparece definido en el artículo 3[9] de la referida Constitución; en el mismo se recoge el principio de laicidad. No obstante, los recortes de carácter negativo de la libertad religiosa se plasman en los

artículos 26 y 27 de esta Constitución[10]. En definitiva, en la Constitución de la Segunda República existe una valoración negativa, al menos parcialmente, de lo religioso, en concreto de la Iglesia católica (anticlericalismo) a la que se somete a un Derecho especial desfavorable e, incluso, es desfavorable la valoración de lo religioso en general. Es decir, más que de «laicidad» hay que hablar de «laicismo». Durante este período constitucional se aprueban las siguientes disposiciones: Ley sobre la Disolución de los Cuerpos Eclesiásticos Castrenses en la Armada, de 24 de noviembre de 1931; Ley de 23 de enero de 1932 de disolución de la Compañía de Jesús; Decreto de 30 de enero de 1932 sobre la secularización de los cementerios; Ley sobre el Divorcio, de 2 de marzo de 1932; Ley de Matrimonio Civil, de 28 de junio de 1932; Ley sobre Disolución de los Cuerpos Eclesiásticos del Ejército, de 30 de junio de 1932; Ley reguladora de las Relaciones del Estado con las Confesiones, Órdenes y Congregaciones Religiosas, de 2 de junio de 1933.

2. El régimen franquista

La situación que se produce tras la Guerra Civil nos lleva al extremo opuesto. Se recupera el monismo ideológico y también la confesionalidad del Estado compatible, en principio, con la mera tolerancia de otros cultos. No se trató sólo de establecer la religión católica como la oficial del Estado, sino de crear y mantener un sistema basado en la unidad religiosa como factor consustancial a la propia esencia y coexistencia nacional, dando lugar a lo que se ha llamado el «nacional-catolicismo» (unidad espiritual de España). La primera norma que hace referencia a este modelo confesional es en el Preámbulo del Fuero del Trabajo de 1938 aunque aparece, después, claramente configurado en el artículo 6 del Fuero de los Españoles de 1945. Este artículo combina la confesionalidad doctrinal con la tolerancia de otros cultos y reproduce la fórmula de 1876 pero, ahora, en un contexto de monismo ideológico. La situación hasta aquí descrita se consolida, refuerza y completa, unos años más tarde, con el Concordato de 1953 por el que se regulan, bilateralmente, las relaciones entre el Estado español y la Iglesia católica. La declaración de confesionalidad que aparece en el Concordato de 1953 se explicita, aún más, en el Segundo de los Principios de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958. Del contenido del Concordato cabe destacar, además de la confesionalidad católica del Estado (art. 1), una serie de derechos y prerrogativas a favor de la Iglesia católica, entre los que se encuentran las siguientes:

a) el reconocimiento de la jurisdicción eclesiástica y la exención de clérigos y religiosos del sometimiento a la jurisdicción civil (privilegio de fuero);

b) el reconocimiento de plena eficacia civil al matrimonio canónico y competencia a la jurisdicción eclesiástica en las causas referentes a dichos matrimonios;

c) el establecimiento de la enseñanza de la religión católica como materia ordinaria y

obligatoria en todos los centros docentes, en todos los niveles y para todos los alumnos;

d) el sostenimiento económico por parte del Estado de la Iglesia católica, así como la exención de impuestos y contribuciones,

e) y la garantía de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas.

A partir del Concilio Vaticano II y de la promulgación de la Declaración «Dignitatis Humanae» sobre la libertad religiosa de 1965, se produce un cambio, mínimo, en la legislación franquista. Se reforma el artículo 6 del Fuero de los Españoles pero este sistema sigue siendo incongruente con el principio de libertad religiosa porque aunque se promulga la Ley 44/1967, de 28 de junio, reguladora del ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa, en su artículo 1.3 manifiesta: «El ejercicio del derecho de libertad religiosa, concebido según la doctrina católica, ha de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus Leyes Fundamentales». Esta Ley está más cerca de la regulación jurídica de la tolerancia religiosa que de una ley reguladora de la libertad.

El control ideológico durante el régimen franquista tiene un reflejo significativo en las normas que regulan los medios de comunicación en especial las Leyes de Prensa e Imprenta de 1938 y de 1966. En esta última Ley, la censura previa es sustituida por otro mecanismo de control *ex ante*: la consulta voluntaria. Este mecanismo de control consistía en la posibilidad de consultar a los órganos de la Administración acerca de la oportunidad de publicar determinados escritos. Su respuesta aprobatoria o el silencio les eximían de responsabilidad; no obstante, en la práctica, este sistema no fue utilizado y la Administración acudía al régimen de sanciones previsto en la Ley. Esta Ley de 1966 recogía que en relación a las publicaciones dependientes de la Iglesia católica se adoptarán los acuerdos procedentes entre el Gobierno y la Comisión Episcopal de Medios de Comunicación Social[11]. En este sentido se promulgó el *Decreto 2.246/1966, de 23 de julio, referente al Estatuto legal de publicaciones de la Iglesia católica*. En este Decreto se reconoce a la Iglesia católica el derecho a poseer y utilizar los medios de comunicación social necesarios para su sagrada misión; estableciendo que las publicaciones periódicas de información general, editadas por Instituciones eclesiásticas, estarán sometidas a las disposiciones de la Ley de Prensa e Imprenta. Respecto a las demás publicaciones, de contenido o finalidad religiosos, editadas por Instituciones eclesiásticas (reconocidas por el Ordinario del lugar, previo informe-propuesta de la Comisión Episcopal de Medios de Comunicación Social al Ministerio de Información y Turismo) estarán sometidas a la Ley de Prensa, aunque a las mismas no le serán de aplicación algunas disposiciones, como por ejemplo el Estatuto de la Profesión Periodística; por otra parte, estarán exentas de la inserción obligatoria de notas y comunicaciones de la Administración pública y de la inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas. Con ello se confirma el régimen especial favorable que disfrutaba la Iglesia católica en esta materia consecuencia lógica del principio de

confesionalidad del Estado. No existe en este período histórico una disposición jurídica general que otorgue a la Iglesia católica la concesión de emisoras de radio. Según parece, tal concesión fue convenida entre el Gobierno Español y la Conferencia de Metropolitanos Españoles y se refería a autorizar la instalación de una emisora por provincia en onda media[12]. La COPE (Cadena de Ondas Populares) se configura en 1958 como una cadena institucional basada en la desaparición de las emisoras «parroquiales». En concreto, el Decreto de 19 de noviembre de 1959 creó la COPE, aunque tuvo la singularidad de que nunca fue publicado tras su aprobación por el Consejo de Ministros. Por otra parte, el artículo 29 del Concordato de 1953 establecía que se debía dar un conveniente puesto a la exposición de la verdad religiosa para la formación de la opinión pública, sobre todo en los programas de radio y televisión.

Durante el tardo-franquismo, las fricciones entre la Santa Sede y el régimen franquista son evidentes lo que supone que se inicien las negociaciones para que Franco renuncie al privilegio de presentación y a su vez la Iglesia católica renuncie a sus privilegios. Las negociaciones no culminan hasta el acuerdo de 1976, sobre renuncia mutua de privilegios, con el Rey Juan Carlos I como Jefe de Estado (*BOE* de 24 de septiembre de 1976).

---

1 Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España que justifiquen tal condición y su especial vinculación con España.

2 «La religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra».

3 «La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la Religión Católica que profesan los españoles».

4 «La Religión de la Nación española es la Católica, Apostólica y Romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros».

5 Los tres primeros artículos de este Concordato disponían: Artículo 1: «La religión católica, apostólica, romana, que con exclusión de cualquier otro culto continúa siendo la única de la nación española, se conservara siempre en los dominios de Su Majestad Católica, con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones». Artículo 2: «En su consecuencia, la instrucción en las Universidades, Colegios, Seminarios y Escuelas públicas o privadas, de cualquiera clase, será en todo conforme a la doctrina de la misma religión católica; y a este fin no se pondrá impedimento alguno a los obispos y demás prelados diocesanos encargados por su ministerio de velar sobre la pureza de la doctrina de la fe, y de las costumbres, y sobre la educación religiosa de la juventud en el ejercicio de este cargo, aun en las escuelas públicas». Artículo 3: «Tampoco se pondrá impedimento alguno a dichos prelados ni a los demás sagrados ministros en el ejercicio de sus funciones, ni los molestará nadie bajo ningún pretexto en cuanto se refiera al cumplimiento de los deberes de su cargo; antes bien, cuidarán todas las autoridades del Reino de guardarles y de que se les guarde el respeto y consideración debidos, según los divinos preceptos, y de que no se haga cosa alguna que pueda causarles desdoro o menosprecio. Su Majestad y su real Gobierno dispensarán asimismo su poderoso patrocinio y apoyo a los obispos en los casos que le pidan, principalmente cuando hayan de oponerse a la malignidad de los hombres que intenten pervertir los ánimos de los fieles y corromper sus costumbres, o cuando hubiere de impedirse la publicación, introducción o circulación de libros malos y nocivos».

6 «La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquiera otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es

aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior».

7 Este Proyecto constitucional recogía: Artículo 34: «El ejercicio de todos los cultos es libre en España». Artículo 35: «Queda separada la Iglesia del Estado». Artículo 36: «Queda prohibido a la Nación o al Estado federal, a los Estados regionales y a los Municipios subvencionar directa ni indirectamente ningún culto».

8 «La religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. No se permitirá, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado».

9 «El Estado español no tiene religión oficial».

10 Artículo 26: «Todas las confesiones religiosas serán consideradas como Asociaciones sometidas a una ley especial. El Estado, las regiones, las provincias y los municipios, no mantendrán, favorecerán ni auxiliarán económicamente a las Iglesias, Asociaciones e Instituciones religiosas. Una ley especial regulará la total extinción en un plazo máximo de dos años del presupuesto del clero. Quedan disueltas aquellas Órdenes religiosas que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado. Sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes. Las demás Órdenes religiosas se someterán a una ley especial votada por estas Cortes Constituyentes y ajustada a las siguientes bases: 1.º Disolución de las que, por sus actividades, constituyan un peligro para la seguridad del Estado. 2.º Inscripción de las que deban subsistir en un registro especial dependiente del Ministerio de Justicia. 3.º Incapacidad de adquirir y conservar, por sí o por persona interpuesta, más bienes que los que, previa justificación, se destinen a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos. 4.º Prohibición de ejercer la industria, el comercio o la enseñanza. 5.º Sumisión a todas las leyes tributarias del país. 6.º Obligación de rendir anualmente cuentas al Estado de la inversión de sus bienes en relación con los fines de la Asociación. Los bienes de las Órdenes religiosas podrán ser nacionalizados». Y el artículo 27: «La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública. Los cementerios estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil. No podrá haber en ellos separación de recintos por motivos religiosos. Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno. Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas. La condición no constituirá circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política, salvo lo dispuesto en esta Constitución para el nombramiento de Presidente del Consejo de Ministros».

11 Cfr. disposición final segunda de la Ley de Prensa de 1966.

12 En el Plan Transitorio de Ondas Medias (Decreto 4.133/1964, de 23 de diciembre) se asignan cuatro frecuencias a las emisoras de la Comisión Episcopal, autorizándose su funcionamiento, en los términos de dicho Plan y con la obligatoriedad, por ello, de emitir simultáneamente en onda media y en frecuencia modulada. La Orden de 12 de abril de 1965 totaliza 51 emisoras de la COPE. El artículo 1 del Decreto 4.133/1964, establecía que las emisoras de la Iglesia católica no eran comerciales ni privadas y otorgaba a la Iglesia católica las mismas emisoras que al Movimiento Nacional.

UNIDAD DIDÁCTICA 5.ª

EL SISTEMA DE RELACIÓN VIGENTE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

I. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES EN EL MODELO ESPAÑOL

El sistema jurídico viene conformado por unos valores superiores que la sociedad ha querido normativizar al máximo nivel: la libertad, la igualdad, la justicia y pluralismo político, que recoge el artículo 1.1 CE. De forma que nos vamos a encontrar con tres categorías íntimamente conectadas: valores superiores, principios informadores y derechos fundamentales. En todo caso, los valores superiores del ordenamiento responden a una demanda social que con la Constitución se convierte en norma jurídica. Los principios informadores tienen como destinatarios a los tres poderes del Estado, para que legislen, gobiernen, administren o juzguen, en atención a los mismos. Los valores, a través de los principios informadores, se convierten en derechos fundamentales de los ciudadanos frente al Estado y frente a los particulares.

Conviene recordar que se trata de unos principios informadores (constitucionales) que son cimeros del sistema y que funcionan como criterios de constrastabilidad de la validez o no validez de cada una de las normas jurídicas. En concreto, los principios, que cumplen estas características en nuestro ordenamiento constitucional son, siguiendo al profesor LLAMAZARES[1], los siguientes: personalismo[2]; libertad de conciencia; igualdad en la libertad; participación[3]; pluralismo y tolerancia[4]; laicidad del Estado y el principio de cooperación.

No obstante, dos cuestiones deben precisarse. Primera: Conviene volver a reiterar que esta obra es una obra docente (unidades didácticas) dirigida a los alumnos, por lo tanto, no es un tratado doctrinal y, en consecuencia, nos centraremos especialmente en cuatro principios: laicidad, igualdad, libertad y cooperación con las confesiones religiosas (si bien este último derivado de los otros tres). Segunda: Voy a invertir el orden utilizado habitualmente por la doctrina científica. Comienzo por el principio de laicidad, con ello pretendo visualizar que la laicidad es la garantía de libertad de conciencia de todas las personas. La vulneración del principio de laicidad, implica de forma, directa o indirecta, el incumplimiento del principio de igualdad en la libertad de conciencia de alguna persona.

II. EL PRINCIPIO DE LAICIDAD DEL ESTADO

Se parte del convencimiento de que el principio de laicidad[5] es una consecuencia lógica, una exigencia insoslayable, de los principios de igualdad y de libertad de conciencia; es decir, no es posible la plena libertad de conciencia en condiciones de igualdad sin laicidad. Un Estado donde se *garantice* con plenitud el ejercicio de la igualdad y la libertad de conciencia; donde se hagan reales y efectivas sólo puede ser un Estado laico.

Este principio de laicidad aparece consagrado en el artículo 16.3 CE: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal» con una fórmula poco afortunada e inexacta, porque esta frase es una reproducción del artículo 137.1 de la Constitución alemana de Weimar de 1919 («Es besteht keine *Staatskirche*») que hacía referencia a un contexto histórico-sociológico muy distinto al español: la existencia de varias Iglesias de Estado. En cambio, el contexto histórico español[6], con pocas interrupciones, ha sido el modelo de Estado confesional[7]. En todo caso, tanto el modelo de Iglesia de Estado como de Estado confesional están incluidos en el modelo de utilidad y reúnen una serie de características comunes (LLAMAZARES[8]): valoración positiva de las creencias religiosas (de una o varias) por parte del Estado; adopción estatal de decisiones políticas basadas en motivos religiosos e, intervención estatal en los asuntos religiosos. En conclusión, esta fórmula constitucional implica que, en ningún caso, el Estado puede adoptar esas actuaciones contenidas en la citada serie de características.

Por otra parte, el artículo 16.3 CE hace una mención expresa a la Iglesia católica. Esa mención no implica que la Constitución defienda la existencia de una confesionalidad católica solapada o, directamente, proclamada, simplemente es una mención específica y singularizada de esta confesión religiosa. La única consecuencia jurídica es que la Constitución reconoce explícitamente que la Iglesia católica es una confesión religiosa[9].

El principio de laicidad del Estado (que hace suyo, por primera vez, la STC 46/2001, de 15 de febrero y reitera la STC 154/2002, de 18 de julio[10]) incluye dos subprincipios, como ha puesto de manifiesto LLAMAZARES: neutralidad del Estado y separación entre Estado y confesiones; siendo este último subprincipio condición *sine qua non* de la realización del primero.

1. NEUTRALIDAD RELIGIOSA

El Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 16.3 CE formula una declaración de neutralidad en este ámbito[11]. La neutralidad[12] implica que el Estado es imparcial respecto a las convicciones y creencias de sus ciudadanos[13]. Al Estado le debe ser indiferente que sus ciudadanos sean creyentes o no creyentes, que pertenezcan a una confesión religiosa o a otra; de lo contrario se vulneraría el principio de igualdad, dando lugar a la división de los ciudadanos en varias categorías por razón de sus creencias. Es decir, supondría un trato discriminatorio que se traduciría inexorablemente en coacción y

limitación, siquiera sea indirecta de la libertad de conciencia (religiosa o no religiosa). El Estado está obligado a dar exactamente el mismo trato a quienes tienen creencias e ideas religiosas que a quienes no las tienen y entre quienes tienen creencias religiosas cualesquiera que sean éstas[14]. La neutralidad religiosa del Estado es, además, una consecuencia obligada de la despersonalización del Estado que no puede ser sujeto creyente. Y, además, la neutralidad religiosa se expresa «en atención al pluralismo de creencias existentes en la sociedad española» y «como *garantía* de la libertad religiosa»[15]. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, «la neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática»[16]. En todo caso, debe descartarse, siempre, la discriminación positiva (acciones compensatorias) en relación a las confesiones religiosas porque conllevaría la negación del principio de laicidad.

El término «neutralidad» se relaciona directamente con otros conceptos como pluralismo (art. 1.1 CE), libertad ideológica; laicidad (art. 16 CE) y objetividad (art. 103 CE). Además de con los términos indiferencia, abstención e imparcialidad. Si por neutralizador entendemos «hacer neutral» al Estado (a los poderes públicos) después de un período totalitario ideológicamente es, como indica el TEDH[17], obligado la imposición del principio de laicidad.

Este principio de neutralidad religiosa conforma la actividad de los *empleados públicos*. Se parte del artículo 103.3 CE. Artículo que recoge el mandato de imparcialidad, objetividad y neutralidad del personal de las Administraciones Públicas. Las Administraciones públicas y su personal deben servir a los intereses generales y, en consecuencia, una decisión de los mismos no puede estar motivada en favorecer un determinado interés particular. A su vez, el artículo 52 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de estatuto básico del empleado público, entre los deberes de los empleados públicos se incluye la neutralidad. La actuación de los empleados públicos es satisfacer los intereses generales donde no se incluye las creencias religiosas y deben evitar cualquier tipo de discriminación; es decir, se debe hacer patente la neutralidad de los empleados públicos para que el ciudadano no pueda dudar, ni poner en cuestión, la neutralidad de los mismos[18].

El principio de neutralidad religiosa ha sido especialmente puesto en cuestión en relación a los siguientes grupos de funcionarios:

a) *Los militares*. En concreto, la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, del Reglamento de Honores Militares. Sobre esta disposición se ha pronunciado la *STS 12 de junio de 2012*[19]. También en este apartado hay que citar la *STC 177/1996, de 11 de noviembre*. Esta Sentencia del TC ha sido criticada, casi de forma unánime, por la doctrina por considerar que no atiende de forma conveniente las consecuencias que se derivan del principio de neutralidad religiosa pues se configura una

celebración religiosa en un acto militar, por lo tanto, en desarrollo de una función estatal. «Desde el punto de vista de la neutralidad estatal […] no puede comprenderse cómo puede considerarse admisible una función estatal como lo es un "acto militar" (y no una ceremonia religiosa conjunta a un acto militar, como el mismo Tribunal precisó) que tenga un contenido declaradamente es religioso»[20]. Reitero, en este apartado, la argumentación de la STC 130/1991, sobre la supresión de la efigie de la Virgen del escudo de la Universidad de Valencia. La *STS de 23 de febrero de 1994* resuelve el caso de la solicitud de dispensa de asistir a la Misa de campaña por parte de un oficial del Ejército durante los actos de la Jura de Bandera. El Tribunal Supremo entiende que de no atender el servicio encomendado (asistencia a la Misa) hubiera supuesto una desobediencia a una orden. El TS no atiende, erróneamente, las razones de protección de la libertad religiosa en su vertiente negativa del oficial ni mucho menos entiende el significado del principio de neutralidad religiosa. Y la STEDH *Larissis contra Grecia*, de 24 de febrero de 1998. El supuesto de hecho es el proselitismo religioso realizado por tres miembros del Ejército griego, pertenecientes a la Iglesia pentecostista, dentro de los cuarteles. El Tribunal considera justificado que las autoridades griegas hayan tomado ciertas medidas para poner a los soldados al abrigo de las presiones abusivas de los demandantes militares (oficiales) que promovían y difundían sus convicciones religiosas. El TEDH viene a respaldar la posibilidad de limitar el ejercicio de la libertad religiosa (expresar y difundir creencias religiosas) dentro de los establecimientos militares.

¿Se puede justificar, jurídicamente, la presencia de miembros de las Fuerzas Armadas en actos religiosos no como ciudadanos sino como militares? La doctrina científica, casi por unanimidad, se pronuncia en el sentido de considerar que el deber de respeto de la neutralidad religiosa impide dicha presencia[21].

b) Otros dos grupos de empleados públicos, en relación con el estudio del principio de neutralidad, son los *profesores de la enseñanza pública* y los jueces. En relación a los primeros serán estudiados más adelante (Unidad didáctica 7.ª, sobre educación y libertad de cátedra). Y, el segundo grupo son *los jueces y magistrados*, en relación a sus decisiones judiciales que no pueden fundamentarse en sus propias convicciones religiosas (o no religiosas). Por ejemplo, SSTS de 30 de octubre de 2009 y 29 de junio de 2012, ambas sobre prevaricación judicial; esta última sobre la condena de un juez de familia al cambiar el régimen de visitas de un menor para que pudiera salir en una cofradía durante la Semana Santa[22].

2. Separación Estado-confesiones religiosas

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 38/2007, de 15 de febrero, recoge expresamente el principio de separación. Dice textualmente: «el principio de neutralidad del artículo 16.3 CE, como se declaró en las Sentencias del TC 24/1982, de 13 de mayo, y 340/1993, de 16 de noviembre, "veda cualquier tipo de confusión entre funciones

religiosas y estatales" en el desarrollo de las relaciones de cooperación del Estado con la Iglesia católica y las demás confesiones, antes bien sirve, precisamente, a la *garantía de su separación*, "introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva" (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4)».

La separación, siguiendo al Tribunal Constitucional[23], tiene como objetivo asegurar la mutua independencia del Estado frente a las confesiones religiosas y de éstas frente a aquél. Sólo es posible la cooperación estatal con las confesiones si se parte de la separación.

El subprincipio de separación implica:

— la no confusión de lo político y lo religioso, que se traduce en que el Estado no puede tomar ninguna decisión que se fundamente en motivos religiosos ni puede satisfacer ninguna finalidad religiosa[24]; en fin, queda totalmente excluida la confusión entre fines públicos y religiosos. En consecuencia, los fines religiosos no son fines públicos ni de interés público;

— reconocimiento de la autonomía interna de las confesiones religiosas, pues el Estado no puede intervenir en los asuntos internos de las confesiones;

— las confesiones religiosas no forman parte de las Administraciones públicas ni se pueden equiparar a las entidades públicas[25].

Por último, para la plena realización de la laicidad así entendida (como neutralidad y separación) es absolutamente necesaria la separación entre Estado y sociedad. Es decir, que los criterios religiosos no se pueden convertir en condicionantes de las decisiones legislativas estatales ni que se tomen decisiones fundamentadas en motivos, exclusivamente, religiosos. Con palabras del Tribunal Constitucional: «los valores e intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos»[26]. Los argumentos religiosos o teológicos no pueden ser el fundamento jurídico de las decisiones de los poderes públicos. Dichos argumentos para poder ser fundamento jurídico deben secularizarse. Es decir, el contenido de la Biblia, el Corán o cualquier otro libro religioso no es un argumento que pueda fundamentar ninguna norma jurídica en un Estado democrático y pluralista.

La laicidad impone obligaciones al Estado (a los poderes públicos) pero no a los individuos ni a la sociedad, por eso deberá respetarse y fomentarse el pluralismo (STEDH caso Ahmet Arslan y otros contra Turquía, de 23 de febrero de 2010 y STS de 11 de febrero de 2009, sobre la educación para la ciudadanía). Eso es debido a que la respuesta hay que situarla en el fomento del pluralismo de todas las visiones vitales, opciones de vida (*Weltanschauung*) como reflejo del principio de igualdad.

Los *símbolos religiosos* en el espacio público plantean problemas por su compatibilidad con el principio de laicidad (neutralidad y separación). En relación a la presencia de crucifijos en lugares públicos se han dictado las siguientes sentencias: STSJ

de Cataluña 789/2012, de 27 de junio, sobre la retirada de símbolos religiosos en un centro médico del Instituto Catalán de Salud gestionado por una orden religiosa, STSJ de Castilla y León 3250/2009, de 14 de diciembre (sobre crucifijos en la escuela pública); STS de 2 de diciembre de 2014; STS de 4 de marzo de 2013; SSTSJ de Madrid 405/2011, de 20 de mayo, y de Valencia 648/2011, de 6 de septiembre, todas ellas desestimaron las peticiones de retirada de sendas cruces en los cerros de Monteagudo y de la Muela, en Murcia y en Orihuela; STSJ de Andalucía, de 25 de febrero de 2011; sobre la retirada de un icono religioso en un cuartel de la Guardia Civil; STSJ de Murcia 948/2009, de 30 de octubre, que valoró la petición de retirada de un Belén ubicado en el vestíbulo de un centro escolar durante unas navidades. En sentido hago mías las siguientes palabras para proceder a la retirada de los símbolos religiosos de las dependencias públicas: «en primer término, porque dicha presencia impregna de su significado a cuantas personas se encuentren en el recinto público, sin permitir diferenciación alguna para las personas que profesen otras creencias o convicciones a la simbolizada; en segundo lugar, porque supone una inequívoca voluntad del Estado de poner a la religión simbolizada en centro de la vida pública, como verdad absoluta, sin el respeto debido al papel que otras experiencias religiosas o filosóficas desempeñan en la sociedad; y, en tercer lugar, porque supone una adhesión de los propios centros públicos a una determinada y concreta cosmovisión religiosa, produciéndose una confusión entre funciones estatales y religiosas que resulta contraria al principio de laicidad»[27]. También se ha planteado la presencia de símbolos religiosos en locales utilizados en los procesos electorales (art. 1 del RD 605/1999, Resoluciones de la Junta Electoral Central de 29 de noviembre de 2006; 9 de junio de 2004; 22 de mayo de 2003; 25 de enero de 2007; 10 de abril de 2014) donde se indican que los símbolos religiosos no vulneran la neutralidad política ni son propaganda electoral. Estas Resoluciones vulneran el principio de separación y de neutralidad política y religiosa, al producirse una clara identificación entre lo político y lo religioso; además al no ser neutral el espacio para ejercer el derecho al voto como consecuencia de la posible influencia que puede ejercer en dicho acto.

En toda esta materia se debe tener en cuenta la *STC 130/1991, de 6 de junio* sobre la supresión de la Virgen del escudo de la Universidad de Valencia se dice: «La racionalidad del acuerdo, implícita en él pero comprensible sin esfuerzo, consiste en considerar que es más adecuado a la lógica de un Estado aconfesional un escudo universitario sin elementos de significado religioso que con ellos. […] Como dijimos en nuestra STC 94/1985 al símbolo político de una Comunidad Autónoma (allí), o de una Universidad (aquí), corresponde al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles» (FJ 7.º). Si bien en la *STC 34/2011, de 28 de marzo*, parece contradecir la anterior doctrina con un olvido manifiesto de principio de laicidad[28]. El principio de laicidad como «lo común a todos» debe recogerse en los símbolos institucionales que poseen una función integradora. También, sobre esta materia la STSJ

de Murcia de 25 de julio de 2012; la STSJ de Aragón 623/2012, de 6 de noviembre, sobre la presencia de los símbolos religiosos en el acto de juramento o promesa en el Ayuntamiento de Zaragoza y, la STSJ de Valencia de 23 de junio de 2013, sobre competencia municipal para adoptar acuerdos sobre el traslado y veneración del Sagrado Lienzo de la Santa Faz (donde se refleja con claridad el absoluto desconocimiento del principio de separación entre el Estado y las confesiones religiosas).

III. LIBERTAD DE CONCIENCIA

La Constitución no formula, expresamente, esta libertad y sólo menciona el término «conciencia» en relación a la objeción al servicio militar (art. 30.2 CE) y a la cláusula de conciencia de los periodistas [art. 20.1.*d*) CE]. El TC, sin embargo, ha entendido que el artículo 16 CE reconoce implícitamente la libertad de conciencia bajo la expresión *libertad ideológica, religiosa y de culto*: «el derecho fundamental recogido en el artículo 16 de la Constitución comprende, junto a las modalidades de la libertad de conciencia y de pensamiento, íntima y también exteriorizadas, una libertad de acción» (STC de 13 de febrero de 1985). La libertad de conciencia deriva del artículo 16.1 pero en relación, directa, con el artículo 10.1 y 1.1 de la misma Constitución. En cuanto principio informador (art. 1.1 CE), la libertad vincula a todos los poderes públicos que deberán orientar su acción hacia su máxima realización (art. 9.1 en relación al art. 9.2 CE). En palabras del Tribunal Constitucional, «no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar y enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos» (STC 120/90, de 27 de junio).

Calificamos a la libertad religiosa como una libertad ideológica cualificada. «La libertad ideológica que recoge la Constitución no constituye, como es obvio, una mera libertad interior sino que dentro de su contenido especial se incluye la posibilidad de su manifestación externa. Asimismo, es claro que en la manifestación externa no se circunscribe a la oral/escrita, sino que incluye también la adopción de actitudes y conductas»[29] y «la libertad ideológica, en el contexto democrático gobernado por el principio pluralista que está basado en la tolerancia y el respeto a la discrepancia y a la diferencia, es compresiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto al fenómeno religioso y al destino último del ser humano y así lo manifiesta bien el texto constitucional al diferenciar como manifestaciones del derecho la libertad ideológica, religiosa y de culto y la ideología, religión o creencias»[30]. Sin la libertad ideológica consagrada en el artículo 16.1 CE no serían posibles los valores superiores de nuestro

ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 CE[31]. En todo caso, la libertad religiosa se ha configurado como un «derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo»[32]. La libertad religiosa en un Estado social deja de ser simplemente una libertad de contenido negativo (que se garantiza con un «no hacer» por parte del Estado), externa y estática (un derecho de defensa) protegiendo de las injerencias ilegítimas de los poderes públicos o de terceros, para pasar a ser, con carácter excepcional, un derecho positivo (que son aquellos que se garantizan con «un hacer» por parte del Estado); es decir, deja de ser un mero límite a la actuación de los poderes públicos para transformarse en un instrumento jurídico de control de la actividad positiva o promocional del Estado. Esta transformación o mutación obliga a los poderes públicos a tomar a veces (no siempre) la iniciativa de establecer o adoptar acciones positivas en relación al contenido de la libertad religiosa[33].

El principio de cooperación con las confesiones religiosas se refiere a la promoción de la libertad religiosa como un deber estatal pero esto no significa que con carácter general se configure esta libertad como un derecho de prestación[34]. Por lo tanto, queda excluida toda cooperación que vaya dirigida a la ayuda y promoción de actividades u objetivos religiosos ya que de lo contrario se estaría vulnerando el principio de laicidad[35].

1. SUJETOS DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

A) Sujetos individuales

El derecho de libertad de conciencia se reconoce a todas las personas, derivado del principio personalista (dignidad humana). Mención aparte merecen dos colectivos:

Los *extranjeros* tienen reconocida la libertad de conciencia conforme al artículo 13 CE y el artículo 3 de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. En este punto, no se puede olvidar mencionar la Ley *12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en especial los artículos 1 al 7.*

Por su parte, la libertad de conciencia del *menor* se reconoce en el ar-tículo 14 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989[36] y el artículo 6 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor[37]. El problema se sitúa entre el derecho de libertad de conciencia de los menores y el ejercicio de la patria potestad. Conforme al artículo 154 del Código Civil se indica que se ejercerá la patria potestad en beneficio de los hijos y siempre «de acuerdo con su personalidad». Conviene recalcarlo conforme a la personalidad del menor no a la de los padres. Junto a este artículo hay que tener en cuenta lo dispuesto en el 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y en la

LO 1/1996, de protección jurídica del menor que consagran el principio inspirador en este ámbito el «interés superior del menor». En fin, los padres *deben guiar* al niño en el ejercicio de su derecho de libertad de conciencia de modo conforme a la evolución de sus facultades (art. 14 de la Convención del Niño). De igual forma los padres o tutores tienen el derecho y el *deber de cooperar* para que el menor ejerza la libertad de conciencia de modo que contribuya a su desarrollo integral (art. 6.3 LO 1/1996). Todo esta normativa, lo que pretende es evitar la «clonación ideológica y religiosa» (LLAMAZARES[38]). Uno de los ámbitos que más conflicto genera en el ejercicio de los derechos del menor se sitúa en el derecho de los padres a elegir la formación moral y religiosas de sus hijos (art. 27.3 CE) que será estudiado más adelante[39].

B) Sujetos colectivos

Conforme al artículo 22 CE se reconoce con carácter general el derecho de asociación que en este ámbito se combina con el reconocimiento del ejercicio colectivo de la libertad de conciencia del artículo 16.1 CE.

a) Derecho Común

El régimen común de los sujetos colectivos del ejercicio del derecho de libertad de conciencia se encuentra en la LO 1/2002, del derecho de asociación, que desarrolla el artículo 22 CE. Esta Ley orgánica en su artículo 1.3 excluye de su ámbito de aplicación a los partidos políticos, a los sindicatos, organizaciones empresariales y a las confesiones religiosas que estarán reguladas por leyes especiales. Un grupo de convicción que no está excluido de la aplicación de esta Ley orgánica son los grupos o «logias» de masones, así lo ha confirmado la jurisprudencia. No obstante, los tribunales han admitido algunas peculiaridades de estos grupos para que se adecúen al contenido de la LO 1/2002. En concreto: la estructura jerárquica y el voto restringido[40].

b) Derecho Especial

Conforme a la mención de la LO del Derecho de asociación los partidos políticos, sindicatos[41] y confesiones religiosas tienen una normativa especial. Así los *Partidos políticos* se regulan en la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos políticos que viene a desarrollar el artículo 6 CE. De esta Ley debemos hacer mención a los artículos 6, 7 y 9. Esta Ley orgánica fue declarada constitucional en la STC 48/2003. En concreto, en el fundamento jurídico número 10 de esta Sentencia que resuelve sobre la posible vulneración de la libertad ideológica afirma que: «sólo incurre en causa de disolución el partido que, no en su ideología, sino en su actividad persiga efectiva y actualmente "deteriorar o destruir el régimen de libertades"»[42].

En este apartado, se formula la siguiente pregunta: ¿los partidos políticos religiosos (especialmente, los partidos islamistas) pueden actuar dentro de nuestro ordenamiento jurídico? Para responder con exactitud es preciso estudiar tres aspectos: la Ley de Partidos Políticos (art. 9), la jurisprudencia del TC y la jurisprudencia del TEDH. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, ha señalado: «cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos humanos». Hasta ese punto es cierta la afirmación de que «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981, de 8 de abril). Mayor importancia en este punto tiene la jurisprudencia del TEDH que expresamente se ha pronunciado sobre la ilegalización de un partido islamista: la STEDH de 31 de julio de 2001 (asunto Refah Partisi —Partido de la Prosperidad—y otros contra Turquía)[43]. El TEDH analiza tres cuestiones del Partido de la Prosperidad que constituyen la esencia de un partido islamista y que son contrarios al Convenio Europeo de Derechos Humanos: *el establecimiento de un sistema multijurídico*[44]; *de la ley islámica (sharia)*[45] y, el *llamamiento a la «Jihad»*[46]. En conclusión, los partidos islamistas pretenden el establecimiento de un Estado teocrático incompatible con el sistema democrático. Lo mismo sería predicable de cualquier partido religioso que pretendiese el establecimiento de un Estado teocrático.

Las *confesiones religiosas*. Su régimen jurídico especial se regula en la Ley Orgánica 7/1980 y la STC 46/2001[47]. El artículo 2.2 LOLR distingue tres tipos de grupos religiosos: iglesias, confesiones religiosas y comunidades religiosas en función de su estructura interna (jerárquica, colegial y democrática). Además, un grupo religioso cuenta con un credo, con un culto y con una organización propia. Si bien la característica diferencial con cualquier otro grupo no religioso la situaríamos en la fe.

Por último, las *empresas ideológicas o de tendencia*. Se pueden definir como cualquier organización que sea instrumento o vehículo de la libertad de conciencia que agrupa a personas en torno a la consecución de sus objetivos o, con otras palabras, cualquier organización creadora o sustentadora de una determinada ideología y en función de la misma existe[48]. En los supuestos incluidos dentro de este concepto se incluirían: las organizaciones institucionales expresivas de una ideología (partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, confesiones religiosas) y, las empresas que suministran bienes y servicios de componente ideológico (centro educativo privado, medios de comunicación privados)[49].

2. CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

A) Derechos individuales

La libertad de conciencia exige de los poderes públicos respeto, defensa, protección, *garantía* y promoción. Los derechos individuales de la libertad de conciencia se despliegan, en relación al triple contenido de la misma[50], que aparecen, en primer lugar, reconocidos en la Constitución española. Si bien, estimamos que el contenido individual de la libertad religiosa que recoge el artículo 2.1 LOLR puede ser también considerado como el contenido de la libertad de conciencia y en función de la aplicación del principio de igualdad entre creyentes y no creyentes, ante la falta de una Ley orgánica reguladora de todas las libertades reconocidas en el artículo 16 CE. El contenido que enumera el artículo 2.1 LOLR se puede atribuir con carácter exclusivo a la libertad religiosa. En concreto:

— Libertad de culto, festividades y ritos matrimoniales.
— Objeciones de conciencia.
— Asistencia religiosa.

Si bien todos estos contenidos se pueden reconducir, aplicando el principio de igualdad y no discriminación, a la libertad de conciencia y, por ende, a todos los ciudadanos (ritos culturales, festividades culturales o civiles, matrimonio étnico o civil, objeciones de conciencia no fundamentadas en motivos religiosos y, asistencia espiritual o ética).

Me voy a detener, en este apartado, en dos contenidos concretos de la libertad de conciencia que no serán tratados en otras Unidades didácticas:

Primero: el derecho a cambiar o abandonar una religión; en concreto, la apostasía y la protección de los datos de carácter personal.

La relación directa del derecho de la persona sobre los datos de carácter personal con el derecho a la intimidad es evidente si bien el derecho fundamental a la protección de datos personales constituye un derecho autónomo al derecho a la intimidad como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia constitucional. El marco jurídico sería: la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas; Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (en adelante, LOPD) y el Real Decreto 1.720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba el desarrollo de la mencionada Ley Orgánica 15/1999. Toda esta normativa tiene su engarce constitucional en el artículo 18.4 CE. La jurisprudencia constitucional, y muy especialmente, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, ha venido a concretar el alcance, contenido y límites de este derecho fundamental a la protección de los datos personales.

Los datos personales sensibles referidos a las ideas, creencias, religión, origen racial, salud o vida sexual se regulan en el artículo 7 LOPD. Dentro del contenido de este derecho y su protección el artículo 7.2 LOPD exige el consentimiento expreso y por

escrito para que consten los datos sensibles[51]. Este artículo 7 LOPD, en su apartado 4.º, dispone que se prohíbe la creación de ficheros que recojan, exclusivamente, datos sensibles. La excepción son los ficheros de los miembros de partidos políticos, sindicatos, confesiones religiosas y otras asociaciones sin ánimo de lucro donde consten sus asociados o miembros si bien la cesión de dichos datos deberá constar el consentimiento de los miembros.

Mayores problemas ha suscitado el derecho de cancelación de los datos personales de contenido religioso. El derecho de cancelación surge como consecuencia lógica del derecho fundamental a la protección de los datos personales y, como expresamente ha dicho el TC, la persona tiene amplia disponibilidad de los mismos a través del consentimiento. Por eso, tal consentimiento puede ser revocado en cualquier momento. En este caso implica también el ejercicio de la libertad de conciencia. Es decir, el derecho a abandonar la confesión cuya creencia se profesaba bien para cambiar de religión o, simplemente, dejar de tener esas creencias religiosas. El ejercicio de esta libertad de salida no se puede considerar un «asunto propio» de la confesión; por tal motivo, los poderes públicos deben tutelar y garantizar tal derecho de salida. No obstante, en función del principio de separación el Estado no puede obligar, en principio, a las confesiones a que regulen la salida de los fieles pero sí a que dicha confesión reconozca que tal persona ya no es un creyente de esa religión.

Este derecho de cancelación se entremezcla con algún otro concepto como bloqueo, supresión y borrado. La Directiva comunitaria de 1995 introduce la posibilidad del bloqueo cuando determinados datos personales no se pueden suprimir; en ese caso, se «paraliza» su tratamiento debido a que existe alguna razón que hace imposible su borrado (arts. 16.3 y 23 LOPD). La Instrucción 1/1998 de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), de 19 de enero dispone: «La cancelación exige el borrado físico de los datos, sin que sea suficiente a estos efectos una marca lógica o el mantenimiento de otro fichero alternativo en el que se registren las bajas producidas». Sólo en determinados supuestos la cancelación no dará lugar al borrado o supresión física sino al bloqueo, pero sólo en los supuestos contemplados por la LOPD y no en ningún otro supuesto, que pueda ser creado por la jurisprudencia o por la AEPD[52]. Por último, hay que indicar que si la rectificación de datos inexactos no es posible realizarla se debe proceder a la cancelación por responder dicho dato a la situación real del afectado y acarrear la ilegitimidad de su tratamiento. Este derecho de cancelación de los datos personales es el que mayor conflictividad jurisdiccional ha ocasionado; en concreto, por las declaraciones de apostasía de la Iglesia católica. Los hechos que se han venido solventando jurisdiccionalmente son las pretensiones de una serie de ciudadanos que exigen la cancelación de sus datos personales del Libro de bautismo de la Iglesia católica. La primera pregunta que surge sería la siguiente: ¿El libro de bautismo de la Iglesia católica es un fichero? Porque de dicha calificación se deriva si se aplica o no LOPD y todo su contenido y, consecuentemente, si los ciudadanos bautizados pueden

exigir a la Iglesia católica el cumplimiento de la misma.

La Iglesia católica ha defendido que los libros de bautismo no son ficheros y la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2008 ha dado por bueno tal argumento[53]. Los libros de bautismo sí son ficheros sujetos a la aplicación de la LOPD:

1.º Contienen datos personales. En este punto seguimos los criterios utilizados por la Sentencias de la Audiencia Nacional.

2.º Son susceptibles de tratamiento. Se puede obtener sin grandes dificultades una partida de bautismo[54]. Por otra parte, ni la LOPD ni la Directiva de 1995 excluyen de su ámbito de aplicación a los ficheros no automatizados (es decir, en soporte de papel). Todos los derechos que reconoce la LOPD se pueden ejercer también frente a los titulares o responsables de los ficheros no automatizados. E, incluso, la disposición adicional primera de la LOPD establece la fecha de 24 de octubre de 2007 para la aplicación de todo el contenido de la mencionada Ley.

3.º Revelan la orientación religiosa de una persona, es una presunción o indicio de pertenencia a la Iglesia católica.

Por último, hay que tener en cuenta la STS de 10 de noviembre de 2012 que ordena al Opus Dei borrar de sus archivos los datos personales de una ex miembro que así lo solicitó cuando se dio de baja en esta institución religiosa[55].

Segundo: El derecho a elegir la identidad cultural.

Toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho a elegir su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión y a que se respete dicha elección[56]. Es decir, tiene derecho a conformarse, libremente, su propia identidad como contenido del libre desarrollo de la personalidad y del proceso de «mestizaje constitucional democrático» dentro de la interculturalidad. Una persona puede poseer varias identidades que le son propias, no sólo en la vida privada sino también en la esfera pública. De hecho, en las sociedades abiertas, como la española, con una circulación cada vez mayor de personas e ideas, muchas personas tienen múltiples identidades que coinciden, coexisten o se superponen (de forma jerarquizada o no jerarquizada), reflejando su identidad personal y su personalidad. Los límites al reconocimiento de los derechos de las minorías son los derechos humanos pero eso afecta, sin duda, a la identidad de muchos grupos. Cuando los derechos individuales y colectivos entran en conflicto, el Estado debe proteger a los derechos individuales de las personas pertenecientes a las minorías pero no al grupo en cuanto tal; es decir, el Estado no debe proteger, en este caso la identidad, del grupo. Por lo tanto, es en este punto donde se sitúa el límite a la protección de la identidad de las minorías ya que en muchos casos, la protección de la «pureza» del grupo puede vulnerar la neutralidad, el pluralismo y los derechos humanos. La idea que subyace en el multiculturalismo es la necesidad de

reconocer las diferencias y las identidades culturales. Eso no supone que todas las culturas contengan aportaciones igualmente valiosas para el bienestar, la libertad y la igualdad de los seres humanos[57]. El Estado no es absolutamente neutral en el ámbito cultural, porque tiene que defender los valores democráticos y, consecuentemente, habrá de distinguir las pretensiones de las minorías culturales que sean dignas de protección y de reconocimiento jurídico de las que no lo merecen[58].

La interculturalidad se refiere a «la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo»[59]. La garantía de que la multiculturalidad se oriente hacia la interculturalidad es que aquélla esté guiada por valores éticos universales (valores comunes) y se produzcan nuevos «mestizajes» de los valores diferenciales, siempre que esos valores diferenciales no entren en contradicción con los valores éticos universales (valores comunes)[60]. Es aquí donde situamos el parámetro que denominamos «mestizaje constitucional democrático»[61]. En este sentido, vendría a ser entendido como «fusión cultural» dentro del marco constitucional y como enriquecimiento permanente del sistema democrático. Dicho mestizaje debe tener como meta la consecución de una sociedad democrática avanzada como dice el Preámbulo de nuestra Constitución. En fin, la interculturalidad es la respuesta más congruente para resolver los conflictos que plantean las minorías religiosas en nuestro ordenamiento jurídico.

B) Derechos colectivos

En el mismo sentido que el contenido de los derechos individuales, el artículo 2.2 LOLR recoge el contenido de los derechos colectivos. Si bien, en relación a las confesiones ese contenido se aumenta en función del artículo 6 LOLR (plena autonomía autoorganizativa[62]).

3. Límites de la libertad de conciencia

A) Orden público

Según el artículo 16.1 CE el único límite que afecta tanto a la libertad ideológica como de la libertad religiosa, y sólo en sus manifestaciones externas, es el orden público protegido por la ley. Como instrumento para concretar el contenido del orden público como límite acudimos al artículo 3.1 LOLR. El artículo 3.1 LOLR expresamente recoge el contenido del orden público como límite de los derechos fundamentales: protección de los derechos y libertades fundamentales de los demás; la seguridad pública[63], la salud pública[64] y la moralidad pública (mínimo ético común[65]).

[65]En consecuencia, las medidas restrictivas del ejercicio de estos derechos deberán hacerse por Ley[66]. En todo caso, es preciso recordar que ante la posible colisión entre derechos fundamentales se debe respetar el contenido esencial de estos derechos a través de aquella solución que armonice mejor el ejercicio de ambos derechos y, además, debemos tener presente el principio de proporcionalidad, exigible entre el derecho que se limita y el bien jurídico que se protege[67]. Y, por último, dicho límite sólo puede afectar a las manifestaciones externas de las creencias y convicciones y, no a las proyecciones internas de las mismas.

B) Límites al ejercicio colectivo de la libertad de conciencia

Las «sectas destructivas» se incluye en este apartado. Dentro del contenido del derecho de libertad religiosa se encuentra el derecho a cambiar de religión, a escindirse y a fundar una religión. Sobre los denominados «nuevos movimientos religiosos» (grupos religiosos de reciente creación o alejados de «nuestra cultura histórica u occidental») se extiende la sospecha de encontrarnos ante un grupo que lleva a cabo actividades ilícitas. Un Estado neutral religiosamente debe garantizar, lo primero de todo, el ejercicio de la libertad religiosa independientemente del número de creyentes de los grupos religiosos y, deberá perseguir y condenar las actividades delictivas que lleven a cabo las confesiones religiosas, sean éstas mayoritarias o minoritarias[68]. Las «sectas destructivas[69]», con carácter general, pueden ser imputadas por las siguientes conductas delictivas:

— Utilización instrumental del pretendido carácter religioso (actividades mercantiles) delitos de estafa, apropiación indebida, evasión de capitales, etc.

— Son delictivas algunas actividades religiosas (prostitución infantil, clonación reproductiva, etc.).

— Técnicas de despersonalización (técnicas de «lavado de cerebro»); en este último apartado téngase en cuenta el artículo 515.2 CP (modificado por LO 1/2015).

C) Límites de la libertad de conciencia en el Código Penal

El Derecho penal actúa en una doble vertiente: por una parte, garantizando el libre ejercicio de los derechos fundamentales (entre ellos, la libertad de conciencia) y, por otra, como límite negativo imposibilitando que el ejercicio externo de la libertad de conciencia pueda vulnerar los derechos y libertades de los demás u otros bienes jurídicos protegibles penalmente. Los principios de legalidad, de intervención mínima impone un límite a la intervención punitiva que no puede perseguir la preservación de intereses religiosos (que, en principio, no son bienes generales a no ser que sometan a los tipos comunes). Las normas penales deben ser neutrales; es decir, no deben recoger

valoraciones religiosas ni establecer delitos religiosos ni realizar una valoración positiva de las creencias religiosas en detrimento de cualquier otra. Con palabras del Tribunal Constitucional: «los valores e intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos»[70].

La *protección penal de la libertad de conciencia* se puede estructurar en los siguientes ámbitos:

— La protección del derecho a la identidad propia de los grupos o asociaciones. En este apartado citamos los siguientes tipos penales:

• La provocación al odio, la discriminación o la violencia (art. 510.1 CP, modificado por LO 1/2015), debiendo concurrir las circunstancias propias de la provocación regulada en el artículo 18.1 CP.

• La difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones; justamente sobre las características diferenciales que enumera el artículo 510.2 CP, modificado por LO 1/2015 (ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía).

• La denegación de prestaciones de un servicio público al que tienen derecho por discriminación de alguna de las características diferenciales (art. 511.2 y 3 CP, modificado por LO 1/2015).

• Genocidio (art. 607 CP[71]) y delitos de lesa humanidad (art. 607 bis CP). En este punto hay que mencionar el *Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, 9 de diciembre de 1948*[72] y la STC 227/2007, de 22 de octubre de 2007 (caso Falun Gong). Esta sentencia ha quedado sin aplicación por el Auto de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2014 y el Auto del TS de 22 de abril de 2015. En esta materia, sobre jurisdicción universal es necesario tener en cuenta la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial[73].

— El artículo 31 bis CP, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el artículo 129 CP para aquellas organizaciones sin personalidad jurídica (SAN de 2 de julio de 2013).

— La protección del derecho a la identidad de los individuos. Dentro de este apartado se incluyen las siguientes conductas delictivas:

• La denegación de prestaciones a las que tiene derecho; siempre que dicha denegación suponga una discriminación (arts. 511 y 512 CP, modificado por LO 1/2015).

• Se tipifican como ilícitas a aquellas asociaciones que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por alguna característica diferencial (art. 515.4 CP[74], modificado por LO 1/2015). Asimismo el artículo 517 CP

prevé una pena de prisión y multas para los fundadores, directores, presidentes de tales asociaciones y para los miembros activos. Y, por último, el artículo 520 CP contempla su disolución.

• Se tipifica como delito la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos de genocidio (art. 607.2 CP). La Sentencia del TC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, ha declarado inconstitucional y nula la inclusión de la expresión «*nieguen o*» de este apartado 2.º del artículo 60775.

Finalmente, se incluye en el Código Penal como agravante la comisión de un delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación (art. 22.4 CP[76]).

En relación a la *protección de la libertad de creencias e ideas*. El Derecho común de la protección penal de esta libertad de conciencia vendría determinado por los delitos de coacciones (art. 172 CP) y los delitos de amenazas (art. 169 CP). El Derecho especial de la protección penal de estas libertades se ha dividido en función de los siguientes tipos penales:

— La protección de la libre formación de la conciencia (art. 522.2 CP).

— La protección de la libertad para tener unas u otras creencias o ideas. El bien jurídico protegido no es otro que la libertad para tener y mantener pacíficamente unas u otras convicciones sin coacciones, presiones ni condicionamientos externos. El artículo 522.2 CP contempla el «impedir el abandono» de una religión como conducta delictiva. Los medios para forzar a ese cambio (art. 522.1 CP) son la violencia, la intimidación, la fuerza o cualquier apremio ilegítimo. Dentro de este último concepto se incluye los supuestos de control de la personalidad. Por último, es curioso que la pena prevista en el artículo 522 CP es inferior a las penas contempladas en los artículos 169 y 172 CP.

— El artículo 522 CP contempla la protección de la libertad de expresión de las propias convicciones mediante conductas colectivas como el culto; es decir, se refiere a los supuestos de violencia ejercida sobre personas individuales que sean miembros de un grupo religioso.

— El artículo 523 CP tipifica 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 Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia. La doctrina considera que este último artículo es inútil porque se considera suficiente la remisión al artículo 514.4 CP y, artículo 36 de LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana que tipifica como infracción administrativa grave la perturbación de solemnidades y oficios religiosos.

— La protección penal de los sentimientos religiosos está regulada en los artículos 524 y 525 CP[77].

— El artículo 526 CP protege penalmente el respeto debido a la memoria de los muertos.

En conclusión, no existe fundamento jurídico alguno para dotar de una protección especial al derecho de libertad de conciencia, en ninguna de sus dimensiones (religiosa o no religiosa). Lo que implica una valoración positiva de lo religioso frente a lo no religioso implicando una vulneración de la neutralidad religiosa al poner en manos de las confesiones el régimen jurídico-penal para dispensar una mayor protección a lo religioso y, a sensu contrario, una vulneración de la libertad de conciencia de los no creyentes, por ejemplo, en el caso de la protección de los sentimientos religiosos (LLAMAZARES[78]).

Dentro de este apartado es conveniente hacer mención al *terrorismo.* El ejercicio de la libertad de conciencia en sus manifestaciones externas encuentra como límite de la misma estos tipos penales (LO 2/2015, de 30 de marzo). Especial relevancia en este ámbito es el terrorismo *islamista*[79]. Del estudio de la jurisprudencia española[80] se puede extraer las siguientes conclusiones:

— «No se encontrarían bajo protección constitucional la realización de actos o actividades que, en el desarrollo de ciertas ideologías, vulneren otros derechos fundamentales, como ocurre en el caso con la difusión de ideas violentas sustentadas en la religión islámica, que invitan indirectamente a la comisión de delitos de terrorismo, lo que implica un riesgo de lesión de bienes jurídicos de capital importancia, como son la vida, la integridad física, la seguridad o la libertad»[81].

— No se debe confundir entre integrista islámico y terrorista[82] y, en parecidos términos, se ha pronunciado el TEDH[83].

— Se define «grupo terrorista islamista» como toda aquella organización «de carácter fundamentalista, que posee una estructura estable y permanente, que basa su actividad terrorista en los postulados ideológicos de recurrir a la práctica de la Jihad ("Guerra Santa") para lograr el acceso al poder político y el establecimiento de la Sharia ("Ley Islámica") y así derogar el sistema político vigente, ejecutando a las personas que en base a su interpretación subjetiva sean hostiles al Islam»[84].

— El Tribunal Supremo es consciente de que la investigación de hechos de esta naturaleza reviste una gran complejidad por la forma en que se generan y por las amplias posibilidades de que el número de personas que puedan resultar seducidas por las predicaciones de fanáticos religiosos sea imprevisible y totalmente aleatoria. No es posible afirmar en una sentencia, que la predicación de doctrinas integristas y fanáticas capte a todos aquellos que la escuchan e, incluso, participan de sus dogmas y contenidos llegando a inflamarse de animadversión hacia las personas que estiman enemigas de sus religiones y creencias. Además, las manifestaciones de este fenómeno son mucho más complejas, en cuanto a su investigación y prueba, que cualquier otra modalidad delictiva, sobre todo, cuando la actividad que se detecta en las actuaciones policiales y judiciales es embrionaria, sin haberse concretado, afortunadamente, en resultados catastróficos. Por tal motivo, no es reprochable que los servicios de inteligencia o las unidades policiales extiendan sus investigaciones a un amplio espectro de personas que pudieran sentirse

atraídas por las prácticas que incitan a la violencia en nombre de creencias religiosas y, una vez agotadas sus posibilidades, centren sus sospechas en un número de personas que, finalmente, ponen a disposición de la autoridad judicial. Por su parte, el Tribunal Supremo determina la doctrina sobre la intervención del Derecho penal ante conductas reveladoras de una predisposición a la comisión de atentados terroristas. Considera que los fenómenos de esta naturaleza indudablemente merecen la atención social y criminológica y, sobre todo, vigilancia policial pero a pesar de su fundamentalismo religioso no permiten llevar las barreras del derecho penal a estadios en los que el fanatismo, explicitado sin encubrimientos y de manera clara, nos sitúa ante personas que indudablemente pueden tener una cierta peligrosidad sin descartar que en el futuro puedan realizar actividades delictivas graves. Por último, el Tribunal Supremo concluye que si se adoptasen sanciones penales ante conductas desviadas se situarían en el inadmisible campo del «Derecho penal de autor» o lo que es peor en su modalidad delictiva derivada de la pertenencia a un grupo que adopta doctrinas fundamentalistas. Es la acción y no el pensamiento la que, en principio, podría ser incriminada.

En este punto es conveniente hacer mención a la diferencia entre *delincuente por convicción y de conciencia*[85]. Los delincuentes por convicción no tienen un conflicto interno pues tienen la certeza de estar haciendo lo correcto; es decir, llevan a cabo sus acciones plenamente convencidos de cumplir como un mandato de carácter divino. En cambio, se calificará como autor por conciencia a quien se decide por el hecho luego después de una lucha seria por la comprensión de lo éticamente correcto; es decir, que tiene un conflicto interno que conoce el sujeto y considera que su conducta puede ser delictiva. En la STS de 28 de octubre de 1998, se recoge: «En todo caso, hay que decir aquí que no puede servir como fundamento de una resolución absolutoria el que el sujeto autor de la infracción penal pueda delinquir movido por sus creencias religiosas o de otro tipo. Esto nada tiene que ver con el error de prohibición. Se trata del problema de la delincuencia por convicción, que existe cuando el que delinque coloca por encima de los deberes que como ciudadano le incumben (cualesquiera prestaciones en beneficio de la comunidad que la Ley impone) su propia y personal convicción interior derivada de sus ideas políticas, religiosas o de otro orden. Cuando tal conflicto se produce, ha de prevalecer el mandato legal, porque la vigencia de las normas jurídicas no puede quedar condicionada a la aprobación que de ellas pueda hacer cada ciudadano».

IV. IGUALDAD EN LA LIBERTAD

En el texto constitucional el principio de igualdad aparece proclamado en el artículo 14 CE con una ubicación que encabeza el Capítulo segundo (Derechos y libertades) del Título primero de la Constitución, lo que hace pensar en su proyección a todos los derechos que se reconocen en los siguientes preceptos constitucionales (Derechos

fundamentales y libertad públicas). Con esta interpretación se supera la posible colisión entre igualdad y libertad, no existiendo entre ambas relación jerárquica. Estoy haciendo referencia al principio kantiano de la libertad de cada uno ha de poder ser compatible con la igual libertad de todos conforme a una ley general. La igualdad es a un tiempo principio informador del ordenamiento y derecho subjetivo de carácter fundamental que goza de protección del artículo 53 CE; en este sentido, como principio informador constituye un mandato y un límite para la actuación de los poderes públicos[86].

Al referir el contenido de la igualdad es habitual establecer la distinción entre igualdad formal e igualdad material.

La *igualdad formal* representa la igualdad ante la ley que, a su vez, se despliega en dos planos: el derecho a ser tratados por la ley de igual modo y el derecho a la igual aplicación de la misma ley.

La igualdad en la ley supone «la interdicción de establecer diferenciaciones que sean arbitrarias, estén faltas de justificación o sean desproporcionadas» (STC de 8 de junio de 1988). Se trata de un mandato dirigido al legislador y al poder ejecutivo, titular de la potestad reglamentaria, que opera en la configuración de los supuestos de hecho de la norma que no podrá otorgar relevancia jurídica a supuestos expresamente prohibidos por la Constitución en el artículo 14 (nacimiento, raza, sexo, religión, u opinión) o a aquellos que, por no guardar relación con la regulación, conduzcan a una resultado arbitrario. En este punto, conviene tener muy presente la definición legal de discriminación directa e indirecta que define el artículo 28 de la Ley 63/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Esta Ley 63/2003, regula la igualdad de trato y no discriminación por origen racial o étnico en los artículos 29 a 32 (en trasposición de la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico[87]) y, también, regula la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, por ningún motivo, incluido los motivos religiosos o de convicciones, en los artículos 34 a 43 (en trasposición de la Directiva 2000/78/CE).

Por otro lado, la igualdad es un concepto relacional que cobra pleno sentido por la comparación de dos términos: sólo se puede hablar de igualdad por referencia a otro término con el que establecemos dicha comparación. Esta apreciación se revela especialmente en relación a la igualdad en la aplicación de la ley. Efectivamente, el operador jurídico está obligado a aplicar la norma por igual a todos aquellos que se hallen en igual situación. Tal es la doctrina del Tribunal Constitucional que aplica siempre y cuando los actos o decisiones que se comparan procedan del mismo órgano, que en principio está obligado a respetar sus precedentes. En relación a los precedentes administrativos hay que tener presente la dicción del artículo 54 de la Ley 30/1992. La vinculación al precedente admite una excepción: el cambio de criterio del órgano judicial siempre que esté suficientemente motivado.

La *igualdad material*, se recoge en el artículo 9.2 CE: corresponde a los poderes

públicos promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. La igualdad material es un mandato a los poderes públicos y no goza de la protección del recurso de amparo que sí tiene el artículo 14 CE. Es, sin embargo, parámetro de la constitucionalidad de las leyes y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias (STC de 8 de abril de 1982).

La igualdad se predica tanto de la libertad religiosa como de la libertad ideológica que simultáneamente se recoge en el artículo 16 CE; lo que necesariamente pone en relación los artículos 14 y 16 y éstos a su vez con los artículos 1.1, 9.2 y 10.1 CE.

En este apartado también hay que mencionar el artículo 149.1.1.ª de la Constitución, que reserva al Estado la competencia exclusiva para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos constitucionales, entre los que se encuentra el derecho fundamental a la libertad religiosa.

Conviene recordar que el principio de igualdad prohíbe las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, siendo asimismo necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se evitan resultados excesivamente gravosos o desmedidos[88]. El TC que configura la igualdad jurídica en el ámbito religioso como la ausencia de discriminación o «trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de su ideología o creencia, así como *gozar de un igual disfrute de la libertad religiosa*»[89].

Por otra parte, sólo puede aducirse la quiebra del principio de igualdad jurídica cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones de hecho entre los sujetos afectados por la norma, se produzca un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada basada en razones de creencias o convicciones ideológicas o religiosas (cfr. SSTC de 10 de julio y 30 de marzo de 1981). Partiendo de lo anterior, se puede definir la discriminación religiosa como la prohibición de cualquier acción de distinción por motivos religiosos que supongan un menoscabo o extinción en la titularidad y en el ejercicio del único y mismo derecho de libertad de conciencia y del resto de los derechos fundamentales[90].

Además, la denominada «discriminación por indiferenciación» que es aquella que se produce por un trato jurídico idéntico de dos o más situaciones fácticas que son diferentes. No suele reconocerse ni en sede normativa ni en sede judicial. Una excepción es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que resuelve el caso Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2000. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo apreció en ese caso un supuesto de discriminación por indiferenciación[91].

Si se aplica el principio de igualdad al diferente estatuto jurídico de las confesiones religiosas[92], en el ordenamiento jurídico español, encontramos tres parámetros de comparación:

— Confesiones inscritas y confesiones no inscritas. La inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia de las confesiones religiosas conlleva el reconocimiento en el ejercicio colectivo de la libertad religiosa. La no inscripción no implica la vulneración del principio de igualdad, bien porque es una decisión libre de la confesión la no inscripción o, bien porque dicho grupo no reúne los requisitos para la inscripción eso no impide la protección de los derechos individuales.

— Confesiones con acuerdos de cooperación y confesiones sin acuerdos. No se vulnerará el principio de igualdad siempre que dichos acuerdos no recojan privilegios para las confesiones sino que incluyan exclusivamente las peculiaridades propias de esa confesión con vistas a hacer real y efectivo el derecho de libertad religiosa. En todo caso, la celebración de acuerdo lleva siempre la carga de la sospecha de la vulneración del principio de igualdad.

— Acuerdos con la Iglesia católica de 1976 y 1979[93] y los Acuerdos de 1992 con las confesiones minoritarias (evangélica, judía y musulmana[94]). La comparación del contenido de dichos acuerdos nos lleva a afirmar que en los Acuerdos con la Iglesia católica se consagran auténticos privilegios (un ejemplo, como posteriormente se comprobará, es la financiación de la Iglesia católica).

Algunos autores amparan este trato discriminatorio en la tradición, el arraigo, el peso sociológico, la extensión geográfica o la complejidad organizativa de las confesiones religiosas. Consecuentemente, se dice que la Iglesia católica en España debe tener un tratamiento específico respecto al resto de confesiones religiosas. En realidad, nos encontramos ante la defensa del mantenimiento de estatuto jurídico privilegiado de esta confesión[95]. No puede haber desigualdad cualitativa entre las diversas confesiones religiosas en un Estado democrático y, por tanto, laico[96].

También se ha venido a defender la discriminación positiva de las minorías religiosas utilizando el concepto de libertad religiosa como derecho de prestación, con las siguientes palabras: «La peculiar situación histórica de confesionalidad católica del Estado español, ya aludida, y de persecución o cuanto menos obstaculización para el libre ejercicio de la libertad religiosa en distintos períodos históricos, y esta laicidad positiva mencionada [obligatoriedad de una actitud asistencial o prestacional por parte de los poderes públicos] podrían llevar a primer término una reflexión sobre la viabilidad de *acciones positivas* hacia las otras religiones (especialmente, aquellas confesiones que sufren una mayor discriminación), con el fin de compensar su situación histórica y hacer realmente posible su arraigo normalizado»[97]. Considero que estas palabras son absolutamente incompatibles con el principio de laicidad, pues el principio de laicidad veda cualquier tipo de discriminación positiva de los creyentes de cualquier confesión, sea la confesión mayoritaria o minoritaria.

V. COOPERACIÓN ESTATAL CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

Este principio, *derivado* de los anteriores, aparece formulado en el artículo 16.3 CE, después de proclamar el principio de laicidad. La cooperación estatal a que hace mención este apartado tercero de este artículo constitucional tiene su fundamento en la acción promocional (que no derecho prestacional) de los derechos fundamentales por parte del Estado social. Por lo tanto, este principio es una proyección del artículo 9.2 CE en este ámbito concreto, como ha confirmado la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero[98]. Quizás su plasmación expresa en la Constitución española se deba al hecho de excluir cualquier referencia laicista (o, de laicismo) que evoque el período de la II República española[99]. Tampoco este principio lleva aparejado una valoración positiva de las creencias religiosas pues con ello se vulneraría la neutralidad religiosa. El principio de cooperación tiene su fundamento en la valoración positiva del ejercicio de la libertad religiosa pero encuentra su límite en los principios de igualdad y laicidad del Estado. Se trata de un principio derivado de estos tres principios (libertad, igualdad y laicidad) que no se sitúa en la cima del sistema y, en consecuencia, se encuentra subordinado a los mismos.

Por lo tanto, el principio de cooperación se refiere a la promoción de la libertad religiosa como un deber estatal pero, con carácter general, no se configura como un derecho de prestación[100], quedando excluida toda cooperación que vaya dirigida a la ayuda y promoción de actividades u objetivos religiosos; ya que supondría la vulneración del principio de laicidad. Una de las posibles manifestaciones de este principio de cooperación se expresa a través de acuerdos de cooperación que, en nuestro ordenamiento jurídico (art. 7 LOLR[101]), ni son obligados su elaboración por el Estado ni son la única vía para expresar este principio de cooperación. Los acuerdos de cooperación expresan el principio de participación (art. 9.2, *in fine*) y recogen las necesidades especiales de conciencia derivadas de las diversas creencias de sus ciudadanos (acomodación).

Se ha señalado que la cooperación se mueve en un delicado equilibrio, porque el Estado no puede comportarse como un Estado confesional o pluriconfesional ni puede tampoco discriminar a sus ciudadanos por motivos religiosos[102] y, además tal cooperación con las confesiones debe hacerse de tal manera que queden salvaguardadas la libertad y la igualdad de los demás grupos religiosos y de los no creyentes (PRIETO SANCHÍS). Pero no se puede entender este principio de cooperación como base jurídica para justificar el mantenimiento de la «religiosidad popular». Creemos que se confunde entre: «los poderes públicos mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación» con «los poderes públicos mantendrán las creencias religiosas existentes en la sociedad española». (Esta última frase no aparece en el Texto constitucional.)

En relación con estas cuestiones, conviene recordar que el principio de cooperación con las confesiones recogido en el artículo 16 CE tiene su fundamento en la *acción promocional* de los derechos fundamentales por parte del Estado social[103]. Por lo tanto, este principio es una proyección del artículo 9.2 CE en este ámbito concreto, como ha

confirmado la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero[104] (perspectiva asistencial o prestacional que exige de los poderes públicos una actitud positiva en este ámbito «conforme a lo que dispone el apartado 3 del mencionado artículo 2 LOLR»[105]). Con otras palabras: «La actividad positiva de los poderes públicos no puede comprender todas las manifestaciones de la libertad religiosa, sencillamente porque la libertad religiosa no es un derecho prestacional sino un derecho de libertad que, en ocasiones, incorpora una faceta prestacional. Sin embargo, en nuestra opinión, no es posible sostener que esa faceta prestacional forma parte de su contenido esencial. Como tal derecho de libertad es un derecho de defensa que lo que exige a los poderes públicos es la no intervención, salvo cuando ésta sea necesaria para hacer efectivo el ejercicio del derecho, o para reparar la desigualdad»[106]. Con rotundidad, el Tribunal Constitucional español se ha manifestado en la STC 47/1985, de 27 de marzo, en relación con esta cuestión: «convirtiendo lo que es y no puede dejar de ser un derecho libertad en un derecho de prestación» (FJ 5). El Tribunal Constitucional español (STC 166/1996) distingue entre cooperación obligada y cooperación posible con las confesiones religiosas. El primer tipo, la cooperación obligada o prestacional, es la que los creyentes pueden exigir, a modo de intervención, a los poderes públicos como imprescindible y absolutamente necesaria para hacer real y efectiva la libertad religiosa de todos, no solamente de determinadas confesiones (art. 9.2 CE) mientras que el segundo tipo, la cooperación posible, es la que contribuye a *facilitar* el ejercicio de la libertad religiosa (de todo su contenido, incluido el derecho a cambiar de religión o abandonar la que se tenía). Pero siempre ambos tipos de cooperación (obligada y posible) tienen como límites la igualdad y la laicidad[107].

Cualquier posible contenido de la cooperación tiene como función hacer posible el ejercicio de la libertad religiosa y debe partir de la consideración del principio personalista; es decir, el protagonismo les corresponde a los derechos de igualdad y libertad religiosa de los ciudadanos y con carácter simplemente instrumental y, a su servicio, a los derechos de las confesiones religiosas[108].

Por último, la cooperación con las confesiones religiosas solamente es posible si garantiza la libertad de conciencia de todos, porque de otra manera los poderes públicos estarían vulnerando la libertad de conciencia de algún ciudadano y, consecuentemente, el principio de laicidad. Por otra parte, se ha planteado un plus a este principio de cooperación con las confesiones religiosas que implicaría el respeto a los derechos humanos por parte del sujeto que se beneficia de la cooperación estatal[109].

---

1 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Cívitas, 2011, pp. 297 ss.

2 Este principio aparece consagrado en el artículo 10.1 CE. La dignidad humana se convierte en el fundamento y razón última del Estado (PECES BARBA). La persona y su dignidad constituyen el fundamento lógico y

ontológico de todos los derechos fundamentales (STC 53/1985). El principio personalista permite afirmar el carácter instrumental de los derechos de los grupos frente a los del individuo, su naturaleza derivada. Su razón de ser es precisamente permitir un ejercicio individual más efectivo en condiciones de igualdad para todos los miembros del grupo. Esta afirmación es válida respecto de las confesiones y comunidades religiosas, tal como ha reconocido el propio TC (STC 64/1988, de 12 de abril). Los grupos deben ser considerados como meros instrumentos del ejercicio de la libertad de conciencia y, por ende, deben evitarse interpretaciones comunitaristas donde se primen los derechos colectivos (de defensa de la identidad colectiva) frente a los derechos individuales.

3 La participación de los ciudadanos se puede desarrollar en diferentes ámbitos: político, jurídico-administrativo, social, cultural, económico, etc. como recoge el artículo 9.2, *in fine*, CE. El principio de participación está en conexión directa con el principio del pluralismo, en consecuencia, a mayor participación social o ciudadana nos estaríamos acercando más al ideal de democracia avanzada ampliamente pluralista contemplada en el Preámbulo de la Constitución; es decir, la participación es un elemento que impulsa la progresiva perfección del sistema democrático («democracia sustancial»). El principio de participación social se reconoce a todos los ciudadanos en el artículo 9.2 CE, *in fine*, inmediatamente después de señalar que los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; como queriendo apuntar que éstas serán reales y efectivas a través de la más amplia participación de los ciudadanos en todos los campos. La participación, viene a ser entendida como un control progresivo de los centros de decisión. Configurada jurídicamente como un derecho subjetivo como una libertad, hablándose, por tanto, de derechos de participación. Esta participación se expresa orgánicamente, a través de órganos consultivos como, por ejemplo, *la Comisión Asesora de Libertad religiosa* (art. 8 LOLR; Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa). Por último, se puede hablar de *participación-negociación* que es una característica de los procesos de toma de decisiones en las democracias modernas; ejemplo claro son los acuerdos con las confesiones religiosas (otra cuestión es el contenido de la negociación).

4 El pluralismo y la tolerancia constituyen un único principio. Son la cara y cruz de la misma moneda (LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, *op. cit.*, 2011, pp. 340 ss.). El pluralismo desencadena como consecuencia la tolerancia, concebida en su lado normativo como norma de convivencia. El pluralismo aparece en el artículo 1.1 CE, como uno de los valores superiores del ordenamiento, aunque sólo haciendo referencia al pluralismo político. Sin embargo, se ha interpretado de una manera amplia. Dicho valor incluiría no sólo el ámbito político, sino también el social, el religioso y el cultural y, consecuentemente, se considera al pluralismo como valor superior de todo el ordenamiento (STC 20/1990). El pluralismo es el único marco adecuado para la formación y desarrollo de la persona y de su identidad, en libertad, tanto en su aspecto individual como colectivo. El pluralismo requiere una norma fundamental de convivencia y ésa no puede ser otra que la tolerancia, entendida en un sentido moderno y no tradicional. La tolerancia aparece al lado de otros dos valores fundamentales como son la libertad y la igualdad y como clave para el equilibrio entre ambos. Por último, el principio de tolerancia tiene una enorme importancia en el ejercicio de los derechos de la libertad de información y expresión y en los derechos de educación y libertad de enseñanza. Respecto a las libertades informativas, la tolerancia actúa como límite negativo y, en relación con las educativas como límite positivo (Auto TC 40/1999).

5 El problema del concepto de laicidad es que está cargado de numerosos significados y adherencias emocionales, lo que ha provocado que dicho concepto se haya convertido en impreciso y ambiguo. Se han ido añadiendo calificativos que provocan aún mayor imprecisión, por ejemplo, laicidad positiva (que es la que utiliza en algunas sentencias del Tribunal Constitucional)/laicidad negativa; laicidad abierta (LLAMAZARES)/cerrada; sana laicidad (definida por el papa Benedicto XVI)/enfermiza laicidad; laicidad en sentido amplio/laicidad en sentido estricto; laicidad natural (MOLANO)/laicidad artificial; laicidad por omisión (MOLANO, FERRER)/laicidad por inclusión; laicidad por atención (OLLERO) /laicidad por desatención. Nos remitimos a la Unidad didáctica n.º 2. Laicidad positiva es el término utilizado por el TC frente a la laicidad negativa o estricta de origen francés, si bien esta afirmación debe ser matizada en función del voto particular de la Sentencia 46/2001, interpretado *a sensu contrario*.

6 La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura reconoce, expresamente en sus artículos 1, 2 y 3, la persecución religiosa de las minorías religiosas durante el régimen franquista. Persecución fundamentada en la confesionalidad católica. Por su parte, los artículos 15 y 16 regulan la retirada de símbolos franquistas aunque se encuentren en lugares de culto católicos. Vid. STS de 4 de marzo de 2013, sobre el rechazo a la retirada de una cruz instalada por el régimen franquista y la STSJ de Galicia 54/2015, de 5 de febrero.

7 En el Borrador de la Constitución española de 1978 se contemplaba la expresión: «El Estado español no es confesional», que reproducía la fórmula empleada por el artículo 3 de la Constitución republicana española de 1931, lo que levantó las críticas de la Iglesia católica.

8 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, *op. cit.*, 2011, pp. 346 ss.

9 «La mención expresa de la Iglesia católica en la Constitución es superflua desde el punto de vista constitucional, porque de ella no puede derivarse un trato privilegiado por parte del Estado», vid. MARTÍNEZ SAMPERE, R., «Reflexiones constitucionales sobre igualdad religiosa», VVAA, *La libertad religiosa en el Estado social*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 171

10 STC 42/2011, de 28 de marzo; STC 101/2004, de 2 de junio; STC 51/2011, de 14 de abril, entre otras.

11 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero, FFJJ 4 y 7. En este último fundamento jurídico expresamente se recoge: «*a*) de una parte, el que surge del propio artículo 16 CE, conforme al cual el Estado y los poderes públicos han de adoptar ante el hecho religioso una actitud de abstención o neutralidad, que se traduce en el mandato de que ninguna confesión tendrá carácter estatal, contenido en el apartado 3, inciso primero, de dicho precepto constitucional».

12 El deber del Estado de neutralidad e imparcialidad es incompatible con cualquier poder por parte del Estado de valorar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas de expresión de esas creencias (véase *Manoussakis y otros contra Grecia*, sentencia de 26 de septiembre de 1996, ap. 47; *Hasan y Chaush contra Bulgaria*, 2000, ap. 78; *Refah Partisi y otros contra Turquía*, ap. 1, 2003).

13 Cfr. STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9, *in fine* y STC 340/1993, de 16 de noviembre. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de noviembre de 2009 (asunto Lautsi contra Italia) recoge: «El deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier facultad de apreciación por parte de éste en cuanto a la legitimidad de las convicciones religiosas o sus modalidades de expresión».

14 En todo caso, el Tribunal Constitucional español ha señalado que «en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas [...] han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales», en STC 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico, n.º 9.

15 Vid. STC 340/1993, FJ 4, D, párrafo 2.º

16 Vid. STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9.

17 Caso Rekvenyi contra Hungría, de 20 de mayo de 1999.

18 En la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2006 (Sala de lo Militar), se recoge de forma precisa que: «El concepto de neutralidad equivale a no tomar parte en las opiniones que se mantengan sobre un asunto sometido a debate o controversia, absteniéndose el sujeto obligado de pronunciarse o emitir su parecer al respecto. En este sentido las ideas de inacción y de imparcialidad forman parte de dicho concepto».

19 En esta Sentencia se recoge: «de modo que el militar que haya de formar parte de esa unidad o piquete que deba acudir a prestar esas honras fúnebres *no participa aunque esté presente en el acto religioso que se celebre, sea del credo que sea*, […] no se trata de actos oficiales propios de las Fuerzas Armadas en los que se rindan honores militares sino de la participación de miembros de las Fuerzas Armadas en celebraciones de carácter religioso en las que tradicionalmente ha existido una participación castrense». Las funciones de las Fuerzas Armadas vienen recogidas, entre otras normas, en el artículo 8 CE y en la LO 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. Es obvio, que entre sus funciones no se incluye la participación en actos religiosos porque las funciones que tienen encomendadas las Fuerzas Armadas son otras. La disposición adicional 4.ª del Real Decreto 684/2010 contempla dos situaciones:

Primera: Con ocasión de las honras fúnebres se podrá incluir un acto religioso. «Por tratarse de actos en los que se interviene en representación de las Fuerzas Armadas, la asistencia a los mismos tendrá consideración de *acto de servicio*». Aparte de la vulneración de la libertad religiosa, en su vertiente negativa, de los militares al estar obligados a la asistencia de un acto religioso (vedada por la doctrina del TC), se vulnera el principio de

neutralidad religiosa al no ser imparcial, al mantener la confusión entre lo religioso y lo militar (estatal). Otra cuestión es la celebración de este acto religioso, previo al acto oficial y castrense de honras fúnebres. Este acto nunca debe tener la consideración de acto de servicio.

Segunda: La tradicional participación castrense en celebraciones de carácter religioso (católico). Existe una valoración positiva de las celebraciones católicas, fruto de la tradicional e histórica confesionalidad católica, por lo tanto, incompatible con el deber de imparcialidad, abstención y objetividad que se exige a los empleados públicos. La neutralidad religiosa de las Fuerzas Armadas, como de cualquier otra institución pública, se pone en cuestión y se produce una clara confusión entre funciones estatales y funciones religiosas.

20 Vid. COTINO HUESO, L., «La necesidad de una plena constitucionalización del complejo nexo de la religión y las Fuerzas Armadas. Algunas cuestiones pendientes», *Boletín de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones*, n.º 15, diciembre de 2001, p. 39.

21 Vid. LÓPEZ CASTILLO, A., *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, 2002, p. 63; BARRERO ORTEGA, A., «Cuestiones pendientes tras 25 años de libertad religiosa en España», en *Derecho Constitucional para el siglo* XXI, Aranzadi, 2006, pp. 1130 ss.; MARTÍN SÁNCHEZ, I., «Celebración por las Fuerzas Armadas de festividades religiosas y principio de laicidad», en *La libertad religiosa y de conciencia ante la jurisprudencia constitucional*, Comares, 1998, pp. 665 a 668; BARRERO ORTEGA, A., «La celebración institucional de festividades religiosas», *Revista de Derecho Político*, n.º 66, 2006, p. 264; 267 a 269; BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Constitucionales, 2006, pp. 396-397.

22 Remisión a la Unidad didáctica 9.ª sobre la objeción de conciencia de los jueces.

23 Cfr. STC 265/1988, de 22 de diciembre (FJ 1). En esta Sentencia del Tribunal Constitucional español se dispone el reconocimiento del carácter separado de ambas potestades (Iglesia católica y Estado español).

24 Vid. STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1, donde se recoge que: «el artículo 16.3 de la Constitución proclama que "ninguna confesión tendrá carácter estatal", e impide por ende, como dicen los recurrentes, que los valores e intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos. Al mismo tiempo el citado precepto constitucional veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales». Igualmente, vid. SSTC 177/1996, 128/2001, de 4 de junio, FJ 2.

25 Cfr. la STC 340/1993, de 16 de noviembre, establece que: «al determinar que, ninguna confesión tendrá carácter estatal, cabe estimar que el constituyente ha querido expresar que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica».

26 Vid. STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1.

27 CONTRERAS MAZARÍO, J. M. y CELADOR ANGÓN, O., *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas*, Documentos de trabajo, n.º 124, Fundación Alternativas, Madrid, 2007. Sobre esta materia, vid. artículo 47.5 del Decreto 131/2008, de 7 de julio, del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno vasco, regulador de los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social.

28 Esta Sentencia del TC dice: «naturalmente, la configuración de estos signos de identidad puede obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de ésta, lo que origina que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tengan una connotación religiosa. Esta es la razón por la que símbolos y atributos propios del Cristianismo figuran insertos en nuestro escudo nacional, en los de las banderas de varias Comunidades Autónomas y en los de numerosas provincias, ciudades y poblaciones; asimismo, el nombre de múltiples municipios e instituciones públicas trae causa de personas o hechos vinculados a la religión cristiana; y en variadas festividades, conmemoraciones o actuaciones institucionales resulta reconocible su procedencia religiosa». Es una defensa del principio de confesionalidad histórica-sociológica.

29 Vid. Auto TC 122/1988, FJ 2.

30 Vid. STC de 18 de octubre de 1993, FJ 5.

31 Vid. STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3.

32 Vid. STC 24/1983, de 13 de mayo.

33 Vid. CONTRERAS MAZARÍO, J. M.ª, «La libertad de conciencia y la función promocional del Estado en la Ley orgánica de libertad religiosa», *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, n.º 0, 2000, pp. 148 ss.

34 Se configura como un deber estatal, pero no es un derecho fundamental atribuido a las confesiones religiosas, vid. STC 93/1983, de 8 de noviembre, FJ 5.

35 Cfr. STC 265/1988, de 12 de diciembre, FJ 4.

36 *BOE* n.º 313, de 31 de diciembre de 1990.

37 Vid. STC 141/2000, FJ 5; STC 154/2002, FJ 9 y las Sentencias del TEDH Hoffman v. Austria (23 de junio de 1993); Palau-Martínez v. Francia (16 de diciembre de 2003); Ismailova v. Rusia (29 de noviembre de 2007) y F. L. contra Francia, de 3 de noviembre de 2005. Los menores tienen derecho a oponerse a recibir enseñanzas religiosas o filosóficas de contenido confesional o ideológico, con absoluta independencia de la voluntad de sus progenitores, vid. asunto Bernard y otros contra Luxemburgo de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 8 de septiembre de 1993; E. J. contra Polonia, de la misma Comisión, de 16 de enero de 1996.

38 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, *op. cit.*, tomo II, 2011, pp. 50 ss. Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias del Naciones Unidas, sobre la Eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa, de 2009, párrafos 26 a 28.

39 Remisión a la Unidad didáctica 7.ª

40 Vid. SSTS de 3 de julio de 1979 (sobre la inexistencia del carácter secreto de este tipo de asociaciones); Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de septiembre de 2008; Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de noviembre de 2009 y, en general, la STC 218/1988 sobre el derecho de autoorganización de las asociaciones como contenido del derecho de asociación.

41 En relación con los Sindicatos, se regula la libertad sindical en la LO 11/1985 (arts. 1 y 4). Por ejemplo, numerosos movimientos anarquistas que se estructuran, ideológicamente, a través de la creación de sindicatos.

42 Vid. FJ 10. En el mismo sentido, FJ 14. Vid., también, STC 5/2004, de 16 de enero y STEDH de 30 de junio de 2009, caso Batasuna.

43 En esta Sentencia se recoge: «El Convenio Europeo de Derechos Humanos debe entenderse e interpretarse como un todo. Los Derechos Humanos constituyen un sistema integrado tendente a proteger la dignidad del ser humano; la democracia y al preeminencia del Derecho tienen a este respecto un papel clave» (Considerando n.º 42). Y, prosigue diciendo: «En opinión de Tribunal, un partido político puede hacer campaña a favor de un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado con dos condiciones: 1) los medios utilizados a este efecto debe ser desde todo punto de vista legales y democráticos; 2) el cambio propuesto debe ser él mismo compatible con los principios democráticos fundamentales. De ellos se deriva necesariamente que un partido político cuyos responsables incitan a recurrir a la violencia o proponen un proyecto político que no respeta una o varias normas de la democracia o que tiende a la destrucción de ésta así como al desconocimiento de los derechos y libertades que ésta reconoce, no puede prevalecerse de la protección del Convenio contra las sanciones impuestas por estos motivos» (Considerando n.º 46). Doctrina reiterada en la STEDH, de 13 de febrero de 2003. En la STEDH de 7 de octubre de 2004 (Asunto Partido Democrático del Pueblo Vatan contra Rusia). Este caso resuelve el asunto de este Partido que representa a los tártaros que son mayoritariamente musulmanes. Esta STEDH no entra en el fondo del asunto al estimar que dicho partido no reúne los requisitos para ser considerado como «víctima». Si bien reproducimos la opinión concordante de los jueces Srs. REGS y CABRAL BARRETO: «De todos modos habríamos llegado a la conclusión de que la demanda es inadmisible por falta manifiesta de fundamento. En nuestra opinión, el Tribunal Regional concluyó correctamente que el Partido Democrático del Pueblo Vatan llamaba abiertamente a violentas alteraciones del fundamento de la autoridad constitucional, a la creación de un estado islámico en la Región del Volga, y a la creación de una brigada de personas “valientes y resistentes” para luchar por la liberación nacional y la descolonización de Rusia».

44 «Tal y como lo proponía el Refah Partisi, introducía en el conjunto de las relaciones de Derecho una distinción

entre los particulares basada en la religión, separándolos en categorías según su pertenencia religiosa y les reconocería derechos y libertades no como individuos, sino en función de su pertenencia a un movimiento religioso […]» tal modelo de sociedad no podría ser considerado compatible con el sistema del Convenio por dos razones: por un lado, suprime el papel del Estado como garante de los derechos y libertades individuales y organizador imparcial del ejercicio de las diversas convicciones y religiones en una sociedad democrática [...] Por otro lado, tal sistema infringiría indudablemente el principio de la no discriminación de los individuos en su goce de las libertades públicas, que constituye uno de los principios fundamentales de la democracia» (Considerando n.º 69).

45 «El Tribunal reconoce que la "Charia", al reflejar fielmente los dogmas y las normas divinas dictadas por la religión, presenta el carácter de estable e invariable. Le son extraños principios como el pluralismo en la participación política o la evolución incesante de las libertades públicas. El Tribunal señala que, leídas conjuntamente, las declaraciones en cuestión que contienen referencias explícitas a la instauración de la "Charia" son difícilmente compatibles con los principios fundamentales de la democracia, como resultan del Convenio, comprendido como un todo. Es difícil a la vez declararse respetuoso de la democracia y de los Derechos Humanos y apoyar un régimen basado en la "Charia", que se desmarca claramente de los valores del Convenio, principalmente con respecto a sus normas de Derecho penal y de procedimiento penal, al lugar que reserva a las mujeres en el orden jurídico y a su intervención en todos los campos de la vida privada y pública conforme a las normas religiosas [...] un partido político cuya acción de conjunto parezca completar la instauración de la Charia en un Estado parte del Convenio, puede difícilmente ser considerado como una asociación conforme al ideal democrático subyacente en el conjunto del Convenio» (Considerando n.º 71).

46 No se renuncia explícitamente al uso de la violencia pues públicamente no se amonestó a los miembros de ese Partido político que se manifestaron favorables al uso de la violencia (Considerando n.º 73).

47 Remisión a la Unidad didáctica 10.ª

48 BLAT GIMENO, F. R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio del Trabajo, 1986, p. 70; APARICIO TOVAR, J., «Relaciones de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas», en *Lecciones de Derecho del Trabajo*, UCM, 1980, p. 293; OTADUY GUERIN, J., *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, EUNSA, 1985, pp. 179 ss. y STC 106/1996, FJ 3.

49 DEL VAL TENA, A. L., «Las empresas de tendencia ante el Derecho del trabajo: libertad de ideológica y contrato de trabajo», en *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 2, 1994, pp. 177-198.

50 Remisión a la Unidad didáctica 1.ª

51 La sentencia del TJCEE de 6 de noviembre de 2003, *caso Lindqvist*, resuelve el hecho de una catequista de una parroquia de Alseda (Suecia) que publica una página web donde se recogen los datos personales de sus compañeros de parroquia sin el consentimiento de los mismos. Esta Sentencia taxativamente considera que las actividades religiosas y los ficheros de las confesiones no están exentos de la aplicación de la Directiva de 1995 sobre datos personales (art. 3.2).

52 Esto ha ocurrido en el caso de los libros de bautismo, que las Sentencias de la Audiencia Nacional han considerado ficheros, pero ante la petición de cancelación de los datos personales que constan en dichos Libros de bautismo, la Audiencia Nacional no ha ordenado el borrado sino la creación de una nota marginal donde conste la cancelación basándose en el principio de la ponderación entre los derechos del titular (que siguen siendo lesionados), la autonomía de la Iglesia católica y el ejercicio de la libertad religiosa en sus dos vertientes (individual y colectiva), vid. FJ 7 de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2007.

53 Vid. SSTS de 15 de octubre de 2008, de 15 de diciembre de 2008, de 26 de noviembre de 2009, entre otras muchas y, ATC 20/2011, de 28 de febrero.

54 Siguiendo el argumento del TS sería muy difícil contraer matrimonio canónico al entender que sería difícil obtener una partida de bautismo. Pero más preocupante de esta doctrina jurisprudencial es que al excluir los libros de bautismo de la aplicación de la LOPD, la Iglesia católica podría ceder a terceros todos los datos que incluyen dichos libros a terceros sin el consentimiento de los afectados e, incumplir las garantías para proteger la intimidad de las personas incluidas en los libros de bautismo.

55 En esta Sentencia se recoge: «Los archivos y registros relacionados en dicho artículo del Acuerdo Internacional se encuentran protegidos de cualquier intromisión procedente del Estado y resultan inviolables frente al mismo. Ahora bien, tal inviolabilidad no es predicable frente al ciudadano cuando ejercita el derecho fundamental previsto en el artículo 18.4 de la CE, en cuyo contenido esencial se integra el poder de disposición sobre los datos relativos a su persona. La solución inversa a la expuesta, que postula el recurrente, equivaldría a reconocer una superioridad de la norma contenida en un Tratado, frente a la norma constitucional. […] La pertenencia a dicho tipo de entidades (Opus Dei), por tanto, en cuanto presupone una determinada significación en lo que se refiere al modo de concebir las creencias religiosas, implica un dato que entra en la esfera de creencias religiosas íntimas de sus miembros, de tal modo que la baja voluntaria, aun cuando no sea equivalente a la apostasía (no tiene por qué obedecer a un apartamiento de la fe) comporta también un dato relevante en relación esencial con las creencias religiosas. Es claro que nos encontramos ante un fichero, en el amplio sentido de la LOPD y Directiva 95/46/CE, pues la información que se recoge está constituida por datos personales, especialmente protegidos además, de acuerdo con el artículo 7 LOPD, por afectar a las creencias religiosas, y está también presente la nota o elemento de organización, como se demuestra, como indica el Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso, por el hecho de que habiendo solicitado la interesada información sobre sus datos en poder de la Entidad religiosa, estos datos fueron localizados y la información fue facilitada, sin que conste, ni la Entidad religiosa haya alegado siquiera, que fuera precisa adicional información u otros datos distintos al nombre y apellidos para acceder a la información de que se trataba».

56 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó su Observación general n.º 21 (2009) sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, derecho que conlleva la obligación de los Estados partes de reconocer, respetar y proteger la cultura de las minorías como componente esencial de su propia identidad. Vid. caso Lovelace *vs.* Canadá del Comité de Derechos Humanos (1981) y, la Convención sobre la protección y protección de la diversidad de las expresiones culturales, de la UNESCO, de 20 de octubre de 2005 (*BOE* de 12 de febrero de 2007) y el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales de 1 de febrero de 1995 (*BOE* de 23 de enero de 1998).

57 Vid. DE LUCAS, J., «¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural», en *Multiculturalismo y diferencia. Sujetos, nación, género*, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, n.º 31, 1994, p. 35.

58 Vid. COBO, R., «Multiculturalismo, democracia paritaria y participación política», en *Política y Sociedad*, n.º 32, septiembre-diciembre 1999, p. 54; FRASER, N., «Multiculturalidad y equidad entre los sexos», en *Revista de Occidente*, n.º 173, octubre 1995, p. 55.

59 Vid. artículo 4.8 de la Convención sobre la protección y protección de la diversidad de las expresiones culturales, de la UNESCO, de 20 de octubre de 2005 (*BOE* de 12 de febrero de 2007).

60 Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia, II, op. cit.*, 2011, pp. 711 ss. y, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

61 En la Conferencia Mundial de la UNESCO de 1982, celebrada en México, se recoge: «Todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad. *La identidad cultural de un pueblo se renueva y enriquece en contacto con las tradiciones y valores de otros pueblos. La cultura es diálogo, intercambio de ideas y experiencias, aprecio a otros valores y tradiciones, en el aislamiento se agota se muere*».

62 Remisión a las Unidades didácticas 10, 11 y 12.

63 La CE utiliza la expresión «seguridad pública» en el artículo 149.1.29.ª CE como competencia exclusiva del Estado: «Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una Ley Orgánica». Si este artículo se pone en relación con el artículo 104 CE: «Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana», se podría llegar a la conclusión de que se está identificando «seguridad ciudadana» y «seguridad pública». Este último artículo constitucional ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. El artículo 1 de esta Ley, no obstante, vendría a conectar directamente ambos conceptos en el sentido de que la seguridad pública es un concepto más amplio que la seguridad ciudadana. El TC ha definido la seguridad pública como aquella «actividad dirigida a la protección de

las personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas». En resumen, la seguridad pública como límite de los derechos y libertades fundamentales (entre ellos la libertad de conciencia) sólo tiene sentido como instrumento al servicio de la paz social (art. 10.1 CE). La seguridad pública es un concepto más amplio que seguridad ciudadana; así por ejemplo la utilización de cascos en relación a las normas sobre seguridad vial o prevención de riesgos laborales; las normas de seguridad contra incendios en los lugares de culto, etc. Vid. la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 27 de julio de 1978 (X contra el Reino Unido), relativa a la obligatoriedad del uso del casco y la implícita prohibición de uso del turbante sikh por los motociclistas; el uso de kirpan por los sikhs por motivos de seguridad pública. También, STC 195/2003, de 27 de octubre y la STEDH caso Karaahmed contra Bulgaria, de 24 de febrero de 2015.

64 El límite es la salud pública no la salud personal ni la salud privada (ATC 369/1984; STC 154/2002). Como ha afirmado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, «nadie puede pretender liberarse a sí mismo ni a su hijo de una vacunación obligatoria por razones religiosas, pues el derecho a practicar la religión libremente no incluye la libertad de exponer a la comunidad o al niño a una enfermedad contagiosa» [Prince v. Massachussets, 321 U. S. 158, 166-167 (1944)]. Se trata de la excepción contemplada por el artículo 10.6.*a*) de la Ley General de Sanidad al principio del consentimiento informado: la exigencia de consentimiento del paciente en relación con el tratamiento médico decae «cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública».

65 La moral pública es un concepto ético no es propiamente un concepto jurídico, sino que se encuentra «juridificado, en cuanto es necesario un mínimum ético para la vida social», STC 62/1982, FJ 3. En este sentido, no se puede considerar que un grupo religioso que practique el *nudismo* sea contrario a la moral pública. Se vulnera así la obligación de los poderes públicos de permanecer neutrales ante las cuestiones ideológicas y religiosas y, la salvaguarda de los derechos de las minorías, imponiendo una moral que evalúa como correcta la existencia de unas «pautas mínimas de convivencia generalmente admitidas respecto a la forma de vestir de las personas que permanecen o transitan por los espacios públicos», que no es sino una reintroducción solapada del abolido escándalo público. La STS de 23 de marzo de 2015 no considera la forma de vida vinculada al nudismo incluida en el artículo 16 CE (libertad ideológica). Si lo considera, la STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2013 y la STEDH caso Gough v. Reino Unido, de 28 de octubre de 2014.

66 Cfr. artículo 53.1 CE.

67 Vid., en relación a la libertad de conciencia: STC 55/1996, de 28 de marzo; STC 122/1983, de 16 de diciembre; STC 321/1994, de 28 de noviembre; STC 206/1990, de 17 de diciembre; STC 19/1985, de 13 de febrero; STC 65/1986, de 17 de junio. En este sentido, la STC 46/2001, de 15 de febrero en su fundamento jurídico n.º 11 recoge: «Que queden debidamente acreditados los elementos de riesgos (no valen meras sospechas) y que, además la medida sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos».

68 Sobre esta materia, vid. Resolución del Parlamento europeo «sobre una acción común de los Estados miembros de la Comunidad Europea en torno a diversas violaciones de la ley cometidas por nuevas organizaciones que actúan bajo la cobertura de la libertad religiosa», de 22 de mayo de 1984. Con especial mención del punto n.º 5.

69 STEDH asunto Leela Förderkreis E. y otros contra Alemania, de 6 de noviembre de 2008. El Estado neutral en sus relaciones con las confesiones religiosas significa que no puede utilizar términos peyorativos para referirse a los colectivos titulares del derecho individual de libertad religiosa (Considerandos n.º 23 y 24).

70 Vid. STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1.

71 Modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

72 Vid. *BOE* de 8 de febrero de 1969 y de 10 de diciembre de 2009.

73 Por ejemplo, el Auto de 3 de octubre de 2014 de la Audiencia Nacional ha acordado por unanimidad la competencia de España para la persecución de los delitos de ablación de acuerdo con el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. De esta forma, el Pleno ratifica la decisión del Juzgado Central n.º 3 por la que procesó a unos padres por la mutilación genital de su hija, cometida en Gambia en 2005. Y, la Sentencia 1323/2013, de la Audiencia Nacional; STS de 14 de noviembre de 1997. Y, el Auto de 10 de febrero de 2014 de la Audiencia Nacional sobre el Tíbet y el Auto del TS de 22 de abril de 2015.

74 En este punto hay que tener en cuenta el artículo 33 bis CP sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (vid. LO 5/2010, de 22 de junio), y el artículo 510 bis CP (LO 1/2015, de 30 de marzo).

75 Artículo modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Vid. STC 214/1991, de 11 de diciembre y la STEDH, caso Valera Geis contra España, de 5 de marzo de 2013.

76 Modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Sobre los actos racistas, xenófobos o intolerantes en el deporte, vid. STC 214/1991 y la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte y su desarrollo reglamentario (el RD 203/2010, de 26 de febrero).

77 Remisión a la Unidad didáctica n.º 8.

78 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, *op. cit*., tomo II, p. 781.

79 En este punto conviene destacar el Plan Estratégico Nacional de Lucha contra la Radicalización Violenta, de 30 de enero de 2105, donde se destaca la labor que van a desempeñar la Fundación Pluralismo y Convivencia y el Observatorio del Pluralismo de España en este Plan.

80 Sobre esta jurisprudencia, Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., «Religious Freedom and Terrorism in Spanish Case Law», en *Journal of Church and State*, vol. II, spring, 2012, pp. 240-256.

81 STS 114/14, de 20 de febrero de 2014.

82 La STS de 2 de julio de 2006 (n.º 829/2006), recoge: «la motivación de ir a Afganistán fue lo de profundizar en la doctrina musulmana, si bien desde una perspectiva que podría calificarse de integrista, que no es necesariamente equivalente a estar de acuerdo con el terrorismo».

83 En la STEDH de 4 de diciembre de 2003 (caso Gündüz contra Turquía), se dice: «el mero hecho de defender la sharia, sin llamar a la violencia para establecerla, no puede calificarse como incitación al odio» (Considerando n.º 51). No se puede utilizar las leyes antiterroristas para limitar la propaganda religiosa, en la STEDH caso Güler y Ugur contra Turquía, de 2 de diciembre de 2014.

84 Vid. STS 1064/2002, de 7 de junio.

85 Remisión a la Unidad didáctica sobre objeción de conciencia, Unidad didáctica 9.ª

86 El TC afirma que el derecho de igualdad es concreción del principio del mismo nombre, por ejemplo, en la STC 29/1987, de 6 de marzo; STC 109/1988, de 8 de junio.

87 En esta normativa comunitaria no se incluye la igualdad de trato por motivos religiosos ni de convicciones. Se estaba elaborando una Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual [de 2 de julio de 2008 COM (2008) 426 final]. Vid. Posición del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (*DOUE* C 137, de 27 de mayo de 2010, p. 68).

88 Cfr. SSTC 176/1993 y 90/1995, entre otras.

89 Vid. STC 24/1982, de 13 de mayo.

90 Vid. CONTRERAS MAZARÍO, J. M.ª, *Marco Jurídico del factor religioso en España*, 2011, Observatorio del Pluralismo religioso en España, p. 17. Una definición sobre discriminación por motivos religiosos la encontramos en el artículo 2.2 de la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones (1981), según el cual: «A los efectos de la presente Declaración, se entiende por "intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones" toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales». En este punto también debemos tener presente la Observación general n.º 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos sobre el artículo 18 del Pacto Internacional sobre Derecho Civiles y políticos que expresa que: «El Comité señala a la atención de los Estados Partes el hecho de que

la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia se protegen de igual modo que la libertad de religión y de creencias […] el Comité ve con preocupación cualquier tendencia a discriminar contra cualquier religión o creencia, en particular las más recientemente establecidas, o las que representan a minorías religiosas que puedan ser objeto de la hostilidad por parte de una comunidad religiosa predominante».

91 STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012: «La pretensión debe ser rechazada en aplicación de la doctrina que, desde los años ochenta y hasta la fecha, sostiene este Tribunal sobre la "discriminación por indiferenciación". Según nuestra jurisprudencia la "discriminación por indiferenciación" no puede situarse en el ámbito de protección del artículo 14 CE, porque lo que éste impide es la distinción infundada o discriminatoria (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3). Este Tribunal ha establecido reiteradamente que el art. 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2), si bien también hemos dicho que "cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del artículo 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud" (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4). Por tanto, habiendo dicho ya que el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 7) y no pudiendo por tanto censurar lo que en la STC 135/1992, de 5 de octubre, denominamos "desigualdad por exceso de igualdad"» (FJ 9).

92 Remisión a la Unidad didáctica 10.ª

93 Se han firmado cuatro acuerdos cooperación con la Iglesia católica de fecha de 3 de enero de 1979 (Tratados internacionales) que trata de los siguiente asuntos: Asuntos jurídicos, Asuntos Económicos; sobre Enseñanza y Asuntos Culturales y sobre Asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el Servicio militar de clérigos y religiosos.

94 Se han aprobado tres acuerdos con confesiones minoritarias: Acuerdo de cooperación con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) (Ley 24/1992, de 10 de noviembre); Acuerdo de cooperación con la Federación de Comunidades Israelitas de España (Ley 25/1992, de 10 de noviembre) y Acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, de 12 de noviembre).

95 Vid., por todos, VILADRICH, P. J. (1983), «Principios informadores del Derecho eclesiástico español», en *Derecho Eclesiástico del Estado*, EUNSA, Pamplona, pp. 169-260.

96 Cfr. BARRERO ORTEGA, A., «Apuntes críticos a la implementación legislativa de la dimensión social de la libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español», en *La libertad religiosa en el Estado social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 234.

97 Vid. PONCÉ SOLÉ, J., «Derecho urbanístico y libertad religiosa en España: aspectos competenciales y materiales. La Ley catalana 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto», en *Ciudades, Derecho urbanístico y libertad religiosa*, Fundaciò Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2010.

98 Textualmente el fundamento jurídico n.º 7 de esta Sentencia dice: «*b*) el que hunde sus raíces en el artículo 9.2 del texto constitucional, conforme al cual se impone a los poderes públicos una directriz de actuación favorecedora de la libertad del individuo y de los grupos en que se integra, y creadora de las adecuadas condiciones para que tales libertades sean reales y efectivas, y no meros enunciados carentes de real contenido».

99 Remisión a la Unidad didáctica 4.ª

100 Se configura como un deber estatal, pero no es un derecho fundamental atribuido a las confesiones religiosas, vid. STC 93/1983, de 8 de noviembre, FJ 5.

101 Remisión a la Unidad didáctica 6.ª

102 STC 207/2013, de 5 de diciembre, de forma sorprendente, recoge: «La incidencia del mandato contenido en el artículo 9.2 CE sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el artículo 16.3 CE, implica que no podrá reputarse como discriminatoria y constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento que aquellos poderes emprendan en beneficio de *determinadas* confesiones religiosas».

103 Cfr. PRIETO SANCHIS, L., «Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico español», en IBÁN, I. C.; PRIETO SANCHIS, L., y MOTILLA, A., *Curso de Derecho Eclesiástico*, Madrid, 1991, p. 207.

104 Textualmente el fundamento jurídico n.º 7 de esta Sentencia dice: «*b*) el que hunde sus raíces en el artículo 9.2 del texto constitucional, conforme al cual se impone a los poderes públicos una directriz de actuación favorecedora de la libertad del individuo y de los grupos en que se integra, y creadora de las adecuadas condiciones para que tales libertades sean reales y efectivas, y no meros enunciados carentes de real contenido».

105 Vid. STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.

106 Vid. CASTRO JOVER, A., «Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 3, 2003, p. 14.

107 Cfr. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia. I., op. cit*., 2011, pp. 354 ss.

108 El TC ha expresado que «en tanto que representan una manifestación de las relaciones de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia católica que ha de hacerse compatible en todo caso con el libre ejercicio y la interpretación más favorable de los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos por la Constitución», en la STC 265/1988, de 22 de diciembre, FJ 5. El principio de cooperación está subordinado a la libertad religiosa y a los demás derechos fundamentales y no al revés. Y, en la STC 166/1996, de 28 de octubre, fundamento jurídico n.º 4 se ha afirmado que: «Pero de estas obligaciones del Estado y de otras tendentes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias». La religión en un Estado democrático y pluralista se elige, no se impone.

109 Se ha señalado que «el Estado democrático no debería cooperar; excepto en tareas asistenciales siempre que se respeten los derechos humanos de cada persona y el ordenamiento jurídico del Estado» (MARTÍNEZ SAMPERE, E., «Reflexiones constitucionales sobre la igualdad religiosa», en *La libertad religiosa en el Derecho social*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 172).

UNIDAD DIDÁCTICA 6.ª

LAS FUENTES DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO ESPAÑOL

Es preciso analizar las reglas de formación del Derecho Eclesiástico del Estado, de una parte, porque son un elemento del sistema y, de otra, porque las fuentes del Derecho Eclesiástico del Estado se encuentran en campos muy diversos, a diferencia de otras disciplinas donde se reduce dicho campo a, prácticamente, la unidad. Por consiguiente, existe una mayor necesidad de establecer un criterio para la unificación de las normas de Derecho Eclesiástico del Estado y tal criterio se encuentra en la consideración del Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia[1]. No pretendemos, en las páginas siguientes, realizar un estudio completo sobre las fuentes del Derecho estatal o sobre la elaboración de una teoría general sobre fuentes, sino simplemente el estudio de algunas fuentes del Derecho Eclesiástico del Estado español con especial mención a los problemas esenciales que las mismas plantean.

I. FUENTES ESPECÍFICAS DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO ESPAÑOL[2]

1. Los Derechos confesionales

Es un hecho que existen normas, situaciones jurídicas, actos y negocios jurídicos, cuya procedencia se encuentra en los Derechos confesionales. Entre estos Derechos confesionales destaca el Derecho canónico por su influencia en el ordenamiento jurídico español. El reconocimiento de la eficacia por parte del ordenamiento estatal de esas normas y actos jurídicos nacidos en los ordenamientos confesionales encuentra su fundamento en la libertad de conciencia de los ciudadanos creyentes de esas confesiones. Por lo tanto, esa libertad constituye también el límite a la eficacia del Derecho confesional. En primer lugar, hay que afirmar que los Derechos confesionales sólo pueden ser fuente indirecta del Derecho Eclesiástico del Estado y, en segundo lugar, ha de reconocerse que su grado de eficacia jurídica en el Derecho estatal no es, ni puede ser, siempre el mismo (Llamazares[3]). El grado de eficacia de un Derecho confesional en el Derecho estatal viene fundamentado y condicionado por los principios de libertad religiosa, igualdad y laicidad del Estado como límites y es una manifestación del principio de cooperación con las confesiones religiosas. Las normas confesionales no

pueden ser normas ni obligatorias ni prohibitivas en el ámbito estatal, sino sólo facultativas. De lo contrario se desnaturalizaría el propio Derecho confesional, además de poner en riesgo la libertad religiosa de los ciudadanos. En este sentido, el ejercicio de la libertad de conciencia no tiene las mismas exigencias en todos los ciudadanos creyentes sino que dependerá de los distintos grupos confesionales. Por ello, la eficacia pretendida por los diferentes Derechos confesionales no será la misma.

Como decíamos, anteriormente, el ejemplo más relevante de Derecho confesional es el *Derecho canónico*. Es un Derecho vigente y aplicable en amplios sectores de la normativa jurídica estatal; piénsese, por ejemplo, en la regulación del matrimonio canónico[4] o en lo relativo a la personalidad jurídica de los entes eclesiásticos o la capacidad de obrar de las personas canónicamente públicas[5] (Derecho estatutario).

2. Los acuerdos de cooperación con las confesiones religiosas

Los Acuerdos con la Iglesia católica son tratados internacionales firmados entre el Estado español y la Santa Sede y, en concreto, son:

— El Acuerdo de 28 de julio de 1976, sobre la Renuncia a los Privilegios de Presentación y del Fuero.

— El Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos.

— El Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales.

— El Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Económicos.

— El Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre la Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos.

— El Acuerdo de 21 de diciembre de 1994, sobre asuntos de interés común en Tierra Santa.

Estos Acuerdos fueron negociados por vía diplomática y, tras su ratificación por las Cortes, se firman por el Jefe del Estado. Para que tengan eficacia jurídica deben ser publicados en el *BOE* (art. 96 CE). Su modificación o derogación debe hacerse conforme a lo previsto en el propio Tratado o a las normas generales del Derecho internacional. No obstante, la Iglesia católica puede firmar acuerdos de cooperación no solamente utilizando la Santa Sede como organización con personalidad jurídica internacional sino que han firmado diferentes acuerdos sobre diversas materias a través de la Conferencia Episcopal o de los Obispados, por ejemplo.

Por su parte, el artículo 7 LOLR regula los acuerdos del Estado con las confesiones (con todas las confesiones, no se excluye a la Iglesia católica de la realización de estos acuerdos). Los acuerdos no son sino una forma de cooperación pero no la única. Los poderes públicos pueden establecer esa cooperación, a la que están obligados constitucionalmente, de manera unilateral sin recurrir a la figura del Acuerdo que, en

ocasiones, suscita dudas en la medida que puede introducir diferencias de trato entre las confesiones no siempre justificadas jurídicamente. El recurso a las normas generales que definen criterios objetivos para acceder a un determinado régimen legal plantea menos problemas desde el principio de igualdad (normas neutrales). Los acuerdos permiten a los poderes públicos conocer las exigencias más singulares de las confesiones religiosas, a los que la norma general no puede alcanzar por lo que su objetivo último debe ser promover las condiciones y remover los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo del derecho de libertad religiosa (art. 9.2 CE) y permite la acomodación[6]. Los Acuerdos están al servicio del pleno ejercicio del derecho de libertad religiosa individual y colectiva. Este es su objeto y también su límite si se quiere sortear los riesgos que puede entrañar para el principio de igualdad y laicidad del Estado. Para que las confesiones religiosas puedan acceder al Acuerdo es preciso que cumplan *dos condiciones: estar inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia*[7] *y que hayan alcanzado notorio arraigo*. El concepto de notorio arraigo ya no es un concepto jurídico indeterminado y hace referencia al ámbito y al número de creyentes (RD de 3 de julio de 2015). El ámbito se refiere al espacio o territorio, temporal o histórico. Sin embargo, la concurrencia de ambos requisitos, en particular el del notorio arraigo, no implica que el Estado acepte la firma de los Acuerdos que es potestativa para el mismo («establecerá, en su caso») aunque la STC 207/2013 parece establecer el carácter obligatorio. De hecho, existen confesiones religiosas a las que se ha reconocido notorio arraigo por parte de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (CALR) pero que carecen de acuerdo. Son la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (mormones); la iglesia de Testigos Cristianos de Jehová; la Federación de Entidades Budistas de España y las Iglesias ortodoxas.

Respecto de las confesiones que han accedido al acuerdo, es interesante destacar que el notorio arraigo se concedió a la religión genéricamente (al protestantismo, al judaísmo y al islamismo) pero que, dada la naturaleza diversa de la composición de estas religiones, se decidió la conveniencia de su articulación en Federaciones que permitieran crear una estructura representativa del conjunto de las iglesias, confesiones y comunidades que las componen facilitando su interlocución con el Estado. Son estas Federaciones los sujetos firmantes del Acuerdo, de manera que dicho Acuerdo sólo es aplicable a las entidades que forman parte de las respectivas Federaciones.

También se han llevado a cabo acuerdos entre las Comunidades Autónomas y diferentes confesiones religiosas[8]. El problema de estos acuerdos surge en torno a la naturaleza jurídica de los mismos pues tienen un difícil encuadre jurídico. Se puede apuntar, con carácter general, que estos acuerdos o convenios, en concreto, con la Iglesia católica en distintas materias son acuerdos de ejecución de carácter administrativo funcionando los Acuerdos con la Iglesia católica de 1979 como límite a las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en las materias que forman parte de su contenido. En todo caso, corresponderían estos acuerdos o convenios a la categoría de

contratos administrativos atípicos y, en particular, a lo que ha venido a llamarse «Administración concertada»[9].

La naturaleza jurídica de estos acuerdos de cooperación responde a la denominación de «convenios de colaboración». Estos Acuerdos se pueden encuadran en los convenios de artículo 4.1.*d*) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En esta norma se excluye del ámbito de aplicación de la mencionada Ley «los convenios de colaboración» celebrados entre las Administraciones Públicas y las personas privadas. Como ha señalado el Tribunal Supremo no existe una definición legal de los «convenios de colaboración» ni tampoco existe un concepto doctrinal exacto y unánime sobre la naturaleza jurídica de los mismos. Estos convenios de colaboración reúnen las siguientes características que debemos tener presente para dar respuesta a la naturaleza jurídica de los acuerdos que venimos analizados:

— No son contratos administrativos, pues están excluidos de la Ley de Contratos del Sector Público. Y, como se ha puesto de manifiesto: «la actividad desarrollada no es ni desde el punto de vista de su titularidad ni de su contenido un servicio o una competencia administrativa»[10], pero sí deben responder a un interés público o a un fin de utilidad pública[11].

— Los convenios de colaboración buscan precisamente la colaboración de los administrados afectados, encuadrándose en lo que se ha venido a denominar «Administración concertada»[12].

— La Administración busca la colaboración de los administrados para la consecución de un fin público[13]. Fin público es la libertad religiosa no los fines religiosos, pues los fines religiosos son fines privados que corresponde llevarlos a cabo a las confesiones religiosas y no a los poderes públicos por impedirlo el principio de laicidad.

El artículo 4.1.*d*) del Real Decreto Legislativo 3/2011, textualmente, dispone: «Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales» y el artículo 4.2 del mismo cuerpo legal dice que se regularán por *sus normas especiales*. En conclusión, los convenios de colaboración tendrán como régimen de aplicación sus propias normas específicas y especiales ajenas a la legislación de contratos administrativos, si bien deben responder a una finalidad de carácter público o la satisfacción de un interés público (ÁVILA ORIVÁ) que es hacer real y efectiva la igualdad y la libertad de conciencia de todos las personas pero nunca los fines religiosos.

Cuando se celebra un convenio de colaboración entre una Administración Pública y personas físicas o jurídico-privadas lo que se pretende, en realidad, con su utilización es

eludir la normativa general de contratación pública o la normativa general sobre otorgamiento de ayudas públicas o subvenciones. Es decir, lo que se pretende evitar son los principios de concurrencia pública, de objetividad, de igualdad y de no discriminación que confiere la normativa general y, este caso concreto, el *principio de laicidad.*

II. LOS PRINCIPIOS REGULADORES

Los principios reguladores que permiten reconducir a unidad sistemática las distintas fuentes y ordenar sus relaciones, especialmente cuando surgen conflictos o contradicciones entre las mismas. Estos principios son, por otro lado, comunes al resto del sistema jurídico aunque tienen alguna particularidad en su aplicación al sistema de fuentes del Derecho Eclesiástico del Estado.

a) Principio de jerarquía: Se trata del principio de ordenación de fuentes más tradicional y así se contempla en el artículo 1.2 CC: *carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior.* El principio de jerarquía tiene su visualización en la pirámide normativa cuya mejor expresión es: cada norma tiene su fundamento en otra de orden superior hasta llegar a la norma suprema, la Constitución.

b) El principio de competencia: El principio de competencia se aplica en el caso de que existan ámbitos competenciales o materiales reservados a una norma determinada. Es el caso de los conflictos entre leyes orgánicas y ordinarias o entre leyes autonómicas y estatales, que no se resuelven acudiendo al principio de jerarquía. El principio de competencia excluye la aplicación de una norma distinta a aquella que tiene reservada determinada materia.

c) El principio de especialidad: Este principio resuelve los conflictos entre normas de igual rango cuando una norma es general y otra especial. En este caso la ley especial prevalece sobre la ley general, aun cuando sea posterior. Es precisamente respecto de la derogación de las leyes especiales donde el principio tiene sus efectos más intensos dado que una ley especial sólo se deroga por otra ley especial o por una ley general posterior si contiene una cláusula derogatoria expresa (art. 2.2 CC).

III. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

1. La Constitución y los Acuerdos con la Iglesia Católica

Los Acuerdos con la Iglesia católica de 3 de enero de 1979 son formalmente

posconstitucionales pero, materialmente, preconstitucionales (disposición derogatoria apartado tercero de la Constitución). En este punto, el artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que todos los tratados internacionales (los Acuerdos con la Iglesia católica de 1979 son tratados internacionales) sin distinción son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad quedando equiparados a la ley en cuanto al control de constitucionalidad. La STC 38/2007 claramente ha respondido a esta cuestión:

> No nos corresponde enjuiciar aquí la constitucionalidad de un precepto de nuestra Ley Orgánica que nadie ha puesto formalmente en cuestión; ni nos cabe siquiera pronunciarnos *in abstracto* sobre la viabilidad procesal de un tal cuestionamiento. Importa sólo decir que si las dudas abrigadas por el Abogado del Estado respecto de la ortodoxia constitucional del artículo 27.2.*c*) LOTC derivan únicamente del hecho de que, a su juicio, los tratados internacionales no pueden ser formalmente considerados como Leyes, tales dudas habrían de extenderse a los apartados del artículo 27.2 LOTC que también incluyen entre las normas sometidas a nuestra jurisdicción a los Reglamentos parlamentarios, es decir, normas que, tampoco son formalmente Leyes, pero que por su inmediata vinculación a la Constitución, como ocurre también con los Tratados (art. 95.1 CE), aparecen cualificadas como normas primarias, siendo justamente esa específica cualificación la que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, confiere su cabal sentido, en este contexto, a la expresión «norma con rango de Ley» (por todas, SSTC 118/1988, de 20 de junio, y 139/1988, de 8 de julio). De otro lado, la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los efectos invalidantes asociados a un juicio negativo lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del tratado mismo (art. 96.1 CE).

2. Los Acuerdos Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España[14] y los Acuerdos con la Iglesia católica

Se ha considerado que los Acuerdos con la Iglesia católica de 1979 se incluirían en el artículo 10.2 CE[15] y, consecuentemente, su alcance vendría a interpretar el artículo 16 CE y no al revés que es lo más coherente. Los Acuerdos con la Iglesia católica no pueden, jurídicamente, considerarse que sean Tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

3. Las Leyes orgánicas y los Acuerdos con la Iglesia católica

Algunos autores han manifestado que los Acuerdos con la Iglesia católica, como tratados internacionales[16], no pueden ser modificados o derogados por las leyes orgánicas, por ejemplo, la LOLR[17]. Se podría discutir, por una parte, si todo el contenido de la LOLR es orgánica o no; cuestión resuelta por la STC 46/2001, de 15 de febrero, que consideró todo su contenido orgánico. No obstante, no existen dudas de que en caso de colisión entre las leyes orgánicas y los Acuerdos con la Iglesia católica prevalecen las leyes orgánicas, en cuanto que éstas no sólo constituyen el bloque de constitucionalidad sino que el principio de competencia (art. 81.1 CE) determina que los derechos y libertades fundamentales son regulados en exclusiva por las leyes orgánicas,

teniendo que interpretarse y aplicarse dichos Acuerdos de conformidad con dichas leyes. En fin, el principio de especialidad cede ante el principio de competencia (LLAMAZARES[18]). En todo caso, es preciso recordar en relación con el rango normativo de los tratados internacionales válidamente celebrados que deben ser tenidos como normas con rango de Ley (STC 47/1990). El artículo 96 CE reconoce que las disposiciones contenidas en los Tratados «sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». Esta redacción no se puede interpretar que el Tratado sea superior a la Ley, como contemplaba el Anteproyecto de Constitución: «los Tratados internacionales válidamente celebrados tendrán, una vez publicados, jerarquía superior a las leyes». La aceptación de una enmienda expresamente rechazó este texto. A pesar de esta evidencia, se ha aprobado la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que en su artículo 31 dice: «Prevalencia de los tratados. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional». Hubiera sido más conveniente jurídicamente seguir el criterio seguido por parte de la doctrina jurídica (no solamente las tesis internacionalistas) vinculada especialmente en relación al principio de competencia que no determina en todos los casos la primacía de los tratados internacionales, por ejemplo, en relación a las leyes orgánicas que desarrollan los derechos fundamentales, independientemente de la responsabilidad internacional por la no aplicación del tratado internacional (MUÑOZ MACHADO). En todo caso, el contenido esencial de los derechos fundamentales se regula por Ley orgánica (arts. 53 y 81 CE) de tal forma que si algún tratado internacional entra en contradicción con el contenido de la Ley orgánica deviene el tratado internacional en inconstitucional.

Un ejemplo: el conflicto entre el artículo 1.6 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Iglesia católica (Acuerdos de Derecho internacional) y la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de los Datos de carácter personal. Conviene tener presente que esta Ley orgánica es el desarrollo del contenido esencial de un derecho fundamental y como ha señalado el TC sin dicho desarrollo normativo no se concretaría el mencionado contenido esencial. Por todo lo dicho, conforme al principio de competencia se aplicará la Ley orgánica.

4. EL DERECHO COMUNITARIO Y LOS ACUERDOS CON LA IGLESIA CATÓLICA

En relación a este conflicto hay que tener en cuenta el principio de primacía del Derecho comunitario y el artículo 351 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El principio de primacía del Derecho Comunitario implica que el Derecho Comunitario prevalece sobre las normas internas de los Estados miembros. El Derecho

Comunitario es inmediata y directamente aplicable en el ordenamiento jurídico interno de los Estado miembros[19]. En este sentido, la primacía es una condición existencial del Derecho comunitario. Con otras palabras, la propia naturaleza del Derecho comunitario implica que éste afirme su superioridad sobre el Derecho de los Estados miembros. El ordenamiento jurídico comunitario prevalece en su integridad sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. Esto significa, en principio, que la primacía beneficia a todas las normas comunitarias, sean Derecho originario o derivado y ya sean estas últimas directamente aplicables o no. Dicha primacía se ejerce frente a todas las normas nacionales, incluida la Constitución y, por consiguiente, la Constitución de un Estado miembro no puede ser un obstáculo para la aplicación del Derecho Comunitario.

Ejemplos de estos conflictos normativos se dan entre el artículo 1.6 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Iglesia Católica de 1979 y la Directiva comunitaria relativa a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos de 1995, y entre el artículo III del Acuerdo sobre Asuntos Económicos y la Directiva comunitaria del IVA. La preeminencia en la aplicación del Derecho Comunitario es absoluta en estos casos.

5. Las leyes autonómicas y los Acuerdos con las confesiones religiosas

La STC 207/2013, de 5 de diciembre, resuelve este conflicto normativo. Se aplican los acuerdos de cooperación por violación de la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.1.ª CE, en relación con el artículo 16.3 CE, y con el artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa; en conexión con los artículos 53 y 81 de la Constitución.

6. Los Acuerdos con las confesiones religiosas entre sí

Los Acuerdos con las confesiones plantean una serie de problemas. En primer lugar, se cuestiona la distinta consideración de los Acuerdos celebrados con la Iglesia católica y los que pueden celebrarse con las demás confesiones.

En cuanto a los primeros (Acuerdos con la Iglesia católica) se les ha reconocido el carácter de tratados internacionales[20]. En cambio, en relación con los acuerdos con las demás confesiones, tal y como prevé el artículo 7.1 LOLR, se aprobarán por Ley de las Cortes Generales. Aun estando de acuerdo con la consideración de tratados internacionales atribuida a los Acuerdos con la Iglesia católica son, en todo caso, tratados internacionales *sui generis*[21].

En relación con los acuerdos con las confesiones, contemplados en el artículo 7.1 LOLR, son un acuerdo entre una confesión y el Gobierno y no pasan de ser un «mero presupuesto y un momento procesal de la formación de la voluntad del Parlamento»

(LLAMAZARES[22]); cuya soberanía no puede ser limitada respecto de los proyectos de ley que le envía el Gobierno.

El problema más conflictivo en esta materia es el relativo al principio de igualdad, y se han planteado tres cuestiones como puntos de referencia en la comparación:

— *Entre la Iglesia católica y las confesiones con acuerdos de cooperación*. El planteamiento doctrinal ha intentado solucionar este problema señalando que no se vulnera la igualdad si se utilizan los Acuerdos con la Iglesia católica como *paradigma extensivo* para los demás Acuerdos (VILADRICH). Sin embargo, consideramos más apropiada la solución inversa; es decir, que los Acuerdos con las confesiones minoritarias de 1992 deben funcionar como paradigma para los Acuerdos con la Iglesia católica (SERRANO POSTIGO).

— *Entre creyentes y no creyentes*, ya que la existencia misma de acuerdos y el hecho de que no se haya remitido la regulación de algunas materias contenidas en dichos Acuerdos al Derecho común pueden provocar un Derecho especial favorable de una religión y una valoración positiva de lo religioso, pudiendo constituir auténticos privilegios que vulneran el principio de igualdad.

— *Entre grupos religiosos y grupos ideológicos*. Lo más razonable para que no se produzca la vulneración del principio de igualdad entre estos grupos es la existencia de un Derecho común aplicable para todos esos grupos. A partir de esta premisa, se podrían estudiar las peculiaridades de cada uno de los grupos, según las exigencias de los grupos integrantes de los mismos y sin perjuicio de respetar la identidad de cada grupo siempre que no entre en contradicción con el principio personalista.

7. LA TRADICIÓN RELIGIOSA COMO NORMA JURÍDICA

Numerosas sentencias se han fundamentado jurídicamente en la tradición religiosa para perpetuar el principio de confesionalidad y que esta tradición religiosa se considera que no vulnera el principio de laicidad[23], lo que implica un desconocimiento del contenido de este principio constitucional. También alguna norma jurídica como por ejemplo la disposición adicional 4.ª del RD 684/2010.

El término «tradición» según el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española es: «la transmisión de costumbres. Costumbre conservada por el pueblo por transmisión de padres a hijos». Y el término «costumbre» viene definido por: «Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por la tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto». A su vez, el término tradición es antónimo de innovación. La tradición religiosa sería en todo caso, jurídicamente, una costumbre. Podría ser una costumbre *secundum legem*; es decir, la costumbre que opera como fuente en virtud de una expresa remisión a la misma hecha por la norma escrita. En este supuesto, la costumbre sube de rango normativo y ocupa el

que le asigna la norma remitente. La costumbre no tiene fuerza jurídica autónoma y propia. Sin embargo, en el caso de la tradición religiosa estamos ante una costumbre *contra legem* (contraria a la Constitución) que si se admite supondría la derogación, en este punto, de la norma constitucional. En definitiva, la tradición religiosa (uso o costumbre al que remite una norma jurídica) no puede entrar en contradicción con la Constitución (ni con el principio de laicidad en la misma consagrado) y no se puede justificar su aplicación en el principio de cooperación con las confesiones religiosas si ello implica la vulneración de la neutralidad religiosa como principio dirigido a los poderes públicos y como deber que se exige a los empleados públicos. La tradición católica perpetúa el principio de confesionalidad. Principio incompatible con la frase constitucional «ninguna confesión tendrá carácter estatal». Frase que reconoce que los poderes públicos han dejado de profesar la religión católica.

La tradición religiosa no puede constituir un límite de los derechos fundamentales porque frenaría el progreso del Derecho y encubriría intereses no generales sino concretos de una confesión religiosa. La tradición católica como justificación jurídica enmascara el mantenimiento del principio de confesionalidad católica frente a la aplicación del principio de laicidad (neutralidad religiosa y separación) y, consecuentemente, se cercenan los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos no católicos.

---

1 Remisión a la Unidad didáctica 1.ª

2 Durante estos últimos años, han proliferado documentos de «buenas prácticas» que se encuadran en el denominado «*soft law*». En concreto: http://governacio.gencat.cat/ca/pgov_ambits_d_actuacio/pgov_afers-religiosos/pgov_publicacions_estudis/pgov_guies_respecte_pluralitat/ y, http://www.observatorioreligion.es/banco-buenas-practicas/. Comparto las siguientes palabras de CASTRO JOVER: «la utilización de instrumentos

de *soft law* es sin duda de gran interés por los efectos prácticos que pueden llegar a producir, sin embargo, su eficacia se reduce al mero voluntarismo si no tienen una norma fuerte en la que se apoyarse», en «La tutela de la diversidad religiosa en el ámbito local entre reglas jurídicas y buenas prácticas. El contexto español», en *Diversidad religiosa y gobierno local. Marco jurídico de intervención en España y en Italia*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 86.

3 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de libertad de conciencia*, tomo I, *op. cit*., pp. 380 ss.

4 De todas maneras, conviene recordar las palabras de nuestros tribunales sobre la importancia del Derecho matrimonial canónico, así se ha dicho que: «el Derecho matrimonial canónico constituye una parte del conjunto de materias que componen la formación jurídica del Licenciado en Derecho; en cuanto el matrimonio canónico, es una institución vigente y aplicada en la sociedad española, por lo cual su conocimiento es necesario quien pretende su graduación académica en aquella rama de la ciencia, desde el punto de vista teórico, por su raigambre histórico-jurídica y su influencia en la evolución histórica de las instituciones, y desde el práctico del eventual ejercicio profesional, dado que se refiere a cuestiones de ordinario planteamiento y estudio en el ejercicio de diversas profesiones jurídicas» (Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 1984). Sobre la regulación del matrimonio canónico, nos remitimos a la obra: LÓPEZ ALARCÓN, M., y NAVARRO VALLS, R., *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordatario*, Tecnos, 7.ª ed., 2010; y LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *El sistema matrimonial español: matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1995. Estas obras nos

permiten excluir el estudio de dicha materia de estas Unidades didácticas.

5 Vid. cánones 115 ss.

6 Remisión Unidad didáctica 9.ª

7 Remisión a la Unidad didáctica 10.ª

8 En algunas comunidades autónomas se han firmado acuerdos con la Lliga per la Laïcitat por ejemplo, el *Conveni de col·laboració entre l'Administració de la Generalitat de Catalunya, mitjançant el Departament de la Vicepresidència, i la Fundació Francesc Ferrer i Guàrdia, en representació de la Lliga per la laïcitat* (2007).

9 Vid. artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

10 BASSOL COMA, M., «Consideraciones sobre los convenios de colaboración entre la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público», *Revista de Administración Pública*, n.º 82, 1977, pp. 92-93; ÁVILA ORIVÁ, J. L., *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cívitas, 2002, pp. 201-203.

11 En nuestro ordenamiento jurídico diferentes son las leyes que hacen una enumeración de estos fines de interés público, por ejemplo, artículo 4 de la Ley 6/1996, de 15 de enero, de Voluntariado; artículo 3 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre (modificado por Ley 14/2011); artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre y, artículo 32.1.*a*) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

12 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Artículo 3», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cívitas, 2004, 2.ª ed., p. 107.

13 ÁVILA ORIVÁ, J. L., *op. cit*., p. 200.

14 La STC 36/1991, de 14 de febrero dice: «Tampoco puede entenderse autónomamente infringido por el precepto cuestionado el artículo 10.2 CE, pues esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del artículo 10.2 CE, que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso».

15 «A este respecto, y por lo que afecta al Derecho eclesiástico, no está de más puntualizar que, entre esos tratados internacionales a que alude el artículo 10, pueden considerarse incluidos los Acuerdos con la Santa Sede, lo que induce a interpretar en conformidad con ellos la regulación constitucional del derecho de libertad religiosa —cuando lo que se contempla es su dimensión colectiva—, en orden a precisar el sistema constitucional de relaciones institucionales con la Iglesia católica o a determinar los efectos jurídicos de la actuación de su miembros», vid. MARTÍNEZ TORRON, J., «Jerarquía y antinomias de las fuentes del nuevo Derecho Eclesiástico español», *ADEE*, vol. III, 1987, p. 134.

16 El Auto TC 190/2009, de 23 de junio, recoge: «Al margen de la parquedad argumentativa del Juzgado, suficiente para tener por infundado su cuestionamiento, es claro, por una parte, y en línea con las alegaciones del Fiscal General del Estado, que la naturaleza estatal de la Santa Sede no se aviene con el concepto de "organización o institución internacional" a que se refiere el artículo 93 CE y, por otra, que con el Acuerdo concluido con la Santa Sede en 1979 no se ha cedido el ejercicio de la competencia derivada de la Constitución en punto a la programación general de la enseñanza. En particular, las facultades atribuidas a la Iglesia católica en el citado Acuerdo no suponen una cesión competencial típica del artículo 93 CE, toda vez que el extrañamiento implícito en

los tratados contemplados en ese precepto no se cumple con aquel Acuerdo, dada la perfecta y completa sumisión de sus actos de aplicación a la jurisdicción del Estado, según se desprende de la doctrina establecida en la STC 38/2008, de 15 de febrero».

17 Cfr. LOMBARDÍA, P., y FORNES, J., «Fuentes del Derecho Eclesiástico español», en *Derecho Eclesiástico español*, EUNSA, Pamplona, 1996, pp. 109-110.

18 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de conciencia*, tomo I, 2011, *op. cit*., p. 394.

19 En la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso *Costa*, de 15 de julio de 1964, el Tribunal reconoció solemnemente el principio de primacía, con las siguientes palabras: «al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se pongan en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad».

20 Éste es el criterio del Tribunal Constitucional, como se recogen, entre otras, estas Sentencias: Uno, STC 66/1982, de 12 de noviembre, fundamento jurídico n.º 5: «no podemos menos que constatar que este Acuerdo del Estado español y la Santa Sede tiene rango de Tratado internacional y, por tanto, como aprecia el Fiscal, se inserta en la clasificación del artículo 94 CE, sin que respecto a él se hayan, institucionalmente, denunciado, estipulaciones contrarias a la propia Constitución, ni procedido conforme al artículo 95 de la misma, y, una vez aplicado oficialmente el Tratado, forma parte del ordenamiento interno». Y, dos, STC 187/1991, de 3 de octubre: «dicho Acuerdo (está haciendo alusión al Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales) es un Tratado Internacional, cuyo texto ha sido aprobado por las Cortes Generales y publicado oficialmente (*BOE* de 15 de diciembre de 1979), lo que significa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno» y prosigue diciendo que las normas en él contenidas constituyen «la regulación, en un Tratado Internacional, de las condiciones para asegurar la igualdad en el ejercicio del derecho fundamental a la educación religiosa en el ámbito escolar».

21 Las razones, pueden resumirse en las siguientes:
— No se contiene el principio de reciprocidad.
— No se admite la posibilidad de acudir a una autoridad arbitral superior.
— No son enumerados como tratados internacionales en el Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los tratados, debido a la peculiar personalidad jurídica internacional de una de las partes, la Santa Sede.

22 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, tomo I, *op. cit*., 2011, p. 383.

23 Remisión a la Unidad didáctica 5.ª (jurisprudencia sobre símbolos religiosos).

B) *PARTE ESPECIAL*

B.1. LAICIDAD Y LIBERTAD DE CONCIENCIA

UNIDAD DIDÁCTICA 7.ª

DERECHO DE EDUCACIÓN, LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y LAICIDAD

I. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE EDUCACIÓN

La STC 5/1981 afirma que los centros docentes públicos deben ser ideológica y religiosamente neutrales. Para comprender la aplicación de este principio de laicidad en el ámbito educativo es conveniente tener presente algunos principios rectores del derecho a la educación. El derecho a la educación reconocido en el artículo 27.1 CE se configura a través de los siguientes principios fundamentales:

— *Personalista.* El artículo 26 DUDH indica que el objeto de la educación es el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. En parecidos términos se pronuncia el artículo 27.2 CE como consecuencia del reconocimiento del principio personalista del artículo 10.1 CE. El derecho a la educación es un derecho fundamental de todos los ciudadanos (art. 27.1 CE). En todo caso, siempre hay que tener presente que la educación es transmisión de conocimientos pero también promoción de valores, de hábitos y de desarrollo de capacidades como el espíritu crítico (principios y fines de la educación, arts. 1 y 2 LOE). En consecuencia, la educación está al servicio de la formación libre de nuestra propia conciencia[1].

— *Servicio público.* La educación es calificada como servicio público (art. 108.4 LOE)[2]. Esta calificación obliga a la Administración a establecer mecanismos de compensación de las desigualdades que conlleva la habilitación de recursos como en el caso de los alumnos con necesidades educativas específicas (arts. 71 a 81 LOE). Además, la calificación como servicio público implica los siguientes aspectos: la inspección y homologación (art. 27.8 CE); la gratuidad y obligatoriedad de la educación básica (art. 27.4 CE) y la calificación de la educación como un derecho prestacional (art. 27.5 CE).

II. LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Esta libertad se reconoce en el artículo 27.1 CE. El Tribunal Constitucional considera que la libertad de enseñanza como actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores implica: el derecho a crear centros educativos, el derecho de libertad de cátedra, el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos, con los matices que posteriormente se pondrán de manifiesto. La libertad de enseñanza es una proyección del derecho de libertad de conciencia (art. 16.1 CE) y donde el principio de laicidad es esencial para garantizar la libertad de conciencia de todos.

1. EL DERECHO A CREAR CENTROS EDUCATIVOS

Se reconoce este derecho expresamente en el artículo 27.6 CE. Los sujetos a que se reconoce este derecho son, por una parte, a la Administración pública competente en materia educativa que es la autoridad encargada de crear y suprimir centros educativos públicos. Los centros educativos privados no universitarios pueden ser creados por cualquier persona física o jurídica con las salvedades del artículo 21 LODE. Y se someten a un régimen de autorización administrativa. Los artículos 23, 14.2 y 27 LODE regulan los requisitos mínimos de dicha autorización. En relación a los centros universitarios privados se regulan en los artículos 23 y 4 LOU. No obstante, la disposición adicional cuarta establecía una excepción en relación a las universidades creadas por la Iglesia católica[3]. En relación al contenido de este derecho, implica:

— Derecho de fundación, dirección y gestión. El Tribunal Constitucional (STC 5/1981, de 13 de febrero) ha indicado que el derecho de creación o fundación de un centro educativo incluye, sin duda, el derecho de dirección. Consecuentemente, implica en última instancia la responsabilidad en la gestión del centro educativo a través del ejercicio de las facultades directivas en relación con la elaboración de los Estatutos del centro, el nombramiento de los órganos de dirección del centro, el profesorado, el resto del personal y el establecimiento del ideario del centro.

— El *ideario* o carácter propio (art. 115 LOE). El derecho a establecer un ideario es un derecho autónomo del derecho de dirección. El contenido del ideario del centro educativo no queda limitado a aspectos religiosos o morales de la actividad educativa sino que puede extenderse a otros ámbitos del funcionamiento del centro educativo (STC 5/1981, de 13 de febrero). El ideario o carácter propio cumple dos funciones: Orienta toda actividad educativa del centro y facilita a los padres el ejercicio del derecho a elegir centro educativo en función del ideario[4] y, de ahí surge la necesidad de su publicidad y de la imposibilidad de variarlo durante el curso escolar (art. 115.2 y 3 LOE).

Entre los límites al derecho a crear centros educativos se encuentran el respeto a los principios constitucionales y el respeto a los derechos garantizados al resto de los miembros de la comunidad educativa.

En relación al ideario del centro habrá que determinar con claridad la compatibilidad del mismo con el libre desarrollo de la personalidad (STC 133/2010) pues si el ideario es un instrumento destinado al dogmatismo, al sectarismo o al proselitismo obligatorio pone en dificultad el objetivo de la educación que no es otro que facilitar el libre desarrollo de la personalidad. Por tal motivo, el ideario no puede funcionar como instrumento de transmisión de creencias o ideas, sino como mero instrumento para dar a conocer esas creencias o ideas (LLAMAZARES)[5]. «La exposición de la moral a la que responde el "carácter propio" debe ser científica, objetiva, neutral y crítica. También a ella le alcanza el principio de la laicidad y la neutralidad derivada de él»[6].

El criterio de la financiación pública de los centros educativos no universitarios recogido en el artículo 27.9 CE permite la división de los centros en:

— Centros públicos. Son centros creados por las Administraciones públicas educativas y su característica esencial es la neutralidad ideológica y religiosa (STC 5/1981). En consecuencia, los padres al elegir los centros educativos públicos tienen el derecho a educar a sus hijos según sus convicciones no religiosas; en consecuencia, los poderes públicos deben garantizar el derecho de los padres a elegir una educación pública y laica alejada de la presencia de lo religioso[7]. Consecuentemente, los centros públicos no tienen ideario ni reflejan una doctrina oficial. No obstante, el artículo 121 LOE (modificado por la LOMCE) reconoce la elaboración de un proyecto educativo propio.

— Centros privados. Los centros privados sin financiación pública tienen plena autonomía conforme al derecho a crear centros educativos (arts. 108.3, 114 y 115 LOE).

— Centros privados concertados (RD 2.377/1985, de 18 de diciembre). Son los centros privados que reciben financiación pública[8] y, consecuentemente, contribuyen junto con los centros públicos a la prestación del servicio público de educación[9]. Estos centros están regulados en los artículos 116 LOE (modificado por la LOMCE) y 117 LOE. Para acceder a la financiación pública es necesario la firma de un concierto (contrato administrativo) entre el centro privado y la Administración educativa. El Estado es responsable de la educación, por eso se condiciona la financiación a que se garantice el cumplimiento de los fines que la Constitución indica (libre desarrollo de la personalidad, art. 27.2 CE).

El artículo 116 LOE (modificado por la LOMCE) determina los criterios de prelación en los conciertos y el artículo 117 LOE determina el módulo económico correspondiente a los fondos públicos destinados a los centros privados por unidad escolar.

Los centros concertados siguen manteniendo su derecho a tener un ideario y carácter propio al igual que el resto de centros privados y el artículo 52.3 LODE establece que si

existe alguna práctica confesional deber ser totalmente voluntaria.

Por su parte, el centro concertado a cambio de la financiación pública debe cumplir las siguientes condiciones: la gratuidad de la enseñanza (art. 88 LOE); el establecimiento de cauces de participación de la comunidad educativa a través de la creación del Consejo Escolar y, por último, la criterios de admisión de alumnos son iguales a los centros públicos (art. 84 LOE, en especial su apartado n.º 3, y el art. 25 LODE).

La LOMCE hace mención expresa a la financiación pública de los centros educativos cuyo ideario se fundamenta en la segregación sexista eufemísticamente denominada «educación diferenciada». En concreto, el apartado 3 del artículo 84 LOMCE. Esta disposición normativa contradice las SSTS de 11 de junio de 2008, 23 de julio de 2012, 22 de enero de 2013, 23 de junio de 2014, 18 de julio de 2014, 17 de julio de 2014, entre otras, que consideran que se adecúa al ordenamiento jurídico que las Administraciones educativas no renueven los conciertos educativos de centros docente basados en la segregación sexista[10].

2. Libertad de cátedra

El artículo 20.1.*c*) CE reconoce esta libertad. Son titulares del derecho de libertad de cátedra, según el TC, todos los profesores, independientemente del nivel educativo en que impartan su enseñanza y bien sean profesores de la enseñanza pública o de la enseñanza privada y no sólo los profesores universitarios. No obstante, el reconocimiento de la libertad de cátedra no será el mismo debido al ideario o carácter propio en relación con los profesores de los centros educativos privados y al grado de madurez de los alumnos.

Los profesores de los centros educativos públicos.

El contenido de la libertad de cátedra en su aspecto negativo implica que al profesor no se le puede imponer que adapte de sus enseñanzas a una doctrina oficial. En este sentido la laicidad es la mejor garantía contra el sectarismo y el adoctrinamiento en la enseñanza[11]. Le permite al docente oponerse a cualquier mandato de impartir la enseñanza en una orientación ideológica o religiosa determinada. El TC ha indicado «que la neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos regulados en la LOECE impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier tipo de adoctrinamiento ideológico, que la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que por decisión libre o forzada por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explicita» (STC 5/1981). Y, en su aspecto positivo, le faculta al profesor para orientar su enseñanza de acuerdo con las propias convicciones y cuya amplitud se gradúa en función del nivel educativo pues cuanto menor sea el nivel

educativo mayor es la intervención de la Administración educativa a la hora de fijar el contenido de la materia así como los medios pedagógicos entre los que puede elegir. En relación a los límites, los profesores de la enseñanza pública tienen el deber de respetar la neutralidad ideológica y religiosa de la enseñanza pública y, en consecuencia, deben renunciar a todo tipo de adoctrinamiento; su enseñanza debe ser objetiva y respetuosa con cualesquiera otras orientaciones ideológicas y, así mismo, deben fomentar la autocrítica.

Los Profesores de los centros educativos privados.

Los profesores de los centros privados tienen como contenido negativo de la libertad de cátedra el que no se les puede imponer una orientación ideológica determinada en sus enseñanzas. Se garantiza a través de la laicidad, la objetividad y el contenido científico de las disciplinas académicas frente al adoctrinamiento ideológico y religioso. En todo caso, el ejercicio de esta libertad puede quedar limitado por el respeto debido al ideario del centro educativo privado, tanto en sus actividades académicas como extraacadémicas[12].

— Colisión entre libertad de cátedra e ideario.

• Disconformidad ideario y actividades docentes. El profesor de un centro educativo privado puede en uso de la libertad de cátedra, desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo. Lo que tiene prohibido el profesor es influir en la formación religiosa o ideológica de los alumnos en sentido contrario al que los padres eligieron para sus hijos, es decir, tiene prohibido el adoctrinamiento. Pero no se lesiona el ideario «con simples y aisladas discrepancias a propósito de algún aspecto del ideario del centro que exponga el profesor al filo de sus actividades escolares, siempre que las manifieste razonadamente, con oportunidad y en forma adecuada a la edad y el grado de conocimiento y de madurez de sus alumnos» (TOMÁS Y VALIENTE, voto particular STC de 13 de febrero de 1981). En palabras del TC tiene que existir ataques abiertos; es decir, claramente, intencionados contra el ideario.

• Disconformidad ideario y actividades extraacadémicas lícitas. La regla general es que, en principio, las actividades extraacadémicas contra el ideario no constituyen causa suficiente de despido procedente del profesor. Si bien, el TC ha considerado que eventualmente podría implicar el despido procedente del profesor si se cumplen tres requisitos: notoriedad, naturaleza de la actividad con la función docente concreta que desarrolla el profesor e intencionalidad.

3. EL DERECHO DE LOS PADRES A ELEGIR LA FORMACIÓN RELIGIOSA Y MORAL QUE DESEAN PARA SUS HIJOS

Este derecho se regula en el artículo 27.3 CE. No obstante, se debe precisar que este derecho de los padres es parte integrante del derecho de libertad religiosa como expresamente reconoce el artículo 2.1.*d*) LOLR[13] y no del derecho de educación o del derecho a la libertad de enseñanza.

A) El estatuto de la enseñanza de la religión católica

En relación con *el estatuto de la enseñanza de la religión católica* viene regulado en el artículo II del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos culturales de 3 de enero de 1979. Este artículo establece que la enseñanza de la religión católica viene configurada por la libre elección de esta asignatura por parte de los alumnos o padres de alumnos y por la oferta obligatoria para todos los centros educativos. El régimen jurídico de la enseñanza de la religión católica desde las Órdenes Ministeriales de 1980 hasta la actualidad ha sido regulada por diferentes normas que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido concretado y delimitado. Así podemos apuntar, siguiendo esta jurisprudencia:

— La garantía del derecho reconocido en el artículo 27.3 CE da lugar a una prestación garantizada por los poderes públicos pero nunca da lugar a la imposición para terceros (STS de 31 de enero de 1997).

— La expresión «en condiciones equiparables» recogida en el Acuerdo no significa «identidad» (SSTS de 14 abril de 1998 y 26 de enero de 1998); es decir, los centros educativos han de tener dispuestos los medios personales y materiales para impartir dicha enseñanza desde el momento que haya demanda de ella; garantizándose así el derecho de los alumnos a recibirla (STS de 3 de febrero de 1994).

— El «estudio asistido» contemplado en los reglamentos que desarrollaban la LOGSE no puede ser la actividad alternativa a la enseñanza de la religión por vulneración del principio de igualdad (SSTS de 3 de febrero de 1994, 17 de marzo de 1994, 9 de junio de 1994 y 30 de junio de 1994).

— La enseñanza de la religión es competencia exclusiva del Estado y por lo tanto no hay que acudir a la Comisión Mixta del Acuerdo con la Iglesia católica para interpretar esta materia (SSTS de 3 de febrero de 1994, 17 de marzo de 1994 y 30 de junio de 1994).

— Que la enseñanza de la religión no sea curricular no vulnera el ordenamiento jurídico (SSTS de 3 de febrero de 1994, 17 de marzo de 1994 y 30 de junio de 1994).

— No es ilegal que las actividades alternativas no sean evaluables, «No es razonable aceptar que quien desee valerse de una garantía constitucional de formación religiosa, no obligada para quien no se acoja voluntariamente a ella, tenga un derecho constitucional a imponer que las condiciones pactadas para su prestación en orden a la evaluación se extiendan a actividades alternativas no cubiertas con dicha garantía y cuya misma existencia de que la alternativa a la religión no sea evaluable» (STS de 15 de abril de

1998)[14].

— No vulnera el ordenamiento jurídico que las actividades alternativas no tengan contenido moral, «nadie que vea satisfecha la pretensión de que sus hijos reciban enseñanza de una determinada religión o convicción moral está legitimado por la Constitución para imponer a los demás la enseñanza de cualesquiera otras religiones o sistemas morales dependientes de las convicciones o creencias personales» (SSTS de 31 de enero de 1997 y 14 de abril de 1998).

— El carácter obligatorio de actividades alternativas no es contrario al ordenamiento jurídico pues si «no se les impusieran tales actividades alternativas ello supondría una penalización de la religión y un motivo disuasorio en contra de ella» (SSTS de 1 de abril 1998 y 20 de julio de 2012)[15].

La regulación actual de la enseñanza de la religión parte de la Ley Orgánica de Educación (LO 2/2006, disp. adic. 2.ª, modificado por la LO 8/2013, LOMCE) que ha sido concretada en los diferentes decretos de desarrollo de la LOMCE de cada nivel educativo (disp. adic. 2.ª del RD 126/2014, de 28 de febrero y disp. adic. 3.ª del RD 1.105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato); la Resolución de 11 de febrero de 2015, de la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial, por la que se publica el currículo de la enseñanza de Religión católica de la Educación Primaria y de la Educación Secundaria Obligatoria y, la Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial, por la que se publica el currículo de la enseñanza de Religión católica de Bachillerato.

B) La enseñanza de la religión evangélica y musulmana

La *enseñanza religiosa evangélica e islámica* en los centros educativos públicos se regula: en la disposición adicional 2.ª de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (modificado por la LOMCE) que viene a remitir al contenido de los artículos 10 del Acuerdo de cooperación de 1992 con la FEREDE y con la Comisión Islámica de España; disposición adicional segunda del Real Decreto 126/2014 (educación primaria); disposición adicional 3.ª del Real Decreto 1.105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato; en la Orden de 28 de junio de 1993 por la que se publican los currículos de la enseñanza de la religión evangélica; la Orden de 11 de enero de 1996 por la que se dispone la publicación de los currículos de Enseñanza de la Religión Islámica y en el Convenio sobre designación y régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza religiosa evangélica e islámica en los centros docentes públicos de educación primaria y secundaria de 23 de abril de 1996; Resolución de 26 de noviembre de 2014 que publica el currículo del área de Enseñanza Religión Islámica de la Educación Primaria.

Esta normativa, reguladora de la enseñanza de la religión en los centros públicos y en los centros privados concertados, viene configurada por la libre elección de esta asignatura por parte de los alumnos o padres de alumnos. La determinación del contenido de la enseñanza y los libros de texto corresponde a las autoridades de la FEREDE y de la Comisión Islámica de España. Corresponde a las autoridades eclesiásticas de estas confesiones la designación del profesorado que será pagado por la Administración pública educativa si en el centro escolar al menos diez alumnos han solicitado que se imparta esta asignatura, no obstante, más del 90 por 100 del alumnado de religión musulmana no recibe clase de religión.

C) La asignatura alternativa a la enseñanza de la religión: Valores Sociales y Cívicos

La LOMCE ha introducido en el sistema educativo una asignatura alternativa[16] frente a las actividades alternativas que cada centro educativo debía organizar y que no tuviesen contenido curricular, conforme a la doctrina del TS. Esta asignatura alternativa se denomina: «Valores Sociales y Cívicos»[17], en la Educación Primaria (RD 126/2014) y, «Valores éticos», en la ESO y Bachillerato (RD 1.105/2014, de 26 de diciembre), con carácter evaluable. La existencia de una asignatura alternativa obligatoria para los alumnos no creyentes de las religiones impartidas en la escuela pública vulnera la libertad de conciencia.

D) El estatuto jurídico de los profesores de la enseñanza de la religión

En relación con el *estatuto jurídico de los profesores de la enseñanza de la religión* ha quedado configurado por la controvertida *Sentencia del TC 38/2007, de 15 de febrero* (doctrina reiterada en las SSTC 80 a 90 de 2007) que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias sobre el artículo III del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos culturales con la Iglesia católica, de 3 de enero de 1979, pero cuyo estatuto se extiende a los profesores de la enseñanza de la religión islámica y evangélica. La disposición adicional 3.ª LOE regula este estatuto jurídico[18].

Las cuestiones sobre las que conviene detenerse en el análisis de los fundamentos de la Sentencia del TC de 15 de febrero de 2007 son dos:

Primera: El *contenido de la asignatura de enseñanza de la religión* es confesional y está dirigida al adoctrinamiento de los alumnos, creyentes de esa confesión y, por lo tanto, son las confesiones las encargadas de determinar su contenido[19], así se recoge que: «el que el objeto de la enseñanza religiosa lo constituye la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos sino de la fe religiosa de quien la transmite»[20]. De esta afirmación el TC extrae una serie de consecuencias para la configuración del

estatuto jurídico del profesorado; en concreto, «el credo religioso objeto de enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada iglesia, comunidad o confesión»[21]. Conforme al *principio de separación entre el Estado y las confesiones*, se «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» lo que implica que el Estado no pueda a entrar a determinar el contenido de la asignatura. Todo ello lleva al TC a decir: «Se sigue de lo anterior que también ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respetivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida 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 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»[22]. En supuestos en que los ciudadanos (profesores de religión) ejercitan derechos fundamentales o derechos legítimos dicho ejercicio puede entrar en contradicción con la doctrina de la confesión. En dichos casos la confesión religiosa puede no otorgarles la idoneidad para impartir enseñanza religiosa en centros públicos (no renovación)[23].

La segunda cuestión relevante de la STC 38/2007 es el asunto de la *contratación laboral* de los profesores de enseñanza de la religión, por parte de las Administraciones educativas públicas, que el TC considera constitucional[24].

¿Reúnen los profesores de religión los criterios de mérito y capacidad para acceder a un puesto de trabajo de la Administración Pública[25]? El principio de igualdad en el acceso a los puestos de trabajo en las Administraciones públicas implica la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a los mismos que tengan carácter discriminatorio[26]. En cambio, en esta Sentencia del TC se vulnera el principio de neutralidad que es una exigencia del principio de igualdad, pues las referencias se hacen de forma individualizada, y concretas, y no en términos generales y abstractos; pues el dato determinante es la religión para la contratación pública de este profesorado.

Por otra parte, la observancia y exigencia de esas reglas abstractas y generales (sin discriminación en la contratación pública del personal al servicio de las Administraciones públicas) se deben a que la Administración debe garantizar la objetividad, la imparcialidad y la eficacia conforme al artículo 103 CE. Los méritos y la capacidad para acceder a la Administración pública deben estar en relación a la función a desempeñar; función que será realizada por personal de la Administración. En este caso, según el TC, existiría una integración orgánica de los profesores de la enseñanza de la religión; de tal forma que este personal de las Administraciones tendrá encomendada la tarea de adoctrinar en la religión (católica, evangélica, islámica) función prohibida a los

profesores de los centros educativos públicos que deben ser ideológicamente (y religiosamente) neutrales[27].

Más rotundo es el TC cuando recoge: «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» (FJ 12).

El TC no aplica el principio de separación a la contratación del profesorado al producirse una clara confusión entre las funciones religiosas (adoctrinamiento en una concreta fe a los alumnos creyentes de esa confesión) y las funciones estatales (neutralidad de los centros públicos y no adoctrinamiento de los profesores de los centros públicos). Ya que, no lo olvidemos, este profesorado es el personal contratado por la Administración para llevar a cabo una función religiosa por mucho que diga el TC: «A través de la contratación de los profesores de religión, las Administraciones públicas no desarrollan tendencia ni ideario ideológico alguno» sin ninguna otra precisión[28]. El TC considera, finalmente, que las dos opciones: la contratación pública de este profesorado como el hecho de que dicha contratación se realice por las autoridades eclesiásticas (pago delegado) son constitucionales y depende del legislador la elección[29]. En definitiva, la doctrina sentada por el TC es realmente lesiva para los intereses públicos y generales, pues produce una serie de consecuencias jurídicas muy graves para la Administración pública; debido a la integración de ese profesorado como personal contratado de la Administración, ya que al ser la Administración la empleadora le corresponde responder de ese profesorado en el ámbito de responsabilidad patrimonial, así como las indemnizaciones en el orden laboral por la «no renovación» de este profesorado[30].

En todo caso la jurisprudencia del TC ha indicado que «no cabe aceptar que los efectos civiles de una decisión eclesiástica pueda resultar inmunes a la tutela jurisdiccional de los órganos del Estado»; que las autoridades eclesiásticas deben justificar la no renovación del profesorado en razones de «índole religiosa o moral» de tal forma que una vez verificada la motivación estrictamente religiosa de la causa invocada de inhabilitación, la misma ha de ser además compatible con los derechos fundamentales de los trabajadores. Conforme a estas premisas, el TC (STC 128/2007) considera ajustada a la Constitución y procedente la no renovación por la pertenencia de un profesor al Movimiento Pro-Celibato opcional. Doctrina que ha confirmado la STEDH (Gran Sala) de 12 de junio de 2014. «No es irrazonable, para una iglesia o una comunidad religiosa, exigir a los profesores de religión una lealtad particular hacia ellas, en la medida en que pueden ser considerados sus representantes», confirma el TEDH[31].

Y, por su parte, el TS[32] ha considerado que la no renovación fundamentada en la pertenencia a una Asociación de Profesores de religión y la participación en una huelga no justifica la no renovación y, en consecuencia, el despido se entiende nulo. En palabras del TS: «Es evidente que la actuación de la demandante en un conflicto laboral nada

tiene que ver con la enseñanza de la religión católica, ni pone en cuestión la libertad de los padres, ni de las confesiones religiosas de determinar el contenido de esa enseñanza».

Sobre una profesora de religión que había contraído matrimonio civil se ha pronunciado la STC 51/2011, de 14 de abril y STSJ Andalucía de 22 de diciembre de 2011[33]. Sobre las dos cuestiones anteriores se ha pronunciado la STC 140/2014, de 11 de septiembre, que parece entrar en contradicción con la STC 51/2011.

E) La Educación para la ciudadanía y los Derechos Humanos

Esta asignatura fue creada por la LOE (2006) y la LOMCE (2013) la ha suprimido. No obstante, en el Preámbulo de la LOMCE se dice: «En el contexto del cambio metodológico que esta Ley Orgánica propugna se aborda esta necesidad de forma transversal al incorporar la educación cívica y constitucional a todas las asignaturas durante la educación básica, de forma que la adquisición de competencias sociales y cívicas se incluya en la dinámica cotidiana de los procesos de enseñanza y aprendizaje y se potencie de esa forma, a través de un planteamiento conjunto, su posibilidad de transferencia y su carácter orientador».

La asignatura «Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos» tuvo un fuerte rechazo por parte de la Iglesia católica española. Este rechazo se articuló jurídicamente a través de la objeción de conciencia[34] a esta asignatura pues se considera que esta asignatura es un instrumento de adoctrinamiento por parte del Gobierno socialista. El Tribunal Supremo español (Sentencias 340, 341 y 342 de 11 de febrero de 2009 del Tribunal Supremo y, luego, en más de 500 sentencias del TS han reiterado esta doctrina) ha reconocido en relación al contenido de esta asignatura:

— La actuación del Estado en materia educativa incluye la difusión y transmisión (pero también la promoción) de los valores que constituyen el espacio ético común del sistema constitucional (derechos y libertades fundamentales) así como informar e instruir de manera objetiva y neutral de las principales concepciones culturales, morales o ideológicas de la sociedad. Todo esto no constituye adoctrinamiento.

— Los padres no tienen un derecho ilimitado a oponerse a la programación de la enseñanza realizada por el Estado.

— «La actividad del Estado en materia educativa es obligada, que su intervención no se limita a asegurar la transmisión del conocimiento del entramado institucional del Estado sino también alcanza a ofrecer información sobre los valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático y que esa función estatal comprende tanto la enseñanza pública como la privada. En todo caso, decíamos, la compatibilidad de esta actividad con el derecho a la libertad ideológica y religiosa se encuentra en que la enseñanza del pluralismo que transmita la realidad social de concepciones diferentes ha de hacerse con neutralidad y sin adoctrinamiento» (por todas, STS de 25 de enero de

2011). Especialmente significativa sobre el contenido el concepto de adoctrinamiento la STS de 12 de noviembre de 2012 en relación a los manuales de esta asignatura.

Por último, también, desaparece con la LOMCE la asignatura «Historia y cultura de las religiones» que debería ser una asignatura obligatoria para todos los alumnos (asignatura de carácter no confesional, de contenido neutral y que favorece la interculturalidad; fin recogido en la LOMCE). En este punto conviene tener presente la doctrina del TEDH en las Sentencias de 29 de junio de 2009 (asunto Folgerø y otros contra Noruega) y de 9 de octubre de 2007 (Hasan Zengin contra Turquía).

---

1 Así la STC 133/2010, de 2 de diciembre, dice: «La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1.*h*) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1.*a*) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.*d*) y *k*) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. art. 2.1.*b*), *c*) LOE]». En esta Sentencia del TC se dice: «El sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante el modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización». En este punto, habría que preguntarse sobre cómo se garantiza el libre desarrollo de la personalidad en los centros educativos confesionales, sobre todo si tenemos en cuenta, por ejemplo, las Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño, de 27 de noviembre de 1995, sobre la Santa Sede y que expresamente menciona a las escuelas católicas.

2 La STS de 24 de junio de 2014 establece que «hay que concluir que las diferencias de régimen jurídico entre los centros públicos y los centros privados concertados son de orden menor —cuando no inexistentes en todo lo que afecta a la prestación del servicio público de la educación y, por consiguiente, a los deberes de sometimiento a programación, los criterios de admisión de alumnos y la prohibición de cobro por recibir las enseñanzas obligatorias—. Frente a ello el mero dato de la titularidad pública o privada de cada centro no es suficiente, por sí solo, para afirmar que hay una diversidad de regímenes jurídicos, tal como mantiene la recurrente. Tanto si el titular es la Administración como si es una persona o entidad privada, se trata siempre de centros sometidos a una regulación legal unitaria y básicamente idéntica».

3 STC 131/2013, de 5 de junio, declara la inconstitucionalidad y nulidad, en los términos del fundamento jurídico 10, del inciso «a excepción de la necesidad de ley de reconocimiento» de la disposición adicional 4.ª, apartado segundo, párrafo primero, *in fine*.

4 ATC 382/1996, de 18 de diciembre, reconoce el derecho de los padres a elegir centro docente.

5 STEDH caso Lautsi contra Italia, de 3 de noviembre de 2009, se recoge: «El respeto de las convicciones de los padres debe ser posible en el marco de una educación que sea capaz de asegurar un ámbito escolar abierto y que favorezca la inclusión en lugar de la exclusión, independientemente del origen social de los alumnos, las creencias religiosas o el origen étnico. La escuela no debería ser el escenario de actividades misioneras o prédica; debería ser un lugar de encuentro de distintas religiones y convicciones filosóficas, donde los alumnos pueden adquirir conocimientos sobre sus respectivos pensamientos y tradiciones». El ideario no puede funcionar como instrumento de transmisión de creencias o ideas, sino como mero instrumento para dar a conocer esas creencias o ideas (LLAMAZARES FERNÁNDEZ), como ya se ha expuesto. Si no se cumple este principio estaríamos ante un supuesto de adoctrinamiento religioso y, en consecuencia, la financiación pública se dirige a financiar a un fin religioso. Recordamos que son las confesiones la que libremente deciden colaborar con el Estado para llevar a cabo un servicio público. El Estado no financia a los centros educativos religiosos con el objetivo de ayudarlos en

la ejecución de sus fines religiosos porque si lo hace estaría vulnerando el principio de laicidad.

6 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, Dykinson, 2008, p. 134.

7 STEDH caso Lautsi contra Italia, de 3 de noviembre de 2009.

8 Caso Arieh Hollis Waldman v. Canada, Comunicación n.º 694/1996, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; expresamente se dice: «el Comité observa que el Pacto no obliga a los Estados Partes a financiar escuelas establecidas sobre bases religiosas».

9 La Constitución española (art. 27.9) no reconoce a todo centro educativo privado el derecho a la financiación pública; solamente a aquellos centros que cumplan los requisitos legales (STC 86/1985; STS de 24 de septiembre de 2012). El sistema de financiación de estos centros educativos religiosos viene definido por el concierto educativo. Este modelo educativo es bastante cuestionable desde el punto de vista del principio de neutralidad religiosa. En primer lugar porque, en España, este modelo de financiación pública de los centros privados se estableció, sin ningún género de duda, para favorecer a una confesión religiosa, la Iglesia católica. Por tal motivo, la norma no es neutral pues tiene como objetivo favorecer a la Iglesia católica en el ámbito educativo. Las normas jurídicas no deben solo neutrales religiosamente en su formulación sino también deben ser neutrales en su resultado práctico; es decir, se debe comprobar si a pesar de la aparente neutralidad de la norma («todos los centros educativos, independientemente del ideario que tengan, pueden acceder a la financiación pública, si cumplen, eso sí, los requisitos legales») el objetivo práctico de la norma es beneficiar económicamente a una confesión religiosa, la Iglesia católica, asegurándola una importante financiación pública para llevar a cabo el proselitismo religioso (fin religioso). Si se parte de los criterios utilizados por la jurisprudencia del TS de EEUU la incompatibilidad con el principio de neutralidad religiosa es absoluta. El TS de Estados Unidos ha establecido que las normas jurídicas deben ser neutrales en su aplicación práctica; es decir: «El Gobierno no puede preferir a una religión a otra o la religión a la no religión y, el hecho de ayudar a un grupo religioso, aunque sea singular o reducido, implica una vulneración constitucional, como sería el hecho de ayudar a un grupo más numeroso o a las religiones en su conjunto», vid. *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet, 1994; Aguilar v. Felton 473 US 402 (1985).* Por ejemplo, en el caso *Locke v. Davey 540 US 712* (2004) se declara la constitucionalidad de una ley del Estado de Washington que excluía los estudios de Teología del sistema público de becas ya que esa excepción no puede ser considerada como animosidad contra la religión, sino como expresión del interés histórico y substancial de los Estados en excluir las actividades de contenido religioso de la financiación pública directa.

10 En este punto debemos tener presente los siguientes argumentos. Primero: La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de la UNESCO, de 14 de diciembre de 1960, permite la prohibición de la educación diferenciada que es lo que recoge el artículo 1. El artículo 2 de esta Convención empieza con las siguientes palabras: «En el caso de que el Estado las admita». Puede, por tanto, que un Estado prohíba dicha educación diferenciada y dicha prohibición no vulnera este tratado internacional. Lo que se discute, en España, es la prohibición de su financiación pública. Esta Convención de la UNESCO de 1960 fue ratificada por el Estado español en 1969, en plena dictadura franquista. No existía, en aquel momento, ninguna incompatibilidad entre un régimen que discriminaba a las mujeres y cuyo sistema educativo público se basaba en la educación diferenciada por razón de sexo y el Convenio de 1960 lo admitía como excepción, no como regla general (art. 1). Este artículo 2 del Convenio de 1960 parece estar imbuido en el espíritu del principio «separate but equal». Segundo: La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983). El artículo 10.*c*) de este Convenio establece que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y, en particular, para asegurar la igualdad entre hombres y mujeres *mediante el estímulo de la educación mixta*. Así lo ha interpretado el Comité para la eliminación de todas las discriminaciones contra la mujer de las Naciones Unidas al afirmar que la coeducación es la única manera de romper las barreras sexistas. Se puede concluir que esta Convención impide a los Estados adoptar medidas de fomento de la educación separada o diferenciada, es decir, prohíbe la financiación pública de la educación diferenciada o separada por sexos. Tercero: Las sentencias del TS de 23 y 24 de julio de 2012, entre otras, expresamente disponen: «Por otra parte nadie puso en duda la legitimidad del sistema de educación diferenciada; cuestión distinta es que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2006 sea posible que esos centros privados puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, artículo 84.3 de la Ley. *Precepto que por otra parte en nada se separa del contenido del artículo 14 de la*

Constitución del que es trasunto fiel a la hora de enumerar las discriminaciones que proscribe. Y esa imposibilidad de obtener conciertos esos centros docentes que optan por la educación separada por sexos tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares de la creación de centros con ideario o carácter propio, y sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la Constitución porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece».

11 STS de 12 de noviembre de 2012 sobre el concepto jurídico de adoctrinamiento en relación a la asignatura: «Educación para la ciudadanía y los Derechos humanos».

12 El TEDH, en el caso Vallauri contra Italia, de 20 de octubre de 2009, señala que la libertad académica de los profesores está garantizada por la libertad de expresión y la libertad de comunicar informaciones así como la libertad de «buscar y difundir sin restricciones el conocimiento y la verdad» (también STEDH Sorguç contra Turquía, 2003). En esta Sentencia se indica que el interés de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán por dispensar una enseñanza inspirada en la doctrina católica no puede vulnerar la propia esencia de las garantías procedimentales del artículo 10 del Convenio Europeo de 1950 y, consecuentemente, si se procede al despido (no renovación del contrato) debe indicarse por parte de la Universidad Católica las razones exactas de dicho despido; en el caso concreto, debería haber especificado las opiniones pretendidamente heterodoxas contra la doctrina católica que se reflejaban en su actividad docente y no de forma genérica y vaga.

13 Como se indicaba específicamente en la Observación general n.º 22 del Comité de Derechos Humanos, «la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores» (párr. 6). Esta declaración refleja las conclusiones del Comité de Derechos Humanos en el caso de Hartikainen *et al*. contra Finlandia (Comunicación n.º 40/1978); Comunicación n.º 1155/2003, Leirvåg contra Noruega, dictamen aprobado el 3 de noviembre de 2004, párr. 14.6. También, vid. Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, de 15 de diciembre de 2010, sobre instrucción religiosa.

14 En cuanto a la evaluación de la asignatura de religión está en vigor, en Italia, el RD 824, de 5 de junio de 1930, cuyo artículo 4 dispone que se trata de una asignatura no evaluable, limitándose el profesor a emitir un informe acerca del aprovechamiento y seguimiento de las clases de religión por parte del alumno, que se acompaña al boletín de calificaciones, pero sin ser parte del mismo.

15 Estas Sentencias no tienen en cuenta las Recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la exención total de la enseñanza religiosa ni tampoco, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional italiana 203/1989 que establece que no existe obligación alguna para los que no opten por la asignatura de religión católica, *puesto sólo es posible derivar una obligación para quienes soliciten expresamente cursar religión católica*. Dos nuevas Circulares del año 1989 intentaron restablecer, en Italia, el régimen de alternatividad y nuevamente la Corte Constitucional intervino con la sentencia n.º 13, de 14 de enero de 1991. En esta sentencia recuerda lo mantenido en la 203/1989 y subraya que la elección de recibir enseñanza religiosa no puede conllevar para los que no opten por ella ninguna consecuencia, e incluso señala que durante esa hora el alumno podrá tanto realizar otras actividades que oferte la escuela, como abandonar el centro escolar. De ahí que por razones organizativas recomiende que estas clases se coloquen al principio o al final de la jornada escolar, aunque mantiene que el que se coloquen en horario escolar no comporta discriminación alguna.

16 STEDH caso Grzelak v. Polonia, de 15 de junio de 2010.

17 «Los Valores sociales y cívicos tienen una valía fundamental para las personas en una sociedad democrática; de ahí la importancia de que la educación facilite la construcción de la identidad individual y potencie relaciones interpersonales enriquecedoras para fortalecer la convivencia, de acuerdo a valores cívicos, socialmente reconocidos. El área Valores Sociales y Cívicos ayuda, en gran medida, a garantizar el derecho universal de los niños y niñas a recibir una educación que les permita desarrollarse al máximo de sus posibilidades, formarse en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y prepararse para asumir una vida responsable en una sociedad libre y tolerante con las diferencias. Asimismo, refuerza la preparación de las personas para actuar como ciudadanos participativos e implicados en la mejora de la cohesión, la defensa y el desarrollo de la sociedad democrática. Esta formación incluye la adquisición de competencias sociales y cívicas personales, interpersonales e interculturales para participar de una manera eficaz y constructiva en sociedades cada vez más diversificadas».

18 Además, la STS de 19 de octubre de 2010 reconoce a los profesores de enseñanza de religión católica el

derecho a ostentar puestos directivos en los centros educativos, ser jefes del departamento de religión católica y tutores de un grupo de alumnos si dicho profesor imparte docencia a todo el grupo (todos los alumnos han elegido enseñanza de religión católica). La STS de 7 de julio de 2014 que reconoce el derecho de los profesores de religión a la equiparación económica con el resto de los profesores.

19 Vid. FFJJ 7 y 9. En la Orden de 11 de enero de 1996 por la que se dispone la publicación de los curriculos de enseñanza religiosa islámica correspondientes a Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, se establece como objetivo principal de la enseñanza islámica: «arraigar la fe en Dios».

20 Vid. FJ 10.

21 Vid. FJ 5.

22 Vid. FJ 5.

23 Sobre la vulneración de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en relación con el profesorado de religión, vid. JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La internacionalidad de la Santa Sede y la constitucionalidad de sus acuerdos con España*, Dilex, 2006, pp. 171 ss.

24 El TC distingue entre contratación y vinculación mediante contrato laboral a las Administraciones públicas. En todo caso, esta sutil diferenciación no oculta que sigue siendo la Administración pública la empleadora como dice la disposición adicional tercera de la LOE. Ya, la jurisprudencia del TS (Sala de lo Social) establece la relación laboral de este profesorado con la administración educativa del Estado o autonómica: *19 de junio de 1996*; 30 de abril de 1997; 3, 8, 9, 10, 16, 25 de 31 de mayo de 2000; 2, 5 de junio de 2000; 2, 3, 7, 17 y 28 de julio de 2000; 18 de septiembre de 2000; 11 y 31 de octubre de 2000; 29 de noviembre de 2000; 4, 20 de diciembre de 2000; 16 de octubre de 2001; 9 de julio de 2003; entre otras. Había venido determinando su carácter laboral con los siguientes argumentos:

— Se presume la relación laboral, pues ninguna norma jurídica ha establecido la relación funcionarial de este profesorado. La Sentencia del TS (Sala de lo Social) de 19 de junio de 1996 recoge: «De lo expuesto se desprende que en el presente caso concurren las notas previstas en el artículo 1.º1 del Estatuto de los Trabajadores para clarificar como laboral la relación jurídica existente entre las partes: voluntariedad, ajeneidad, retribución y sometimiento a una organización empresarial docente; no existiendo ninguna norma que atribuya a dichos profesores la condición funcionarial, ni confieran el vínculo carácter administrativo, como exige de forma imperativa el artículo 1.3.*a*) del Estatuto de los Trabajadores, que incluso requiere que dicha norma excluyente de la relación laboral tenga el rango de ley. Por lo que igualmente es aplicable la presunción de laboralidad contenida en su artículo 8. Siendo indiferente a estos efectos que el acto jurídico originador de la prestación de servicios de los citados profesores se haya materializado a través de un nombramiento de órgano administrativo titular del centro docente, al que indudablemente prestó consentimiento el profesor y no a través de un contrato formal, ya que ello no prejuzga sin más la naturaleza del vínculo que con tal nombramiento se creó».

— La Administración es la empleadora, pues según el TS el destinatario del servicio (la enseñanza religiosa) cuando, en realidad, Administración es la intermediaria entre la confesión religiosa y los padres de alumnos y alumnos que demandan esa enseñanza confesional. La STS de 19 de abril de 2005 recoge: «la enseñanza de la religión católica en los centros docentes estatales se financia y se gestiona por la Administración educativa, pero *se presta en realidad por cuenta* de la Iglesia católica» (en el mismo sentido, la STS de 12 de diciembre de 2001).

25 No se desconoce la polémica doctrina del TC sobre la no exigencia de estos criterios de mérito y capacidad al personal laboral de las Administraciones Públicas (SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4 y STC 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2). En todo caso, sí se exige el principio de igualdad y de no discriminación que en el caso de los profesores de religión no se les exige.

26 Vid. FJ 9.

27 El TC señala: «Pues bien, el caso ahora analizado la exigencia para la contratación de estos profesores del requisito de hallarse en posesión de la cualificación acreditada mediante la Declaración Eclesiástica de Idoneidad no puede considerarse arbitraria o irrazonable ni ajena a los principios de mérito y capacidad y, desde luego, no implica discriminación por motivos religiosos, dado que se trata de contratos de trabajo que se celebran única y exclusivamente para la impartición, durante el curso escolar, de la enseñanza de religión» y, prosigue, diciendo el TC: «la declaración de idoneidad no constituye sino uno de los requisitos de capacidad necesarios para poder ser contratado a tal efecto, siendo su exigencia conforme al derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 14

CE) y a los principios que rigen el acceso al empleo público (art. 103.3 CE)». Declaración de idoneidad que el TC, reitera, corresponde otorgar a las confesiones religiosas sin injerencias de los poderes públicos; así como el no otorgamiento, también, corresponde a las confesiones religiosas, lo que conlleva la no renovación del contrato. En la misma línea, sigue diciendo el TC: «Corresponde el requisito de capacidad que, a través de la previa Declaración de Idoneidad, conduce a la propuesta de la autoridad eclesiástica continúe rigiendo plenamente en el proceso de designación el derecho de los ciudadanos a la igualdad en el acceso al empleo público en base a criterios de mérito y capacidad» (FJ 9). La Ss del TS de 12 de diciembre de 2001 y de 19 de septiembre de 2005 ha contemplado que este profesorado «no ha sido seleccionado de acuerdo con criterios de igualdad, mérito y publicidad» y, vid. STS de 16 de octubre de 2001 (Sala de lo Social, FJ 2).

28 El TS en las Sentencia de 12 de diciembre de 2001 y 19 de septiembre de 2005 sí considera que estamos en el marco de una «actividad de tendencia».

29 En todo caso se debe tener en cuenta que se vulnera no solamente la neutralidad, sino también la libertad de conciencia de los ciudadanos que contribuyen, coactivamente, a este gasto religioso que, en ningún caso, puede ser considerado como un gasto público. El adoctrinamiento religioso no es un fin público. Está totalmente prohibido que el Estado adoctrine en una fe religiosa o en varias ni que lo haga los empleados públicos. Como se denunció por parte de los magistrados del TS en la STS de EEUU, Pearl v. Nyquist (1973): «cualquier ayuda a las escuelas religiosas no solo redunda en su faceta secular, sino también en la religiosa, y por lo tanto vulnera la primera enmienda de la Constitución; toda vez que no existen medios efectivos para garantizar que las ayudas estatales a la educación privada tengan un destino exclusivamente secular y neutral». En la STS de los EEUU en el caso *McCollum v. Board of Education* (1948) se declaró inconstitucional la colaboración económica del Estado en relación a la enseñanza religiosa pues el uso de los locales del centro educativo público implica el aprovechamiento de bienes públicos a favor de la religión y una financiación pública directa de actividades religiosas al hacer uso de la luz, la calefacción, etc.

30 Vid. la Ley 5/2001, de 8 de mayo, sobre la concesión de suplemento de crédito por importe de 4.866.309.925 pesetas para hacerse cargo del pago de indemnizaciones de sentencias firmes por despidos de profesores de religión. Otras sentencias sobre esta materia, a título de ejemplo, son: STS de 16 de junio de 2004 (Recurso n.º 38/2003, Sala de lo Social) *sobre indemnización legal por finalización del contrato*; STS (Sala de lo Social) de 3 de diciembre de 2004 y 9 de diciembre de 2004, sobre asimilación retributiva; STS (Sala de lo Social) de 3 de diciembre de 2003 y 13 de diciembre de 2002, sobre reclamaciones de cantidad.

31 En el Considerando n.º 138 la sentencia recoge: «Lo que justifica el deber de lealtad acrecentada que incumbe al primero resulta del hecho de que para ser creíble, la enseñanza de la religión debe ser realizada por una persona cuyo modo de vida y declaraciones públicas no entren en contradicción flagrante con la religión en cuestión, sobre todo cuando ésta pretende regir la vida privada y las convicciones personales de sus adeptos (Directiva 2000/78/CE, casos Schüth, Obst, y Lombardi Vallauri)».

32 SSTS de 14 de enero de 2009, 28 de enero de 2009, 30 de enero de 2009, 2 de febrero de 2009 y 6 de octubre de 2009, entre otras.

33 En esta sentencia textualmente se recoge: «La problemática es *surrealista* por cuanto el Ministerio se ve condenado por una conducta que, conforme al Tratado, venía compelido a realizar y, por otro lado, el Obispado puede, por reconocérselo el Convenio Estado/Iglesia proponer a quien considere idóneo».

34 Las referencias a la doctrina del TS sobre la objeción de conciencia en esta materia será estudiada en la Unidad didáctica 9.ª

UNIDAD DIDÁCTICA 8.ª

DERECHO A LA INFORMACIÓN, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAICIDAD

El principio de laicidad como garantía de la libertad de conciencia en relación con el derecho de información se refleja en los siguientes ámbitos:

— Los medios de comunicación confesionales.
— La participación de los grupos ideológicos en el control de los medios de comunicación.
— El derecho de acceso a los medios de comunicación.
— Los sentimientos religiosos como límite de la libertad de expresión.

Para la comprensión de estas materias es necesario tener en cuenta los siguientes principios rectores:

a) La diferencia entre libertad de expresión y derecho de información.
b) Pluralismo informativo.
c) Garantía institucional de la opinión pública libre.

I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La *libertad de expresión* que reconoce el *artículo 20.1*.a*) CE* consiste en la libre manifestación de opiniones, ideas y pensamientos; es la libertad de pensar y decir lo que uno crea conveniente. La libertad de conciencia supone no sólo la libertad de tener unas u otras convicciones, sino también el derecho para formar y expresar éstas en libertad[1]. Dentro de esta libertad se puede diferenciar dos planos de actuación de la misma: el plano individual: configurado como un derecho individual del ciudadano que hace posible la consecución de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)[2] y, el plano colectivo de la libertad de opinión: configurado como el derecho a divulgar y propagar las ideas por parte de los diferentes grupos ideológicos.

Directamente unida a esta libertad se sitúa la libertad de propaganda. La propaganda constituye un esfuerzo consciente y sistemático, dirigido a influir en las opiniones y acciones de un grupo o de toda una sociedad. Por ello, se considera la libertad de propaganda como una natural y necesaria manifestación e, incluso, efecto de la libertad

misma de conciencia.

En este punto, menciono dos casos del TEDH sobre la libertad de expresión de los líderes religiosos. El asunto Gündüz contra Turquía (de 4 de diciembre de 2003) sobre los líderes de los grupos religiosos que realizan declaraciones contrarias al principio de laicidad. Según el TEDH: «No cabe ninguna duda de que a semejanza de cualquier otra declaración contra los valores que subyacen en el Convenio, las expresiones que tienden a propagar, incitar o justificar el odio basado en la intolerancia, incluida la intolerancia religiosa, no se benefician de la protección del artículo 10 del Convenio. Sin embargo, el simple hecho de defender la sharia, sin emplear la violencia para establecerla, no podría ser considerado como un "discurso de odio"». El TEDH considero que se había lesionado la libertad de expresión del señor Gündüz pues aunque sus declaraciones podían ser consideradas por algunas personas como ofensivas, éstas se vertieron en el marco de un debate plural que tenía por objeto conocer y contrastar las opiniones religiosas del grupo religioso al que pertenece el señor Gündüz. Y, el asunto Kutlular contra Turquía (2008) también consideró que se había lesionado la libertad de expresión. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, que no sólo protege «las informaciones o ideas bien acogidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que hieren, chocan, inquietan; así lo quieren el pluralismo, la tolerancia, el espíritu abierto, sin lo que no sería una sociedad democrática».

II. EL DERECHO DE INFORMACIÓN

El derecho de información consagrado en el *artículo 20.1*.d*) CE* abarca tanto el derecho a comunicar libremente información veraz (derecho activo) como el derecho de todos a recibirla (derecho pasivo). En este sentido el concepto de *veracidad* es esencial para determinar la distinción entre libertad de expresión y el derecho de información[3].

Cuando se trata de comunicación informativa de hechos, y no de opiniones, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente, exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. Ello no significa, no obstante, que quede exenta de toda protección la información errónea o no probada pues el requisito constitucional de veracidad significa información comprobada, según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias. Por eso, el requisito constitucional de veracidad no opera como límite en el ámbito de la libertad ideológica[4].

Se podría entender, por otra parte, que el término «información» únicamente se refiere a la noticia, al hecho y, por ello, se califica de verdadero quedando excluido el derecho a la recepción de pensamientos, ideas y opiniones. Sin embargo, la difusión *erga omnes* de un hecho real y de todas las circunstancias que lo rodean y completan su

fenomenología es lo que se conoce con el nombre de «noticia»; lo que implica que la información comprende, respectivamente, a los conceptos técnico-jurídico informativos de propaganda, noticia y opinión[5].

En cuanto al primero de los aspectos (*el derecho a comunicar libremente información veraz*) se convierte en un derecho general, ya que es concebido no como un derecho de aquellos que ejercen la información sino como un derecho de todos y cada uno de los miembros de una sociedad[6]. Respecto del segundo aspecto, se reconoce el derecho a los individuos y a los grupos en los que se integran a *recibir información ideológica* de toda índole ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento. Más aún, se trataría de una libertad-condición cuya existencia determina la garantía de otros derechos (de opinar, de elegir, de discutir); es decir, supone una garantía de la consolidación y expansión del pluralismo de la sociedad. El derecho a la información se convierte, así, en un elemento esencial y necesario para la libre formación de la conciencia y, por ende, para el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Una libre formación que conlleva como paradigma necesario el *pluralismo* ya que sin él sería imposible que la persona pudiera formar de manera real y libre su conciencia.

III. LOS PRINCIPIOS RECTORES

1. El pluralismo informativo

El pluralismo dentro del ámbito de la información se manifiesta de dos formas:

— Primera; el *pluralismo externo* que implica la creación de un sistema de concurrencia de múltiples medios de comunicación donde cada uno refleja alguna de las variantes ideológicas, sociales y culturales de la sociedad. El pluralismo externo se entiende como pluralidad de medios de comunicación, con distinta orientación ideológica, con lo que se pretende la consecución de una información más veraz; sólo la variedad de fuentes informativas garantiza al público una información tendente a la objetividad. Consecuentemente, el derecho a la información veraz depende, desde esta perspectiva, de la consolidación del pluralismo externo. Este principio constituye, con toda evidencia, la base en la que debe asentarse la legislación dirigida a disciplinar los *límites a la concentración* de los medios de comunicación (arts. 36 y 37 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual).

— Segunda; el *pluralismo interno* supone que a pesar de la existencia de un línea ideológicamente diferenciada de cada medio de comunicación tenga en el mismo cabida la expresión de opiniones diferentes de la oficial del medio de comunicación, y que ello esté garantizado por la regulación interna del mismo mediante la existencia de algún órgano de composición plural encargado del *control* del respeto de este pluralismo

interno. En consecuencia, el acceso de los grupos ideológicos y sociales a los medios de comunicación pretende garantizar la consecución de los mayores niveles de pluralismo posible.

El pluralismo externo e interno están en estrecha, e íntima, relación[7]; allí donde esté debidamente garantizado el pluralismo externo con la existencia de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresarse cumplidamente (en condiciones de igualdad) todas las opiniones e ideas existentes en la sociedad quedaría sin sentido la exigencia del pluralismo interno, salvo el derivado de la tolerancia y del respeto de los principios de convivencia democrática. Por este motivo se ha apuntado que los medios de comunicación deben respetar el pluralismo de la sociedad de tal forma que éstos no sólo no han de abstenerse de vulnerar este principio de pluralismo sino que además han de contribuir a la formación y enriquecimiento del pluralismo real de la sociedad, lo que incide directamente en la profundización del sistema democrático. Consiguientemente, el respeto al pluralismo de la sociedad sería muy difícil de garantizar sin un verdadero pluralismo interno que necesariamente se tiene que proyectar en el aspecto organizativo de los medios de comunicación a través de la participación de los grupos ideológicos.

El verdadero pluralismo no supone la emisión de muchas opiniones sino de opiniones diferentes; ésta es la mejor garantía de la conformación libre y razonablemente fundada de la opinión pública en una sociedad democrática. De poco serviría que hubiera muchos medios de comunicación de la misma o diferente titularidad, pero de la misma línea u orientación ideológica; se estaría ante una situación de monismo informativo a pesar de las libertades de expresión, de información e ideológica reconocidas en cualquier Estado democrático. Por consiguiente, para garantizar la opinión pública libre es preciso asegurar el pluralismo y, como consecuencia de ello, la actividad realizada por los medios de comunicación puede estar sujeta a determinadas condiciones; es decir, la garantía de la opinión pública libre exige un determinado modo de producción de los medios de comunicación social. Finalmente este principio del pluralismo se recoge, por ejemplo, en el *artículo 4 de la Ley 7/2010*, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

2. La garantía institucional de la opinión pública libre

La garantía institucional de la opinión pública libre constituye la íntima ligazón entre la libertad de expresión e información con el principio democrático. Esta libertad desempeña un papel esencial como garantía institucional del principio democrático; el cual presupone el derecho de los ciudadanos a contar con hechos que les permitan formar sus convicciones, su conciencia, ponderando opiniones diversas e incluso contrapuestas y, participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos[8]. Se produce, en efecto, una identificación entre opinión pública y formación de la conciencia

colectiva. Además, la garantía institucional de la opinión pública se conecta directamente con el principio de soberanía nacional; pues si no existe esta garantía institucional se puede poner en tela de juicio la base organizativa jurídica y política de cualquier Estado democrático y no se garantizaría, o no se constituiría en una posibilidad real y efectiva del sistema democrático, la ineludible protección de las minorías, como mecanismo institucionalizado para garantizar la disidencia o la heterodoxia.

IV. EL DERECHO A CREAR MEDIOS DE COMUNICACIÓN

El primer asunto a delimitar es dónde se incluiría, constitucionalmente, este derecho a crear medios de comunicación. Pues se ha planteado si este derecho es parte del contenido del artículo 20 CE o, simplemente, una expresión más de la libertad de empresa (art. 38 CE) en el ámbito informativo. El TC lo ha resuelto, en la Sentencia 127/1994, a través de la consideración de este derecho a crear medios de comunicación como un derecho instrumental del derecho fundamental de libertad de expresión[9].

1. Empresas informativas

Se parte del principio de libertad para la creación de empresas informativas. En relación a las mismas el ordenamiento jurídico distingue con claridad dos tipos: las empresas periodistas y las empresas audiovisuales, no obstante, cada vez esas diferencias se van difuminando en función de los avances tecnológicos, principalmente, internet. Todos las empresas informativas privadas pueden establecer principios editoriales que vendrían a identificar ideológicamente a dicha empresa (en definitiva, se califica como una empresa de tendencia). Dichos principios debían hacerse públicos y explícitos con la finalidad de que el ciudadano conozca desde qué orientación ideológica se buscan, seleccionan, publican e, interpretan las noticias y así poder formarse mucho mejor su propia conciencia.

A) Empresas periodísticas

Las empresas periodísticas, al menos formalmente, siguen reguladas por la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, si bien su contenido habrá que entender derogado en todo aquello que entre en contradicción con la CE conforme a la disposición derogatoria tercera de la CE. La Constitución supone la derogación (por su colisión con el art. 20) de la Ley de Prensa de 1966 en lo referente a la censura previa, la sanción de suspensión, el secuestro administrativo, los límites que se recogen en el artículo 2 de esta Ley, la necesidad de inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas y la Junta de Fundadores. No existe, por tanto, una ley de prensa. La ley en una democracia es la

expresión de la soberanía popular y queda sometida al control de constitucionalidad, en cambio, la autorregulación que es la apuesta de los medios periodísticos sólo responde a intereses corporativos.

Las confesiones religiosas están sometidas, en cuanto a la regulación de las empresas periodísticas confesionales, al Derecho común; si bien, en relación con *publicaciones de la Iglesia católica* ha de tenerse en cuenta que en ejecución de lo dispuesto por la disposición final 2.ª de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 se dictó el *Decreto de 23 de julio de 1966*[10] surgiendo el problema de establecer si está vigente o no la Ley de Prensa de 1966 y este Decreto, sobre las publicaciones católicas, después de la aprobación de la Constitución Española de 1978. A partir de la promulgación de la CE y de la LOLR este Decreto ya no establece una situación privilegiada para la Iglesia católica por estar equiparada dicha situación a todas las confesiones, más aún a todas las empresas periodísticas; es decir, no tiene sentido una exención de las publicaciones de la Iglesia católica de la legislación general en esta materia periodística. Las publicaciones de la Iglesia católica quedan sometidas al Derecho común. Este Decreto de 1966, en todo caso, ha quedado vacío de contenido.

B) Las empresas audiovisuales

Las empresas audiovisuales están reguladas en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. El artículo 22 de esta Ley 7/2010, establece que los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos son servicios de interés general que se prestan en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, del derecho a la participación en la vida política y social y del derecho a la libertad de empresa y dentro del fomento de la igualdad, la pluralidad y los valores democráticos. La importancia de esta Ley es que dejan de configurarse estos medios como servicio público, calificación que anterioridad a esta Ley tampoco poseían los medios audiovisuales que emitían vía satélite o por cable. En consecuencia, el régimen jurídico de los medios audiovisuales queda sometido a licencia (sólo los medios que emiten por ondas hertzianas) y no a concesión, como hasta ese momento. Las licencias serán adjudicadas mediante concurso por el Gobierno (control político previo). No existe neutralidad ni independencia. El resto de medios de comunicación privados que no emiten por ondas hertzianas quedan sometidos al régimen de comunicación previa.

El artículo 40 y siguientes de la Ley 7/2010 (modificados por la Ley 6/2012) regulan el servicio público de comunicación audiovisual. En el caso concreto del ámbito estatal, dicho servicio público está gestionado por la Corporación RTVE mediante un contrato programa. Estos artículos se completan con la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad pública (por ejemplo, el art. 2 de la Ley 17/2006). En fin, como ha señalado el TC la actividad de radiodifusión y televisión como servicio público

no supone, por sí sola, un obstáculo insalvable para la gestión de los particulares de esa actividad, ni la ausencia de tal declaración representaría sin más la existencia de un derecho preestablecido a inscribir y reservar en el correspondiente registro, frecuencias determinadas de radio y televisión en favor de los particulares[11].

En relación con los *medios de comunicación confesionales* se someten al Derecho común; por lo tanto, el ordenamiento jurídico no establece normas especiales para dichos medios. En consecuencia, los medios audiovisuales dedicados, exclusivamente, a la difusión de información religiosa y el propio credo no vulneran, en la actualidad, el principio de laicidad debido a la modificación del régimen jurídico operado por la Ley 7/2010 al no calificarse jurídicamente esta actividad como servicio público de titularidad estatal y quedarían sometidas, en principio, al artículo 32 de la Ley 7/2010. En todo caso, estos medios confesionales deben respetar los principios de tolerancia, de no dogmatismo, de respeto de las demás convicciones y creencias[12].

2. Los servicios de la sociedad de información

Por último, no se puede dejar de mencionar los *servicios de la información* (como internet o las «redes sociales»)[13]. Servicios regulados por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. En dicha Ley se establece que estos servicios no están sujetos a autorización administrativa previa (art. 6). Este hecho no obsta para que se puedan establecer restricciones a la prestación de dichos servicios cuando se atente contra el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social (art. 8).

V. LA PARTICIPACIÓN DE LOS GRUPOS IDEOLÓGICOS EN EL CONTROL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

El artículo 20.3 CE establece que la ley regulará el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público. Se ha definido *control democrático de los medios de comunicación como el conjunto de potestades ejercidas por los poderes públicos o por los propios medios (autocontrol) que determinan tanto las condiciones en que debe desarrollarse la actividad de éstos (control previo), según parámetros y principios constitucionales, como la verificación o comprobación por parte de aquéllos (poderes públicos y propios medios) de que la actuación de los medios de comunicación se desenvuelve conforme a los referidos parámetros y principios constitucionales (control a posteriori) con el fin de garantizar los derechos y libertades fundamentales imbricados en el derecho de libertad de conciencia* (Rodríguez García[14]). Así se ha afirmado: «el contenido esencial del

derecho a la libertad de expresión y de información por cualquier medio de reproducción queda precisamente garantizado cuando se permite que los ciudadanos, a través de los grupos en que se integran, tengan asegurado de modo efectivo el ejercicio real de tales derechos mediante su participación en la organización y control de los medios televisivos públicos y mediante el ejercicio del derecho de acceso para difundir sus pensamientos, ideas y opiniones» (DE LA QUADRA-SALCEDO[15]). Dicha participación, en principio, se plasma en el control ejercido por el Parlamento, como órgano de representación de la soberanía popular. Es decir, de esta manera es posible el pluralismo y se realiza la libertad de información como garantía institucional. Como consecuencia, este apartado tercero del artículo 20 constituye un mandato expreso dirigido al Poder legislativo para la ordenación y encauzamiento del ejercicio de las libertades de expresión y de información. Esta configuración, como mandato expreso dirigido al legislador, ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del siguiente modo: «El precepto en cuestión (*art. 20.3 CE*) reserva a la Ley sólo la regulación de la organización y el control parlamentario de esos medios, imponiendo, sin embargo, al legislador un mandato (la garantía de acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos), que concede a esos grupos al menos el derecho a exigir que no se haga nada por impedir dicho acceso»[16].

En esta obra sólo vamos a detenernos en los medios audiovisuales de titularidad estatal; es decir, la Corporación RTVE que viene regulada por la Ley 17/2006, de 5 de junio. Los medios audiovisuales gestionados directamente por otras Administraciones públicas reproducen, casi de forma idéntica, este modelo estatal de control. El artículo 9 de la Ley 7/2010 enumera los órganos de control de la Corporación RTVE. En concreto, Consejo de Administración de la Corporación de RTVE regulado en los artículos 10 a 16 de la Ley 17/2006 (modificados por el Real Decreto-Ley 15/2012) donde se recoge la composición y sus funciones. El Presidente de la Corporación de RTVE se regula en el artículo 17 de la Ley 17/2006. La elección del Presidente de la Corporación RTVE se lleva a cabo por el Congreso de los Diputados y no por el Gobierno. Los artículos 19 a 21 regulan las funciones del mismo. El artículo 23 de la Ley 17/2006 (modificado por Real Decreto-Ley 15/2012), por su parte, crea el Consejo Asesor de la Corporación RTVE como órgano de participación directa de los grupos sociales que tienen alguna incidencia en estos medios audiovisuales; aunque sorprende que no se reconozca como miembros de dicho Consejo Asesor a las asociaciones de radioyentes y telespectadores. Sus funciones son, eminentemente, consultivas; por ejemplo, sobre la programación y el derecho de acceso. Un órgano novedoso creado por esta Ley, en el artículo 24, es el Consejo de Informativos. El objetivo de este órgano es velar por la independencia, objetividad y veracidad de los contenidos informativos.

Como respuesta al artículo 20.3 CE el artículo 39 de esta Ley 17/2006 regula el control parlamentario de la Corporación RTVE que se lleva a cabo a través de una Comisión Mixta Congreso-Senado. Además, se menciona otro órgano que tendrá

encomendado el control externo de esta Corporación, denominado Consejo de lo Audiovisual (art. 40 de la Ley 17/2006). Este Consejo fue «creado» en los artículos 44 y siguientes de la Ley 7/2010, con el nombre de *Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.* Estos artículos han sido derogados por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (art. 9). La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del *mercado* de comunicación audiovisual[17].

VI. EL DERECHO DE ACCESO

El *derecho de acceso* se reconoce en el artículo 20.3 CE y se ha concreto en el artículo 28 de la Ley 17/2006. Así este artículo entiende por derecho de acceso dos tipos: Reconocimiento de manera global, que implica la participación de los grupos sociales y políticos significativos, como fuentes y portadores de información y opinión, en el conjunto de la programación de RTVE y, reconocimiento de manera directa, mediante espacios específicos en la radio y la televisión con formatos diversos, tiempos y horarios, fijados por el Consejo de Administración de la Corporación, oído el Consejo Asesor y conforme a lo establecido en la legislación general audiovisual.

RTVE ha elaborado un Reglamento sobre el derecho de acceso y las correspondientes directrices de dicho derecho (2007)[18]. Este derecho se ha puesto en marcha en el año 2009 a través de convocatorias semestrales sin que se haya concretado efectivamente y con carácter general, a excepción, de los grupos que lo tenían reconocido como las confesiones religiosas con acuerdos de cooperación (católica, evangélica, judía y musulmana) y los partidos políticos en período electoral, cuya programación es determinada por la Junta Electoral Central[19]. En este sentido, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, que regula el Régimen Electoral General[20] recoge las normas sobre la utilización de medios de comunicación de titularidad pública durante campañas electorales. Se determina el carácter gratuito de la utilización de dichos medios[21] y la distribución del tiempo de emisión de acuerdo[22] con unos baremos en virtud de los cuales el tiempo concedido oscila entre diez y cuarenta y cinco minutos.

VII. LÍMITES. ESPECIAL REFERENCIA A LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

Todos los derechos fundamentales no son ilimitados pero en relación con estas libertades de expresión y de información hay que advertir, como ha hecho el TC, que no es legítimo extender los límites recogidos en el artículo 20.4 CE a la libertad de conciencia (ideológica y religiosa) en relación a la manifestación externa de la misma

(STC 20/1990)[23]. Dentro del contenido de los límites enunciados en el artículo 20.4 CE se encuentran: el *derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; la protección de la juventud y la infancia*; la *seguridad nacional y seguridad pública*; la *salud pública; la moral pública*; las *leyes penales*[24]. En relación a las normas penales como límites de la libertad de expresión menciono el caso del imán de Fuengirola[25].

Por último, en esta Unidad didáctica me detengo en el estudio de los *sentimientos religiosos como posible límite a la libertad de expresión*[26].

El artículo XIV del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales (AEAC) de 3 de enero de 1979. Este artículo recoge el deber de respeto a «los sentimientos de los católicos» por parte de los medios de comunicación social del Estado subordinado siempre este deber de respeto a los principios de libertad religiosa y de expresión. No puede establecerse un tratamiento diferenciado de los sentimientos de los católicos porque supondría una valoración previa de lo religioso por parte del Estado lo que provocaría una violación del principio de laicidad; recibirían mejor trato los sentimientos de los católicos que los de los demás. Además el respeto a los sentimientos de los católicos se entiende siempre respetuoso con los principios de libertad religiosa y de libertad de expresión. Lo determinante, por tanto, es que en el propio Acuerdo se configura la libertad de expresión como límite de ese respeto especial y no a la inversa. *En ningún caso los sentimientos de los católicos, pueden ser límite de la libertad de expresión.* La expresión «respeto de la ética cristiana y de los sentimientos de los católicos» es innecesaria debido a que cualquier otra interpretación de los sentimientos religiosos incurriría en inconstitucionalidad por vulneración de los principios de libertad e igualdad religiosa, libertad de expresión y el principio de laicidad. Los sentimientos católicos serán respetados en función del grado de protección que merecen otras creencias religiosas o no religiosas; bien sea a través de la tutela penal[27] o bien a través de la protección de la dignidad humana y, como consecuencia de ésta, el derecho al honor[28]. En definitiva, lo que se protege es la convivencia democrática[29]; en consecuencia, no tiene justificación el sometimiento de esta materia al Derecho especial, pues la regulación del Derecho común es suficiente; otro supuesto supondría simplemente la vulneración del principio de igualdad.

La *protección penal* de los sentimientos religiosos está regulada en los artículos 524 y 525 CP. Estos artículos implican una clara valoración positiva de las confesiones religiosas y de la religión, en general; consecuentemente, implica la vulneración de la neutralidad religiosa y por ende, la libertad de expresión y el derecho de información. La STEDH de 2 de agosto de 2006, asunto Tatlav contra Turquía, establece que las religiones no quedan exentas de las críticas ya sean religiones mayoritarias (como en el caso que se juzga, la religión musulmana en Turquía) o minoritarias[30]. En este sentido, prosigue el Tribunal Europeo diciendo que: «no observa en la intención crítica un tono insultante que se dirigiera directamente a los creyentes, ni un ataque injurioso a los símbolos sagrados, en concreto a los de los musulmanes, aun cuando sin duda éstos

puedan sentirse ofuscados por la lectura del libro debido a los comentarios un tanto cáusticos a su religión»[31]. En el apartado segundo del ar-tículo 525 CP se tipifica penalmente, siguiendo un discutible criterio igualitario, a los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.

Este delito es incompatible con el principio de laicidad y hasta la fecha sólo ha servido para canalizar la indignación de quienes se han sentido ofendidos por el ataque a unas creencias religiosas que han dejado de ser oficiales32.

En un Estado pluralista, no se protegen *los sentimientos asociados a una sola religión, sino a cualquiera, mientras que los respectivos contenidos pueden ser no sólo distintos, sino hasta contradictorios, y lo respetuoso para una puede ser ofensivo para otra, sin que el autor de la declaración ofensiva pueda ser siempre consciente de ello o bien siéndolo, sólo le quede optar por el silencio si no quiere ofender a nadie*[33].

Los poderes públicos no pueden impedir o restringir la difusión de informaciones de opiniones, independientemente de que alguna religión pudiera considerar dicha difusión como atentoria contra sus sentimientos religiosos porque, la libertad religiosa incluye también el derecho a «cambiar de confesión o abandonar la que tenía» (art. 2 LOLR). Estos contenidos de la libertad religiosa son vulnerados, restringidos o dificultados si los ciudadanos no cuentan con la información necesaria para poder ejercitarlos como consecuencia de que determinados contenidos son censurados, por parte de los poderes públicos, en aras de proteger los sentimientos religiosos. Otra prueba más de que la laicidad *garantiza* la libertad de conciencia (religiosa o no) de todos.

---

1 Así, el Tribunal Constitucional señala que la libertad ideológica es fundamento —junto con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el artículo 10.1 CE—, de otras libertades y derechos fundamentales, y entre ellos, los consagrados en el artículo 20.1.*a*) y *d*) de la Norma Fundamental; y, prosigue el TC apuntando que la libertad ideológica y el correlativo derecho a expresarla que garantiza el artículo 20.1.*a*) no son compatibles con sancionar penalmente el ejercicio de dichas libertades; y, que la libertad ideológica está indisolublemente unida al valor esencial del pluralismo político que exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquélla, y no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo resultante contrapuesto a los valores y bienes que en ella se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en términos que impone una democracia avanzada, de ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla, sin la cual aquella carecería de toda efectividad; vid. STC 20/1990, de 15 de febrero (FFJJ 4 y 5) y, en el mismo sentido, STC 214/1991, de 11 de noviembre y STC 120/1990, de 27 de junio. Quizás con mayor precisión estas ideas se recogen en el Voto particular del magistrado Sr. Fernández Viagas en la STC 6/1981, de 16 de marzo.

2 Las actividades de «apostolado» o «las misiones de propaganda y captación de voluntades» están protegidas y reconocidas, según el TC, por los artículos 16.1 y 20.1 CE (cfr. Auto del TC 625/1987, de 20 de mayo, FJ 4). Vid. STEDH caso Thoma contra Luxemburgo de 29 de junio de 2001.

3 Es imprescindible determinar el campo de actuación de la libertad de expresión y el derecho a la información, en este sentido «su distinción descansa en el binomio opiniones/noticias [...] precisamente esta distinción [...] es la que justifica que los límites impuestos a uno y a otro derecho no sean los mismos [...]. Por decirlo de un modo más sencillo, mientras que el apartado *a*) del número 1 del artículo 20 garantiza tanto la libre exposición de la verdad como de la mentira, el apartado *d*) del mismo precepto ampara sólo y exclusivamente la comunicación de informaciones veraces» (CHINCHILLA).

4 Vid. STC 214/1991, de 11 de noviembre (FFJJ 6 y 8) y, también, las STC 107/1988, de 8 de junio y 105/1990, de 6 de junio.

5 En el mismo sentido determina el Tribunal Supremo: «Es cierto que en la vida real no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de los hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo», vid. STS de 21 de enero de 1988; cfr. STC 223/1992, de 14 de diciembre (FJ 1) y STC 4/1996, de 16 de enero (FJ 3), entre otras.

6 En esta línea interpretativa, el propio TC reconoce que del derecho de información «es sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho, del que es asimismo sujeto, órgano o instrumento el profesional del periodismo, puesto que a él concierne la búsqueda de la información y su posterior transmisión», vid. STC 105/1983, de 23 de noviembre (FJ 11).

7 Cfr. STC 12/1982, de 31 de marzo.

8 Cfr. STC 159/1986, de 16 de diciembre. En el mismo sentido, STC 107/1988, de 8 de junio; STC 51/1989, de 22 de febrero; STC 172/1990, de 12 de noviembre y STC 214/1991, de 11 de noviembre.

9 La STC 127/1994, dice: «Esta importante y matizada distinción —pues no puede llegar a ser una separación— entre los derechos fundamentales garantizados por el ar-tículo 20.1 de la Constitución y los derechos a instaurar soportes, instrumentos o medios de comunicación indispensables para el ejercicio de esas libertades ha sido mantenida por este Tribunal en distintas resoluciones hasta la muy reciente STC 31/1994, en la que se ratificó, de nuevo (FJ 7.º), que la Constitución consagra junto a las libertades de expresión e información por cualquier medio de difusión el «derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades, si bien es cierto, como hemos tenido ocasión de señalar, que no se puede equiparar la intensidad de protección de los derechos primarios directamente garantizados por el artículo 20 CE y los que son meramente instrumentales de aquéllos, de modo que respecto del derecho de creación de los medios de comunicación el legislador dispone, en efecto, de una mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar, al regular dicha materia, otros derechos y valores concurrentes» siempre que no restrinja el contenido esencial de aquellos derechos fundamentales. Partiendo de esta distinción conceptual, ya muy consolidada en nuestra jurisprudencia (SSTC 12/1982, 206/1990, 119/1991 y 31/1994), de un lado, entre los «derechos primarios», reconocidos con rango de fundamental en el artículo 20.1 de la Constitución, a la libre expresión y a comunicar y recibir información veraz, y, de otro, «los derechos instrumentales» de éstos a crear los soportes, instrumentos o medios de comunicación necesarios para ejercer esas libertades, debemos precisar lo que a continuación se expone. Es, sin duda, cierto que los mencionados derechos fundamentales y dichos instrumentos técnicos de comunicación no pueden distinguirse radicalmente; en nuestros días, la libertad de información es, casi, sin excepción, un derecho a servirse de determinados medios, de manera que, de algún modo, la posibilidad de crear medios de comunicación social conecta y se integra con estos derechos fundamentales». En relación a esta sentencia, comparto los votos particulares que inciden en el sentido de la necesidad de que el desarrollo de este derecho a crear medios de comunicación se debe llevar a cabo mediante ley orgánica. Vid. Votos Particulares de los magistrados Viver Pi-Sunyer, López Guerra y Cruz Villalón a la STC 127/1994.

10 No estaban afectadas por dicha Ley de Prensa e Imprenta, en razón de su directa e inmediata dependencia de la jerarquía eclesiástica, las siguientes publicaciones:

a) Las publicaciones oficiales de la Conferencia Episcopal española,

b) Los boletines oficiales eclesiásticos de las diócesis españolas y las reproducciones editadas por las mismas de textos completos insertos en dichos boletines o que puedan considerarse como separatas de los mismos,

c) Los boletines o publicaciones oficiales de órdenes, congregaciones e institutos religiosos que, para fines de su régimen interior, dependen directamente de su superior general o provincial; y,

d) Aquellas otras disposiciones de carácter diocesano respecto de las cuales el Ordinario del lugar asume expresamente la responsabilidad por considerarlas instrumento de su magisterio y gobierno pastoral.

11 Cfr. STC 106/1986, de 14 de julio; STC 6/1981, de 16 de marzo; STC 12/1982, de 31 de marzo, STC 74/1982, de 7 de diciembre; STC 79/1982, de 10 de diciembre y STC 127/1994, de 5 de mayo, entre otras.

12 El TEDH se ha pronunciado en varios casos: *a*) asunto Murphy contra Irlanda, de 10 de julio de 2003, la Section 10 (3) del Radio and Television Act de Irlanda, de 1988, prohibía que tanto la radio como la televisión emitiesen publicidad política o religiosa. Un grupo religioso solicitó a una emisora de radio local que emitiera

anuncios publicitarios donde explicaban la relevancia de la resurrección. La STEDH considera que la ley irlandesa no vulnera el Convenio Europeo pues *se pretende evitar la emisión de mensajes religiosos radicales que podrían atentar contra el orden público si bien los poderes públicos de acuerdo con el principio de laicidad carecen de la competencia para determinar cuándo un mensaje religioso es válido y cuándo no* (parágrafo 43). *La prohibición de emitir publicidad religiosa a través de la radio y la televisión evitaba la discriminación entre los grupos religiosos, en función de su capacidad económica para anunciarse en estos medios de comunicación* (parágrafo 74); *b*) Caso United Christian Broadcasters (2000). El caso versa sobre la denegación a un grupo cristiano de la licencia de un múltiplex de radio digital. La Ley británica sobre la concesión de este tipo de licencias [Broadcasting Act de 1990 establece que las confesiones religiosas no pueden obtener licencias de televisión (Schedule II, part II, 2 Broadcasting Act 1990) ni licencia de radio de ámbito nacional (section 88)] excluye expresamente su concesión a entidades religiosas y por ello se rechazó la solicitud. La misma prohibición existe para grupos u organizaciones políticas. Que no pueda obtenerse este tipo de licencia nacional no implica la imposibilidad de emisión sino la necesidad de utilizar otros canales (radios locales principalmente). La recurrente cuestiona si esta limitación es contraria al derecho fundamental de libertad de expresión (art. 10 CEDH). En las alegaciones de las autoridades británicas destaca cómo esta restricción se debe fundamentalmente a la escasez de la disponibilidad de espectro en ámbito nacional y que este sistema promueve un uso eficiente del mismo al garantizar el pluralismo de los medios de comunicación. *Se evita igualmente que pueda haber discriminación entre las muchas confesiones religiosas que se practican en el Reino Unido*. El tribunal considera que queda dentro del ámbito de la soberanía de los Estados el regular el sistema de licencias de emisión (párrafo tercero del art. 10). Al analizar si la restricción al derecho fundamental es proporcional al fin público pretendido, el Tribunal constata que la exclusión no es ni discriminatoria ni arbitraria. En un país, como el Reino Unido, *donde existe una gran variedad de confesiones religiosas y creencias políticas, la restricción es necesaria para evitar que una pueda dominar sobre las otras*. Además, la prohibición no es absoluta, puesto que sólo afecta a las licencias nacionales (tres analógicas y una digital). Por todo ello, la causa se declara inadmisible; *c*) Caso Glas Nadezhda EOOD and Elenkov (2007), una empresa de Bulgaria solicitó una licencia de radio para la emisión de contenidos religiosos, que fue denegada. Se inadmite la demanda.

13 Vid. STEDH caso movimiento suizo de Raelianos contra Suiza, de 13 de enero de 2011. «En la actualidad visto el lugar y el papel que desempeñan las comunicaciones directas, como los teléfonos móviles e internet, parece difícil comprender que una asociación legal que dispone de su sitio web no prohibido, no pueda utilizar los espacios públicos para promover las mismas ideas a través de carteles que no son ilícitos ni ofenden al público», dice la Sentencia.

14 *El control de los medios de comunicación*, Dykinson, 1998.

15 «La televisión privada y la Constitución», en *Revista de Derecho Político*, n.º 15, 1982, p. 76.

16 Vid. STC 6/1981, de 16 de marzo, en el fundamento jurídico n.º 5. En el mismo sentido, el voto particular el magistrado FERNÁNDEZ VIAGAS a esta sentencia señala: «Se da el mandato al legislador de regular la organización y el *control parlamentario* de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y de garantizar el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad (art. 20.3)». Este mismo magistrado, en la STC 60/1982, de 11 de octubre establece, en otro voto particular a la mencionada Sentencia, que: «El propio artículo contiene el mandato al legislador de regular el control parlamentario de los medios de comunicación y de garantizar el acceso a dichos medios de los grupos sociales significativos respetando, el pluralismo político de la sociedad (art. 20.3). *Y es así como el legislador constituyente reconoce a la libertad de expresión un aspecto institucional que tiende a asegurar, en el plano de la información, el pluralismo político que el artículo 1 proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento político*» (la cursiva es mía).

17 Esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se somete al control parlamentario (art. 39 de la Ley 3/2013). Se podrá crear consejos consultivos en los sectores de telecomunicaciones, audiovisual, de transportes y postal (disp. adic. 15.ª de la Ley 3/2013).

18 RTVE considera legitimados para el ejercicio del derecho de acceso a aquellos grupos sociales y políticos significativos que acrediten personalidad jurídica y representatividad social. En concreto, a efectos de determinar esa legitimación, se exigirá acreditar debidamente la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que su naturaleza sea política o social:

— Grupos políticos.

— Sindicatos de implantación estatal o autonómica.

— Asociaciones empresariales.
— Confesiones religiosas.
— Asociaciones y entidades de interés social sin ánimo de lucro, con especial atención a aquellas que trabajen a favor de los colectivos más desfavorecidos.

b) Que estén válidamente constituidos y gocen de personalidad jurídica.

c) Que merezcan el calificativo de significativos.

19 Se ha reconocido a las siguientes grupos sociales significativos el derecho de acceso a RTVE: Fundación Esplai; Federación Estatal de Lesbianas, Gays y Bisexuales; Confederación Española de organizaciones a favor de las personas con Discapacidad intelectual; Foro español de paciente. Dicho derecho de acceso no incluye la posibilidad de elaborar un programa propio sino se reconoce el derecho de participar en programas que les puede afectar por la temática.

20 Cfr. artículos 9 a 67 de la LO 5/1985, del Régimen Electoral General.

21 Cfr. artículo 60 de la LO 5/1985, del Régimen Electoral General.

22 Cfr. artículo 64 de la LO 5/1985, del Régimen Electoral General, modificado por la LO 8/1991, de 13 de marzo.

23 «Porque al trasladar todo el problema a los límites que señala el número 4 del artículo 20 —que es el marco en el que exclusivamente se centra la Sentencia del Tribunal Supremo— a los derechos que se reconocen y protegen en los apartados *a*) y *d*) del número 1 de este artículo, se equipara en punto a limitaciones la libertad ideológica con esos otros derechos fundamentales y por esta vía se restringe la mayor amplitud con que la Constitución configura el ámbito de aquel derecho. No se trata, naturalmente, de que la libertad ideológica en su manifestación externa a través de un artículo periodístico, pueda ser utilizada para eludir los límites que a la libertad de expresión impone el artículo 20.4 de la Constitución, pero la visión globalizada de ambos derechos, o de las limitaciones con que han de ser ejercidos, no puede servir solamente «de interés para graduar el alcance de la faceta injuriosa del escrito e individualizar la pena», como afirma la Sentencia recurrida, sino que han de servir también y principalmente para determinar si la «faceta injuriosa», por no ser ésta la finalidad del artículo —como claramente resulta de la total lectura del mismo—, puede o debe desaparecer ante la protección a la libertad ideológica del autor que consagra el artículo 16.1 de la Constitución. Hay, pues, que partir de este derecho fundamental y no entenderlo simplemente absorbido por las libertades de expresión e información del artículo 20».

24 El Código Penal recoge una serie de tipos delictivos directamente relacionados con la libertad de expresión y de información que conllevan la limitación de los mismos, como son los delitos de injurias y calumnias (arts. 205 a 216 CP); delitos contras las instituciones del Estado (arts. 490.3, 491, 496, 504, 505 y 543 CP); apología del terrorismo (art. 578 CP) y del genocidio (art. 607.2 CP) En relación a este apartado del artículo 607 del CP hay que tener muy presente la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que declara inconstitucional la expresión «nieguen». Modificado por la LO 1/2015.

25 La condena del Imán de Fuengirola (Málaga), Mustafá Kamal, por sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona (n.º 3), de 12 de enero de 2004, por haber escrito el libro «La mujer en el Islam». Este imán fue condenado como autor responsable de un delito de provocación a la violencia por razón de sexo, al recoger algunas formas de maltrato a las mujeres. El imán fue condenado a un año y tres meses de prisión por un delito de apología de la violencia de género, tipificado en el artículo 510.1 del Código Penal. En el libro antes citado se justificaba los malos tratos a las mujeres y realizaba recomendaciones para golpear sin dejar huella. El caso debía resolver el conflicto entre el derecho de libertad religiosa en su vertiente externa, a través de la manifestación del derecho a divulgar un credo a través de la imprenta (proselitismo) y el derecho a la integridad física de la persona, amparado en el artículo 15 CE. Más importancia tiene en este ámbito la aplicación del *principio de laicidad* como garantía del ejercicio del derecho de libertad en igualdad. En el fundamento número 5 se recoge: «Otro de los argumentos de justificación empleados, la imposibilidad de contradecir el texto de El Corán sin incurrir en herejía, [...] concluir que otra interpretación del versículo 34 ya mencionado no era posible, fue desmontado con la traducción alternativa que testigos que comparten la fe del causado ofrecieron en el plenario concluyendo que el maltrato físico o moral está absolutamente proscrito en el Texto Sagrado, afirmación coincidente con las conclusiones sobre la violencia doméstica del III Congreso de la Mujer Musulmana, de 1 de marzo de 2002 [...] En un Estado aconfesional, artículo 16.3 de la Constitución, integrado en la Unión Europea que promueve abiertamente la laicidad de la sociedad, ni la posibilidad de ser tratado por los correligionarios como un hereje o ser expulsado, ni el respeto por la ortodoxia doctrinal pueden servir de fundamento a la publicación de opiniones provocadoras de la violencia física contra las mujeres por la única razón de su sexo, promoviendo conductas que

transgreden el derecho fundamental a la integridad física y moral, gravemente atentatorias contra la dignidad de aquéllas y constitutivas de infracción penal grave tras una reciente reforma legal que refleja el hastío de la sociedad hacia cualquier forma de maltrato a las mujeres». El Tribunal viene a establecer que existe un islam compatible con la democracia y los derechos humanos.

26 Vid. casos del Comité de Derechos Humanos, caso n.º 736/1997 (*Ross c. Canadá*); comunicación n.º 550/1993 (*Faurisson c. Francia*), dictamen aprobado el 8 de noviembre de 1996; Comunicación n.º 1868/2009, caso Andersen contra Dinamarca; Comunicación n.º 30/2003, *La comunidad judía de Oslo y otros contra Noruega*, opinión aprobada el 15 de agosto de 2005. Y del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la comunicación n.º 34/2004, *Gelle contra Dinamarca* y la Recomendación general n.º 35 sobre la lucha contra el discurso de odio racista, de 26 de septiembre de 2013, donde se recoge: «teniendo presente que "las críticas contra dirigentes religiosos o los comentarios sobre la doctrina religiosa o el dogma" no deben prohibirse ni castigarse. El Comité también ha prestado atención al discurso de odio dirigido contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras manifestaciones de odio similares contra grupos etnorreligiosos, así como las manifestaciones extremas de odio tales como la incitación al genocidio y al terrorismo».

27 El artículo 525 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995 amplia el ámbito de protección a los que no profesan religión o creencia alguna (vid. voto concordante del juez Pettiti en la Sentencia del TEDH Wingrove c. Reino Unido, de 25 de noviembre de 1996). Por otra parte, sobre la jurisprudencia en esta materia; cfr. Auto del TC 180/1986, de 21 de febrero y SSTS de 25 de enero de 1983 y 25 de marzo de 1993 (esta última sentencia sobre la inexistencia de ánimo de atentar contra los sentimientos religiosos católicos por la emisión de un vídeo de un grupo musical en un programa de TVE); SAP de Sevilla (Sección 4.ª), n.º 553/04, de 7 de junio, que absolvió al acusado que exhibió una imagen de la Virgen María junto a los genitales de un varón; AP de Valladolid (Sección 4.ª), n.º 367/05, de 21 de octubre, que absolvió también al acusado que había exhibido en época de Semana Santa y en el recorrido de la procesión, una pancarta con la imagen de la Virgen María y de Jesús con la leyenda «Adúltera con su bastardo»; SAP de Valladolid (Sección 2.ª), n.º 251/11, de 9 de junio, archivó la querella presentada contra un actor que en una actuación humorística parodió al Papa y a la curia, puso en duda ciertos dogmas de la religión católica y repartió preservativos. La Sala argumentó que «los hechos que aparecen en el visionado, y en los que se pretende fundar dicho comportamiento delictivo, lo que ponen de relieve es un posicionamiento laico y, si se quiere, anticlerical del conferenciante sin que ello constituya realmente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica, ni vejación de quienes los profesan o practican»; la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 8 de Madrid, sobre el vídeo de Javier Krahe de cómo cocinar un crucifijo.

28 Cfr. STC 214/1991, de 11 de noviembre; STC 176/1995, de 11 de diciembre, y STC 106/1996, de 12 de junio (FJ 7).

29 Cfr. Auto del TC 180/1986, de 21 de febrero.

30 Considerando n.º 27.

31 Considerando n.º 28.

32 CUGAT, M., «Acerca de la protección penal de los sentimientos religiosos en los medios de comunicación», en *Medios de comunicación y pluralismo religioso*, 2010, p. 44.

33 Ibídem, p. 41.

UNIDAD DIDÁCTICA 9.ª

LEYES NEUTRALES, OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y «ACOMODACIÓN RAZONABLE»

I. NORMAS NEUTRALES Y CONDUCTAS LIBRES EN CONCIENCIA

La combinación de la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la libertad de conciencia (art. 16.1 CE) y el derecho a la propia intimidad (art. 18.1 CE) dan lugar a una serie de derechos personalísimos. Que estos derechos no se reconozcan por el ordenamiento jurídico conlleva la negación de la libertad entendida como la libre voluntad de poder disponer cada persona de su propia identidad física. Algunos de estos derechos personalísimos hasta hace relativamente poco tiempo eran conductas prohibidas. El reconocimiento progresivo por parte del Derecho de que nos encontramos ante decisiones personalísimas que deben ser sustraídas de la regulación jurídica punitiva ha conducido, en una primera fase, a su despenalización y, en una segunda fase, como tendremos ocasión de comprobar, incluso a configurarse como auténticos derechos subjetivos. La idea que subyace en esta regulación es que el Derecho, en un Estado democrático, debe abrir camino a la libertad y al eficaz ejercicio de la libertad de conciencia. Por otra parte, tampoco se puede olvidar, que el Estado ha dejado de ser sujeto creyente como consecuencia del reconocimiento del principio de laicidad; es decir, como ha indicado la STC 24/1982: «Los valores e intereses religiosos no se pueden erigir en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos». En consecuencia, un dato muy relevante en la regulación de todos estos derechos personalísimos es la que debe constar fehacientemente el consentimiento de la persona. Este consentimiento debe ser inequívoco para que la persona pueda ejercitar libremente estos derechos y, a *sensu contrario*, no se puede obligar a nadie a ejercitarlos. Dentro del contenido del derecho a no ejercitar estos derechos personalísimos no se encuentra la posibilidad de prohibir al resto de los ciudadanos su ejercicio y, en consecuencia, cercenar el ejercicio de estos derechos personalísimos. El Estado laico *garantiza* el respeto de la libertad de conciencia en relación a las decisiones que le afectan, sobre todo en decisiones que conciernen a su cuerpo u otras decisiones vitales que no afectan a terceras personas. La libertad de conciencia queda cercenada cuando una particular doctrina religiosa o filosófica impone a los demás su particular visión de la vida. La laicidad *garantiza* que esto no ocurra.

1. EUTANASIA

Ejemplos de conductas libres en conciencia son: la transexualidad[1] y la *eutanasia*[2]. Me detengo en el estudio de esta última. El artículo 15 CE lo que está configurado como un derecho constitucional es el derecho a una vida digna e, implícitamente, a una muerte, también, digna, con exclusión de tratamiento inhumanos y degradantes. El Tribunal Constitucional (STC 120/1990, de 27 de junio) niega que el derecho a la vida entrañe el derecho a la muerte. Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva (valor social) que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe. Pero eso, en el ordenamiento jurídico español, no es un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir ni mucho menos un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En el mismo sentido, el TEDH (Pretty contra Reino Unido, de 29 de abril de 2002). Este reconocimiento de la eutanasia se reconoce a los enfermos terminales; es decir, afectados por una enfermedad incurable e irresistible, con dolores insoportables y con una muerte cercana y segura. Por ello, existe el derecho a una muerte digna voluntaria y responsablemente querida. Se pueden diferenciar las siguientes clases de eutanasia:

— Pasiva: en este caso el médico se limita a no alargar inútilmente la vida del paciente utilizando los medios a su alcance. En esta clase de eutanasia se incluye el derecho del paciente a la desconexión de aparatos que le mantienen su vida de modo artificial; es decir, que no exista «encarnizamiento médico». Este tipo de eutanasia se recoge en el artículo 9 de la Ley 41/2002 como un auténtico derecho subjetivo (el derecho a una muerte natural).

— Activa Indirecta: lo que requiere este supuesto es una actuación activa de la que se va a derivar la muerte del paciente pero la finalidad de esta actuación es aliviar el dolor del paciente aunque como consecuencia de ese tratamiento médico se va a acortar la vida del paciente. Este supuesto lo relacionamos directamente, en muchos casos, con los denominados «cuidados paliativos».

— Activa Directa: el objetivo principal es la muerte del paciente con o sin su consentimiento. Con consentimiento del paciente estaríamos ante lo que se ha denominado «suicidio asistido». En España, esta conducta está incluida en el artículo 143.4 Código Penal español. En relación al denominado «suicidio asistido»[3] diferentes países han aprobado normas sobre la legalización del suicidio asistido medicamentalizado como, por ejemplo, Holanda, Bélgica, Suiza, Australia, Canadá,

algunos estados de EEUU. La importancia de esta materia se ha visto confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá (caso Carter v. Canadá), de 6 de febrero de 2015. Esta sentencia reconoce que la ayuda médica a morir es un *derecho fundamental* y declara inconstitucional la ley que prohíbe el suicidio asistido. Esta sentencia señala que las condiciones para que una persona tenga derecho a solicitar el suicidio asistido es que sea alguien «competente, completamente informado y no ambivalente» y, en consecuencia, se excluyen a las personas con depresión clínica del derecho a solicitar el suicidio asistido. La ley belga de 2002 sobre la eutanasia garantiza el suicidio asistido medicamentalizado eximiendo de cualquier responsabilidad penal a los facultativos médicos, eso sí tomándose todas las precauciones jurídicas para tutelar la voluntad de los pacientes. Lo más importante de esta legislación belga es que encuentra su fundamento en el pluralismo ético. *Esta ley belga es una prueba del reconocimiento del principio de laicidad en el ordenamiento jurídico belga pues el Estado no asume como propia una particular concepción religiosa sino que garantiza el derecho de autodeterminación de cada ciudadano*. Este derecho a decidir encuentra su fundamento en la pluralidad ética de la sociedad. No se impone a los ciudadanos en ese momento de decidir sobre su vida una opción con la que los pacientes no se sientan identificados.

Las decisiones sobre los dos primeros tipos (pasiva y activa indirecta) de eutanasia pueden incluirse en el denominado «testamento vital» (art. 11 de la Ley 41/2002 y normativa autonómica sobre esta materia). En relación con la normativa autonómica destaca la Ley andaluza 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte[4].

Esta Ley andaluza ha servido de ejemplo para otras leyes autonómicas (Ley foral 8/2011, de 24 de marzo; Ley aragonesa 10/2011, de 24 de marzo, la Ley canaria 1/2015, de 22 de enero y Ley balear 4/2015, de 23 de marzo). Una cuestión importante en relación al principio de laicidad es la presencia de los capellanes católicos como miembros de los Comités de Ética asistencial y de los Equipos Interdisciplinarios de Cuidados Paliativos por ejemplo en las comunidades autónomas de Madrid y Valencia[5]. La presencia permanente de los capellanes católicos es incompatible con el principio de laicidad pues su presencia se justifica por su condición de religiosos, afectando sus decisiones a todos los enfermos, incluso, aquellos que no son católicos. Su presencia lo que pretende es garantizar una particular visión religiosa en esta materia y, respondería a un modelo de confesionalidad católica. La STC 24/1982 establece que los valores e intereses religiosos no se pueden erigir en parámetros para medir la legitimidad de los actos de los poderes públicos ni tampoco pueden fundamentarse sus actos en dichos valores religiosos.

2. El derecho a la procreación y laicidad

En este apartado las conductas libres en conciencia bien puede estar relacionadas con

el derecho negativo (renunciar al derecho a la procreación) o bien con conductas que permiten alcanzar ese objetivo; esto es, tener descendencia. Especial atención merece el *Aborto* (*interrupción voluntaria del embarazo*). La interrupción voluntaria del embarazo por parte de la mujer se empezó a reconocer en determinados supuestos en el artículo 417 bis CP de 1973, reformado en el año 1985. Este artículo inicia el camino de la despenalización, si bien parcial (en tres supuestos). La STC 53/1985, de 11 de abril, determinó la constitucionalidad de esta reforma penal y estableció las siguientes premisas: La vida del nasciturus es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 CE. Si bien no se puede afirmar que el nasciturus sea titular del derecho fundamental a la vida. En palabras del TC: «No pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental». Añade, el TC que «El valor vida y la integridad de la madre (grave peligro para su salud), como derecho fundamental de la mujer prevalece sobre el derecho del nasciturus y la decisión le corresponde a la mujer». El número 1 contiene en realidad dos indicaciones que es necesario distinguir: El grave peligro para la vida de la embarazada y el grave peligro para su salud. En cuanto a la primera, se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del nasciturus. En este supuesto es de observar que si la vida del nasciturus se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida, lo que descartan también los recurrentes, aunque lo fundamenten de otra manera; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre. En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de grave peligro para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada». Con posterioridad el TC, ha confirmado que: «Los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 CE» (STC 116/ 1999). El Código Penal de 1995 mantuvo vigente el artículo 417 bis. Este artículo será finalmente derogado por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. Esta Ley viene a reconocer a la mujer el derecho subjetivo a la interrupción voluntaria del embarazo conforme a lo dispuesto en esa norma y que explícita el artículo 12 de la misma: «Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la

personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación», como contenido del derecho a elegir el momento de la mujer para ser madre (art. 3.2 LO 2/2010).

Otros supuestos, en este apartado, son: *esterilización*[6]; *técnicas de reproducción asistida*[7]; *técnicas de investigación biomédica*[8].

II. SECULARIZACIÓN DEL MATRIMONIO Y LIBERTAD DE CONCIENCIA

El derecho a convivir en pareja es un derecho constitucionalmente protegido en cuanto contenido esencial de la dignidad de la persona misma y de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Existe una conexión evidente en esta materia entre el artículo 10.1 CE y el artículo 16.1 CE. La CE no obliga a los ciudadanos a vivir en pareja, es una decisión libre y personalísima. Como es personalísima la decisión de con quién se convive (no se prohíbe la convivencia homosexual) y cuál es el grado de institucionalización (o formalización solemne) que se otorga a esa convivencia en pareja. Es decir si se contrae matrimonio o no (art. 32 CE) y si se decide contraer matrimonio cuál será la forma religiosa o civil de celebrarlo.

Se ha ido produciendo un progresivo proceso de secularización del matrimonio fruto del reconocimiento del principio de laicidad que garantiza el reconocimiento de la libertad de conciencia a todos los ciudadanos. Las características del matrimonio canónico: indisolubilidad (divorcio); generación de la prole (no es una causa de nulidad civil), heterosexualidad (matrimonio entre personas del mismo sexo[9]) y forma solemne (uniones matrimoniales) han dejado de ser características del matrimonio civil.

1. UNIONES MATRIMONIALES

Se entiende por uniones, parejas o matrimonios de hecho la convivencia en pareja de carácter estable de dos personas (del mismo o distinto sexo), sobre la base de una afectividad, incluida la sexual, similar a la del matrimonio (LLAMAZARES[10]). Lo único que se excluye de la regulación es la juridificación de sus relaciones interpersonales; no se excluye de tal regulación ni las relaciones con los hijos ni las relaciones con el Estado o con terceros. El TC ha considerado incluidas a las uniones de hecho dentro del término familia regulado por el artículo 39 CE (STC 47/1993, de 8 de febrero; STC 222/1992, de 11 de diciembre). El auto TC 203/2005, de 10 de mayo califica que la diferenciación entre uniones de hecho y matrimonios no vulnera el principio de aconfesionalidad.

El matrimonio y la unión de hecho son dos realidades jurídicas entre las que no se puede predicar una relación de equivalencia. En relación a las uniones de hecho no existe un mandato constitucional para su regulación. Mandato que sí existe para el

matrimonio (art. 32 CE). De esta afirmación, el TC extrae que es constitucional el trato privilegiado para la regulación del matrimonio [STC 155/1998, de 13 de julio (FJ 3)]. En palabras del TC: «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes (ATC 56/1987) sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el artículo 14 CE. Concretamente, respecto del legislador la jurisprudencia constitucional ha declarado que le asiste un amplio margen de libre configuración de esas distintas formas de convivencia. No obstante, también hemos advertido que esa libertad de configuración legal no es absoluta. La regulación desigual de lo diferente sólo es constitucionalmente lícita cuando se ajusta a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad» (STC 180/2001, de 17 de septiembre)[11].

El TC ha procedido, o no, a la equiparación entre el matrimonio y las uniones de hecho en función de la materia[12].

2. MATRIMONIO CIVIL Y RELIGIOSO

El derecho a celebrar ritos matrimoniales forma parte del contenido de la libertad religiosa y vendría a estar directamente relacionado con la decisión de los creyentes de vivir en pareja que es, sin duda, contenido esencial de la dignidad de la persona y de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El sistema matrimonial español sólo tiene una clase matrimonial (la civil) que se combina con la existencia de una pluralidad de formas de celebrarlo; es decir, existe libertad de formas de celebración matrimonial. La expresión «formas» (en plural) del artículo 32 CE implica por una parte, la prohibición de establecimiento de un sistema de un matrimonio civil obligatorio y, por otra, que la Constitución sólo hace mención a la pluralidad de formas de celebración pero no se refiere a la pluralidad de clases. El artículo 32 apartado segundo de la Constitución española de 1978 que establece claramente que la ley estatal regulará las formas de matrimonio. Esta expresión «formas», en plural, determina la imposibilidad de establecer una única forma de celebración del matrimonio.

El artículo 2.1.*b*) LOLR reconoce como contenido de la libertad religiosa: «celebrar sus ritos matrimoniales»[13] pero no implica que el reconocimiento de efectos civiles del matrimonio religioso forme parte del contenido esencial del derecho de libertad religiosa; menos aún, que los poderes públicos tengan que reconocer eficacia jurídica a las decisiones de las autoridades religiosas sobre la disolución o nulidad de los matrimonios religiosos. En definitiva, esta última materia no es un ámbito de cooperación obligada con las confesiones religiosas.

Las *formas de celebración* conforme a lo dispuesto en el Código Civil (art. 49 CC) son: la *forma civil y las formas religiosas.*

A) La forma civil

La *forma civil* está regulada en el artículo 51 CC que determina las autoridades competentes para celebrarlo y el artículo 58 CC recoge algunos requisitos del acto de celebración del matrimonio civil.

B) Las formas religiosas

Lo primero que hay que precisar es que para que se proceda a la inscripción de un matrimonio religioso éste debe reunir los requisitos exigidos por el CC. ¿Qué ocurre con los matrimonios religiosos que no se inscriben porque es imposible su inscripción al no reunir los requisitos exigidos por el Código Civil? Se equiparan al resto de matrimonios religiosos a los cuales no se les reconoce ningún efecto jurídico, en principio, pues pueden ser considerados como uniones de hecho[14].

a) Forma religiosa canónica

El artículo VI del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos (AAJ) entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979 reconoce efectos civiles al matrimonio canónico así como la posibilidad de declarar ajustadas al Derecho civil las sentencias de nulidad canónica y las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado. Y, en el último apartado de este artículo VI, la Santa Sede recuerda a quienes celebran matrimonio canónico las obligaciones que asumen. Este apartado se puede interpretar como que la Iglesia católica asume la previsible regulación estatal del divorcio y que va a afectar al matrimonio canónico (ATC 617/1984, de 31 de octubre de 1984)[15].

En esta Unidad se hacen referencia a dos problemas jurídicos directamente relacionado con el matrimonio canónico.

1.º El derecho a inscribir, o no, el matrimonio canónico en el Registro civil. No debemos olvidar que el derecho a celebrar ritos matrimoniales es parte del contenido individual de la libertad religiosa y que la confesión sólo actúa como intermediaria; aunque, sin duda, su intervención es necesaria. Por consiguiente, sí existe el derecho a no inscribir un matrimonio canónico aunque se cumpla los requisitos civiles en virtud de la libertad religiosa[16], y todo ello siempre dejando a salvo que dicha decisión no se base en motivos espurios que conlleven un fraude de ley, con la manifiesta intención de abusar de este derecho y provocando con ello un enriquecimiento injusto de los contrayentes. No obstante, hay un problema más, en relación a la interpretación que hemos mantenido anteriormente y se trata del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), pues el ordenamiento estatal debe garantizar los derechos adquiridos por terceros de buena fe provocados por la no inscripción (el matrimonio está produciendo efectos no plenos desde su celebración y, además, se podría inscribir en cualquier momento —inscripción

tardía—). El problema se situaría en que si se hace depender de la voluntad de los contrayentes la inscripción, o no, de dicho matrimonio religioso hemos avanzado bien poco en relación con el principio de seguridad jurídica no, en cambio, en el reconocimiento de la libertad e igualdad religiosa.

La STC 199/2004, de 15 de noviembre, viene a incidir directamente en este problema. En esta Sentencia se otorga el amparo. Este otorgamiento se traduce en el reconocimiento de la pensión de viudedad a una persona que contrajo matrimonio canónico pero que nunca procedió a su inscripción[17]. Esta sentencia contiene dos contundentes votos particulares. El Voto particular del magistrado Conde Martín de Hijas que se fundamenta en el verdadero alcance jurídico de la inscripción del matrimonio. Y, el segundo, el Voto particular de la magistrada Pérez Vera que estima que la intención de los contrayentes de eludir expresamente la inscripción debe tener consecuencias jurídicas.

2.º La segunda cuestión en relación con el matrimonio canónico es la cláusula de ajuste de las sentencias de nulidad y decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado que regula tanto el artículo 80 CC como el artículo VI AAJ. Las sentencias de nulidad canónica y las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia civil si se declaran ajustadas al Derecho estatal por un juez civil y se añade que deben reunir las condiciones del artículo 954 LEC sobre exequatur de sentencias extranjeras[18]. Este último punto ha sido sin duda la piedra de toque de todo el sistema matrimonial español y donde la doctrina se ha centrado más, quizás por ser el aspecto más problemático de nuestro sistema. Por esta razón no voy reproducir con amplitud las discusiones doctrinales sobre esta cuestión que alargarían indefinidamente estas Unidades didácticas sino que me voy a centrar en resumir telegráficamente las líneas fundamentales de la doctrina sobre esta materia y las soluciones que se proponen para evitar las contradicciones que, existen en relación a la cláusula de ajuste de sentencias de nulidad canónicas y de decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado.

Las posiciones doctrinales se pueden sintetizar en dos:

— Posición formal del ajuste. La declaración de ajuste consiste en una mera verificación formal (V. REINA). Bastaría comprobar que la resolución canónica es de nulidad o decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado que tiene el carácter de firme y que su texto aparece en documento auténtico para que se ajuste al Derecho civil y que no entre en contradicción con los principios del orden público (R. NAVARRO VALLS).

— Posición material del ajuste. El ajuste al Derecho civil como coincidencia en concreto de los motivos canónicos determinantes de la nulidad o la disolución del matrimonio y las causas civilmente reconocidas como tales. Que el juez civil «declare» si dados los hechos tenidos en cuenta por el órgano eclesiástico, tales hechos son o no

susceptibles de configurar alguna de las causas de nulidad o de disolución que el Derecho civil reconoce, independientemente de la calificación realizada por el Tribunal eclesiástico (LLAMAZARES[19]).

Junto con estas interpretaciones es preciso tener en cuenta los siguientes datos:

— Primero: La jurisprudencia sobre esta materia es muy variada y parece apoyar cualquiera de las dos posiciones doctrinales, antes descritas, con la que se incrementa la inseguridad jurídica. En este punto, es necesario recordar que son los tribunales de primera instancia los órganos judiciales competentes para otorgar o denegar el ajuste.

— Segundo: La posición doctrinal defendida por el profesor LLAMAZARES estima que el juez tiene que proceder a examinar el fondo; es decir, si los hechos probados en la sentencia de nulidad coinciden con alguna causa de nulidad civil del artículo 73 CC, si bien no tiene porque darse una coincidencia exacta con la que haya determinado el juez eclesiástico. En relación a las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado la labor del juez, se decía, era determinar si la justa causa que provocó en el proceso canónico esa disolución coincide con alguna causa de divorcio. Sin embargo, desde la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, han desaparecido las causas de divorcio por lo que la comparación en este punto no es necesaria. Con otras palabras, no basta con el juez civil examine la sentencia canónica desde un punto de vista puramente formal sino que es necesario que entre en el examen de fondo de la sentencia nulidad; es decir, se procederá a la homologación de la sentencia canónica sólo si con arreglo al Derecho civil se hubiera dado el mismo resultado.

— Tercero: Si se siguiera la posición formalista, simplemente el cumplimiento de los requisitos formales, se estaría vulnerando el principio de igualdad, estableciéndose sin ninguna duda un privilegio para los católicos ya que podrían obtener la nulidad por causas a las que no pueden acceder el resto de ciudadanos y obtener dicha nulidad incluso en menos tiempo. No desconocemos la existencia de la sentencia del TS de 23 de noviembre de 1995 que apoya esta tesis exclusivamente formalista[20]. No obstante, las SSTS de 5 y 8 de marzo de 2001 no comparten esta posición exclusivamente formalista y la STS de 17 de junio de 2002 indica que la sentencia de nulidad canónica obtenida en rebeldía de una de las partes no es civilmente homologable pero no sólo en el caso de que se trate de rebeldía a la fuerza, sino también en los casos de rebeldía por convicción, e incluso de rebeldía por interés. Por su parte, la STS de 24 de octubre de 2007, establece que: «la persona que ha contraído matrimonio canónico parece haber aceptado, en principio, los postulados confesionales que esta forma de contraer matrimonio supone, entre los cuales figura la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos cuyos efectos civiles son reconocidos con determinados límites por el Estado, para decidir acerca de la nulidad y de la separación, circunstancia que, obviamente, no excluye la posibilidad de

un mutación de dichas convicciones en la persona afectada que pueda ser relevante para justificar su incomparecencia ante dichos tribunales. Resulta, así, que la doctrina fijada en la sentencia que acabamos de referirnos no puede tener, con arreglo al contexto normativo que procede tomar en consideración, una aplicación abstracta, sino que su aplicación debe quedar reservada a los supuestos en que el juicio de ponderación tras la alegación de las convicciones religiosas o ideológicas que se estiman relevantes para justificar la incomparecencia concluya en la existencia de una afectación del derecho de libertad ideológica o religiosa no justificada por la prevalencia de otros derechos o intereses protegidos por la Constitución». Por último, también hay que tener presente la STEDH caso Pellegrini contra Italia, de 20 de julio de 2001. En esta Sentencia se señala que los tribunales italianos previamente a conceder el exequátur a la sentencia canónica de nulidad no cumplieron con su deber de asegurarse que el demandante se había beneficiado de un proceso justo en el marco del proceso eclesiástico.

— Cuarto: No conviene olvidar en este punto concreto, la jurisprudencia del Tribunal constitucional italiano, número 18, de 2 de febrero de 1982, que declaró inconstitucional el ajuste de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado porque el proceso administrativo canónico no garantiza ni ampara la tutela judicial efectiva y existen razones fundadas para considerar que provoca indefensión (el derecho fundamental de *agire a resistere in giudicio*). Esta Sentencia del Tribunal Constitucional italiano trajo como consecuencia que no se contemplase en el Acuerdo de 1984 entre el Estado italiano y la Santa Sede, de revisión de los Acuerdos de Letrán de 1929, el ajuste de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado. Nos resulta particularmente extraño, cuanto menos, que el Tribunal Constitucional español no se haya hecho eco de tan importante sentencia en esta materia y, no se haya cuestionado, lo que para el Tribunal Constitucional italiano es claramente inconstitucional. Por este motivo, debería declararse inconstitucional el ajuste de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, por los motivos alegados por el Tribunal italiano.

— Quinto: Uno de los problemas más alegados en relación a los procedimientos de ajuste al Derecho estatal es la indefensión que se produce en los procesos canónicos, y otro que manifestando la oposición al ajuste se procede, por parte del juez, a la homologación de las resoluciones eclesiásticas. La doctrina que podría resumirse en que no existe indefensión cuando se ha notificado convenientemente a las partes y éstas han tenido todas las posibilidades para acudir a los diferentes trámites del proceso eclesiástico podría ser fácilmente compartida en un proceso estatal o civil pero es más cuestionable en el proceso canónico que vive bajo «la ley de la sospecha» de no garantizar suficientemente los derechos procesales de las partes. En todo caso, los tribunales eclesiásticos no son órganos judiciales estatales; en éstos no existe obligación de comparecer (que no se interprete de estas palabras que el Estado debería actuar como brazo secular de la Iglesia católica y obligar a comparecer en sus procesos a los contrayentes, pues se vulneraría la laicidad del Estado); además entendemos que es una

jurisdicción estrictamente confesional y no puede afectar a quien no se siente ya vinculado por esas creencias religiosas; es decir, aquel que en función de su derecho de libertad religiosa ha decidido abandonar, cambiar o simplemente, desvincularse de esa confesión. En consecuencia, no se puede imponer una sentencia o decisión pontificia, en principio, con efectos exclusivamente confesionales, a alguien que ha cambiado de religión. No se pueden compartir la expresión de que la decisión tomada en un momento concreto —que, incluso, era casi la única posible— desencadene para siempre las decisiones sobre su matrimonio imponiendo coactivamente la imposibilidad de ejercer la libertad religiosa que, no olvidemos, incluye el derecho a cambiar de religión[21].

Por este motivo, consideramos de enorme importancia la oposición (que ya no se contempla en nuestro ordenamiento jurídico desde la entrada en vigor de Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero); con la simple alegación de que uno no ha participado en el proceso canónico para sentirse desvinculado de su jurisdicción es causa suficiente para no procederse al ajuste. Sin embargo, podría vulnerarse el principio de unidad jurisdiccional al no permitir ir más allá (en un argumento perfectamente ajustado a un Estado laico); es decir, que el juez civil no puede examinar el procedimiento canónico ya que podría implicar la vulneración de la autonomía interna de la Iglesia católica[22], a salvo del principio de indefesión en el proceso canónico.

— Sexto: El juez civil debe encajar los hechos probados en la sentencia de nulidad canónica en alguna causa de nulidad civil. Es obvio, que esos hechos probados en sede eclesiástica se han corroborado gracias a las pruebas aportadas en dicho proceso sin ninguna posibilidad de confirmar *ex novo* dichos hechos; si el juez volviera a abrir el proceso de la prueba de nuevo no tendría sentido el procedimiento de ajuste y, simplemente, se estaría procediendo a un proceso civil de nulidad donde la sentencia de nulidad será un documento más que se aportaría al proceso[23]. Conviene recordar las diferencias que existen entre el proceso canónico y el proceso civil en relación con las pruebas y la valoración de las mismas lo que puede provocar indefensión.

— Séptimo: El proceso de ajuste distorsiona el sistema facultativo anglosajón y provoca graves dificultades para su completa adecuación a los principios constitucionales de libertad religiosa[24], el principio de igualdad entre católicos y no católicos y no discriminación por motivos religiosos y de *laicidad*[25]. Y, por último, el principio de cooperación con las confesiones no justifica su existencia.

Coincido con aquellos que han planteado que la cláusula de ajuste produce más distorsiones, tanto en el ordenamiento estatal como en el canónico, que beneficios por lo que sería conveniente su derogación. El sistema de reconocimiento de eficacia civil de sentencias de nulidad es un sistema insatisfactorio en la práctica; la praxis de los juzgados dista mucho de ser uniforme, con el elevado grado de inseguridad jurídica que ello conlleva. Por estas consideraciones, el reconocimiento civil de las resoluciones eclesiásticas es un sistema a superar, desde el momento que muestra más inconvenientes que ventajas. En la supresión de la eficacia civil de las resoluciones matrimoniales no

encuentra, en la situación actual, perjuicio alguno para nadie, sino provecho para todos (RODRÍGUEZ CHACÓN[26]).

b) Forma religiosa evangélica, judía y musulmana

El segundo bloque de normas que inciden en este derecho a celebrar ritos matrimoniales son los Acuerdos de cooperación de 1992 con FEREDE, FCI y CIE (art. 7 de las Leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992).

En estos acuerdos se constatan, por una parte, la vía pacticia para el reconocimiento de eficacia civil de los matrimonios religiosos expresada en el artículo 59 CC. Y, por otra, el distinto grado de exigencia de las creencias religiosas en cuanto al matrimonio; así, en los Acuerdos con judíos y musulmanes se produce una remisión material a sus ordenamientos jurídicos confesionales en cuanto a las normas que regulan la forma jurídica. En todo caso, siempre tienen que reunir los requisitos exigidos por el Código Civil para su inscripción, en concreto: rabino (forma judía); representante de la Comunidad islámica o imán (forma islámica), consentimiento expreso de ambos contrayentes y testigos mayores de edad. En los Acuerdos con evangélicos y judíos se exige el certificado de capacidad matrimonial para la celebración de estos matrimonios y como requisito previo para su inscripción en el Registro civil[27].

Uno de los problemas del artículo 7 del Acuerdo de cooperación con la CIE se sitúa en que no se exige, expresamente, que el certificado de capacidad le sea presentado al ministro de culto o representante de la comunidad islámica que celebre el matrimonio islámico, aunque sí se exige para su inscripción; implicando una excepción al artículo 56 del Código Civil en cuanto al momento en que se acredita los requisitos de capacidad, con mayor razón cuando el Derecho islámico carece de un procedimiento similar al civil para comprobar la capacidad matrimonial. Y, en consecuencia, será el encargado del Registro Civil quien habrá de comprobar la capacidad de los contrayentes, como apunta el artículo 7.3 del Acuerdo con la CIE. Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en una Instrucción de 10 de febrero de 1993, da por supuesta, en la Declaración sexta, la validez del matrimonio islámico celebrado sin certificado de capacidad y sin el correspondiente expediente matrimonial. Tal «interpretación» conduce a un resultado no querido: un matrimonio válido y que produce efectos civiles desde su celebración (art. 7.1 del Acuerdo y art. 60 CC) pero cuya inscripción se hace depender de la voluntad de los contrayentes o, incluso, de uno de ellos y, teóricamente, haría posible la celebración de un segundo matrimonio, de un tercero y un cuarto (impedimento de tetragamia), cualquiera de ellos inscribibles, dando lugar a la bigamia civil e incluso, por qué no a la poligamia civil, que fue precisamente lo que se pretendió desde todo momento rechazar en la negociación del Acuerdo con los musulmanes[28]. Incluso, en esta materia habría que tener presente la doctrina constitucional sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004, de 15 de noviembre, sobre los plenos

efectos de un matrimonio religioso no inscrito, incluso cuando la voluntad de los contrayentes fue realmente excluir los efectos civiles y, la STC 194/2014, de 1 de diciembre, sobre un matrimonio islámico no inscrito, en sentido contrario.

Se ha señalado que la interpretación realizada por la Dirección General sobre este tema concreto es *contra legem* y afecta directamente al principio de seguridad jurídica, ya que el artículo 7.2 del Acuerdo expresamente confirma que para inscribir en el Registro civil el matrimonio islámico «deberán acreditar *previamente* su capacidad matrimonial mediante certificación expedida por el Registro civil correspondiente». En relación a estas afirmaciones, debemos recordar que las instrucciones y circulares pueden interpretar el ordenamiento jurídico, aunque no pueden desarrollarlo, pues su desarrollo corresponde sólo a las normas jurídicas, en consecuencia, esta Instrucción de 10 de febrero de 1993, tiene como misión interpretar los artículos 7 de los Acuerdos de cooperación (Leyes 24/1992; 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre) pero, esta Instrucción se excede en dicho cometido, pudiendo cualquier afectado por la Declaración sexta solicitar la nulidad de la misma.

El matrimonio musulmán plantea algunos problemas por su incompatibilidad con algunas normas jurídicas. En concreto:

1.º *Poligamia.*

Lo primero que debemos analizar es si la poligamia (más exactamente, poliginia) es parte del contenido del derecho de libertad religiosa y, en segundo lugar, los posibles efectos jurídico-civiles de la misma. Se podría partir, en principio, de que la libertad religiosa ampara la poligamia como elemento configurador del matrimonio musulmán. Por otra parte, se defiende que el respeto pleno de la libertad religiosa, en relación al matrimonio, implica que el ordenamiento jurídico reconozca plenos efectos jurídicos a cualquier clase de matrimonio con la única excepción de todo aquello que suponga un atentado contra el orden público. En consecuencia, se otorgaría eficacia al matrimonio musulmán pero no, en cambio, al contenido poligámico de los mismos[29].

El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo forma parte del orden público, no sólo interno sino también del orden público internacional. En consecuencia, la poligamia da como resultado la privación en el reconocimiento, goce y ejercicio del derecho a contraer matrimonio por razón de sexo. El reconocimiento de efectos a la poligamia supone una discriminación, una diferencia de trato frente a la norma estándar, y provoca un perjuicio para la discriminada, independientemente de que este perjuicio sea querido o no por la mujer[30].

En segundo lugar, en relación a los posibles efectos jurídicos-civiles de la poligamia mencionamos los siguientes:

— *Reagrupamiento familiar*. La Ley de extranjería (LO 4/2000) en su artículo 17 regula el reagrupamiento familiar[31]. Según la Directiva comunitaria de 2003/86/CE

sobre reagrupamiento establece que la reagrupación familiar contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los inmigrantes en el Estado miembro. Esta Directiva se aplicará cuando el reagrupante sea titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año y tenga una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente (art. 3). En esta Directiva se contemplan disposiciones específicas sobre el no reconocimiento de la posibilidad de reagrupamiento familiar al matrimonio poligámico «en caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge»[32]. En resumen, no se reconoce, en esta materia, ningún efecto jurídico a la poligamia. No obstante, el marido polígamo podrá elegir con que mujer se reagrupa. Dicha posibilidad, en nuestra opinión, vulnera el principio de no discriminación y el principio de seguridad jurídica internacional[33].

— Nacionalidad española. En esta materia conviene recordar el artículo 22 CC en su apartado 4 que expresamente recoge, en materia de nacionalidad: «El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y *suficiente grado de integración en la sociedad española*». En relación con la obtención de la nacionalidad española, traemos a colación la Sentencia TS de 26 de julio de 2004 que deniega a un ciudadano de origen marroquí la nacionalidad española porque no ha justificado suficientemente el grado de integración en la sociedad española al mantener de modo simultáneo varias esposas. Esta doctrina del TS se repite en las Sentencias de 19 de junio de 2008, 14 de julio de 2009, de 13 de junio de 2011, de 4 de julio de 2011, entre otras.

— *Pensiones de viudedad.* Un asunto más conflictivo es el otorgamiento de pensiones de viudedad por el fallecimiento de un polígamo. En este caso, la jurisprudencia ha dado todas las soluciones posibles. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002 analiza el caso de un senegalés musulmán, Sr. Diop, que había contraído dos matrimonios válidos en Senegal. La decisión judicial divide la pensión de viudedad a partes iguales (otorga eficacia al matrimonio polígamo por aplicación del orden público atenuado). Las viudas solicitaban la parte íntegra para cada una de ellas, el Tribunal responde que en Senegal no se otorgan dos pensiones de viudedad y que no se puede superar la cuantía máxima de cotización. Otro caso resuelto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de julio de 2002, hace referencia un matrimonio polígamo de un marroquí. El INSS decide dividir la pensión a partes iguales, sin embargo, la decisión judicial no se fundamenta en la aplicación de los artículos 22 y 23 del Convenio sobre Seguridad Social hispano-marroquí, de 6 de noviembre de 1979[34] que determina la división a partes iguales de la pensión, sino que el Tribunal aplica las fórmulas de dividir la pensión en caso de separación o divorcio graduando la cuantía en

función del período de convivencia matrimonial (aplicación analógica). La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003 donde no se otorga ningún efecto al matrimonio poligámico y se atribuye la pensión de viudedad a la mujer con quien se celebró el primer matrimonio declarando nulo el segundo. Y, la STSJ de Madrid, de 22 de octubre de 2009, reconoce la pensión de viudedad mediante la división proporcional de la misma en función del tiempo de convivencia con el causante y del reparto igualitario conforme al convenio de España con Marruecos de 13 de octubre de 1982 (art. 23) y, prosigue diciendo que «tal es la solución que, además, viene aplicando pacífica y reiteradamente la Administración española respecto de las viudas saharauis y ha sido admitida en diversas resoluciones de la Jurisdicción Social». Por último, la STC 194/2014, de 1 de diciembre, sobre la solicitud de una pensión de viudedad de un matrimonio islámico no inscrito que no ha reconocido el derecho a la pensión de viudedad.

2.º *El Repudio.*

Otro problema en el ámbito matrimonial es si se puede otorgar algún efecto al repudio unilateral del varón que, también, puede ser revocable (*talaq*). Esta disolución del matrimonio islámico se realiza de forma unilateral, y a instancia del esposo, encontrando su fundamento en el Corán.

La Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 2 de noviembre de 1999 considera que «este repudio no tiene la consideración de un verdadero divorcio». El repudio revocable vulnera el principio fundamental de «estabilidad del estado civil» y por eso se considera contrario al orden público[35]. No obstante, si se constata su carácter irrevocable el TS ha otorgado el exequatur[36].

Por otra parte, se modificó el artículo 107 CC por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, con la siguiente redacción: «En todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: *a*) Si no resulta aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas, *b*) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, *c*) *Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público*». Consecuentemente, la reforma de 2003 pretende evitar las consecuencias jurídicas de un repudio unilateral o revocable que constituyen un atentado contra el orden público y el principio de no discriminación[37].

El problema del reconocimiento del repudio es el relacionado con el principio de no discriminación de la mujer. No obstante, puede ser la propia mujer la que solicite el reconocimiento del repudio para disolver el vínculo matrimonial y así no tener que iniciar un proceso judicial de divorcio. De ahí que para favorecer a la mujer, la doctrina internacionalista se haya decantado por distinguir el repudio «que produce efectos

discriminatorios en el caso concreto» y el repudio «que no produce efectos discriminatorios en el caso concreto». Ésta es la solución que viene aplicando el TS[38].

3.º *La dote.*

La dote (*mahr*) es una parte esencial del contrato matrimonial islámico, se constituye como propiedad de la mujer y viene a constituir un límite al repudio. La obligación del marido de realizar una contribución patrimonial en dinero o bienes a favor de la mujer constituye una garantía económica para ésta, especialmente en casos de repudio o fallecimiento del marido, y podría tener eficacia en el Derecho español siempre que se den las condiciones del artículo 1.336 CC. No obstante, la única sentencia de la que tenemos conocimiento sobre este asunto no ha reconocido, incorrectamente, eficacia a la dote de un matrimonio islámico contraído en Irán[39]. Si se constata las condiciones del artículo 1.336 CC y que no se vulnera el principio de no discriminación de la mujer se podría configurar la dote como una indemnización en caso de ruptura matrimonial y, por ello, se debería otorgar efectos jurídicos a la dote. Por esos motivos, estimamos que los tribunales deben optar, de entre las diferentes interpretaciones posibles, por la más acorde con la defensa de los principios constitucionales y no acogerse a interpretaciones estrictas (incluso más fundamentalistas) de las normas religiosas islámicas.

4.º *Matrimonios concertados o forzados.*

En la prensa aparece, de vez en cuando, la noticia sobre que niñas menores de edad de religión musulmana son obligadas a contraer matrimonio con personas decididas por sus padres. En torno a este asunto se ha planteado no sólo que conste expresamente el consentimiento de la mujer sino también la elevación de la edad mínima para contraer matrimonio (Ley 15/2015). Aunque sea loable estas propuestas no van a venir a solucionar el problema de los matrimonios concertados o forzados pues en el caso, no sólo de los musulmanes, sino también, por ejemplo, de los hindús, la presión para contraer estos matrimonios se encuentra en el propio grupo familiar; es decir, la decisión de contraer este tipo de matrimonio implica abandonar no sólo el grupo étnico/religioso sino, también, familiar. Es obvio, que el matrimonio «concertado» o forzado vulnera el orden público[40].

La respuesta del ordenamiento jurídico español, en este ámbito, debe ir encaminada a romper la endogamia de estos grupos. En este sentido, la Fiscalía de Protección de Menores de Cataluña ha propuesto que las madres o padres que maltraten física o psíquicamente a sus hijas para que contraigan matrimonio o violen sus derechos fundamentales deben asistir, obligatoriamente, a cursos de derechos humanos.

3. MATRIMONIOS RELIGIOSOS Y ÉTNICOS

El Código Civil sólo menciona la forma religiosa pero no hace referencia a la forma de celebración de otros ritos como los de los grupos étnicos. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria reconoce eficacia civil al matrimonio celebrado conforme a la forma de las confesiones que tengan el reconocimiento de notorio arraigo.

En este sentido, la STC 69/2007, establece que: «Por tanto, sin perjuicio de que el legislador pudiera, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales, verificado que no ha existido un trato discriminatorio ni por motivos sociales ni por razones étnicas o raciales, el presente recurso de amparo debe ser denegado».

La STEDH de 8 de diciembre de 2009, caso Muñoz Díaz contra España. En esta Sentencia se recoge: «El Tribunal considera que el no reconocimiento del derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación al trato dado, por la Ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio nulo (art. 174 LGSS) o la situación examinada en la STC 199/2004, de 15 de noviembre, que concernía a la no formalización, por razones de conciencia, de un matrimonio canónico». Pero el TEDH considera que el hecho de que las uniones gitanas no se configuren jurídicamente como matrimonio no vulnera el artículo 14 ni el artículo 12 del Convenio Europeo.

Por último, se podrían reconocer como matrimonio, con efectos jurídico-civiles, no sólo a todos los ritos matrimoniales religiosos, sino también, a aquellos ritos de los grupos étnicos (por ejemplo, el rito gitano) o, de cualquier otro grupo ideológico, que tenga un rito matrimonial en su doctrina como respuesta del principio de laicidad y el reconocimiento pleno de la libertad de conciencia de todos.

III. NORMAS NEUTRALES, OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y «ACOMODACIÓN RAZONABLE»

En el ATC 551/1985, se dice: «el artículo 16 CE que reconoce el derecho a la libertad religiosa que en cuanto libertad de conciencia se concreta en la posibilidad jurídicamente *garantizada de acomodar su conducta religiosa* y su forma de vida a sus propias convicciones con exclusión de cualquier intervención por parte del Estado quien asume la protección del ejercicio de aquella libertad frente a otras personas o grupos sociales». No obstante, el TC en la Sentencia 166/1996, de 28 de octubre, fundamento jurídico número 4 ha afirmado que: «Pero de estas obligaciones del Estado y de otras tendentes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta,

que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias».

El *acomodo razonable* es una obligación jurídica que deriva del derecho a la no discriminación, consistente en tomar medidas razonables para armonizar una acción o inacción con una determinada demanda de ejercer un derecho, a menos que ello cause una carga excesiva. En este caso, el acomodo no está incorporado a una norma explícitamente, sino que deriva de las normas que garantizan la no discriminación en el ejercicio de otros derechos, particularmente, la libertad de conciencia. Su reconocimiento supone aceptar excepciones a la aplicación uniforme de la ley o, dicho de otro modo, *supone aceptar la pluralidad en la aplicación de las leyes*. Es decir, la existencia de diferentes estatutos jurídicos personales. El acomodo razonable busca otorgar un trato diferenciado a personas que resultarían perjudicadas o discriminadas en virtud de su pertenencia a un grupo o por una condición personal, lo que abarca las creencias religiosas, sean éstas más o menos compartidas con otros ciudadanos. El acomodo razonable así entendido es un instrumento jurídico al servicio del multiculturalismo y que tiende a favorecer la identidad colectiva de los grupos, lo que nos aleja de la interculturalidad. El acomodo deviene no razonable cuando en vez de favorecer obstaculiza la integración normalmente bajo la forma de una exención de la aplicación de la ley, a condición de que tal solución sea compatible con el interés público[41]. En este punto conviene tener presente que la religión se elige (no se impone); en consecuencia, los creyentes deben ser conscientes de las limitaciones, que asumen al elegir una religión que entra en contradicción con las normas neutrales (iguales para todos) en la práctica de su religión. Cuestiones relacionadas con la vestimenta, la alimentación, los lugares de culto o la exhibición de símbolos de orden religioso nutren la casuística del acomodo razonable. En este punto hacemos mención, en primer lugar, al uso de vestidos y símbolos.

1. Uso de vestidos y símbolos como expresión de la identidad de la persona o por la pertenencia a una minoría cultural o religiosa y las normas neutrales

Hacemos mención, en primer lugar, al problema del porte del pañuelo islámico (*hijab*) por parte de las alumnas en la escuela pública. Los derechos y principios que concurren para permitir el porte o no en la escuela pública son los siguientes. Respecto a la posibilidad de denegar el porte: el principio de igualdad (discriminación de la mujer) y el principio de laicidad (neutralidad del Estado, separación y educación laica). Los artículos de la Constitución para justificar su porte: artículo 10.1 (dignidad y libre desarrollo de la personalidad), artículo 14 (no discriminación por motivos religiosos, igualdad), artículo 16 (libertad religiosa), artículo 20 (libertad de expresión), artículo 27 (derecho a la educación) y el artículo 18 (propia imagen, identidad personal). No entramos a determinar el contenido exacto del porte del pañuelo islámico en el sentido

de si tiene un componente religioso basado en el Corán y que podría ser de sumisión a Alá o al hombre (padre o marido) o si se debe a una tradición desvinculada de lo religioso, lo que creemos más importante es si se lleva con o sin coacción. La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 32 de Madrid, de 25 de enero de 2012 y, la STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2013, sigue la doctrina del TEDH sobre que la prohibición del porte del velo islámico no vulnera la libertad religiosa y se fundamenta en la defensa del principio de laicidad, entendido de forma estricta como recoge el ordenamiento francés[42].

No existiría, como regla general, inconveniente en permitir su porte siempre que el mismo no sea un acto de provocación ni sea portado con ánimo belicoso, ostentativo o sectario como señaló el Consejo de Estado francés[43]. Tales criterios serían aplicables a este caso como a cualquier otra manifestación ideológica (religiosa o no). Y el artículo 18.1 CE reconoce el derecho a la propia imagen que comprende la libertad de la persona para elegir los elementos integrantes de su imagen externa. El aspecto físico es un instrumento básico, como ha indicado el TC, de proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo[44]. En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentenciado que la prohibición del porte del pañuelo islámico no vulnera el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STEDH Dogru v. Francia, 2008; Leyla Sahin v. Turquía, 2004; Kervanci v. Francia, de 2008). Igualmente, en relación con la prohibición del porte del burka o niqab, la STEDH en el caso S.A.S. v. Francia, 1 de julio de 2014.

En cambio en la STEDH caso Ahmet Arslan y otros contra Turquía, de 23 de febrero de 2010; sobre las sanciones impuestas en aplicación de una regulación general sobre la vestimenta con signos religiosos. La sentencia reconoce la existencia de una violación del artículo 9 del Convenio, al concluir que atendidas las circunstancias del caso, «la necesidad de la restricción litigiosa no se encuentra acreditada de manera convincente». Además, el Comité de Derechos Humanos, caso Bikramjit Singh contra Francia, 4 de febrero de 2013, considera que la Administración educativa francesa ha vulnerado la libertad religiosa de los sijs al prohibirles llevar turbante.

Se ha planteado el problema del porte del pañuelo islámico en la realización de actividades deportivas y de educación física; sin que se haya resuelto ni normativa ni judicialmente estos conflictos en España. Además, el porte del velo por parte de abogadas se ha planteado en la STS de 2 de noviembre de 2010 y ATC de 31 de enero de 2011.

Por último, algunos ayuntamientos han aprobado ordenanzas prohibiendo el uso del denominado «velo integral», como por ejemplo, la Ordenanza Municipal de civismo y convivencia de Lleida, de 13 de marzo de 2000, modificada el 8 de octubre de 2010. La Sentencia del TSJ de Cataluña de 6 de junio de 2011 declaró la adecuación de esta Ordenanza municipal al ordenamiento jurídico. La STS de 14 de febrero de 2013 revoca

la esta sentencia. El TS considera que la libertad de manifestar la propia religión comprende el derecho de llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona; es decir, el uso del velo integral constituye una manifestación del ejercicio de la libertad religiosa[45]. El TS considera que la CE exige para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental, como la libertad religiosa, la existencia de una ley. El TS insiste en la exigencia indeclinable de una ley previa que establezca el límite para el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa. En consecuencia, las entidades locales son incompetentes para proceder a la regulación de dicha prohibición que afecta al ejercicio de un derecho fundamental[46].

En relación a la posible colisión entre libertad religiosa manifestada a través del porte de símbolos religiosos, por parte de las profesoras en la escuela pública, y la neutralidad del Estado[47]. En este supuesto, conviene tener presente la doctrina sentada por la STC 5/1981, de 13 de febrero, donde se establece que los centros públicos de enseñanza deben ser ideológica y religiosamente neutrales así como la prohibición de adoctrinamiento por parte de los profesores. El profesor, en un centro público, representa a la Administración pública, pues es un funcionario de la misma; por ese motivo debe garantizar la neutralidad religiosa a través de la objetividad y el rigor científico evitando el adoctrinamiento de tal forma que la neutralidad no se configura a través de la presencia de profesores de diferentes opciones religiosas o ideológicas en el centro educativo[48]. Además se debe garantizar el derecho de los padres a elegir una educación pública y laica alejada de la presencia de lo religioso. En este sentido, se comparte la doctrina de la sentencia del TEDH caso Dahlab v. Suiza de 15 de febrero de 2001 donde se recoge que «el principio de neutralidad del Estado exige a los profesores, que representan la autoridad del Estado, no interfieran en las creencias religiosas de sus alumnos». Además, debemos tener presente también la modulación que se contempla en torno al ejercicio de la libertad de cátedra[49] en relación al grado de inmadurez y vulnerabilidad del destinatario del sistema educativo (el menor) lo que permite concluir la imposibilidad de portar el pañuelo islámico en las escuelas públicas excepto en las clases de religión islámica. Por otra parte sobre el uso de símbolos religiosos por parte de los trabajadores de empresas privadas se analiza en la STEDH caso Eweida contra Reino Unido, de 27 de mayo de 2013. En esta sentencia se resuelven dos supuestos sobre el porte de una cruz en una aerolínea, donde se considera que se ha vulnerado la libertad religiosa; en cambio, el porte del mismo símbolo por parte de una enfermera no se ampara porque se garantiza la protección de la salud y la seguridad del hospital.

2. LAS OBJECIONES DE CONCIENCIA

En segundo lugar, estudio en este apartado las *objeciones de conciencia*. En un Estado democrático las normas jurídicas son la expresión de la voluntad general. La objeción de conciencia es una reacción individual ante una auténtica contradicción entre

norma de conciencia y norma jurídica. La pretensión de quien percibe esa contradicción será bien que el ordenamiento le libere por vía de excepción de la obligación general o que le permita sustituir el cumplimiento de esa obligación general por otra alternativa que no atente contra su conciencia. Pero no cualquier tipo de contradicción tiene cabida bajo la denominación de objeción de conciencia sino sólo aquellas contradicciones que atenten contra lo que se ha venido a denominar el «núcleo duro» de nuestra propia conciencia[50]. En este sentido, se entiende que si el individuo es infiel a esas convicciones más profundas (núcleo duro de su conciencia) dicha actuación supondría su despersonalización. Por otra parte, tampoco existe un derecho de objeción de conciencia de carácter general pues dicho reconocimiento conllevaría la negación del Derecho y del propio Estado democrático. La objeción de conciencia se configura como «un derecho excepcional y de ejercicio excepcional que para su exigibilidad necesita ser reconocido siempre» (LLAMAZARES). En este punto, se aproxima a lo que hemos descrito sobre los «acomodos razonables» al entender éstos como excepciones que se introducen en el cumplimiento de una ley neutral para garantizar el ejercicio de la libertad de conciencia (religiosa o no religiosa). Por último, la forma de reconocimiento de las objeciones de conciencia puede ser diferente en función de que estemos hablando de un deber jurídico general de carácter público o de obligaciones particulares que surgen de un contrato o de un estatuto jurídico particular como puede ser el caso de los funcionarios.

A) Contradicción entre norma de conciencia y el cumplimiento de un deber público[51]

El TC ha señalado en sus sentencias que para que se reconozca la existencia de objeción de conciencia es necesaria la existencia de una norma jurídica que regule, expresamente, dicha objeción de conciencia.

a) Objeción de conciencia al servicio militar

El artículo 30.2 CE reconoce este tipo de objeción en relación al servicio militar obligatorio. Desde la LO 13/1991, de 20 de diciembre, el servicio militar, en España, no es obligatorio y se ha procedido a la profesionalización de las Fuerzas Armadas. Pero jurídicamente no se ha suprimido dicho servicio militar obligatorio sino que está en suspenso[52].

La STC 160/1987, de 27 de octubre, confirma que nos encontramos ante un derecho constitucional pero no ante un derecho fundamental, es decir, se trata de una exención de un deber (el cumplimiento del servicio militar obligatorio) y, en consecuencia, no es contenido esencial del artículo 16.1 CE.

Por último, el artículo 138 de la Ley 39/2007, de la carrera militar, reconoce la objeción de conciencia para los reservistas obligatorios.

b) Objeción fiscal

Se puede definir como el impago de un porcentaje (o de su totalidad) de un impuesto en función del destino (o destinos) que se realiza(n) del mismo. En estos casos, el contribuyente considera que algún destino del impuesto es contrario a su conciencia (por ejemplo, gastos militares o prácticas de abortos en centros públicos, etc.). En este tipo de conductas la contradicción entre la norma tributaria y la norma de conciencia es, en todo caso, indirecta.

En el Auto del TC 71/1993 y en la Providencia del TC de 28 de junio de 1990 no se reconoce este tipo de objeción de conciencia lo cual supone reconducir esta conducta a un supuesto de desobediencia civil. No obstante el no reconocimiento de esta objeción en este ámbito, la STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2006 considera que falta la apreciación de la culpabilidad en la conducta del sujeto infractor y por ello procede a la anulación de la sanción impuesta por la Administración tributaria por el impago parcial del impuesto.

c) Objeción a formar parte de una mesa electoral

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (modificada por LO 2/2011, de 28 de enero) en el artículo 27, después de indicar que los cargos que forman las mesas electorales son obligatorios, establece que podrán alegar ante la Junta Electoral de Zona alguna causa justificada y documentada que les impida la aceptación del cargo. Entre estas causas no se incluye la objeción de conciencia. Así, la STS de 28 de diciembre de 2007 dice: «El artículo 16.1 CE, que establece y ampara la libertad ideológica, no choca con el desempeño del cargo electoral que conforme a Ley le fue asignado, ya que ello no le impide asumir o profesar cualquier opción en el campo de las ideas y del pensamiento, e incluso, prescindir del ejercicio del derecho de sufragio activo o pasivo, pero como ciudadano integrante del cuerpo social se halla moral y jurídicamente obligado a aceptar las normas esenciales que mantienen, con orden, libertad y justicia, la estructura de la sociedad en la que vive y de la que también recibe los beneficios como cualquier otro ciudadano». (En el mismo sentido, STS de 4 de noviembre de 2004.) A pesar de la jurisprudencia del TS y de la dicción de la LOREG, la Junta Electoral Central en la Instrucción 6/2011, de 28 de abril, reconoce, expresamente, la objeción de conciencia, solamente por motivos religiosos, con las siguientes palabras: «Son causas personales que pueden justificar la excusa del miembro designado de una mesa electoral, atendiendo a las circunstancias de cada caso que corresponde valorar a la Junta Electoral de Zona: […] 5.ª La pertenencia a confesiones o comunidades religiosas en las que el ideario o el régimen de clausura resulten contrarios o incompatibles con la participación en una mesa electoral. El interesado deberá acreditar dicha pertenencia y, si no fuera conocido por notoriedad, deberá justificar los motivos de objeción o de incompatibilidad».

d) Objeción a formar parte del tribunal del jurado

La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, en su artículo 12, entre las excusas para ser miembro del jurado incluye una cláusula abierta: «Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado». Pero tampoco se puede entender incluida la objeción de conciencia pues expresamente el legislador rechazó tal posibilidad[53].

El TC en la Sentencia 216/1999, de 29 de noviembre, no entra sobre el fondo del asunto y considera prematuro el recurso de amparo. Por su parte, y a título de ejemplo, la STSJ de Andalucía, de 19 de julio de 1999, no reconoce este tipo de objeción y lo hace con las siguientes palabras: «No parece que el cumplimiento de estos deberes legalmente impuestos supongan una violación de la libertad ideológica de aquel que se ve obligado a cumplir con ellos, y ello porque como nos recuerda el Tribunal Constitucional en su Auto de 29 de octubre de 1996: "En suma, como hemos reiterado en otras resoluciones, so pena de vaciar de contenido los mandatos constitucionales o legales, el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16.1 CE no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes constitucional o legalmente establecidos con el riesgo anejo a relativizar los mandatos jurídicos (SSTC 15/1982, 101/1983, 160/1987, 161/1987, 321/1994 y 55/1996; AATC 1227/1988 y 71/1993)"».

e) Objeciones en el sistema educativo54

La STC 133/2010, de 2 de diciembre, ha resuelto el supuesto sobre la objeción de conciencia a la escolarización obligatoria en un centro escolar homologado optando los padres por la educación en casa. El TC indica que esta conducta es antijurídica pues implica un claro incumplimiento de un deber legal y, en consecuencia, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE) no alcanza a proteger una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas (o, ideológicas, en general, sean religiosas o no) un tipo de enseñanza que implique la no escolarización en centros homologados de carácter público o privado[55]. Sobre esta materia existían alguna sentencia como la STS de 30 de noviembre de 1994 y la STC 260/1994, de 3 de octubre. Si bien, la STC 133/2010 hace suya la doctrina del Voto Particular del Magistrado Gimeno Sendra expuesto en la STC 260/1994.

También se han planteado objeciones de conciencia a asignaturas concretas del sistema educativo. Por ejemplo, sobre la educación sexual. El STSJ de Cantabria de 23 de marzo de 1998, no admitió la existencia de este tipo de objeción de conciencia haciendo suya la doctrina de la STEDH de 7 de diciembre de 1976 (caso Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen contra Dinamarca) que sobre la enseñanza sexual señaló que: «no constituye un intento de adoctrinamiento tendente a preconizar un comportamiento sexual determinado». Así lo confirmó la STEDH, caso Jiménez Alonso y Jiménez

Merino, de 25 de mayo de 2000 y el ATC de 11 de marzo de 1999.

Mayor relevancia social y jurídica ha implicado la objeción de conciencia a la asignatura: «Educación para la ciudadanía y los Derechos Humanos». La STS de 12 de febrero de 2009 sentó la siguiente doctrina sobre la inexistencia del reconocimiento de la objeción de conciencia:

— El contenido de esta asignatura responde a una enseñanza neutral, imparcial y plural.

— La actuación del Estado en materia educativa incluye la difusión y transmisión (pero también la promoción) de los valores que constituyen el espacio ético común del sistema constitucional (derechos y libertades fundamentales) así como informar e instruir de manera objetiva y neutral de las principales concepciones culturales, morales o ideológicas de la sociedad. Todas estas actividades educativas no constituyes adoctrinamiento.

— No se puede afirmar que la Constitución española reconozca la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general.

— Los padres no tienen un derecho ilimitado a oponerse a la programación de la enseñanza realizada por el Estado.

— La autorización de exenciones individuales a esta asignatura «Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos» (asignatura que es ajustada a Derecho) sería tanto como poner en tela de juicio esa ciudadanía para la que se aspira a educar. Es decir, no se puede objetar a la «ideología constitucional».

B) Contradicción entre norma de conciencia y una obligación de carácter contractual o estatutario[56]

Este tipo de objeciones que se dan en el ámbito laboral o funcionarial responde, con carácter general, a objeciones sobrevenidas. Pues no existe tampoco un derecho general a la objeción de conciencia laboral; así la STS de 3 de mayo de 1978 establece: «cuando se acepta un puesto de trabajo incompatible con determinadas limitaciones nacidas de la religión que se profesa, que no son advertidas oportunamente a la empresa, son actos que no pueden justificarse como el ejercicio de derechos reconocidos en convenciones internacionales». Otra cuestión a mencionar en este punto es el alcance del artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (modificado por la Ley 35/2010), en relación al principio de no discriminación por motivos de convicciones, o religión, en las relaciones laborales. La jurisprudencia ha indicado que no es posible establecer ningún tipo de discriminación, o de trato jurídico diverso de los ciudadanos, en función de sus ideologías o creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa de todos los ciudadanos[57]. Es decir, las actitudes religiosas de los sujetos no pueden justificar diferencias de trato jurídico[58]. En definitiva, se viene considerando

discriminación no cualquier desigualdad sino aquella que no obedece a razones objetivas y razonables. La discriminación consiste, en fin, en un trato peyorativo o de desprecio del trabajador. En este punto, hay que tener en cuenta las Directivas comunitarias sobre no discriminación. La Ley 63/2003, regula la igualdad de trato y no discriminación por origen racial o étnico en los artículos 29 a 32 (en trasposición de la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico) y, también, regula la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, por ningún motivo, incluido los motivos religiosos o de convicciones, en los artículos 34 a 43 (en trasposición de la Directiva 2000/78/CE).

Las limitaciones impuestas por los empresarios sobre la capacidad del empleado para cumplir con la práctica religiosa, la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró en varias decisiones que la posibilidad de renunciar al trabajo y cambiar de empleo significa que no ha habido ninguna injerencia con la libertad religiosa del empleado[59].

a) Descanso semanal y festividades religiosas

El artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores regula el descanso semanal y las festividades. La regla general del descanso semanal es de día y medio que suele coincidir con el día completo del domingo. Igualmente, se establecen catorce fiestas laborales. Este artículo indica las cuatro fiestas de ámbito nacional (Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo y 12 de octubre). El RD 1.346/1989 que modifica el artículo 45 del RD 2.001/1983 regula las fiestas laborales donde se incluyen las fiestas católicas, en cumplimiento del artículo III del Acuerdo de Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979.

Dentro del contenido del artículo 2.1 LOLR se incluye el derecho a conmemorar festividades religiosas. Este derecho así como el descanso semanal se ha concretado en los Acuerdos de cooperación con las confesiones minoritarias. Los artículos 12 de los respectivos Acuerdos de cooperación con la FEDERE, FCI y CIE regulan las siguientes cuestiones, en este ámbito[60]:

— Descanso semanal.
— Las fiestas religiosas islámicas.
— El ramadán, en el caso de los musulmanes.
— Los exámenes y oposiciones.

— *Descanso semanal*. La jurisprudencia del TC (STC 19/1985, de 13 de febrero) determinó que no existía vulneración de la libertad religiosa[61] por parte de un empresario al no reconocerse la posibilidad de cambiar la regla general de descanso por el día de descanso semanal religioso dado el carácter secular y no religioso de tal regla general[62] y que dicha modificación se hacía depender de «la voluntad concordada de las partes»[63]. Fórmula que pasó a recogerse en los Acuerdos de cooperación con las

confesiones religiosas de 1992.

En este punto se considera más adecuada la fórmula recogida en los Anteproyectos de Acuerdos y en la STS de 20 de abril de 1988. Esta fórmula consiste en la obligatoriedad del cambio de día de descanso si la organización y el funcionamiento de la empresa lo permiten y que no quede dicho cambio a la voluntad del empresario. Y, en relación con la empresa pública y los trabajadores y empleados de las Administraciones públicas debe seguirse dicho criterio[64].

— *Las fiestas religiosas.* La solución en los Acuerdos de cooperación es la misma que en el caso anterior (descanso semanal). Se reconoce el descanso laboral siempre que «medie acuerdo con el empresario». Es decir, se deja en realidad en manos del empresario la decisión del reconocimiento del descanso laboral y de los días festivos de la religión judía o islámica (STJCEE, caso Prais, de 27 de octubre de 1976 y STEDH caso Francesco Sessa contra Italia, de 3 de abril de 2012). La vía para el reconocimiento de las festividades religiosas islámicas está siendo a través de algunos convenios colectivos; excepto en Ceuta y Melilla que desde año 2010 es fiesta oficial de esas Ciudades Autonómicas la fiesta musulmana del Sacrificio (Aid El Kebir). En algunos convenios colectivos se contempla la posibilidad de sustitución de fiestas religiosas sin que sea necesario el acuerdo con el empresario. Si bien, los convenios colectivos reducen, generalmente, este derecho de sustitución a dos únicas festividades musulmanas.

Por último, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en torno a las festividades: «Los festivos establecidos en el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores no responden de manera directa e inmediata a la necesidad de descansar después del trabajo, sino que su significado consiste en la plasmación legal del derecho a descanso retribuido en determinados días al año *en que se produce la celebración de acontecimiento de orden religioso* o civil»[65]; es decir, «la retribución de los días festivos no está conectada con un tiempo de trabajo precedente sino con la celebración de acontecimientos de *orden religioso* o civil»[66]. Consecuentemente, se constata la celebración por motivos religiosos de determinadas fiestas y no se apela al carácter secular (como indicó el TC en relación al descanso semanal del domingo, como regla general) lo que es, claramente, contrario al principio de laicidad.

— *Ramadán.* El criterio que establece el Acuerdo de cooperación es el mismo que en relación al descanso semanal y a las festividades religiosas; es decir, que medie acuerdo con el empresario. El artículo 12 ACEI dispone que: «Así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta de sol durante el mes de ayuno (Ramadán)».

En este ámbito se recogen dos cuestiones, de forma breve. La primera sobre la posible aplicación a los trabajadores musulmanes durante el mes de Ramadán, del artículo 25.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, que regula la prevención de riesgos

laborales, en relación con la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos por sus especiales características personales. La segunda, la STS (Sala de Justicia Militar) de 27 de marzo de 2000 sobre un delito de desobediencia de un soldado que se niega a cumplir una orden alegando que se podía marear al estar en ayunas al encontrarse en el mes del Ramadán. Dicho motivo no es atendido por el TS.

— *Exámenes y oposiciones*. El apartado 3 de los artículos 12 de los Acuerdos de cooperación de 1992 reconoce que los alumnos de estas confesiones minoritarias estarán dispensados de la asistencia a clase y la realización de exámenes cuando coincidan con el día de descanso semanal o alguna festividad religiosa. ¿Se podría trasladar esta dispensa a los funcionarios y a los trabajadores de las Administraciones Públicas? Siempre que lo permita la organización del trabajo, las Administraciones Públicas deberán atender dicha petición bien permutando los días festivos o bien recuperando las horas o días dejados de trabajar.

El apartado 4 de los artículos 12 de los Acuerdos de 1992 recoge la posibilidad de que los exámenes de pruebas selectivas u oposiciones para el ingreso en las Administraciones públicas se realicen en fecha alternativa si coinciden con festividades religiosas o el día religioso de descanso semanal «cuando no haya causa motivada que lo impida». Esta frase viene a recoger la jurisprudencia sentada por caso Vivien Prais del TJ CEE, de 27 de octubre de 1976. En este punto, es acertado el Voto particular del Magistrado Ricardo Cubero en la STSJ de Aragón 532/1999, de 18 de mayo, que recoge la práctica de alguna Administración pública cuando sea un llamamiento único mediante la «incomunicación del solicitante»[67].

b) Objeción de conciencia al aborto

El artículo 19 de la LO 2/2010 reconoce a los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo el derecho de ejercer la objeción de conciencia. Este reconocimiento legislativo se reconocía desde la STC 53/1985. Un futuro reglamento concretará este tipo de objeción de conciencia. En cambio, sí existe desarrollo normativo autonómico, como por ejemplo, la Ley Foral navarra 16/2010, sobre el registro de médicos objetores que ha sido declarado constitucional por STC 151/2014, de 25 de septiembre. Por último, la STSJ de Andalucía de 18 de febrero de 2013, sobre el alcance del artículo 19 de la LO 2/2010, en relación a los médicos que pueden declararse objetores.

c) Objeción de conciencia a otras prácticas sanitarias (esterilización, reproducción asistida, farmacéutica)

Los profesionales sanitarios, en términos similares a la objeción de conciencia a la realización de aborto, han solicitado el reconocimiento de la objeción de conciencia a la

realización de determinadas prácticas sanitarias. Ni legislativamente ni jurisprudencialmente se ha reconocido esta objeción de conciencia (ATC de 8 de junio de 2000, la STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2007; STSJ de Andalucía de 23 de noviembre de 2009 y la STEDH, caso Pichon y Sajouz contra Francia, de 2 de octubre de 2001), excepto la STC de 25 de junio de 2015.

d) La cláusula de conciencia de los periodistas

Se considera que es un supuesto de objeción de conciencia laboral. La cláusula de conciencia se reconoce en el artículo 20.1.*d*) CE. Este artículo ha sido desarrollado por la LO 2/1997, de 19 de junio. Esta breve ley orgánica recoge en el artículo 2 el contenido de la cláusula de conciencia. Esta cláusula implica el derecho de rescisión unilateral del contrato que une al profesional de la información con la empresa informativa en relación con la indemnización correspondiente a un despido improcedente, en el caso de que exista un cambio sustancial de la orientación informativa o línea ideológica del medio de comunicación. En relación a esta cláusula conviene resolver algunas cuestiones: 1.º Los titulares de esta cláusula son los profesionales de la información que la Ley Orgánica no define[68]. 2.º Los profesionales de la información pueden reclamar esta cláusula ante los medios de comunicación privados pero, también, ante los medios de comunicación públicos, pues la Ley Orgánica no los excluye. No obstante, si bien los medios de comunicación públicos deberían responder al principio de neutralidad y la independencia profesional como, expresamente, reconoce el artículo 3 de la Ley 17/2006. El Estatuto de Información de la Corporación RTVE, aprobado por el Consejo de Administración de la Corporación RTVE el 14 de mayo de 2008, reconoce la cláusula de conciencia que se podrá ejercer teniendo en cuenta que en la Corporación RTVE la línea editorial viene determinada por la Ley 17/2006. Por último, el artículo 3 de la LO 2/1997 establece que: «Los profesionales de la información podrán negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio».

e) Negativa a participar en actos religiosos

No se trata de un verdadero supuesto de objeción de conciencia aunque se dé una contradicción entre el mandato de los superiores jerárquicos y la conciencia del empleado público, sino que viene a ser el reconocimiento del derecho de libertad de conciencia del empleado público a no cumplir el mandato ilegal y a que se reconozca la exención a la participación de actos religiosos (que no es obligatoria su asistencia) aunque formalmente se consideren como actos oficiales. Así lo confirma la jurisprudencia del TC en las Sentencias 117/1996, de 11 de noviembre; 101/2004, de 2 de junio, y las STEDH casos Valamis contra Grecia, de 18 de diciembre de 1996 y Testigos de Jehová de Moscú y otros contra Rusia, de 10 de junio de 2010. El RD

684/2010 contradice esta jurisprudencia.

f) Objeción de conciencia a celebrar matrimonios homosexuales

Con la aprobación de la Ley 13/2005, de matrimonio de personas del mismo sexo, algunos jueces encargados del Registro Civil han solicitado el reconocimiento de la objeción de conciencia que conlleva la abstención de su participación en los expedientes matrimoniales de este tipo de matrimonio[69]. En el ATC 12/2008, de 16 de enero, se reconoce que estos jueces del Registro Civil no ejercen funciones jurisdiccionales (por tal motivo, no pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad) sino simplemente registrales. En la STS de 11 de mayo de 2009, no se reconoce este tipo de objeción de conciencia y se establece que no se puede reconocer la existencia, en el ordenamiento jurídico, de un supuesto derecho a actuar conforme a nuestra propia conciencia pues, en definitiva, eso equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría la vulneración del artículo 9.1 CE. El TEDH en el asunto Eweida y otros contra Reino Unido (27 de mayo de 2013) no reconoce la existencia de objeción de conciencia en relación con una funcionaria registradora de uniones homosexuales y, con un empleado de una empresa privada para prestar asesoramiento psicosexual a parejas del mismo sexo dado que la política de la empresa es brindar un servicio de asesoramiento sin discriminación.

3. Transfusiones de sangre y objeción de conciencia a tratamientos médicos

Existen creyentes que se declaran objetores de conciencia a los tratamientos médicos, por ejemplo, la «Science Church» (Iglesia de Cristo Científico). En este punto hay que tener en cuenta el artículo 9.2 de la Ley 41/2002 sobre el consentimiento para recibir cualquier tipo de tratamiento.

En los casos de la transfusión de sangre se produce una contradicción entre la norma jurídica que obliga al médico a practicar la transfusión de sangre y la norma de conciencia del paciente que le prohíbe recibir el tratamiento (la transfusión de sangre). El artículo 9.2 de la Ley 41/2002, sobre la autonomía del paciente permite al creyente de los Testigos cristianos de Jehová rechazar un tratamiento. Si el médico cumple con su obligación se vulnera la conciencia del paciente (delito de coacciones). Si el médico no cumple con su obligación y respeta la conciencia del paciente coloca al paciente en situación de grave riesgo de muerte (delito de omisión del deber de socorro). Por lo tanto, el médico deberá solicitar autorización judicial para realizar la transfusión de sangre. Esta solicitud de autorización judicial conlleva que se desplace la responsabilidad del médico al juez. El juez es exonerado de responsabilidad penal (delito de coacciones) acudiendo a la eximente de estado de necesidad, según la jurisprudencia

del TS. En esta materia, la STC 154/2002, de 18 de julio, resuelve un recuso de amparo sobre transfusiones de sangre a menores. El derecho de libertad religiosa puede ser ejercido directamente por el titular aunque sea un menor siempre que tenga suficiente madurez y haya sido informado del tratamiento médico; en consecuencia se exonera penalmente a los padres de la muerte del menor[70]. Por último, en la STC 116/1996, no se reconoce a los Testigos de Jehová el reintegro de los gastos de la sanidad privada cuando han acudido a dicha sanidad porque la sanidad pública no le garantizaba la realización de la operación quirúrgica sin acudir a la transfusión de sangre. En este punto conviene tener muy presente la doctrina del TEDH, por ejemplo, caso Testigos de Jehová de Moscú y otros contra Rusia, de 10 de junio de 2010. Textualmente se recoge: «Un paciente adulto competente es libre de decidir, por ejemplo, si debe o no someterse a una cirugía o tratamiento o, por la misma razón, para someterse o no a una transfusión de sangre [...] el Estado debe abstenerse de intervenir en la libertad individual en la esfera de la atención de la salud».

4. Alimentación en centros públicos y sacrificio de animales

Los artículos 14 de los respectivos Acuerdos de cooperación con la FCI y la CIE regulan estas cuestiones sin que se haya producido, todavía, su concreción normativa: la denominación «kosher» y «halal». Sin embargo, se siguen planteando problemas en relación con los comedores escolares; comedores sociales; etc.[71].

En relación al sacrificio de animales, la Directiva Comunitaria 93/1993 prevé expresamente que el mismo se realizará de tal manera que se les ahorre en la medida de lo posible todo sufrimiento o dolor evitables a los animales pero teniendo en cuenta los requisitos particulares de ciertos ritos religiosos. Además, en la Sentencia del TEDH de 27 de junio de 2000, asunto Cha'are Shalom Ve Tsedek contra Francia, se reconoce que el ritual del sacrificio musulmán es contrario al aturdimiento[72] y, que «el artículo 9 del Convenio (Europeo sobre Derechos Humanos) no engloba el derecho de proceder personalmente al sacrificio ritual»[73].

En nuestro ordenamiento jurídico, habría que hacer referencia al Real Decreto 54/1995, de 20 de enero, sobre protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza. En el artículo 5.1 de esta norma se prevé que a los animales introducidos en los mataderos se les deberá: «*c*) Aturdir antes de su sacrificio, o dar muerte de forma instantánea, de conformidad con las disposiciones del anexo C». Si bien, el apartado segundo de este artículo recoge: «en el caso de animales que sean objeto de métodos particulares de sacrificio, requeridos por determinados ritos religiosos, no serán de aplicación los requisitos establecidos en el párrafo *c*) del apartado 1».

Por último, en relación al sacrificio de animales, se debe tener en cuenta el artículo 6.3 de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, *para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio.*

1 Como ha indicado la doctrina, la sexualidad y la orientación sexual forman parte integrante de las señas de identidad de la persona (LÓPEZ-GALIACHO). Se puede hablar de transexualidad cuando existe una discordancia entre apariencia sexual externa (órganos sexuales) y la vivencia interna por parte de la persona. La cirugía transexual está despenalizada, en España, desde 1983 y, en la actualidad, el artículo 156 CP sólo tipifica esta conducta cuando se realiza sin el consentimiento de la persona. Una vez que se produjo la despenalización, el problema se trasladó a la inscripción de ese cambio de sexo en el Registro Civil. El Tribunal Supremo desde el año 1987 (2 de julio) reconoció este derecho al cambio registral justificándolo en el libre desarrollo de la personalidad. En la actualidad, el artículo 4 de la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, no exige para el cambio registral ni sentencia ni operación quirúrgica.* En relación con la jurisprudencia del TS hay que indicar que si bien reconocía el cambio registral no por ello el TS atribuía a dicho cambio todos los efectos jurídicos posibles, en concreto, no se permitía contraer matrimonio con el nuevo sexo inscrito en el Registro. Tenía, por tanto, que existir diferencia de sexos biológicos o cromosómicos para contraer matrimonio. Esta prohibición fue finalmente eliminada a través de la Resolución de la DGRN, de 8 de enero de 2001. En esta Resolución se indica que la inscripción registral de cambio de sexo atribuye todos los efectos jurídicos, incluido el derecho a contraer matrimonio con ese nuevo sexo. Esta equiparación plena se ha confirmado por el TEDH en las sentencias I. C. contra Reino Unido y Christine Goodwin contra Reino Unido, de 11 de julio de 2002. No obstante, este problema ha perdido, en principio, importancia después de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de matrimonio de personas del mismo sexo y el artículo 5 de la Ley 3/2007.

2 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia. II*, 2011, *op. cit.*, pp. 387 ss.

3 Sentencias TEDH caso Pretty v. Reino Unido, de 29 de abril de 2002; caso Haas v. Svizzera, de 20 de enero de 2011; caso Gross contra Suiza, de 14 de mayo de 2013, y caso Lambert y otros contra Francia, de 5 de junio de 2015.

4 En el Preámbulo de esta Ley, se delimita el concepto de eutanasia: «Como un intento de delimitar el significado de la palabra eutanasia existe hoy en día una tendencia creciente a considerar sólo como tal las actuaciones que: *a*) producen la muerte de los pacientes, es decir, que la causan de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata; *b*) se realizan a petición expresa, reiterada en el tiempo, e informada de los pacientes en situación de capacidad; *c*) se realizan en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad incurable que los pacientes experimentan como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios, por ejemplo, mediante cuidados paliativos, y *d*) son realizadas por profesionales sanitarios que conocen a los pacientes y mantienen con ellos una relación clínica significativa». Finalmente, el artículo 4 de esta Ley andaluza regula los principios básicos que son: «la garantía del pleno respeto del derecho a la plena dignidad de la persona en el proceso de la muerte; la promoción de la libertad, la autonomía y la voluntad de la persona, de acuerdo con sus deseos, preferencias, creencias o valores, así como la preservación de su intimidad y confidencialidad; la garantía de que el rechazo de un tratamiento por voluntad de la persona, o la interrupción del mismo, no suponga el menoscabo de una atención sanitaria integral y del derecho a la plena dignidad de la persona en el proceso de su muerte; la garantía del derecho de todas las personas a recibir cuidados paliativos integrales y un adecuado tratamiento del dolor en el proceso de su muerte; la igualdad efectiva y la ausencia de discriminación en el acceso a los servicios sanitarios en el proceso de la muerte».

5 Vid. Decreto valenciano 99/2004, de 11 de junio; el Decreto madrileño 61/2003, de 8 de mayo y, el Convenio entre la Comunidad de Madrid y la provincia eclesiástica de Madrid sobre asistencia religiosa católica en los centros hospitalarios, de 2 de enero de 2008.

6 El artículo 156.2 CP sólo se penaliza estas técnicas (vasectomía, ligaduras de trompas) si se realizan sin consentimiento del paciente. En relación a estas conductas, hay que distinguir entre el menor de edad que no puede ser esterilizado en ningún caso (en estos supuestos se califica la esterilización como delictiva, incluso la realizada con su consentimiento o con el de sus representantes legales) y la persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica en cuyo caso se puede proceder a la esterilización si es autorizada por el juez. Por último, los mayores de edad libremente pueden decir dicha intervención quirúrgica de esterilización. La STC de 14 de julio de 1994 niega que se pueda calificar a la esterilización como trato vejatorio o degradante y, en relación a los incapaces, el TC dice que la esterilización se justifica en el interés del incapaz pues lo que pretende procurar es «mejorar las condiciones de vida y de bienestar, equiparándoles en todo a las personas capaces». Como introducción a estas técnicas que facilitan el derecho a la procreación dos son las normas que hay que tener en cuenta en esta materia: el Convenio sobre la protección de los Derechos Humanos en las aplicaciones de la

biología y la medicina, de 4 de abril de 1997 y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente. Estas normas recogen como principios generales: exigencia del consentimiento, libre y voluntario; información previa al paciente; confidencialidad de los datos sobre la salud del paciente. Como ha indicado el TS (Sentencia n.º 3/2001, de 12 de enero; entre otras) «el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada por la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia», «se trata, sigue diciendo el TS, de un derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atiente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo».

7 La *Ley 14/2006, técnicas de reproducción asistida* tiene por objeto: la regulación de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas; la regulación de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas y, finalmente, la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados (esta Ley entiende por preembrión el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. En este punto citamos STJUE de 18 de octubre de 2011). Los artículos 2 a 9 regulan el régimen jurídico de estas técnicas. El artículo 6.1 establece que toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a la utilización de estas técnicas de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual. La STC 116/1999 declaró la constitucionalidad de la anterior reguladora de esta materia (Ley 35/1988). Esta sentencia determina que: «Ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, "persona humana", por lo que del hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 CE) o a la dignidad humana (art. 10.1 CE)».

8 La *Ley 14/2007, de investigación biomédica*, indica que se asegurará la protección de la dignidad e identidad del ser humano con respecto a cualquier investigación que implique intervenciones sobre seres humanos en el campo de la biomedicina, garantizándose a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a la integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales (art. 2). Dentro del articulado de estas Leyes se diferencia entre: preembriones, embriones, fetos, células madres (adultas-embrionarias). A esto se une el denominado fenómeno «bebes-medicamento» que se regula artículo 12.2 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de reproducción humana asistida. Este *diagnóstico preimplantacional* se autorizará «caso por caso». Por otra parte, la *gestación por sustitución* se regula en el artículo 10 de la Ley 14/2006. Conforme a este artículo será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Y, en consecuencia, la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. No obstante, la DGRN ha dictado la Resolución de 8 de febrero de 2009 y la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre la inscripción registral de la filiación de los nacidos mediante gestión por sustitución en otros países, como los Estados Unidos. Sobre esta materia, vid. STS de 6 de febrero de 2014 y ATS de 2 de febrero de 2015 y sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, casos Mennesson c. Francia y Labasseé c. Francia. Por último, la normativa española permite, con ciertas matizaciones, la *manipulación de genes humanos*, siempre con fines terapéuticos (art. 13 de la Ley 14/2006) y se penaliza aquella manipulación de genes que no tengan esa finalidad terapéutica (art. 159 CP). Además, se prohíbe la *clonación reproductiva* (art. 161 CP; Protocolo Adicional del Convenio para la protección de los derechos humanos en las aplicaciones de la biología y la medicina de 2001 y el art. 1.3 de la Ley 14/2006).

9 Ley 13/2005, de 1 de julio y STC 198/2012.

10 *Derecho de la libertad de conciencia*, tomo II, 2011, *op. cit*., pp. 402 ss.

11 Por su parte, en la STC 155/1998, de 13 de julio, se otorgó el amparo en atención a que los convivientes no habían podido contraer matrimonio al no existir posibilidad de divorciarse porque todavía no se había dado cumplimiento al mandato contenido en el artículo 32.2 CE de regular las causas de disolución del matrimonio. Por el contrario, en la STC 39/1998, de 17 de febrero, se denegó el amparo valorando que la demandante, desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981 hasta el fallecimiento del causante de la pretendida pensión de viudedad, dispuso de tiempo suficiente para contraer matrimonio. Sin embargo se denegó el amparo solicitado en el caso resuelto por la STC 66/1994, de 28 de febrero, que abordó un supuesto en el cual el motivo esgrimido para no haber contraído el matrimonio fue que la ideología anarquista de uno de los convivientes era contraria a formalizar la relación afectiva estable entre hombre y mujer a través de una institución eclesiástica o de la propia

Administración, siendo ello una convicción profunda del causante, insuperable, obstativa al matrimonio, de modo que le impedía contraerlo con tanto o más rigor que las causas obstativas expresamente admitidas como tales en la doctrina de este Tribunal Constitucional (señaladamente, la de estar casado, antes de la aprobación de la Ley 30/1981, que reguló el divorcio); tal motivo, al referirse a la institución matrimonial en general, no pugnaba con los principios y valores constitucionales, sino que era expresión de la libertad de contraer o no matrimonio, por lo que el amparo, como queda dicho, no prosperó.

12 Así, en relación con las *pensiones de viudedad*, ha procedido a la denegación de su equiparación. Indica el TC, «En resumidas cuentas, la obtención de una pensión de viudedad se condiciona por la legislación vigente a la existencia de vínculo matrimonial entre causante y persona beneficiaria» (STC 184/1990). Si bien, el propio TC apunta que la solución legislativa de proceder a la equiparación entre uniones de hecho y matrimonio también sería constitucional. En cambio el TC, en relación con la *subrogación del arrendamiento*, ha procedido a la equiparación con el matrimonio, en la STC 222/1992. Por su parte, el TS en su jurisprudencia sobre uniones de hecho ha negado la posibilidad de la aplicación de la analogía. Si bien el TS tiende a aplicar a las uniones de hecho algunos efectos similares que tiene el matrimonio en función de aplicación del principio de *analogia iuris*. Esta aplicación conlleva a que a las uniones de hecho les corresponde algún régimen económico matrimonial regulado por el Código Civil (SSTS de 21 de octubre de 1992; de 18 de marzo de 1995, de 27 de marzo de 2001). El principio del enriquecimiento injusto ha sido aplicado por el TS en relación al otorgamiento de la pensión compensatoria a las uniones de hecho (SSTS de 5 de julio de 2001 y de 17 de enero de 2003; de 12 de septiembre de 2005). La tendencia a la equiparación entre matrimonio y uniones de hecho se plasma no sólo en la jurisprudencia sino también en la legislación. A título de ejemplo, la LAU (art. 16.1 Ley 29/1994), *Habeas Corpus* (art. 3 LO 6/1984), en el CP (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) dice que se equipara a cónyuge a aquélla persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad (arts. 23, 153, 424, 443, 444, 454, 617). Finalmente, LGSS (*Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*), en su artículo 174, modificado por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, otorga la pensión de viudedad para las uniones de hecho que reúnan una serie de requisitos (STC 40/2014, de 11 de marzo). La legislación autonómica en función del grado de competencias de cada Comunidad Autónoma ha procedido a la equiparación entre matrimonio y uniones de hecho. Por ejemplo, los artículos 234.1 a 234.11 de la Ley catalana 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; la Ley madrileña 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho o, la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.

13 El término «rito», según el *Diccionario de la Lengua Española*, tiene dos acepciones. Primera, costumbre o ceremonia y, segunda, conjunto de reglas establecidas para el culto y ceremonias religiosas. Partiendo de esta definición, surge una primera cuestión: la ceremonia matrimonial religiosa forma parte del contenido individual de la libertad religiosa. Este hecho exige que el Estado lleve a cabo una actividad positiva para el reconocimiento de efectos jurídicos a tal rito matrimonial, dejando aparte que tal ceremonia religiosa no debe vulnerar los límites del artículo 3.1 LOLR. Una primera respuesta a esta cuestión vendría dada por la Comisión Europea de Derechos Humanos que determinó que la libertad religiosa no se vulnera porque no se establezca el reconocimiento de efectos jurídicos civiles a un matrimonio religioso. La Comisión determinó que «el matrimonio no es considerado simplemente como una forma de expresión del pensamiento, conciencia o religión sino que se rige por las específicas disposiciones del artículo 12» del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 que reconoce el derecho a contraer matrimonio según las leyes nacionales que regulan su ejercicio. Con otras palabras, el Estado ni prohíbe ni castiga la celebración religiosa pero ignora por completo la existencia de vinculación matrimonial a no ser que se produzca una celebración civil o se inscriba dicha celebración religiosa si se ha reconocido la posibilidad de otorgarla efectos civiles (por ejemplo, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de junio de 1991 se dice lo siguiente: «Este principio (el de libertad religiosa) ha de ser, desde luego, respetado, pero el mismo no puede implicar que la organización social que compete al Estado haya de quedar supeditada a las particulares creencias religiosas de los ciudadanos. Esto explica por qué, sin mengua del principio, el Estado puede no conceder automáticamente efectos civiles a las ceremonias religiosas de celebración del matrimonio».) Una segunda respuesta vendría dada por el hecho de que conforme al artículo 3.1 Código Civil (CC) «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras», en consecuencia, en el caso de otorgar eficacia a los ritos matrimoniales religiosos sólo se atribuiría, en su caso, eficacia jurídica a las normas confesionales que regulan la ceremonia religiosa; produciéndose así una equiparación entre el concepto de ritos matrimoniales y forma jurídica, pero no más; ya que el reconocimiento de otras normas jurídicas confesionales sobre capacidad o consentimiento, por ejemplo, no es una exigencia del principio de libertad religiosa y, si se reconociera, se podría estar vulnerando el orden público y los principios de igualdad y laicidad. En todo caso, adelantamos que en el ordenamiento jurídico español para que la forma religiosa tenga eficacia civil se exige que reúna los requisitos que determina el Código Civil para el matrimonio

civil (técnica de presupuesto).

14 En todo caso, hay que advertir en relación a los matrimonios religiosos poligámicos que no pueden calificarse parejas de hecho porque no pueden reunir los requisitos exigidos para una «análoga relación de afectividad a la conyugal»; es decir, que los unidos no estén casados ni concurra impedimento que les impida celebrar matrimonio.

15 El TC en este Auto dice: «En el caso que nos ocupa es manifiesto que ni los preceptos en cuestión son inconstitucionales, ni su aplicación ha supuesto menoscabo para el derecho a la libertad religiosa de la recurrente. La Ley 30/1981, de 7 de julio, establece un marco legal común para todos los españoles, basado en el respeto a los principios constitucionales contenidos de forma específica en los artículos 14 y 16 de la Constitución: igualdad, libertad religiosa, aconfesionalidad con la consiguiente no discriminación por creencias religiosas, y cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones. En dicha regulación se prevé el pleno reconocimiento de los matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico, pero tal reconocimiento no supone la asunción por el Estado de las características y propiedades que la Iglesia católica asigna al matrimonio en su fuero propio, dado que, por su carácter pluralista y aconfesional, *el Estado no viene obligado a trasladar a la esfera jurídico-civil los principios o valores religiosos que gravan la conciencia de determinados fieles y se insertan en el orden intraeclesial*».

16 Este derecho a no inscribir un matrimonio religioso y que sólo tenga efectos exclusivamente religiosos parece reconocerse implícitamente en los Acuerdos de cooperación de 1992 con evangélicos y judíos, si los contrayentes no solicitan el certificado de capacidad.

17 En palabras del TC: «Considerar inexistente el matrimonio no inscrito y negar la condición de cónyuge a quien ha demostrado su válido vínculo matrimonial, pone de manifiesto que se otorga a la inscripción un valor constitutivo, lo que no resulta acorde a lo que expresamente establece el apartado 1 del artículo 61 del Código Civil, a la par que aboca a un resultado claramente desproporcionado como es la denegación de la pensión. Por consiguiente, si hemos declarado que "dos supuestos de hecho habrán de reputarse iguales si el elemento diferenciador carece de la suficiente relevancia y fundamento racional (por todas, SSTC 103/1983, 68/1990, 142/1990 y 114/1992)" (ATC 68/1996, de 25 de marzo), no nos queda sino afirmar, como hace el Ministerio Fiscal, que a estos efectos el matrimonio canónico contraído por el recurrente con su fallecida esposa es exactamente igual a cualquier otro matrimonio que haya tenido acceso al Registro Civil. Por lo que, cuando la Administración introduce un elemento generador de una desigualdad artificiosa y tal elemento se confirma por el órgano judicial, impidiendo, con ello, que la norma jurídica sea aplicada, introduciendo, así, una desigualdad no justificada contraria al artículo 14 CE procede, en consecuencia, otorgar el amparo solicitado».

18 El artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1881) dispone: «Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes:

1.ª Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.

2.ª Que no haya sido dictada en rebeldía.

3.ª Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.

4.ª Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España».

Este artículo, que sigue en vigor hasta que se dicte una Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil y se completa con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000. El artículo 778 LEC regula el procedimiento sobre la eficacia civil de resoluciones de los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, en concreto: «1. En las demandas en solicitud de la eficacia civil de resoluciones de los tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, si no se pidiera la adopción o modificación de medidas, el tribunal dará audiencia por plazo de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal y resolverá por medio de auto lo que resulte procedente sobre la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica.

2. Cuando en la demanda se hubiera solicitado la adopción de medidas, se sustanciará la petición de eficacia de la resolución o decisión canónica conjuntamente con la relativa a las medidas, siguiendo el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 775». En esta Ley de Enjuiciamiento Civil se deroga la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que contemplaba el procedimiento para el ajuste al Derecho civil de las sentencias de nulidad canónicas y las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado. Por último, el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de

responsabilidad parental sobre los hijos comunes (*DOCE* n.º L 160, de 30 de junio de 2000, pp. 19-36); modificado por el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre.

19 *Derecho de la libertad de conciencia*, tomo II, 2011, *op. cit*., pp. 431 ss.

20 Esta Sentencia del TS dice: «El tema del ajuste no impone una revisión del fondo y contenido sustantivo de la decisión pontificia [...]. La necesaria identidad total de causas —coincidencias en concreto— ha de ser inmediatamente rechazada, pues aunque la no consumación del matrimonio no resulta subsumible por el Código Civil; lo que no cabe es imponer, conforme los Tratados vigentes, que la Iglesia Católica haya de acomodar su normativa y actos jurídicos a la nuestra positiva».

21 La STS de 17 de junio de 1996, en cambio, señala: «pero no a sostener que se infringe la igualdad cuando a su matrimonio canónico *se le aplican las reglas que él mismo eligió* y con absoluta igualdad que a otros casos iguales».

22 Según la STS de 17 de junio de 1996, juzga que «no puede entrar a fiscalizar el cumplimiento de los trámites seguidos ante la Santa Sede» (FJ 2).

23 La STS de 8 de enero de 1992 recoge que «ninguno de los mencionados Acuerdos (se refiere a los Acuerdos con la Iglesia católica) contiene precepto alguno que otorgue especial virtud probatoria ante los tribunales del Estado a las actuaciones practicadas ante los Tribunales eclesiásticos» (FJ 2).

24 Sobre la incompetencia de los tribunales chemaricos, vid. Resolución de la DGRN de 15 de mayo de 1995, dice: «Para acreditar esta disolución el recurrente ha presentado una certificación del mismo Centro Islámico de Barcelona en la que se indica que los cónyuges se divorciaron en el mismo Centro en enero de 1993. Es patente la absoluta incompetencia de tal Centro para dictar un divorcio dentro del territorio español. La disolución del matrimonio por divorcio es una actuación judicial que en España está encomendada con exclusividad a los órganos jurisdiccionales y no puede permitirse, por aplicación clara del orden público, que un divorcio pueda ser pronunciado por una autoridad religiosa».

25 Por otra parte, en relación al principio de unidad jurisdiccional del artículo 117 CE se ha considerado: «el automatismo en el presente caso de la concesión de efectos civiles a una decisión acordada en el ámbito de la jurisdicción canónica está reñido con la plenitud de su potestad jurisdiccional, conforme establece el artículo 117.3 de la Constitución española», vid. STC de 22 de diciembre de 1988. En definitiva, el tribunal civil debe actuar y «decidir con plena jurisdicción, en el orden jurídico civil, según la legislación del Estado», sin quedar en absoluto vinculado por lo juzgado por el Tribunal eclesiástico, vid. STC 1/1981, de 26 de enero, FJ 11, y el voto particular de la STC de 7 de enero de 1991.

26 RODRÍGUEZ CHACÓN, R., «Reconocimiento de sentencias y resoluciones canónicas (Una importante sentencia del Tribunal Constitucional)», *ADEE*, vol. V, 1998, p. 668.

27 Orden de 23 de enero de 1993, por la que se aprueba el certificado de capacidad matrimonial y de celebración del matrimonio religioso.

28 Sobre los efectos del matrimonio islámico no inscrito pero válido, vid. STSJ de Andalucía, de 10 de julio de 1998.

29 Asimismo, se pueden mencionar, entre otras, dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado donde se estima que la libertad religiosa no puede amparar el reconocimiento de efectos a los matrimonios poligámicos y, por ello, no se pueden inscribir dichos matrimonios en el Registro civil porque uno de los contrayentes carece de la capacidad necesaria para contraer matrimonio (impedimento de vínculo). La Dirección General de los Registros y del Notariado no ha reconocido la posibilidad de inscribir matrimonios poligámicos, basándose en la dignidad constitucional de la persona y de la *mujer* y en «la concepción española del matrimonio» En dos Resoluciones se hace mención específica a la dignidad de la mujer. La primera, de 8 de marzo de 1995: «es indudable que el matrimonio poligámico se opone frontalmente a la dignidad de la mujer y a la concepción española de la institución matrimonial». Y, la segunda, de 20 de febrero de 1997: «ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción del orden público internacional [...] que no puede admitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer». En otras tres se recoge la dignidad de la persona, en concreto, en una Resolución de 11 de mayo de 1994, se señala: «Ha de advertirse que, aunque el contrayente marroquí de acuerdo con su peculiar

estatuto personal sea libre para contraer otro matrimonio, subsistiendo el primer, esta norma extranjera, en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha se ser excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (cfr. art. 12.3 CC) que no puede permitir que una española contraiga matrimonio con un extranjero casado, lo que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio». En otra Resolución de 14 de septiembre de 1994: «la excepción del orden público internacional (cfr. art. 12.3 CC), que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio». Y, la última Resolución de 3 de diciembre de 1996 dice que: «ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción del orden público internacional, que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio»; vid., otras resoluciones DGRN de 14 de diciembre de 2000, 14 de mayo de 2001, 4 de julio de 2002, 23 de noviembre de 2002, 4 de diciembre de 2002, 22 de octubre de 2004 y 10 de diciembre de 2004.

30 Como ha señalado el TEDH: «Nadie discute ante el Tribunal que en Turquía, cada uno puede seguir en su esfera privada las exigencias de su religión. Por el contrario, Turquía, al igual que cualquier otra Parte Contratante, puede legítimamente impedir que las normas de derecho privado de inspiración religiosa que atenten contra el orden público y los valores de la democracia en el sentido del Convenio (por ejemplo las normas que permiten la discriminación basada en el sexo de los interesados, tales como la poligamia, los privilegios para el sexo masculino en el divorcio y la sucesión) encuentren aplicación bajo su jurisdicción. La libertad de suscribir contratos no puede usurpar el papel del Estado consistente en organizar de forma neutra e imparcial el ejercicio de las religiones, cultos y creencias», vid. STEDH, de 13 de febrero de 2003, caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía, considerando n.º 128.

31 «El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de Ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso». En esta materia hay que tener presente, también, la Directiva comunitaria 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*DOUE* n.º L 251, de 3 de octubre de 2003).

32 Vid. artículo 4 de esta Directiva. La propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Parlamento de la Unión Europea el 2 de mayo de 2002 era más explicita: «No se reconoce el matrimonio polígamo: sólo una mujer puede disfrutar del derecho a la reagrupación. Del mismo modo, los hijos de las esposas no admitidas quedan excluidos del derecho a la reagrupación a menos que el interés superior de éstos lo exija (en aplicación del Convenio sobre derechos del niño de 1989)». Sobre esta cuestión, vid. SSTEDH de 28 de noviembre de 1996 (asunto Ahmut contra Holanda) y de 21 de diciembre de 2001 (asunto Sen contra Holanda) donde se deniega el agrupamiento familiar de niños basándose en los siguientes criterios: edad de los hijos, crecimiento en un determinado entorno cultural y lingüístico, grado de dependencia respecto de los progenitores, existencia o no de familiares en el país de origen que puedan hacerse cargo del menor. En Francia, se ha permitido el reagrupamiento de los hijos de cónyuges polígamos con ambos progenitores siempre que no constituyan una unidad familiar; es decir, viviendo en distintos domicilios. En este punto, también debemos mencionar la STEDH (asunto Berrehab contra Holanda), de 21 de junio de 1988, donde se falla que existe vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo (vida familiar) al denegarse la autorización de residencia de un marroquí después de obtener el divorcio de una ciudadana holandesa pues, dicha decisión impedía su relación con el hijo nacido en dicho matrimonio.

33 En el mismo sentido, vid. STSJ de Andalucía (sede Málaga), de 23 de diciembre de 2005.

34 *BOE* de 13 de octubre de 1982 y artículo 24 del Convenio con Túnez, de 26 de febrero de 2001 (*BOE* de 26 de diciembre de 2001).

35 Cfr. Resoluciones DGRN de 23 de septiembre de 2000 y 12 de septiembre de 2002 y Auto del TS de 21 de abril de 1998.

36 Autos del TS de 16 de julio de 1996, de 1 de julio de 2000 y de 27 de julio de 2004.

37 Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 28 de junio de 2004 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de mayo de 2004.

38 Vid. ATS de 27 de enero de 1998 (solicita el exequátur por razones económicas y de rapidez procesal), ATS de 21 de abril de 1998 (la mujer acepta la disolución por repudio), ATS de 8 de junio de 1999 y ATS de 27 de julio de 2004.

39 Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de enero de 2004.

40 Vid. Resolución DGRN de 2 de diciembre de 2002. Vid. artículos 172 bis y 177 bis 1.*e*) CP (LO 1/2015).

41 Sobre esta materia, vid. WOEHRLING, J., «La liberté de religion, le droit à l'accommodement raisonnable et l'obligation de neutralité religieuse de l'état en droit canadien», *Revista Catalana de Dret Public*, 33, 2006, pp. 369-403; caso *Karnel Singh Bhinder v. Canadá, Comunicación. 208/1986, de 1989, del Comité de Derechos Humanos*, se recoge que: «El artículo 18 no impone un deber de "ajustes razonables", que el concepto de la libertad de religión consiste en la libertad de la intervención del Estado, pero no tiene la obligación positiva de los Estados Partes a proporcionar asistencia especial para conceder exenciones a los miembros de grupos religiosos que les permitan practicar su religión».

42 «En cuanto a la protección del orden público, es evidente que la laicidad constituye un valor constitucional que se vincula con la protección de los valores democráticos y de los principios de libertad de religión y de igualdad, reconocidos en el artículo 16 CE cuando establece: "ninguna confesión tendrá carácter estatal" orientada a proteger al individuo no sólo contra las injerencias arbitrarias del Estado, sino también contra las presiones exteriores, de modo que la libertad de manifestar la religión puede ser restringida con el fin de preservar estos valores. En consecuencia, dado que la laicidad es un principio constitucional cuya defensa es primordial particularmente en los centros públicos, cualquier actitud que no respete este principio, no puede ser admitida como parte de la libertad de manifestar su religión, no beneficiándose de la protección que garantiza el artículo 9 del Convenio, en concordancia con el artículo 16 de la Constitución, siguiendo la doctrina del Tribunal de Estrasburgo», vid. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 32 de Madrid.

43 Vid., entre otras, las Sentencias de 2 de noviembre de 1992 y de 14 de marzo de 1994. «El porte de los alumnos de signos por los cuales ellos entienden manifestar su pertenencia a una religión no es por sí mismo incompatible con el principio de laicidad, en la medida en que constituya el ejercicio de la libertad de expresión y de manifestación de creencias religiosas, pero esta libertad no debe permitir a los alumnos enarbolar signos de pertenencia religiosa que, por su naturaleza, por las condiciones en las cuales sean llevados individual o colectivamente, o por su carácter ostentatorio o reivindicativo, que constituyan un acto de presión, de provocación, de proselitismo o de propaganda; que comporten un atentado a la dignidad o a la libertad del alumno o de otros miembros de las comunidad educativa; que comprometan su salud o su seguridad; o que perturben el desarrollo de las actividades docentes o la función educativa de los profesores o que perturben el orden en el establecimiento o el normal funcionamiento del servicio público».

44 SSTC 156/2001, 99/1994 y 81/2001.

45 Vid. FJ 9. Por ejemplo, como cita la STS, el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 del Comité de Derechos Humanos indica que el porte de un atuendo (del velo integral, en concreto) forma parte del contenido de la libertad religiosa pero este derecho, que no es absoluto, puede ser limitado por la ley en función de algunos de los bienes contenidos en el artículo 18.3 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966.

46 El porte de símbolos religiosos por parte de los militares en su uniforme o la adaptación del mismo a las exigencias religiosas del militar. En este punto, recordamos la Decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, caso Kenneth Riley y otros, v. Canadá, de 21 de marzo de 2002.

47 En este punto conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre esta materia. En concreto, la Sentencia de 24 de septiembre de 2003 donde se considera que falta base legal para no admitir a una profesora por llevar el hijab. Prosigue, el Tribunal alemán, diciendo que el derecho a portar se ampara en el derecho a la libertad religiosa y habrá que probar el adoctrinamiento que supone una falta de aptitud para el desempeño de la función docente. Diferentes Länder después de esta sentencia han elaborado normas educativas que prohíben, expresamente, el porte de hijab por parte de las profesoras., vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania, de 27 de enero de 2015, que permite el porte.

48 La STC 5/1981 recoge: «Esta neutralidad [...] es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica».

49 Remisión a la Unidad didáctica 7.ª

50 El TEDH, en la sentencia de 15 de enero de 2013, caso Eweida, recoge: «El deber del Estado de neutralidad e imparcialidad, será incompatible con cualquier tipo e iniciativa por parte del Estado para evaluar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas en que esas creencias se expresan». Es decir, los parámetros de coherencia, seriedad, cohesión e importancia son los requisitos para que una determinada creencia o convicción fuese considerada bajo el amparo de la libertad de conciencia (STEDH de 25 de febrero de 1982, caso Campbell and Cosans v. UK).

51 Con carácter previo para acceder a la función o cargo públicos es necesario el juramento o promesa. La actual fórmula entra en contradicción con el artículo 16.2 CE. Sobre esta materia, vid. STEDH Buscarini y otros contra San Marino, de 18 de febrero de 1999 y Alexandridis contra Grecia, de 21 de febrero de 2008 y Dimitras y otros contra Grecia, de 3 de junio de 2013. La «fórmula de compromiso» utilizada por la UCM garantiza los principios de laicidad y de libertad de conciencia.

52 RD 247/2001, de 9 de marzo, sobre la suspensión del servicio militar obligatorio y RD 342/2001, de 4 de abril, de suspensión de la prestación social sustitutoria del servicio militar. Sobre la objeción de conciencia al servicio militar, vid. SSTEDH caso Bayatyan contra Armenia, de 7 de julio de 2011; caso Erçep contra Turquía, de 22 de noviembre de 2011 y caso Sadva contra Turquía, de 12 de junio de 2012.

53 No obstante, se pueden encontrar Autos como el de la Audiencia de Castellón, el 14 de noviembre de 1996. Una candidata a formar parte del tribunal del jurado alega: «su dignidad no le permite juzgar a nadie porque no entiende nada de nada», la alegación tiene su fundamento en el temor a no juzgar correctamente, a equivocarse en el juicio emitido por considerar que no tiene la capacidad o los conocimientos suficientes, por «no entender nada de nada».

54 Algunas materias donde se puede plantear las objeciones de conciencia son, por ejemplo, música, educación física; ciencias naturales (recibir enseñanza sobre el darwinismo y la defensa del creacionismo); realización de experimentos o prácticas clínicas con animales, experimentos en el ámbito de biotecnología, ingeniería genética; experimentos con embriones en las técnicas de fecundación artificial, etc.

55 Remisión a la Unidad didáctica 7.ª

56 También se puede plantear una contradicción entre una norma deontológica y una norma de conciencia por ejemplo, en relación con el Código Deontológico Médico, vid. STSJ Madrid, de 6 de julio de 2012. Por otra parte, hay que tener presente que las empresas tienen que garantizar los derechos humanos, entre ellos la libertad de conciencia, vid. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, de marzo de 2011; las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, de 2011 y, la Guía

de Responsabilidad Social, ISO 26000, de la Organización Internacional de Estandarización (ISO), de 2010. En este sentido, se debe partir del artículo 9.1 CE que establece que los ciudadanos, incluidos los empresarios, están sujetos a la Constitución y, por lo tanto, al artículo 16 CE. Los ciudadanos tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución (STC 101/1983). Sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, vid. VVAA, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 2004, Tecnos, pp. 179 ss. Por último, en la STSJ de Madrid de 27 de octubre de 1997, se dice: «De ahí que los tribunales laborales extremen su celo en lograr que las empresas adapten sus horarios de trabajo de modo que permitan a los trabajadores el normal y cómodo cumplimiento de sus deberes religiosos, así como no imponerles conductas o funciones incompatibles con sus íntimas y respetables creencias. Pero estas directrices exigen a la parte trabajadora una conducta especial de lealtad y buena fe, consistente en que lo que no hizo la actora al solicitar el puesto de trabajo, indique previamente su confesión religiosa y el horario especial que ello implica, a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación especial en su infraestructura específica».

57 Vid. STC 24/1982, de 13 de mayo.

58 Vid. STC 63/1994, de 28 de febrero.

59 Véase, por ejemplo, *Konttinen contra Finlandia*, decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 1996; *Stedman contra el Reino Unido*, decisión de la Comisión de 9 de abril de 1997; STEDH *Kosteski contra la ex República Yugoslava de Macedonia*, 13 de abril de 2006.

60 Consideramos que se ha de ponderar hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatibles con ello, vid. STSJ de Baleares, de 9 de septiembre de 2002 y, la STEDH *Kosteski contra «la ex República Yugoslava de Macedonia*», ap. 39, 13 de abril de 2006, sobre elección de fiestas religiosas por parte de un trabajador. Sobre el descanso semanal por parte de deportistas, vid. MINTEGUÍA ARREGUI, I., «Diversidad cultural y deporte profesional», en *Interculturalidad y Derecho*, Aranzadi, 2013, pp. 175 ss.

61 Vid. STSJ de Canarias, de 29 de septiembre de 2010 que no reconoce que en el descanso semanal por motivos religiosos se incluya en el contenido esencial de la libertad religiosa, a pesar de la dicción del artículo 2.1 LOLR y del artículo 12 de la Ley 24/1992.

62 «Correspondiendo a nuestra tradición el descanso en domingo, es éste el día señalado preferentemente. La finalidad de una preferencia general es, por lo demás, patente, pues mediante la coincidencia del descanso laboral, y los que vacan las oficinas públicas, los centros escolares, etc., se facilita mejor el cumplimiento de los objetivos del descanso», FJ 5. En este sentido, traemos a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de noviembre de 1996 que anula el artículo 5 de la Directiva 93/104, que regula el descanso semanal que establecía: «el período mínimo de descanso semanal incluye, en principio, el domingo». El TJCE considera que «si bien la posible inclusión del domingo en el período de descanso semanal efectivamente se ha dejado, en definitiva, a los Estados miembros, habida cuenta en particular, de la diversidad de factores culturales, étnicos y religiosos en los diferentes Estados, no es menos cierto que el Consejo no logró explicar por qué el domingo, como día de descanso semanal, tiene una relación más importante con la salud y la seguridad de los trabajadores que otro día de la semana».

63 Vid. FJ 4.

64 Además, las Administraciones públicas en las relaciones laborales sí están sujetas al principio de igualdad (SSTC 161/1991, 2/1998). En la STSJ de Madrid, de 8 de marzo de 2011, se deniega a un funcionario el reconocimiento de descanso semanal.

65 STS de 24 de enero de 1994.

66 STS de 13 de marzo de 2001.

67 Textualmente, afirma el Voto particular: «El deber de los Tribunal calificadores de señalar fecha alternativa para la realización de prueba selectivas por los fieles de la Iglesia Adventista, impuesto por el artículo 12.3 del Acuerdo entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, recogido en la Ley 24/1992, "cuando no haya causa motivada que lo impida", resultó incumplido. Porque el hecho de que la realización de aquel segundo ejercicio lo fuere por medio un llamamiento único, no constituía ni es impedimento para que aquel opositor hubiese realizado la prueba otro día distinto del sábado, como lo demuestran los varios precedentes administrativos traídos por la demanda y prueba: Resolución de 20 de junio de 1994, dictada por el Subsecretario, por delegación del Ministro, del Ministerio de Administraciones Públicas que, estimando el recurso jerárquico, reconoció a un determinado concursante, que profesaba la religión adventista, el derecho a realizar las correspondientes pruebas selectivas en fecha alternativa al sábado; del Director General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 18 de enero de 1994, que, como venía haciendo en otras ocasiones semejantes para respetar las creencias religiosas de los aspirantes conciliándolo con las necesidades impuestas por la organización de los exámenes, ofreció a la concursante interesada la realización del ejercicio en día distinto al sábado, y concretamente después de la puesta del sol del sábado señalando para el resto de aspirantes, adoptando entretanto la incomunicación de la solicitante; y la dictada el 21 de junio de 1994 por el Tribunal de Oposiciones del Cuerpo de Gestión de la Hacienda Pública, que estimó la solicitud de un opositor, miembro también de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, para realizar el ejercicio, señalado para las cuatro y media de la tarde del sábado día 25 de junio de 1994, a partir de haber declinado la tarde del sábado, tiempo intermedio durante el que el solicitante permanecería aislado en una sala distinta a la que se hallaban examinándose los restantes opositores. Medida esta última con la que quedaba garantizado el tratamiento igualitario de los concursantes para acceder a la función pública bajo los principios de mérito y capacidad en convocatorias con más numerosa concurrencia de aspirantes». La STSJ de Galicia, de 19 de marzo de 2014, sobre el cambio de horario distinto al sábado de una prueba de acreditación de la lengua gallega o, al menos, se

consienta el aislamiento del opositor. Ambas peticiones fueron desestimadas.

68 La inexistencia de una ley postconstitucional sobre esta materia concreta incide en la falta de requisitos estrictos para determinar con exactitud quién es un profesional de la información. Se podría definir periodista como «todo aquel que tiene por ocupación principal y remunerada la obtención, elaboración, tratamiento y difusión por cualquier medio de información». El requisito que se exige con carácter general por las Asociaciones de Prensa que regulan la colegiación es la posesión de un título expedido por una Facultad de Periodismo o Ciencias de la Información. Si bien, con carácter excepcional podrán ser admitidos aquellos que acrediten una profesionalidad contrastada, antigüedad y continuidad en el ejercicio de la profesión en funciones específicamente periodísticas.

69 Sobre la posible objeción de conciencia de los jueces se podría encuadrar, jurídicamente, en el deber de abstención (art. 219.10 LOPJ).

70 En el fundamento n.º 15 de esta STC se dice: «Partiendo de las consideraciones expuestas cabe concluir que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron. En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias».

71 MINTEGUÍA ARREGUI, I., «Tratamiento jurídico de la diversidad religiosa en el País Vasco», en *Diversidad religiosa y gobierno local*, Aranzadi, 2013, pp. 158-160, 171-173, SAP de Palencia de 20 de abril de 1999 y, STEDH casos Jakóbski contra Polonia, de 7 de diciembre de 2010 y Vartic contra Rumania, de 17 de marzo de 2014.

72 Considerando n.º 20.

73 Considerando n.º 82.

B.2. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN, EL PRINCIPIO DE LAICIDAD Y EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

UNIDAD DIDÁCTICA 10.ª

ESTATUTO JURÍDICO DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

I. LA INSCRIPCIÓN DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

Es preciso partir, en esta materia, del Derecho común de asociaciones que tiene como primera norma el artículo 22 CE. No obstante, las entidades religiosas (sean confesiones, asociaciones o fundaciones) están reguladas por una legislación específica (LOLR y su desarrollo) pues conforme a la LO 1/2002 quedan fuera de su ámbito de protección (art. 1). No obstante, en lo no especialmente previsto por la legislación especial la LO 1/2002 funcionaría como Derecho supletorio[1].

La inscripción de las confesiones religiosas se contempla en el artícu- lo 5 LOLR y el artículo 3 del RD 142/1981, de 9 de enero, de organización y funciones del Registro de Entidades Religiosas (derogado por RD de 3 de julio de 2015)[2]. Si bien ha sido la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero, la que ha perfilado con exactitud el régimen jurídico de la inscripción de las confesiones religiosas. En esta sentencia el TC ha dicho: «La inscripción de una entidad religiosa en el Registro implica, ante todo, el reconocimiento de su personalidad jurídica»; con ello el TC parece partidario del carácter constitutivo de la inscripción; no obstante, «una comunidad de creyentes, Iglesia o confesión no precisa formalizar su existencia como asociación para que se le reconozca la titularidad de su derecho fundamental».

El régimen jurídico de las confesiones religiosas no se identifica necesariamente con las asociaciones de Derecho común. En todo caso, el TC ha indicado que la existencia del Registro de Entidades Religiosas no habilita al Estado español (que es neutral) para realizar actividades de control de la legitimidad de las creencias de los grupos religiosos. La Administración sólo debe comprobar, como un acto de mera constatación, que el grupo no se incluye en los grupos mencionados en el artículo 3.2 LOLR[3]. Es la Administración quien debe probar que no es religioso el grupo. En definitiva, la calificación es una actividad reglada. La Administración no puede arrogarse la función

de juzgar el componente religioso y, consecuentemente, debe presuponer como buena la autocalificación realizada por el grupo religioso.

En relación a la inscripción de las entidades creadas por las confesiones religiosas se regula en el artículo 6.2 LOLR y se concreta en los artículos I.4 AAJ y 1.3 Acuerdos de 1992 con las minorías religiosas. Según la LO 1/2002 se someten a una legislación especial sólo las asociaciones constituidas por las confesiones religiosas para fines exclusivamente religiosos (art. 1.3, párrafo 2.º). Esas asociaciones se inscribirán en el RER. Las demás asociaciones aunque sean creadas por confesiones religiosas, si sus fines son de interés general; se someterán al Derecho común de asociaciones. A tal efecto, la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de mayo de 2004 sostiene que «la Administración responsable de dicho instrumento no se mueve en un ámbito de discrecionalidad que le apodere con un cierto margen de apreciación para acordar o no la inscripción solicitada, sino que su actuación en este extremo no puede sino calificarse como reglada, y así viene a corroborarlo el artículo 4.2 del Reglamento que regula la organización y funcionamiento del Registro (Real Decreto 142/1981, de 9 de enero) al disponer que "la inscripción sólo podrá denegarse cuando no se acrediten debidamente los requisitos a que se refiere el artículo 3.º", tales como denominación, domicilio, régimen de funcionamiento y organismos representativos, así como fines religiosos». En el mismo sentido, se pronuncia la STS de 28 de septiembre de 2010 sobre el Seminario Teológico UEBE (Unión Evangélica Bautista).

II. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE INSCRIPCIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA

Se contemplan algunos supuestos especiales de inscripción en el RER en relación con la Iglesia católica. En concreto:

— La Iglesia católica queda exceptuada de la inscripción en el RER por ser mencionada, directamente, por la propia Constitución en el artículo 16.3 CE.

— Las entidades territoriales de la Iglesia católica: la Conferencia episcopal española; las diócesis, las parroquias y sus órganos de gobierno. Todas estas entidades de la Iglesia católica tienen personalidad jurídica civil derivada del hecho de tener personalidad jurídica canónica. Su existencia debe ser notificada al Ministerio de Justicia[4].

— Las órdenes, congregaciones, institutos de vida consagrada y fundaciones reguladas los artículos I.4) y V del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos. Dichas entidades católicas se inscribirán en el correspondiente Registro: el RER si tienen fines exclusivamente religiosos o en el Registro Nacional de Asociaciones en los demás supuestos; excepción hecha de aquellas que tuvieran reconocida personalidad jurídica a la entrada en vigor del AAJ. La única referencia clara y expresa sobre la configuración

del Derecho Canónico como Derecho estatutario en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en el artículo I.4 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 que hace referencia a la capacidad de obrar de las órdenes, congregaciones religiosas y otros institutos de vida consagrada. Existe una remisión material al Derecho canónico en esta materia concreta de tal forma que esas normas se incorporan como propias al ordenamiento jurídico estatal; identificándose las normas canónicas con normas estatutarias pero extendiendo la consideración no sólo a las normas canónicas que regulan la capacidad de obrar de las órdenes y congregaciones religiosas, sino también a la capacidad de obrar de la Iglesia católica misma, la Conferencia episcopal y los institutos de vida consagrada, aunque tuvieran reconocida su personalidad jurídica antes del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos. En definitiva, se aplicaría el Derecho común del artículo 37 del Código Civil. La escasa jurisprudencia sobre esta materia ha interpretado que las normas canónicas que regulan la capacidad de obrar de las órdenes, congregaciones y otros institutos de vida consagrada de la Iglesia católica han devenido en estatutarias. En consecuencia, se produce una remisión material parcial a dichas normas canónicas[5]; considerándose competentes los tribunales civiles para juzgar esta materia[6].

III. EL ARTÍCULO 6 LOLR

El derecho a la propia identidad y autonomía interna de las confesiones religiosas se regula en este artículo 6 LOLR[7]. Este artículo viene a significar:

— La existencia de un ordenamiento jurídico soberano que conlleva la plena autonomía normativa, ejecutiva, de organización y jurisdiccional siempre con el límite del orden público.

— Este ordenamiento confesional funciona, en el Derecho estatal, como un ordenamiento estatutario.

— No se exige que las confesiones religiosas tengan estructura y funcionamiento democrático. Por lo tanto, puede libremente elegir la estructura propia (jerárquica, sinodial, democrática).

— Se permite a las confesiones religiosas el establecimiento de cláusulas de salvaguardia de su propia identidad siempre con el límite de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y, en especial, los de libertad, igualdad y no discriminación (STC 51/2011, de 14 de abril, FJ 11).

Este artículo 6 LOLR también reconoce la posibilidad de nombrar al personal propio pero solo si cumplen dos requisitos[8]:

— Que la función principal y predominante que realicen sea una tarea religiosa en

sentido estricto.

— Que dicha labor religiosa la hagan bajo la dirección o dependencia de los órganos competentes de la confesión.

Una de las manifestaciones más significativas de este reconocimiento de la autonomía de las confesiones, en relación con su personal propio, es que este personal va a quedar excluido del Derecho laboral[9]. Pero esta premisa no impide que la confesión religiosa pueda contratar laboralmente al ministro de culto. El TS en la sentencia de 12 de marzo de 1985 ha indicado que: «Se hace evidente que la condición de miembro de una orden religiosa no puede determinar la "deslaboralización") automática de la actividad profesional que se preste ni, consecuentemente, su exclusión del campo de aplicación del régimen correspondiente de la Seguridad Social. La irrelevancia de la condición religiosa de la persona que ejerce una actividad profesional ajena a su status, con respecto de la configuración de un vínculo jurídico laboral —que es el presupuesto que condiciona la viabilidad y existencia de la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social—, ha sido repetidamente proclamada por la jurisprudencia ordinaria»[10].

El ordenamiento jurídico español, en el marco del Estado social, consagra la cobertura universal del régimen de la Seguridad Social (art. 2 LGSS). Dicha cobertura universal no excluye a los ministros de culto. El Real Decreto 2.398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la seguridad social del clero dispone que todos los ministros de culto de las confesiones inscritas en RER quedarán incluidos en el Régimen general de las Seguridad Social. Este Real Decreto se ha concretado:

— Régimen jurídico de la Iglesia católica: La Orden de 19 de diciembre de 1977 establece que el clero secular se incluye en el Régimen general de la Seguridad Social, asimilados a trabajadores por cuenta ajena, si bien se excluye las siguientes contingencias: incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional y subsidio por recuperación profesional; protección de la familia y desempleo.

— En cambio, los/as religiosos/as se incluyen en el Régimen de autónomos conforme al RD 3.325/1981, de 29 de diciembre.

— Los Reales Decretos específicos para las siguientes confesiones concretan lo siguiente: FEREDE (RD 369/1999, de 5 de marzo; excluye solo la protección por desempleo), CIE (RD 176/2006, de 10 de febrero; únicamente excluye la protección por desempleo), Iglesia ortodoxa rusa (RD 822/2005, de 8 de julio; se excluye la incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo y desempleo) y Testigos cristianos de Jehová (RD 1.614/2007, de 7 de diciembre, excluye la incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural y desempleo). Los ministros de culto de estas confesiones quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena.

La STEDH, caso Manzanas Martín c. España, de 3 de abril de 2012, sobre la pensión

de jubilación de los pastores evangélicos. Esta Sentencia considera que existe vulneración del principio de igualdad en relación a la regulación de la pensión de jubilación de los sacerdotes católicos.

Por último, el artículo 6 LOLR menciona a las cláusulas de salvaguarda. Estas cláusulas, que tienen eficacia estatal, cumplen la misión de proteger la identidad religiosa de la confesión religiosa y deben servir a la realización de fines religiosos, exclusivamente. Estas cláusulas han sido calificadas como «normas superestatutarias» pues solamente tienen como límite lo que indica el propio artículo 6.1 LOLR (CUBILLAS RECIO[11]). En conclusión, implican el reforzamiento de la autonomía interna de las confesiones[12].

IV. LOS LUGARES DE CULTO

Algunas leyes autonómicas urbanísticas mencionan los lugares de culto como equipamientos colectivos de carácter privado que se pueden incluir en los planes urbanísticos, principalmente, en los planes parciales[13]. El contenido de la libertad religiosa, en su dimensión colectiva incluye el derecho de las confesiones religiosas a establecer lugares de culto (art. 2.2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa). En algunos convenios con las confesiones religiosas se recoge esta materia. En concreto, en el Convenio Marco entre el Consell Evangèlic de Catalunya y la Generalitat de Catalunya, de 21 de mayo de 1998, se establece que «la Generalitat ha de tener en cuenta las necesidades de acceso a suelo público para la construcción de lugares de culto, de acuerdo con la normativa vigente en cada momento». Y, también, en el Convenio Marco de colaboración entre la Comunidad de Madrid y la Unión de Comunidades Islámicas de España, de 3 de marzo de 1998, se acuerda: «Tercera. Área de obra social. [...] *d*) Promover la cesión de terrenos para erigir mezquitas y lugares de culto islámico en la Comunidad de Madrid».

Las cuestiones que suscitan la posible inclusión de los equipamientos religiosos en las normas urbanísticas son:

— Las reservas urbanísticas, que no tienen carácter obligatorio como se ha confirmado jurisprudencialmente. Textualmente se ha resuelto: «que la no fijación de emplazamientos para nuevos templos en nada afecta o restringe la libertad religiosa que, conforme a Plan, pueda desarrollarse en las distintas zonas»[14]. La *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de septiembre de 2008*. Ha determinado que la construcción de una mezquita en el barrio de los Bermejales (Sevilla) no constituye un sistema local pero tampoco un sistema general es, simplemente, un equipamiento comunitario.

— Las cesiones gratuitas para la construcción de lugares de culto de los patrimonios

públicos de suelo. Estas cesiones vulneran el principio de laicidad y siguiendo el criterio de la normativa de algunas Comunidades Autónomas sería, sencillamente, imposible jurídicamente[15].

— Las licencias urbanísticas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara en relación a que los lugares de culto no quedan sometidos a la licencia de apertura pues esta licencia está destinada a actividades industriales y mercantiles[16]. Pero esto no puede conducir a que los lugares de culto no queden sujetos a las licencias urbanísticas. El TEDH, en el asunto *Vergos contra Grecia* (2004), considera que la exigencia de licencias urbanísticas no conlleva la vulneración de la libertad religiosa. La disposición adicional 17.ª de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que textualmente reconoce: «Para la apertura de lugares de culto las iglesias, confesiones o comunidades religiosas deberán acreditar su personalidad jurídica civil mediante certificado del Registro de Entidades Religiosas, emitido al efecto, en el que constará la ubicación del lugar de culto que se pretenda constituir. Obtenida esa certificación, su tramitación se ajustará a lo dispuesto en el ar-tículo 84.1.*c*) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, sin perjuicio de recabar la licencia urbanística que corresponda».

Por último, el 22 de julio de 2010, se publicaba en el *Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña* el Decreto 94/2010 de desarrollo de la Ley 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto. Ambos textos normativos reiteran que su contenido no dificulta el ejercicio fundamental a la libertad religiosa y que con ellos se va a garantizar la aplicación real y efectiva del derecho de las confesiones religiosas a establecer lugares de culto (art. 2.2 LOLR). Asimismo, esta normativa enfatiza que no se pretende someter la actividad religiosa a ningún tipo de autorización (art. 1 Decreto 94/2010). Esta normativa regula la obligatoriedad de los ayuntamientos catalanes de pronunciarse, expresamente, sobre la reserva de suelo para la construcción de lugares de culto. Es decir, sólo debe justificar conveniente la decisión que puede ser negativa. Lo más importante de esta normativa catalana es la exigencia de que todo lugar de culto debe contar con una licencia nueva: la licencia de apertura de centros de culto. Normativa autonómica que ha quedado desplazada por el contenido de la disposición adicional 17.ª de la Ley 27/2013.

V. LOS CEMENTERIOS RELIGIOSOS

Se debe partir del sometimiento de estas dotaciones (los cementerios religiosos) a la normativa sanitaria y, consecuentemente, no tienen la calificación de lugar de culto. En los artículos 2 de los Acuerdos de cooperación de 1992 con judíos y musulmanes (Leyes 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992) se hace referencia a dos cuestiones:

1.ª El derecho a la concesión de parcelas reservadas para los cementerios judíos/musulmanes en los cementerios públicos municipales (posibilidad que no se reconoce a la Iglesia católica), así como la posibilidad de establecer cementerios privados religiosos. La reserva de parcelas entra en contradicción con la Ley 49/1978, de 3 de noviembre, de enterramientos en cementerios municipales. Esta Ley obliga a que los enterramientos se realicen sin discriminación religiosa y prohibiendo la existencia de recintos separados por razón de religión. Lo que garantiza la neutralidad religiosa del espacio público.

2.ª El respeto a los ritos funerarios religiosos. Textualmente se recoge: «Se adoptarán las medidas oportunas para la observancia de las reglas tradicionales judías/islámicas relativas a inhumaciones, sepulturas y ritos funerarios». Algunos problemas se han suscitado al entrar en contradicción estos ritos funerarios con la normativa autonómica reguladora de esta materia (policía sanitaria mortuoria). Además, en esta materia, es preciso tener presente que uno de los límites de la libertad religiosa es la salud pública (art. 3.1 LOLR). Este límite hace referencia a la dimensión colectiva de la salud y se relaciona, directamente, con el riesgo de epidemias y enfermedades transmisibles.

VI. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PATRIMONIO HISTÓRICO, ARTÍSTICO Y CULTURAL DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

Una cuestión previa es la *inmatriculación de los bienes de la Iglesia católica*. El Real Decreto 1.867/1998 procedió a la supresión del artículo 5.4 del Reglamento Hipotecario que excluía la inscripción registral a templos destinados al culto católico. Pero no se realizó la reforma de la Ley Hipotecaria (art. 206) ni del artículo 304 del Reglamento hipotecario en la que se legitima a los diocesanos a expedir las certificaciones pertinentes asimilándoles a funcionarios públicos. Con otras palabras, se equipara a la Iglesia católica a la Administración pública y con ello se vulnera de forma manifiesta el principio de laicidad[17] (Ley 13/2015, de 24 de junio).

Por otra parte, el artículo 28 de la Ley de Patrimonio Histórico Español es el único artículo que hace referencia a los bienes muebles de la Iglesia católica. Este artículo recoge una limitación al poder de disposición de la Iglesia católica sobre los mismos de tal forma que no podrán transmitirse por título oneroso o gratuito ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles. Dichos bienes solo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de derecho público o a otras instituciones eclesiásticas. Este artículo se completa con la disposición transitoria 5.ª de la Ley de Patrimonio Histórico Español, en relación con el plazo para la elaboración del inventario de estos bienes muebles. Esta disposición contemplaba el plazo de diez años si bien se prorrogó dicho plazo otros diez años más por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (disp. trans. 2.ª). Se ha vuelto a prorrogar

este plazo, otros siete años, por la *Ley 4/2004, de 29 de diciembre, de modificación de tasas y de beneficios fiscales de acontecimientos de excepcional interés público* (disp. adic. 2.ª). Una vez transcurrido este plazo, se ha ido prorrogando por un año desde el RD-Ley 20/2011 (por ejemplo, disp. adic. 94.ª de la Ley 367/2014).

Aparte de este artículo no existe ninguna otra disposición de la Ley de Patrimonio que establezca un régimen jurídico especial, en consecuencia, se somete al Derecho común los bienes culturales de las confesiones religiosas, incluida la Iglesia católica[18]. No obstante, el Artículo XV del Acuerdo sobre Educación y Asuntos Culturales de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede regula específica esta materia con los siguientes criterios:

— Intención de la Iglesia católica de poner al servicio de la sociedad el patrimonio cultural en posesión de la Iglesia católica.

— Facilitar su contemplación y estudio.

— Se resalta el valor e interés cultural de este patrimonio.

— Sometimiento al Derecho común de este patrimonio cultural de la Iglesia católica sin que en este artículo exista ninguna referencia al valor cultual de dicho patrimonio.

— Creación de una Comisión Mixta sobre el patrimonio histórico-artístico de la Iglesia católica.

La Comisión Mixta anteriormente referida se creó con sorprendente rapidez y elaboró una serie de criterios básicos de colaboración entre la Iglesia católica y el Estado, aprobados por la Comisión Mixta el 30 de octubre de 1980. Estos criterios se pueden resumir en la premisa de la superioridad del interés religioso sobre el interés cultural. Entre los criterios adoptados por la citada Comisión Mixta entre la Iglesia católica-Estado, el criterio 3.*b*) dispone: «La regulación de la visita, conocimiento y contemplación de estos bienes de la forma más amplia posible, pero de modo que el uso litúrgico, el estudio científico y artístico de dichos bienes y su conservación tengan carácter prioritario respecto a la visita pública de los mismos». Según estos criterios existiría un orden de preferencias: en primer lugar, la conservación de estos bienes, en segundo lugar, su utilización para fines religiosos y, finalmente, su estudio y contemplación. En consecuencia, no cabe duda de que la conservación y protección de esos bienes está por encima de cualquier otra finalidad, pues sin la conservación no se podría satisfacer ninguna de las demás finalidades que están llamadas a cumplir. Como se ha apuntado, la solución al problema (conflicto entre el interés cultural y el interés religioso) no consiste en sacrificar un interés en favor de otro, sino armonizarlos, a través de la solución que haga posible la máxima realización de ambos. Pero si, finalmente, se debe optar entre la función cultural y la religiosa por resultar absolutamente incompatibles el ejercicio de ambas, la Administración pública optará por la función cultural[19].

Con posterioridad a estos Criterios de 1980, las Comunidades Autónomas han aprobado las leyes sobre patrimonio histórico-artístico. Estas leyes hacen mención a las relaciones con la Iglesia católica; a título de ejemplo el artículo 4 de la Ley 9/1993, de Patrimonio cultural catalán regula la colaboración con la Iglesia católica: «1. La Iglesia católica, como titular de una parte muy importante del patrimonio cultural catalán, velará por la protección, la conservación y la difusión de este patrimonio y, con esta finalidad, colaborará con las diversas Administraciones públicas de Cataluña. 2. Una Comisión mixta entre la Administración de la Generalidad y la Iglesia católica establecerá el marco de colaboración y coordinación entre ambas instituciones y hará su seguimiento». Por su parte, el artículo 6 de la Ley de la Comunidad de Madrid (Ley 10/1998, de patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid) dispone que: «1. La Iglesia Católica, que puede exhibir un título válido en Derecho sobre un importante número de bienes integrantes del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid y las demás confesiones religiosas que se encuentren en la misma situación, velarán específicamente por la protección, conservación y difusión de dichos bienes. 2. Mediante convenios específicos se regulará el marco de colaboración y coordinación y se establecerán las formas de participación de la Iglesia Católica y de las demás confesiones religiosas en la protección de los bienes del patrimonio histórico de los que son titulares». En este sentido, se han firmado numerosos convenios de colaboración entre las CCAA y la Iglesia católica sobre esta materia.

VII. TURISMO CULTURAL Y RELIGIOSO

Por otra parte, existen leyes autonómicas sobre turismo que, aún mencionando en su Exposición de Motivos el interés por promocionar y tutelar este tipo de turismo cultural y religioso, en el articulado no se contempla ninguna acción específica. En concreto, podemos referir lo relativo al derecho de visita a lugares de interés turístico que son a la vez lugares de culto. La finalidad religiosa se antepone a cualquier otra, incluida la tutela de su condición de Patrimonio Histórico si es el caso. Es por ello que las horas de visita pueden ser limitadas por la Iglesia católica sin que en ningún caso se haya previsto el alcance que una excesiva restricción en este aspecto pudiera tener sobre la industria turística e incluso sobre la economía de una localidad o Comunidad.

En este sentido, entra en cuestión el derecho de visita (art. 19 de la Ley 10/1998 de la Comunidad de Madrid); por ejemplo, al patrimonio histórico, artístico y cultural confesional y el ejercicio del culto al que están vinculados estos edificios como lugares de culto y, también, el respeto a su identidad religiosa. Sin duda, una configuración amplia o restrictiva del derecho de visita incide directamente en la afluencia de turistas.

Uno de los aspectos que más impacto tiene sobre el turismo religioso es la adopción de fiestas por parte de las distintas Administraciones públicas donde una de los criterios

empleados son el arraigo histórico, cultural y religioso de una determinada fiesta. El arraigo religioso entra en contradicción con el principio de laicidad pues, jurídicamente, implica el mantenimiento del principio de confesionalidad católico. La declaración de una tradición como cultural o histórica conlleva el cumplimiento de la normativa correspondiente (principio de legalidad). En concreto, se deben seguir los trámites que se exigen en relación a la declaración de un bien cultural como «patrimonio intangible». En todo caso, dicha declaración no puede conllevar por parte de los poderes públicos la contribución al adoctrinamiento religioso o de la difusión de una particular doctrina religiosa. Especial mención merece el Camino de Santiago[20], que constituye uno de los atractivos turísticos religiosos más importantes de España, por el flujo de peregrinos que atrae todos los años y, en especial, en los Años Santos (Xacobeo). En todo caso, no se puede olvidar que el monumento más visitado en España es la Alhambra. Esto no significa que el Estado deba contribuir a la difusión de la religión islámica. El mismo criterio lo hacemos extensible para la religión católica en relación a los monumentos de titularidad pública o, aquellos a los cuales la Administración pública contribuya económicamente a su mantenimiento. Otros eventos turísticos religiosos son:

— La regulación jurídica del denominado «patrimonio intangible» (Fiestas de interés turístico nacional e internacional, el Misterio de Elche, las procesiones de Semana Santa, peregrinaciones, romerías, etc.).

— Exposiciones como las Edades del Hombre y los museos de arte religioso.

— Rutas de los Templos o lugares de cultos.

---

1 Remisión a la Unidad didáctica 5.ª

2 Instrucción de 4 de junio de 2014, de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las confesiones religiosas, por la que se establecen determinados procedimientos en el Registro de Entidades Religiosas y Convenio de colaboración entre el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado relativo a la trasmisión telemática de escrituras públicas al Registro de Entidades Religiosas, de 23 de septiembre de 2014. Sobre la inscripción de las confesiones religiosas, STEDH asunto Masaev contra Moldavia, de 12 de mayo de 2009, «la existencia de un registro de entidades religiosas que realiza una labor de control a priori de los fines de los grupos religioso que se declaren como tales, supone que, si bien indirectamente, el Estado decide qué es o qué no es religioso, interviniendo en la conformación del pluralismo religioso. Por este motivo, es claramente contradictorio con el Convenio el hecho de que el Estado pueda, por una parte, decidir que un grupo es o no es religioso, y por otra, perseguir y sancionar a aquellos grupos a los cuales el Estado ha decidido negar el carácter religioso», CELADOR ANGÓN, O., *Libertad de conciencia y Europa*, Dykinson, 2011, p. 198. Otras sentencias del TEDH: caso Manoussakis y otros contra Grecia, de 26 de septiembre de 1996; Iglesia metropolitana de Bessarabia contra la República de Moldavía, de 13 de diciembre de 2001; caso Iglesia de la cienciología de Moscú contra Rusia, de 5 de abril de 2007; caso Mirolubovs y otros contra Letonia, de 15 de diciembre de 2009; caso Testigos de Jehová de Moscú y otros contra Rusia, de 10 de junio de 2010; Iglesia de la Cienciología de San Petersburgo y otros contra Rusia, de 2 de octubre de 2014 y, Dimitrova contra Bulgaria, de 10 de febrero de 2015, que dice: «la falta de registro de un grupo religioso nunca debe ser obstáculo para que sus seguidores puedan profesar su religión o practicar su actividad».

3 En este punto, sobre estos grupos hay que tener en cuenta la regulación sobre información falsa y sobre transacciones comerciales engañosas. En concreto, la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y*

usuarios. Esta Ley incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. También, la STS de 2 de febrero de 2007 que ha absuelto del delito de estafa a una curandera condenada a dos años y medio de cárcel por comprometerse a cambio de 18.000 euros a curar a un enfermo terminal de cáncer. La sentencia del alto tribunal afirma que «la esperanza es humanamente entendida, pero la confianza en la magia no puede recabar la protección del derecho penal». Dice esta Sentencia: «El ciudadano medio de nuestra sociedad, tiene un nivel de información sobre estas enfermedades y sus características, que difícilmente puede alegar confianza racional en poderes paranormales. Se considera que no existe estafa cuando el sujeto pasivo acude a mediums, magos, poseedores de poderes ocultos, echadoras de cartas o de buenaventura o falsos adivinos, cuyas actividades no puedan considerarse como generadoras de un engaño socialmente admisible que origine o sean la base para una respuesta penal. Ahora bien, acudir a una médium a la que se atribuían «poderes especiales», resulta una decisión quizás comprensible, pero que en ningún caso podía inducir a error a los denunciantes. La esperanza es humanamente entendida, pero la confianza en la magia no puede recabar la protección del derecho penal». No sorprende que estos grupos reclamen su equiparación al estatuto jurídico de las confesiones religiosas.

4 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.

5 Cfr. STS de 27 de febrero de 1997, donde el tribunal civil comprueba la existencia del consentimiento del Ordinario para la realización de una compraventa.

6 Cfr. STS de 6 de octubre de 1997; en este caso sobre una asociación religiosa y, se establece que el Derecho común estatal es el Derecho supletorio en cuanto al Derecho estatutario. Por último, la STS de 23 de diciembre de 1983, si bien en esta Sentencia todavía se aplica el Concordato de 1953.

7 STEDH asunto Serif contra Grecia, de 14 de diciembre de 1999 y SETDH Griechische Kirchengemeinde München und Bayer contra Alemania, de 18 de septiembre de 2007. El principio de autonomía prohíbe al Estado obligar a una comunidad religiosa a admitir nuevos miembros en su seno o a excluir a otros (STEDH caso Sviato-Mykhailivska Parafiya contra Ucrania, de 14 de junio de 2007); con otras palabras no se garantiza un derecho a disentir dentro de una organización religiosa, en caso de desacuerdo entre la comunidad religiosa y un creyente, la libertad de religión se ejerce a través de la facultad de salirse libremente de la comunidad religiosa de que se trate [STEDH caso El Santo Sínodo de la Iglesia Ortodoxa Búlgara (metropolita Innokenty) y otros contra Bulgaria, de 22 de enero de 2009]. El principio de neutralidad implica que el Estado no puede intervenir en las disputas internas de las confesiones religiosas, STEDH caso Santo Consejo Supremo de la Comunidad Musulmana contra Bulgaria, de 22 de enero de 2009.

8 BLAT GIMENO, F. R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo, 1986, pp. 216 ss.; y VIDAL, M., *Trabajo y seguridad social de los miembros de la Iglesia católica*, Universidad de Valladolid, 1996. Uno de los privilegios que se reconoce a los ministros de culto es el *secreto profesional*, vid. artículo 417 LECriminal que expresamente recoge: «No podrán ser obligados a declarar como testigos: 1.º Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio». Ordenamientos jurídicos como los de EEUU, Francia o Australia establecen límites al secreto profesional de los ministros de culto. Al menos, debe tenerse en cuenta los límites del secreto profesional de los periodistas como punto de partida en la regulación de estos límites (por ejemplo, evitar la comisión de futuros delitos).

9 Una de las manifestaciones de esta exclusión es, por ejemplo, que a los ministros de culto extranjeros no se les exige tener un contrato de trabajo, vid. artículo 41.1.*h*) de la Ley de extranjería 4/2000 establece: «Los ministros, religiosos o representantes de las diferentes iglesias y confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten sus actividades a funciones estrictamente religiosas» y artículo 117.*h*) del RD 557/2011 y STEDH caso Perry contra Letonia, de 8 de noviembre de 2007. La STEDH caso Sindicato «Pastorul cel Bun» v. Rumanía, de 9 de julio de 2013, sobre sindicación de ministros de culto. Y, el artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

10 Y, en la STSJ de Madrid de 1999, se añade que: «No debe haber ningún impedimento para reconocer como laboral la relación que un religioso mantiene con un tercero fuera de la comunidad a la que pertenece cuando tal

actividad se subsume dentro de la participación en la actividad productiva exigida por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, ni, en consecuencia, para determinar su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, como así se ha valorado en la litis presente en lo que refiere al período posterior a 1977. Pero el supuesto planteado es diferente en la medida en que, en el período por el que se reclama, no existió un tercero distinto de la Compañía de las Hijas de la Caridad de San Vicente. La actora, al no quedar constancia de lo contrario (quien alega debe acreditar su pretensión), durante el período anterior a agosto de 1977 realizaba un trabajo en dependencia exclusiva de la comunidad a la que pertenecía como religiosa. *Relación, entre religioso y comunidad, que, en modo alguno puede ser calificada como laboral*, tal como de manera insistente ha proclamado esta Sala (entre otras, Sentencias de 11 de abril de 1991, 5 de abril de 1994, 24 de octubre de 1995, 8 de abril de 1996 y 13 de marzo de 1997, en consonancia con *la doctrina del Tribunal Constitucional contenida, entre otras, en la Resolución de 28 de febrero de 1994*. El trabajo como asistente de enfermería realizado por la demandante no era ajeno a sus compromisos como religiosa. La pertenencia de la recurrente a la comunidad religiosa, en uso de su libertad asociativa, significaba la disposición a aceptar voluntaria y desinteresadamente, además de los trabajos en beneficio de la comunidad, aquellas otras tareas no genuinamente religiosas como la actividad asistencial, orientada al servicio de ciertos sectores de la sociedad. Su relación con la actividad del Hospital, hasta agosto de 1977, estaba incluida, por encima de todo, de una espiritualidad y de un impulso de gratuidad, en virtud de la profesión religiosa y de los votos de obediencia y pobreza contraídos, que impiden dotar de naturaleza contractual la actividad asistencial desempeñada por la recurrente dentro de la esfera de su propia comunidad religiosa, y disciplinada por vínculos de carácter espiritual en atención exclusivamente a consideraciones altruistas extrañas a las relaciones contractuales de trabajo, debiendo considerar, por tanto, acertada la valoración ofrecida por el juzgador de instancia, debiendo desestimar el recurso en su integridad».

11 CUBILLAS RECIO, «La facultad normativa de las confesiones de establecer cláusulas de salvaguarda de su identidad en el ordenamiento español», en *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, n.º 0, diciembre 2000, pp. 229-257.

12 La Sentencia del Tribunal Constitucional 106/1996 recoge: «Que si la titular del hospital de "San Rafael" de Granada, es, ciertamente, una entidad de carácter religioso, la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, no es menos cierto que la relación laboral de la actora se había concertado con el centro hospitalario y no con aquélla. Esto es, con una empresa, dependiente de la primera, *cuya finalidad públicamente reconocida no es la de difusión de un ideario religioso sino la asistencial o sanitaria*. Por ello, aunque en este caso el centro hospitalario cumpla su función social con una finalidad caritativa y, de este modo, exista una vinculación de aquél con el ideario de la entidad titular de la empresa, preciso es admitir, sin embargo, que dicho ideario no puede operar de igual modo en el ámbito de las relaciones laborales de uno y otro sujeto. La doctrina sentada por este Tribunal, en efecto, puede ser aplicable a la entidad titular, en cuanto portadora de una ideología, respecto a los trabajadores vinculados por contrato laboral con ella. Pero no puede entenderse que lo sea también respecto a aquellos trabajadores que prestan sus servicios en una empresa que aun siendo instrumental o subordinada de aquélla posee una finalidad y desarrolla una actividad social que es distinta. *Pues lo relevante en un supuesto como el presente no es el propósito o la motivación subjetiva de la entidad titular —que ciertamente ha podido crear tal empresa al servicio de su ideario— sino el público reconocimiento de la función social que cumple el centro donde se presta el trabajo*, que en este caso es la hospitalaria. Lo que implica, en definitiva, que *no puede extenderse de forma incondicionada al centro sanitario el ideario propio de la entidad titular, aun admitiendo tanto el carácter religioso de la entidad titular del hospital como que dicho centro se halla al servicio de una finalidad caritativa*» (la cursiva es mía).

13 Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., *Urbanismo y confesiones religiosas*, Montecorvo, 2003 y, del mismo autor, *El régimen jurídico de los centros de culto en Cataluña*, Ministerio de Justicia, 2011.

14 Vid. Sentencias del TSJ de Cataluña 1188/2001, de 30 de noviembre y 560/2002, de 19 de junio, sobre el PGOU de Mataró.

15 Vid. artículo 79 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha.

16 Vid., entre otras, STS de 15 de noviembre de 1988 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de abril de 2002.

17 La STEDH de 4 de noviembre de 2014, caso Sociedad Anónima del Ucieza c. España. El TEDH considera que la demandante ha sido víctima del ejercicio del derecho de inmatriculación reconocido a la Iglesia Católica por la

legislación interna sin justificación aparente y sin que el Obispado de Palencia hubiera impugnado, en el plazo legal, su derecho de propiedad en el momento del ingreso del bien en el Registro de la Propiedad. Por consiguiente, la demandante ha «soportado una carga especial y exorbitante» que, solo la posibilidad de impugnar de forma útil, y tomando en cuenta las disposiciones aplicables del derecho hipotecario, podría haber convertido en legítima la medida tomada con respecto a ella. Las circunstancias de la causa, especialmente la excepcionalidad de la medida en cuestión, además de la inexistencia de un título de propiedad en poder de la parte contraria, de la ausencia de un debate contradictorio y de la desigualdad de armas, combinadas con una traba al goce del derecho de propiedad y a la ausencia de indemnización, llevan al TEDH a considerar que la demandante ha tenido que soportar una carga especial y exorbitante que ha roto la justa ponderación que debe imperar entre, por una parte las exigencias del interés general, y por otra, la protección del derecho al respeto de los bienes. El TEDH ha concluido la vulneración del artículo 1 del Protocolo número 1 del Convenio Europeo. Vid. también, STS de 16 de noviembre de 2006.

18 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *El Derecho de la libertad de conciencia*, tomo II, *op. cit.*, 2011, pp. 218 ss.

19 El Convenio de colaboración entre el Ministerio de Cultura y la Conferencia Episcopal Española para el desarrollo del Plan de Catedrales, de 21 de noviembre de 2006 y, el Acuerdo de colaboración entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y la Iglesia católica para el Plan Nacional de Abadías, Monasterios y Conventos, de 25 de marzo de 2004.

20 CORRIENTE CÓRDOBA, J. A., *Camino de Santiago. Normativa internacional e interna española*, Ministerio de Educación y Cultura, 1998.

UNIDAD DIDÁCTICA 11.ª

RÉGIMEN ECONÓMICO Y TRIBUTARIO DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

I. FINANCIACIÓN ECONÓMICA

La financiación económica de las confesiones religiosas por parte del Estado se divide en dos tipos: financiación directa e indirecta. La financiación directa consiste en que las actividades religiosas o los fines religiosos sean sufragados económicamente, total o parcialmente, por parte de las Administraciones Públicas. Esta financiación económica es incompatible con los principios de libertad de conciencia, igualdad y laicidad. No obstante, la única confesión religiosa que recibe financiación económica directa, en el ordenamiento jurídico español, es la Iglesia católica. El artículo II del Acuerdo sobre Asuntos económicos con la Iglesia católica, de 3 de enero de 1979, contempla cuatro fases de este modelo de financiación con las Iglesia católica:

1.ª Fase: Dotación presupuestaria. Desde 1979 hasta 1988. La dotación presupuestaria consiste en el establecimiento de una partida presupuestaria de carácter global destinada a la financiación de la Iglesia católica. Casi la totalidad del dinero se destina a financiar los sueldos del clero secular de la Iglesia católica y las cuotas a la Seguridad social.

2.ª Fase: Se establece un modelo de financiación denominado «asignación tributaria». Se ofrece la posibilidad a los contribuyentes de elegir un porcentaje de la cuota líquida del IRPF (0,5239 por 100) para que se destine a la financiación de la Iglesia católica (gasto del clero católico) o bien fines sociales desarrollados por ONG (donde no se excluye a las ONG católicas como Caritas o Manos Unidas, porque en este caso desarrollan fines públicos determinados en las convocatorias públicas del Ministerio de Asuntos Sociales y del Ministerio de Asuntos Exteriores). El IRPF que es un impuesto estatal y es recaudado por el Estado; entre los destinos del impuesto se incluye la financiación de la Iglesia católica que es un destino contrario al principio de laicidad. Se establece un período transitorio de tres años para la puesta en marcha de la siguiente etapa. Durante este período transitorio la dotación presupuestaria se reduce en cuantía igual a los ingresos obtenidos por la vía de asignación tributaria a favor de la Iglesia católica. Esta fase se inicia en 1988 (Ley 33/1987, disp. adic. 5.ª) y el período transitorio tendría que haber finalizado en 1990; pero se prórroga hasta el año 2006. Si bien a partir del ejercicio presupuestario de 1994 se introduce la fórmula «se elevan a definitivas las cantidades entregadas a cuenta» a la Iglesia católica. Es decir, en la práctica estamos en

la fase de dotación presupuestaria pero lo más sorprendente es que el Estado renuncia a reclamar el exceso del importe entregado a cuenta a la Iglesia católica; es decir, el Estado condona la deuda a la Iglesia católica. Una cantidad aproximada de 400 millones euros. Deuda contraída por la diferencia entre lo entregado a cuenta por la Hacienda Pública y la cuantía decidida por los contribuyentes; todo ello debido a que la Iglesia católica solo convence a un tercio de los contribuyentes para que marque su casilla. Y eso que no nos encontramos ante un impuesto religioso pues al contribuyente católico le sale gratis sufragar esos gastos del clero católico. No es una aportación de su dinero sino del dinero que de todas formas debe contribuir a las arcas públicas pero en el caso del contribuyente católico se le posibilita que un porcentaje de los ingresos públicos se destine a sufragar los gastos del clero católico (que no son gastos públicos). Es decir, se produce una minoración en su carga impositiva destinada a fines públicos.

3.ª Fase: Se establece solamente la asignación tributaria pero se eleva el porcentaje al 0,7 por 100. Mediante un intercambio de Notas entre el Ministerio de Asuntos Exteriores español y la Nunciatura de la Santa Sede en España, de 22 de diciembre de 2006, se inicia la tercera fase. En este Acuerdo se decide elevar el porcentaje de 0,5239 por 100 a 0,7 por 100. Este aumento se configura como compensación por la pérdida patrimonial que conlleva que la Iglesia católica tenga que pagar el IVA a partir del año 2007. Además se manifiesta que este porcentaje tendrá «carácter estable». En esta fase desaparece el complemento presupuestario.

4.ª Fase: La Iglesia católica se compromete, en este Acuerdo de Derecho Internacional, a conseguir la autofinanciación[1].

La Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005 abre la posibilidad de apoyar económicamente a las minorías religiosas con acuerdos de cooperación. En concreto, la Disposición adicional decimotercera asigna 3 millones de euros para la «Fundación Pluralismo y Convivencia» con el objeto de financiar proyectos que contribuyan a una mejor integración social, educativa y cultural de las minorías religiosas en España[2]. Se trata de proyectos presentados por las confesiones no católicas con acuerdo de cooperación con el Estado (evangélicos, judíos y musulmanes). La mencionada Fundación pública, adscrita al Ministerio de Justicia, destinará los fondos a actividades no directamente relacionadas con el culto; en concreto, se destinarán a la integración cultural, al estudio de las religiones, a labores de apoyo a las familias, mujeres y jóvenes, a la colaboración con ONG vinculadas a las confesiones y otras análogas. Con otras palabras, no se financian directamente a las confesiones ni a sus actividades de culto ni a los ministros de culto, si bien algunas de sus ayudas podrían ser discutibles en relación con el principio de laicidad.

El otro tipo de financiación económica de las confesiones religiosas es la *financiación indirecta*. En este caso, de lo que se trata es de fomentar que los propios creyentes financien a sus confesiones religiosas como contenido de la laicidad. Las disposiciones adicionales 8.ª y 9.ª 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, regulan este modelo solamente para las confesiones religiosas (25 por 100 IRPF y 35 por 100 Impuesto de Sociedades).

II. RÉGIMEN FISCAL Y TRIBUTARIO

El ATC 480/1989, de 2 de octubre, recoge: «El artículo 16 de la Constitución no contiene, en efecto, previsión alguna que garantice un especial trato fiscal a las confesiones religiosas, ni puede mantenerse que la sujeción de éstas a las normas tributarias lesione la libertad que se les reconoce». Además, «el derecho a la libertad de religión no implica en absoluto que a las iglesias o a sus fieles se les deba conceder un estatuto fiscal diferente del de los demás contribuyentes» (Auto del TEDH de 11 de enero de 1992, caso Iglesia Bautista «El Salvador» y otro contra España).

El pago de impuestos por actividades religiosas o por bienes exclusivamente destinados a fines religiosos puede suponer una vulneración, aunque sea indirecta, de la inmunidad de coacción o discriminaciones por razones religiosas (art. 14 CE) si se compara con las entidades sin ánimo de lucro. Las confesiones religiosas no son entidades sin ánimo de lucro al no existir una norma jurídica que expresamente lo disponga. En este punto conviene tener presente la diferencia entre *supuestos de no sujeción y exenciones.* En los supuestos de no sujeción la obligación tributaria no llega a surgir con respecto a ningún impuesto. Su regulación se encuentra en los artículos III del AAE y los artículos 11.1 de los Acuerdos de cooperación de 1992. En cambio, en relación a las exenciones el titular de la exención debe solicitarlo y debe acompañar la documentación necesaria en la que quede probado que reúne los requisitos exigidos por las normas tributarias. El régimen de exenciones en relación a la Iglesia católica se regula en los artículos III, IV y V del AAE. El régimen impositivo de la Iglesia católica es sustancialmente parecido al recogido en el Concordato de 1953 y respecto de las confesiones evangélica, judía y musulmana su régimen fiscal se recoge en el artículo 11 de los Acuerdos de 1992.

En relación a los impuestos y las exenciones de las confesiones religiosas, con acuerdos de cooperación, procedemos a su enumeración[3]:

— *Impuesto de Sociedades.* La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, no menciona expresamente a las confesiones religiosas. Tenemos que acudir a los Acuerdos de cooperación.

— *Impuesto de Sucesiones y donaciones.* La disposición final 4.ª de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones regula las exenciones para las confesiones con acuerdos de cooperación[4]. Los acuerdos contemplan la 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.

— *Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.* El artículo 45 del 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, regula la exención de este impuesto para las confesiones religiosas con acuerdos de cooperación.

— *IVA.* La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido no reconoce que las confesiones queden exentas del pago de este impuesto. El artículo III del AAE establece entre los supuestos de no sujeción la adquisición de objetos destinados al culto y, en consecuencia, del IVA. Cuando se firman los Acuerdos con la Iglesia católica de 1979 no existía este impuesto en nuestro ordenamiento jurídico. Con la entrada de España en la Comunidad Económica Europea se introduce este impuesto; regulado por la VI Directiva Comunitaria del IVA de 17 de mayo de 1977. Esta Directiva no recoge la no sujeción ni la exención de los bienes destinados al culto (católico, en este caso). Este hecho supone una manifiesta contradicción entre el Acuerdo con la Iglesia católica y la Directiva Comunitaria que se resolvería acudiendo a lo dispuesto en el artículo 307 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y, consecuentemente, el Estado español debe tender a hacer posible la armonización fiscal. Lo más sorprendente es que ha sido el propio Estado, de forma unilateral, el que ha ido consolidando este privilegio y lo ha extendido interpretando de forma amplia el concepto «objetos destinados al culto católico». Como consecuencia del Acuerdo de 1979, la Iglesia católica estaba «no sujeta» al pago de este impuesto. El Acuerdo con la Iglesia católica de 22 de noviembre de 2006 contempla la renuncia de la Iglesia católica a este beneficio fiscal con el objetivo de cumplir la normativa comunitaria y, a cambio se eleva el porcentaje de la asignación tributaria.

— *Impuestos locales.* El marco normativo es el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. El artículo 62 LHL reconoce la exención del IBI. En los acuerdos de cooperación esta exención alcanza no sólo a los lugares de culto; sino también a las viviendas de los ministros de culto, excepto la vivienda de los rabinos. También se extiende la exención a los huertos siempre que no estén destinado a un uso lucrativo[5]. La STS de 4 de abril de 2014, resuelve la interpretación del artículo 15.1 de la Ley 49/2002, que establece que «estarán exentos del IBI los bienes de los que sean titulares, en los términos previstos en la normativa reguladora de las Haciendas locales, las entidades sin fines lucrativos, excepto los afectos a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades»; es decir, se amplía lo recogido en los Acuerdos. Además, la STC 207/2013, de 5 de diciembre, determina la inconstitucionalidad de la Ley Foral 10/2013, de 12 de diciembre, que limita la exención aplicable en la contribución territorial exclusivamente a los bienes de la Iglesia católica y de las confesiones con acuerdos «que

estén destinados al culto», en contradicción con los correspondientes acuerdos de cooperación. Sentencia del TC que entra en contradicción con la jurisprudencia del TEDH, por ejemplo, caso Cumhuriyetçi Eg±itim Ve Kültür Merkezi Vakfi contra Turquía, de 2 de diciembre de 2014. Respecto del impuesto de incremento del valor de terrenos (IIVT), la exención de este impuesto ha venido por la jurisprudencia del TS (SSTS de 30 de octubre de 2000, 26 de noviembre de 1991, 21 de noviembre de 2000, FJ 6, STS de 20 de noviembre de 2000). Lo mismo ha sucedido con la exención del Impuesto de construcciones, instalaciones y obras (ICIO) reconocida por la STS de 19 de marzo de 2001[6] y, posteriormente, por la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 2001.

— *Tasas.* No están exentas de su pago las confesiones religiosas pero pueden incluirse entre las entidades bonificadas hasta con el 100 por 100 del pago de la tasa. Un ejemplo es la tasa de recogida de residuos urbanos del Ayuntamiento de Madrid donde se contempla la bonificación del 100 por 100 en relación con las confesiones religiosas.

— *Contribuciones especiales.* El Acuerdo con la Iglesia católica contempla la exención de las contribuciones especiales para esta confesión religiosa.

Sólo las confesiones religiosas con acuerdos de cooperación disfrutan de este régimen fiscal similar al de las entidades sin ánimo de lucro. Es decir, las confesiones se equiparan a esas entidades pero no a la inversa. Las confesiones religiosas no son entidades sin ánimo de lucro, conforme al artículo 2 de la Ley 49/2002. Lo que se plantea es que al tener un régimen jurídico al que se equiparan o, incluso las confesiones religiosas con acuerdos de cooperación disfrutan de más exenciones fiscales, lo lógico es que la Administración pública fiscalice que sus fines no tienen ánimo de lucro, además deberían presentar sus cuentas para que efectivamente se supervise que su patrimonio no sirva de cauce para el fraude fiscal[7]. Estas confesiones religiosas están exentas del pago de impuestos no porque los fines de las confesiones religiosas sean de interés general o se consideren que desarrollan fines públicos sino porque lo exige los principios de libertad e igualdad religiosas (art. 7.2 LOLR). Para respetar los principios de libertad, igualdad y laicidad, en este ámbito fiscal, al Estado se le ofrece una única opción: las ayudas indirectas (exenciones, desgravaciones, deducciones o bonificaciones) dirigidas a hacer real y efectivo el derecho de libertad religiosa. No pudiendo, por tanto, establecer ayudas directas a los fines propiamente religiosos (subvenciones). La razón se encuentra en que dichas ayudas indirectas no implican que el Estado intervenga directamente en el aumento ni en la disminución del patrimonio de las confesiones religiosas. En todo caso, todas las confesiones religiosas sólo podrán disfrutar de aquellas ayudas indirectas que se les reconozca a las entidades de interés público y sin ánimo de lucro con lo que quedan salvaguardados los principios constitucionales de igualdad y de neutralidad del Estado. Es decir, se equipara el régimen fiscal de las confesiones religiosas al que disfrutan las entidades sin ánimo de lucro.

En fin, la financiación pública de los fines religiosos y/o las actividades religiosas y/o el gasto personal de las confesiones religiosas no se puede incluir en el concepto jurídico de gasto público. El principio de libertad e igualdad de conciencia y su precipitado jurídico lógico el principio de laicidad exigen la supresión de los gastos religiosos de los presupuestos de las Administraciones Públicas. Con dicha supresión se dejaría de vulnerar la libertad de conciencia en su vertiente negativa pues, en la actualidad, se está coaccionado a los ciudadanos mediante la obligación de contribuir a gastos propios de las confesiones y que son totalmente ajenos a los fines públicos y, en consecuencia, se daría cumplimiento al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera que recoge el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos[8].

---

1 Compromiso jurídico de autofinanciación que debe ser exigido por los poderes públicos pues la Iglesia católica puede alcanzar, hoy mismo, la autofinanciación en relación a la cuantía obtenida a través de la asignación tributaria. Vid. AMÉRIGO-CUERVO ARANGO, F., *La financiación de las confesiones religiosas en el Derecho español vigente*, UNED, 2007, p. 303. Este autor realiza una propuesta sobre la viabilidad de autofinanciación hoy mismo. Hay que recordar que no existe en la Constitución una disposición transitoria sobre la aplicación del principio de laicidad: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal», más cuando ya han trascurrido más de 35 años desde su aprobación.

2 Vid. artículo 7 de los Estatutos de la Fundación «Pluralismo y Convivencia».

3 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, tomo II, 2011, *op. cit*., pp. 617 ss.

4 Vid. artículo 34 de esta Ley, modificado por Ley 25/2013, sobre las CCAA que mantienen la liquidación tributaria de este impuesto pues otras CCAA han dejado de liquidar estos impuestos.

5 Sorprende en relación a la exención del IBI que no todos los edificios y locales de las Administraciones públicas donde se llevan o desarrollan fines públicos o de interés general queden exentos del pago del IBI. Este artículo 62 LHL dispone que *solamente*: «1. Estarán exentos los siguientes inmuebles: *a*) Los que sean propiedad del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales que estén directamente afectos a *la seguridad ciudadana y a los servicios educativos y penitenciarios, así como los del Estado afectos a la defensa nacional.* […] 3. Las ordenanzas fiscales *podrán regular una exención a favor de los bienes de que sean titulares los centros sanitarios de titularidad pública,* siempre que estén directamente afectados al cumplimiento de los fines específicos de los referidos centros. La regulación de los restantes aspectos sustantivos y formales de esta exención se establecerá en la ordenanza fiscal». Un ejemplo, los edificios y locales de la Tesorería del INSS encargados del pago de pensiones y prestaciones por desempleo deben pagar el IBI y los lugares de culto de las confesiones religiosas con acuerdos de cooperación incluso las viviendas de los ministros de culto no pagan este impuesto.

6 SAN de 9 de diciembre de 2013, sobre la nulidad de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 15 de octubre de 2009, *por falta de acuerdo entre la Santa Sede y el Gobierno*.

7 Las confesiones no están incluidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, conforme a lo que disponen los artículos 3 y 5 de la misma y el *Tribunal de Cuentas no fiscaliza el dinero público que reciben las confesiones religiosas*. Entre otros ejemplos que se pueden recabar en esta materia y que impedirían la opacidad de las cuentas de las confesiones religiosas y, por lo tanto, que puedan ser utilizadas las limosnas para la financiación del terrorismo islamista u otras actividades ilícitas, vid. la normativa de México sobre el *control electrónico e informático* de todas las donaciones que se realicen a favor de las confesiones religiosas y de todos los gastos e ingresos que tengan las mismas, vid. link: http://www.asociacionesreligiosas.gob.mx/work/models/AsociacionesReligiosas/pdf/Varios/88423-2015-AUT-

ISR-IVA-CFF-AGJ-ACNII%20SIFEN.pdf

8 Este artículo dispone: «2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la *gestión del sector público*. 3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

UNIDAD DIDÁCTICA 12.ª

ASISTENCIA RELIGIOSA

I. CONCEPTO

Se ha definido asistencia religiosa en centros públicos como «aquella garantía positiva, o deber jurídico de actuación, que el Estado, o los poderes públicos, establecen para el pleno y real ejercicio del derecho de libertad religiosa por parte de los miembros de los centros o establecimientos públicos que se encuentran en una situación de dependencia o sujeción respecto de los mismos» (CONTRERAS[1]).

Siguiendo esta definición conviene realizar tres precisiones que creemos fundamentales en relación a esta materia:

Primera: La asistencia religiosa tiene como finalidad hacer real y efectivo el derecho de libertad religiosa. De ahí que se configure la asistencia religiosa como parte integrante del derecho fundamental de libertad religiosa y como una garantía positiva por parte de los poderes públicos; como consecuencia de poner en relación el artículo 16.1 CE con el artículo 9.2 de la misma y el artículo 2.3 LOLR. Esta primera premisa se debe dar siempre unida a la segunda.

Segunda: La obligación de los poderes públicos para reconocer, garantizar y promover la asistencia religiosa sólo surge para remover los obstáculos que impidan el ejercicio de la libertad religiosa de los ciudadanos que se encuentren en situación de dependencia o internamiento respecto de los poderes públicos. Situación de dependencia o de internamiento que impide o dificulta el ejercicio de dicha libertad; consecuentemente, de ahí nace la necesaria colaboración entre los poderes públicos y las confesiones religiosas. El concepto de dependencia no se deriva de la mera permanencia más o menos larga en un centro público, sino de la situación de internamiento o inmovilidad que limita la libertad física de las personas dependientes de un centro público. En definitiva, la naturaleza misma del centro público configura el grado de dependencia que impide o no el ejercicio de la libertad religiosa.

Por eso, si se reconoce en los centros públicos donde no se da el requisito de la dependencia, inmovilidad o internamiento, estaríamos ante lo que ha venido a denominarse por la doctrina asistencia religiosa «impropia» o «en sentido amplio»; es decir, aquellos servicios y actividades de atención que las Iglesias y confesiones religiosas prestan a sus miembros para la realización de los fines religiosos. Se configura esta asistencia religiosa en sentido amplio como servicio «ecclesiae» y,

consecuentemente, como un derecho de las confesiones religiosas. En definitiva, esta configuración y su reconocimiento jurídico son más propios de los Estados confesionales donde la institución concordataria es el instrumento jurídico que la regula.

Tercera: La asistencia religiosa es propiamente una actividad que corresponde a las confesiones religiosas (asistencia espiritual) donde el Estado no puede ni debe intervenir ni interferir en virtud del principio de laicidad. El Estado sólo puede colaborar para hacer real y efectivo el derecho de libertad religiosa. El centro público es un mero intermediario entre el creyente y la confesión religiosa; es decir, debe remover los obstáculos que impiden o dificulten la práctica religiosa del creyente en el centro público. Finalmente, si la confesión no realiza la actividad que conlleva la asistencia religiosa ni atiende la petición del creyente el centro público no puede sustituir a la confesión religiosa en esta labor espiritual. No es, por tanto, una actividad del Estado para la satisfacción de los intereses religiosos de los ciudadanos. Pero, si se reclama la asistencia religiosa y el Estado desoyera los requerimientos del creyente podría darse la vulneración de la libertad religiosa, según indica la STC 24/1982.

II. MODELOS

Los modelos de asistencia religiosa que ha elaborado la doctrina eclesiasticista son los siguientes:

1. Integración orgánica en las Administraciones públicas

En este caso, los ministros de culto de las confesiones religiosas son empleados públicos de las Administraciones públicas (sean funcionarios o contratados laborales) y están integrados en un cuerpo especial dentro de estas Administraciones públicas. En este modelo, el grado de dependencia de los ministros de culto con el Estado alcanza su mayor expresión. Este modelo es absolutamente incompatible con la igualdad en la libertad religiosa y el principio de laicidad. Los gastos económicos que origina esta asistencia religiosa correrán a cargo de la Administración pública.

Las ventajas de este modelo es la estabilidad de la asistencia religiosa y del personal de las confesiones religiosas que prestan esta asistencia religiosa.

2. Relación contractual o dependencia orgánica con las confesiones religiosas, con pago delegado de las Administraciones públicas

La relación contractual a diferencia del modelo anterior se da entre la confesión religiosa y el personal que lleva a cabo la asistencia religiosa. Este modelo también garantiza la estabilidad y la continuidad de la prestación de la asistencia religiosa. Se

puede establecer que los gastos de este servicio de asistencia religiosa sean sufragados por la Administración pública (pago delegado). Este modelo es, también, incompatible con el principio de laicidad.

3. Libertad de acceso

Este modelo consiste en que las Administraciones Públicas permiten la libre entrada al personal religioso en los centros públicos para que los ciudadanos se reúnan con dicho personal religioso, sin que medie vinculación funcionarial o contractual del personal religioso con dicha Administración Pública.

Se ha escrito: «Teóricamente se trata del modelo de asistencia religiosa que mejor se acomoda a la relación de neutralidad entre el Estado y confesión religiosa […] Pero una cosa es que sea un modelo teórico ideal y otra que sea el más viable en todos los supuestos […] No ofrece el mismo grado de estabilidad en la oferta de la asistencia, ni de seguridad jurídica […] Ni garantiza la agilidad de la prestación del servicio ni la disponibilidad de los ministros de las confesiones cuando hay un número razonable de destinatarios del servicios» (Llamazares[2]).

4. Libertad de salida

En este modelo, la Administración facilita la salida a los usuarios de los centros asistenciales, con la finalidad de que puedan asistir a los actos religiosos. Este modelo tiene dificultades en relación a su imposible aplicación en algunos centros asistenciales bien sea por razones físicas (centros hospitalarios, residencia de ancianos con problemas de movilidad) o de disciplina (centros penitenciarios, centros de internamiento de menores o de extranjeros).

Por último, en todos los modelos no se excluye la posibilidad de realización de acuerdos de colaboración entre la Administración pública y la confesión religiosa donde se recogerán las condiciones en que se van a realizar la actividad de asistencia religiosa. También se debe señalar que en estas tareas de asistencia religiosa se pueden llevar a cabo por voluntarios.

III. LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN LAS FUERZAS ARMADAS

La Asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas[3] está regulada en la disposición adicional octava de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. La asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se ejerce por medio del Arzobispado Castrense (art. 1.3 del Acuerdo de 1976 con la Santa Sede),

en los términos del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, prestándose por 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. Los militares evangélicos, judíos o musulmanes podrán recibir asistencia religiosa de su propia confesión, si lo desean, de conformidad con lo determinado en los correspondientes acuerdos de cooperación establecidos entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Israelitas de España y Comisión Islámica de España. Por último, los demás militares profesionales podrán recibir, si lo desean, asistencia religiosa de ministros de culto de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en los términos previstos en el ordenamiento y, en su caso, de conformidad con lo que se establezca en los correspondientes acuerdos de cooperación entre el Estado español y dichas entidades.

Por su parte, el Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas, se constituye con personal vinculado, laboralmente, con carácter permanente o temporal, que no adquiere condición militar. La duración máxima de la relación de servicios con carácter temporal es de ocho años (RD 1.145/1990 y Orden ministerial 84/2011). Estas normas solamente regulan la asistencia religiosa de los militares católicos.

IV. LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN LOS CENTROS HOSPITALARIOS

En relación al Servicio de asistencia religiosa católica viene regulada por la Orden Ministerial de 20 de diciembre de 1985 y Convenio de 23 de abril de 1986. Existe un servicio de asistencia religiosa católica que incluye capilla y despacho; si bien la contratación se mantiene entre el centro hospitalario público y el capellán. Este Servicio es sufragado económicamente por el centro hospitalario. Se han firmado convenios con las CCAA, por ejemplo se citan: Acuerdos de las Diócesis de Cataluña sobre asistencia religiosa católica en los centros de Xarxa hospitalaria de Cataluña, de 10 de diciembre de 1986 y de 17 de febrero de 1992; Convenio de colaboración entre el Servicio Regional de Salud de la Comunidad de Madrid y la representación de los obispos de la provincia eclesiástica de Madrid para la asistencia religiosa católica en los centros hospitalarios públicos dependientes de la Comunidad de Madrid de 8 de abril de 1997[4].

V. LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

La asistencia religiosa en los centros penitenciarios[5] se regula en el RD 710/2006 en relación a las confesiones minoritarias con acuerdos de cooperación. Este Real Decreto describe un modelo de libertad de acceso de los ministros de culto autorizados previa

solicitud del interno remitida a la dirección del centro penitenciario. No se concreta en este Real Decreto el régimen económico de esta asistencia religiosa. El Convenio de colaboración del Estado con la Comisión Islámica de España para la financiación de los gastos que ocasione el desarrollo de la asistencia religiosa en los establecimientos penitenciarios de competencia estatal. En este Convenio se recoge el pago delegado a la Comisión Islámica de España para sufragar el gasto de personal en función de la demanda (hasta 50 internos, media jornada; hasta 150 internos jornada completa, más de 150 jornada y media). Por otra parte, en relación con la Iglesia católica se regula en la Orden Ministerial de 24 de diciembre de 1993. En esta Orden se contempla la relación contractual entre el capellán y el obispado, no con la Administración pública. No obstante, la Administración pública procederá al pago delegado de este servicio.

VI. LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN LOS CENTROS ASISTENCIALES[6]

El artículo 45 del RD 162/2014, de 14 de marzo, regula la práctica religiosa en los *centros de internamiento de extranjeros*. Se ha firmado un Convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y la Conferencia Episcopal Española para garantizar la asistencia religiosa católica en los centros de internamiento de extranjeros, de 12 de junio de 2014. En este Convenio se dispone la celebración de actos religiosos católicos y la existencia de despacho pastoral pero no se recoge aportación económica por dicha asistencia religiosa. En relación a los *centros de internamiento de menores*, el artículo 39 del Real Decreto 1.774/2004, de 30 de julio, reglamento de responsabilidad penal de los menores, dispone: «1. Todos los menores internados tendrán *derecho a dirigirse* a una confesión religiosa registrada, de conformidad con lo previsto por la legislación vigente». Se está reconociendo que el modelo de asistencia religiosa es de libertad de acceso[7]. En las *residencias de la tercera edad* se ha regulado la asistencia religiosa en una serie de convenios de colaboración entre las Administraciones Públicas competentes por la materia en asistencia social o los propios centros asistenciales públicos de la tercera edad y la Iglesia católica. Se pueden citar como ejemplos[8]: el Convenio de colaboración firmado entre el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales del Departamento de Bienestar Social de la Generalitat de Cataluña y el Arzobispado de Tarragona de 18 de mayo de 1995, y el Convenio entre la Comunidad de Madrid y los obispos de las diócesis que comprenden el territorio de la provincia eclesiástica de Madrid, de 29 de abril de 1999.

Por último, en relación con la *asistencia religiosa en los centros educativos públicos* no existe fundamento jurídico para tal derecho a la asistencia religiosa ya que no se dan las condiciones de inmovilidad o internamiento, como ha indicado la STSJ de Madrid, de 13 de septiembre de 1999.

1 *El régimen jurídico de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Ministerio de Justicia, 1989, p. 68.

2 *Derecho de la libertad de conciencia*, tomo II, 2011, *op. cit*., pp. 671 ss.

3 Sobre esta materia, vid. la *Sentencia del Tribunal Constitucional* 24/1982, de 13 de mayo.

4 Sobre la asistencia religiosa en los centros hospitalarios, vid. Guía de gestión de la diversidad religiosa en los centros hospitalarios, Observatorio del Pluralismo Religioso en España, 2011.

5 Sobre la asistencia religiosa penitenciaria, vid. STEDH de 30 de noviembre de 2006 (asunto Igors Dmitrijevs contra Letonia), considerando n.º 79. También, vid. la Instrucción de la Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehablitació i Justicia Juvenil de Cataluña 1/2005, de regulación del derecho a recibir atención religiosa en el medio penitenciario.

6 El Cuerpo de Capellanes de la Beneficencia fue creado por Orden de 14 de abril de 1919. En este punto, hay que indicar que no existe una derogación formal y expresa de esta norma y que el Decreto de 30 de junio de 1939 restablecía su vigencia (tras la derogación del Decreto de 1932). No obstante, este Cuerpo de capellanes de la Beneficencia general se ha declarado a extinguir, conforme al artículo 50 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Conviene, también, tener presente en este punto la desaparición de los centros públicos de beneficencia debida a la derogación de la normativa reguladora de la Beneficencia en el año 1994 y, en consecuencia, una parte importante de estos capellanes que desarrollaban su labor de asistencia espiritual en centros hospitalarios quedarían amparados por la disposición transitoria de la Orden de 20 de diciembre de 1985 por la que se dispone la publicación del Acuerdo sobre Asistencia Religiosa católica en Centros Hospitalarios públicos.

7 Las normas autonómicas recogen la asistencia religiosa en estos centros; por ejemplo, el artículo 60 de la Ley 27/2001 de Justicia Juvenil de Cataluña; artículo 38 del Decreto canario 36/2002, de 8 de abril, que aprueba el reglamento de organización y funcionamiento de los centros para la ejecución de medidas de internamiento de menores y jóvenes infractores dictados por los Juzgados de Menores; artículo 111 de Decreto gallego 427/2001, de 11 de diciembre, que aprueba el texto del reglamento de funcionamiento interno de los centros de reeducación para menores y jóvenes sometidos a medidas preventivas de libertad; artículo 19 de la Orden balear de 10 de enero de 2006, de aprobación de la normativa interna de funcionamiento de los centros de internamiento de las Illes Balears para ejecutar las medidas privativas de libertad que dicten los juzgados de menores.

8 Otros convenios, vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., *La asistencia religiosa en los centros asistenciales*, Dykinson, 2011.

Diseño de cubierta: J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

Edición en formato digital: 2015

© JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ GARCÍA, 2015
© Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2015
Calle Juan Ignacio Luca de Tena, 15
28027 Madrid
infotecnos@tecnos.es

ISBN ebook: 978-84-309-6741-4

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

Índice

Abreviaturas 7

Presentación a la segunda edición 9

I. INTRODUCCIÓN: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO 10

Unidad didáctica 1. Concepto y ciencia del Derecho Eclesiástico del Estado 11

I. Introducción 11

II. El Derecho eclesiástico como sinónimo de Derecho canónico 11

III. Presupuestos y factores determinantes de la evolución del concepto de Derecho Eclesiástico del Estado hacia su significación actual 12

1. Los factores histórico-políticos 12

2. Los factores filosóficos-jurídicos 14

IV. El concepto de Derecho Eclesiástico del Estado en su significación actual 16

1. La doctrina dualista italiana 16

2. El Derecho Eclesiástico del Estado como «Legislatio Libertatis» 18

3. El Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia 18

4. El principio de laicidad como garantía del Derecho de libertad de conciencia 20

Unidad didáctica 2. Los modelos de relación entre el Estado y el fenómeno religioso 24

I. Introducción 24

II. Modelos de relación estado-confesiones religiosas 24

1. Modelo de identidad 24

2. Modelo de exclusividad 25

3. Modelo de utilidad 25

4. Modelo de neutralidad religiosa (laico) 26

III. Las técnicas de relación entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos confesionales 28

Unidad didáctica 3. Los modelos de relaciónen el Derecho comparado 31

I. Introducción 31

II. Modelo alemán 31

III. Modelo italiano 34

IV. Modelo francés 35

V. Modelo de Estados Unidos 37
VI. La Unión Europea 40
II. EL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO ESPAÑOL 43
A) PARTE GENERAL 44
Unidad didáctica 4. Los precedentes históricos del Derecho Eclesiástico del Estado español vigente 44
I. Precedentes remotos 44
1. La «Reconquista» y la tolerancia religiosa 44
2. Antiguo régimen 45
3. El constitucionalismo español del siglo XIX 46
II. Precedentes próximos 49
1. La Segunda República 49
2. El régimen franquista 50
Unidad didáctica 5. El sistema de relación vigente en la Constitución de 1978 54
I. Los principios informadores en el modelo español 54
II. El principio de laicidad del Estado 54
1. Neutralidad religiosa 55
2. Separación Estado-confesiones religiosas 57
III. Libertad de conciencia 60
1. Sujetos de la libertad de conciencia 61
2. Contenido de la libertad de conciencia 63
3. Límites de la libertad de conciencia 67
IV. Igualdad en la libertad 72
V. Cooperación estatal con las confesiones religiosas 75
Unidad didáctica 6. Las fuentes del Derecho Eclesiástico del Estado español 88
I. Fuentes específicas del Derecho Eclesiástico del Estado español 88
1. Los Derechos confesionales 88
2. Los acuerdos de cooperación con las confesiones religiosas 89
II. Los principios reguladores 92
III. Problemas específicos del Derecho Eclesiástico del Estado 92
1. La Constitución y los Acuerdos con la Iglesia católica 92
2. Los Acuerdos Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España y los Acuerdos con la Iglesia católica 93
3. Las Leyes orgánicas y los Acuerdos con la Iglesia católica 93

4. El Derecho Comunitario y los Acuerdos con la Iglesia católica 94
5. Las leyes autonómicas y los Acuerdos con las confesiones religiosas 95
6. Los Acuerdos con las confesiones religiosas entre sí 95
7. La tradición religiosa como norma jurídica 96
B) PARTE ESPECIAL 100
Parte Especial B.1. Laicidad y libertad de conciencia 100
Unidad didáctica 7. Derecho de educación, libertad de enseñanza y laicidad 100
I. Los principios del Derecho de educación 100
II. Libertad de enseñanza 101
1. El Derecho a crear centros educativos 101
2. Libertad de cátedra 103
3. El Derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos 104
Unidad didáctica 8. Derecho a la información, libertad de expresión y laicidad 116
I. La libertad de expresión 116
II. El Derecho de información 117
III. Los principios rectores 118
1. El pluralismo informativo 118
2. La garantía institucional de la opinión pública libre 119
IV. El Derecho a crear medios de comunicación 120
1. Empresas informativas 120
2. Los servicios de la sociedad de información 122
V. La participación de los grupos ideológicos en el control de los medios de comunicación 122
VI. El Derecho de acceso 124
VII. Límites. Especial referencia a los sentimientos religiosos 124
Unidad didáctica 9. Leyes neutrales, objeción de conciencia y «acomodación razonable» 131
I. Normas neutrales y conductas libres en conciencia 131
1. Eutanasia 131
2. El Derecho a la procreación y laicidad 133
II. Secularización del matrimonio y libertad de conciencia 135
1. Uniones matrimoniales 135

2. Matrimonio civil y religioso 136
3. Matrimonios religiosos y étnicos 146
III. Normas neutrales, objeción de conciencia y «acomodación razonable» 147
1. Uso de vestidos y símbolos como expresión de la identidad de la persona o por la pertenencia a una minoría cultural o religiosa y las normas neutrales 148
2. Las objeciones de conciencia 150
3. Transfusiones de sangre y objeción de conciencia a tratamientos médicos 159
4. Alimentación en centros públicos y sacrificio de animales 160
Parte Especial B.2. El Derecho de asociación, el principio de laicidad y el principio de cooperación con las confesiones religiosas 171
Unidad didáctica 10. Estatuto jurídico de las confesiones religiosas 171
I. La inscripción de las confesiones religiosas 171
II. El régimen especial de inscripción de la iglesia católica 172
III. El artículo 6 LOLR 173
IV. Los lugares de culto 175
V. Los cementerios religiosos 176
VI. El régimen jurídico del patrimonio histórico, artístico y cultural de las confesiones religiosas 177
VII. Turismo cultural y religioso 179
Unidad didáctica 11. Régimen económico y tributario de las confesiones religiosas 184
I. Financiación económica 184
II. Régimen fiscal y tributario 186
Unidad didáctica 12. Asistencia religiosa 191
I. Concepto 191
II. Modelos 192
1. Integración orgánica en las Administraciones públicas 192
2. Relación contractual o dependencia orgánica con las confesiones religiosas, con pago delegado de las Administraciones públicas 192
3. Libertad de acceso 193
4. Libertad de salida 193
III. La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas 193
IV. La asistencia religiosa en los centros hospitalarios 194

V. La asistencia religiosa en los centros penitenciarios 194
VI. La asistencia religiosa en los centros asistenciales 195
Créditos 197