

Rafael Palomino Lozano

MANUAL BREVE
DE DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

Madrid, 2013



“Manual Breve de Derecho eclesiástico del Estado” por Rafael Palomino Lozano se encuentra bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 Unported. 2013

¿Comentarios o sugerencias sobre este manual? Escriba a [rpalominolozano\[arroba\]gmail\[punto\]com](mailto:rpalominolozano@gmail.com)

Este Manual Breve de Derecho eclesiástico del Estado está diseñado para estudiantes de la asignatura “Derecho eclesiástico del Estado” en el Grado de Derecho *On-Line* de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Con él se pretende facilitar un material de base para el proceso de aprendizaje.

El texto en formato *.pdf ofrece múltiples vínculos a legislación, jurisprudencia y materiales informativos en la red. La consulta de esas fuentes es altamente recomendable.

El autor agradecerá cualquier sugerencia para mejorar este Manual.

Enero 2013

ÍNDICE

Capítulo 1. Las relaciones Estado Religión. Factor religioso, sociedad y derecho	1
1. Introducción	1
1.1. Qué se entiende por Estado	1
1.2. Qué se entiende por Religión	2
2. Las relaciones entre el Estado y la Religión	4
2.1. El monismo político religioso	5
2.2. La revolución introducida por el Cristianismo	5
2.3. El cesaropapismo.....	7
2.4. La reacción occidental: el Dualismo gelasiano.....	8
2.5. La Cristiandad. Imperio y Papado.....	9
2.6. La ruptura de la unidad europea. Los regalismos	10
2.7. El liberalismo. Nacimiento del constitucionalismo liberal	11
3. ¿Dónde estamos ahora? Modelos de relación entre Religión y Estado ..	12
3.1. Teocracias	13
3.2. Estados confesionales.....	13
3.3. Estados aconfesionales.....	14
3.3. Estados separatistas	14
3.4. Estados coordinacionistas	15
3.5. Modelos extremos e ideales: totalitarismo, fundamentalismo, laicismo	17

Capítulo 2. ¿Qué es y para qué sirve el Derecho Eclesiástico del Estado? Autonomía docente y científica. Fuentes y principios.....	21
1. Introducción	21
2. Denominación. Historia del Derecho eclesiástico del Estado	22
3. Objeto del Derecho eclesiástico del Estado	25
3.1. El objeto y la construcción del sistema jurídico	25
3.2. El Derecho eclesiástico del Estado como especialidad.....	28
4. Autonomía docente y científica.....	28
5. Las fuentes del Derecho eclesiástico del Estado.....	30
5.1. Fuentes unilaterales	31
5.2. Fuentes pacticias	32
5.3. La cuestión de la relevancia de los Derechos religiosos en el Derecho del Estado.....	35
6. Los principios del Derecho eclesiástico del Estado	36
6.1. El principio de libertad religiosa.....	38
6.2. El principio de laicidad	38

6.3. El principio de igualdad religiosa	39
6.4. Principio de cooperación.....	40
7. ¿Para qué sirve el Derecho eclesiástico del Estado?.....	41
Capítulo 3. La libertad religiosa, perspectiva del Derecho Eclesiástico del Estado	45
1. Introducción	45
2. Contenido y naturaleza del derecho fundamental de libertad religiosa ..	47
2.1. Algunos datos procedentes del Derecho interno, regional e internacional	47
2.2. ¿Qué es una libertad?	49
2.3. Naturaleza de la libertad religiosa.....	51
2.4. Contenido de la libertad religiosa	53
2.4.1. De nuevo: ¿qué es una religión?	53
2.4.2. Manifestaciones de lo que se protege	55
3. Sujetos de la libertad religiosa	56
4. Límites de la libertad religiosa.....	57
Capítulo 4. Las confesiones religiosas y sus entidades. Los NMR o "sectas". La religión y su relación con el Poder ejecutivo.....	63
1. Introducción	63
1.1. La religión en su expresión institucional	63
1. 2. La personalidad jurídica de los grupos religiosos en perspectiva comparada	65
2. Confesiones, entidades y federaciones religiosas en el Derecho español	66
2.1. Confesión religiosa.....	67
2.2. Entidad religiosa.....	69
2.3. Federaciones religiosas	70
2.4. Formas de personificación jurídica de confesiones, entidades y federaciones.....	71
3. Los NMR's (nuevos movimientos religiosos) o "sectas"	72
4. La religión y su relación con el poder ejecutivo	74
4.1. El poder ejecutivo, los actos y símbolos religiosos	74
4.2. El poder ejecutivo y la cooperación institucional	75
Capítulo 5. Religión y economía. Lugares de culto. Patrimonio cultural... 79	
1. Introducción	79
2. Religión y economía: perspectivas en torno a la financiación.....	80
2.1. La visión religiosa de esta cuestión.....	80
2.2. La visión secular: el peso de la historia	80
2.3. El sistema español de financiación de las confesiones religiosas....	82
2.3.1. Financiación directa	82

2.3.2. Régimen tributario	83
3. Los lugares de culto.....	86
3.1. Concepto.....	86
3.2. ¿Qué es la inviolabilidad de los lugares de culto?	88
3.3. Régimen de propiedad y derecho urbanístico	89
4. Patrimonio cultural	91
Capítulo 6. Ministros de culto. La asistencia religiosa	95
1. Introducción	95
2. Ministros de culto.....	96
2.1. Concepto de ministro de culto.....	96
2.2. El secreto ministerial.....	97
2.2.1. Legislación pacticia o acordada	99
2.2.2. Legislación unilateral	100
2.3. Régimen laboral y Seguridad social.....	102
2.4. Un residuo histórico: la incapacidad sucesoria	104
2.5. Otras cuestiones: el deber del jurado, inscripción de matrimonio	104
3. Asistencia religiosa.....	105
3.1. Modelos de asistencia religiosa.....	106
3.2. Asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas.....	108
3.3. Asistencia religiosa en Instituciones Penitenciarias.....	109
3.4. Asistencia religiosa en centros hospitalarios.....	111
3.5. Asistencia religiosa impropia	112
Capítulo 7. Las objeciones de conciencia	115
1. Introducción	115
2. Concepto y elementos	117
2.1. Comportamiento individual omisivo	118
2.2. Basado en los motivos de conciencia.....	119
2.3. Contrario a la norma jurídica estatal	119
2.4. Clases de objeción de conciencia.....	119
3. Fundamento y tratamiento jurídico de la objeción de conciencia	120
4. Objeción de conciencia y deberes cívicos.....	122
4.1. Objeción de conciencia militar	123
4.2. Objeción de conciencia fiscal.....	124
4.3. Objeción de conciencia al jurado	125
4.4. Objeción de conciencia y elecciones	126
5. Objeción de conciencia y vida humana.....	127
5.1. Objeción de conciencia al aborto	127
5.2. Objeción de conciencia y tratamientos médicos	129
6. Objeción de conciencia y relaciones laborales	133
6.1. Calendario laboral semanal	133
6.2. Vestuario reglamentario de empresa	135

7. Otras formas de objeción de conciencia	136
7.1. Normas administrativas.....	136
7.2. Empleados públicos y jueces	137
Capítulo 8. Matrimonio y Religión. sistemas matrimoniales	143
1. Introducción	143
2. Concepto de sistema matrimonial	144
3. Tipos de sistemas matrimoniales.....	146
3.1. Aspecto constitutivo	146
3.2. Aspecto jurisdiccional	147
3.3. Aspecto disolutorio.....	147
3.4. Aspecto registral.....	147
4. El sistema matrimonial español histórico	148
5. El sistema matrimonial español actual.....	149
5.1. Evolución normativa	149
5.2. El matrimonio canónico ante el Derecho español.....	151
5.3. El matrimonio de las minorías religiosas ante el Derecho español	157
Capítulo 9. Derechos educativos.....	161
1. Introducción	161
1.1. El protagonismo del Estado en la enseñanza	161
1.2. Actores sociales y enseñanza: padres, docentes y alumnos	162
1.3. La enseñanza y las religiones.....	163
2. Derecho a la educación y libertad de enseñanza.....	165
2.1. Conceptos básicos	165
2.2. Pluralidad, neutralidad y escolarización	166
3. Enseñanza de la religión.....	170
3.1. Evolución de la normativa	171
3.2. Los profesores de religión.....	173
4. La enseñanza de iniciativa social, también llamada escuela privada ...	175
4.1. El ideario de los centros docentes	175
4.2. El sistema de conciertos	176
5. La libertad académica.....	177
Capítulo 10. Tutela jurídica de la religión.....	181
1. Introducción	181
2. La protección normativa o institucional de la libertad religiosa.....	182
3. Protección jurisdiccional de la libertad religiosa	183
3.1. El “amparo ordinario” de los derechos fundamentales	183
3.2. El “amparo extraordinario” de los derechos fundamentales.....	186
3.3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	188
4. Tutela penal	189

CAPÍTULO 1. LAS RELACIONES ESTADO RELIGIÓN. FACTOR RELIGIOSO, SOCIEDAD Y DERECHO

1. Introducción

Para entender en toda su amplitud el Derecho eclesiástico del Estado, es preciso comenzar con una visión general del contexto en el que se incardina esta rama del Derecho. Por eso, este primer Capítulo estudia las relaciones entre el Estado y la Religión.

1.1. Qué se entiende por Estado

Hagamos abstracción de otras consideraciones acerca de la definición de Estado. Valgan aquí dos conceptos del mismo: (i) el **conjunto de los órganos de gobierno de un país soberano** (concepto funcional) y (ii) el propio **grupo social organizado políticamente** (concepto orgánico). En la primera acepción, la funcional, el Estado es una forma histórica de expresión de la autoridad organizada. Es decir: mientras que la autoridad es un elemento permanente en cualquier comunidad humana, el Estado no ha existido siempre ni tiene por qué durar por siempre como estructura política organizativa.

Junto a unos elementos “naturales” del Estado (territorio y población), existen también unos elementos “estructurales” del mismo: el poder, el fin o función a que sirve tal poder y, por supuesto, el Derecho.

El “poder” denota que el Estado es supremo en su propio orden, el orden político. Se suele también designar a este elemento como “soberanía”: el Estado no reconoce en su orden otros elementos políticos superiores, necesarios para completar o dar sentido a su existencia y a la realización de sus funciones: el poder del Estado es autónomo.

El “fin” del Estado se expresa en diversas fórmulas, que se resumen quizá en dos palabras: **bien común**. La realización del bien común, a su vez,

comprende diversos elementos, como la defensa exterior y la paz interna, la implantación y garantía de un orden jurídico general para la convivencia y cooperación, la gestión de los bienes requeridos para el desarrollo de la persona humana... El bien común se expresa de forma histórica y temporal: no es, desde luego, una fórmula fija, aunque también es cierto que comprende siempre exigencias esenciales del ser humano que es, no lo olvidemos, un ser personal y un ser social.

Por último, el tercer elemento estructural del Estado es el “derecho”. En efecto, la ordenación de la sociedad que hace el Estado se expresa, entre otros elementos, a través del Derecho. Lo cual no quiere decir que el único Derecho posible sea sólo el estatal, o que cualquier ordenación normativa o cualquier regla, para poderse considerar Derecho, deba recibir la aprobación estatal. Una interpretación reductiva de esas características es la que realizan algunas ramas del denominado **positivismo jurídico**. Ante lo cual conviene aclarar, al menos, dos cosas.

En primer lugar, que el Derecho es regla de la Justicia. Ciertamente, el Derecho está para solucionar conflictos. Pero los conflictos pueden solucionarse bien o solucionarse mal; se solucionan bien cuando se solucionan con justicia. Lo cual no quiere decir que una solución justa contente o de satisfacción a todos: la solución justa no pretende dejar a todos contentos, sino dar a cada uno lo que le corresponde, lo suyo.

En segundo lugar, que el Derecho está allí donde hay un conjunto social organizado, allí donde hay una “sociedad”. Los clásicos lo resumían así: *ubi societas, ibi ius*: donde hay una sociedad, ahí está el Derecho. No nos sorprenderá, por tanto, que el Comité Olímpico Internacional, el Fondo Monetario Internacional, una Asociación profesional o una Cámara de Comercio, establezcan reglas que son Derecho. Y también las religiones del mundo tienen —al menos, algunas de ellas— Derecho. Lo cual nos lleva de inmediato a preguntarnos qué es la religión.

1.2. Qué se entiende por Religión

Se trata de un concepto polifacético, muy difícil de resumir en pocas líneas. De hecho, las Ciencias que estudian la religión apenas consiguen ofrecer un concepto único, universal, válido para cualquier dimensión de las muchas que tiene el fenómeno religioso. Durante siglos, en Occidente, quienes se preguntaron por la Religión respondían indicando que se trataba de una virtud, es decir, de una inclinación buena del ser humano para dirigirse de forma adecuada a la divinidad (se decía entonces de una persona o de un

pueblo que son “muy” o “poco” religiosos). La progresiva multiplicación de diversas “religiones” en un mismo contexto social (pluralidad religiosa), unida al racionalismo ilustrado, condujo a la necesidad y/ al intento de formular, de “cosificar” la religión: ¿qué es ese “algo” que llamamos “religión”? ¿Podemos elaborar un concepto o una definición de la misma? No es nada sencillo hacerlo: con la religión pasa lo que sucede con tantos conceptos fundamentales (cultura, amor, espíritu...): “sabemos” lo que son, pero no resulta fácil explicarlo y menos “definirlo”.

A los efectos que aquí interesan, “la religión, por antonomasia, implica una dimensión sobrenatural (y por tanto metajurídica), pero muestra también una vertiente humana y social con múltiples perfiles, de tal forma que resulta imposible agotar el concepto en una sola definición (...) La mayor parte de la doctrina coincide en señalar como puntos comunes a todas las religiones la creencia en una realidad trascendente —no humana— que implica una determinada concepción e interpretación de la vida, de modo que esa concepción, transformada en doctrina, condiciona también la conducta personal mediante las exigencias de una moral específica. También parece un lugar común aceptar que la religión conlleva unas necesarias manifestaciones externas, tradicionalmente denominadas como cultuales o litúrgicas. En este sentido, una mera religiosidad, o sentimiento religioso personal que no trascendiera al exterior, no cabría calificarlo como hecho religioso. Por otra parte, esa exteriorización del sentimiento religioso ha tenido también siempre una dimensión social y comunitaria. Y la historia y la arqueología nos confirman que esto ha sido así desde los mismos orígenes del hombre. De cara al estudio de la relación que cabe establecer entre Religión y Derecho, nos interesa especialmente la dimensión social del fenómeno religioso”¹.

De forma que en el concepto de Religión se dan cita varias realidades:

- a. Las *creencias*, una explicación total del mundo (cosmovisión) y unas verdades de carácter sobre-natural acerca de la divinidad.
- b. Unido a lo anterior, “una *moral*; es decir, el conjunto de deberes que el hombre tiene en relación con Dios y con los demás hombres e incluso consigo mismo y con respecto al modo de utilizar a sus servicio los bienes terrenos”².
- c. Las actividades —individuales y/o comunitarias— de veneración y comunicación con Dios, de “cultivo” de la religión, es decir, las

¹ J. MANTECÓN SANCHO, *El derecho fundamental de libertad religiosa: Textos, comentarios y bibliografía*, Eunsa, Pamplona, 1996, p. 22.

² J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE; P. LOMBARDÍA; M. LÓPEZ ALARCÓN; R. NAVARRO-VALLS; P. J. VILADRICH, *Derecho eclesiástico del Estado español*, 1ª ed., Eunsa, Pamplona, 1980, p. 22.

acciones culturales.

- d. La dimensión societaria, comunitaria y/o institucional: las religiones se nos presentan como agrupaciones humanas cuyo origen, explicación y funcionamiento es (o puede ser) *distinto, anterior e independiente del Estado*, aun cuando se relacionen de alguna forma con el Estado.

2. Las relaciones entre el Estado y la Religión

A lo largo de la historia, las relaciones entre Estado y Religión han sido una realidad constante, pero no siempre han seguido las mismas manifestaciones ni los mismos modelos.

Durante siglos, la Religión ha supuesto para el Estado una fuente de legitimación que aportaba las “reglas de fondo” del ejercicio del poder político. Reglas morales, por tanto, pero también reglas jurídicas, pues la Religión —aunque no solo ella— ha aportado también el sentido de la Justicia. “Un modo de concebir el bien y el mal lleva lógicamente a una concreta comprensión de lo justo y de lo injusto y, por tanto, a una tendencia a configurar, de acuerdo con tales criterios, los principios que deben regir la vida colectiva”³.

Incluso hay estudiosos que sostienen que la *dimensión religiosa* de las comunidades humanas fue un vasto campo de actividades, del que algunas fueron desgajándose paulatinamente para constituir actividades profanas. Se discute incluso si el Derecho podría haber sido originariamente una actividad sagrada que sufrió un proceso de secularización⁴.

Se dice, no sin razón, que la idiosincrasia intelectual de Occidente nace en tres colinas: la Acrópolis, el Capitolio y el Gólgota. Los europeos pensamos con categorías mentales griegas; los esquemas jurídicos romanos son fundamentales para entender nuestro Derecho; y el substrato ético que empapa el pensamiento y el Derecho europeos es, en su base, judeo-cristiano⁵.

Aquellas tres colinas representan también formas de relación entre Estado y Religión. Grecia y Roma suponen el monismo político religioso (que todavía subsiste en otras civilizaciones contemporáneas); y el tercer lugar

³ *Ibid.*

⁴ W. C. DURHAM; A. DUSHKU, “Traditionalism, Secularism, and the Transformative Dimension of Religious Institutions”, *Brigham Young University Law Review*, 1993, pp. 427–430.

⁵ R. NAVARRO-VALLS, *Del poder y de la gloria*, Encuentro, Madrid, 2004, p. 165.

geográfico, en Medio Oriente, representa una revolución a partir de la cual puede hablarse de una distinción —y por tanto, de una “relación” propiamente dicha— entre Estado y Religión.

2.1. El monismo político religioso

Grecia y Roma tenían religiones étnico-políticas. Este tipo de religiones ponen “de relieve la dimensión social de la religión y su íntima relación con la identidad del pueblo o nación. La religión es así algo propio del pueblo, que se confunde con sus orígenes mismos, y posee índole fuertemente nacional y una concepción politeísta de la divinidad (...) Las religiones étnico-políticas se distinguen por un tipo de religiosidad que se puede denominar ‘oficial’ o incluso legal, pues tiene ante todo un carácter público y está muy vinculada a los avatares políticos y militares que determinan la vida de un pueblo. Su finalidad y función parece consistir sobre todo en la protección y conservación de la comunidad o pueblo, mediante el fortalecimiento de la cohesión social, al que contribuyen decisivamente los ritos y formas de culto, que tienen también un carácter oficial, que coexiste junto a otras manifestaciones personales de religiosidad. De ahí que la autoridad política y militar desempeñe en ocasiones funciones religiosas o tenga al menos un poder de decisión sobre ellas”⁶.

En consecuencia, tanto en Grecia como en Roma, no existían órdenes separados entre lo político y lo religioso. Ambos estaban compenetrados. Ser un buen ciudadano era, al mismo tiempo, ser religioso. El reforzamiento del Estado —especialmente en tiempos de crisis— significaba también el regreso a la religión tradicional. Quizá por eso Roma, en su fase imperial, choca con el cristianismo, cuyos miembros eran tachados de “ateos” por sustraerse a esa parte importante de la identidad ciudadana, que era la religión cívica del Imperio.

2.2. La revolución introducida por el Cristianismo

En sí misma, la religión cristiana no aporta un programa político específico. Frente a las religiones étnico-políticas —de entonces, pero también de ahora— el cristianismo se presenta como religión universal, cuyo mensaje se dirige a todos. En uno de los textos fundamentales del Cristianismo se deja constancia de un episodio de la vida de Jesucristo que es clave para la

⁶ V. SANZ SANTACRUZ, “Fenomenología y Psicología de la religión”, 1999, Pamplona, p. 24.

historia posterior: “[r]etirándose entonces, los fariseos deliberaron sobre el modo de sorprenderle en alguna palabra. Y le enviaron sus discípulos, junto con los herodianos, a decirle: ‘Maestro, sabemos que eres sincero, enseñas de verdad el camino de Dios y no te dejas llevar de nadie, porque no haces acepción de personas. Dinos, por tanto, qué te parece: ¿Es lícito dar tributo al César, o no?’ Pero, conociendo Jesús su malicia, respondió: ‘¿Por qué me tentáis, hipócritas? Enseñadme la moneda del tributo’. Y ellos le mostraron un denario. Díjoles: ‘¿De quién es esta imagen y esta inscripción?’. Respondieron: ‘Del César’. Entonces les dijo: ‘Pues dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios’. Al oírlo, se quedaron admirados y, dejándole, se fueron”⁷.

El debate occidental sobre las relaciones entre Estado y Religión, durante muchos siglos, ha girado precisamente en torno a esas palabras: dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios. Lo básico de las mismas nos remite tres notas esenciales. Primera: la existencia de dos órdenes diversos de autoridad. Segunda: la existencia de obligaciones específicas respecto de ambos órdenes, obligaciones que —en concreto— no se identifican una con la otra. Y tercera, la afirmación de Jesucristo supone “la desmitificación del poder político más eficaz jamás planteada en la historia. Distinguiendo entre lo que es de Dios y lo que es del César, la fe cristiana ha señalado su límite intrínseco: ningún poder político puede satisfacer en plenitud el deseo del hombre. De este modo se afirma, indirectamente, la dignidad de la persona, fundada en su capacidad de trascendencia. Ésta no deriva de ningún poder político ni de ninguna institución”⁸.

Pero la distinción de órdenes (el político secular y el orden religioso) no significa que sean realidades separadas e incomunicadas. Por un lado, en tempranos escritos del cristianismo, se exhorta a los creyentes a cumplir con sus deberes cívicos: “Que todo hombre se someta a las autoridades superiores, porque no hay autoridad que no provenga de Dios; y las que existen, por Dios han sido constituidas. Así pues, quien resiste a la autoridad, resiste al plan de Dios; y quienes se resisten, recibirán su propia condenación”⁹. Y, por otro, se afirma la superioridad de la obediencia a Dios, en caso de que sus mandatos fueran opuestos a los de la autoridad secular. En efecto, ante la reacción de las autoridades del Pueblo Judío prohibiendo que los primeros seguidores de Jesucristo predicaran su

⁷ Evangelio según San Mateo, 22:15-22, en *Nuevo Testamento* (traducción, introducciones, notas e índice por materias de A. Fuentes Mendiola), Madrid (1986).

⁸ A. SCOLA, *Una nueva laicidad: temas para una sociedad plural*, Ediciones Encuentro, CEU Ediciones, Madrid, 2007, p. 27.

⁹ Carta a los Romanos, 13:1-7, en *Nuevo Testamento* (traducción, introducciones, notas e índice por materias de A. Fuentes Mendiola), Madrid (1986).

novedoso mensaje, la reacción de los Apóstoles es contundente: “Es preciso obedecer a Dios antes que a los hombres. El Dios de nuestros padres resucitó a Jesús, a quien vosotros matasteis colgándole de un madero. A éste ha exaltado Dios con su diestra como Príncipe y Salvador, para conceder a Israel la conversión y la remisión de los pecados. Nosotros somos testigos de estas palabras, como lo es también el Espíritu Santo que Dios ha concedido a los que le obedecen”¹⁰.

Ahora bien: este planteamiento cristiano no se implanta en una sociedad “nueva”. La historia de la humanidad (aunque la dividimos en dos partes, una “antes” y otra “después” de Cristo) y las estructuras sociales y políticas imperantes eran el “contexto” en el cual se intenta realizar ese planteamiento nuevo.

2.3. *El cesaropapismo*

Recordemos que cuando aparece y se expande el Cristianismo por el Imperio romano, el Emperador aunaba en sí autoridad política y religiosa. El Emperador era el *Pontifex Máximus*, el constructor del puente que une lo divino y lo humano, el máximo sacerdote de la religión cívica. Y aunque el Cristianismo terminara siendo aceptado por el Imperio, lo cierto es que la autoridad del Emperador se dejó sentir con fuerza sobre la nueva religión. En efecto, al Emperador se le dan los títulos de “consero de los obispos”, *Arjeus Basileus* o cabeza del Estado y de la Iglesia, “sumo rey y pontífice”, “magistrado de la fe”, llegando a ser reconocido como jefe real de la Iglesia, con poder de legislar en materia eclesiástica, presidir los concilios, poner y deponer obispos y patriarcas, imponer decretos dogmáticos, etc.... En parte, esto se explica porque las cuestiones de carácter religioso eran también cuestiones que afectan a la paz y prosperidad de su Imperio, sobre todo una vez que **Teodosio** elevó la religión cristiana a religión oficial del Imperio en el año 380.

Se denomina Cesaropapismo a esta intervención del Emperador, como si de autoridad suprema de la Iglesia tratara, en las cuestiones internas de la religión. Como tendremos ocasión de ver más adelante, el Cesaropapismo vuelve a surgir siglos después en el denominado regalismo.

Respecto del Cesaropapismo hay dos elementos que merece la pena destacar. Por un lado, su posible influencia en el **Cisma de Oriente** (es decir, la división del cristianismo en dos mitades, la oriental y la occidental,

¹⁰ Hechos de los Apóstoles, 5:29-32, en *Ibídem*.

por razón del rechazo de la autoridad suprema del Papa, Patriarca de Roma). Por otro lado, que el Cesaropapismo también podría ser la causa remota de la intensa relación existente —hoy en día— entre el poder temporal y el poder espiritual en países del oriente europeo.

2.4. La reacción occidental: el Dualismo gelasiano

El Cesaropapismo llega a generar tales abusos, sobre todo en Oriente, que en ocasiones intervienen los papas de Roma para aclarar la doctrina de las competencias de la Iglesia y del Estado.

Es el caso de la intervención del **Papa Gelasio I** (494) mediante una carta dirigida al Emperador de Oriente, Anastasio I: “Hay, en verdad, augustísimo emperador, dos poderes por los cuales este mundo es particularmente gobernado: la sagrada autoridad de los papas y el poder real”. “Con estas palabras, que constituyen un eco de la distinción evangélica entre las cosas que son del César y las que son de Dios, se establece el principio de la existencia de dos poderes. Al de la Iglesia, dirigido a las materias religiosas, en cuanto que creyentes, están sometidos los mismos príncipes temporales (...) Y ello, sin perjuicio del deber de obediencia que tienen incluso los dignatarios eclesiásticos, por la misma voluntad divina, a los que rigen los asuntos temporales”¹¹.

En la misma línea, **Osio, Obispo de Córdoba**, en un texto menos conocido, se dirige tiempo atrás al Emperador, con motivo de la disputa arriana: “No te metas en las cosas de la Iglesia, ni nos mandes sobre puntos en que debes ser instruido por nosotros. A ti te fió Dios el imperio: a nosotros la Iglesia. Y así como el que mira mal a tu imperio contradice a la ordenación divina, del mismo guárdate tú de no hacerte reo de un gran crimen en adjudicarte lo que toca a la Iglesia. *Dad* (dice Dios) *al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios*. Por tanto, ni a nosotros nos es lícito tener imperio en la tierra, ni tú, que eres emperador, gozas de potestad en las cosas sagradas”¹².

El *Dualismo* en sus distintas formulaciones pone de manifiesto lo que podríamos denominar la “paradoja cristiana”. “Esta ‘paradoja cristiana’ radica en el hecho de que el cristianismo afirma la intrínseca bondad, racionalidad y autonomía de las realidades terrenas: no las somete, por tanto, a la esfera religiosa, desde un punto de vista gnoseológico, metafísico y práctico. Sin embargo, al mismo tiempo contempla estas

¹¹ J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE Y OTROS, *Derecho eclesiástico del Estado español*, cit., p. 46.

¹² E. FLÓREZ, *España Sagrada*, vol. 10, Imp. Fortanet, Madrid, 1901, p. 177.

realidades terrenas como necesitadas de que una verdad superior las ilumine y necesitadas de redención. Esta combinación de reconocimiento de autonomía (en la perspectiva de la creación, del ser de las cosas) y afirmación de dependencia (en la perspectiva de la redención) se alza como la causa principal de todas las complejidades, ambivalencias y conflictos — no sólo a nivel teórico, sino también histórico— que se han dado, se dan y se darán en las relaciones entre el poder temporal y el poder espiritual, tal como tradicionalmente suelen denominarse”¹³.

2.5. *La Cristiandad. Imperio y Papado*

Desde el siglo V la población europea fue haciéndose mayoritariamente cristiana. Esa situación de predominio se consolida en la Edad Media. Progresivamente, la influencia del Cristianismo se hizo notar en las instituciones y en el Derecho secular: la igualdad de todos (hombres y mujeres, esclavos y libres, ricos o pobres, niños y adultos) ante Dios, la mejora de la posición social de la mujer, del esclavo, del pobre o el desamparado, la garantía de la verdad en los juicios...¹⁴

Existían regímenes políticos seculares (reinos, imperio...) y estructuras de poder en las que lo religioso y lo secular, aun siendo lógicamente distintos, estaban unidos en la misma persona (obispos o abades de monasterios que eran, al mismo tiempo, señores temporales). Como es lógico, esa coincidencia en una misma persona de una autoridad religiosa y una temporal se prestó a intensos y graves conflictos (del que resulta un ejemplo usual la llamada “**guerra de las investiduras**”). Pero al mismo tiempo, la concurrencia, separación e interacción de las jurisdicciones secular y espiritual en Europa fue una fuente importante para el desarrollo de la Tradición jurídica occidental¹⁵.

La unidad religiosa de los pueblos europeos se tradujo en el concepto de Cristiandad. La Cristiandad no era propiamente un régimen político concreto, sino una comunidad trasnacional de personas, que se desarrolla frente a sociedades de signo religioso distinto (paganos, musulmanes, o los mismos súbditos del Imperio bizantino), cuyos miembros tienen en común la misma religión, los mismos ideales y compromisos temporales. “La diferencia con la Iglesia es teóricamente clara: la Iglesia es la comunidad

¹³ M. RHONHEIMER, *Cristianismo y laicidad: historia y actualidad de una relación compleja*, Rialp, Madrid, 2009, p. 25.

¹⁴ H. J. BERMAN, *Law and revolution: the formation of the Western legal tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, p. 65.

¹⁵ *Ibid.*, p. 99.

sobrenatural guiada por los sacerdotes, mientras que la Cristiandad es la sociedad temporal de los cristianos —es expresión de la iglesia universal— guiada por los jefes temporales, por tanto, es algo mucho más extenso que lo clerical: la Iglesia es el alma de la Cristiandad”¹⁶. Al frente de la Cristiandad se encuentra el Papa, árbitro supremo de la comunidad de naciones europeas y fuente formal de legitimidad de la autoridad temporal; por ejemplo, el Papa coronaba a los emperadores (y esto subsistirá como costumbre en Europa hasta muchos siglos después). No obstante, dependiendo de la época histórica concreta que examinemos, la supremacía de la autoridad papal se ve fuertemente contestada por la del Imperio que, no lo olvidemos, también aspira a presentarse como unidad superior de pueblos y/o de reinos cristianos. Y no sólo existe una tensión en la cúspide de los dos poderes (Papado e Imperio): a nivel inferior, tampoco la Cristiandad era una balsa de aceite. En ocasiones, las iglesias nacionales, quizá espoleadas o controladas por los reyes y príncipes, se alzaban frente a la autoridad papal; por su parte, frente a la cada vez más simbólica función del Emperador de la Cristiandad, reyes y príncipes irán consolidando progresivamente su poder efectivo.

2.6. La ruptura de la unidad europea. Los regalismos

Damos de nuevo un enorme salto en el tiempo para situarnos en el siglo XVI; en Europa se quiebra la unidad religiosa con motivo de las reformas de **Lutero**, **Zwinglyo** y **Calvino**. Al mismo tiempo, antiguas fuerzas nacionales frente a la centralidad católica romana, propician el definitivo desmembramiento de la Iglesia anglicana en virtud de la “Ley de Supremacía” de **Enrique VIII de Inglaterra**.

Dejemos de lado la concepción del orden temporal por parte del calvinismo, que en su origen se mostró como “teocracia” cristiana, algo que no llegó a triunfar. Lo que nos importa aquí es resaltar que el movimiento de la reforma luterana supuso la “desjuridificación” de las nuevas iglesias¹⁷ y la invasión de las competencias administrativas religiosas por parte del príncipe temporal. Fue el nacimiento del Derecho eclesiástico del Estado, es decir, el Estado temporal regula jurídicamente materias de carácter religioso, y lo hace no con la conciencia de usurpar competencias ajenas, sino que entiende que la competencia religiosa administrativa (por ejemplo, establecimiento de parroquias, fijación de libros canónicos, etc.) le

¹⁶ F. PRIETO, *Historia de las ideas y de las formas políticas (vol. 2. Edad Media)*, Unión Editorial, Madrid, 1998, p. 18.

¹⁷ H. J. BERMAN, *Law and revolution: the formation of the Western legal tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, p. 29.

pertenece y las propias iglesias (las reformadas) están de acuerdo con que así sea.

Curiosamente esa invasión reguladora del príncipe o del monarca temporal no sólo se produjo en el lado protestante o luterano. Por reacción, en la Europa que permanecía católica, los Estados asumen competencias espirituales. Nos encontramos entonces (siglos XVI a XVIII) con diversas formas de lo que se denomina **regalismo (en España)**, galicanismo (Francia), jurisdiccionalismo (Italia), febronianismo (Alemania) o josefinismo (Austria). El regalismo se expresará jurídicamente en instituciones de control del nombramiento de la jerarquía eclesiástica (regio patronato), de la normativa religiosa (pase regio) y de la independencia jurisdiccional de los tribunales de la Iglesia católica (recurso de fuerza en conocer). En algunos casos, el regalismo propiciará incluso nuevos cismas que se venían fraguando tiempo atrás (el caso de la Iglesia nacional francesa). En otros, no se producen rupturas formales ni dogmáticas, pero sí que se llega a tal consolidación de las instituciones regalistas, que tendrán que pasar siglos hasta la desaparición de las prerrogativas de la autoridad estatal en el nombramiento de obispos. En nuestro país subsisten las reminiscencias de estas prerrogativas hasta el **Acuerdo del Reino de España con la Santa Sede de 1976**; en Francia, todavía el Presidente de la República Francesa interviene en el nombramiento de los obispos de algunas provincias.

2.7. El liberalismo. Nacimiento del constitucionalismo liberal

La conjunción de la división religiosa de Europa, del nacimiento de los nuevos Estados y de las revoluciones liberales, significa un cambio total de panorama en las relaciones Estado y Religión. La **Paz de Westfalia de 1648** significó que la religión dejaba de tener protagonismo en la vida política de los pueblos (primero a nivel internacional, luego a nivel nacional). Igualmente, las bases sobre las que se sustentaba la idea de hombre, de sociedad y de autoridad, se secularizaron progresivamente, abandonando su raíces religiosas. Los valores pre-westfalianos exaltaban la unidad y condenaban la herejía, que era una amenaza también para la unidad política. Los valores post-wesfalianos acogieron progresivamente la pluralidad religiosa e ideológica. La tolerancia dejará de ser una debilidad o una concesión del poder político, para constituir una virtud cívica.

Es ya un tópico subrayar que las revoluciones liberales del siglo XVIII, de América y de Europa, a pesar de tener tantas ideas en común, sin embargo se comportaron de un modo distinto en lo que a las relaciones entre

Religión y Estado se refiere. América del Norte representa un punto de partida “desde cero” (*novus ordo seculorum*), nace y se desarrolla (al menos teóricamente) sin el lastre que suponía el “Antiguo Régimen”; la religión, por sí misma, no significaba una amenaza para la República de hombres libres, muchos de ellos —la mayoría— también hombres religiosos. Por contraste, las revoluciones europeas —señaladamente la francesa— opera frente al Antiguo Régimen, del cual se entiende que forma parte también la religión católica. El enfrentamiento entre el nuevo espíritu revolucionario y la religión pasa por situaciones de abierto conflicto, reflejado también en una dimensión patrimonial por las **desamortizaciones**. Con frecuencia se alcanzan soluciones de equilibrio, más o menos estable, a través de los Concordatos, de los que nos ocuparemos más adelante.

La distinta mentalidad que informa el modo de concebir la Religión desde el Estado, a ambos lados del Atlántico, se refleja en la **Declaración de Derechos de Virginia (1776)** y en la **Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789)**.

3. ¿Dónde estamos ahora? Modelos de relación entre Religión y Estado

Desde el siglo XVIII se expande progresivamente un movimiento de afirmación de los derechos humanos, cuyas raíces están presentes ya desde el comienzo de la civilización occidental. Las Constituciones de los Estados de nuestro entorno afirman la libertad religiosa, que progresivamente se convierte en el cauce primordial por el que discurre la expresión jurídico-política de la presencia de las religiones en un Estado de derecho. Sin embargo, no es menos cierto que cada país europeo tiene su propia identidad histórica y jurídica, lo cual se traduce en que las relaciones entre el Estado y las Religiones adquieren perfiles específicos. Difícilmente puede aceptarse en general que exista un modelo de relaciones Estado-Religiones perfecto y universal; ciertamente, dichos modelos “son el realidad simples puntos de equilibrio alcanzados por nuestros respectivos sistemas como resultado del debate, de presiones políticas y de la reforma que continuamente les acompaña”¹⁸.

Si ampliamos nuestro campo de visión al mundo entero, podríamos concluir que cada uno de esos “modelos” puede incorporar y reconocer la libertad religiosa o no hacerlo; además puede hacerlo de diversos modos.

¹⁸ DURHAM, W. Cole, “La importancia de la experiencia española en las relaciones Iglesia-Estado para los países en transición”, *Estado y religión en la Constitución española y en la Constitución europea* (MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, ed.), Comares, Granada, 2006, p. 53.

De forma muy resumida, se exponen a continuación algunos modelos actuales de relación entre el Estado y la Religión.

3.1. Teocracias

Se trata de Estados en los que se considera que el gobierno es ejercitado de alguna forma por el propio Dios. Tantos los grandes principios de legitimación de la autoridad como las normas jurídicas mantienen una estrecha conexión con una religión concreta, hasta el punto de que incluso el Derecho religioso se aplica como Derecho del Estado. “La teocracia confunde y mezcla planos del orden político-social que han de permanecer separados, y en último término desprestigia la religión, como demuestran numerosos ejemplos de la historia tanto pasada como contemporánea”¹⁹. Usualmente, cuando oímos hablar de teocracia, de forma casi inmediata asociamos este término con los países musulmanes; técnicamente, tal asociación es incorrecta: son muchos los países que pertenecen a la **Organización para la Cooperación Islámica** cuyos regímenes políticos no funden Religión y Estado o incluso que oficialmente sostienen un régimen político laico²⁰.

3.2. Estados confesionales

En este caso, no existe una identidad político-religiosa como en las teocracias, pero el Estado (secular y distinto del orden religioso) proclama en algún texto fundamental (como puede ser la Constitución) un reconocimiento y/o apoyo a una religión en concreto, bien por entender que es la del Estado, bien por entender que es la del pueblo o la nación. El ejemplo paradigmático de Estado confesional es Inglaterra. De forma intuitiva, concluimos que un Estado confesional supone la discriminación fulminante de todas las religiones que no sean la oficial²¹. Sin perjuicio de que puedan, en efecto, producirse situaciones de desigualdad, lo cierto es que en la práctica puede suceder lo contrario, es decir, que la confesión religiosa oficial se vea perjudicada al someterla al control del Estado. Por otro lado, conviene aclarar que no toda mención religiosa en un texto constitucional significa de suyo que estemos ante un Estado confesional: el caso de **Irlanda** es claro.

¹⁹ J. MORALES, “Secularización y religión”, en *Actas del II Simposio Internacional de cristiana y cultura contemporánea “comprender la religión”*, Eunsa, Pamplona, 2010, p. 45.

²⁰ A. AMOR, “Constitución y Religión en los Estados Musulmanes (I)”, *Conciencia y Libertad*, 10, 1998.

²¹ Sobre este tema, R. TRIGG, *Equality, Freedom, and Religion*, Oxford University Press, USA, 2012, p. 81.

3.3. Estados aconfesionales

Se trata de aquellos países en los que la Constitución u otro texto fundamental declaran que el Estado no tiene una religión oficial y, por tanto, que la realidad del Estado (en su definición y en su actuación) se despliega sin una identidad o un apoyo institucional a una religión concreta. Éste es el caso de **España**. Sin embargo, afirmar simplemente que un país no tiene religión oficial es definir una posición dentro de la cual caben, a su vez, muchas posturas. Ciertamente, decir que un Estado es aconfesional es decir “lo que no es”, pero deja un amplio margen a una actuación bien diversa de los poderes públicos en lo que a la relación con las Religiones se refiere. De ahí que sea necesaria alguna matización ulterior que ayude a identificar en el caso del Estado aconfesional el tipo de relación entre Estado y Religión.

3.3. Estados separatistas

Un sistema de separación supone la “radical disociación o ignorancia entre las confesiones religiosas y el Estado, de modo que, en el fondo, se produce un desconocimiento del hecho religioso como factor social específico y, por tanto, un sometimiento de las confesiones religiosas y de sus entidades al Derecho estatal”²². Es usual clasificar a Estados Unidos de Norteamérica como Estado separatista. Esta separación se manifiesta particularmente en el campo económico: la interdicción de la ayuda o de la financiación del Estado a los grupos religiosos es prácticamente total, al menos en teoría; también la prohibición de la oración en la escuela de titularidad estatal sería un indicio del sistema. Sin embargo, tal declaración de principios resulta compatible con el hecho de que —como se ha demostrado— el tratamiento otorgado por el Derecho estatal en el sistema estadounidense pueda resultar igual o más favorable incluso a los grupos religiosos, que el facilitado por el Derecho de países aparentemente más favorables al hecho religioso²³.

Igualmente se entiende que Francia está comprendida en esta clasificación. La **Constitución francesa** define al Estado como una “República laica”. Y ciertamente a lo largo de la historia de nuestro vecino país se ha ido no sólo desplegando jurídicamente una fuerte separación entre el Estado y la Religión, sino también la formulación de una ideología de Estado aséptico

²² J. FERRER ORTIZ; P. VILADRICH, “Los principios informadores del Derecho eclesiástico español”, en Javier Ferrer Ortiz (ed.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed, EUNSA, Pamplona, 2007 (Manuales), p. 43.

²³ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994.

respecto de la influencia religiosa. Pero es igualmente cierto que las soluciones prácticas y las instituciones concretas (por ejemplo, Francia tiene firmados con la Santa Sede hasta 20 acuerdos de diverso tipo²⁴, el Gobierno francés ha buscado y conseguido en parte regular sus relaciones con el Islam²⁵) ponen de manifiesto una relación, no un total aislamiento.

Lo que sucede, en el fondo, es que el teórico predominio del principio de igualdad sobre el principio de libertad significa para los países denominados separatistas un intento de regular jurídicamente las religiones a través del “derecho unilateral y común”. Es decir: un derecho sólo emanado del propio Estado (sin un pacto o acuerdo previo con los grupos religiosos) y aplicable por igual a otras creencias, no sólo a las religiosas (es decir, el derecho de asociaciones, para los grupos, y las mismas adaptaciones que se aplican a los ciudadanos por sus creencias, sean estas cuales fueren).

3.4. *Estados coordinacionistas*

La perspectiva de base de la que parten los Estados coordinacionistas es distinta de la anterior. En este caso, se entiende que para la mejor solución de asuntos que atañen a las religiones, respecto de los cuales el Estado tiene también un interés (piénsese por ejemplo en el patrimonio cultural perteneciente a grupos religiosos, o bien en la efectiva observancia de las implicaciones prácticas de la libertad religiosa de los ciudadanos), es importante la coordinación y el acuerdo entre las autoridades estatales y los líderes religiosos. De ahí la existencia —en países como España, Italia o Alemania— de acuerdos y convenios bilaterales, que se alcanzan en virtud de fundamentos jurídicos variados y con formas de expresión formal también diversas entre sí. Los sistemas coordinacionistas optan por un “derecho bilateral y especial”. Es decir, un derecho que se pacta o acuerda entre los interlocutores interesados (el Estado y el grupo religioso de que se trate) y que regula unos supuestos específicos (cuestiones religiosas o conexas de interés compartido) que se sustraen o que constituyen un tipo particular dentro del marco más amplio del derecho común.

El sistema coordinacionista goza en teoría de una mayor capacidad de adaptación a problemas concretos. El problema que plantea, a juicio de algún sector de la doctrina, es la consagración de niveles distintos de relación entre en Estado y los grupos religiosos. En efecto, los acuerdos y

²⁴ E. TAWIL, “Laïcité in France. Contemporary Issues Panel Discussion”, *Journal of Catholic Legal Studies*, vol. 49, 1, 2010, pp. 83–89.

²⁵ J. R. BOWEN, *Why the French Don't Like Headscarves: Islam, State and Public Space*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2007, pp. 34–62.

convenios son más frecuentes con grupos que gozan de una cierta representatividad numérica en un país, mientras que grupos con menor presencia social podrían no tener la misma atención por parte del Estado.

A la vista de los sistemas anteriores —sobre todo los separatistas y los coordinacionistas— ¿cabe inclinarse más por uno u otro a la hora de proponer un modelo óptimo en abstracto? La respuesta es que, en general, la adopción del sistema difícilmente es fruto de una decisión política y jurídica que “arranque de cero”; tal decisión sólo ocurriría —teóricamente— en situaciones revolucionarias y ni siquiera en ellas los diseños teóricos alcanzan el resultado pretendido. “[L]a justicia es ajustamiento a la realidad. Un sistema de relaciones entre la Iglesia y el Estado es justo cuando se ajusta a la realidad”²⁶.

Cierto es que un sistema separatista puede resultar adecuado en momentos históricos en los que el intervencionismo estatal es mínimo y las posibilidades de desencuentro entre el Derecho estatal y la normativa propia de los grupos religiosos es también mínima: la sociedad civil goza de un amplio margen de autonomía en el cual los grupos (también los religiosos) se mueven con libertad. Sin embargo, cuando el intervencionismo estatal es grande, las posibilidades de solapamiento y desencuentro entre normativa estatal y normativa religiosa son mucho mayores: la falta de coordinación en este supuesto aumenta la conflictividad social, que se refleja a veces en la “judicialización” de las cuestiones religiosas en los Tribunales del Estado. También parece que el sistema de coordinación resulta el más adecuado allí donde se pasa de un sistema autoritario sin libertad religiosa, con confiscación de propiedades de los grupos religiosos, etc., a un sistema democrático en el que resulta necesario restablecer la normalidad de las libertades públicas, devolver a los grupos religiosos sus legítimas propiedades y derechos, etc. Pensemos entonces en la oportunidad de aplicar el sistema coordinacionista a los países del Este europeo tras la caída del muro de Berlín, al final del siglo XX²⁷.

²⁶ J. HERVADA, “Diálogo en torno a las relaciones Iglesia-Estado en clave moderna”, *Persona y Derecho*, vol. 18, 1988, p. 15.

²⁷ W. C. DURHAM, “La importancia de la experiencia española en las relaciones Iglesia-Estado para los países en transición”, en Javier Martínez-Torrón (ed.) *Estado y Religión en la Constitución Española y en la Constitución Europea: Actas del Seminario Internacional Complutense celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 14 de mayo de 2004*, Comares, Granada, 2006, pp. 43–68.

3.5. Modelos extremos e ideales: totalitarismo, fundamentalismo, laicismo

Los totalitarismos del siglo XX pretendieron liberar al hombre de la religión. Plantearon una especie de confesionalidad al revés: el poder político se adhería oficialmente al ateísmo y pretendía que los ciudadanos abandonaran la religión —considerada una superstición del pasado— a través de vías coactivas directas (supresión de los grupos religiosos, confiscación de sus bienes, tipificación penal de la pertenencia a grupos religiosos) e indirectas (inhabilitación para ocupar cargos públicos).

Frente al confesionalismo ateo que se instaló en los totalitarismos, el laicismo se instala en los regímenes democráticos. Una “verdadera” democracia —se argumenta— requiere la instauración del relativismo, incompatible de suyo con la defensa de “una” verdad por parte de las religiones (que por ello son antidemocráticas). El laicismo pretendería la reproducción a todos los niveles (interpersonal, social, religioso, familiar, etc.) de la democracia, no sólo como régimen político, sino también como único modelo aceptable de convivencia. Se distingue del Estado aconfesional o laico: éste “no se compromete oficialmente con una religión determinada, pero admite las manifestaciones sociales que pudieran tener las diversas religiones, garantizando así el ejercicio de la libertad religiosa de sus ciudadanos. El Estado laicista, por el contrario, se compromete con una determinada concepción religiosa, concretamente con aquella que considera la religión de manera negativa, adoptando, si acaso, una especie de ‘religión civil’ o mejor, del Estado”²⁸. El laicismo advierte constantemente del peligro que supone la religión para el progreso social y exige un rearme democrático contra dicho peligro. Ahora bien, como advertía Bobbio, “el laicismo que necesite armarse y organizarse corre el riesgo de convertirse en una iglesia enfrentada a las demás iglesias”²⁹.

Por último, los fundamentalismos (de cualquier signo, religioso o no) suponen la absolutización de un sistema de ideas (religiosas, científicas, filosóficas) hasta el punto de convertirlas en los principios por los que debe regirse por completo la vida política y social, para lo cual el fundamentalista impone dichas ideas de forma coactiva en la esfera política. Es decir, se atropella la libertad de todos, porque en el fundamentalismo no se entiende posible la armonización de la verdad y la libertad humanas.

²⁸ Á. BELEÑA LÓPEZ, *Sociopolítica del hecho religioso: una introducción*, Madrid: Rialp, imp. 2007, p. 86.

²⁹ N. BOBBIO, “Cultura Laica y Laicismo”, *Iglesia Viva*, vol. 222, 2005, p. 2.148.

BIBLIOGRAFÍA

- AMOR, A., “Constitución y Religión en los Estados Musulmanes (I)”, *Conciencia y Libertad*, no. 10, 1998, pp 22–33.
- BELEÑA LÓPEZ, Á., *Sociopolítica del hecho religioso : una introducción*, Madrid : Rialp, imp. 2007.
- BERMAN, H. J., *Law and Revolution: The Formation of the Western legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983.
- BOBBIO, N., “Cultura Laica y Laicismo”, *Iglesia Viva*, vol. 222, 2005.
- BOWEN, J. R., *Why the French Don't Like Headscarves: Islam, State and Public Space*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2007.
- DURHAM, W. C., “La importancia de la experiencia española en las relaciones Iglesia-Estado para los países en transición”, en Javier Martínez-Torrón (ed.) *Estado y Religión en la Constitución Española y en la Constitución Europea: Actas del Seminario Internacional Complutense celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 14 de mayo de 2004*, Comares, Granada, 2006, pp. 43–68.
- DURHAM, W. C.; DUSHKU, A., “Traditionalism, Secularism, and the Transformative Dimension of Religious Institutions”, *Brigham Young University Law Review*, 1993.
- FERRER ORTIZ, J.; VILADRICH, P., “Los principios informadores del Derecho eclesiástico español”, en Javier Ferrer Ortiz (ed.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed, EUNSA, Pamplona, 2007 (Manuales), pp. 85–111.
- FLÓREZ, E., *España Sagrada*, vol. 10, Imp. Fortanet, Madrid, 1901.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.; LOMBARDÍA, P.; LÓPEZ ALARCÓN, M.; NAVARRO-VALLS, R.; VILADRICH, P. J., *Derecho eclesiástico del Estado español*, 1ª ed., Eunsa, Pamplona, 1980.
- HERVADA, J., “Diálogo en torno a las relaciones Iglesia-Estado en clave moderna”, *Persona y Derecho*, vol. 18, 1988.
- MANTECÓN SANCHO, J., *El derecho fundamental de libertad religiosa: Textos, comentarios y bibliografía*, Eunsa, Pamplona, 1996.

- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994.
- MORALES, J., “Secularización y religión”, en *Actas del II Simposio Internacional de cristiana y cultura contemporánea “comprender la religión”*, Eunsa, Pamplona, 2010.
- NAVARRO-VALLS, R., *Del poder y de la gloria*, Encuentro, Madrid, 2004.
- PRIETO, F., *Historia de las ideas y de las formas políticas (vol. 2. Edad Media)*, Unión Editorial, Madrid, 1998.
- RHONHEIMER, M., *Cristianismo y laicidad: historia y actualidad de una relación compleja*, Rialp, Madrid, 2009.
- SANZ SANTACRUZ, V., “Fenomenología y Psicología de la religión”, 1999, Pamplona.
- SCOLA, A., *Una nueva laicidad: temas para una sociedad plural*, Ediciones Encuentro, CEU Ediciones, Madrid, 2007.
- TAWIL, E., “Laïcité in France. Contemporary Issues Panel Discussion”, *Journal of Catholic Legal Studies*, vol. 49, no. 1, 2010.
- TRIGG, R., *Equality, Freedom, and Religion*, Oxford University Press, USA, 2012.

CAPÍTULO 2. ¿QUÉ ES Y PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO? AUTONOMÍA DOCENTE Y CIENTÍFICA. FUENTES Y PRINCIPIOS.

1. Introducción

Recordemos del capítulo anterior que el Derecho es un elemento estructural del Estado. En el caso del denominado **Estado de Derecho**, el papel que cumple este elemento es fundamental: significa la sujeción del poder a la ley, lo cual implica a su vez que el Estado aspira también a ser un Estado de Justicia en el que la arbitrariedad, formalmente, no tenga espacio alguno.

El Derecho del Estado se expresa a través del ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es una idea más específica que la de Derecho, en general. El ordenamiento jurídico está “constituido por un conjunto de órdenes o mandatos, y por eso dotado del carácter de la imperatividad, se le suele dar el nombre de ordenamiento jurídico *positivo*, para distinguirlo de otro tipo de ordenamiento jurídico llamado *natural*”¹. El Derecho expresado en un ordenamiento jurídico, aparece como “unidad independiente de derecho objetivo, más o menos completa”². De alguna forma, es un Derecho unificado por su origen en el Estado, con un conjunto estable y conocido de fuentes de producción y con una aspiración a la plenitud. Como su propio nombre indica, es una “ordenación”, un orden, una organización del Derecho, desde luego mucho más rica y compleja que la materialidad de un código o de un libro que contiene normas jurídicas: no sólo comprende “normas jurídicas” expresadas en leyes, sino también relaciones, resoluciones, sentencias, contratos...

En las Facultades de Derecho, lo que básicamente se hace es estudiar y enseñar el ordenamiento jurídico desde una perspectiva científica. La Ciencia jurídica sistematiza el ordenamiento jurídico, de forma que podamos entenderlo, explicarlo, criticarlo y mejorarlo, tanto en lo que se refiere a su dimensión técnica (¿es éste un ordenamiento jurídico técnicamente bien hecho?) como en lo que se refiere a la Justicia (¿es éste un ordenamiento justo?)

¹ F. CARNELUTTI, *Teoría general del derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 98.

² S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 130.

Pues bien: el Derecho eclesiástico del Estado posee ese doble carácter: por un lado, es una parte del ordenamiento jurídico estatal y, por otra, es una parte de la Ciencia jurídica que cultiva el estudio de esa parte del Derecho del Estado. La pregunta entonces es: ¿a qué parte delimitada se refiere el Derecho eclesiástico del Estado? La respuesta inicial es: aquella parte del ordenamiento jurídico del Estado relativa al fenómeno religioso. Sin embargo, y sin afán de anticipar el contenido de los siguientes epígrafes, la respuesta —con ser correcta— requiere ulteriores precisiones.

2. Denominación. Historia del Derecho eclesiástico del Estado

Como advertía Fuenmayor, “la expresión ‘Derecho eclesiástico’ es en sí misma ambigua, porque el adjetivo ‘eclesiástico’ puede referirse tanto al sujeto regulador como a la materia u objeto que regula ese Derecho”³. Por razón de ese sujeto regulador, el Derecho eclesiástico sería el de una Iglesia. De ahí que no sea de extrañar que algunos autores, históricamente, pudieran emplear indistintamente los términos Derecho eclesiástico o **Derecho canónico** para referirse al Derecho de la Iglesia católica. Otros matizaron el término y utilizaban “Derecho público eclesiástico” para referirse a una parte del Derecho canónico que regula las relaciones de la Iglesia católica con los Estados.

La matización “del Estado” que utilizamos pretende entonces subrayar que no nos referimos al Derecho emanado de la Iglesia, sino del Estado, pero referido a un determinado objeto: las cuestiones religiosas. Y, si recordamos la historia de las relaciones entre el Estado y la Religión, es fácil concluir que ese tipo de Derecho ha existido desde mucho tiempo atrás, en todas las situaciones en las que el Estado ha regulado cuestiones religiosas.

Ahora bien: no siempre se ha tenido un enfoque científico propio para este sector del ordenamiento jurídico estatal. La razón es bien sencilla: el Derecho estatal que regula el factor religioso puede ser contemplado desde múltiples puntos de vista. Luego veremos por qué.

Lo cierto es que no fue hasta después de la reforma protestante, cuando tanto por parte de los países reformados como por parte de los católicos, se toma conciencia jurídico-práctica y científica de la existencia del Derecho eclesiástico del Estado.

³ A. DE FUENMAYOR, *Derecho eclesiástico del Estado español*, Editorial Comares, Granada, 2007, p. 3.

En los países de la reforma protestante, porque la autoridad estatal regula de forma específica y con pretendida competencia materias organizativas religiosas. “A raíz de la Reforma, los cristianos separados introducen en la ciencia alemana una nueva terminología; conservan el término Derecho canónico; pero reservan esa expresión para referirse al Derecho anterior a la Reforma que se contiene en el *Corpus Iuris Canonici*; y denominan Derecho eclesiástico (*Kirchenrecht*) al Derecho posterior relativo a materias eclesiásticas. Este Derecho está constituido por normas emanadas del Estado y de las distintas Iglesias (en la época de las Iglesias nacionales)⁴.

En los países católicos, porque —como se recordará del Capítulo anterior— el regalismo lleva a la autoridad estatal no sólo a regular materias organizativas religiosas, sino también a justificar tal competencia (para lo cual el aporte de la Ciencia jurídica no era despreciable).

Desde ese momento histórico se comienza a estudiar el Derecho eclesiástico del Estado de forma específica. Podríamos decir que, tal como ha sucedido con otras disciplinas jurídicas, el estudio científico y académico del Derecho eclesiástico siguió un movimiento geográfico: de Alemania a Italia, y de Italia a España.

En España, el cultivo de la llamada Ciencia del Derecho eclesiástico del Estado estuvo bastante vinculado con el estudio del Derecho canónico en las Universidades civiles. Y, en lo que a la docencia se refiere, durante bastante tiempo el Derecho eclesiástico era un apéndice final del Derecho canónico que permitía introducir al estudiante de Derecho en algunas nociones jurídicas sobre las relaciones de la Iglesia católica con el Estado, a partir sobre todo de los Concordatos.

En una de las múltiples reformas por las que ha pasado la Universidad española en el siglo XX, el **Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre** creó las llamadas “áreas de conocimiento” para la agrupación de las plazas universitarias de los docentes universitarios; una de esas áreas es el Derecho eclesiástico del Estado. Por su parte, **el Real Decreto 1424/1990, de 26 de octubre**, estableció el título universitario oficial de Licenciado en Derecho y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél. Entre las llamadas “materias troncales” (obligatorias para todas las universidades) de los estudios de Derecho se encontraba el Derecho eclesiástico del Estado, cuyo contenido se describía así: “La tutela de la libertad religiosa en el Derecho español y

⁴ *Ibid.*, p. 5.

comparado. Reflejos jurídicos (enseñanza, matrimonio, asistencia religiosa, objeción de conciencia). Régimen jurídico de las relaciones entre el Estado y las Iglesias y confesiones religiosas”. El Derecho canónico desaparecía como materia troncal, sin perjuicio de que algunas universidades pudieran incluirlo como materia obligatoria u optativa.

En la reforma impulsada por el Proceso o Plan de Bolonia no se introdujeron unas directrices comunes a todas las Universidades respecto de las materias de docencia obligatoria u optativa conducentes a la obtención del título de Grado o Master en Derecho. En su lugar, el **Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre**, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, establece unas ramas de conocimiento en las directrices para el diseño de títulos de Graduado. Una de esas ramas de conocimiento es “Ciencias sociales y Jurídicas”, que engloba Antropología, Ciencia Política, Comunicación, Derecho, Economía, Educación, Empresa, Estadística, Geografía, Historia, Psicología y Sociología. Cada universidad debía diseñar su Plan de estudios de Grado en Derecho y Máster, pudiendo incluir o no la enseñanza (obligatoria u optativa) del Derecho eclesiástico del Estado. De hecho, algunas universidades lo incluyeron —con esa o con otra denominación— y otras no lo han hecho.

Respecto de la denominación, la tradición que vincula en el cultivo de esta disciplina a Alemania (*Staatskirchenrecht*), Italia (*Diritto Ecclesiastico*) y España (*Derecho eclesiástico español* o *Derecho eclesiástico del Estado*), apostaría por el mantenimiento del nombre⁵. Sin embargo, en el caso inglés, el término *Ecclesiastical Law* tiene algunas connotaciones que asocian esta materia al Derecho del Estado referido específicamente a la Iglesia de Inglaterra⁶. En el Reino Unido se utiliza el término *Law and Religion* para designar un campo de estudio más amplio: (i) Derecho sobre la religión, es decir, la regulación jurídica de la religión por organizaciones externas a los propios grupos religiosos (Estados y organizaciones regionales o internacionales) y (ii) derechos religiosos, es decir, los que emanan de las propias religiones⁷. Es más: para algunos sectores doctrinales la denominación Derecho eclesiástico resultaría inadecuada puesto que sólo abarcaría *sensu stricto* el Derecho del Estado aplicable a las Iglesias, es decir, a grupos institucionales cristianos (y no a todos ellos). En Estados Unidos de Norteamérica, aun cuando históricamente se utilizara

⁵ J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español*, 5a. ed., 1ª. en Civitas, Thomson-Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2002, pp. 41–44.

⁶ M. HILL, *Ecclesiastical Law*, Oxford University Press, Oxford [England]; New York, 2001.

⁷ R. SANDBERG, *Law and Religion*, Cambridge University Press, New York, [etc.], 2011, pp. 5–7.

el término Derecho eclesiástico⁸, sin embargo las tendencias actuales adscriben la materia dentro del Derecho constitucional sustantivo (derecho fundamental de libertad religiosa), de la regulación estatal de las organizaciones religiosas, etc.

Sea como fuere, en este manual va a emplearse el término Derecho eclesiástico del Estado. A continuación desarrollaremos algunas ideas sobre la naturaleza del Derecho eclesiástico del Estado en el mundo de la Ciencia jurídica.

3. Objeto del Derecho eclesiástico del Estado

3.1. El objeto y la construcción del sistema jurídico

La aproximación científico-jurídica y docente a una determinada disciplina jurídica significa, en primer lugar, delimitar un campo de estudio, definir los límites de nuestra observación. Para delimitar ese campo de estudio debo establecer un criterio de discernimiento: ¿qué es lo que estoy buscando, para separar lo que interesa en mi estudio y lo que no? Esto es, a grandes rasgos, lo que se pretende señalar como objeto.

Tras esa delimitación, lo tradicional ha sido la construcción de un “sistema” jurídico. Un sistema es sencillamente la “ordenación adecuada de los conocimientos”⁹. El sistema es una construcción teórica instrumental que se basa en un ordenamiento jurídico; “no es imprescindible para el Derecho, pero es de gran utilidad por la claridad que para su conocimiento produce. En cambio, sacarlo de su función instrumental y querer basar en la perfección o en la elegancia del sistema la autoridad del Derecho o pretender atribuirle una mística fuerza jurídica productora, son atentados inadmisibles contra la dignidad y la naturaleza del Derecho”¹⁰. Es suma: la construcción de un sistema jurídico es instrumental para estudiar mejor un sector del ordenamiento: su importancia radica en la aptitud para hacer más comprensible, ordenado y cognoscible lo jurídico.

El procedimiento para la elaboración del sistema jurídico parte, como se señalaba antes, de la delimitación del objeto de observación; se escogen un conjunto de elementos jurídicos (normas, relaciones, resoluciones, etc.) en

⁸ R. H. TYLER, *American Ecclesiastical Law. The Law of Religious Societies, Church Government and Creeds, Disturbing Religious Meetings, and the Law of Burial Grounds in the United States: With Practical Forms*, William Gould, Albany, 1866.

⁹ F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 446.

¹⁰ *Ibid.*, p. 445.

razón de un criterio y, en un primer grado de abstracción, se elaboran unos conceptos jurídicos más generales. Así, de normas reguladoras del arrendamiento, la compraventa, la donación, etc. extraigo un concepto más amplio, que es el de contrato. Una vez que alcanzo el nivel de los conceptos, paso a comprobar si éstos cumplen unas constantes en su comportamiento, constantes que se verifican no sólo en los conceptos elaborados, sino también en las instituciones que regulaban las normas observadas (es decir, el arrendamiento, la compraventa o la donación). Estos principios y conceptos son proyectados sobre la realidad jurídica para perfeccionar su comprensión y funcionamiento efectivo. Así, a lo largo de los siglos hemos ido constituyendo sistemas jurídicos, como el sistema de derechos fundamentales, el sistema de derecho patrimonial o el sistema jurídico penal. Es más: para considerar que una determinada rama jurídica de estudio goza de autonomía, de carácter específico propio, parece un requisito ineludible la posibilidad de construcción de un sistema.

Respecto del Derecho eclesiástico del Estado también se ha pretendido la construcción de un sistema, con el fin de que pudiera considerarse una rama científico-jurídica autónoma. Esa tarea ha dado resultados diversos. El motivo fundamental de esa diversidad radica en la discusión acerca del objeto del Derecho eclesiástico del Estado.

Para algunos autores, el objeto del Derecho eclesiástico del Estado consiste en aquellos elementos jurídicos destinados de forma específica a la regulación de los grupos religiosos. Sería una formulación del objeto eminentemente institucional, válida sólo si dicho objeto es peculiar o especial: es decir, si la regulación de los grupos religiosos es distinta de la otorgada a otros grupos sociales. Esta condición, en el caso español, se cumple, si bien a la hora de establecer grandes principios derivados de los conceptos jurídicos propios de este sistema, se llega a la conclusión de que son comunes a otros sistemas o a otros fenómenos jurídicos del ordenamiento. Y es que la perspectiva desde la que hay que partir es la que impone la libertad religiosa, derecho fundamental que ampara y protege a los grupos religiosos, desde luego, pero también a las personas físicas.

De ahí que se dirigiera la atención de los juristas a un objeto un poco más amplio, condensado en lo que se denomina “factor religioso”, es decir, “aquel conjunto de actividades, intereses y manifestaciones del ciudadano, en forma individual o asociada, y de las confesiones, como entes específicos, que, tendiendo índole o finalidad religiosa, crean, modifican o extinguen relaciones intersubjetivas en el seno del ordenamiento jurídico español, constituyéndose, en consecuencia, como factor social que existe y opera en el ámbito jurídico de la sociedad civil y que ejerce en ella un

influjo conformador importante y peculiar”¹¹. A partir de este objeto podría construirse el sistema jurídico de Derecho eclesiástico del Estado.

Sin embargo, otros sectores doctrinales han negado precisamente el carácter peculiar del fenómeno religioso en el ordenamiento jurídico. Por un lado, porque —se dice— la libertad religiosa pertenece a un derecho fundamental mucho más amplio, el derecho de libertad religiosa, ideológica y de conciencia. Por otro lado, porque precisamente lo “peculiar” del factor religioso, no es tanto una propiedad jurídica del mismo, sino algo contrario al principio de igualdad y de neutralidad del Estado: es algo que es necesario “depurar” o eliminar del derecho positivo, en razón de las exigencias de los principios de un sistema jurídico mucho más amplio y coherente que aquel delimitado por el objeto denominado “factor religioso”.

Precisamente ese sistema más amplio exigiría la superación de la denominación “Derecho eclesiástico del Estado”, para enunciar una disciplina distinta, el “Derecho de las creencias” o el “Derecho de la libertad de conciencia”¹². Se trataría entonces de alcanzar el grado “genético” de las libertades más radicales del ser humano (ideología, religión, creencia, conciencia...) y construir desde ahí, sin distinción, el tratamiento jurídico de ese conjunto de derechos fundamentales de carácter espiritual. Este enfoque no está exento tampoco de reparos. Por un lado, porque nos sitúa ante una disciplina distinta del Derecho eclesiástico del Estado. Quiero decir con ello que en algunos países y épocas, ha existido y existe Derecho eclesiástico del Estado (es decir, derecho regulador del factor religioso o de los grupos religiosos) sin que existieran o existan libertades públicas reconocidas. Por otro lado, esta sistemática jurídica fuerza en ocasiones las cosas, situando conceptos o instituciones como derivaciones de la libertad de conciencia o de creencias, cuando —vistas las cosas con más detenimiento— dichos conceptos o instituciones no necesariamente guardan relación con la conciencia, las creencias o la libertad personal entendida como autonomía. Así, por ejemplo, el aborto se elige no tanto como una cuestión de creencias, de conciencia o de autodeterminación, sino como una necesidad económica o como resultado de una presión social o un pretendido daño para la salud. O, por poner otro ejemplo, carece de sentido incluir —como se hace de hecho— el estudio del matrimonio religioso en el sistema, puesto que esta cuestión no guarda

¹¹ P. J. VILADRICH, “Los principios informadores del Derecho eclesiástico español”, en *Derecho eclesiástico del Estado español*, 1ª ed., Eunsa, Pamplona, 1980, p. 234.

¹² D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho eclesiástico del Estado: derecho de la libertad de conciencia*, Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, D.L. 1989; J. A. SOUTO PAZ, *Comunidad Política y Libertad de Creencias: Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid; Barcelona, 2003.

necesariamente relación con la libertad de conciencia y de religión, o incluso incluir el estudio de los derechos religiosos (salvo que se estimemos, lo cual también es discutible, que éstos se basan en la aceptación de su carácter jurídico por la conciencia individual). No es tanto, como se ha criticado, la posible expansión ilimitada del objeto de estudio lo que hace objetable esta construcción, cuanto la falta de consistencia del objeto. Al final, resulta en la práctica muy difícil distinguir esta construcción sistemática de la que hace el Derecho Constitucional (que naturalmente estudia y reclama para sí el derecho fundamental de libertad religiosa, ideológica y de conciencia).

3.2. El Derecho eclesiástico del Estado como especialidad

Otros autores de la disciplina han concluido que el Derecho eclesiástico del Estado no es un sistema. Los sistemas jurídicos se construyen atendiendo a las “ramas” del saber jurídico, de forma “vertical”, valga la expresión: de la Constitución a las leyes especiales o códigos; de éstos, a la jurisprudencia y a la práctica administrativa... Ramas jurídicas tradicionales son el Derecho civil, el Derecho mercantil, el Derecho penal, el Derecho procesal, el Derecho administrativo... Lo cierto es que el Derecho Eclesiástico del Estado está presente en todas esas ramas: porque en todas ellas hay alguna situación en la que el factor religioso está regulado o se contempla específicamente (en el Derecho civil, el matrimonio religioso; en el Derecho penal, la protección de los llamados sentimientos religiosos; en el Derecho procesal, la inhabilitación o exención del deber de testificar de los ministros de culto...) De forma que, más que ante un sistema o una rama del saber jurídico, estaríamos ante una especialidad jurídica. Una especialidad jurídica supone una construcción de forma “horizontal” en las ramas del saber jurídico, para conocer y conectar aquellos elementos del ordenamiento que guardan relación con un objeto de estudio específico presente en diversos sectores. Así, se producen especialidades jurídicas tales como el Derecho urbanístico, el Derecho medioambiental, el Derecho del menor, y un largo etcétera. En un plan de estudios como el del Grado de Derecho, que se construye básicamente a partir de “ramas” y raramente se interesa por las especializaciones (algunas hay entre las materias optativas), el Derecho eclesiástico del Estado es una excepción al esquema general.

4. Autonomía docente y científica

La construcción de la Ciencia jurídica —sobre todo en las universidades— a partir de sistemas o ramas del saber ha conducido históricamente a

confundir la lógica con la tónica, es decir, a entender que a cada rama jurídica o a cada sistema (construcción lógica) debe corresponder un cuerpo normativo específico o propio (tónica, localización). A la rama del Derecho civil, correspondería el Código civil; a la del Derecho penal, el Código penal; a la rama del Derecho mercantil, el Código de comercio... De la tónica se hizo depender la lógica, y de la lógica, la autonomía de un saber jurídico.

El criterio tónico o de localización tiene sus limitaciones. Sobre todo, cuando los Estados actuales han entrado en un proceso, ya desde tiempo atrás, de “legislación motorizada”, de multiplicación de normas con diversos propósitos y contenido dispar. En efecto, en la **Ley Orgánica de régimen electoral**, se recogen no sólo cuestiones relativas al Derecho constitucional, sino también delitos electorales, que estudia el Derecho penal. Las leyes de Presupuestos Generales del Estado terminan convirtiéndose en grandes contenedores de disposiciones que afectan a ámbitos diversos del ordenamiento jurídico, no sólo al Derecho Financiero o al Tributario, y a las que necesariamente prestan atención todas las ramas del Derecho.

De forma que, desde un punto de vista más realista, la autonomía científica (posibilidad de estudio independiente de una disciplina jurídica) y docente (posibilidad de enseñar esa disciplina como materia específica) depende de otros criterios, quizá menos formales.

En este sentido, el punto de partida es que “la división sectorial del derecho es un recurso de la técnica jurídica. Es, por consiguiente, *artificial*, en el sentido de *convencional* [...] la existencia de ramas autónomas del derecho pertenece al ámbito de su estudio académico, y procede de él. Naturalmente, la división del Derecho no es arbitraria [...] se basa en la circunstancia de que el ordenamiento seleccione un elemento de hecho, presente en ciertas relaciones humanas, como el principal factor que define los términos en que han de ser valoradas jurídicamente esas relaciones [...] los criterios de división en sí son meramente pragmáticos [...] tienen en sí mismos una importancia muy relativa: lo importante es que se hayan mostrado útiles para los fines que el derecho persigue [...]”¹³.

La disciplina Derecho eclesiástico del Estado, entonces, alcanza autonomía científica y docente desde el momento en que el ordenamiento jurídico de muchos Estados —si no de todos— regula la religión. “Por un lado, el derecho eclesiástico existe porque existe la religión. Por otro, su objeto ha

¹³ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “El objeto de estudio del Derecho Eclesiástico”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XI, 1995, p. 227.

experimentado un ininterrumpido crecimiento, que sigue sin haberse detenido”¹⁴. A partir de la constatación de ese fenómeno, se puede afirmar un objeto de estudio: “*el objeto del derecho eclesiástico se centra en la ordenación jurídica de aquellas relaciones humanas tipificadas por la presencia del elemento religioso, entendiéndose por tal la incidencia de conductas derivadas de creencias religiosas, o bien de convicciones no religiosas que posean una intensidad axiológica equiparable*”¹⁵. Además puede añadirse que, en el caso específico del Estado español, tal objeto se contempla desde la óptica del derecho fundamental de libertad religiosa, consagrado en la Constitución.

Algún sector doctrinal ha sido incluso todavía más práctico a la hora de afirmar la autonomía del Derecho eclesiástico del Estado: “una rama de la Ciencia accede al mundo de la existencia real cuando logra los siguientes objetivos: 1º., es reconocida internacionalmente; 2º., su estudio es objeto de reuniones científicas periódicas (Congresos, Simposia, etc.); 3º., tiene un órgano de expresión impreso en forma de revista especializada; 4º., su contenido adquiere coherencia y se hace susceptible de ser transmitido a estudiantes universitarios a través de un ‘libro de texto’; 5º., adquiere carta de naturaleza jurídica como disciplina académica apareciendo en un ‘plan de estudios’ universitarios; 6º., en los puestos docentes principales que deben atender la docencia universitaria se sitúan personas de especial valía, y 7º., se consolida una ‘Escuela’ de cultivadores de tal materia”¹⁶. Todos estos objetivos o condiciones se cumplen actualmente en el Derecho eclesiástico del Estado.

5. Las fuentes del Derecho eclesiástico del Estado

“Las disposiciones jurídicas de carácter general, relativas a materia religiosa, pueden clasificarse sobre la base de distintos criterios. De entre ellos, dos revisten particular importancia: la procedencia u origen de las normas —y, en conexión con esto, la consideración del principio de competencia—; y la jerarquía normativa”¹⁷.

La procedencia de las normas nos remite al origen unilateral (el Estado) o pacticio (acordado) de las mismas (tratados o convenios bilaterales o

¹⁴ *Ibid.*, p. 231.

¹⁵ *Ibid.*, p. 244.

¹⁶ IVAN C. IBÁN, “Pedro Lombardía y el Derecho eclesiástico preconstitucional”, *Las Relaciones entre la Iglesia y el Estado.- Estudios en Memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Edersa, Madrid 1989, p. 100.

¹⁷ J. FORNÉS; P. LOMBARDÍA, “Fuentes del Derecho eclesiástico español”, en Javier Ferrer Ortiz (ed.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed, EUNSA, Pamplona, 2007 (Manuales), pp. 59–60.

multilaterales, leyes internas con origen pacticio). La jerarquía normativa, por su parte, nos hace atender al criterio formal establecido en la Constitución.

5.1. Fuentes unilaterales

La **Constitución española de 1978** es fuente de Derecho eclesiástico como lo es de todo el ordenamiento jurídico positivo. Los artículos fundamentales en materia de Derecho eclesiástico son los artículos 1.1, 9.2, 10, 14, 16, 27, 30 y 32. Desde el punto de vista formal (desarrollo y regulación de los derechos fundamentales, competencias en el Estado de las autonomías, normas relativas a los tratados internacionales, etc.) también resultan relevantes los artículos 53, 81, 93 a 96, 148 y 149.

De esta fuente primaria del Derecho eclesiástico se deduce la importancia de la libertad religiosa como perspectiva de toda la regulación sobre esta materia; esta libertad se expresa funcionalmente también a través de la no-confesionalidad y la cooperación del Estado español con los grupos religiosos. La Constitución está abierta al ámbito jurídico internacional, sobre todo en lo que se refiere a los derechos fundamentales, en razón de la función integrativo-interpretativa que cumple el artículo 10.2.

La propia Constitución confía el desarrollo del derecho fundamental de libertad religiosa a otra fuente unilateral, la **Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio**. Esta ley tiene dos partes perfectamente diferenciadas. La primera recoge las derivaciones fundamentales de la libertad religiosa (artículos 1 y 2), establece de forma genérica los límites del derecho fundamental y la exclusión de determinados grupos de la regulación contenida en ella (artículo 3) y reafirma los medios judiciales de defensa de la libertad religiosa (artículo 4). Una segunda parte, dedicada a la regulación del fenómeno religioso colectivo, establece el cauce para la obtención de personalidad jurídica por parte de los grupos religiosos (artículos 4 y 5), reconoce la autonomía de las iglesias, comunidades y confesiones en orden a su organización y regulación internas (artículo 6), establece la posibilidad de Acuerdos con las confesiones religiosas (artículo 7) y, por último, crea la Comisión Asesora de Libertad Religiosa para las cuestiones relativas a la aplicación de la propia ley y la preparación y dictamen de los Acuerdos o Convenios del artículo 7.

Esta Ley Orgánica ha servido de inspiración en otros países (como **Colombia**¹⁸, **México**¹⁹ y **Perú**²⁰) a la hora de desarrollar las implicaciones del derecho fundamental de libertad religiosa.

A partir de la Constitución y de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, el desarrollo de fuentes unilaterales ha sido muy intenso. Téngase además en cuenta que las Comunidades Autónomas han elaborado normativa propia en cuestiones de su competencia. Tres recursos electrónicos pueden ayudar a disponer de un repertorio legislativo útil. Por un lado, el repertorio que se encuentra dentro del **Dossier sobre las relaciones Iglesia-Estado, publicado por A. López Castillo en el Boletín de Documentación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (vol. 28-29, 2007)**. Por otro lado, la **normativa general y por materias del Ministerio de Justicia**. En fin, el **Observatorio del Pluralismo Religioso en España dispone de una herramienta informática** para la consulta de normativa relacionada con el ejercicio de la libertad religiosa en nuestro país.

5.2. Fuentes pacticias

Junto a un concepto de Derecho eclesiástico interno, establecido unilateralmente por cada uno de los ordenamientos estatales, se plantea también la noción de un Derecho eclesiástico *internacional*²¹, surgido de la concorde voluntad de los Estados y constituido por aquellas normas y obligaciones, con las que los Estados se comprometen a adoptar una determinada legislación y práctica jurídica.

Por un lado, situamos aquí diversos Convenios e instrumentos internacionales de Protección de los Derechos Humanos. Destacaríamos en este grupo la **Declaración Universal de Derechos Humanos** de 10 de diciembre de 1948, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 20 de abril de 1977; la **Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones**, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, y por último el **Convenio (europeo) de protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**, de 4 de noviembre de 1950 (ratificado

¹⁸ Ley nº 33 DE 1994 de 23 de mayo, por la cual se desarrolla el derecho de libertad religiosa y de cultos, reconocido en el Artículo 19 de la Constitución política. Diario Oficial No. 41.369, de 26 de mayo de 1994.

¹⁹ Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 15 de julio de 1992.

²⁰ Ley de Libertad Religiosa, aprobada en diciembre de 2010.

²¹ G. MORÁN, “Contribución al estudio del derecho eclesiástico internacional”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 7, 1991.

por España el 4 de octubre de 1979). La Declaración de 1981 carece de fuerza vinculante, pero es interpretación auténtica del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo que se refiere al derecho fundamental de libertad religiosa, ideológica y de conciencia. Por su parte, el Convenio Europeo de 1950 reviste una importancia especial, ya que crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por el momento, no hay muchas normas específicas sobre la proyección del factor religioso en la Unión Europea. No obstante, cabe hacer referencia a las disposiciones del derecho primario y derivado. El **Tratado de la Unión aprobado en Maastricht en 1992**, y modificado en la reunión de **Amsterdam de 1997** establece en su artículo 6 que la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en el Estado de Derecho. Por otra parte, la Unión se compromete a respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el **Convenio (europeo) de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950** y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario. Es preciso destacar también la **Carta Europea de derechos fundamentales** aprobada en Niza en el año 2000 que recoge en un único texto, por primera vez en la historia de la Unión Europea, el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión. En su artículo 10 reconoce la libertad de pensamiento, conciencia y religión y el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio. El **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece en su artículo 17** que 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. El mismo artículo indica que la Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales. Respecto del Derecho derivado, cabe destacar el **Reglamento (CE) nº 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003** relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Una mención aparte ocupan los acuerdos del Estado español con las Confesiones religiosas, que constituyen fuente peculiar del Derecho eclesiástico español. Por razón de su naturaleza jurídica, es preciso hacer una distinción entre los Acuerdos firmados con la Iglesia católica y con otras confesiones.

La Iglesia católica ha considerado ya desde tiempos antiguos que el interlocutor válido y original para entenderse con los Estados ha sido la Santa Sede; dicha proposición viene apuntalada por la personalidad jurídica internacional de la que goza la Santa Sede ante los Estados, realidad que empieza en el siglo VIII. Ello le permite estipular en un plano de igualdad con el Estado las condiciones en que se despliega la libertad religiosa, y disfrutar de los beneficios que otorga el Derecho internacional público respecto de los pactos bilaterales internacionales en caso de incumplimiento. Como resultado, se produce una fuente jurídica peculiar, que son los Concordatos. Con independencia del nombre que se le otorgue (Concordato, Acuerdo, *modus vivendi*, Protocolo)²², el Concordato es “un convenio solemne cuyo objeto es regular, con carácter general, con pretensiones exhaustivas, las relaciones entre la Iglesia y un determinado Estado”²³. Los Concordatos tienen consideración de tratados internacionales y, naturalmente poseen reglas jurídicas específicas en orden a la determinación de los sujetos, elaboración, interpretación y extinción de la relación concordataria²⁴. El conjunto normativo vigente —que sustituye al Concordato de 1953— está compuesto por el **Acuerdo de 28 de julio de 1976** (sobre renuncia a la presentación de obispos y al privilegio del fuero), y cuatro acuerdos de 3 de enero de 1979 (sobre **asuntos jurídicos**, sobre **enseñanza y asuntos culturales**, sobre **asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos**; y sobre **asuntos económicos**). Junto a este conjunto principal, debe mencionarse también la existencia de Convenios, que no tienen esa misma vocación omnicompreensiva de los Concordatos, si bien formalmente cumplen las mismas condiciones de los anteriores. En concreto, el **Convenio de 5 de abril de 1962, entre el Estado español y la Santa Sede, sobre reconocimiento, a efectos civiles, de estudios no eclesiásticos realizados en Universidades de la Iglesia**, y el **Acuerdo entre el Reino de España y la Santa Sede sobre asuntos de interés común en Tierra Santa, de 21 de diciembre de 1984**.

Como se indicaba antes, en virtud del **artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1980**, el Estado puede establecer Acuerdos o convenios de cooperación con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. Esos acuerdos se aprobarán por ley de las Cortes Generales. En cuanto a las características de estos Acuerdos, puede resaltarse que: i/. Se

²² Ver una síntesis de la expresión formal, contenido y cláusulas concordatarias, en J.T. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di Concordati 1950-1999*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano (2000), pp. 26-29.

²³ A. DE FUENMAYOR, *Derecho eclesiástico del Estado español*, cit., p. 21.

²⁴ J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español*, cit., pp. 75-87.

trata de leyes internas estatales; ii/. Se trata de leyes con negociación previa, convenios de derecho público sometidos a la decisión final de las Cortes Generales; iii/. En relación con los acuerdos, el Estado se compromete a no modificar, revisar o derogar lo acordado sin conocimiento de la otra parte. Los acuerdos actualmente vigentes (**BOE de 12 de noviembre de 1992**) son: Acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades israelitas (ahora judías) de España, Acuerdo de cooperación del Estado Español con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España y Acuerdo de cooperación del Estado español con la Comisión islámica de España.

5.3. La cuestión de la relevancia de los Derechos religiosos en el Derecho del Estado

Algunos grupos religiosos (no necesariamente todos) tienen ordenamientos jurídicos, más o menos completos, que regulan la propia vida comunitaria. La cuestión está en dilucidar si hay relación, y de qué tipo, entre los Derechos religiosos y el Derecho estatal. La cuestión de la relevancia de los llamados derechos religiosos va muy unida a la concepción general de las relaciones entre el Estado y los grupos religiosos. Así, la absoluta indiferencia ante las normas confesionales sería lo propio de un estado laicista; la absorción del ordenamiento o normas confesionales hasta la identificación del ordenamiento estatal con el confesional, es propio de los sistemas políticos de la antigüedad o de las teocracias... En muchos países occidentales, la cuestión de la relevancia de los Derechos religiosos ha cobrado nuevo auge mediático, cuando se ha tomado conciencia de que en nuestras sociedades pluralistas estos derechos funcionan como medios alternativos de resolución de conflictos jurídicos (a modo de tribunales de arbitraje) o, sencillamente, crean situaciones jurídicas estables que resultan contrarias o que se plantean como condición previa para el Derecho estatal (en materia de Derecho de familia, como mucha frecuencia, pero también en materia de Derecho patrimonial, cuando —por ejemplo— el arrendamiento de local entre dos miembros de la Comunidad judía de Londres se remite al Derecho judío, no al Derecho civil inglés...)

Para algún sector la cuestión carece de interés, por considerar que estos dos conjuntos normativos —el religioso y el estatal— operan en campos completamente diversos. Sin embargo, basta con observar la realidad para comprobar que efectivamente ha habido en la historia y hay en la actualidad importantes fricciones y puntos de contacto (en materia matrimonial, en materia laboral, en el entendimiento del principio de igualdad, etc.).

Las técnicas jurídicas para dotar de relevancia en el Derecho estatal a las normas jurídicas religiosas son tres²⁵:

Remisión formal o no recepticia que consiste en que el ordenamiento estatal otorga eficacia en su propia esfera a las relaciones surgidas al amparo del ordenamiento competente. Así sucede con el matrimonio canónico en el Derecho español.

Remisión material o recepticia que consiste en que el Estado convierte en estatal una norma jurídica religiosa. Así, la **Orden de 28 de junio de 1993, por la que se dispone la publicación de los currículos de Enseñanza Religiosa Evangélica, correspondientes a la Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato**. Tales currículos no han sido fijados por el Ministerio de Educación español, sino que los incorpora a esos niveles educativos.

Por último, el *presupuesto de hecho* consiste en que la legislación estatal tiene en cuenta las normas del ordenamiento confesional, como mero dato o supuesto de hecho. Si el ordenamiento jurídico contempla, por ejemplo, los ministros de culto, o las diócesis, está tomando en consideración esos conceptos a partir del dato previo que de los mismos tienen los derechos religiosos.

6. Los principios del Derecho eclesiástico del Estado

En parte, el interés de los cultivadores del Derecho eclesiástico por afianzar su autonomía científica y su valor entre las disciplinas jurídicas, llevó a interesarse por la formulación de los llamados principios informadores, es decir, unas pautas generales de carácter jurídico que manifiestan las constantes que cumplen las reglas referidas al factor religioso en el ordenamiento jurídico español y que, al mismo tiempo, sirven como criterio de depuración de aquellas otras reglas que resultan incoherentes con el sistema jurídico construido. Como es fácil imaginar, esta tarea supuso un denso debate doctrinal respecto de los pormenores de esta empresa: ¿qué son exactamente los principios informadores? ¿Cuáles y cuántos? ¿Qué jerarquía existe entre ellos?

La discusión sobre la cuestión de los principios informadores hoy es muy débil. Desde que se propusiera la formulación de estos principios en el

²⁵ J. FORNÉS; P. LOMBARDÍA, “Fuentes del Derecho eclesiástico español”, cit., pp. 83–84; J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español*, cit., p. 72.

Derecho eclesiástico del Estado²⁶ hasta nuestros días²⁷, se ha llegado a un cierto consenso sobre su número y contenido.

De entrada, el propio concepto de “principio jurídico” resulta confuso. Debe distinguirse en primer lugar del concepto de “valor”. Éste parece no ser propiamente norma jurídica, mientras que el primero sí tiene una carga normativa.

El problema de los principios es que pueden ser de muy diversos tipos. Se dice que las normas jurídicas pueden ser de dos tipos: reglas de carácter prescriptivo, organizativo, etc. y principios, de carácter más amplio. Los principios, a su vez, pueden ser *inducidos* o consagrados desde la cúspide del ordenamiento, o bien pueden ser *deducidos* de las constantes que se observan en un conjunto de reglas jurídicas, resoluciones administrativas o decisiones jurisprudenciales. Referidos a los derechos fundamentales, se entiende que los principios contienen “mandatos de optimización”²⁸. Lo cierto es que los principios informadores están estrechamente vinculados a la Constitución española, desde un punto de vista formal; es decir, de alguna forma aparecen ante nosotros como especificaciones de las exigencias constitucionales sobre el tratamiento jurídico del factor religioso. Y, en consecuencia, permiten entender la parte del ordenamiento jurídico que se ocupa del factor religioso de forma unificada (función *integradora*), facilitan la labor interpretativa de las reglas jurídicas de forma congruente con el propósito y exigencias generales del Derecho en esta materia (función *hermenéutica*) y, por último, transmiten a los operadores jurídicos —y a la entera sociedad— unas pautas acerca de la idea de Estado en relación con las religiones y con las creencias en general (función *civilizadora*).

Los cuatro principios informadores que se admiten comúnmente en la doctrina son: el principio de libertad religiosa, el principio de laicidad, el principio de igualdad religiosa y el principio de cooperación. Considero que el principio de pluralidad religiosa no forma parte de los informadores del Derecho eclesiástico. La razón es sencilla²⁹: la Constitución española de

²⁶ VILADRICH enuncia toda la construcción de los principios informadores a finales del siglo XX en J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE; P. LOMBARDÍA; M. LÓPEZ ALARCÓN; R. NAVARRO-VALLS; P. J. VILADRICH, *Derecho eclesiástico del Estado español*, 1ª ed., Eunsa, Pamplona, 1980, pp. 211–317.

²⁷ E. RELAÑO PASTOR, “Una relectura de los principios de Derecho Eclesiástico: el principio del pluralismo religioso”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 25, 2009.

²⁸ F. J. BASTIDA FREIJEDO, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 47–49.

²⁹ Para un mayor conocimiento, entre otros A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Principios y Fuentes del Derecho eclesiástico”, en Miguel Ángel Jurdado Ruiz-Capillas (ed.) *Derecho Eclesiástico del Estado*, 1ª, Colex, Madrid, 2011, p. 56; J. HERVADA, “Pensamientos sobre sociedad plural y dimensión religiosa”, *Ius canonicum*, vol. 19, 38, 1979; en contra, E. RELAÑO PASTOR, “Una relectura de los

1978 indica que el Estado español “propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (artículo 1.1); nada dice del pluralismo religioso que, aun estando estrechamente vinculado con la libertad religiosa desde el punto de vista sociológico como presupuesto y como consecuencia, se presenta ante el Derecho español como dato *de hecho*, no de derecho. Los posibles “monopolios”³⁰ que pudieran ejercer las llamadas “religiones fuertes” en la sociedad española en modo alguno podrían justificar la intervención del Estado para “compensar” (demográfica, ideológica o políticamente) ese peligro, que —por otra parte— se encuentra limitado a través de los principios de igualdad y laicidad.

6.1. El principio de libertad religiosa

Puede desconcertar la denominación de este principio, que asociamos a primera vista con un derecho fundamental. Tal asociación es correcta, pero sólo en parte. La Constitución española de 1978 reconoce la libertad religiosa en el artículo 16. Pero la libertad religiosa conlleva una actitud o comportamiento jurídico por parte del Estado a la hora de proteger y promover dicha libertad de modo coherente con todo el orden constitucional. En consecuencia, el principio de libertad religiosa supone ante todo un área de acción humana (la religión y las creencias) inmune de por sí a la intervención estatal, respecto de la cual el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia junto con los ciudadanos en calidad de sujeto de actos o actitudes ante la fe y la religión, sean del signo que fueren. Es decir, el Estado reconoce que es ajeno a su naturaleza de “solo Estado” imitar la fe y la práctica religiosa a los individuos y comunidades³¹. La **Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1982**, de 13 de mayo de 1982, es una referencia habitual del principio de libertad religiosa.

6.2. El principio de laicidad

El principio de laicidad comprende básicamente dos elementos.

Por un lado, la separación institucional entre el Estado y las religiones. Digo institucional, porque la separación ética o ideológica nos conduce a resultados absurdos, como considerar que un Estado no actúa conforme al

principios de Derecho Eclesiástico: el principio del pluralismo religioso”, cit., pp. 229–238.

³⁰ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994, p. 52.

³¹ P. J. VILADRICH, “Los principios informadores del Derecho eclesiástico español”, cit., p. 272.

principio de laicidad por tipificar como delito el incesto, la esclavitud sexual o la eugenesia prenatal, que coinciden con reproches morales rechazados por muchas religiones. El **Tribunal Constitucional señala en su sentencia 177/1996**, de 11 de noviembre de 1996, que este primer aspecto “veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales”.

Por otro lado, la llamada “neutralidad” del Estado, consiste en que el Estado no efectúa una valoración de las creencias religiosas en términos de verdad o falsedad, a la hora de adoptar posturas políticas o jurídicas respecto de ellas. También podría entenderse que la neutralidad es reflejo de la “imparcialidad” del Estado en materia religiosa y de creencias. Como es fácil de comprender, la neutralidad tiene sus límites, porque el Estado esencialmente neutral no existe: todo Estado defiende y protege valores y derechos, adopta posturas de significación ideológica. Lo importante es que los valores adoptados sean concordes con la dignidad de la persona humana.

6.3. El principio de igualdad religiosa

El principio de igualdad religiosa es una específica aplicación del principio de igualdad ante la ley, recogido en el artículo 14 de la Constitución española. El principio de igualdad comprende tanto la igualdad “en” la ley (tratamiento igual de los supuestos iguales) y la igualdad “ante” la ley o en la aplicación de la ley (interdicción de una aplicación distinta de la ley en razón de las creencias religiosas). Igualmente no cabe un estatuto personal diverso en relación con el ejercicio del derecho individual.

No toda desigualdad de hecho es contraria al principio de igualdad. El verdadero principio de igualdad no es dar a cada uno lo mismo, sino dar a cada cual lo suyo. Esto es así porque, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional en su **Sentencia 29/1987, de 6 de marzo**, el núcleo del principio de igualdad no es más que una expresión elemental de las exigencias básicas de la justicia. El elemento clave para entender qué desigualdad es contraria al principio de igualdad, es el término ‘discriminación’: en el lenguaje jurídico —por influencia angloamericana— el término discriminación no indica la simple diferencia o distinción, sino aquella que resulte injustificada o arbitraria.

“[P]odemos establecer algunas conclusiones sobre el alcance de este principio: 1º) un tratamiento jurídico específico es discriminatorio cuando las consecuencias de ese trato diverso provocan la desaparición o el menoscabo de la única y misma categoría de sujeto de la libertad religiosa;

2º) no hay discriminación cuando de los aspectos favorables del trato específico ningún otro sujeto de libertad religiosa es excluido por principio o condición básica, aunque *de facto* algunos o muchos sujetos no los disfruten o ejerzan”³².

En definitiva, al hablar del principio de igualdad es importante distinguir el plano político e ideológico del plano jurídico. Cuando con frecuencia se escribe y habla en los medios de comunicación de privilegios, cripto-catolicismo del Estado, pluriconfesionalidad, multiconfesionalidad, etc., es importante para el jurista dotar al discurso de una dosis de serenidad, con el fin de calibrar en su medida justa la existencia y justificación de determinadas reglas o normas especiales. En esa dirección se apuntaba ya hace años: “Derecho especial se contrapone a Derecho común. Pero Derecho común no se contrapone a Derecho especial únicamente, sino también a Derecho singular, Derecho privilegiado. Derecho especial no es igual a Derecho singular. No es bizantinismo esta distinción. Estas nociones, no conceptos, son de máxima importancia. Nos permiten distinguir entre privilegio y Derecho especial”³³.

6.4. Principio de cooperación

El texto que cierra el **artículo 16 de la Constitución española de 1978** es el siguiente: “Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

Desde el punto de vista político, este párrafo pretende suplir una reprochada ausencia de la mención de Dios en el texto constitucional, al tiempo que se busca una “vía intermedia” entre el anticlericalismo laicista de la Segunda República española, por un lado, y la confesionalidad oficial católica del régimen del general Franco.

Desde la perspectiva jurídica, el artículo 16.3 apunta en tres direcciones. En primer lugar, el Estado no adopta una confesión oficial (es aconfesional). En segundo lugar, se propone “tener en cuenta las creencias religiosas”, lo cual se ha interpretado como valoración positiva del hecho socio-religioso; tal conclusión, con ser plenamente legítima, no parece totalmente

³² J. FERRER ORTIZ; P. VILADRICH, “Los principios informadores del Derecho eclesiástico español”, en Javier Ferrer Ortiz (ed.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed, EUNSA, Pamplona, 2007 (Manuales), p. 102.

³³ A. DE FUENMAYOR, *Derecho eclesiástico del Estado español*, cit., p. 10.

terminante: el Estado también “tiene en cuenta” la criminalidad o el fraude fiscal, pero de esa toma en consideración no cabe deducir que valore positivamente esos fenómenos.

Lo que sí es cierto es que la consideración se proyecta sobre “las creencias religiosas”, no sobre otro tipo de creencias, por muy legítimas que éstas sean. De ese “tener en cuenta” se deriva —de nuevo conforme al artículo 16.3— el mantenimiento de unas relaciones de cooperación. La cooperación implica la existencia de dos entidades distintas (Estado y confesiones religiosas) que actúan juntamente para un mismo fin. Este fin puede ser la realización efectiva del derecho de libertad religiosa, aunque nada impide que se propongan la actuación conjunta para otros fines (culturales, humanitarios, etc.) Sea como fuere, el principio de cooperación no apunta hacia unos instrumentos concretos o manifestaciones tasadas de cooperación.

Podría parecer que los Acuerdos jurídicos (con la Iglesia católica y con las tres Federaciones de confesiones minoritarias) son la manifestación paradigmática del principio de cooperación. No deja de ser cierto, pero no lo es menos que —desde el punto de vista de la sociología política— los Acuerdos de cooperación de 1992 pudieran reflejar la consumación de un implícito deseo de emulación de las minorías religiosas respecto de la Iglesia católica o, incluso, la plasmación del fenómeno que se conoce como la “estandarización” o “formateo” jurídico de las religiones, manifestado en una “convergencia institucional”³⁴ de las mismas: hacer pasar las religiones minoritarias (menos conocidas) por los moldes jurídicos por los que transita la mayoritaria (más conocida).

Sea como fuere, se considera que el principio de cooperación ha sido una importante aportación del Derecho español al panorama de las relaciones Estado y Religión en nuestro entorno jurídico occidental.

7. ¿Para qué sirve el Derecho eclesiástico del Estado?

En los planes de estudio de Grado de algunas universidades españolas se ha situado la materia Derecho eclesiástico del Estado en el primer año de la carrera. El motivo tal vez sea considerar que esta asignatura tiene un carácter marcadamente formativo. Lo cual no la hace distinta de las demás: tan formativa puede y debe ser una asignatura al comienzo como al final de los estudios. Quizá sea entonces que se estime al Derecho eclesiástico del

³⁴ O. ROY, *La santa ignorancia. El tiempo de la religión sin cultura*, Península, Barcelona, 2010, p. 258.

Estado como una asignatura fundamental —como lo son el Derecho romano, la Historia del Derecho español, la Teoría general del Derecho o el Derecho natural. Nada más lejos de la realidad. El calificativo “fundamental” quizá pudiera darse al estudio del Derecho canónico, que sí resultaba un buen fundamento para el futuro jurista³⁵, ya que el Derecho canónico está en la base de la tradición jurídica europea (tanto la continental como la angloamericana). No pudo ser: una visión estrecha de la aconfesionalidad del Estado quizá aconsejaba desterrar el Derecho canónico de las universidades públicas.

El Derecho eclesiástico del Estado presupone y requiere una cierta formación previa del estudiante, que debe estar familiarizado, al menos un poco, con el Derecho constitucional, el Derecho administrativo o el Derecho fiscal, entre otros. Cosa que no sucede. De todos modos, las aportaciones del Derecho eclesiástico del Estado a la formación del futuro jurista son muchas. Destacaré aquí sólo algunas. En primer lugar, permite conocer las extensísimas implicaciones que un derecho fundamental tiene en el ordenamiento jurídico estatal. En segundo lugar, rompe la *summa divisio* clásica entre Derecho privado y Derecho público: en el Derecho eclesiástico tomamos conciencia de la unidad del ordenamiento jurídico a través de la incidencia que tiene en él el factor religioso. Junto con ello, la referencia frecuente a la jurisprudencia (Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y la apertura tanto al Derecho de otros países como al método del Derecho comparado, ofrece un panorama muy rico de cuestiones prácticas sobre las que pensar y discutir. Todo esto, y mucho más, puede hacer de esta materia un punto de referencia agradable, atractivo o incluso apasionante (la experiencia personal me lo confirma) en el estudio del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

BASTIDA FREIJEDO, F. J., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

CARNELUTTI, F., *Teoría general del derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

CASTRO Y BRAVO, F. DE, *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.

³⁵ R. NAVARRO-VALLS, “La enseñanza universitaria del Derecho Canónico en la jurisprudencia española”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 1, 1985.

- FERRER ORTIZ, J.; VILADRICH, P., “Los principios informadores del Derecho eclesiástico español”, en Javier Ferrer Ortiz (ed.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed., EUNSA, Pamplona, 2007 (Manuales), pp. 85–111.
- FORNÉS, J.; LOMBARDÍA, P., “Fuentes del Derecho eclesiástico español”, en Javier Ferrer Ortiz (ed.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed., EUNSA, Pamplona, 2007 (Manuales), pp. 53–84.
- FUENMAYOR, A. DE, *Derecho eclesiástico del Estado español*, Editorial Comares, Granada, 2007.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., *Derecho eclesiástico español*, 5a. ed., 1ª. en Civitas, Thomsom-Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2002.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.; LOMBARDÍA, P.; LÓPEZ ALARCÓN, M.; NAVARRO-VALLS, R.; VILADRICH, P. J., *Derecho eclesiástico del Estado español*, 1ª ed., EUNSA, Pamplona, 1980.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., “Principios y Fuentes del Derecho eclesiástico”, en Miguel Ángel Jurdado Ruiz-Capillas (ed.) *Derecho Eclesiástico del Estado*, 1ª ed., Colex, Madrid, 2011, pp. 49–81.
- HERVADA, J., “Pensamientos sobre sociedad plural y dimensión religiosa”, *Ius canonicum*, vol. 19, no. 38, 1979, pp 63–76.
- HILL, M., *Ecclesiastical Law*, Oxford University Press, Oxford [England]; New York, 2001.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho eclesiástico del Estado: derecho de la libertad de conciencia*, Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, D.L. 1989.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “El objeto de estudio del Derecho Eclesiástico”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XI, 1995.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994.
- MORÁN, G., “Contribución al estudio del derecho eclesiástico internacional”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 7, 1991, pp 49–78.
- NAVARRO-VALLS, R., “La enseñanza universitaria del Derecho Canónico en la jurisprudencia española”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 1, 1985, pp 49–92.

- RELAÑO PASTOR, E., “Una relectura de los principios de Derecho Eclesiástico: el principio del pluralismo religioso”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, no. 25, 2009, pp 203–242.
- ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- ROY, O., *La santa ignorancia. El tiempo de la religión sin cultura*, Península, Barcelona, 2010.
- SANDBERG, R., *Law and Religion*, Cambridge University Press, New York, [etc.], 2011.
- SOUTO PAZ, J. A., *Comunidad Política y Libertad de Creencias: Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid; Barcelona, 2003.
- TYLER, R. H., *American Ecclesiastical Law. The Law of Religious Societies, Church Government and Creeds, Disturbing Religious Meetings, and the Law of Burial Grounds in the United States: With Practical Forms*, William Gould, Albany, 1866.
- VILADRICH, P. J., “Los principios informadores del Derecho eclesiástico español”, en *Derecho eclesiástico del Estado español*, 1ª ed., Eunsa, Pamplona, 1980, pp. 211–317.

CAPÍTULO 3. LA LIBERTAD RELIGIOSA, PERSPECTIVA DEL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO

1. Introducción

Las exigencias radicales de la naturaleza humana tienen un carácter objetivo y permanente. En su dimensión social, esas exigencias son los requerimientos más radicales de la Justicia. Al mismo tiempo, el ser humano es un ser histórico, de forma que las cambiantes circunstancias temporales conducen a formulaciones diversas de esas exigencias.

Desde la desintegración de la unidad religiosa de Europa van cobrando forma jurídica los derechos humanos. Encontramos indicios anteriores a las revoluciones liberales, pero a partir de éstas los derechos humanos se nos presentan como realidad o requisito *previo* a la actuación del poder político. Es decir, los derechos humanos son *reconocidos* por el Estado (derechos subjetivos), no son concesiones del poder político. A través de los derechos humanos se expresan jurídicamente requerimientos concretos de Justicia, derivados o radicados en la dignidad humana, de carácter universal, que el Estado debe respetar y proteger.

La incorporación de esos derechos humanos a los textos constitucionales de los Estados da lugar a lo que conocemos como derechos fundamentales. Uno de esos derechos fundamentales más antiguos es precisamente el derecho de libertad religiosa y de creencias, del que nos vamos a ocupar en este Capítulo.

El derecho de libertad religiosa aporta una perspectiva del Derecho eclesiástico del Estado español. Este derecho fundamental justifica o propicia muchas reglas jurídicas contenidas en nuestro Derecho eclesiástico del Estado, si bien no todas esas reglas son exigencias inmediatas y específicas de la libertad religiosa. De no ser así, el Derecho eclesiástico de todos los países que reconocen la libertad religiosa sería igual. Quiero decir con ello que los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno reconocen —satisfactoriamente, en líneas generales— el derecho fundamental de libertad religiosa y procuran protegerlo y promoverlo adecuadamente. Pero evidentemente no todos observan una uniformidad total en cuanto a

principios y reglas jurídicas relativas al factor religioso: el peso de la historia, de las circunstancias particulares de cada país (demográficas, económicas, etc.) y la propia fisonomía de la tradición jurídica, arrojan resultados plurales que no por ser diversos nos tienen que llevar a sospechar que sean contrarios al derecho fundamental de libertad religiosa. Una visión uniformadora de la libertad religiosa es una visión irreal.

De la libertad religiosa se dice que es “la primera de las libertades”. Lo cual puede entenderse en sentido histórico, en sentido lógico y en sentido antropológico.

En sentido *histórico*, pues los textos constitucionales y fundamentales de muchos países de Occidente reconocieron tempranamente la libertad religiosa, antes que otras libertades. La convivencia de ciudadanos pertenecientes a diversas religiones en un mismo Estado, supone y exige el reconocimiento de este derecho fundamental.

En sentido *lógico*, pues la libertad religiosa implica, contiene o presupone otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión, la libertad de circulación, la libertad de asociación o la libertad de conciencia. Además, la Ciencia política ha puesto de relieve en tiempos recientes que donde hay más libertad religiosa y menos control policial del factor religioso, hay también menos conflicto social¹.

En sentido *antropológico*, la religión se muestra como un elemento constante en la vida de los hombres, desde el más remoto origen. Lo específico, más propio y elevado del ser humano radica en su dimensión espiritual. “El ser humano busca el sentido último de las cosas, busca la Verdad grande. La infinitud potencial de esa inteligencia sólo puede colmarse con una respuesta radical, que lo incluya todo”². Buscar y alcanzar esa respuesta radical es una tarea que el ser humano realiza conforme a su modo de ser, es decir, con libertad.

Y, a pesar de la importancia de este derecho fundamental, los estudios más fiables apuntan a que el 75% de la población mundial vive en países con altas o muy altas restricciones de la libertad religiosa³. Ante esta realidad,

¹ B. GRIM; R. FINKE, *The Price of Freedom Denied: Religious Persecution and Conflict in the 21st Century*, Cambridge University Press, New York, 2011.

² R. YEPES STORK; J. ARANGUREN ECHEVERRÍA, *Fundamentos de antropología: un ideal de la excelencia humana*, 4ª ed., Eunsa, Pamplona, 1999, p. 358.

³ *RISING TIDE OF RESTRICTIONS ON RELIGION*, Pew Research Center’s Forum on Religion & Public Life, 2012, fecha de consulta 24 septiembre 2012, en <http://www.pewforum.org/uploadedFiles/Topics/Issues/Government/RisingTideofRestrictions-fullreport.pdf>.

no es de extrañar que con frecuencia se mezclen los planos científico-jurídico y reivindicativo (la libertad religiosa como “idea metapositiva exigente”⁴), lo cual supone examinar el Derecho desde dos perspectivas complementarias, ya mencionadas en el Capítulo 2: estudiar el derecho tanto en su dimensión técnica (¿es éste un ordenamiento jurídico técnicamente bien hecho?) como en lo que se refiere a la Justicia (¿es éste un ordenamiento justo?) Ahora bien, tal aproximación no debe hacer perder de vista que el Derecho eclesiástico del Estado *es* la disciplina y la libertad religiosa *un elemento* dentro de la disciplina: “no es lo mismo hacer notar la importancia de la idea de libertad religiosa en el estudio del Derecho eclesiástico, que reducir el estudio del Derecho eclesiástico al estudio de la libertad religiosa”⁵.

2. Contenido y naturaleza del derecho fundamental de libertad religiosa

2.1. Algunos datos procedentes del Derecho interno, regional e internacional

Los textos legales nacionales e internacionales pueden servir de orientación para aproximarnos al contenido del derecho fundamental que examinamos.

El artículo 18 de la **Declaración Universal de Derecho Humanos** establece: “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”. El **Pacto Internacional de Derecho civiles y Políticos**, en su artículo 18, repite la fórmula de la Declaración, pero introduce importantes modificaciones que afectan al derecho de proselitismo, al tiempo que señala los límites del derecho, y el derecho de los padres en materia de educación religiosa y moral de los hijos. El artículo 6 de la **Declaración de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones** ofrece un elenco más detallado de manifestaciones de la libertad religiosa. El artículo 9 del **Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** repite prácticamente la dicción del correspondiente artículo del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos, si bien el párrafo segundo tiene una importancia especial en

⁴ J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, “La libertad religiosa y el objeto del derecho eclesiástico”, *Persona y Derecho*, vol. 18, 1988, p. 92.

⁵ *Ibid.*, p. 98.

materia de establecimiento de limitaciones.

Por su lado el artículo 16.1 y 2 de la **Constitución española de 1978** establece: “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”. El artículo 2 de la **Ley Orgánica de Libertad Religiosa** realiza, al igual que sucede en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación, un elenco de manifestaciones del derecho desarrollado.

Todos estos textos legales no son la libertad religiosa, sino formas de expresión de dicha libertad. En efecto, tal como se explicaba al principio de este Capítulo, junto con un núcleo fundamental de contenido acerca de la libertad religiosa —de carácter más permanente— también hay elementos que se especifican o explicitan con el paso del tiempo; “la libertad religiosa tiende a configurarse no como un dato objetivable e inmutable, sino como un valor en vías de perenne realización que encuentra modalidades nuevas de explicitación al compás de la multiplicidad de agravios —supuestos o reales— que a la subjetividad de la conciencia humana, en su zona de máxima sensibilidad, puede conferírsele”⁶.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, al referirse específicamente al contenido del artículo 16 de la Constitución española de 1978, indica en su **Sentencia 101/2004, de 2 de junio**, que la libertad religiosa tiene una dimensión objetiva y un derecho subjetivo. “En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: primero, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, que «el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener ‘las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones’, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que ‘veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales’ (STC 177/1996, de 11 de noviembre)»”. Hasta aquí lo que hace el Tribunal constitucional es

⁶ R. NAVARRO-VALLS, “La enseñanza universitaria del Derecho Canónico en la jurisprudencia española”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 1, 1985, pp. 85–86.

recordarnos aspectos de los principios informadores del Derecho eclesiástico del Estado.

En cuanto derecho subjetivo, continúa la sentencia, “la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9, la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual», y asimismo, «junto a esta dimensión interna, esta libertad ... incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 10, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8)». Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es «con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias». La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, además, «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso» (STC 46/2001, de 15 de febrero), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades”.

Correspondería ahora ir detallando los elementos que comprende el derecho de libertad religiosa en lo referente a su contenido.

2.2. ¿Qué es una libertad?

“La libertad puede ser considerada al menos desde estas cuatro perspectivas: la perspectiva de psicología empírica o fenomenológica, la ontológica, la moral y la jurídica.

“La perspectiva psicológica es la más básica. Se trata, en este nivel, de analizar la experiencia que todos tenemos de que de hecho decidimos libremente. Se constata que tenemos una capacidad de elegir, de decidir. Ontológicamente, la libertad es una cualidad de nuestro ser y, hasta cierto punto, nuestro ser mismo. En efecto, somos dueños de nuestro propio ser.

Y, en consecuencia, somos dueños de nuestros propios actos. Este dominio sobre nuestros propios actos proviene del dominio sobre nuestro propio ser y constituye la esencia de nuestra libertad.

“La libertad no es un ‘dato aséptico’; por el contrario, posee implicaciones morales. Constituye una verdad sobre el hombre que es interpelante. Aquí hay que situar la dimensión moral de la libertad. ¿En qué consiste la dimensión moral de la libertad? Para responder a esta cuestión, preguntémonos por el fin de la libertad. Libertad, ¿para qué? (...) El bien es el fin de la libertad.

“¿Qué es la libertad en sentido jurídico? Y ¿cuáles son las relaciones entre libertad moral y libertad jurídica? Podemos decir que la libertad ontológica, y la vocación del hombre a realizar su propia libertad moral —a hacer libremente el bien— se proyectan sobre las relaciones entre los hombres haciendo nacer en ellas una exigencia de justicia: la exigencia de respetar la libertad del otro en la convivencia social. Esta exigencia de justicia es lo que llamamos ‘derecho de libertad’. Este derecho de libertad —o bien, ‘estos derechos’ de libertad: las libertades concretas— poseen su propia consistencia y su dinámica propia; quiero decir que dimanen directamente de la ontología del ser del hombre —de su dignidad personal, si se quiere— y por tanto subsisten independientemente de que su titular los utilice para cometer el mal moral; sólo cuando se comete un ‘mal jurídico’, una injusticia, es decir, cuando se violan derechos de otros, pueden decaer estos derechos.

“[E]n materia de libertad, con frecuencia se traspasa ilegítimamente la frontera entre lo moral y lo jurídico. Unos, porque desde un análisis moral de la libertad pretenden vaciar el contenido jurídico propio de la libertad (como, desde el punto de vista moral, la libertad existe para el bien, niegan el derecho de libertad cuando se obra mal). Y otros, porque para garantizar los derechos de libertad pretenden que es necesario negar toda dimensión moral objetiva a la libertad (a la libertad moral, se entiende); de este modo, al negar toda posibilidad de una verdad sobre el hombre que sea moralmente interpelante (o normativa, si se prefiere), hurtan el fundamento de la misma libertad jurídica (la dignidad del hombre), y tachan de enemigos de la libertad a quienes afirman esa posibilidad”⁷.

⁷ C. SOLER, *Iglesia y Estado en el Vaticano II: libertad religiosa, derechos humanos, libertad de la Iglesia, antes y después del Concilio*, Eunsa, Pamplona, 2001, pp. 128–130.

2.3. Naturaleza de la libertad religiosa

La libertad religiosa es un “derecho de libertad” frente al Estado, en virtud del cual se reconoce a las personas una esfera de actuación libre de coacción e interferencias. Los derechos de libertad comprenden tanto la posibilidad de acción del titular, como la posibilidad de omisión (“tener, adoptar, no tener o cambiar”). De ahí que habitualmente se distinga una faceta positiva como una negativa. Sucede aquí como con las libertades de expresión (el sujeto es libre de hablar, escribir... o callar) o de asociación (el sujeto tiene derecho a asociarse con otros, pero también a no asociarse y no sufrir, por ello, sanción o reproche jurídico alguno).

El [artículo 16.2 de la Constitución española de 1978](#) es precisamente una expresión de esa faceta negativa: prohíbe la obligación de declarar o manifestar las creencias para que el Estado no pueda adoptar consecuencias jurídicas —positivas o negativas— a partir de la pertenencia religiosa; de esta manera se evita dificultar o interferir en la libertad de los sujetos.

La faceta negativa del derecho de libertad religiosa es preponderante, por ejemplo, frente a medidas para salvaguardar la seguridad del Estado a través de la selección (con posibles criterios religiosos o de creencias) del personal trabajador ([STS de 14 de noviembre de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo](#)). Esta misma faceta negativa puso fin al sistema dualista de matrimonio civil subsidiario, ya que el juez encargado del registro no puede preguntar a los contrayentes acerca de la religión que profesan; tal como reconoció la [Instrucción de 26 de diciembre de 1978, de la Dirección General de los Registros y el Notariado](#), sobre matrimonio civil. En el ámbito del Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de examinar la faceta negativa de la libertad religiosa en sentencias tales como [Dimitras y Otros \(n. 2\) contra Grecia](#), de 3 de noviembre de 2011, [Alexandridis contra Grecia](#), de 21 de febrero de 2006, o [Buscarini y otros contra la República de San Marino](#), de 4 de febrero de 1999.

La faceta positiva del derecho de libertad religiosa despliega en mayor medida las implicaciones de este derecho fundamental. Comprende tres estadios que, a modo de “ondas concéntricas”, se expanden desde la esfera íntima hacia el exterior: libertad de *creencias*, libertad de *culto* y libertad de *actuación* conforme a las creencias que se profesan.

La doctrina académica, a la luz de lo señalado en el [artículo 9.2 de la Constitución española de 1978](#) y del [artículo 2.3 de la Ley Orgánica de](#)

Libertad Religiosa, se ha planteado si el derecho de libertad religiosa tiene carácter o naturaleza *prestacional* o no⁸. Para entender esta cuestión debemos remontarnos a la clasificación de los derechos fundamentales atendiendo a su estructura.

Por su estructura, es decir, por la facultad que otorgan a su titular, se distinguen derechos de *autonomía* (que facultan para exigir la no interferencia), derechos de *participación* (que facultan para realizar actos con relevancia pública) y derechos de *prestación* (que facultan para reclamar un beneficio, que contienen un mandato que impone al poder público el deber de hacer algo)⁹.

Los derechos de prestación pueden ser de tres tipos: 1) derechos fundamentales que en sí mismos son un derecho de prestación (tutela judicial efectiva), 2) derechos de prestación que son condición necesaria para el ejercicio de un derecho de libertad (derecho de sufragio) y 3) derechos de prestación que favorecen, mejoran promueven o facilitan el ejercicio de un derecho fundamental (artículo 9.2 de la Constitución)¹⁰. La libertad religiosa pertenecería a esta última categoría, tal como parece reconocer el propio Tribunal Constitucional en su **Sentencia 46/2001, de 15 de febrero**: “el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (...) pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 L.O.L.R. y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del mencionado art. 2 L.O.L.R”.

⁸ M. RODRÍGUEZ BLANCO, “Manifestaciones del derecho fundamental de libertad religiosa”, en Andrés Corsino Álvarez Cortina, Miguel Rodríguez Blanco (eds.) *La libertad religiosa en España: XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de Julio (comentario a su articulado)*, Comares, Granada, 2006, pp. 92–95.

⁹ L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 40–42.

¹⁰ F. J. BASTIDA FREIJEDO Y OTROS, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 114.

2.4. Contenido de la libertad religiosa

2.4.1. De nuevo: ¿qué es una religión?

Es claro que este derecho fundamental tiene un objeto (otros preferirían hablar de un “contenido esencial”) y que ese objeto hace relación a unas determinadas actividades relativas a la religión. ¿Respecto a la religión o respecto a algo más? La dicción de los textos internacionales sobre la materia apuntan a un derecho con tres manifestaciones: *derecho* a la *libertad* de pensamiento, de conciencia y de religión. Lo cual ha llevado a considerar que la libertad religiosa carece de individualidad propia, está comprendida dentro de un conjunto de fenómenos más amplios, al que se denomina creencias o conciencia. Lo cierto es que la mayoría de manifestaciones (faceta positiva del derecho) que esos mismos textos legales predicán del *derecho* reconocido se refieren ante todo a las religiones.

Sin embargo, puesto que se reconoce una libertad referida a la *religión*, ¿cómo protegerla adecuadamente, si no se sabe bien qué es?

En el ámbito internacional, la solución parece orientarse hacia una formulación amplia; así, el Comentario General nº 22 al artículo 18 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, adoptado por el entonces Comité de los Derechos Humanos en 1993, afirma que “[e]l artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos ‘creencias’ y ‘religión’ deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales”¹¹. Ahora bien, enunciar de forma amplia lo que se protege no es lo mismo que decir lo que es la religión.

Para algún sector doctrinal, el Estado no puede definir qué sea lo religioso, aunque con ello pretenda reconocer y proteger un derecho de libertad como éste del que nos ocupamos. Y ello, porque “la capacidad de definir es también el poder de negar la libertad religiosa”, como afirmaba un juez norteamericano¹². Otros sectores doctrinales consideran que la necesidad de tener, al menos, una noción de religión es prácticamente inevitable¹³.

¹¹ UN. SECRETARIAT, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN, Geneva, 2004, p. 155, fecha de consulta 26 abril 2012, en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/ca12c3a4ea8d6c53c1256d500056e56f/\\$FILE/G0441302.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/ca12c3a4ea8d6c53c1256d500056e56f/$FILE/G0441302.pdf).

¹² “The ability to define religion is the power to deny freedom of religion” (voto particular del Juez Brorby), en *United States v. Meyers*, 95 F.3d 1475, at 1489 (1996).

¹³ S. FERRARI; I. C. IBÁN, *Derecho y religión en Europa Occidental*, McGraw-Hill, Interamericana de

Tal vez sea cierto que el derecho no debe enfrentarse a la definición de la religión, porque si el Estado adopta una definición, o incluso define la religión, podría menoscabar la libertad religiosa. Pero al encontrarse, sobre todo, con fenómenos asociativos o individuales que reclaman especial protección, se ve forzado a intentar una cierta identificación que conjugue adecuadamente los aspectos individuales y societarios con la intención de prevenir el fraude y reconducir cada realidad socio-jurídica al sector de protección que le corresponde. Esto sucede, por ejemplo, cuando los grupos religiosos se acogen a un régimen fiscal específico para ellos (cosa que sucede en Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo) o cuando el ordenamiento jurídico otorga una personalidad jurídica-civil (cosa que sucede en España) que ofrece una especie de “paraguas” de legitimidad o reconocimiento sociológico, que los grupos de nueva implantación — religiosos o no— pretenden obtener para desarrollar sus actividades sin prejuicios sociales.

Han sido varias las tendencias que se han observado a lo largo del tiempo para intentar determinar qué es una religión o una creencia religiosa para el Derecho del Estado y a los efectos de determinar su alcance en las consecuencias normativas concretas más dispares. Y así, durante un largo tiempo se ha considerado religión la creencia en Dios (concepción *teística*). No ha sido tampoco infrecuente la aproximación fenomenológica, acudiendo a signos externos tales como la existencia de un credo sistemático, unos ritos, un culto oficial y un código moral (tendencia *institucional*). Puesto que en algunos casos —señaladamente en el caso del budismo o de otros nuevos movimientos religiosos— las creencias religiosas podían resultar completamente nuevas en sus contenidos, o incluso ajenas a lo teístico, se ha llegado a admitir como religioso al grupo que guarda rasgos semejantes, en todo o en parte, con los grupos religiosos tradicionales o más conocidos (tendencia *analógica*). Y, por último, cuando de lo que se trata es de extender exenciones o formas particulares de protección desde hipotéticos sujetos religiosos a individuos de creencias no necesariamente religiosas, intentado evitar así resultados discriminatorios, se sostiene que es religión la creencia sincera y significativa que ocupa en la vida de la persona un lugar de importancia semejante al que ocupa Dios en la vida de los miembros de las religiones monoteístas tradicionales (tendencia *funcional*).

El ordenamiento español no parece suscribir ninguna de las tendencias anteriores. En la práctica administrativa, las Resoluciones de la Dirección

España, Madrid, 1998, pp. 39–43.

General de Asuntos Religiosos, durante un tiempo, acogieron el concepto recogido por los diccionarios de la lengua española. Lo cierto es que el **artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa** establece: “Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espirituales u otros fines análogos ajenos a los religiosos”. Tal vez el artículo 3.2 muestre sencillamente una cuestión ya advertida¹⁴, y común a otros muchos problemas de definición en el Derecho: al legislador le resulta más sencillo señalar qué no es una religión que definirla.

2.4.2. Manifestaciones de lo que se protege

La **Ley Orgánica de Libertad religiosa** realiza un elenco bastante completo de acciones protegidas en su artículo 2. Lo mismo sucede respecto del artículo 6 de la **Declaración de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones** de 1981. Uniendo ambos textos, y recordando la distinción que antes se hacía entre *creencias*, *culto* y *actuación*, podríamos sintetizar esas acciones o actividades:

a) *Creencias*: profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

b) *Culto*: practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales; establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos; confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;

c) *Actuación conforme a las creencias*: elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones; fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas; observar días de descanso y festividades de conformidad con los preceptos de una religión o convicción; escribir,

¹⁴ J.M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, «Posición jurídica de las confesiones religiosas y de sus entidades en el ordenamiento jurídico español», VV.AA. *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona (1994), p. 550.

publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; asociarse para desarrollar comunitariamente actividades religiosas; enseñar la religión o las convicciones; solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones; capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión a los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción; mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero; reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos.

3. Sujetos de la libertad religiosa

El **artículo 16 de la Constitución española de 1978** reconoce la libertad religiosa sin limitación en cuanto a la titularidad. Es decir: no es un derecho reconocido exclusivamente a aquellos que tengan la ciudadanía española o comunitaria, cosa que no sucede con otros derechos fundamentales tales como el derecho de sufragio activo y pasivo, o el derecho de libre circulación. La razón estriba en la mayor cercanía que tiene la libertad religiosa a la dignidad del hombre, que es fundamento y justificación de los derechos humanos.

En este punto es importante aclarar dos cuestiones discutidas. La primera relativa a la titularidad del derecho fundamental de libertad religiosa a las personas jurídicas o grupos sociales; la segunda, relativa a la titularidad del derecho por parte de los ateos.

Respecto de la primera de ellas, desde una perspectiva liberal las personas jurídicas y los grupos sociales sin personalidad jurídica no pueden ser de suyo titulares de derechos humanos y, por ende, tampoco de derechos fundamentales, ya que por su propia naturaleza son derechos subjetivos que se predicen de las personas físicas, que son las que realmente pueden circular o moverse por un territorio, opinar y expresarse, creer en una religión, etc. Como mucho, los derechos fundamentales de las personas jurídicas y de los grupos sin personalidad jurídica son los de las personas físicas que los componen, respecto de los cuales esas entidades pueden ejercitar alguna representación.

Sin embargo, la opción adoptada por la Constitución española de 1978 no es la anterior. Reconoce la libertad religiosa “de los individuos y las comunidades”. No parece que lo haga estableciendo ninguna diferencia entre ambas titularidades (la individual y la colectiva). Además, la Ley Orgánica de Libertad religiosa reconoce derechos específicos a las “Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas”. Lo cual pone de

manifiesto la conciencia de que los grupos religiosos constituyen realidades con un peso organizativo y una vida que no dependen del Estado, que constituyen (al igual que la persona física) un *prius* para el Derecho. Desde el punto de vista técnico, podríamos concluir que el derecho de libertad religiosa no es sólo un derecho colectivo (es decir, el derecho del sujeto individual que requiere del grupo para poder ser ejercitado) sino también un derecho de grupo (es decir, aquel que tiene por titular un sujeto colectivo, con o sin personalidad jurídica).

Respecto de la libertad religiosa de los **ateos**, en su momento resultó ser una cuestión debatida por la doctrina académica. Podría parecer que los ateos no tienen libertad religiosa debido a que niegan la existencia de Dios y, en consecuencia, no tienen religión. Carecen voluntariamente de esta libertad, o bien dicha libertad no se refiere a ellos, porque no son “sujetos religiosos”. Ahora bien: estimando que la titularidad de los derechos fundamentales es igual para todas las personas, se entendió que los ateos — como no puede ser de otro modo— son titulares de este derecho fundamental que, como derecho de libertad, no sólo comprende acciones, sino también inacción respecto del objeto protegido; las manifestaciones (sobre todo las culturales) no pueden ser ejercidas por los ateos, pero la titularidad en cuanto tal permanece incólume. Y naturalmente son titulares del derecho a no ser discriminado por razones religiosas.

A la postre, lo cierto es que los sectores sociales que se adscriben al humanismo ateo o a lo que se ha dado en llamar “**nuevo ateísmo**”, se han interesado por la faceta negativa de la libertad religiosa (casos en los que se obliga al juramento o a la declaración de las propias creencias, ante un tribunal o un organismo oficial, etc.) E incluso el objetivo de esos sectores sociales ha sido reclamar, como parte de una laicidad que verdaderamente proteja la libertad de todos, la asepsia religiosa de todo el espacio público.

4. Límites de la libertad religiosa

Cuando analizamos los límites de los derechos fundamentales es necesario, en primer lugar, realizar una distinción terminológica entre delimitación o límite interno, y restricción o límite externo.

Con delimitación o límite interno se pretende explicar que hay conductas que pertenecen propiamente al ejercicio del derecho y otras no. Por ejemplo, no forma parte de la libertad religiosa la creación de un negocio de comestibles, por mucho que lleve nombre de santo, o por mucho que el dueño considere que llevar a cabo ese negocio es algo divinamente

inspirado. En consecuencia, los impuestos municipales o estatales a esa actividad comercial, no son impuestos establecidos al ejercicio libre de la religión, cosa que resultaría contraria al derecho fundamental. Si el ejemplo anterior resulta claro (al menos lo pretende), hay otras situaciones que no lo son tanto. Es habitual en esta materia distinguir respecto del objeto un *núcleo de certeza positivo*, un *halo de incertidumbre* y un *área de certeza negativa*. No se trata de tres áreas inamovibles y rígidamente establecidas. El núcleo de certeza se modifica ligeramente con el tiempo, en virtud de las convicciones imperantes o de los avances de tecnología o la ciencia. Por eso, no se suele trazar una distinción neta entre lo incluido (núcleo de certeza positivo) y lo excluido (área de certeza negativa), de forma que el halo de incertidumbre puede ser ciertamente amplio.

Y tanto para entender la delimitación o límite interno, como para entender la restricción o límite externo, resulta de interés el concepto de “contenido esencial” del derecho fundamental, que el Tribunal Constitucional español explica en su [Sentencia 11/1981, de 8 de abril](#).

Respecto de la restricción o límite externo, aquí lo que se pretende subrayar es la existencia de mecanismos forales en virtud de los que el Derecho estatal establece restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales. Evidentemente, no toda restricción resulta jurídicamente aceptable, bien por su arbitrariedad o falta de justificación, o bien porque, tal como recuerda el Tribunal Constitucional en su [Sentencia 159/1986, de 12 de diciembre](#), “la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras del mismo. De ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”. Además, téngase en cuenta que en ocasiones las apariencias engañan: podemos encontrarnos con una legislación que, a primera vista, nada tiene que ver con la religión y que, sin embargo, en la práctica restringe el ejercicio de algún aspecto de la libertad religiosa. Por ejemplo: un organismo estatal establece que la carne destinada al consumo debe sacrificarse cumpliendo unas condiciones sanitarias aprobadas y unos requisitos de humanidad en el modo de dar muerte a los animales. Si no se cumplen esas condiciones, el sacrificio podría ser sancionado con multas. Hasta aquí no aparece la religión por ninguna parte. Sin embargo, esa legislación podría restringir la libertad religiosa de judíos y musulmanes, que tienen [leyes rituales propias relativas al consumo de carne](#). De ahí que la [Directiva 93/119/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1993](#), establezca una excepción por motivos religiosos a los requisitos del sacrificio de animales para el consumo. Lo mismo hace el artículo 6 de la [Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su](#)

explotación, transporte, experimentación y sacrificio.

En consecuencia, el modo de articular cualquier restricción por parte del Estado debe cumplir unas condiciones *formales* para la protección de unos intereses *materiales*. En tal sentido, resulta particularmente ilustrativo el segundo párrafo del artículo 9.2 del **Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

Las condiciones *formales* exigidas hacen relación a la ley previa (piénsese entonces en la reserva de ley del **artículo 53.1 de la Constitución**), y a la necesidad de la medida en una sociedad democrática. Por su parte, los intereses materiales protegidos son la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás. Estos “conceptos-límite (...) poseen un marcado carácter teleológico: actúan como *finalidades* generales que permiten justificar la adopción de ciertas medidas restrictivas por el Estado (...) tales restricciones sólo pueden establecerse respecto a la libre *manifestación* de la religión o creencias, pero no respecto de la dimensión interna de la libertad religiosa” y tienen carácter “*taxativo*, no meramente ejemplificativo”¹⁵. Dichos conceptos resultan expresiones del orden público al que hace referencia el **artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad religiosa**¹⁶.

La moralidad pública se refiere a un mínimo de principios relativos a la conducta, normalmente protegidos tanto por el Derecho penal como por el administrativo, relativos en esencia a la protección de menores de edad, discapacitados, así como a los lugares abiertos o públicos en general, en relación con la exposición a contenidos sexuales, violentos o denigrantes de la persona. Por ejemplo: la prostitución sagrada sería una práctica contraria a la moralidad pública.

La seguridad pública hace relación a la prevención de daños para bienes y personas frente a acciones violentas, peligros, grave perturbación de la tranquilidad y/o de la intimidad de las personas, etc. En ocasiones, se ha

¹⁵ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La protección internacional de la libertad religiosa”, en *Tratado de derecho eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, pp. 223–224.

¹⁶ Z. COMBALÍA SOLÍS, “Los Límites de la Libertad Religiosa”, en *Tratado de derecho eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, pp. 469–510.

considerado que los actos de culto ruidosos en horas de descanso para el vecindario, o la **exhibición de serpientes venenosas** por grupos religiosos pentecostales, es contrario a la seguridad pública.

La salud pública como límite de la libertad religiosa apunta a la primacía del derecho a la vida sobre el ejercicio de la religión, así como a la prevención de daños para la salud de la población. Algunos países entienden que la vacunación obligatoria, ante la amenaza de epidemias, es obligatoria sin excepciones; otros países **admiten excepciones**, por motivos religiosos, a esta obligación.

Por último, los derechos de los demás es un límite claro: del ejercicio de la libertad religiosa no puede seguirse la infracción del derecho de otros. Con ser éste un límite claro, también es importante saber que en un conflicto de derechos fundamentales¹⁷ entran en juego reglas de concordancia práctica, con la necesaria ponderación, para examinar la prevalencia —y sus condiciones— de uno de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M. A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

COMBALÍA SOLÍS, Z., “Los Límites de la Libertad Religiosa”, en *Tratado de derecho eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994.

DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 2^a ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

FERRARI, S.; IBÁN, I. C., *Derecho y religión en Europa Occidental*, McGraw-Hill, Interamericana de España, Madrid, 1998.

GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., “La libertad religiosa y el objeto del derecho eclesiástico”, *Persona y Derecho*, vol. 18, 1988, pp 83–98.

GRIM, B.; FINKE, R., *The Price of Freedom Denied: Religious Persecution and Conflict in the 21st Century*, Cambridge University Press, New York, 2011.

¹⁷ L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2007.

- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “La protección internacional de la libertad religiosa”, en *Tratado de Derecho eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994.
- NAVARRO-VALLS, R., “La enseñanza universitaria del Derecho Canónico en la jurisprudencia española”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 1, 1985, pp 49–92.
- Rising Tide of Restrictions on Religion*, Pew Research Center’s Forum on Religion & Public Life, 2012, fecha de consulta 24 septiembre 2012, en <http://www.pewforum.org/uploadedFiles/Topics/Issues/Government/RisingTideofRestrictions-fullreport.pdf>.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M., “Manifestaciones del derecho fundamental de libertad religiosa”, en Andrés Corsino Álvarez Cortina, Miguel Rodríguez Blanco (eds.) *La libertad religiosa en España: XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de Julio (comentario a su articulado)*, Comares, Granada, 2006, pp. 49–95.
- SOLER, C., *Iglesia y Estado en el Vaticano II: libertad religiosa, derechos humanos, libertad de la Iglesia, antes y después del Concilio*, Eunsa, Pamplona, 2001.
- UN. Secretariat, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN, Geneva, 2004, fecha de consulta 26 abril 2012, en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/ca12c3a4ea8d6c53c1256d500056e56f/\\$FILE/G0441302.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/ca12c3a4ea8d6c53c1256d500056e56f/$FILE/G0441302.pdf).
- YEPES STORK, R.; ARANGUREN ECHEVERRÍA, J., *Fundamentos de antropología: un ideal de la excelencia humana*, 4^a ed., Eunsa, Pamplona, 1999.
- ZUCCA, L., *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2007.

CAPÍTULO 4. LAS CONFESIONES RELIGIOSAS Y SUS ENTIDADES. LOS NMR O "SECTAS". LA RELIGIÓN Y SU RELACIÓN CON EL PODER EJECUTIVO.

1. Introducción

1.1. La religión en su expresión institucional

Los tiempos actuales contemplan el auge del llamado “individualismo expresivo”¹. En la vertiente religiosa, el individualismo expresivo exalta la religión como fenómeno de elección individual, las “experiencias religiosas de primera mano” y el valor de las “conversiones” como manifestación auténtica de una religiosidad no recibida por tradición, sino afirmada personalmente. En nuestra cultura, aunque las religiones tienen necesariamente una presencia pública importante, sin embargo la religiosidad se presenta —por influencia de siglos, iniciada quizá con en el protestantismo— como un fenómeno privado, personal, íntimo. Se disocia con facilidad la pertenencia institucional de las convicciones personales. Se producen “desintegraciones” de la identidad religiosa, que dan lugar a lo que la sociología denomina *believing without belonging*² (es decir, un nexo muy vago con el propio grupo religioso, al que se acude en contadas ocasiones, como funerales o bodas), junto con su fenómeno contrario, es decir, *belonging without believing* (es decir, un sentido de pertenencia a una cultura religiosa, aunque no se comparta la fe ni el culto, algo históricamente vinculado al judaísmo pero que en nuestros días también puede detectarse en los denominados “ateos cristianos”³, los “atei devoti” italianos o los “musulmanes ateos”). En este sentido, resulta que el proceso de secularización (es decir, de pérdida de influencia de lo religioso en la vida pública) arrinconaría las religiones institucionales, cuyos templos se irían vaciando progresivamente.

Sin embargo, no sucede así en todo el mundo. De hecho, en muchas culturas la dimensión institucional de las religiones tiene un peso muy

¹ C. TAYLOR, *La ética de la autenticidad*, Paidós, Barcelona, 1994; *Las variedades de la religión hoy*, Paidós, Barcelona, 2003; *A Secular Age*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2007.

² P. L. BERGER; G. DAVIE; E. FOKAS, *Religious America, Secular Europe?: A Theme and Variations*, Ashgate, cop., Aldershot, Hants, England ; Burlington, VT, 2008; G. DAVIE, *Religion in Britain since 1945: Believing without Belonging*, 1st. ed., Blackwell, Oxford ; Cambridge, Mass, 1994.

³ B. MOUNTFORD, *Christian Atheist: Belonging Without Believing*, O Books, 2011, pp. 1–12.

fuerte en la identidad personal y nacional. Y en nuestra propia cultura, como se ha observado acertadamente, la globalización ha podido dejar al ser humano (sobre todo al inmigrante) inerte de identidad, desarraigado, por lo que es normal que —como reacción contraria— se produzca el renacimiento de los llamados “teo-derechos”, o sistemas jurídicos religiosos institucionales, que potencian el sentido de pertenencia con independencia del territorio en el que se encuentre el individuo. A través de los derechos religiosos como invisibles vínculos, las religiones se convierten en una especie de nuevas naciones trans-nacionales⁴, con una narrativa propia en la que es posible reconocerse, con una capacidad de llevar a los corazones de los hombres el calor que no transmite la fría universalidad de los derechos humanos⁵. En tal sentido, la globalización aceleraría el silencioso desarrollo del llamado pluralismo jurídico (regulación de dimensiones jurídicas de la vida de las personas por ordenamientos diversos y distintos del ordenamiento jurídico estatal) en su faceta religiosa⁶.

A la luz de las consideraciones anteriores puede afirmarse que la dimensión comunitaria e institucional de las religiones tiene un peso importante, ya sea por razones históricas, ya sea porque las religiones de nueva implantación en las sociedades occidentales piden para sí carta de ciudadanía. El Derecho estatal tiene una gran importancia en relación con la presencia social de la religión porque, para su normal funcionamiento, las religiones necesitan intervenir en el tráfico jurídico y económico (comprar terrenos para un lugar de culto, recibir donaciones, poseer una cuenta corriente, contratar un servicio de mantenimiento para el lugar de culto, defenderse judicialmente contra las falsas imitaciones, y un largo etcétera) con una personalidad jurídica. Y además, necesitan hacerlo —en la medida de lo posible— conforme a las peculiaridades propias de su fisonomía. De esta condición depende en buena medida la efectividad de aspectos importantes de la libertad religiosa colectiva e individual. La ausencia de personalidad jurídica civil —o las dificultades para obtenerla— puede ser una herramienta en manos del Estado para proscribir grupos religiosos respecto de los cuales se desconfía.

⁴ J. CASANOVA; P. L. BERGER, “Las religiones en la era de la globalización”, *Iglesia Viva*, vol. 218, 2004, p. 75.

⁵ S. FERRARI, “Religioni, Diritto e conflitti sociali”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, 2007, p. 46.

⁶ Entre otros, N. LERNER, “Group Rights and Legal Pluralism”, *Emory International Law Review*, vol. 25, 2, 2011, pp. 829–851; V. CAMARERO SUÁREZ; F. J. ZAMORA CABOT, “Reflections of legal pluralism in multicultural settings”, *Huri-Age Working Papers*, 3, 2012, pp. 1–13, fecha de consulta 28 julio 2012, en http://www.tiempodelosderechos.es/docs/may12/wp_3_2012.pdf.

1. 2. La personalidad jurídica de los grupos religiosos en perspectiva comparada

En el derecho occidental es práctica habitual el reconocimiento de la personalidad jurídica de los grupos religiosos⁷.

Por un lado, aparece con singularidad propia el modelo de Estados Unidos de Norteamérica. El acceso de las iglesias, confesiones y grupos religiosos a la personalidad jurídica civil en los Estados Unidos se verifica conforme a la tradición del *common law* angloamericano y a través de las normas de derecho escrito sobre *corporations* o personas jurídicas. La personalidad jurídica de los grupos religiosos es competencia del Derecho de cada uno de los Estados componentes de la Federación. Los grupos religiosos en Estados Unidos de Norteamérica disponen de más de una decena de posibles figuras jurídicas para amparar la actividad que desarrollan ellos mismos o las entidades que de ellas dependen. Entre esas figuras podrían destacarse los *charitable trusts*, *unincorporated associations*, *corporation sole*, *religious corporations*, *non-profit corporations*. Con todas ellas se pretende dar solución jurídica al mismo problema de fondo: la propiedad y administración de bienes muebles e inmuebles por parte de una persona jurídica o por parte de un conjunto de personas. Lo interesante es que, aun cuando Estados Unidos de Norteamérica es un modelo separatista, sin embargo se dedica una atención específica (derecho especial) a las organizaciones religiosas. Y que, en cualquier caso, cualquier grupo religioso puede, como mínimo, constituirse en persona jurídica sin ánimo de lucro (*non-profit organization*).

Por otro lado, el Derecho de los países de Europa occidental tiene sistemas de reconocimiento de “niveles múltiples”, es decir, se hacen distinciones entre “asociaciones de derecho común”, “sociedades religiosas” o “comunidades religiosas”, “religiones reconocidas”, “Iglesias”, “corporaciones de derecho público”, etc. Con cierta frecuencia, la adscripción a unas u otra categorías depende de diversos factores, entre los que destacan dos: el arraigo histórico o cronológico del grupo de que se trate, y el número de seguidores que tenga esa religión en el país. En ocasiones, la adquisición de la personalidad jurídica se produce a través de la inscripción en un registro de grupos, confesiones o entidades religiosas. De suyo, la existencia de diversas formas jurídicas para los grupos religiosos en un mismo país no significa una infracción de la libertad religiosa o del principio de igualdad. No obstante, de los criterios

⁷ W. C. DURHAM, “Legal Status of Religious Organizations: A Comparative Overview”, *The Review of Faith & International Affairs*, vol. 8, 2, 2010.

establecidos por el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** (en relación con la personalidad jurídica de los grupos religiosos en países como Turquía, Grecia o los antiguos países del denominado “bloque soviético”)⁸ y por la **Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)**⁹, pueden deducirse algunas reglas generales, entre las que podrían destacarse las siguientes¹⁰:

- a. El registro de entidades religiosas nunca debe ser obligatorio y el disfrute del derecho de libertad religiosa en su dimensión colectiva no puede supeditarse a la inscripción en un registro estatal, que se convertiría fácilmente en un mecanismo de control policial;
- b. El derecho a disfrutar de personalidad jurídica es parte integral del derecho fundamental a la libertad religiosa y/o del derecho de asociación;
- c. El procedimiento de inscripción en un registro estatal no puede convertirse en una carrera de obstáculos burocráticos para conseguir personalidad jurídica;
- d. No puede exigirse un elevado número de miembros como requisito ineludible para conseguir personalidad jurídica;
- e. El hecho de que el grupo religioso tenga procedencia extranjera no puede ser obstáculo para otorgarle personalidad jurídica;
- f. Los organismos estatales encargados de la inscripción o del reconocimiento jurídico no pueden supeditar el otorgamiento de la personalidad jurídica a la valoración de las creencias del grupo (p.ej. si resultan absurdas, si son mentira, si son falsas...)
- g. Por respeto de la autonomía propia de los grupos religiosos, el Estado no puede imponer estructuras de funcionamiento interno contrarias a la propia organización del grupo religioso que pretende reconocimiento jurídico;
- h. El sistema de reconocimiento jurídico debe facilitar recursos administrativos y judiciales adecuados para la impugnación de las decisiones adoptadas por los organismos estatales competentes.

2. Confesiones, entidades y federaciones religiosas en el Derecho español

Se ha dicho, con razón, que la **Ley Orgánica de Libertad Religiosa** vincula

⁸ Entre esas decisiones, pueden destacarse: *Canea Catholic Church v. Greece*, App. No. 143/1996/762/963, 16 December 1997; *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, App. No. 72881/01, 5 October 2006; *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, App. No. 45701/99, 13 December 2001; *Church of Scientology Moscow v. Russia*, App. No. 18147/02, 5 April 2007.

⁹ OSCE/ODHIR, *Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief*, 2004, fecha de consulta 30 abril 2012, en <http://www.osce.org/odihr/13993>.

¹⁰ W. C. DURHAM, “Legal Status of Religious Organizations: A Comparative Overview”, cit., pp. 7–8.

el principio de cooperación —por fuerza del propio artículo 16.3— al hecho religioso institucionalizado, haciendo notar al mismo tiempo que esa tutela especial se extiende únicamente a los aspectos positivos de la cooperación estatal con las confesiones, y no a la protección de las libertades en sí¹¹. Si a esto añadimos la necesidad de que los grupos religiosos tengan personalidad jurídica ante el Estado, tal como se expuso anteriormente, hay motivos más que suficientes para articular en el derecho español un “molde” jurídico específico para esta realidad social comunitaria.

La personalidad jurídica de los grupos religiosos descansa en tres figuras jurídicas del Derecho eclesiástico del Estado: confesión, entidad y federación religiosas. De las tres, la principal es la confesión religiosa; las otras dos no pueden existir jurídicamente sin la primera.

2.1. Confesión religiosa

Curiosamente, no existe identidad total entre la acepción jurídica y el significado común del término confesión. En el **Diccionario de la Real Academia de la Lengua española** se entiende por confesión un credo religioso (elemento objetivo de identidad) y el conjunto de personas que lo profesan (elemento subjetivo). La historia, por su parte, nos recuerda que el término guarda relación con la ruptura de la unidad religiosa de la Cristiandad y el sostenimiento de divergencias en las verdades (**escritos confesionales o simbólicos**) que se profesaban. La percepción jurídica del fenómeno religioso colectivo, desde ciertas influencias tal vez sociológicas, ha llevado igualmente a la distinción entre dos categorías -grupos religiosos y confesiones religiosas- en una relación de género y especie¹².

El Derecho español carece de una definición de confesión religiosa. “La Ley no define qué sea una confesión, pero sí delimita el ámbito institucional de los grupos religiosos idóneos para ser sujetos de ciertos beneficios. En este plano opera el concepto legal o jurídico de confesión”¹³. La doctrina académica ha intentado establecer una definición de confesión religiosa adecuada a los perfiles que establecen las normas que regulan el fenómeno, y se concluye que “confesión religiosa es la denominación más adecuada para expresar con la mayor amplitud y comprensión las diversas

¹¹ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994, p. 78.

¹² M. LÓPEZ ALARCÓN, “Confesiones y entidades religiosas”, en Javier Ferrer Ortiz (ed.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed, EUNSA, Pamplona, 2007, pp. 179–181.

¹³ A. MOTILLA, *El concepto de confesión religiosa en el Derecho español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 73–74.

agrupaciones organizadas con fin religioso que gozan de estabilidad y arraigo suficiente para que el Estado pueda reconocerles relevancia civil”¹⁴. La confesión religiosa sería la denominación específica que se da a la persona jurídica del Derecho estatal español, que se otorga a los grupos religiosos que reúnen dos condiciones básicas (organización estable y finalidad religiosa) como resultado de la inscripción en el Registro de entidades religiosas.

Algunos ejemplos: el cristianismo es una corriente religiosa, pero no es una confesión religiosa; la Iglesia evangélica luterana española sí es una confesión religiosa en el Derecho español. El judaísmo es una corriente religiosa, pero no es una confesión religiosa; sin embargo la Comunidad judía de Alicante sí es una confesión religiosa en el Derecho español¹⁵.

La confesión religiosa podría entenderse como manifestación del derecho de asociación, reconocido en el artículo 22 de la Constitución española de 1978. Contra esta posición cabe oponer al menos tres argumentos. En primer lugar, la interpretación que sobre el tema realiza el Tribunal Constitucional en su **Sentencia 46/2001, de 15 de febrero de 2001**: “las comunidades con finalidad religiosa, en su estricta consideración constitucional, no se identifican necesariamente con las asociaciones a que se refiere el art. 22 de la Constitución”. En segundo lugar, la propia **Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación**, aun cuando establezca el carácter supletorio de su articulado respecto de leyes que regulen tipos específicos de asociaciones, o que incidan en el ámbito del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución, establece que las “las iglesias, confesiones y comunidades religiosas” se rigen por su legislación específica (**artículo 1**). En tercer y último lugar, muchas confesiones religiosas no se conciben a sí mismas como “asociaciones”, es decir, como una persona jurídica que se constituye por el acuerdo de dos o tres personas físicas o jurídicas para un fin común lícito; sino que más bien conciben dentro de sí la posibilidad de entidades asociativas.

¿Qué ventajas jurídicas se siguen de ser una confesión religiosa en el Derecho español? Veamos algunas. En primer lugar, las confesiones religiosas obtienen una posición de relevancia específica dentro del ordenamiento jurídico; el Estado establece un área definida de fenómenos jurídicos colectivos, lo cual abre las puertas a otorgarles también una

¹⁴ M. LÓPEZ ALARCÓN, “Dimensión orgánica de las confesiones religiosas en el derecho español”, *Ius canonicum*, vol. 20, 40, 1980, p. 46.

¹⁵ J. MANTECÓN, *Confesiones Minoritarias en España: Guía de Entidades y Vademécum Normativo*, Ministerio de Justicia, 2004.

atención especial o “actuación de significado positivo”, como la denomina el Tribunal Constitucional en la sentencia anteriormente mencionada. En segundo lugar, las confesiones forman —en opinión de algunos autores— unos entes jurídicos de interés público, ya que posibilitan y fomentan el ejercicio de un derecho fundamental. En tercer lugar, el reconocimiento legal refuerza la autonomía propia, es decir, el derecho a regular determinadas relaciones conforme a la propia normativa interna. En cuarto lugar, las confesiones religiosas se sitúan —al menos en teoría— en una posición de expectativa para poder celebrar acuerdos de cooperación con el Estado español. A todas estas ventajas de carácter jurídico, cabe añadir que se produce un efecto de normalización sociológica beneficioso para fenómenos de reciente implantación; ante la opinión pública —recelosa y siempre alerta ante fenómenos sectarios— el reconocimiento estatal como confesión religiosa otorga un marchamo de legitimidad.

2.2. *Entidad religiosa*

Dentro de los grupos religiosos, con total independencia de que tengan personalidad jurídica en el derecho español, existen estructuras organizativas de diverso tipo que facilitan el cumplimiento de sus objetivos o expresan parte de su identidad y mensaje. Además, dentro de dichos grupos se generan realidades asociativas, agrupaciones de miembros para atender a específicos aspectos religiosos, e incluso el derecho interno de esos grupos religiosos reconoce y regula masas patrimoniales afectadas a fines religiosos propios del grupo...

Todo esto revela una complejidad que aconseja, por lo menos, la posibilidad de que Derecho estatal recoja estos matices, expresión de la riqueza organizativa interna de los grupos religiosos. De ahí que respecto de aquellos que hubieran sido reconocidos como confesiones religiosas en el derecho español, cabe la posibilidad de creación de entidades religiosas. Por tales, se entiende “una creación del derecho estatal que reconoce o atribuye, según los casos, personalidad civil a sujetos orgánicos, asociativos y fundacionales que tienen previa existencia en las confesiones, que los fundan y regulan”¹⁶.

Conviene tener presente dos cuestiones acerca de este reconocimiento jurídico. Por un lado, que las entidades que se pueden reconocer, lo son de diversos tipos (orgánicas, asociativas y fundacionales) y ante esa variedad el Estado bien podría proyectar una sombra de sospecha acerca de lo que se

¹⁶ M. LÓPEZ ALARCÓN, “Confesiones y entidades religiosas”, cit., p. 186.

pretende inscribir como “realidad de carácter religiosa”. El sistema español prefiere no indagar sobre este tema, siempre expuesto a la dificultad, y prefiere que sea la propia confesión religiosa reconocida la que “certifique” la dependencia y carácter religioso de la entidad. Por otro lado, que una entidad religiosa puede cumplir también fines diversos de estrictamente cultural o religioso (p.ej. asistencial, educativo...) y esto plantea problemas prácticos a la hora de calificar el carácter de dicha entidad; en algunos casos, se afirma que lo importante es estar al “fin prevalente”, en otros, que se debe atender al “tipo de actividad” (mercantil, educativo, etc.) que se realiza. En consecuencia, por ejemplo, un colegio creado por un grupo religioso para impartir enseñanza reglada —conforme, eso sí, con el ideario propio— no es de suyo una entidad religiosa, sino una empresa educativa creada por una confesión religiosa.

2.3. Federaciones religiosas

Normalmente, una Federación —al margen de lo que ocurre en el Derecho español— significa “una agrupación, más o menos integrada, de entidades orgánicas homogéneas para constituir voluntariamente otra entidad superior y compleja con poderes de decisión sobre las materias que acuerdan las entidades federadas”¹⁷. No constituyen una nueva confesión, sino un ente al servicio de las confesiones federadas, las cuales conservan su identidad.

Pero las Federaciones constituidas en España son otra cosa distinta. Se han creado, al amparo del **artículo 5 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa**, con el fin primordial de representar a confesiones incorporadas a ellas en la negociación de acuerdos jurídicos con el Estado español. En efecto, las confesiones distintas de la católica quizá no tenían un peso demográfico demasiado grande (en la década de los 90 del siglo pasado), lo que aconsejaba buscar una agrupación de confesiones atendiendo a las grandes corrientes religiosas con cierta presencia histórica en España (cristianos no católicos, musulmanes y judíos) para proceder a la negociación y conclusión de Acuerdos de cooperación. Por tanto, se trata de una función principalmente instrumental. El Estado ha operado de esta forma (creando esta figura especial negociadora) con el fin de no multiplicar acuerdos con confesiones religiosas que tienen rasgos muy próximos entre ellas y facilitar en el futuro que las nuevas confesiones religiosas que se integren en las estructuras federativas se beneficien del contenido de los Acuerdos de cooperación de 1992, sin necesidad de celebrar unos nuevos.

¹⁷ *Ibid.*, p. 185.

El **Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas**, extendió el ámbito federativo a las órdenes, congregaciones e institutos religiosos, y a las entidades asociativas religiosas. Pero este tipo de Federaciones es distinto del anterior: cumple la función de facilitar las relaciones jurídicas del Estado español con entidades pertenecientes a la Iglesia católica que no dependen de los obispos españoles.

2.4. Formas de personificación jurídica de confesiones, entidades y federaciones

La forma típica, común o por defecto, de personificación jurídica es la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.

Para la inscripción de las confesiones/entidades en el Registro de Entidades religiosas, el artículo 3 del **Real Decreto 142/1981, de 9 de enero**, establece la necesidad de aportar los siguientes datos:

- a. Denominación de la entidad, de tal modo que sea idónea para distinguirla de cualquier otra.
- b. Domicilio.
- c. Fines religiosos con respeto de los límites establecidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. En relación con los fines religiosos, la **Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero de 2001**, establece que “la Administración no debe arrogarse la función de juzgar el componente religioso de las entidades solicitantes del acceso al Registro, sino que debe limitarse a constatar que, atendidos sus estatutos, objetivos y fines, no son entidades de las excluidas por el Art. 3.2 LOLR” (Fundamento Jurídico 10)¹⁸, y que los límites establecidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa no autorizan “interpretar el límite del orden público del Art. 16.1 CE, como una cláusula abierta y de posible utilización cautelar o preventiva, de manera tal que permita restringir o eliminar el ejercicio del derecho de libertad religiosa con el solo apoyo de meras conjeturas o sospechas sobre los fines y actividades de la entidad religiosa solicitante de la inscripción” (Fundamento Jurídico 11).

¹⁸ Sobre la interpretación a la Sentencia, M. ALENDA SALINAS, *El registro de entidades religiosas: la praxis administrativa tras la STC 46/2001*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 174–189.

- d. Régimen de funcionamiento y Organismos representantes, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación.
- e. Potestativamente, relación nominal de las personas que ostentan la representación legal de la Entidad. La correspondiente certificación registral será prueba suficiente para acreditar dicha cualidad.

Examinada la petición de inscripción, el Ministro de Justicia acordará lo procedente, previo informe —cuando lo solicite— de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa. La inscripción sólo podrá denegarse cuando no se acrediten debidamente los requisitos enumerados anteriormente.

Junto con esta forma general de personificación, existen también algunas reglas particulares, transitorias e históricas relativas a la Iglesia católica y a sus entidades. Así, por ministerio de la ley, sin necesidad de notificación o inscripción, la Iglesia Católica goza de personalidad jurídica. Mediante notificación al Ministerio de Justicia, y sin necesidad de inscripción, gozan de personalidad jurídica las entidades orgánicas (una diócesis, una parroquia) de la Iglesia católica. Y, por aplicación del derecho transitorio, son reconocidas entidades que ya gozaban de personalidad jurídica a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (Disposición transitoria 1ª).

3. Los NMR's (nuevos movimientos religiosos) o “sectas”

A diferencia de otros países, el Derecho español no acoge ningún concepto jurídico de secta o NMR. Para aproximarnos a esta cuestión es necesario acudir a las Ciencias sociales. Son innumerables las definiciones que se pueden dar del término “secta”. Se trata de un concepto que no es en absoluto unívoco por lo que se pueden encontrar tantas definiciones como autores delimitan el concepto en función de su área de estudio.

Los rasgos comunes que pueden predicarse de los NMR's serían los siguientes¹⁹: 1) se trata de grupos de reducido arraigo o poca implantación en el medio social en el que aparecen; 2) conforman una parcialidad religiosa o ideológica con su propio sistema de creencias, a veces desarraigado de las grandes corrientes religiosas; 3) el fanatismo va necesariamente unido al modo de ser de las sectas, poseedoras de la verdad absoluta, son las únicas que alcanzarán la salvación que normalmente proclaman; 4) constituyen comunidades marginales cerradas al resto del

¹⁹ B. NAVAS RENEDO, *Tratamiento jurídico de las sectas: análisis comparativo de la situación en España y Francia*, Comares, Granada, 2001.

mundo; 5) actúan bajo la dependencia incondicional al líder o fundador; 6) tienen estructura y organización de forma piramidal; 7) suelen resultar sospechosas de realizar actividades ilícitas, de atentar contra los derechos del hombre; 8) algunas ejercitan técnicas de control de la personalidad de sus miembros para lograr su plena adhesión; 9) igualmente, algunas persiguen objetivos económicos y políticos enmascarados en creencias espirituales, religiosas o ideológicas.

De la experiencia internacional, deducimos la existencia de dos modelos distintos de tratamiento de los NMR's²⁰.

Un primer modelo, que se denomina de “desconfianza estructural”, aboga por un derecho especial negativo de represión de las sectas. Conforme a este modelo, los Estados deberían adoptar una definición de secta por las connotaciones ideológicas del grupo, o por las sospechas de sus actuaciones ilícitas, y emanar una legislación especial que restrinja su desenvolvimiento social, singularmente a través de la promulgación de unos tipos penales específicos relativos a las conductas normalmente vinculadas a la acción de las sectas. En esta dirección se sitúan la **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 (DO C 172 de 12.07.1984, pág. 41), la **Misión interministerial de vigilancia y lucha contra el sectarismo** en Francia o, en Bélgica, la creación de un **Centro de Información y Alerta sobre las Organizaciones sectarias nocivas (CIAOSN)**, creado por Ley de 2 de Junio de 1998, o la **Investigación Parlamentaria para desarrollar una política de lucha contra las prácticas ilegales de las sectas**, de 28 de abril de 1997.

Un segundo modelo, llamado de “confianza”, sostendría que la tutela del derecho de libertad religiosa implica no imponer restricciones *a priori* a los grupos como consecuencia de una legislación especial anti-sectas. Considera que es suficiente la aplicación del Derecho común y, particularmente, los tipos generales de los códigos penales para atajar eventuales acciones ilícitas de algunos grupos religiosos.

Cuestión unida a la de los NMR's es la del tratamiento jurídico de las personas pertenecientes a dichos grupos. Lo interesante del caso —al

²⁰ A. MOTILLA, “Nuevos movimientos religiosos. Las iniciativas de ámbito internacional. Las coordinadas normativas del Derecho español”, en *Base del conocimiento jurídico. Iustel. Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado.*, vol. III, Iustel, fecha de consulta 15 octubre 2012, en www.iustel.com.

margen de los traídos y llevados casos de *brainwashing* o lavado de cerebro— es remarcar la idea de que las personas individuales deben ver exquisitamente respetados sus derechos fundamentales en todos los órdenes, sin que se produzca discriminación o lesión por dicha pertenencia. A este respecto, es clarificadora la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Riera Blume y otros contra España*, de 14 de octubre de 1999, y las Sentencias del Tribunal Constitucional *156/2001 de 2 de julio* (derecho a la intimidad) y *141/2000, de 29 de mayo* (restricción del régimen de visitas).

4. La religión y su relación con el poder ejecutivo

4.1. El poder ejecutivo, los actos y símbolos religiosos

La cuestión por la que nos preguntamos aquí es si cabe algún tipo de relación sustancial entre las religiones institucionales y el poder ejecutivo sin violentar la neutralidad estatal. Por ejemplo: ¿pueden representantes del Estado acudir a funerales religiosos, procesiones, conmemoraciones de tipo religioso? De forma más amplia, ¿puede formar parte de la identidad simbólica del Estado (su bandera, escudo, himno, establecimientos materiales, etc.) algunos símbolos religiosos?

El Tribunal constitucional, a la hora de analizar la cuestión, indica en su *Sentencia 177/1996, de 11 de noviembre de 1996* que la laicidad “veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales”. Por tanto, si no se produce esa confusión, es decir, si queda claro que el representante del Estado actúa como tal, y que dicha representación tiene un valor institucional, no exclusivo hacia una confesión religiosa ni excluyente de la representación del Estado en ceremonias de otras confesiones religiosas o de otras organizaciones ideológicas, tal actuación no resulta jurídicamente contraria al principio de laicidad.

No obstante, en la práctica, para algunas mentalidades resulta más “chocante” o alarmante la presencia de autoridades del Estado en ceremonias de la confesión mayoritaria, que esa misma presencia o intervención en ceremonias de confesiones minoritarias, en las que tal vez resalte más el valor “cultural” que el propiamente religioso.

No resulta nada sencillo establecer una línea nítida de separación que salve el principio de laicidad y, al mismo tiempo, respete la idiosincrasia cultural e histórica de un país. Un ejemplo, entre otros, de esa dificultad: algunos

autores entienden que no debe haber funerales (católicos) de Estado, pero entienden que por motivos históricos no tiene sentido prohibir los “belenes” en los colegios o el canto del *Veni Creator* (un tradicional himno litúrgico católico) en las ceremonias de apertura de curso de las universidades españolas²¹. En cierto modo, es una cuestión de perspectiva, si se tiene en cuenta que ese pretendido “funeral de Estado”, si se deja de considerar “de Estado”, deja de ser reprochable, aun cuando asistan autoridades estatales...

Respecto de la identidad simbólica del Estado, todo apunta —siguiendo la línea establecida por la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos *Lautsi y otros contra Italia*, de 18 de marzo de 2011— a que la presencia de los símbolos religiosos en espacios físicos de titularidad estatal, de suyo, no tiene por qué ser contrario a la libertad religiosa de todos, y que la neutralidad estatal no es sinónimo de Estado laicista. En consecuencia, se ha estimado que no es contraria a la separación entre el estado y las religiones la presencia de un monumento con los Diez Mandamientos de la ley mosaica en un espacio estatal, la presencia de un crucifijo en el salón de plenos de una corporación municipal, etc.²²

Muy distinto sería, por ejemplo, que las leyes se promulgaran —o las sentencias se dictaran— en nombre de Dios o de una autoridad religiosa, o que las normas jurídicas se tuvieran que publicar en un determinado idioma por ser una lengua sagrada... No obstante, al tratarse de una cuestión polémica, el Derecho alcanza a ofrecer tan solo la “penúltima palabra”, que consigue aquietar momentáneamente las pasiones en la opinión pública, o bien exacerbarlas, porque cualquiera que sea el resultado la decisión no contenta a todos.

4.2. El poder ejecutivo y la cooperación institucional

El despliegue del principio de cooperación alcanza de suyo a todos los poderes del Estado (“Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas...”), pero en el día a día el protagonismo de la cooperación corresponde al poder ejecutivo, alcanzando dicha cooperación campos muy diversos, incluida la estructura administrativa del Estado. Ésta contiene organismos que, de forma estable, encauzan un diálogo institucional con las confesiones religiosas. Veamos algunos de esos organismos.

²¹ A. RUIZ MIGUEL, “La neutralidad, por activa y por pasiva”, en María Isabel de la Iglesia (ed.), 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (Laicismo y Constitución), p. 186.

²² S. CAÑAMARES ARRIBAS, “Los símbolos religiosos en el espacio público: entre la amenaza real y la mera sospecha”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 20, 2011.

- a) **Subdirección General de Relaciones con las Confesiones Religiosas**, dentro de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones del Ministerio de Justicia (**Real Decreto 869/2010, de 2 de julio**). Se atribuye a la Subdirección General: el **Registro de Entidades Religiosas**; las relaciones ordinarias con las entidades religiosas; la elaboración de las propuestas de acuerdos y convenios de cooperación con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas y, en su caso, su seguimiento; el análisis, seguimiento, vigilancia, impulso y desarrollo de la libertad religiosa y de culto, en coordinación con los órganos competentes de los demás departamentos, así como su promoción en colaboración con las instituciones y organizaciones interesadas en ella; la elaboración de los proyectos normativos sobre las materias propias del ejercicio de los derechos de libertad religiosa y de culto, y, en su caso, informe de cuantos proyectos normativos puedan afectar a tales derechos.
- b) **Comisión Asesora de Libertad Religiosa**. Forman parte de ella, como Presidente, la persona titular de la Subdirección General de Relaciones con las Confesiones. Son Vocales de la Comisión: un representante de la Presidencia del Gobierno y de cada uno de los Ministerios de Economía y Hacienda, del Interior, de Defensa, de Educación, de Cultura, de Trabajo e Inmigración, de Sanidad y Asuntos Sociales, y de la Presidencia, designados por sus respectivos titulares; nueve representantes de las Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas o Federaciones de las mismas entre las que, en todo caso, estarán las que tengan notorio arraigo en España, que serán designados por el Ministro de Justicia después de oídas al menos estas últimas; nueve personas de reconocida competencia en el campo de la libertad religiosa, designadas por acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Justicia. Por último, actúa como secretario un funcionario del Ministerio de Justicia, licenciado en Derecho, designado por el Presidente de la Comisión, que asistirá a las reuniones con voz pero sin voto.
- c) Además, el Ministerio de Asuntos Exteriores posee competencias en relación con la Iglesia católica en razón de su personalidad internacional. Dentro de la Subsecretaría de Asuntos Exteriores y Cooperación de dicho Ministerio, se sitúa la **Obra Pía de los Santos Lugares**. El artículo XV del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales establece una Comisión mixta Iglesia-Estado sobre patrimonio histórico, artístico y documental, si bien al haber asumido las Comunidades Autónomas competencias en materia cultural, esa Comisión mixta nacional ha sido sustituida en la práctica por otras tantas comisiones en las Comunidades Autónomas.

- d) Por su parte, el Ministerio de Defensa tiene también institucionalizadas sus relaciones con la Iglesia católica a través de la **Dirección General de Personal**.

La relación de la Iglesia católica con las autoridades públicas podría discurrir también en ocasiones a través de comisiones Iglesia-Estado para solucionar determinadas cuestiones puntuales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALENDASALINAS, M., *El registro de entidades religiosas: la praxis administrativa tras la STC 46/2001*, Iustel, Madrid, 2009.
- BERGER, P. L.; DAVIE, G.; FOKAS, E., *Religious America, Secular Europe?: A Theme and Variations*, Ashgate, cop., Aldershot, Hants, England ; Burlington, VT, 2008.
- CAMARERO SUÁREZ, V.; ZAMORA CABOT, F. J., “Reflections of legal pluralism in multicultural settings”, *Huri-Age Working Papers*, no. 3, 2012.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S., “Los símbolos religiosos en el espacio público: entre la amenaza real y la mera sospecha”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, no. 20, 2011, pp 60–67.
- CASANOVA, J.; BERGER, P. L., “Las religiones en la era de la globalización”, *Iglesia Viva*, vol. 218, 2004.
- DAVIE, G., *Religion in Britain since 1945: Believing without Belonging*, 1st. ed., Blackwell, Oxford ; Cambridge, Mass, 1994.
- DURHAM, W. C., “Legal Status of Religious Organizations: A Comparative Overview”, *The Review of Faith & International Affairs*, vol. 8, no. 2, 2010.
- FERRARI, S., “Religioni, Diritto e conflitti sociali”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, no. 23, 2007, pp 39–49.
- LERNER, N., “Group Rights and Legal Pluralism”, *Emory International Law Review*, vol. 25, no. 2, 2011.
- LÓPEZ ALARCÓN, M., “Confesiones y entidades religiosas”, en Javier Ferrer Ortiz (ed.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed, EUNSA,

- Pamplona, 2007, pp. 179–206.
- LÓPEZ ALARCÓN, M., “Dimensión orgánica de las confesiones religiosas en el derecho español”, *Ius canonicum*, vol. 20, no. 40, 1980.
- MANTECÓN, J., *Confesiones Minoritarias en España: Guía de Entidades y Vademécum Normativo*, Ministerio de Justicia, 2004.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994.
- MOTILLA, A., *El concepto de confesión religiosa en el Derecho español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.
- MOTILLA, A., “Nuevos movimientos religiosos. Las iniciativas de ámbito internacional. Las coordenadas normativas del Derecho español”, en *Base del conocimiento jurídico. Iustel. Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado.*, vol. III, Iustel, fecha de consulta 15 octubre 2012, en www.iustel.com.
- MOUNTFORD, B., *Christian Atheist: Belonging Without Believing*, O Books, 2011.
- NAVAS RENEDO, B., *Tratamiento jurídico de las sectas: análisis comparativo de la situación en España y Francia*, Comares, Granada, 2001.
- OSCE/ODIHIR, *Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief*, 2004.
- RUIZ MIGUEL, A., “La neutralidad, por activa y por pasiva”, en María Isabel de la Iglesia (ed.), 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (Laicismo y Constitución).
- TAYLOR, C., *A Secular Age*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2007.
- TAYLOR, C., *La ética de la autenticidad*, Paidós, Barcelona, 1994.
- TAYLOR, C., *Las variedades de la religión hoy*, Paidós, Barcelona, 2003.

CAPÍTULO 5. RELIGIÓN Y ECONOMÍA. LUGARES DE CULTO. PATRIMONIO CULTURAL

1. Introducción

No es infrecuente que en los medios de comunicación salga a relucir el tema de las relaciones entre religión y economía. ¿Cuánto cuesta ser seguidor de una religión? ¿Qué justifica que en unos casos sea más caro que en otros (algunas religiones no disponen de financiación estatal)? ¿Puede el Estado financiar las religiones, o es perjudicial, tanto para él como para las religiones mismas? ¿Cuáles son los cauces de relación económica más adecuados entre el Estado y las religiones? Los impuestos de todos, ¿pueden cubrir algún tipo de gasto relacionado con la religión? En el imaginario occidental late la idea de que la religión es algo que no puede de suyo tener como fin el lucro económico, incluso a pesar de la frase atribuida a L. Ron Hubbard: “You don't get rich writing science fiction. If you want to get rich, you start a religion”.

Sea como fuere, directa o indirectamente, lo cierto es que las religiones mantienen algún tipo de contacto económico con el Estado. Puesto que las religiones son fenómenos humanos, y los seres humanos tienen naturaleza espiritual y material, las religiones tienen una dimensión material innegable. Por otro lado, la asunción por parte del Estado de bienestar de un papel rector de la economía de un país, conduce a un mayor contacto económico con la religión.

En este ámbito relativo a las cuestiones materiales, los lugares de reunión cultural resultan una constante histórica y naturalmente esos lugares, edificios, espacios físicos, etc. son también objeto de regulación jurídica por parte del Estado desde diversas áreas (el derecho registral, el derecho tributario, el derecho constitucional, el derecho urbanístico, etc.) Por eso vamos a ocuparnos en este capítulo de explicar algo acerca de los lugares de culto ante el Derecho del Estado.

Por último, en no pocas ocasiones, esos lugares de culto, edificios o monumentos, constituyen no sólo recintos de carácter religioso, sino que —por su valor artístico e histórico— resultan de interés para todos los ciudadanos —religiosos o no. E igualmente, el legado religioso que se plasma en las artes plásticas, literarias, etc. resulta de interés para

estudiosos y público en general. En la medida en que ese patrimonio es propiedad —en tantos países de Europa— de grupos religiosos, los Estados se interesan por la conservación de esos bienes, así como de establecer un adecuado régimen de estudio, visita, etc. acorde con las normas y fines para los cuales se crearon esas obras.

2. Religión y economía: perspectivas en torno a la financiación

2.1. La visión religiosa de esta cuestión

La *perspectiva religiosa* en relación con el uso y tenencia de bienes genera dos modos de entender la cuestión de la financiación de las confesiones:

- a. La posesión de medios materiales, económicos, garantiza a los grupos religiosos su autonomía e independencia. En esta línea, las propias confesiones dejarían abierta una puerta de justificación a la financiación estatal que, por otro lado, es congruente con el hecho de que los grupos religiosos sean instrumentos a través de los cuales se hace efectiva la libertad religiosa de los ciudadanos.
- b. La posesión de medios materiales, procedentes del Estado, condiciona la independencia de las confesiones religiosas, por lo que se entiende que es mejor que el Estado no mantenga relación económica con ellas. A esta tendencia obedecerían algunas confesiones de origen protestante, para las cuales esa dependencia económica del Estado hace ignorantes y perezosos a los ministros de la religión.

2.2. La visión secular: el peso de la historia

Durante muchos siglos, en Europa no se planteaba esta cuestión de forma explícita. El motivo era que la Iglesia católica tenía su propio sistema impositivo, distinto y separado del sistema estatal, y una riqueza en bienes inmuebles acrecentada por la generosidad de los fieles. Cuando en los siglos XVIII y XIX se produjeron en Europa las **desamortizaciones**, se generó con ello una merma considerable de los recursos económicos de las Iglesias. Como solución al expolio, algunos Estado europeos establecieron en sus presupuestos medidas económicas de compensación. De la historia europea cabe establecer unos modelos, no incompatibles entre sí, de financiación de las Iglesias:

- consignación en los presupuestos generales del Estado de una cantidad destinada a las confesiones (*dotación presupuestaria, solución concordataria de Napoleón Bonaparte adoptada en 1801*);
- asignación de una cantidad a las confesiones, no efectuada por el Estado, sino por el contribuyente que libremente así lo elija al pagar sus impuestos (*asignación tributaria, solución italiana*);
- recaudación de *impuesto religioso* mediante el aparato fiscal estatal, a favor de los grupos religiosos que gocen de un estatuto jurídico especial (solución alemana)¹.

La distinción entre las dos últimas figuras es clara². En la primera (asignación tributaria) no existe una cantidad de dinero distinta de la que ya paga el contribuyente, destinada a financiar a los grupos religiosos. En la segunda, el contribuyente paga, por un lado, al Estado y, a través de éste, paga también un impuesto a la Iglesia a la que pertenece. Como resulta fácil de entender, el sistema de impuesto religioso se presta a **interesantes problemas relativos a la “pertenencia” religiosa** a “efectos fiscales” (apostasía fiscal) y a la reacción de las Iglesias en contra de quienes no quieren ser seguidores de la religión, pero sólo a efectos fiscales...

Es evidente que estos modos de financiación se refieren a situaciones en las que los grupos religiosos, en cuanto tales, reciben dinero del Estado. Por tanto, no se refiere a aquellos casos en los que entidades creadas por grupos religiosos reciben subvenciones o ayudas, no por ser de origen o índole religiosa, sino porque realizan un servicio al país de tipo cultural, asistencial, benéfico, etc. Si en estos casos el Estado no prestara ayuda a esas entidades, precisamente por ser de índole u origen religioso, pero sí la facilitara a entidades benéficas, culturales o asistenciales no religiosas, se produciría una infracción del principio de igualdad y no discriminación.

Hasta aquí los modelos de lo que la doctrina académica denomina la “financiación directa”. Junto con esta, suele entenderse que existen también modos de “financiación indirecta”, es decir, aquella que se verifica en virtud de exenciones y no sujeciones. Personalmente considero que la financiación indirecta no existe: sencillamente, en los supuestos de exención y no sujeción, el Estado deja de recaudar lo que no le corresponde recaudar. Que el resultado final del patrimonio de los grupos religiosos sea mayor que si se hubiera gravado una actividad no quiere decir que el Estado esté financiando,

¹ A. MÜLLER; M. D. CHICA PALOMA, “El poder tributario de las comunidades religiosas en Alemania”, *Crónica Tributaria - Boletín de Actualidad*, 2011, fecha de consulta 17 octubre 2012, en <http://eprints.ucm.es/13366/>.

² S. FERRARI; I. C. IBÁN, *Derecho y religión en Europa Occidental*, McGraw-Hill, Interamericana de España, Madrid, 1998, pp. 96–97.

al igual que si al contribuyente se le aplican unas deducciones en el Impuesto de la renta de las personal físicas, el Estado no le está “dando” un dinero ni financiándole.

2.3. *El sistema español de financiación de las confesiones religiosas*

2.3.1. Financiación directa

Con la promulgación de la Constitución de 1978 se planteó la oportunidad de encontrar un *sistema de financiación a la Iglesia católica* que respetara los principios de libertad y no discriminación en materia religiosa. Dicho sistema combinaba provisionalmente la dotación presupuestaria y la asignación tributaria. Desde la perspectiva de la provisionalidad, tal sistema podía justificarse y así lo hacía el **Artículo II.4 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos de 1979**. La dotación presupuestaria se extendió indebidamente en el tiempo por circunstancias accidentales: tendría que haber desaparecido antes de lo que lo hizo.

De forma que el régimen de asignación tributaria se ha visto consolidado en virtud de dos instrumentos legales: (i) el **Intercambio de Notas entre la Nunciatura española y el Ministerio de Asuntos Exteriores de 22 de diciembre de 2006** y (ii) la **Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en su Disposición Adicional 18ª**.

Conforme a estas disposiciones, el Estado español eleva del 0,52 % al 0,7 % la cantidad destinada al sostenimiento de la Iglesia católica, de la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente a los contribuyentes que manifiesten expresamente su voluntad en tal sentido. Desaparece la transitoria figura de la dotación presupuestaria. Y, a cambio, la Iglesia católica renuncia a la exención del IVA en la adquisición de bienes inmuebles y a la no sujeción a dicho impuesto en la adquisición de objetos destinados al culto (exención a la que tenía derecho en razón del **Artículo III del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos de 1979**). Dicha renuncia venía a ayudar al Estado español, ya que el mantenimiento de esa obligación jurídica internacional (es decir, la no sujeción al impuesto sobre el gasto o consumo a favor de algunas actividades de la Iglesia católica) era contraria a sus obligaciones comunitarias relativas al Impuesto del Valor Añadido. La Iglesia católica se compromete igualmente a presentar una **Memoria anual** sobre el destino de las cantidades recibidas a través de este mecanismo de asignación tributaria.

Respecto al sistema, alguna breve aclaración. El sistema de asignación tributaria beneficia tanto a la Iglesia católica como a entidades con fines de interés social, que pueden beneficiarse también de la asignación. No es una forma de financiación de los católicos a la Iglesia católica: habrá fieles de la iglesia católica que no señalen la casilla en el impreso del IRPF (porque están enfadados con su obispo o porque se consideran no practicantes, supongamos) y habrá no católicos que sí lo hagan (porque consideren que la iglesia católica realiza una gran función social en el país o porque prefieren darle dinero a una religión que dejárselo al Estado). Por último, el sistema no es contrario a la libertad religiosa, como ha tenido ocasión de subrayar tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la decisión **Iglesia Bautista “El Salvador” y Ortega Moratilla contra España**, como el **Tribunal Constitucional español en su Auto 480/1989**, de 2 de octubre. Finalmente, es importante subrayar que el horizonte de futuro pretendido por la Iglesia católica es lograr la autofinanciación, tal como declara en el **párrafo 5 del Artículo II del Acuerdo sobre asuntos económicos de 1979**.

Las confesiones religiosas que firmaron acuerdos de cooperación en el año 1992 no se acogieron en su momento a ese sistema de asignación tributaria. A diferencia de lo que sucede en Italia, donde por fortuna el sistema se ha extendido a otras confesiones distintas de la católica, el sistema español de asignación tributaria resulta prácticamente imposible que se abra a otros grupos religiosos. Con posterioridad a la firma de los Acuerdos de 1992, las confesiones religiosas han manifestado en algunos casos su deseo de que les sea aplicado un sistema semejante al que se acordó con la Iglesia católica. En cualquier caso, por **Orden ECI/935/2005, de 8 de marzo de 2005 (BOE 13 de Abril de 2005)** se inscribe en el Registro de Fundaciones la **Fundación Pluralismo y Convivencia**, constituida por el Ministerio de Justicia y aprobada por acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2004. Su objeto es contribuir con medios económicos a la ejecución de programas y proyectos de carácter cultural, educativo y de integración social de las confesiones religiosas minoritarias que hayan celebrado acuerdo de cooperación con el Estado o con notorio arraigo en España, así como el fomento del pleno ejercicio de la libertad religiosa.

2.3.2. Régimen tributario

En cuanto al régimen tributario de las personas jurídicas religiosas, éste transcurre por los cauces legislativos fijados por la **Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general**, por el **Art. III del Acuerdo sobre Asuntos Económicos**, por el **artículo 7.2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa** y

por la **Ley 49/2002, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo**. El criterio general en la materia se basa en la asimilación a las entidades sin afán de lucro y carácter benéfico. “En todo caso, conviene subrayar el distinto fundamento de las ventajas tributarias de las que disfrutaban las entidades sin fin de lucro y las confesiones: mientras en las primeras se debe al actuar en campos propios del interés del Estado, de tal manera que realizan una actividad de sustitución de los poderes públicos por la que estos les compensan a través de las exenciones fiscales, las confesiones religiosas con acuerdo —y no hay motivo alguno por el cual el régimen favorable no pudiera extenderse a todas las confesiones inscritas, es más, el principio de igualdad en la titularidad del derecho de libertad religiosa así lo aconseja— se benefician no porque los fines religiosos coincidan con los públicos —lo cual queda vedado por el principio de laicidad—, sino por el compromiso del Estado de promover la libertad religiosa de los individuos, que los poderes públicos cumplen cooperando con las entidades en las que estos se agrupan. De esta manera se entiende que las actividades de culto y asistencia religiosa de las confesiones sí poseen interés general por cuanto facilitan el ejercicio del derecho de libertad religiosa de los ciudadanos, cometido que el artículo 2.3 de la LOLR encomienda a los poderes públicos”³.

Veamos algunos elementos de la llamada “financiación indirecta”, en razón de un régimen tributario pretendidamente favorable⁴.

En primer lugar, supuestos de *no sujeción*, es decir, actividades y hechos que quedan fuera del ámbito tributario y no requieren actividad tributaria ninguna por parte del sujeto. La Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las Diócesis, las Parroquias y otras Circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada y sus Provincias y sus Casas, no estarán sujetas a tributación en el Impuesto sobre Sociedades por las cantidades que obtengan en concepto de donativos, oblacones y limosnas de sus fieles. Tampoco estarán sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido por la publicación de documentos eclesiásticos y su fijación en los sitios de costumbre, ni por la realización de actividades docentes en Seminarios destinados a la formación del clero diocesano y religioso ni por las actividades docentes sobre disciplinas eclesiásticas impartidas en Universidades de la Iglesia. Publicaciones y enseñanza religiosa son también supuestos de no sujeción en los artículos 11 de cada

³ A. MOTILLA DE LA CALLE, “Confesiones religiosas y entidades sin fin de lucro (comparación de su régimen económico)”, en Andrés Corsino Álvarez Cortina, Miguel Rodríguez Blanco (eds.) *Aspectos del régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas*, Comares, Granada, 2008, p. 13.

⁴ S. MESEGUER VELASCO, “La financiación de las confesiones religiosas”, en Miguel Ángel Jusdado Ruiz-Capillas (ed.) *Derecho Eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid, 2011, pp. 225–231.

uno de los Acuerdos de cooperación con las confesiones minoritarias de 1992.

En segundo lugar, los supuestos de *exención*: atendiendo a unas circunstancias, hechos o personas, el sujeto se ve exonerado del cumplimiento de una obligación tributaria, a pesar de la realización del hecho imponible previsto en la norma de imposición. Los supuestos de exención se conceden en estos casos atendiendo a la persona obligada (confesión religiosa) o a la afectación de ciertos bienes al cumplimiento de fines determinados. El **artículo IV del Acuerdo sobre Asuntos Económicos de 1979**, recoge exenciones totales y permanentes referidas a la Contribución Territorial Urbana (actual Impuesto sobre Bienes Inmuebles, IBI) sobre templos y capillas destinados al culto, y asimismo, sus dependencias o edificios y locales anejos destinados a la actividad pastoral; sobre la residencia de los obispos, de los canónigos y de los sacerdotes con cura de almas; sobre los locales destinados a oficinas, la curia diocesana y a oficinas parroquiales; sobre los seminarios destinados a la formación del clero diocesano y religioso y las universidades eclesiásticas respecto de la impartición de enseñanzas propias de disciplinas eclesiásticas; sobre los edificios destinados primordialmente a casas o conventos de las órdenes, congregaciones religiosas e institutos de vida consagrada. La exención del IBI es una cuestión que **se ha prestado a polémica recientemente**. Igualmente, se exime a la Iglesia católica del pago del Impuesto sobre Sociedades, siempre y cuando los rendimientos procedan directa o indirectamente de las actividades que constituyen el objeto social o finalidad específica de la entidad eclesiástica de que se trate. También se exime a las entidades eclesiásticas del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, y de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para las adquisiciones que realicen de bienes destinados al culto, a la sustentación del clero, al sagrado apostolado y al ejercicio de la caridad. La exención es extensible a las ventas de bienes inmuebles. Los artículos 11 de cada uno de los Acuerdos de cooperación de 1992 recogen exenciones relativas al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, Impuesto de Sociedades, e Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Las entidades eclesiásticas están sujetas al pago de las tasas por los servicios prestados por el Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos. Las cantidades percibidas por los ministros de culto en razón del desempeño de sus funciones se consideran rendimientos del trabajo sujetos a tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Las donaciones efectuadas por personas físicas o jurídicas, a la Iglesia

católica y a las Confesiones comprendidas en las Federaciones firmantes de los Acuerdos de cooperación de 1992, disfrutaban de una deducción del 25% en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y del 35% en el Impuesto de Sociedades, de la cantidad donada.

3. Los lugares de culto

La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, entiende que forma parte de libertad religiosa el derecho “de fundar y mantener lugares” para el culto. Por su parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa también entiende comprendido en este derecho “establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos”.

3.1. Concepto

El concepto “lugar de culto” es específico del Derecho del Estado⁵. Con este concepto se pretende designar todos los recintos o lugares empleados por los grupos religiosos para sus actividades culturales, con carácter de permanencia y/o exclusividad⁶, a fin de determinar el tratamiento jurídico específico que deba darse a esos espacios. El destino del recinto físico a una finalidad de culto no excluye la posibilidad de otras actividades (culturales, musicales, etc.), siempre que esa finalidad de culto sea la principal y, naturalmente, las otras no impidan o falseen la misma. El lugar de culto como concepto jurídico no impide ni prejuzga que el recinto que tomamos en consideración pueda encontrarse dentro de otro complejo mayor, como puede ser un hospital o un aeropuerto. No se acoge el término “lugar sagrado”, que es más propio del Derecho canónico (el canon 1205 del Código de Derecho Canónico de 1983 establece: “Son lugares sagrados aquellos que se destinan al culto divino o a la sepultura de los fieles mediante la dedicación o bendición prescrita por los libros litúrgicos”) ni términos propiamente religiosos, como podrían ser “mezquita”, “sinagoga”, “templo” o “iglesia”. Distinta, desde luego, es la situación que se plantea cuando un grupo religioso atribuye a un lugar geográfico natural (o a una ciudad) la consideración de espacio sagrado; se

⁵ M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Libertad religiosa y confesiones: el régimen jurídico de los lugares de culto*, Boletín Oficial del Estado : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

⁶ A. C. ÁLVAREZ CORTINA, “Destino al culto y valor cultural (conurrencia y conflicto)”, en Andrés-Corsino Álvarez Cortina, Miguel Rodríguez Blanco (eds.) *La religión en la ciudad. Dimensiones jurídicas del establecimiento de lugares de culto*, Comares, Granada, 2012, p. 6.

trata de un asunto que defienden algunas religiones étnicas, tribales, etc., y al que se aplican algunas normas jurídicas relativas a los lugares de culto.

Como es natural, el lugar de culto está constituido también por los elementos indisolublemente unidos al mismo, sus partes integrantes (claustros, vidrieras, capillas, hornacinas), las pertenencias (estatuas, relieves, pinturas objetos de ornamentación), así como aquellas dependencias directamente relacionadas y comunicadas con el edificio y con el culto que se celebra en él. Por tanto, se trata de un conjunto inmobiliario que excede de la consideración estricta del “lugar físico” de culto. En opinión de la doctrina, no tiene de suyo consideración de lugar de culto los cementerios, aunque sí lo tendrá en mi opinión los columbarios (nichos destinados a contener las urnas cinerarias de los difuntos) situados en el mismo lugar de culto (en una cripta o una capilla de la iglesia, por ejemplo).

La potestad originaria para establecer lugares de culto (y también cuándo dejan de ser tal) corresponde a las autoridades religiosas legítimas. La acción y el resultado de lo que hacen dichas autoridades opera como presupuesto en el Derecho estatal. Éste, como es natural, debe regular cuestiones que inciden sobre los lugares de culto, relativas al urbanismo o uso del suelo, orden público, tributos, etc. Los Acuerdos de cooperación entre el Estado español y las confesiones integradas en las Federaciones acordantes dedican una atención particular a los lugares de culto, estableciendo una cierta definición legal y las condiciones jurídicas para que los lugares de culto sean estimados por el Derecho estatal como tales. Así, en el **Acuerdo con la Comisión Islámica de España**, el artículo 2 establece: “A todos los efectos legales, son Mezquitas o lugares de culto de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la «Comisión Islámica de España» los edificios o locales destinados de forma exclusiva a la práctica habitual de la oración, formación o asistencia religiosa islámica, cuando así se certifique por la Comunidad respectiva, con la conformidad de dicha Comisión”. Por su parte, el **Acuerdo con la Federación de Comunidades Israelitas (ahora Judías) de España** en su artículo 2 indica: “A todos los efectos legales, son lugares de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España los edificios o locales que estén destinados de forma permanente y exclusiva a las funciones de culto, formación o asistencia religiosa, cuando así se certifique por la Comunidad respectiva con la conformidad de la Secretaría General de la FCI”. Por último, el artículo 2 del **Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Evangélicas de España** dice: “A todos los efectos, son lugares de culto de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE los edificios o locales que estén destinados de forma permanente y exclusiva a

las funciones de culto o asistencia religiosa, cuando así se certifique por la Iglesia respectiva con la conformidad de la Comisión Permanente de la FEREDE”.

La potestad estatal sobre los lugares de culto se extiende a todas las materias no estrictamente religiosas. Dos son las cuestiones que merecen atención a este respecto: por un lado, el ejercicio del poder estatal en materia de propiedad y urbanismo; por otro, el ejercicio del poder impositivo (tratado ya brevemente en el apartado anterior). Por encima de estas dos cuestiones, se afirma de los lugares de culto su “inviolabilidad”. Comencemos por esta última cuestión.

3.2. *¿Qué es la inviolabilidad de los lugares de culto?*

Los textos acordados reconocen de forma unánime la inviolabilidad de los lugares de culto (artículo I.5 del **Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979**: “Los lugares de culto tienen garantizada su inviolabilidad con arreglo a las leyes”; artículo 2.2 del **Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España**: “Los lugares de culto de las Comunidades Islámicas miembros de la «Comisión Islámica de España» gozan de inviolabilidad en los términos establecidos por las Leyes”; artículo 2.2. del **Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España**: “Los lugares de culto de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE gozan de inviolabilidad en los términos establecidos en las Leyes”; artículo 2.2. del **Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España**: “Los lugares de culto de las Comunidades pertenecientes a la FCI gozan de inviolabilidad en los términos establecidos en las leyes”).

Las leyes no recogen una explicación acerca de lo que constituye jurídicamente la inviolabilidad de un lugar de culto. Desde luego, el carácter sagrado o sacro de un lugar de culto significa de suyo que se sitúa en una posición diversa, distinta, separada de las cosas comunes, lo cual impone “hacia dentro” de cada grupo religioso unas determinadas exigencias que el Estado observa “desde fuera” y debe respetar en la medida en que dichas exigencias guarden relación con la libertad religiosa.

A la hora de concretar qué se entiende en este tema por inviolabilidad, es necesario alejarnos de una visión histórica, en virtud de la cual el lugar de culto pertenece a una jurisdicción distinta de la del Estado⁷. La

⁷ M. J. ROCA FERNÁNDEZ, “Interpretación del término “inviolabilidad” en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, de 3-I-1979”, *Revista General de Derecho Canónico*

inviolabilidad del lugar de culto puede significar dos posibles cosas. Por un lado (tesis minimalista), dotar a los lugares de culto la protección otorgada al domicilio por el **artículo 18.2 de la Constitución española de 1978**: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Por otro lado (tesis maximalista), expresar mediante un término la protección de “varios bienes jurídicos de naturaleza personal —intimidad, sentimientos religiosos y ejercicio del culto—, amparados en distintas normas jurídicas; triple protección que ha de tenerse presente con objeto de realizar una interpretación correcta de las diferentes disposiciones legales, y evitar que aspectos como el carácter de edificios abiertos al público de algunos lugares de culto pueda conducir a conclusiones inadecuadas”. Dicha protección puede alcanzar la tipificación de delitos que protegen específicamente el normal desenvolvimiento de la vida cultural dentro del recinto sagrado (**artículos 522 y 523 del Código penal**).

3.3. Régimen de propiedad y derecho urbanístico

En primer lugar, es importante recordar que los propios derechos religiosos tienen con frecuencia una normativa propia en materia de propiedad. Por ejemplo, la enajenación o gravamen de un bien inmueble requiere unas autorizaciones sin las cuales el negocio jurídico patrimonial no podría celebrarse válidamente.

En segundo lugar, en caso de que el Estado pretenda expropiar un lugar de culto, la normativa española garantiza a las confesiones religiosas el trámite de audiencia. Así viene garantizado por el artículo 16 de la **Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa**. Una garantía reforzada respecto de la que establece el artículo 19 y que previene en lo posible que pudieran producirse incautaciones, nacionalizaciones o desamortizaciones.

En tercer lugar, baste dejar aquí constancia de que los lugares de culto no pueden ser demolidos sin previa desacralización, conforma a las propias normas de la confesión religiosa de que se trate. E igualmente conviene dejar constancia de que, en opinión de la doctrina, existe un principio general de inembargabilidad de lugares de culto, con excepciones atendiendo al titular del bien (si es el propio Estado, una persona privada, un ente eclesiástico, etc.); “[a]tendiendo a la función social de estos lugares de culto —recuérdense las previsiones de los planes urbanísticos—, y a la subordinación de la riqueza del país, con independencia de su titularidad, al

y Derecho Eclesiástico del Estado, 29, 2012.

interés general (art. 128.1 de la CE), puede sostenerse que en determinados casos —lugares de culto de una gran devoción popular; si los fieles carecen de un lugar de culto alternativo en el que satisfacer sus necesidades religiosas— podría extenderse a estos inmuebles el régimen previsto para los bienes de la Administración, y seguir, por consiguiente, la vía del art. 44.3 de la Ley General Presupuestaria. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha admitido que el ‘interés social’ puede justificar límites a la regla general de embargabilidad, sin que por ello se vulnere el art. 24 CE.”⁸

Respecto de la incidencia del Derecho urbanístico, el derecho a tener un lugar de culto debe someterse a la normativa reguladora. Dicha normativa —de competencia autonómica— afecta al planeamiento urbanístico, a las licencias y a la disciplina posterior en materia de actividades molestas, nocivas o insalubres. En el planeamiento urbanístico de zonas nuevas debe preverse la reserva de terreno para el emplazamiento de lugares de culto sobre terreno de titularidad pública o municipal; algunas comunidades autónomas prevén explícitamente esta reserva en su legislación urbanística (así, Cataluña, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Aragón, Murcia, Cantabria, Comunidad Valenciana, Extremadura y la Comunidad Foral de Navarra)⁹. Hay una consolidada experiencia municipal de cesión de derecho de superficie a las confesiones religiosas para la construcción de lugares de culto (Madrid, Sevilla, Alcorcón o Córdoba serían algunos ejemplos)¹⁰ y también experiencias de concesión administrativa sobre suelo público para uso religioso¹¹. Nada obsta para, respetando las previsiones del plan urbanístico, construir lugares de culto en suelo dotacional privado.

Las licencias estrictamente urbanísticas (de obras, primera utilización y cambio de uso) son de plena aplicación a los lugares de culto: no estamos ante una limitación indebida de la libertad religiosa, sino a la regulación conexas con la misma, que deberá respetar el contenido esencial del derecho¹². La cuestión fundamental sobre este tema consiste en dilucidar si los ayuntamientos pueden, en virtud de una ley autonómica, someter la apertura de lugar de culto a una licencia específica. Cataluña ha optado por establecer explícitamente este tipo de licencia, en su *Llei dels centres de culte* de 2009 y su *Reglamento de desarrollo de 2010*. Algunos sectores de la doctrina entienden que bastaba el régimen común de licencias

⁸ M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Libertad religiosa y confesiones*, cit., pp. 256–257.

⁹ J. J. GUARDIA HERNÁNDEZ, *Libertad religiosa y urbanismo: estudio de los equipamientos de uso religioso en España*, Eunsa, Pamplona, 2010, pp. 69–75.

¹⁰ J. J. GUARDIA HERNÁNDEZ, “La relación entre urbanismo y libertad religiosa en Cataluña: Llei 16/2009 dels centres de culte”, *Ius canonicum*, vol. 51, 101, 2011, pp. 282–283.

¹¹ J. J. GUARDIA HERNÁNDEZ, *Libertad religiosa y urbanismo*, cit., pp. 157–177.

¹² M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Libertad religiosa y confesiones*, cit., pp. 109–110.

urbanísticas para atender adecuadamente a los requisitos de seguridad y salubridad públicas¹³. Otros consideran que esta normativa podría constituir “una forma encubierta de prejuzgar las creencias religiosas y reprimir la libre manifestación de todas o de algunas poco gratas para los dirigentes municipales”¹⁴. La falta de apoyo de los grupos sociales afectados ha sido la causa de que se plantee la revisión de esta ley.

Al margen de puntuales ocasiones en las que la vena flamenca de la Iglesia de Filadelfia ha causado actuaciones municipales que han terminado en los tribunales, en fechas próximas es más que probable que se agudice la cuestión relativa al uso de campanas, consideradas en algún caso como “patrimonio cultural inmaterial sonoro”.

4. Patrimonio cultural

La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español entiende que forma parte de dicho patrimonio histórico “los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico” (**artículo 1**).

Gran parte del patrimonio histórico cultural español (bienes muebles, inmuebles, dejamos aquí de lado los bienes culturales inmateriales o intangibles) pertenecen a las confesiones religiosas, señaladamente a la Iglesia católica. Sobre esos bienes concurre una doble condición¹⁵: se trata de bienes destinados al culto, a un uso sagrado o religioso, por su función y/o por su contenido, pero al mismo tiempo se trata de bienes culturales, como un valor histórico y cultural que les otorga valor también ante no creyentes. En esta doble condición, es claro que “[e]l valor religioso es el valor propio; el valor cultural es un valor derivado y, aunque importante, secundario”. De no existir esta doble condición, muchos de los problemas prácticos y, desde luego, el epígrafe de este capítulo, no se plantearían o carecerían de sentido.

El **artículo 46 de la Constitución española de 1978** establece: “Los poderes

¹³ J. J. GUARDIA HERNÁNDEZ, “La relación entre urbanismo y libertad religiosa en Cataluña”, cit., p. 322.

¹⁴ M. MORENO ANTÓN, “El tratamiento urbanístico de los lugares de culto: a propósito del Proyecto de Ley de Cataluña sobre centros de culto o de reunión con fines religiosos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 17, 2008, p. 43.

¹⁵ A. C. ÁLVAREZ CORTINA, “Destino al culto y valor cultural (conurrencia y conflicto)”, cit., p. 76.

públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”. Tanto la garantía como la promoción a las que se obligan los poderes públicos deben conjugarse adecuadamente con el reconocimiento del derecho de libertad religiosa y el principio de cooperación del artículo 16 del texto constitucional: “El compromiso entre los diversos valores del sistema constitucional exige, en primer lugar, que el patrimonio cultural de las confesiones religiosas no quede totalmente postergado de la actividad tutelar del Estado; y en segundo término que, con todo, esa actividad tutelar del Estado no puede desconocer el carácter religioso y la función litúrgica de dicho patrimonio”¹⁶.

La normativa de protección del patrimonio histórico español se mueve hoy en día en dos niveles: la legislación estatal y la legislación autonómica. En el nivel estatal, es la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español la que desarrolla las previsiones constitucionales sobre el tema y parece hacerlo, a juicio de la doctrina, ignorando o particularizando las normas sobre los bienes del patrimonio histórico sin tener en cuenta su destino o finalidad: se trata de un derecho común, con independencia de si los bienes son religiosos o no, si están en uso o no, y cuando en algún caso se emplea derecho especial, resulta claramente perjudicial (en concreto, véase el **artículo 28**). Las acciones sobre bienes religiosos de interés cultural, por necesidades religiosas, requieren la autorización de los organismos estatales competentes.

Las leyes autonómicas de patrimonio cultural y artístico tienen algunas características particulares que merecen aquí subrayarse¹⁷: dan participación a los representantes de las confesiones en órganos de gestión y asesoramiento (Aragón, Asturias, Madrid); tienen en cuenta la finalidad religiosa de los bienes regulados (Valencia, Aragón), aunque en algún caso se sigue supeditando la finalidad religiosa a los valores culturales (Canarias).

En la ejecución de las políticas conducentes a la protección del patrimonio histórico religioso, la constitución y funcionamiento de organismos mixtos resulta decisiva para salvar eventuales problemas futuros. El **Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales de 1979** preveía en su artículo 15 la constitución de una Comisión Mixta que elaboró un documento relativo al

¹⁶ I. ALDANONDO SALAVERRÍA, “El patrimonio cultural de las confesiones religiosas”, *Revista catalana de dret públic*, 33, 2006, p. 151.

¹⁷ A. C. ÁLVAREZ CORTINA, “Destino al culto y valor cultural (conurrencia y conflicto)”, cit., pp. 86–87.

marco jurídico de la actuación Iglesia-Estado en esta materia, suscrito por los representantes de ambas partes (Presidente de la Conferencia Episcopal española y Ministro de Cultura) en 1980.

BIBLIOGRAFÍA

ALDANONDO SALAVERRÍA, I., “El patrimonio cultural de las confesiones religiosas”, *Revista catalana de dret públic*, no. 33, 2006, pp 149–179.

ÁLVAREZ CORTINA, A. C., “Destino al culto y valor cultural (conurrencia y conflicto)”, en Andrés-Corsino Álvarez Cortina, Miguel Rodríguez Blanco (eds.) *La religión en la ciudad. Dimensiones jurídicas del establecimiento de lugares de culto*, Comares, Granada, 2012, pp. 75–107.

FERRARI, S.; IBÁN, I. C., *Derecho y religión en Europa Occidental*, McGraw-Hill, Interamericana de España, Madrid, 1998.

GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J., “La relación entre urbanismo y libertad religiosa en Cataluña: Llei 16/2009 dels centres de culte”, *Ius canonicum*, vol. 51, no. 101, 2011, pp 277–328.

GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J., *Libertad religiosa y urbanismo: estudio de los equipamientos de uso religioso en España*, Eunsa, Pamplona, 2010.

MESEGUER VELASCO, S., “La financiación de las confesiones religiosas”, en Miguel Ángel Jurdado Ruiz-Capillas (ed.) *Derecho Eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid, 2011, pp. 213–232.

MORENO ANTÓN, M., “El tratamiento urbanístico de los lugares de culto: a propósito del Proyecto de Ley de Cataluña sobre centros de culto o de reunión con fines religiosos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, no. 17, 2008, p 4–.

MOTILLA DE LA CALLE, A., “Confesiones religiosas y entidades sin fin de lucro (comparación de su régimen económico)”, en Andrés Corsino Álvarez Cortina, Miguel Rodríguez Blanco (eds.) *Aspectos del régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas*, Comares, Granada, 2008, pp. 1–50.

MÜLLER, A.; CHICA PALOMA, M. D., “El poder tributario de las comunidades religiosas en Alemania”, *Crónica Tributaria - Boletín de Actualidad*, 2011, fecha de consulta 17 octubre 2012, en

<http://eprints.ucm.es/13366/>.

ROCA FERNÁNDEZ, M. J., “Interpretación del término “inviolabilidad” en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, de 3-I-1979”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, no. 29, 2012.

RODRÍGUEZ BLANCO, M., *Libertad religiosa y confesiones: el régimen jurídico de los lugares de culto*, Boletín Oficial del Estado: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

CAPÍTULO 6. MINISTROS DE CULTO. LA ASISTENCIA RELIGIOSA

1. Introducción

Nos hemos ocupado en el capítulo anterior, dentro del Derecho eclesiástico del Estado, del “derecho de cosas”, con una referencia centrada en la financiación de las confesiones, el régimen tributario, los lugares de culto y el patrimonio cultural. A partir de este capítulo nos ocuparemos del “derecho de las personas” aplicado al factor religioso, donde destacan, en primer lugar, el tema de los ministros de culto y, en segundo lugar, la asistencia religiosa que prestan las confesiones en dependencias ligadas al Estado.

El establecimiento en el Derecho del Estado de un área jurídica específica dedicada a los ministros de culto tiene varios motivos.

Por un lado, la categoría jurídica “ministro de culto” viene a ser un residuo jurídico que se aloja en el Derecho estatal, una vez que éste deja de reconocer la existencia de una jurisdicción eclesiástica exclusiva en el territorio donde se asienta su propia soberanía. No hay ya estamentos, no hay derechos estatutarios que se apliquen de forma distinta e independiente a una clase de ciudadanos, y que el Estado deba aceptar como el único Derecho aplicable. Los líderes religiosos, de puertas afuera, son unos ciudadanos más, sujetos a las mismas obligaciones y dotados de los mismos derechos fundamentales. Sin embargo, siendo éste el principio general, no es menos cierto que la fuerza que imprime la propia normativa religiosa puede exigir —incluso en los países de corte separatista— un conjunto de adaptaciones en forma de reglas especiales que configuran el estatuto jurídico de eso que llamamos “ministros de culto”. Y esas adaptaciones afloran en áreas muy distintas del ordenamiento del Estado: desde el Derecho civil al procesal; del Derecho laboral y de la Seguridad Social al constitucional.

Por otro lado, la creciente pluralidad religiosa de un país dificulta la elaboración de un estatuto uniforme acerca de los ministros de culto. ¿Qué

hacer, cuando en un nuevo grupo religioso pretende cooperar con el Estado? ¿Cómo “entenderse” con una “representación” de ese grupo? ¿Cómo debe proceder el Derecho cuando en un grupo religioso “todos” sus miembros son considerados líderes de esa religión? A veces, el conjunto de normas en torno a los ministros de culto deben ser más bien pocas y sólo a través del diálogo y a cooperación puede llegarse a elaborar un conjunto normativo adecuado a las necesidades específicas que plantean los ministros de nuevas religiones.

En fin, el avance imparable de la normativa estatal y autonómica para garantizar la estricta observancia del principio de igualdad y no discriminación, de los derechos civiles y sociales, etc., se refleja cada vez más en áreas diversas del ordenamiento del Estado, en la denominada “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales. Lo cierto es que en esa frontera, a veces poco nítida, entre lo religioso y lo secular, se producen situaciones de desconcierto, porque el funcionamiento de las normas religiosas (estatuto jurídico de los líderes religiosos en materia de trabajo, criterios para la elección de esos líderes, etc.) no se “ajustan” a lo que el Estado pretende de una organización social, de una empresa mercantil o de una asociación de derecho común. La autonomía (la capacidad de dotarse de unas normas obligatorias y eficaces) de los grupos religiosos plantea exigencias singulares en esta materia.

La proyección de la tarea específica de los grupos religiosos hacia sus fieles puede encontrarse en ocasiones con barreras físicas que dificulten el cumplimiento de su función. En la medida en que un Estado se compromete a la fiel observancia de la libertad religiosa, esas barreras deben ser superadas mediante la acción conjunta de Estado y grupos religiosos, de forma que la libertad religiosa de los ciudadanos sea real. De ahí surge, como veremos, el sentido actual de lo que denominamos asistencia religiosa, que se articula mediante mecanismos diversos en los que —de nuevo—la experiencia histórica ejerce una influencia nada despreciable.

2. Ministros de culto

2.1. Concepto de ministro de culto

Por este concepto entiende la doctrina “la persona que de modo habitual ejerce una función religiosa en la confesión a que pertenece”¹. A lo cual sería importante añadir que no se trata tan solo de desempeñar una función

¹ A. DE FUENMAYOR, *Derecho eclesiástico del Estado español*, Editorial Comares, Granada, 2007, p. 120.

religiosa en general (de hecho, hay fieles que no son ministros de culto y se ocupan de funciones religiosas de forma estable), sino una función religiosa específica que exige una cierta cualificación y que marca una diferencia entre los fieles en general y aquellos que ocupan dichas funciones.

La legislación española ha precisado más —pensando sobre todo en las minorías religiosas— el concepto de ministro de culto. Con algunos matices, el artículo 3.1 de cada uno de los **Acuerdos de cooperación con las minorías religiosas de 1992** recoge un concepto legal que abarca notas concretas, relativas tanto a la función (su carácter estable) como a su garantía (acreditación del cumplimiento de estos requisitos mediante certificación de la confesión religiosa respectiva y conformidad de la Federación).

Respecto de la Iglesia católica, el concepto abarcaría no solamente a los ministros sagrados o clérigos, sino también a los religiosos.

Lo más interesante, no obstante, no es tanto indagar acerca de cuál sea “exactamente” el contenido específico de las funciones o los cometidos de lo que se llama “ministro de culto”, sino más bien estudiar las consecuencias y las normas especiales que el Derecho español vincula a la condición de ministro de culto².

2.2. El secreto ministerial

Se designa como “secreto ministerial” aquella reserva o secreto que guarda el ministro de culto respecto de los hechos conocidos por razón de su ministerio espiritual, y que como tal es respetado por el ordenamiento jurídico frente al deber de revelar que impone el Derecho en el orden procesal (prestar testimonio en juicio) y penal (deber de denunciar la comisión de delitos).

El secreto ministerial guarda una cierta semejanza con el secreto profesional. De hecho, de forma singular, **el Acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica de España**, en el artículo 3.2, establece: “[e]n ningún caso las personas expresadas en el número anterior estarán obligadas a declarar sobre hechos que les hayan sido revelados en el ejercicio de sus funciones de culto o de asistencia religiosa islámica, en los términos legalmente establecidos para el secreto profesional”. Puesto que en ninguno de los dos otros Acuerdos, ni en el **artículo II del Acuerdo entre**

² M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Los ministros de culto en el ordenamiento jurídico español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

el Estado español de 1976, se menciona el “secreto profesional” como categoría por la que se rige el secreto propio de los ministros de culto, cabe apuntar tres posibles conclusiones: primera, que frente a otras confesiones religiosas, los ministros de culto islámico no tienen un secreto ministerial propiamente dicho, sino algo que se parece al secreto profesional; segunda, en línea con lo anterior, que el secreto ministerial existe como algo distinto del secreto profesional, salvo en el caso de los ministros de culto islámicos; tercera, que en el fondo todos los ministros de culto gozan del secreto ministerial, pero en el Acuerdo con la Comisión Islámica de España hay un error de técnica legislativa.

Sea como fuere, el secreto ministerial o de los ministros de culto se distingue del secreto profesional en cuanto al fundamento y los límites.

Respecto del fundamento: si los intereses de búsqueda de la verdad en los procesos, el derecho a la intimidad y razones de utilidad social son comunes a todos los secretos, sin embargo la libertad religiosa es rasgo específico del secreto ministerial. La presencia de la libertad religiosa supone, además, que el ámbito subjetivo de protección no es sólo el fiel de una confesión, sino que también —y de forma muy destacada— el propio ministro de culto. Éste puede entender que se encuentra moralmente obligado en conciencia a mantener el secreto de la comunicación, a pesar incluso del deseo del penitente o del fiel de la religión de que se trate, a que lo revele o preste testimonio en un proceso.

En cuanto a los límites, es importante señalar que el secreto ministerial tiene carácter absoluto en muchos casos. Con ello se quiere decir que, cumplidas unas condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para estimar la existencia del secreto ministerial (con el fin de asegurar su reconocimiento externo) no hay límites intrínsecos que puedan prevalecer sobre el mismo. Los límites extrínsecos que aparecen en algunos ordenamientos jurídicos son: el derecho del penitente eximir al ministro de culto de su deber de sigilo, la obligación de suspender los efectos protectores del secreto religioso en casos que conlleven el abuso de menores y la comisión de delitos futuros. Por contraste, en otras profesiones o “status” existen excepciones intrínsecas y extrínsecas más o menos ampliamente reconocidas, al deber de secreto. Así, para el funcionario público, es excepción el conocimiento notorio y público, y el hecho en vías de notoriedad. Para las profesiones liberales, es límite del secreto —por ejemplo— el ocultamiento consciente o inconsciente de piezas de convicción u objetos ilegales, los hechos en los que cliente y profesional tienen interés común (como socios, coautores, etc.), los hechos futuros ilícitos y las disputas sobre honorarios. Para los médicos,

particularmente: el estado de salud como objeto del proceso civil o penal y los procesos penales (en numerosos países).

En nuestro ordenamiento jurídico, el secreto ministerial está protegido por normas acordadas y por normas unilaterales. Esta multiplicación de normas conlleva ligeros matices en el alcance de la protección jurídica. Lo cual puede ser un motivo de confusión aunque, dado el escaso número conocido de problemas en esta sede, no parece que se trate de un asunto que exija reformas legislativas inmediatas.

2.2.1. Legislación pacticia o acordada

En el **Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, sobre renuncia a la presentación de obispos y al privilegio del fuero de 28 de julio de 1976**, el artículo III.3 establece: “En ningún caso los clérigos y los religiosos podrán ser requeridos por los jueces u otras Autoridades para dar información sobre personas o materias de que hayan tenido conocimiento por razón de su ministerio”. Se trata de una redacción prácticamente idéntica a la contenida en el artículo XVI del **Concordato de 1953**. El tenor literal del texto (“en ningún caso los clérigos y los religiosos podrán ser requeridos”), pone de manifiesto que se otorga una exención, no una prohibición de declarar o testificar. Es ésta una configuración que aproxima el secreto religioso al tratamiento legal de las objeciones de conciencia. El contenido del precepto acordado excede de lo que sería exclusivamente el sigilo de confesión (**canon 983 del Código de Derecho Canónico**), para extenderse a otros menesteres espirituales distintos del sacramento de la penitencia (**canon 959 del Código de Derecho Canónico**). El alcance subjetivo comprende tanto a clérigos como a religiosos. La definición de estas categorías de personas debe remitirse a la normativa canónica. En cuanto al alcance formal, la norma pretende su aplicación no solo al ámbito procesal, sino también a otros ámbitos (administrativos, de policía, etc.).

Los **Acuerdos del Estado con las confesiones minoritarias, de 10 de noviembre de 1992**, también incluyen normas especiales en materia de secreto ministerial, contenidos en los artículos 3.2 de cada uno de ellos. Los textos son prácticamente idénticos, aunque —como ya se ha indicado— llama la atención que el Acuerdo con la Comisión islámica de España establezca la protección del secreto religioso “en los términos legalmente previstos para el secreto profesional”. También resulta llamativa la dicción final correspondiente al artículo 3.2 del **Acuerdo con las Comunidades Israelitas** (ahora Judías) de España: “Esta certificación de la FCI podrá ser incorporada al Registro de Entidades Religiosas”.

En buena lógica, se deduce que el secreto ministerial reconocido en los Acuerdos, lo es de los que, a los efectos legales (el artículo 3.2 se remite plenamente al 3.1.), son ministros de culto. Pero no de cualquier ministro de culto. Por contraste, en el Acuerdo con la Santa Sede antes examinado no se requiere la acreditación. El tratamiento, por tanto, es diferente. Se llega a tal solución, probablemente, por la dificultad que entrañaba la integración en una misma estructura pacticia, o incluso en una misma entidad negociadora, de religiones bien distintas (en el caso de las Entidades Evangélicas es patente) en su conformación y normativa.

En el ámbito objetivo, los tres artículos protegen la confidencialidad respecto de los “hechos que les hayan sido revelados en el ejercicio de funciones de culto o asistencia religiosa”. No hay una limitación relativa a un determinado acto, sino al tipo de relación que se establezca: que esta tenga un contenido o un matiz religioso preponderante, acompañado por el carácter confidencial. El ámbito formal de protección queda vagamente definido por el término “declarar”. No creo que sea una referencia exclusiva a la declaración testifical, sino que puede entenderse comprendida toda manifestación o explicación requerida por la autoridad.

2.2.2. Legislación unilateral

En el Derecho procesal penal, es el **artículo 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** el que regula la protección de los ministros de culto en la prueba de testigos, estableciendo una exención sin obligación de silencio. No parece necesario insistir sobre el ámbito objetivo de aplicación del precepto, ya que se reiteran los términos explicados anteriormente respecto de la legislación pacticia. Sí que merece una cierta atención particular la extensión subjetiva, en un doble orden: por una parte, la mención de los “ministros de culto disidentes”; por otra, la mención de los “eclesiásticos”. Respecto de los denominados “ministros de culto disidentes”, es preciso tener en cuenta que la confesionalidad de la época en que nace nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal exigía un deslinde y un realce de la religión oficial. El término “disidentes” debe interpretarse —integrándolo con el artículo 11 de la **Constitución de 1876**— como religiones distintas de la católica, no sólo las religiones cristianas. En el actual régimen, la extensión de la protección puede considerarse absoluta, e incluso más ventajosa que aquella prevista por los Acuerdos de 1992. Éstos establecen, como ya se ha visto, un concepto legal de ministro de culto. Y, sin embargo, deben ser estos Acuerdos los que determinen, para las tres confesiones minoritarias, quiénes son ministros “a todos los efectos

legales”. Con lo cual se produce la siguiente paradoja: el concepto de ministro religioso para los clérigos católicos, viene determinado por el Derecho canónico; el concepto para los ministros religiosos de las confesiones y grupos que tienen firmados Acuerdos, viene determinado por el Estado a partir del concepto de cada confesión y grupo; y el concepto de ministro de culto para los grupos religiosos sin Acuerdo no tiene una definición legal específica, lo cual nos remite a tal vez a la apreciación que el juez pueda realizar de dicho concepto, a partir de lo que el propio ministro de culto explique o exponga.

En el Derecho procesal civil, el **artículo 361 de la Ley de Enjuiciamiento civil** consideraría idóneo al ministro de culto designado para ser testigo. Por su parte, el **artículo 591** establece un deber de colaboración de personas, “sin más limitaciones que los que imponen el respeto a los derechos fundamentales o a los límites que, para casos determinados, expresamente impongan las leyes”. Y es de específica aplicación al secreto ministerial el **artículo 371 de la Ley de Enjuiciamiento civil** . Conforme a este artículo, para que un sujeto pueda ser liberado del deber de testificar, se exige su manifestación razonada ante el tribunal, y éste, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá mediante providencia lo que proceda en Derecho, quedando constancia en acta, si el testigo quedara librado de responder, de esta circunstancia. Como puede comprobarse, el artículo 371 no menciona para nada ni a ministros de culto, ni a abogados ni a médicos, ni a periodistas. Cualquier motivo de conciencia, si es apreciado por el tribunal, podría liberar del testimonio. En consecuencia, se resuelve la cuestión mediante una comprobación “ad casum”, beneficiosa en teoría, porque otorga la exención solo a quienes realmente vienen exigidos a guardar secreto por razón de exigencia disciplinar, normativa, etc. del propio grupo, Iglesia o confesión religiosa. Pero no es menos cierto que podría prestarse a abusos por desconocimiento de las exigencias confesionales, o por considerar que el valor de un interés público (el testimonio) es siempre superior al valor del secreto ministerial.

La conducta de revelación de secretos por parte del ministro religioso podría encontrarse comprendida en el **artículo 199.1 del Código penal español**. Por su parte, el **artículo 197** tipifica la revelación del secreto ministerial realizada por un tercero ajeno que interceptara la conversación confidencial entre el ministro de culto y el fiel, introduciéndose además agravamientos de la pena cuando concurren algunas circunstancias concretas, como el fin de lucro o el contenido de la interceptación (datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual).

2.3. Régimen laboral y Seguridad social

Las labores que realizan los ministros de culto en el seno de su propia confesión no quedan sometidas por sí mismas al Derecho laboral del país, sino a las normas propias de la confesión o grupo religioso de que se trate. Por tanto, la relación de prestación de servicios forma parte de la autonomía organizativa de las confesiones religiosas: el Derecho del Estado la considera una relación (jurídica) religiosa, no una relación jurídica laboral. Esto no es obstáculo para que, si un grupo religioso así lo estimara oportuno, la relación (jurídica) religiosa se sometiera al Derecho laboral del Estado. Pero, en sí misma considerada, esa relación no es de suyo laboral, porque aun cuando aparentemente pueda reunir las notas de esa relación (subordinación, remuneración, prestación) no pretende el intercambio de un servicio por un salario, una relación económica productiva, sino prestar una ayuda o servicio espiritual a miembros del grupo haciendo realidad la misión u objetivo que se propone el grupo religioso.

En el caso particular de los religiosos de la Iglesia católica (**canon 607 del Código de Derecho Canónico**), sucede algo semejante a lo señalado en el párrafo anterior. La relación de los religiosos con la institución a la que pertenecen surge de la denominada profesión religiosa (**canon 654 del Código de Derecho Canónico**), no de la celebración de un contrato de trabajo ni de una relación implícita de trabajo. El instituto religioso no es una organización empresarial.

Ahora bien: el trabajo (la enseñanza, la asistencia religiosa, por ejemplo) que realicen los ministros de culto o los religiosos al servicio de una estructura con dimensión jurídica civil, puede ser perfectamente una relación laboral: habrá que examinar cada caso concreto.

El Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974 no estableció ningún Régimen Especial para los ministros de culto. Sin embargo, incluyó dentro del Régimen General de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y asimilados (artículo 7.1.a), extendiendo este régimen a cualquiera otras personas que en lo sucesivo, y por razón de su actividad, fueran objeto, por Decreto a propuesta del Ministro de Trabajo, de esta asimilación (artículo 61.h). Esta posibilidad de ampliación del ámbito de la Seguridad Social a otras personas permitió la extensión de la protección social a los ministros de culto. En efecto, haciendo uso de esta facultad, el legislador elaboró el **Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto** (modificado por el **Real Decreto 1613/2007, de 7 de diciembre**) por el que se incluyó a los clérigos diocesanos de la Iglesia católica y a los ministros de las demás confesiones inscritas, en el ámbito de aplicación del Régimen

General de la Seguridad Social. La derogación del Texto Refundido de 1974 por la nueva **Ley General de la Seguridad Social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/1994**, de 20 de junio, no ha supuesto modificación sustancial alguna en el régimen social que afecta a los ministros de culto. Los clérigos diocesanos de la Iglesia católica y los ministros de las demás confesiones se someterán y beneficiarán del Régimen General de la Seguridad Social, como si tratara de trabajadores por cuenta ajena. A los ministros de culto les corresponde la satisfacción de las cuotas debidas al trabajador y la confesión es la encargada de asumir las obligaciones propias del empresario. No obstante, para los clérigos diocesanos católicos se excluyen de la acción protectora la incapacidad laboral transitoria, la invalidez provisional, el subsidio por recuperación profesional, la protección a la familia y el desempleo, al tiempo que las contingencias de enfermedad y accidente son consideradas, en todo caso, como enfermedad común y accidente no laboral. Tendrán, sin embargo, derecho a una pensión de jubilación cuya cuantía estará en función de la base reguladora y el período de cotización.

Los ministros de culto de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España también son objeto de una serie de limitaciones en la acción protectora de la Seguridad Social. Su situación ha sido precisada por el **Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo**, que ha venido a desarrollar lo dispuesto tanto en el mencionado Real Decreto 2398/1977, como en el **artículo 5 del Acuerdo** firmado con el Estado español en 1992. Aunque según este Real Decreto, están asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen General de Seguridad Social y se les reconoce la mayoría de las prestaciones previstas en este Régimen, quedando excluidos de la protección por desempleo. Las contingencias de enfermedad y accidente, al igual que sucede con los católicos, se considerarán, en todo caso, como común y no laboral, respectivamente. El Régimen de Seguridad Social de los ministros de culto evangélicos fue objeto de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el **caso Manzananas-Martín contra España, de 3 de abril de 2012**, en el que se apreció trato discriminatorio de dichos ministros de culto en relación con la normativa aplicada a los ministros de culto católicos.

Los ministros de culto de la Comisión Islámica de España cuentan, por su parte, con un desarrollo reglamentario específico en virtud del **Real Decreto 176/2006, de 10 de febrero**. También existe desarrollo reglamentario específico para los ministros de culto de la Iglesia ortodoxa rusa del Patriarcado de Moscú en España (**Real Decreto 822/2005, de 8 de julio de 2005**) y para los miembros de la Orden religiosa de los Testigos de Jehová en España (**Real Decreto 1614/2007, de 7 de diciembre de 2007**).

2.4. Un residuo histórico: la incapacidad sucesoria

El **artículo 752 del Código Civil español** establece una curiosa regla en virtud de la cual serían nulas “las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto”. La doctrina y jurisprudencia entienden que la razón de este precepto es impedir las sugerencias que puede realizar el confesor en el ánimo del testador, restándole libertad en el momento de disponer sus bienes, en una situación en la que el testador es especialmente vulnerable. Según la doctrina que ha estudiado el tema en profundidad³, el artículo 752 del Código Civil responde a un contexto social y jurídico distinto del actual. En efecto, dicho precepto hoy en día vulnera la laicidad del Estado (hace derivar consecuencias negativas por el hecho de pertenecer a una confesión religiosa, restringe la capacidad de obrar en razón de las creencias y genera una sanción civil de un acto religioso como es la confesión). También vulnera el principio de igualdad, singularizando sin justificación clara al sacerdote católico respecto de otros ministros de culto.

En consecuencia, las propuestas doctrinales en relación con el artículo 752 del Código Civil apuntan a dos posibles modificaciones. O bien la extensión de la sanción civil a ministros de culto de todas las religiones en una situación análoga a la descrita en el precepto y a todas las personas que por razones especiales (amistad, confianza, profesión) podrían influir en la voluntad del testador en trance de muerte. O bien suprimir el artículo 752 remitiendo los problemas de fondo a los que atiende este precepto, al derecho común en la materia, representado por los **artículos 673 y 756 del Código Civil**.

2.5. Otras cuestiones: el deber del jurado, inscripción de matrimonio

La participación en el jurado popular es un derecho-deber cívico en el Derecho español. El **Capítulo II Sección 2ª de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo**, regula los requisitos, incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y excusas para ser miembro del jurado. La Ley no previó como causa de excusa los motivos religiosos. Pero lo cierto es que el **canon 285 §3 del Código de Derecho canónico** prohíbe a los clérigos católicos aceptar aquellos cargos públicos que llevan consigo una participación en el

³ D. TIRAPU MARTÍNEZ; J. M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, *La incapacidad sucesoria del confesor en el artículo 752 del Código civil*, Comares, Granada, 1996.

ejercicio de la potestad civil. Por tanto, tenemos aquí un conflicto de deberes procedentes de dos ordenamientos jurídicos distintos (el Derecho estatal español y el Derecho canónico) que inciden en la misma persona (el clérigo católico español) y que reviste la forma de una objeción de conciencia. La solución de este conflicto apunta a dos posibles direcciones⁴: o bien reconducir la negativa del sacerdote a la excusa general del **artículo 12.7 de la Ley del Jurado**, o bien reformar la ley para que recoja la objeción de conciencia de forma explícita como causa de excusa legítima.

En el Derecho de los países de Occidente, los ministros de culto tienen algunas funciones relevantes para el Derecho estatal. Normalmente, una de esas funciones tiene que ver con la eficacia civil del matrimonio religioso de los fieles de su propia confesión. En el Derecho español, el párroco en cuyo territorio se ha celebrado el matrimonio canónico, conforme al Protocolo Final en relación con el **artículo VI del Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979**, “en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del registro Civil que corresponda el Acta de matrimonio canónico para su oportuna inscripción, en el supuesto de que ésta no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas”. Esa transmisión raramente se produce. Y de suyo, el acta de matrimonio canónico no es un documento administrativo propio del Derecho estatal. Sin embargo, a mi modo de ver sí constituye un acto jurídico estatal aquel que realizan los ministros de culto de las confesiones religiosas que forman parte de las Federaciones que firmaron Acuerdos de cooperación en 1992, cuando extienden “diligencia expresiva de la celebración del matrimonio que contendrá los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos” y, al menos, conservan en su archivo copia de la certificación diligenciada “como acta de la celebración”, de acuerdo con lo señalado en el artículo 7 de dos de los Acuerdos a los que se hace referencia. Nos ocuparemos de esta cuestión en el Capítulo 8.

3. Asistencia religiosa

Por asistencia religiosa se entiende “la acción del Estado para establecer la infraestructura y las condiciones adecuadas para que puedan recibir asistencia espiritual directa de sus respectivas confesiones los ciudadanos que tiene disminuidas las posibilidades de recibirla por encontrarse en situación caracterizada por un régimen de especial sujeción. Se suele distinguir entre asistencia religiosa propia e impropia, según exista o no

⁴ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Las objeciones de conciencia de los católicos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 9, 2005, pp. 23–27.

verdadera situación de especial sujeción”⁵. Las situaciones de especial sujeción son aquellas en las que se encuentran los individuos sometidos a una potestad administrativa de autoorganización más intensa de lo normal, como funcionarios, militares, reclusos, escolares o concesionarios de servicios públicos⁶. En estos casos, al verse reducida la libertad de circulación de los ciudadanos, se presenta un obstáculo o una incompatibilidad en el ejercicio de un derecho fundamental, en este caso, de la libertad religiosa.

En el plano terminológico también se suele distinguir entre asistencia religiosa (definida anteriormente) y la asistencia espiritual (que designa la ayuda o el asesoramiento religiosos que facilita la confesión a sus miembros). La asistencia espiritual forma parte del contenido del derecho de libertad religiosa (artículo 2.1 b de la **Ley Orgánica de Libertad Religiosa**: “Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales”), y el Estado se compromete no solamente a remover los obstáculos que impiden o dificultan el ejercicio de la libertad religiosa, sino también a adoptar las medidas necesarias para facilitar la asistencia espiritual en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia (artículo 2.3 de la **Ley Orgánica de Libertad Religiosa**: “Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos”). El Estado no presta asistencia espiritual, que es la labor propia de las confesiones a través de la organización de sus actividades: los poderes públicos se limitan a aportar los recursos de apoyo que sean necesarios para que los internos en centros públicos puedan superar las limitaciones y dificultades para relacionarse con sus ministros o líderes religiosos y asistir a actos de culto.

3.1. Modelos de asistencia religiosa

El modo de llevar a cabo esta “aportación de recursos de apoyo” por parte

⁵ M. LÓPEZ ALARCÓN, “Asistencia religiosa”, en Javier Ferrer Ortiz (ed.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed, EUNSA, Pamplona, 2007, pp. 249–250.

⁶ F. J. BASTIDA FREIJEDO Y OTROS, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 96.

del Estado puede verificarse de diversos modos, que ponen de manifiesto el grado de independencia o de vinculación entre un Estado y uno o varios grupos religiosos o confesiones. Se distingue, en consecuencia, diversos *modelos* de asistencia religiosa, fundamentalmente⁷:

- 1) El *modelo de integración*, en el que los servicios de asistencia religiosa se constituyen en servicios públicos de infraestructura y apoyo a la prestación de asistencia espiritual por ministros de las respectivas confesiones. En el modelo más integrador se establece cuerpos de capellanes con carácter de funcionarios públicos.
- 2) El modelo de *concertación* supone el establecimiento de un convenio entre la institución pública correspondiente (establecimiento militar, sanitario, etc.) y la confesión religiosa acerca de la aportación de recursos humanos y materiales por una y otra parte, instituyéndose un organismo autónomo de seguimiento con participación de representantes de ambas. Este concierto puede tener su fuente de legitimación legal en un Acuerdo o en una norma estatal unilateral previa.
- 3) El modelo de *libre acceso* supone la entrada de ministros religiosos al interior del centro para prestar asistencia espiritual, estableciéndose las condiciones que aseguren el buen orden y respeto al régimen interior, bien mediante convenio, bien unilateralmente. Las relaciones del centro con los ministros religiosos se reducirán a la autorización para el libre acceso con prestación de servicios de benevolencia o mediante contrato retribuido de naturaleza administrativa, civil o laboral.
- 4) El modelo de *libre salida* de los internos prevé que puedan satisfacer sus obligaciones o necesidades de orden religioso fuera del establecimiento. No siempre podrá afirmarse, como es natural, que sea necesario un régimen de asistencia religiosa si los internos pueden ser autorizados a salir del centro cuando lo soliciten, o sin necesidad de autorización, en determinadas horas o circunstancias. Considero que, salvo que existan permisos especiales para la libre salida por motivos de asistencia espiritual, el modelo de libre salida no forma parte —en realidad— de la asistencia religiosa.

Los posibles modelos aplicables en abstracto a un determinado país no dependen exclusivamente de la definición del régimen de relaciones Iglesia-Estado, sino también de la tradición histórica, de las características del centro público al que se pretende aplicar la asistencia religiosa, del pluralismo religioso propio del país o la región, etc.

⁷ M. LÓPEZ ALARCÓN, “Asistencia religiosa”, cit., pp. 252–255.

En el Derecho español ha predominado el modelo de integración en la asistencia religiosa a los fieles de la Iglesia católica, subsistiendo todavía con carácter transitorio. Va siendo progresiva la instauración de un modelo de concertación para la asistencia religiosa hospitalaria y para la que se presta en centros penitenciarios. Para miembros de otras confesiones distintas de la Iglesia católica, se ha establecido el modelo de libre acceso en los Acuerdos de 1992. Salvo las normas genéricas de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, no se prevé nada especial para los miembros de otras confesiones.

3.2. Asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas

Hasta 1978, el Estado español sólo se preocupó de regular la asistencia religiosa de los católicos en las Fuerzas Armadas. En consecuencia, el artículo 1 del **Acuerdo con la Santa Sede de 1979 sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas** establece que la Asistencia religiosa se seguirá prestando por medio del Vicariato General Castrense. Dentro de la estructura del Derecho canónico, este vicariato es una jurisdicción canónica de tipo personal (regulada por la **Constitución apostólica *Spirituali militum curae*** de 1986), un “ordinariato militar” con competencia cumulativa con la territorial de los obispos y párrocos de la Iglesia católica.

Con la vigencia de la Constitución de 1978, teóricamente, decayó tanto la vinculación funcional como algunos cometidos asignados al clero castrense, pues disentían de los valores y principios constitucionales. La temprana **Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo de 1982** no declaraba inconstitucional la asistencia religiosa de los católicos en las Fuerzas Armadas, si bien arrojaba una cierta duda acerca de la integración orgánica de los capellanes castrenses dentro del ejército (con tratamiento similar al de otros cuerpos y escalas militares). Sin embargo, la reciente **Orden Ministerial 84/2011, de 18 de noviembre, por la que se desarrolla parcialmente, en materia de régimen de personal, el capítulo II del Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre** viene a confirmar dicha integración; algo difícil de entender fuera de la vida militar y que incluso resulta chocante, habida cuenta de que el principio de laicidad “veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales”. Como sabemos ya por el Capítulo 4, en el Ministerio de Defensa existe el servicio de asistencia religiosa para los miembros de las confesiones religiosas. Los medios materiales y personales necesarios para el cumplimiento de sus funciones son facilitados por el Secretario de Estado de Administración militar.

La asistencia religiosa según los Acuerdos con las minorías de 1992 no genera relación de servicios con los poderes públicos, sino de simple autorización de los respectivos mandos militares. Cabría esperar que las confesiones firmantes de los Acuerdos de 1992 pudieran integrarse en el futuro en el Servicio de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas.

Actualmente, la asistencia religiosa por parte de ministros de culto de confesiones sin Acuerdo se presta al margen del servicio de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, bajo las siguientes reglas genéricas: solo se puede exigir legalmente la prestación de servicios religiosos de confesiones legalmente reconocidas (registradas), los ministros de culto que presten dichos servicios deberán estar autorizados por la propia confesión, y podrán prestar servicios religiosos en condiciones análogas con las que se establecen legalmente para los católicos.

3.3. Asistencia religiosa en Instituciones Penitenciarias

La normativa básica está representada por el **Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario**, en su **artículo 230**. En general, el Reglamento traslada a los Acuerdos de cooperación el régimen de asistencia religiosa.

La asistencia religiosa a los católicos se rige específicamente por el **Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979**, artículo IV. En desarrollo de su normativa específica sobre este tema, se ha realizado un Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en establecimientos penitenciarios, de fecha 20 de mayo de 1993, entre el Ministerio de Justicia y el Presidente de la Conferencia episcopal (publicado oficialmente mediante **Orden de 24 de noviembre de 1993, del Ministerio de Justicia**). Conforme a este acuerdo, se abandona el modelo de integración y se pasa al modelo de concertación. En este modelo, la asistencia religiosa es prestada por sacerdotes nombrados por el Ordinario del lugar y autorizados formalmente por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Cabe la posibilidad de que un interno solicite, ocasionalmente, la asistencia de un sacerdote concreto y en este caso no debe ser impedido, una vez acreditado y autorizado. Conforme al Acuerdo de 1993, corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias la cobertura económica de las prestaciones de asistencia religiosa católica.

Respecto de la asistencia religiosa a internos de otras confesiones religiosas, es preciso distinguir la asistencia religiosa a internos

pertenecientes a confesiones con Acuerdo de cooperación, a internos pertenecientes a confesiones registradas, e internos pertenecientes a confesiones no registradas. Respecto de los primeros, los Acuerdos establecen el modelo de libertad de acceso, sin limitación de horario, de ministros religiosos designados por las respectivas iglesias y confesiones, con la conformidad de la Federación y debidamente autorizados por los establecimientos correspondientes. La previsión de los Acuerdos de 1992 se desarrolló posteriormente mediante el **Real Decreto 710/2006, de 9 de junio, sobre asistencia religiosa penitenciaria**. Con este Real Decreto se establece un régimen de autorización de acceso de duración anual y sin retribución directa. Dicho Real decreto se ve completado con la **Instrucción 6/2007, de 21 de febrero, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre Asistencia Religiosa en Centros Penitenciarios**, en la que se incorpora al régimen de autorización de acceso a las confesiones religiosas registradas que no se encuentran comprendidas en las federaciones que firmaron Acuerdos de cooperación en 1992.

La Comisión islámica de España firmó 24 de octubre de 2007 un **Convenio de colaboración con el Estado para la financiación de los gastos que ocasione el desarrollo de la asistencia religiosa en establecimientos penitenciarios de competencia estatal**. Bajo condiciones de un número mínimo de internos solicitantes de asistencia religiosa en un mismo centro penitenciario, el Estado se compromete a sufragar los gastos, que no percibe el ministro de culto musulmán, sino la propia Comisión islámica de España. El Convenio se ha ido renovando anualmente, al menos hasta el año 2010.

Nada específico se prescribe respecto de la asistencia a miembros de otros grupos religiosos; el derecho de asistencia religiosa les viene reconocido por el artículo 2.1.b) de la **Ley Orgánica de Libertad Religiosa**, por lo que el Estado debe procurar los medios para que ese derecho sea real y efectivo: formulada la petición por el interno a la dirección, ésta debe proveer para que, al menos, pueda comunicar con el ministro de su confesión en los términos del artículo 49.5 del Reglamento Penitenciario y, en cuanto a la celebración de ritos, habrá de tenerse en cuenta las limitaciones establecidas por el artículo 230.3. (disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del centro y los derechos fundamentales de los restantes internos).

3.4. Asistencia religiosa en centros hospitalarios

“La asistencia religiosa en hospitales está justificada no solo por la situación constrictiva en la que se encuentran los pacientes internados, sino porque los denominados ‘sentimientos religiosos’ se agudizan en los trances de enfermedad, dolor y muerte”⁸. También rige aquí la dualidad de modelos asistenciales que caracteriza al sistema español de asistencia religiosa. Con un pequeño matiz: lo que se señala a continuación rige para los centros públicos. Para los centros privados no hay un modelo expresamente previsto ni son mencionados por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, aunque el artículo 4 del Acuerdo de 1979 no restrinja la asistencia religiosa a los centros públicos, lo que supone que aunque el Estado no tiene por qué establecer medidas directas, sí podría tener en cuenta la asistencia religiosa al realizar conciertos y convenios para la prestación de servicios sanitarios por centros privados.

La asistencia religiosa católica parte del programa pacticio previsto por el artículo 4 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979. De ahí arranca el Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en los centros hospitalarios (publicado mediante Orden de 20 de diciembre de 1985) firmado el 24 de julio de 1985 por el Presidente de la Conferencia episcopal española y por los Ministros de Justicia y de Sanidad y Consumo. Este Acuerdo-marco está abierto a nuevos pactos y ya cuenta con un Convenio entre el Insalud y la Conferencia episcopal española de 23 de abril de 1986 y unas Instrucciones para la aplicación del Convenio de 1986 (no publicadas oficialmente) de fecha 4 de febrero de 1987. Se van sucediendo igualmente convenios suscritos con Comunidades Autónomas, con Diputaciones provinciales y con Ayuntamientos. El Acuerdo-marco nos permite conocer el ámbito general dentro del que se mueve la asistencia religiosa en centros hospitalarios. En efecto, conforme a dicho Acuerdo, en cada centro se constituirá un servicio de asistencia religiosa para atender a los pacientes católicos, a sus familiares y al personal del centro que lo solicite. El servicio estará vinculado a la gerencia o dirección del centro hospitalario, que proporcionará los locales y recursos necesarios. La financiación se encomienda al Estado. El servicio es prestado por capellanes o personas idóneas que serán designadas por el Ordinario del lugar, correspondiendo el nombramiento a la institución titular del centro hospitalario. La relación jurídica de incorporación es, a elección del dentro hospitalario, el contrato laboral o el convenio con el Ordinario del lugar. El objeto del servicio es la asistencia religiosa y la atención pastoral (visita a los enfermos, celebración de los actos de culto, administración de los sacramentos, asesoramiento en

⁸ *Ibid.*, p. 265.

cuestiones religiosas y morales, etc).

La asistencia religiosa a pacientes de otros grupos religiosos, de conformidad con los Acuerdos de cooperación de 1992 se ha adoptado un modelo de libre acceso y sin limitación de horario a dichos centros de los ministros de culto que designen las iglesias y comunidades con la conformidad de la respectiva Federación, ministros que habrán de contar con la debida autorización de los organismos administrativos competentes⁹.

3.5. Asistencia religiosa impropia

En concentraciones estables o de larga duración de personas con cierta homogeneidad entre ellas (emigrantes, turistas; eventos deportivos, culturales, feriales, aeropuertos internacionales) se producen situaciones de demanda de asistencia espiritual. Las confesiones procuran atender estas demandas con sus ministros o dirigentes. La asistencia religiosa se limitaría a cooperar con medios adecuados —como locales y otros recursos— que en ocasiones tendrán uso interconfesional.

La asistencia religiosa a emigrantes viene regulada por un Decreto de 3 de mayo de 1962. Por su parte, la **Orden de 22 de febrero de 1999 sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros**, establece en su artículo 32 —de forma general— el respeto a la libertad religiosa de los internados (prescripciones dietéticas, celebración de ritos y días festivos).

El modelo característico de asistencia religiosa impropia es el que se presta en los centros públicos de enseñanza, y se fundamenta en criterios de oportunidad. El artículo 2 del **Acuerdo del Estado español con la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales de 1979** prevé que, para los niveles de enseñanza no universitaria, “las autoridades académicas correspondientes permitirán que la jerarquía eclesiástica establezca, en las condiciones concretas que con ella se convenga, otras actividades complementarias de formación y asistencia religiosa”. Respecto de la enseñanza universitaria impartida en Universidades de titularidad estatal, el artículo 5 de ese mismo Acuerdo garantiza la organización de cursos voluntarios y otras actividades religiosas; cabe entender que esta posibilidad se reconduce a eventuales convenios entre los representantes de la Iglesia católica y las autoridades académicas. Por su parte, los Acuerdos de 1992 no hacen ninguna referencia

⁹ Está disponible una información muy completa acerca de distintos aspectos de la libertad religiosa en el ámbito hospitalario en OBSERVATORIO DEL PLURALISMO RELIGIOSO EN ESPAÑA, *Guía de gestión de la diversidad religiosa en los centros hospitalarios*, Madrid, 2011, fecha de consulta 29 octubre 2012, en http://www.observatorioreligion.es/upload/55/70/Guia_Hospitales.pdf.

a la asistencia religiosa en los centros docentes, lo que no impide que, conforme a la norma general del artículo 2.3 de la **Ley Orgánica de Libertad Religiosa**, puedan ser autorizadas las iglesias y confesiones para desarrollar actividades asistenciales en pie de igualdad con la Iglesia católica.

BIBLIOGRAFÍA

BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M. A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

FUENMAYOR, A. DE, *Derecho eclesiástico del Estado español*, Editorial Comares, Granada, 2007.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., *Los ministros de culto en el ordenamiento jurídico español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

LÓPEZ ALARCÓN, M., “Asistencia religiosa”, en Javier Ferrer Ortiz (ed.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed, EUNSA, Pamplona, 2007, pp. 249–270.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Las objeciones de conciencia de los católicos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, no. 9, 2005, p 35.

Observatorio del pluralismo religioso en España, *Guía de gestión de la diversidad religiosa en los centros hospitalarios*, Madrid, 2011, fecha de consulta 29 octubre 2012, en http://www.observatorioreligion.es/upload/55/70/Guia_Hospitales.pdf.

TIRAPU MARTÍNEZ, D.; VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J. M., *La incapacidad sucesoria del confesor en el artículo 752 del Código civil*, Comares, Granada, 1996.

CAPÍTULO 7. LAS OBJECIONES DE CONCIENCIA

1. Introducción

Al comienzo de este manual, se señalaba que el Derecho presupone la Justicia. Sin dejar de ser esto cierto, también lo es que el Derecho presupone al ser humano, ser social, en la condición actual; lo cual significa que se cometen injusticias, se incumple el Derecho y se quebranta el orden social. El Derecho está llamado a restablecer un orden, gracias también a la coercibilidad que respalda su eficacia.

Sin embargo, no todos los incumplimientos son iguales. A pesar del clima de relativismo en el que estamos sumidos, diferenciamos entre incumplimientos motivados por el egoísmo, la avaricia, la ira, las pasiones humanas en general, de aquellos otros incumplimientos paradójicamente causados por el amor a la justicia, la fidelidad a un orden normativo que se considera superior o, en definitiva, lo coherencia con un bien que se presenta como imperativo a la propia conciencia.

La desobediencia al Derecho por motivos de conciencia es un marcador identitario constante que identifica la civilización occidental. Desde la Tragedia “Antígona” de Sófocles, pasando por el testimonio épico de los héroes Macabeos en la Biblia o el del Apóstol Pedro ante el Sanedrín judío en los primeros momentos del cristianismo (“Juzgad vosotros si es justo obedeceros a vosotros más que a Dios”, Hechos, 4:19), llegamos a la Edad Moderna, en la que el Lord Canciller de Inglaterra, el jurista Thomas More, fue **condenado a muerte** por negarse a acatar la Ley de Supremacía de Enrique VIII; More afirma antes de morir: **“I die being the King's good servant —but God's first”**. A comienzos del siglo XIX, el escritor norteamericano Henry David Thoreau se rebela contra el pago de impuestos para sufragar guerras y escribe su “Civil Disobedience”. En el siglo XX, Mohandas Gandhi, abogado de formación británica, logra la independencia de la India de la mano de la resistencia pasiva, empleando la **desobediencia a las normas del imperio británico** como muestra de la incoherencia del sistema político-jurídico. En los Estados Unidos de

Norteamérica, el reverendo **Martin Luther King** desafió las leyes y costumbres segregacionistas, particularmente arraigadas en los estados del Sur. Y no calificamos a estos personajes de la Historia como delincuentes; más bien, sus conductas despiertan en nosotros la admiración o, al menos, el respeto.

La objeción de conciencia es un subtipo de desobediencia al Derecho. Se han interesado por ella diversas ramas jurídicas: el Derecho constitucional (estudiando si la objeción de conciencia es un derecho fundamental o no), la Filosofía del Derecho (en el marco de las distintas patologías de desobediencia al Derecho) y el Derecho eclesiástico del Estado. La multiplicación de formas de objeción de conciencia va siendo tan relevante, con caracteres ciertamente peculiares cada una, que la doctrina ha entendido que debemos hablar de objeciones de conciencia, en plural¹.

Ciertamente, en los ordenamientos jurídicos estatales se han reconocido formas de objeción de conciencia religiosas derivadas de una interpretación particular de determinadas exigencias morales que no venían taxativamente impuestas por la normativa religiosa². Y ello, porque el punto de referencia último no es el ordenamiento jurídico religioso —lo cual presupondría una normativa uniforme y reconocible, cosa que no suele suceder necesariamente—, sino la libertad de conciencia individual.

Ahora bien: el carácter religioso de la objeción de conciencia tiene de suyo cierta relevancia jurídica. Hay tres razones para entenderlo así.

En primer lugar, estadísticamente las objeciones de conciencia de mayor diversificación presentadas por grupos minoritarios son de origen religioso. En segundo lugar, no es tampoco infrecuente que los mecanismos jurídicos formales de los que se sirven los ordenamientos jurídicos para aproximarse a los problemas planteados por los objetores religiosos sean precisamente las configuraciones legales y/o constitucionales de la libertad religiosa. En último lugar, debe tenerse en cuenta que uno de los elementos a los que habitualmente se atiende cara a la admisión jurídica de la objeción de conciencia es la autenticidad o *sinceridad* del objetor. Pues bien: precisamente en la objeción de conciencia de raíz religiosa, el legislador o el juez pueden identificar objetivamente una prueba de sinceridad de los motivos del objetor a través de los contenidos rituales y axiológicos de la

¹ R. NAVARRO-VALLS; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2011, p. 29.

² *Thomas v. Review Board of Indiana Employment Sec. Division*, 450 U.S. 707 (1981), sobre fabricación de material bélico; *Frazee v. Employment Security Department*, 489 U.S. 829 (1989), sobre la objeción de conciencia al calendario laboral por parte de un objetor no perteneciente a una confesión religiosa definida.

religión a la que el objetor pertenece³, siempre y cuando tales motivos se presenten como un deber moral ineludible⁴.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que cuando Occidente ha avanzado en cotas de mayor libertad, y también de relativismo, la objeción de conciencia ha cobrado una importancia particular. “La Modernidad secular, que es esencialmente pluralista, está necesitada de un mínimo fundamento para conseguir un máximo consenso”⁵. Así, por ejemplo, todos estamos de acuerdo en que el derecho a la vida es esencial en un país democrático, pero difícilmente conseguimos ir más allá: aborto, eutanasia, lesiones consentidas, etc. se plantean como excepciones al derecho a la vida, e incluso se afirma que son cuestiones de “la conciencia de cada uno”. Cuando sobre temas fundamentales no es posible llegar a un acuerdo (sobre todo, desde el momento en que los motivos religiosos se excluyen del debate público por considerarse “irracionales”), entonces parece que el último recurso es reconducir los reductos de una conciencia religiosa a la excepción representada por la objeción de conciencia⁶. De ahí que negar el reconocimiento de la objeción de conciencia termine siendo el peor de los síntomas de una democracia totalitaria.

2. Concepto y elementos

Sirva como definición descriptiva de objeción de conciencia la siguiente: *comportamiento individual omisivo, basado en los motivos de conciencia y contrario a la norma jurídica estatal*. Esta definición excluye posiciones maximalistas (“toda pretensión contraria a la ley motivada por razones axiológicas —no meramente psicológicas—, de contenido primordialmente

³ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Las objeciones de conciencia en el Derecho internacional y comparado”, en Ignacio Sánchez Gargallo (ed.) *Objeción de conciencia y función pública*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 115; M. W. MCCONNELL, “The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion”, *Harvard Law Review*, vol. 103, 1990, pp. 1472–1473; M. WALZER, *Tratado sobre la tolerancia*, Paidós, Barcelona; Buenos Aires; México, 1998, p. 81.

⁴ «(...) la vertiente práctica de las libertades de pensamiento y religiosa no se limita ni mucho menos al campo moral. Hay muchas actividades religiosas y seculares amparadas por dichas libertades que no rozan el campo del deber moral, que no son el cumplimiento de un deber moral. Por ejemplo, un congreso de filósofos. Otro más significativo: hacer la procesión del Corpus o la romería del Rocío o las procesiones de Semana Santa son tradiciones amparadas por la libertad religiosa en tanto no traspasen los límites de ésta; pero son cultos supererogatorios que no dependen directamente de un deber moral. Impedir injustamente a alguien que asista a esos actos, cuando su devoción se lo demanda, es un atentado a su libertad religiosa, pero como no roza ningún deber moral —como sería asistir a la misa dominical—, no se atenta contra su conciencia. Como sea, pues, que la vertiente práctica de las libertades de referencia es mucho más amplia que la moralidad, ya se ve que confundir la praxis aneja a esas libertades con la conciencia es un error». J. HERVADA, *Los Eclesiasticistas ante un espectador*, Eunsa, Pamplona, 1993, pp. 217–218.

⁵ M. RHONHEIMER, *Cristianismo y laicidad: historia y actualidad de una relación compleja*, Rialp, Madrid, 2009, p. 192.

⁶ R. TRIGG, *Religion in Public Life: Must Faith be Privatized?*, Oxford University Press, 2007, pp. 68–69.

religioso o ideológico”) y minimalistas (objeción de conciencia es sólo lo que el ordenamiento jurídico reconoce como tal, estableciendo un régimen de cumplimiento alternativo del deber normativamente impuesto).

En la definición propuesta podemos encontrar sus principales elementos.

2.1. *Comportamiento individual omisivo*

La objeción de conciencia *no es el reconocimiento* por parte del ordenamiento jurídico de un modo alternativo de cumplimiento de un deber normativo. Para el objetor, es importante que se llegue a producir ese reconocimiento, pero las objeciones de conciencia no están limitadas a aquellos comportamientos admitidos o eximidos por el Derecho de un Estado. El concepto de objeción de conciencia no es una forma de exención del cumplimiento de la norma jurídica, sino una forma de desobediencia al Derecho con pretensiones de legitimidad.

La objeción de conciencia *es un comportamiento* del individuo, pues la conciencia —como juicio práctico de actuación— pertenece al individuo singular, no a una asociación o colectivo.

La objeción de conciencia se restringe normalmente a *comportamientos omisivos*, poco frecuentes, de baja peligrosidad social. Distinguimos a través de esta característica la objeción de conciencia de otras figuras de desobediencia al Derecho⁷: a) la *resistencia*, entendida como desobediencia al Derecho con finalidad política, oposición colectiva de algunos sectores de la sociedad contra gobiernos ilegítimos; b) el *derecho de resistencia*, es decir, la defensa del orden político-jurídico legítimamente establecido y que se considera, por tanto, justo; c) *desobediencia civil*, que se define como comportamiento activo, no violento o pacífico, dirigido a la transformación del ordenamiento jurídico; también se entiende por desobediencia civil los actos ilegales, públicos, no violentos y conscientes, realizados con la intención de frustrar leyes —al menos una—, programas o decisiones de gobierno. La desobediencia civil tiende a la desaparición de la norma jurídica y es de naturaleza política; la objeción de conciencia presupone la norma y sólo pide una excepción, es de carácter moral (no político), excepcional y privado.

⁷ F. FLORES MENDOZA, *La objeción de conciencia en Derecho penal*, Comares, Granada, 2001, pp. 10–28.

2.2. Basado en los motivos de conciencia

Basado en el juicio individual acerca de la bondad o maldad de un acto determinado a partir de un código axiológico o ético fundamentado en la filosofía, una ideología o una creencia religiosa.

El individuo debe tener el convencimiento de que, al observar la conducta que la norma le exige, se sigue un mal personal que atenta contra sus profundas convicciones, contra su propia dignidad, contra instancias superiores de obediencia, de forma que ve necesario seguir el juicio de la conciencia antes que cumplir el de la norma, aun cuando la norma dispare el mecanismo represivo o le prive de un beneficio. El origen de ese juicio de conciencia es un código o imperativo de rango superior a cualquier otra instancia normativa.

Es frecuente que —por razones de economía normativa o de equiparación formal— se regule bajo el mismo título de objeción de conciencia la libertad de conciencia y la libertad ideológica; es decir, que a efectos prácticos se equipara en ciertas formas de objeción de conciencia los motivos religiosos y los filosóficos⁸.

2.3. Contrario a la norma jurídica estatal

No solo directamente, es decir, contrario a lo que la norma exige, sino también indirectamente: (i) contrario a lo que determina un contrato o una relación particular, normativamente protegidos; (ii) omisión por motivos de conciencia de las actuaciones o comportamientos (cargas modales) que exige el Derecho para obtener un resultado ventajoso o un determinado beneficio.

2.4. Clases de objeción de conciencia

Dentro de la noción, es preciso distinguir doctrinalmente varios tipos de objeción de conciencia en general:

- Objeción *sobrevenida*: aquélla que se manifiesta con posterioridad al comienzo de la relación jurídica-base a la que se opone objeción de conciencia.

⁸ J. HERVADA, “Libertad de conciencia y error moral sobre una terapéutica”, *Persona y Derecho*, vol. 11, 1984, p. 35.

- Objeción *indirecta*: lo es al comportamiento exigido como condición para la obtención de un beneficio.
- Objeción *absoluta*: aquella que lo es a cualquier comportamiento posible dentro del deber normativa o contractualmente exigido.
- Objeción *selectiva*: aquella que lo es sólo a un tipo de comportamientos posibles dentro del deber normativa o contractualmente exigido.
- *Secundum legem*: la que tiene regulación legal previa.
- *Contra legem*: la que carece de dicha regulación.

3. Fundamento y tratamiento jurídico de la objeción de conciencia

La inicial respuesta del ordenamiento jurídico estatal a la conducta omisiva antijurídica es la sanción. Sin embargo, es probable que el ordenamiento no active el mecanismo represivo por entender que la calidad de los motivos del objetor, unida precisamente al carácter del comportamiento (omisivo, hemos dicho, y en consecuencia de baja peligrosidad social), autoriza una exención a la ley general.

Además, es elemento común a todas las objeciones de conciencia una reclamación o una pretensión fundada en la libertad de conciencia que se ve limitada, de forma intencionada o no intencionada, por una norma o por una situación amparada normativamente, de forma que se coloca al individuo en una situación merecedora de sanción o en una situación de clara desventaja respecto de aquellos ciudadanos que no presentan objeción alguna al comportamiento requerido. ¿Debe el Derecho del Estado, en determinadas circunstancias, adaptarse, generar una “acomodación” jurídica, a favor de quienes rehúsan por motivos de conciencia cumplir un deber legal?⁹

La respuesta que se dé a esa pregunta debe tener en cuenta las siguientes consideraciones.

En primer lugar, al igual que se señalaba en relación con la libertad religiosa, es conveniente desterrar el prejuicio de que sólo una legislación que se diseña *directamente en contra* de la libertad de conciencia es merecedora del reproche jurídico y constitucional. En efecto, las lesiones a la libertad de conciencia difícilmente pueden predecirse legislativamente en toda su extensión, ya que la ley está pensada para la generalidad. Además, las leyes llamadas habitualmente “neutrales” no son tan neutrales, pues el

⁹ J. MACLURE; C. TAYLOR, *Laicidad y libertad de conciencia*, Alianza Editorial, 2011, pp. 87–131.

legítimo fin secular no necesariamente garantiza en todo caso dicha neutralidad¹⁰, sobre todo si atendemos a los efectos “colaterales” que la normativa puede producir, y que el concepto de “discriminación indirecta”, tan importante hoy en día, nos ha hecho descubrir, también en este campo, efectos perjudiciales no previstos.

Unido a lo anterior, en segundo lugar, creo que un tratamiento jurídico de la objeción de conciencia no pasa siempre y necesariamente por establecer cauces legislativos (cláusulas de conciencia, reglas de excepción al deber normativo general, etc.) En el fondo, la protección de la objeción de conciencia normalmente viene establecida por el texto constitucional de muchos países, donde se consagra el reconocimiento de la libertad de conciencia. No obstante, en los casos en los que la objeción de conciencia es estadísticamente numerosa, o su tratamiento exige tener en cuenta factores que afectan a otros ciudadanos de forma discriminatoria (piénsese aquí especialmente en el caso de la exención al servicio militar, que colocaría en una posición de agravio comparativo a aquellos ciudadanos que deben realizar el servicio militar, perdiendo ventajas económicas, laborales o educativas, frente a quienes se ven eximidos), debe establecerse el oportuno cauce regulativo, que por supuesto no estará exento de la oportuna revisión constitucional, en su caso, a la luz del reconocimiento de la libertad de conciencia. También parece fuera de duda que los instrumentos normativos de carácter acordado o concordado resultan eficaces con el fin de prevenir mediante cláusulas de exención o reglas particulares, futuras formas de objeción de conciencia. Ésta es precisamente la vocación radical de los **Acuerdos de cooperación del Estado español con las minorías religiosas, del año 1992**¹¹. Por otro lado, también ha sido un elemento constante en el contenido de los Acuerdos o Concordatos firmados entre la Santa Sede y los Estados dotar de un “paraguas de protección” a las objeciones de conciencia institucionales del tipo del sigilo o secreto de confesión¹², a las objeciones de conciencia derivadas del calendario laboral o, de forma específica, a las objeciones de conciencia relativas a la biotecnología y a la práctica del aborto¹³.

¹⁰ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Las objeciones de conciencia en el Derecho internacional y comparado”, cit., p. 109.

¹¹ Z. COMBALÍA SOLÍS, “La necesidad de flexibilización del derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural. (Contraste entre el sistema continental y el angloamericano)”, en María J. Roca (ed.) *Opciones de Conciencia: Propuestas para una ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 (Tirant monografías), pp. 83–88.

¹² R. PALOMINO LOZANO, “La protección jurídica del secreto ministerial a través de los concordatos”, en María Blanco, Beatriz Castillo, José A Fuentes, Miguel Sánchez-Lasheras (eds.) *Ius et Iura. Escritos de Derecho eclesiástico y de Derecho canónico en honor del Profesor Juan Fornés*, Comares. Universidad de Navarra, Granada, 2010.

¹³ R. NAVARRO-VALLS; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Protecting Conscientious Objection as a Fundamental Right. Considerations on the Draft Agreements of the Slovak Republic with the Catholic Church and with Other Registered Churches”, en Michaela Moravčíková, *Ustav pre vzťahy štátu a cirkví* (eds.)

En tercer lugar, parece también necesario subrayar que las objeciones de conciencia no se encuentran limitadas a los motivos religiosos, si bien en algunos casos los motivos religiosos serían los únicos concebibles en relación con la conducta que se rechaza¹⁴. La pertenencia a un colectivo religioso, que defiende una determinada posición moral negativa respecto de la conducta exigida, como ya se señaló anteriormente, no es sino un indicio de la sinceridad del objetor, elemento de capital importancia para determinar si realmente hay derecho a la exención y para evitar un posible fraude de ley.

Y en cuarto lugar, el elemento quizá más importante en las consideraciones que vengo haciendo. Si la objeción de conciencia no es sino manifestación de la libertad de conciencia, es decir, de un derecho fundamental, lo normal sería que estableciéramos un tratamiento jurídico que tomara como punto de partida el examen jurídico de la *legitimidad de las restricciones de los derechos fundamentales*, entendidas éstas como el establecimiento de «cualesquiera medidas, de carácter general o particular, que reducen el ámbito de aplicabilidad del derecho»¹⁵. Como es sabido, estas restricciones o límites externos de los derechos fundamentales y libertades públicas quedan sometidos a unas reglas básicas de contención. Reglas, por lo demás, que aparecen en ocasiones ya enunciadas en los propios textos normativos, como es el caso del **artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos**. A mayor abundancia, la jurisprudencia constitucional de algunos países europeos ha establecido unos criterios para establecer la legitimidad de las limitaciones al derecho de libertad de conciencia. Lo cual significa el examen judicial de la idoneidad de la restricción para alcanzar el propósito perseguido, de la necesidad de la limitación, en el sentido de que no puedan utilizarse medios menos gravosos o restrictivos de la libertad para conseguir el logro propuesto; y finalmente, de la proporcionalidad en sentido estricto, que obliga a considerar jurídicamente si la medida objeto de control no resulta excesiva para procurar el fin perseguido.

4. Objeción de conciencia y deberes cívicos

Para algún sector doctrinal, éste es el campo propio de las objeciones de conciencia, aquél donde encontramos en toda su crudeza un deber general

Výhrada vo svedomí = Conscientious objection, Ustav pre vzťahy štátu a cirkví = Institute for State-Church Relations, Bratislava, 2007, pp. 585–591.

¹⁴ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. 79, 1991, p. 207.

¹⁵ L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 103.

que afecta a todos los ciudadanos, que se contraponen a un deber de conciencia que prescribe omitir ese deber general. Haciendo abstracción del modo como se presentan estos deberes en el texto constitucional y cuál es su configuración formal en el ordenamiento jurídico¹⁶, veamos algunas de las objeciones de conciencia más comunes frente a los deberes cívicos.

4.1. *Objeción de conciencia militar*

La doctrina estudia como primera la objeción de conciencia al servicio militar. La razón de esta primacía radica en que esta modalidad de objeción de conciencia suele conceptuarse como el *arquetipo*. En la medida en que los perfiles de una modalidad de objeción de conciencia no coincidan con los típicos de la objeción de conciencia militar se tiende a calificarla de *atípica*. Tal vez porque, históricamente, ha sido la primera en regularse *legislativamente*, incluso constitucionalmente: es el caso del **artículo 30.2 de la Constitución española de 1978**.

Suele definirse como la negativa a cumplir la obligación legal que impone el servicio militar obligatorio o la participación de un sujeto individual en una guerra a través de su reclutamiento forzoso. Negativa que encuentra su base en la alegación de motivos de conciencia que impiden al sujeto cumplir la obligación impuesta por la norma estatal. Los problemas en los que ramifica son: objeción de conciencia sobrevenida (de ciudadanos reclutados, o también de profesionales o semi-profesionales), objeción de conciencia selectiva (al servicio armado y a las guerras consideradas intrínsecamente injustas) y objeción de conciencia al servicio civil (que en ocasiones se confunde con la insumisión).

El **artículo 30 de la Constitución española de 1978** estableció el derecho y deber de los españoles de defender a España; correlativamente, anuncia la regulación legal de la objeción de conciencia militar, garantizada de forma especial por el **artículo 53**. El desarrollo histórico legislativo comprendía la **Ley 22/1998, de 6 de julio, Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria**, completada por el **Real Decreto 700/1999, de 30 de abril**, por el que se aprobaba el Reglamento de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria. Tras diversas etapas, el desarrollo legislativo quedó cerrado con la Disposición Adicional Decimotercera de la **Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas** (que determina que a partir del 31 de diciembre del

¹⁶ F. RUBIO LLORENTE, “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 62, 2001.

año 2002 queda suspendida la prestación del servicio militar, regulada en la **Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar**, derogada) y el **Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo**, por el que se adelanta la suspensión de la prestación del servicio militar al 31 de diciembre de 2001. La Ley 17/1999, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, establece que en la incorporación de reservistas obligatorios (artículo 163) se respetará el derecho a la objeción de conciencia, al admitirla con la simple declaración de los interesados, por lo que en caso de una incorporación obligatoria serán asignados a organizaciones con fines de interés general en las que no se requiera el empleo de armas (artículo 180). Tal previsión legal se reglamenta de forma general en el artículo 54 del **Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo**, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas.

Si atendemos a la experiencia de países de nuestro entorno jurídico-político, cabe pensar que el futuro de la objeción militar en España apunta sólo a la posibilidad de que surjan supuestos de objeción sobrevenida a la prestación de servicios en las fuerzas armadas profesionales.

4.2. Objeción de conciencia fiscal

Consiste en la pretensión del impago de aquella parte de las tasas o tributos debidos al Estado o a otras organizaciones de Derecho público que —según cálculos financieros— corresponden a la financiación de actividades contrarias a la conciencia de determinados contribuyentes. La forma más conocida —aunque no la única— es la que reduce el impuesto sobre la renta de las personas físicas en la medida correspondiente al porcentaje que el Estado destina a los gastos militares o de defensa. Normalmente los llamados objetores fiscales plantean como alternativa destinar a otros fines, compatibles con su conciencia, la cuota que inicialmente se niegan a pagar. Y de ahí también que esta actuación sea claramente diferente de la evasión fiscal, ya que la intención primordial no es tanto depauperar al erario cuanto no contribuir a determinados gastos que se entienden inmorales. Por lo demás, conviene advertir que, junto a actuaciones individuales o colectivas de objeción basadas en movimientos pacifistas, sin clara significación religiosa, también los adeptos a ciertas confesiones religiosas suelen plantear esta pretensión omisiva o sustitutiva (cuáqueros, mennomitas y baptistas alemanes).

Detallemos dos iniciativas surgidas en Estados Unidos e Italia. En 2011 se presentó al Congreso norteamericano un proyecto de ley (*Religious*

Freedom Peace Tax Fund Act), heredero de otros proyectos anteriores, que pretendía la creación de un fondo federal receptor de los pagos sustitutorios de los objetores de conciencia a los gastos de defensa. Por su parte, en 1989 se presentó ante el Parlamento italiano (con el apoyo de 80 diputados) un proyecto de ley que, en síntesis, prevé la posibilidad de que en la declaración fiscal los contribuyentes puedan optar entre contribuir a los gastos de defensa armada o destinar parte de su débito fiscal a la defensa civil no violenta. No obstante, la jurisprudencia estadounidense y la italiana han rechazado, por ahora, casi todas las pretensiones de objeción de conciencia fiscal.

El **artículo 31** de la Constitución española de 1978 establece el deber de todos a contribuir a los gastos públicos. Las cuestiones de objeción de conciencia fiscal en el Derecho español se han planteado tanto ante los Tribunales ordinarios como ante el Tribunal Constitucional (Auto 71/1993, de 1 de marzo). Las pretensiones conocidas por nuestra jurisprudencia han tenido un común denominador: se trata de contribuyentes que, en la autoliquidación del IRPF y con expresa reserva de objeción de conciencia, deducen de la cuota líquida una determinada cantidad, disconformes con su contribución al sostenimiento de los gastos militares. Normalmente, el cauce normativo alegado son los artículos 16.1 y 30.2 de la Constitución española de 1978. La jurisprudencia, para rechazar estas pretensiones, ha utilizado los siguientes argumentos: a) el problema de la objeción fiscal es cuestión política, cuya resolución corresponde a las Cortes Generales; b) sin el oportuno reconocimiento legal, tal objeción no puede ejercerse “ni siquiera al amparo del derecho de libertad ideológica o de conciencia”, que por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o subconstitucionales por motivos de conciencia; c) que no cabe tampoco la adopción por los contribuyentes de fórmulas alternativas a su deber impositivo (es decir, indicar el destino de una parte de la cuota líquida), ya que esto supondría “la quiebra del principio de no-afectación proclamado en diferentes preceptos de nuestro vigente ordenamiento jurídico”.

4.3. Objeción de conciencia al jurado

La objeción de conciencia a formar parte del jurado ha sido acogida por los ordenamientos jurídicos de tradición angloamericana, quizá porque en ellos la institución del jurado se encuentra instaurada desde mucho tiempo atrás y ha sido necesario atender al problema de quienes han rehusado el deber cívico del jurado por motivos de conciencia. Y es que no ha sido infrecuente que algunos ciudadanos entiendan que es contrario a sus

convicciones intervenir en los juicios, o bien por una interpretación demasiado rigurosa del pasaje bíblico en el que se ordena “No juzguéis y no seréis juzgados” (Lc. 6:37), o bien por entender que el oficio de juzgar está reservado a personas escogidas por Dios.

La Constitución española de 1978 recoge en su **artículo 125** —como reflejo del principio recogido en el **artículo 117** según el cual la justicia emana del pueblo— la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado. La regulación del Tribunal del Jurado llegó mucho después, por medio de la **Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo**. Esta ley no recoge previsión explícita sobre el problema de la objeción de conciencia, salvo que pueda entenderse comprendida en el **artículo 12.7** (“Podrán excusarse para actuar como jurado: [...] Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado”). La **Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1999, de 29 de noviembre**, no llega a pronunciarse sobre la legitimidad de la objeción de conciencia al jurado en España, sino que establece que el mero hecho de ser incluido en la lista para ser jurado sin ser específicamente seleccionado para ello no vulnera los derechos reconocidos en la Constitución. La doctrina que ha estudiado el tema aconseja la modificación del artículo 12 de la Ley para incluir la objeción de conciencia “siempre que sea posible cerciorarse de la sinceridad de las convicciones religiosas o éticas alegadas”¹⁷.

4.4. Objeción de conciencia y elecciones

Para hacer efectivas las previsiones del **artículo 23.1 de la Constitución española de 1978** se hace necesario articular el sistema electoral, cosa que hace la **Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General**. Dicha Ley establece el deber cívico de formar parte de las mesas electorales en calidad de Presidente y Vocales; respecto de ellos, el artículo 143 de la Ley establece que “El Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales así como sus respectivos suplentes que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley, incurrirán en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses”. A lo largo de los años, se han producido varias condenas penales de Testigos de Jehová que, por motivos religiosos, no acudieron a desempeñar sus deberes como miembros de mesas electorales. La **Instrucción 6/2011, de 28 de abril, de la Junta**

¹⁷ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Ley del Jurado y objeción de conciencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 16, 48, 1996, pp. 139–140.

Electoral Central, de interpretación del artículo 27.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, sobre impedimentos y excusas justificadas para los cargos de Presidente y Vocal de las Mesas Electorales, mitiga un tanto la situación de inatención jurídica a la objeción de conciencia en este deber cívico, ya que establece que la Junta Electoral de Zona podrá valorar como causa personal que justifique la excusa del miembro designado de una mesa electoral 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. La Instrucción exige que el interesado acredite dicha pertenencia y, si no fuera conocido por notoriedad, deberá justificar los motivos de objeción o de incompatibilidad.

5. Objeción de conciencia y vida humana

5.1. Objeción de conciencia al aborto

Es la negativa a ejecutar o cooperar directa o indirectamente en la realización de prácticas abortivas. Negativa motivada por la convicción de que tal proceder constituye una grave infracción de la ley moral, de los usos deontológicos o, en el caso del creyente, de la norma religiosa. Normalmente la actitud abstencionista suele plantearla miembros del personal médico o paramédico cuando, por razón de su oficio, vienen requeridos para ejecutar o colaborar en la realización de abortos legales. No es infrecuente, sin embargo, que sea planteada también por otros ciudadanos respecto de actividades tan sólo indirectamente conectadas con la realización directa de abortos. La medicalización del aborto a través de la denominada “píldora del día después” ha significado también la extensión de esta forma de objeción de conciencia a los profesionales farmacéuticos.

Es el campo de la cooperación indirecta donde el conflicto se plantea con una mayor energía. En Estados Unidos, en los casos *Haring v. Blumenthal* (1979) y *Tramm v. Porter Memorial Hospital* (1989) se resuelve el litigio a través del principio de no-discriminación en el empleo. En Italia algunos jueces plantearon la posible inconstitucionalidad de la ley de aborto italiana, al no prever que los jueces se abstengan de decidir —por motivos de conciencia— en los supuestos en que vienen llamados por la ley a suplir con su consentimiento la petición de interrupción del embarazo solicitada por las menores de edad. En Bélgica se plantearon complejos problemas de orden constitucional al negarse el rey Balduino a sancionar con su firma la

ley de aborto aprobada por el Parlamento, aduciendo razones de conciencia. En Francia algunos farmacéuticos alegaron objeción de conciencia para no dispensar la píldora abortiva R.U. 486. Este tema, en la actualidad, es una cuestión extendida a otros muchos países. Así, en Estados Unidos la reciente sentencia de tribunal federal de distrito *Stormans, Incorporated v. Selecky*, de 22 de febrero de 2012, sostiene que es inconstitucional la norma del colegio farmacéutico del estado de Washington que obliga a los farmacéuticos a dispensar contraceptivos de emergencia incluso en contra de su conciencia. Y en el Derecho del Reino Unido, se estableció jurisprudencialmente en 1989 que la cláusula de conciencia no puede extenderse al personal administrativo de una clínica; más en concreto, el supuesto deniega la posibilidad de que una secretaria sea amparada por la cláusula de conciencia para negarse a realizar tareas de mecanografía relacionadas con casos de aborto.

En España, el recurso previo de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que fue aceptado en parte con *Sentencia 53/1985, de 11 de abril*, abordaba el tema de la cláusula de conciencia sanitaria en estos términos:

“(…) por lo que se refiere a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercida con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida por el Art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

La *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo*, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su artículo 19.2 establece que “[l]os profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito”.

La objeción de conciencia al aborto goza de una doble protección o engarce constitucional: la otorgada por la Constitución española a la vida, y la que se sigue de la propia objeción de conciencia. Por otra parte, el ejercicio de

la deontología médica también apoya la cláusula de conciencia, ya que el objetivo de la profesión médica es salvar vidas.

Se plantean algunos autores la necesidad de un servicio alternativo, o bien la inaplicabilidad de la cláusula de conciencia en caso de urgencia. A este respecto, es preciso tener en cuenta que la obligación de organizar los servicios médicos abortivos recae sobre los entes hospitalarios y no sobre los objetores considerados como personas singulares. En caso de colisión entre el derecho de la madre gestante a la utilización de los mecanismos que le confiere la ley y el derecho del objetor a no ser discriminado o gravado por el hecho de su objeción, prevalece éste último, precisamente porque goza de una protección constitucional con especial cobertura y, en principio, diversa de la protección constitucional de la que disfruta el objetor de conciencia al servicio militar.

5.2. *Objeción de conciencia y tratamientos médicos*

En estos supuestos, nos encontramos con el rechazo, por motivos de conciencia, de tratamientos médicos, para sí mismo o para sujetos jurídicamente dependientes del sujeto objetor.

Su análisis no puede ceñirse a la sola perspectiva de la libertad religiosa y de conciencia. Entran en juego otros derechos, tales como el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad personal y familiar, y el derecho que corresponde a los padres en relación con la educación y modos de vida de los hijos. Al producirse una objeción de conciencia en ese ámbito, esos derechos entran juego con dos intereses públicos de primer orden: el interés del Estado en preservar la vida y la salud de sus ciudadanos, y el interés en mantener la integridad ética de la profesión médica, cuyo objeto es procurar la salud de quienes se confían a su cuidado.

Del derecho comparado se extrae esta posible clasificación de supuestos¹⁸:

1. Tratamiento médico en sujeto mayor de edad (tratamientos salvíficos o en situación de vida o muerte):
 - a. Sujeto en situación de incapacidad o con pérdida de facultades. Se ha de estar al juicio emitido antes de entrar en

¹⁸ K. GREENAWALT, "Objections in Conscience to Medical Procedures: Does Religion Make a Difference", *University of Illinois Law Review*, vol. 2006, 2006; M. A. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS; R. NAVARRO-VALLS; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho Comparado y Derecho Español", *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 18, 1988.

esta situación; se intenta descubrir cuál hubiera sido ese juicio, o bien el Estado asume la tutela —en favor de la vida— del sujeto incapaz.

- b. Sujeto en pleno uso de sus facultades y capaz:
 - i. Sin menores dependientes: o bien se ha aplicado la doctrina del “falso conflicto”¹⁹, o bien se ha respetado hasta el final la libre decisión contra la vida del mayor de edad, al entender que no hay *intentio sese occidendi*.
 - ii. Con menores dependientes: normalmente se impone el tratamiento médico salvífico, al estimar que se produce un perjuicio grave en el futuro de los menores dependientes, por los que el Estado tiene deber de velar.

2. Tratamiento médico en menor de edad:

- a. Aspectos civiles: es decir, la imposición de un tratamiento médico en el menor de edad contra la voluntad de los padres, retirando por tanto con carácter temporal la custodia o la patria potestad a los mismos. Debemos distinguir:
 - i. Tratamientos salvíficos o situaciones de vida o muerte: los tribunales y leyes no dudan en retirar la patria potestad o la custodia temporalmente, si la situación de peligro para la vida es inminente.
 - ii. Tratamientos no salvíficos: los criterios no son uniformes. Habrá que estar a la necesidad del tratamiento, sus características, las repercusiones en el ámbito familiar y en el futuro desarrollo de la vida del menor... Se suele también tomar en cuenta la opinión del menor, si éste puede emitirla.
- b. Aspectos penales: Nos planteamos aquí la responsabilidad criminal de los padres cuando su negativa, por razones de conciencia, ha producido la muerte del hijo necesitado de tratamiento médico. La jurisprudencia italiana ha contestado afirmativamente respecto de dicha responsabilidad. Por su parte, la jurisprudencia norteamericana adopta una posición ambigua ante estos supuestos: los Tribunales manifiestan plenamente aplicable el principio de que las creencias religiosas no generan causas de exculpación criminal en los padres que no ponen los medios adecuados para que se den

¹⁹ La teoría del “falso conflicto” entiende que en el caso de prestaciones o actuaciones de carácter personal, el Estado puede realizar la prestación o conducta en lugar del objetor, de forma que no quede gravada la conciencia de éste. Así, por ejemplo, en el caso de la objeción fiscal, el Estado puede embargar de la cuenta bancaria del objetor la cantidad que no tributó; o en el caso de la objeción de conciencia a tratamientos médicos, el juez puede ordenar al médico la hemotransfusión cuando el objetor ha perdido el conocimiento. En consecuencia, defiende esta teoría, el conflicto es solo aparente: basta “puentear” la voluntad del objetor para lograr el objetivo que se pretende.

tratamientos médicos a sus hijos enfermos. Sin embargo, en la práctica los jueces se han mostrado especialmente reacios a condenar a los padres objetores que, aun infringiendo las leyes penales por motivos de convicción moral, facilitan a sus hijos todos los medios de curación que su conciencia les permite.

En el Derecho español, la normativa básica sobre esta cuestión remite a la **Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica**. En su **artículo 2** la ley establece dos principios básicos: (i) el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles; (ii) todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito. La expresión de la voluntad del paciente a favor de un tratamiento médico se verifica jurídicamente a través del consentimiento informado (**artículo 8**).

Las “instrucciones previas” del **artículo 11** de la misma Ley son también relevantes respecto a la objeción de conciencia a tratamientos médicos. Recordemos que el documento de instrucciones previas es aquel por el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. También resulta importante subrayar que, conforme la Ley que se reseña aquí, no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la “lex artis”, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. Por tanto, la oposición a un tratamiento médico por parte del paciente no siempre conduce inevitablemente a la inacción por parte del personal médico.

La jurisprudencia española ha analizado problemas de objeción de conciencia a tratamientos médicos, abordando supuestos de negativa a recepción de tratamiento hemotransfusional, con frecuencia desde la vertiente penal de la cuestión. Vertiente, por lo demás, centrada en la posible responsabilidad del juez que ordena, ante la negativa de un adulto capaz o de los padres de un menor, la aplicación de un tratamiento

hemotransfusional, arrogándose una autoridad similar a la que en derecho anglosajón se denomina *parents patriae*. El auto del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1978, determina que es válida la actuación de un juez que autoriza transfusión de sangre a una menor en peligro de muerte. El Tribunal Supremo, en auto de 22 de diciembre de 1983, señala igualmente válida la actuación de un juez permitiendo la transfusión de sangre a un mayor de edad contra el consentimiento de su cónyuge, entendiendo que la salud es límite del ejercicio de la libertad religiosa.

Igualmente, resulta relevante para nuestro tema la **Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002**, de 18 de julio, sobre condena de los padres por homicidio (artículo 138 en relación con el artículo 11 del Código Penal) en caso de fallecimiento de menor de edad a su cargo. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional afirma lo siguiente: “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 va 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” (Fundamento Jurídico 15).

La afirmación del Tribunal Constitución debe completarse, a efectos prácticos, con la actuación que para estos supuestos prevé **la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado**, conforme a la cual

- a. El menor de edad maduro (de 16 y 17 años que no sea incapaz o esté incapacitado, el menor emancipado y el menor de menos de 16 años cuando, a criterio del facultativo, tenga suficiente madurez para consentir) se niega a la transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, en casos en los que los representantes legales son favorables a que se realice la misma. El médico podrá, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención.
- b. El menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión. En estos casos debe el médico plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.
- c. El menor maduro presta su consentimiento a la intervención, siendo

los representantes legales los que se oponen. En este supuesto no existe un conflicto entre los deseos y opiniones del menor y sus derechos a la vida y la salud, por lo que debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.

- d. Los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten la intervención, generando la omisión de la misma riesgo grave para su vida o salud. El médico no puede aceptar la voluntad de los representantes del menor, pues se encuentra en una posición de garante respecto de su paciente. Por ello habrá de plantear el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial. No obstante, en situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres, estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad justificante.

6. Objeción de conciencia y relaciones laborales

6.1. Calendario laboral semanal

En el marco de las relaciones laborales se han planteado supuestos de conflictos entre la realización una determinada actividad y los principios religiosos de quien viene obligado a ella. Los principales supuestos que aquí han de estudiarse son los derivados de negativas a la realización de trabajos en días declarados festivos por la propia religión.

A diferencia de otras objeciones de conciencia, en las que el motivo desencadenante del conflicto puede ser tanto ideológico, deontológico o filosófico como estrictamente religioso, los supuestos a los que ahora nos referimos tienen su base en directas y casi exclusivas motivaciones religiosas. Han sido planteados, fundamentalmente, por adeptos a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, testigos de Jehová, judíos ortodoxos y pertenecientes a otras minorías, que adoptan el sábado como día de descanso en todos los órdenes.

Por un lado, situamos aquí los supuestos históricos en los que el calendario laboral establece como obligatorio un día de descanso y cierre comercial (*Sunday Blue Laws*), lo cual perjudica a los seguidores de las religiones cuyo día festivo no coincide con el del país. La cuestión también surgió en

España, con motivo de la **Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero**. El Tribunal Constitucional se pregunta “si el descanso semanal, instituido, por lo general, en un período que comprende el domingo, tiene o no una conceptualización religiosa que pueda hacer cuestionable que la Ley establezca un régimen favorable para unos creyentes y desfavorable para otros, partiendo de que la libertad religiosa comporta, en aplicación del principio de igualdad, el tratamiento paritario de las distintas confesiones”; y contesta del siguiente modo: “Que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, (...) si comprende el ‘domingo’ como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición”.

Por otro lado, situamos aquí lo que es propiamente la objeción de conciencia al calendario, consistente a negarse el trabajador a desempeñar tareas a las que viene obligado contractualmente en el día festivo de su religión. De suyo, tal conducta omisiva es incumplimiento contractual, y ésta sería la perspectiva principal que guió en su decisión al Tribunal Constitucional en la Sentencia anterior. Sin embargo, en esta materia, se ha producido un importante cambio en virtud de los **Acuerdos de cooperación con las minorías religiosas de 1992**. En efecto, el artículo 12 de los tres Acuerdos establece dos líneas de actuación normativa, bien diferentes entre sí. Por un lado, una línea de compromiso estable entre el Estado y las Administraciones públicas para respetar el calendario religioso de los ciudadanos que pertenezcan a las Federaciones firmantes en lo que se refiere a la educación (exámenes, asistencias) en centros educativos de titularidad estatal y de iniciativa social concertados, así como a las oposiciones, exámenes o pruebas selectivas para el ingreso en las Administraciones públicas. Por otro lado, una línea débil de compromiso, consistente en remitir al hipotético acuerdo entre empresario y trabajador el respeto de los días festivos religiosos de este último. ¿Cuáles deben ser los márgenes de dicho acuerdo? El Derecho comparado apunta generalmente a que la adaptación razonable del empresario tiene como límite el perjuicio económico que pudiera sufrir éste. Pero en nuestro Derecho no se ha producido todavía ninguna indicación relevante al respecto.

6.2. Vestuario reglamentario de empresa

Las empresas, y también la administración pública, pueden exigir uniformidad en el empleo. Esta exigencia puede enfrentarse a su vez con requerimientos religiosos del vestuario, lo que desde otra óptica se analiza jurídicamente bajo el prisma de los llamados “símbolos religiosos dinámicos”²⁰ (turbantes, velos, brazaletes y un largo etcétera). Resulta prácticamente imposible establecer unos criterios generales acerca de la cuestión, pues las circunstancias del puesto de trabajo (normas de seguridad y salubridad), los principios que presiden las relaciones entre el Estado y las religiones (laicidad, separatismo, multiculturalidad) o los intereses generales del ordenamiento, resultan determinantes a la hora de adoptar soluciones que acepten o rechacen la adaptación a la libertad religiosa y de conciencia de los objetores.

Con todas las precauciones necesarias, podrían esbozarse algunas orientaciones sobre la materia.

Si el puesto de trabajo que se desempeña guarda relación con funciones estatales, y se pretende transmitir hacia los administrados la neutralidad del Estado, sería congruente una regla prohibitiva de vestuario religioso visible. Tal regla parece incluso más rígida en el caso de docentes en la educación primaria, donde —se aduce— los menores de edad resultarían más sensibles al proselitismo o adoctrinamiento. En esa dirección parece pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹ y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos respecto de la uniformidad militar²². Sin embargo, no faltan tampoco ejemplos en los que las reglas de uniformidad aparejadas a la función pública (Canadá) y a la educación (Estados Unidos) admiten excepciones.

Si el puesto de trabajo que se desempeña exige uniformidad en el vestuario por razones de seguridad en el empleo o salubridad (empresas alimenticias, como en el caso escocés *Singh v. Rowntree MacKintosh Ltd.*), dichos intereses pueden prevalecer sobre la libertad religiosa del objeto. Sin embargo, no siempre la uniformidad como valor independiente de otros motivos resultaría suficiente, según cabe deducir de la Sentencia de 9 de septiembre de 2002, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares que reconoció que el poder de dirección y organización del empresario “legítima en ocasiones para imponer a los trabajadores la uniformidad de

²⁰ S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

²¹ *Dahlab v. Switzerland - Admissibility Decision*, App.No. 42393/98, 15 Febrero 2001.

²² *Goldman v. Weinberger*, 475 U. S. 503 (1986).

vestimenta durante la prestación de su trabajo”, si bien el ámbito de decisión patronal no puede atentar “a la dignidad y honor del trabajador [...] o a cualquiera de los derechos fundamentales o libertades públicas que reconoce la Constitución”; el Tribunal confirma que la **kipá** que portaba habitualmente en conductor de la empresa municipal de transportes, “no obedece a un mero capricho o al seguimiento de modas [dado que el actor] es miembro de la Comunidad Israelita de Mallorca y practicante de la religión judía desde hace unos 23 años, [...] esta creencia considera necesario tener siempre cubierta la cabeza en señal de respeto a la divinidad”. Curiosamente, la excepción a esta orientación descrita (i.e. la uniformidad como valor absoluto o independiente no prevalece frente a la libertad religiosa) ha sido contestada en el Reino Unido, en el caso **Eweida v. British Airways**.

7. Otras formas de objeción de conciencia

Describir todas las objeciones de conciencia conocidas excede el propósito de este Capítulo. Necesariamente quedaría fuera la objeción de conciencia a los juramentos promisorios, o a los contenidos educativos, entre otros, con el fin de respetar la brevedad del Manual. Se resumen a continuación dos tipos genéricos de objeción de conciencia, poco frecuentes, pero significativos.

7.1. Normas administrativas

A medida que la regulación administrativa estatal va invadiendo nuevas áreas de la vida diaria de los ciudadanos, es normal que se produzca mayores puntos de colisión con las regulaciones, tradiciones y costumbres religiosas. El despliegue de un **eruv** en las barriadas de judíos ortodoxos, con la posible contravención de las normas urbanísticas; la circulación de los carros de tracción animal de los **Amish** por carreteras de alta velocidad sin triángulos reflectantes²³, el rechazo de algunos grupos religiosos a que se utilice como código de identificación personal una serie de números²⁴, son algunos ejemplos gráficos de ese tipo de colisiones. En algunos casos, este rechazo a la regulación estatal conlleva que no se puedan cumplir los requisitos administrativos necesarios para obtener un beneficio, una documentación, etc. De forma indirecta, una regulación aparentemente neutral, que nada tiene que ver con la conciencia o con la religión, está haciendo más gravoso el derecho al libre ejercicio de la religión o las

²³ *State of Minnesota v. Hershberger*, 462 N.W.2d 393 (1990).

²⁴ *Bowen v. Roy*, 476 U.S. 693 (1986).

convicciones.

El ejemplo de estas objeciones de conciencia más próximo a lo que sucede en nuestro país hace relación a las fotografías en los documentos de identidad, pasaportes y permisos de conducir. En otros países, han sido relativamente frecuentes los casos en los que un ciudadano ha rehusado facilitar una fotografía para ese tipo de documentos (algunos grupos religiosos rechazan, por idolátrica, la representación gráfica de seres vivos)²⁵. El caso español plantea sencillamente si son admisibles en el Documento Nacional de Identidad y en el Pasaporte fotografías de ciudadanas de religión musulmana que portan un pañuelo²⁶, dejando a la vista el óvalo de la cara. La regulación actual relativa al Documento Nacional de Identidad, **el artículo 5 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre**, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, resulta restrictiva (“cabeza totalmente descubierta y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona”), mientras que el **artículo 4 del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio**, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, admitiría la posibilidad de fotografías sin cabeza descubierta.

7.2. Empleados públicos y jueces

El despliegue de las previsiones normativas requiere con frecuencia creciente el concurso de la acción estatal; ésta —a su vez— el de personas al servicio del Estado. La cuestión es, ¿qué sucede cuando la previsión normativa es contraria a la conciencia de esas personas, ya sean jueces, funcionarios o personal contratado al servicio de las Administraciones públicas? ¿Son esas personas meros “ejecutores” instrumentales, y sin voluntad propia, del Derecho del Estado?

Respecto de las objeciones de conciencia al matrimonio de personas del mismo sexo²⁷, ésta afecta a no sólo a los jueces, sino también a los alcaldes o concejales. Recordemos que según la modificación del Código Civil en esta materia, en conexión con la **Instrucción de 26 de enero de 1995 de la Dirección General de los Registros**, los alcaldes intervienen en la

²⁵ **Quaring v. Peterson**, 728 F.2d 1121 (8th Cir., 1984).

²⁶ I. M. BRIONES MARTÍNEZ, “El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 10, 2009, pp. 17–82.

²⁷ R. NAVARRO-VALLS, “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Persona y Derecho*, 53, 2005, pp. 259–292.

celebración de matrimonios civiles, bien cuando no hay en el municipio juez encargado del registro civil o cuando los mismos contrayentes lo eligen en sustitución del juez. Diferenciaremos, pues, jueces de alcaldes, en relación con el tema (que, por otro lado, se está planteando en otros países europeos²⁸).

Para los jueces, que actúan en este caso como funcionarios del Estado, cabe una serie de alternativas²⁹: reconocimiento legal expreso, causa de abstención; delegar en un juez de paz la celebración de un matrimonio homosexual; reparto del trabajo de manera que celebren esos matrimonios los que no tengan óbice moral. El Tribunal Supremo, en su **Sentencia de 11 de mayo de 2009**, sostiene la imposibilidad de objeción de conciencia por parte de los jueces: “no se trata de que sea posible o no sustituir al encargado del Registro Civil en un caso concreto, ni de que haya formas de evitar perjuicios a terceros, sino del principio que somete al juez a la Ley en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención, precisamente por esa sumisión y por los otros rasgos que le caracterizan—independencia, imparcialidad, responsabilidad— en garantía de los derechos e intereses legítimos de todos. Principio fundamental que se vería en cuestión desde el momento en que se subordinara a consideraciones de conciencia el cumplimiento de las funciones judiciales o, en este caso, registrales, previstas por normas legales válidas, especialmente, si como, en este caso, tienen un carácter técnico, absolutamente desvinculado de toda práctica religiosa”. De esta sentencia, la doctrina ha advertido que adolece de los mismos defectos e incongruencias de las sentencias del mismo órgano relativas a la objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía³⁰.

Respecto a los alcaldes o concejales la situación no es estrictamente la misma: son cargos políticos a los que se pone en acto su competencia cuando no hay en el municipio juez encargado del registro civil o cuando los mismos contrayentes lo eligen por encima del juez. Tendrían derecho, por razones de conciencia, a rechazar la celebración de la unión homosexual solicitada; este rechazo no significa una indefensión para los que reclaman el matrimonio, ya que siempre cabe la posibilidad de que celebre la unión objetada un concejal no objetor, en quien delegue el alcalde.

²⁸ *Ladele v London Borough of Islington* [2009] EWCA Civ 1357.

²⁹ J. L. R. REQUERO IBÁÑEZ, “La objeción de conciencia por los jueces”, en María J. Roca (ed.) *Opciones de conciencia: propuestas para una Ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 199–203.

³⁰ Á. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, “La objeción de conciencia de los Jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 21, 2009, p. 15.

BIBLIOGRAFÍA

- BRIONES MARTÍNEZ, I. M., “El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 10, 2009.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- COMBALÍA SOLÍS, Z., “La necesidad de flexibilización del derecho y la objeción conciencia en una sociedad plural. (Contraste entre el sistema continental y el angloamericano)”, en María J. Roca (ed.) *Opciones de Conciencia: Propuestas para una ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 (Tirant monografías), pp. 65–99.
- DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en Derecho penal*, Comares, Granada, 2001.
- GREENAWALT, K., “Objections in Conscience to Medical Procedures: Does Religion Make a Difference”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2006, 2006, p 799.
- HERVADA, J., “Libertad de conciencia y error moral sobre una terapéutica”, *Persona y Derecho*, vol. 11, 1984.
- HERVADA, J., *Los Eclesiasticistas ante un espectador*, Eunsa, Pamplona, 1993.
- JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. A.; NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho Comparado y Derecho Español”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, no. 18, 1988, pp 163–277.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á., “La objeción de conciencia de los Jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, no. 21, 2009.
- MACLURE, J.; TAYLOR, C., *Laicidad y libertad de conciencia*, Alianza Editorial, 2011.

- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Las objeciones de conciencia en el Derecho internacional y comparado”, en Ignacio Sánchez Gargallo (ed.) *Objeción de conciencia y función pública*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. 79, 1991, pp 199–217.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Ley del Jurado y objeción de conciencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 16, no. 48, 1996.
- MCCONNELL, M. W., “The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion”, *Harvard Law Review*, vol. 103, 1990.
- NAVARRO-VALLS, R., “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Persona y Derecho*, no. 53, 2005.
- NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2011.
- NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Protecting Conscientious Objection as a Fundamental Right. Considerations on the Draft Agreements of the Slovak Republic with the Catholic Church and with Other Registered Churches”, en Michaela Moravčíková, *Ustav pre vzťahy štátu a cirkví (eds.) Výhrada vo svedomí = Conscientious objection*, *Ustav pre vzťahy štátu a cirkví = Institute for State-Church Relations*, Bratislava, 2007, pp. 573–595.
- PALOMINO LOZANO, R., “La protección jurídica del secreto ministerial a través de los concordatos”, en María Blanco, Beatriz Castillo, José A Fuentes, Miguel Sánchez-Lasheras (eds.) *Ius et Iura. Escritos de Derecho eclesiástico y de Derecho canónico en honor del Profesor Juan Fornés*, Comares. Universidad de Navarra, Granada, 2010, pp. 893–908.
- REQUERO IBÁÑEZ, J. L. R., “La objeción de conciencia por los jueces”, en María J. Roca (ed.), *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2008 (*Opciones de conciencia : propuestas para una Ley*), pp. 161–203.
- RHONHEIMER, M., *Cristianismo y laicidad: historia y actualidad de una relación compleja*, Rialp, Madrid, 2009.
- RUBIO LLORENTE, F., “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 62, 2001.

TRIGG, R., *Religion in Public Life: Must Faith Be Privatized?*, Oxford University Press, 2007.

WALZER, M., *Tratado sobre la tolerancia*, Paidós, Barcelona; Buenos Aires; México, 1998.

CAPÍTULO 8. MATRIMONIO Y RELIGIÓN. SISTEMAS MATRIMONIALES

1. Introducción

Las religiones del mundo se hacen eco del paso del tiempo. Los cambios de estaciones, de años, jalonan el acontecer de la vida religiosa. La propia cronología de la vida humana (nacimiento, mayoría de edad legal/real, muerte) y de sus acontecimientos (constitución de la familia por medio del matrimonio), tienen un eco religioso en las civilizaciones humanas. En el caso del matrimonio parecen concentrarse muchas de las diferentes dimensiones de la religión¹: la dimensión social e institucional (precisamente el matrimonio es una institución de profunda repercusión comunitaria), la dimensión sacral (el matrimonio se constituye en receptáculo del misterio de la vida y el amor), la dimensión cultural (en torno a las ceremonias, ritos y a la misma realidad del matrimonio, surgen manifestaciones culturales de diverso orden), la dimensión personal (el matrimonio se constituye como medio de perfección del ser humano mediante la donación de sí mismo) y la dimensión divina (no son pocas las imágenes de la literatura religiosa en la que se compara con el matrimonio el amor de Dios por su pueblo).

Dentro de la primera dimensión enunciada, la social e institucional, podemos situar la realidad jurídica del matrimonio. No es desde luego esa realidad, la jurídica, la que exprese de forma más sublime el matrimonio. De hecho, aplicando lo que el jurista italiano decía sobre la familia, podríamos aplicar también al matrimonio aquello de que es “un’isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto”²; un exceso de agua — un exceso de Derecho— ahoga el matrimonio.

Todos los sistemas sociales del mundo guardan una nota común en relación

¹ V. SANZ SANTACRUZ, “Fenomenología y Psicología de la religión”, 1999, Pamplona, pp. 80–89.

² A. C. JEMOLO, “La famiglia e il diritto”, *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, vol. 8, 1949, p. 57.

con el matrimonio³: sólo se considera que existe éste cuando se observan determinadas exigencias externas a las voluntades de los contrayentes. Dichas reglas son jurídicas, dadas por el Derecho, ya sea el de una confesión religiosa, de un grupo social o del Estado. Junto con esas reglas pueden concurrir, otros factores de reconocimiento, como la consideración social y/o religiosa de esa realidad como matrimonial.

Resulta indudable que la estructura jurídica del matrimonio en Occidente tiene sus raíces en un derecho religioso, el Derecho canónico de la Iglesia católica⁴. No lo es menos que el crecimiento de la pluralidad religiosa — que significa igualmente un aumento de sistemas normativos distintos del estatal— conlleva un enriquecimiento relativo a nuevos aspectos, conflictos y soluciones prácticas. De ahí el interés que reviste el estudio —al menos a nivel introductorio— de los llamados sistemas matrimoniales.

2. Concepto de sistema matrimonial

Un sistema matrimonial es el conjunto de normas jurídicas estatales que regulan las relaciones entre el Estado y los grupos religiosos en lo que al matrimonio se refiere.

Es clásica una definición más completa que la anterior, conforme a la cual sistema matrimonial es “el criterio con que cada ordenamiento civil regula la institución matrimonial teniendo en cuenta la existencia de unas precisas convicciones religiosas en buena parte de sus ciudadanos, convicciones que les llevan a valorar de desigual manera el conjunto de reglas jurídicas o, al menos, rituales que estructuran el matrimonio, tal y como lo concibe la religión o confesión a las que puedan estar adscritos”⁵.

Al analizar la normativa estatal sobre el matrimonio, pueden distinguirse algunos aspectos o momentos de la institución, cada uno de los cuales ponen de manifiesto precisamente cómo se otorga o no relevancia al matrimonio religioso. Dichos aspectos son los siguientes:

- aspecto constitutivo, relativo al momento de la celebración de matrimonio, atiende a explicar si el derecho y/o las ceremonias religiosas son civilmente relevantes;

³ M. A. GLENDON, *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, University of Chicago Press, 1997, pp. 10–16.

⁴ R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 7–39.

⁵ M. LÓPEZ ALARCÓN; R. NAVARRO-VALLS, *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, 7ª. ed. con la colaboración de Santiago Cañamares Arribas, Tecnos, Madrid, 2010, p. 32.

- aspecto jurisdiccional, que atiende a la autoridad y/o tribunales (estatales, religiosos) competentes conforme al Derecho del Estado para decidir respecto de los problemas y crisis que pudieran surgir sobre un matrimonio religioso;
- aspecto disolutorio, que examina si el Derecho estatal puede o no disolver por el divorcio un matrimonio que se celebró en forma religiosa
- aspecto registral, que atiende a los requisitos que establece el derecho para proceder a la inscripción de un matrimonio religioso en el Registro civil.

Conforme a cada uno de estos “aspectos”, podemos clasificar los distintos sistemas matrimoniales existentes en el mundo.

Pero antes de entrar en esa clasificación, detengámonos en una cuestión previa. ¿Exige el derecho de libertad religiosa un determinado modelo de sistema matrimonial? Para entender la cuestión desde sus principios básicos, vayamos como en otras ocasiones a normas reguladoras de la libertad religiosa. **El artículo 6 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones**, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 reconoce como parte del contenido del derecho de libertad religiosa “observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción”. Por su parte, el **artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa** enuncia como parte de ese contenido “celebrar sus ritos matrimoniales”. Sin necesidad de más detalles, cabe deducir que el derecho de libertad religiosa no exige del Estado regular un sistema matrimonial que reconozca la eficacia civil del matrimonio religioso.

Sin embargo, sí sería contrario a la libertad religiosa un sistema matrimonial en el que se *penalizara* la celebración de matrimonio religioso. Al mismo tiempo, se entiende bien que, aun cuando no estemos ante una infracción directa de la libertad religiosa, sin embargo se produzca un daño indirecto a las creencias de los ciudadanos cuando el ordenamiento jurídico estatal frustra las expectativas respecto del matrimonio celebrado conforme a los propios ritos y normas religiosas; algo de esto es lo que se deja entrever en el **Auto del Tribunal Constitucional 617/1984**, de 31 de octubre de 1984.

3. Tipos de sistemas matrimoniales

3.1. Aspecto constitutivo

- a) Sistemas monistas (sólo reconocen un tipo de matrimonio)
 - i) Matrimonio civil obligatorio: único reconocido por el Estado en su ordenamiento. El matrimonio celebrado conforme al derecho o a los ritos de la propia confesión es irrelevante para el Derecho. Responden a este sistema Francia, Bélgica, Países Bajos y México.
 - ii) Matrimonio religioso obligatorio: como sucede en el Estado de la Ciudad del Vaticano.
- b) Sistemas dualistas
 - i) Matrimonio de libre elección por los contrayentes: se puede optar por el matrimonio religioso o por el civil, atribuyéndose a ambos los mismos efectos.
 - ii) Matrimonio civil subsidiario: el Estado recibe el derecho de una confesión y prohíbe a los fieles de dicha iglesia celebrar matrimonio civil, salvo que se hayan apartado de su religión. Las personas no pertenecientes a esa iglesia pueden celebrar matrimonio civil. Respondía a este sistema Colombia hasta 1991 y España hasta 1978.
- c) Sistemas pluralistas: en este caso, posibilidad de elección es entre el matrimonio civil y una multiplicidad de matrimonios religiosos.
 - i) Sistema de elección de varios *tipos* de matrimonio religioso: el matrimonio está regulado por el estatuto personal religioso de los contrayentes en cuanto a la forma (al rito de la celebración) y al fondo (el derecho que regulará el matrimonio tras su celebración). Siguen este sistema Egipto, Jordania e Israel.
 - ii) Sistema de elección de la *forma* de celebración (sistema denominado anglosajón): se puede optar respecto de la forma (el rito o celebración de varias confesiones religiosas), pero el fondo es y será competencia del Estado (requisitos para la celebración y validez civil del matrimonio). Siguen este sistema Inglaterra, Australia, Canadá y Nueva Zelanda.
 - iii) Sistema mixto: distingue el matrimonio civil, el matrimonio religioso de una confesión (respetando forma y en parte el fondo), y el matrimonio de otras confesiones o iglesias (respecto de los cuales respeta sólo la forma de celebración). Es el caso de Italia y España.

3.2. Aspecto jurisdiccional

- a) Sistemas de *pleno reconocimiento*. Los tribunales religiosos se encuentran en plano de igualdad y exclusividad respecto de los tribunales del Estado.
- b) *Irrelevancia* de la jurisdicción religiosa Ninguna de las decisiones judiciales sobre el matrimonio religioso tienen consecuencias para el Estado. Este principio ha sufrido algunas quiebras en los países de tradición angloamericana, que es donde se encuentra implantado: esto se debe a que las decisiones de los tribunales religiosos se han reconducido por la vía de la *Alternative Dispute Resolution*. La cuestión se encuentra en pleno debate parlamentario en Inglaterra con motivo de elaboración de la *Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill*.
- c) *Reconocimiento* de resoluciones eclesiásticas: el Estado no admite la jurisdicción eclesiástica como *parte* de su administración de justicia, pero reconoce efectos civiles a las resoluciones jurisdiccionales emanadas de tribunales eclesiásticos. Es el caso de Brasil, España, Italia y Portugal.

3.3. Aspecto disolutorio

- a) Sistemas no divorcistas, es decir, aquellos que no admiten el divorcio como forma de disolución, ni para los matrimonios civiles ni para los matrimonios religiosos.
- b) Sistemas divorcistas absolutos: en este caso, el Estado no distingue la naturaleza del matrimonio civil y religioso, admitiendo el divorcio en la jurisdicción civil sea cual fuere la forma matrimonial adoptada.
- c) Sistema divorcista limitado: el divorcio opera sólo respecto del matrimonio civil; para su aplicación al matrimonio religioso, el ordenamiento del Estado estará a lo que la propia confesión indique sobre el particular.

3.4. Aspecto registral

- a) Sistema de *simple transcripción* del acto del matrimonio religioso. La competencia del registrador civil solo recae en aspectos formales y documentales.
- b) Sistema de *calificación limitada*: el registrador tiene competencia para

comprobar que el matrimonio religioso reúne algunos requisitos exigidos por la legislación civil.

- c) Sistema con *calificación amplia*: el registrador tiene competencia para examinar si el matrimonio religioso reúne todas las condiciones y requisitos exigidos por la legislación civil.

4. El sistema matrimonial español histórico

El proceso de unificación jurídica en España resulta complejo de exponer con brevedad. Por encima de los distintos cambios, lo que parece claro es que desde el siglo XII —momento en el que la Iglesia católica logra la jurisdicción exclusiva sobre sus matrimonios— se puede decir que estaríamos ante un sistema pluralista de tipos, si tomamos en consideración todos los reinos que ocupaban el territorio peninsular. Hay un momento en el que el Estado asume el matrimonio canónico como *propio*. En efecto, la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564 mandó observar como Ley del Reino el **Decreto Tametsi de la Sesión XXIV del Concilio de Trento**, al que concedía el carácter de ley del Estado.

Realmente no sería hasta mucho después, cuando el Estado toma interés por el matrimonio como fenómeno jurídico secular, que aparece una regulación específicamente civil sobre el matrimonio. Ese momento fue la Ley provisional de matrimonio de 1870. No recoge esa ley sino una fiel copia de la estructura jurídica del matrimonio canónico, pero eso sí negando cualquier eficacia al matrimonio religioso: es un sistema de matrimonio civil obligatorio. Esta ley fue seguida de otras medidas que penalizaban, a efectos civiles, a los hijos nacidos de matrimonio canónico, al considerarlos “naturales” y no “legítimos” (Decreto de 22 de enero de 1875).

La falta de arraigo social de la nueva legislación matrimonial conduce de forma irremediable a un cambio. El Decreto de 9 de febrero de 1875 atribuyó plenos efectos retroactivos a los matrimonios canónicos celebrados desde la vigencia de la Ley de 1870, y restableció la forma canónica, siendo la civil excepcional para aquellos que declarasen no profesar la religión católica. Comienza entonces en España su vigencia el sistema dualista de matrimonio civil subsidiario, que sería recogido por el Código Civil de 1889.

Un nuevo golpe en el péndulo nos llevó de nuevo hacia el sistema monista de matrimonio civil obligatorio. Proclamada la Segunda República, la secularización del matrimonio se opera por dos leyes sucesivas de fechas 2

de marzo y 28 de junio de 1932, dictadas como consecuencia de la **Constitución de 1931**. La primera ley introdujo el divorcio y la segunda estableció un sistema monista de matrimonio civil obligatorio. Esta ley fue derogada por otra de 28 de marzo de 1938, que vuelve a declarar vigentes los artículos del Código Civil, derogados en la II República. Una Orden de 10 de marzo de 1941 sobre la declaración de acatolicidad para la celebración del matrimonio civil, hacía que el sistema fuera de nuevo dualista de matrimonio civil subsidiario, bajo unas condiciones muy rígidas para acceder al matrimonio civil. Esa misma característica de rigidez formal para la celebración de matrimonio civil, que se relajó con el paso del tiempo, estuvo presente en la Orden de 10 de marzo de 1941.

5. El sistema matrimonial español actual

Nuestro sistema viene a ser una sucesión cronológica de normas jurídicas que, desde una indefinición que permitía muchos posibles sistemas matrimoniales, va alcanzando una mayor concreción, lo cual no significa que el producto final haya sido el más brillante, desde el punto de vista de lo que podríamos llamar la “geometría jurídica” o la estética del Derecho.

5.1. Evolución normativa

La **Constitución española de 1978, en su artículo 32**, reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, lo cual tiene un sentido muy preciso en relación con las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar de la mujer. El mismo artículo remite a la ley la regulación de las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. El empleo de la palabra “formas de matrimonio”, en opinión de algún sector doctrinal, abocaba el sistema de forma irremediable hacia un sistema pluralista de formas en el momento constitutivo, que entendían más congruente con un país laico y probablemente también con la ideología de dicho sector⁶. Lo cierto es que la norma constitucional tan solo cerraba la posibilidad a un sistema matrimonial concreto: el sistema dualista de matrimonio civil subsidiario; ello, porque **el artículo 16.2 de la Constitución** no permitía obtener ningún tipo de declaración acerca de las creencias de los contrayentes, religiosas o no. Y así vino reconocido por la Dirección General de los Registros y el Notariado en su **Instrucción de 26 de diciembre de 1978**: “a partir de la entrada en vigor de la Constitución, han de entenderse modificados en el

⁶ *Ibid.*, pp. 45–46.

sentido indicado los artículos 42 y 86 del Código Civil, lo mismo que los preceptos concordantes que los desarrollan del reglamento del registro civil y que, por lo tanto, los Jueces y Cónsules Encargados de los Registros Civiles deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes”.

El **Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre Asuntos Jurídicos de 1979** dedicaba su artículo VI y el Protocolo Final al reconocimiento jurídico civil del matrimonio canónico. Del texto se deducen conclusiones importantes.

Por un lado, el pleno reconocimiento del matrimonio celebrado conforme a las “normas” del Derecho canónico, sean éstas relativas a la forma o a los requisitos exigidos. Lo cual, unido a la ausencia del representante del Estado en la celebración del matrimonio canónico (requisito existente en la etapa anterior) y a la omisión de requisitos civiles previos (tipo expediente de capacidad civil), sitúa al matrimonio canónico —en lo que al aspecto constitutivo se refiere— lejos de los planteamientos propios de un sistema pluralista de *formas* o sistema anglosajón.

Por otro lado, se establece la “simple presentación de la certificación eclesiástica” como requisito de inscripción en el Registro civil, lo cual aproxima el sistema enunciado a la simple transcripción en el aspecto registral.

Por último, también es muy destacable el reconocimiento de la eficacia civil de las resoluciones de los Tribunales canónicos recaídas en **procesos de nulidad** y procedimientos de **matrimonio rato y no consumado**. Lo cual aproxima el sistema, en lo que al matrimonio canónico se refiere, a un sistema de reconocimiento de las resoluciones eclesiásticas.

Pero el **Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979** afectaba exclusivamente al matrimonio de la Iglesia católica, que se rige por el Derecho canónico. No quedaba claro qué sucedería en el futuro con el matrimonio de otras confesiones religiosas.

Precisamente la modificación del Código Civil, que se opera en virtud de la **Ley de 7 de julio de 1981**, apunta —entre otros— a dos temas que nos interesan aquí: la eficacia civil del matrimonio religioso y la disolución de matrimonio civil mediante divorcio. Respecto del primero de los temas, la reforma del Código Civil apunta a la plena recepción de lo previsto por el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979. Esto es lo que se deduce sin

dificultad del **artículo 60**, si bien resulta un tanto distorsionador, respecto del régimen pactado, el contenido del **artículo 63** en su segundo párrafo. Respecto del segundo de los temas, el divorcio, el **artículo 85** establece un sistema divorcista absoluto (“cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio”). En lo que se refiere a otros matrimonios religiosos, el **artículo 59** enuncia lo que parecen ser dos vías de reconocimiento: existencia de acuerdo entre el Estado y la confesión religiosa inscrita en el Registro de entidades religiosas, o explícita regulación estatal unilateral.

Llegamos finalmente al texto de los **Acuerdos de cooperación con las minorías religiosas de 1992**. El artículo 7 de cada uno de dichos Acuerdos nos sitúa ante un panorama ligeramente distinto de aquel generado por la legislación respecto del matrimonio canónico. Por un lado, porque el expediente de capacidad civil (o el sistema de calificación amplia en el aspecto registral para los matrimonios islámicos) se exige como requisito para la eficacia de los matrimonios de las confesiones religiosas minoritarias. Por otro lado, porque no hay previsión de ningún tipo respecto de la eficacia civil de las resoluciones emanadas de tribunales o autoridades religiosas sobre estos matrimonios religiosos, al tiempo que divorcio civil es de plena aplicación también a estos matrimonios. La conclusión que cabe sustanciar respecto de la regulación de los Acuerdos de 1992 es que, con independencia de lo previsto para el matrimonio canónico, el sistema instaurado es realmente muy semejante al sistema pluralista de formas en el momento constitutivo, o sistema anglosajón.

En definitiva, el sistema matrimonial español resulta ciertamente muy cercano —en el aspecto constitutivo— al sistema mixto en el aspecto constitutivo (eficacia plena de un matrimonio religioso respecto de la normativa que lo rige y eficacia civil de la *forma* de otros matrimonios religiosos), con reconocimiento de resoluciones eclesiásticas en el aspecto jurisdiccional, divorcista absoluto y ambiguo en lo que se refiere al aspecto registral (simple transcripción, calificación limitada o calificación amplia, parecen coexistir en el mismo modelo).

5.2. El matrimonio canónico ante el Derecho español

Profundicemos ahora en algunas cuestiones puntuales respecto del matrimonio canónico ante el Derecho del Estado que ilustran las afirmaciones anteriores.

Que el matrimonio celebrado conforme a las normas del Derecho canónico produce, de suyo, efectos civiles, es algo que puede afirmarse

prácticamente sin mayores reparos. Tal afirmación vendría confirmada por dos importantes intervenciones de la **Dirección General de los Registros y el Notariado**.

Veamos el contexto de la primera. La desinformación jurídica resulta a veces más extensa de lo que sería de desear, o bien porque la profusión normativa lo favorece, o bien por una falta de cultura jurídica de base que impregne la mentalidad de la ciudadanía. Lo cierto es que, con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y con la Ley de reforma del Código Civil de 1981, bien podría haberse creado la falsa impresión de que se retornaba a una incomunicabilidad entre matrimonio civil y matrimonio canónico. Algo semejante a lo que sucedió en nuestros dos periodos republicanos, en los que rigió un sistema de matrimonio civil obligatorio. Pues bien, mediante la **Circular de 16 de julio de 1984 la Dirección General de los Registros y el Notariado** sale al paso de la anómala práctica de celebrar dos matrimonios distintos —el civil y el canónico: “Ha llegado a conocimiento de este Centro directivo que vienen siendo relativamente frecuentes los supuestos en los que una pareja que va a celebrar o ha celebrado matrimonio según las normas del Derecho canónico intenta también contraer matrimonio, en fechas inmediatas anteriores o posteriores, ante el Juez o funcionario señalado por el Código Civil. Esta duplicidad de ceremonias —explicable en otros sistemas matrimoniales— no tiene sentido en nuestro Derecho, puesto que está establecido que todo matrimonio, civil o canónico, produce efectos civiles desde su celebración, y no son justificables, en general, los motivos particulares de los contrayentes”; en consecuencia, “[e]l Juez o funcionario que haya de autorizar el matrimonio conforme al Código civil deberá abstenerse de proceder a tal autorización en cuanto conozca que los pretendidos contrayentes están ya ligados entre sí civilmente por matrimonio celebrado según las normas de Derecho canónico”. Nada, por tanto, de expedientes de capacidad civil, ningún requisito sobreañadido a lo que de suyo determine el Derecho canónico.

Y ahora examinemos la segunda. Celebrar matrimonio canónico en España bien pudiera regirse por unas reglas que, de tener lugar la boda fuera del país, aun entre españoles, podrían ser distintas, a tenor de lo que sucede con el matrimonio civil de españoles celebrado en el extranjero, sobre el que rige **artículo 51.2 del Código Civil**. La Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 2 de noviembre de 1981 y en consecuencia la **Orden-Circular de la Dirección de Asuntos Consulares de 18 de noviembre de 1981**, salen al paso de tal interpretación: “los matrimonios celebrados por cualquier español en el extranjero en forma canónica se inscribirán en el Registro Civil con la simple presentación de la

oportuna certificación eclesiástica, sin perjuicio de la denegación del asiento por aplicación del segundo párrafo del artículo 63 del Código Civil”.

El **artículo 63.2 del Código Civil** precisamente trata de una cuestión difícil, ya enunciada antes, que podría significar la distorsión del reconocimiento acordado con la Santa Sede en 1979. Veamos qué hay de cierto.

Sabemos que el matrimonio celebrado conforme a las normas del Derecho canónico produce efectos civiles. Pero para el *pleno* reconocimiento de los mismos se requiere la inscripción. ¿Qué significa *plenos efectos*? ¿Es que sin inscripción le falta *algo* al matrimonio canónico para existir ante el Derecho estatal? Lo lógico es entender que la publicidad registral garantiza una realidad jurídica *erga omnes* y que los efectos llamados plenos hacen relación a terceros. A tal conclusión se llega de la mano de la **Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004, de 15 de noviembre**. Con toda la carga de incertidumbre que subyace a los hechos de la decisión, lo cierto es que el matrimonio canónico no inscrito pero inscribible existe para el Derecho español.

Ahora bien: el **artículo 63.2** es terminante: “[s]e denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título”. ¿En qué quedamos? Si el matrimonio celebrado conforme a las normas canónicas produce efectos civiles, ¿es posible que, a pesar de ello, no se pueda inscribir en el Registro civil, y por tanto se produzca el absurdo de que tenga efectos, pero no *plenos*? Dependiendo del estado de ánimo jurídico con el que nos enfrentemos a la cuestión, la indignación puede ser mayor, menor, o incluso nula: a la postre, la realidad remite a situaciones que en raras ocasiones van a producirse (minoría de edad civil, siendo los contrayentes de al menos 14 años la mujer y de 16 años el varón, es decir, con suficiente edad para celebrar matrimonio canónico; intento de inscripción de nuevo matrimonio canónico frente a situación matrimonial civil consolidada).

Respecto del aspecto disolutorio y del aspecto jurisdiccional, detengámonos ahora en tres cuestiones de interés: el divorcio, la eficacia de las decisiones eclesiásticas y, por último, el reconocimiento de dichas resoluciones en el ámbito de la Unión europea.

La reforma del Código Civil por Ley de 7 de julio de 1981 (a la que se añadió la no menos importante de la **Ley 15/2005, de 8 de julio**) hace el sistema matrimonial español divorcista absoluto. El propio Acuerdo sobre

asuntos jurídicos de 1979 preveía de alguna forma que pudiera llegarse a esta situación (“La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales”, una de las cuales es la **indisolubilidad**). Las consecuencias prácticas de esta opción legislativa desembocan en una disociación jurídica entre las dimensiones civil y religiosa de la misma realidad matrimonial (no se han celebrado dos matrimonios, sino uno, canónico, con efectos civiles) y esa disociación excluye el pleno reconocimiento de las *normas* canónicas conforme a las cuales el matrimonio se ha celebrado; así cabe deducirlo del **Auto del Tribunal Constitucional 617/1984 del 31 de octubre de 1984**: “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”. Que “no vinera obligado a” no significa que “no pudiera haberlo hecho”. Lo cierto es que la experiencia ha ido mostrando como situación frecuente la de aquellos que habiendo celebrado un primer matrimonio canónico (con efectos civiles), solicitaron y obtuvieron después divorcio civil de su matrimonio (subsistiendo, naturalmente, a pesar de ello su matrimonio canónico) y celebraron posteriormente matrimonio civil (inexistente para el Derecho canónico).

Respecto de la eficacia civil de las decisiones canónicas de separación, el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 no recoge indicación alguna. En cambio, el **artículo 81 del Código Civil** establece que los procesos de separación conyugal, cualquiera que fuera la forma de celebración, se decidirán por los jueces civiles. Las sentencias canónicas de separación no tienen, por tanto, eficacia civil.

Por otro lado, el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 faculta a los que celebren matrimonio canónico a acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, nulidad de su matrimonio canónico, así como disolución de matrimonio rato y no consumado. Conforme al propio Acuerdo, a solicitud de cualquiera de las partes dichas sentencias tendrán eficacia civil, serán homologadas, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el tribunal civil competente. En consecuencia, el **artículo 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** dispone que, 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. Pero para la eficacia de dicha resolución o decisión eclesiástica, rigen los requisitos establecidos por el artículo 954 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881, que establecía lo siguiente:

Si no estuviere en ninguno de los casos de que se hablan en los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España, si reúnen las circunstancias siguientes:

1º Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.

2º Que no haya sido dictada en rebeldía.

3º Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.

4º 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.

La cuestión estriba en la interpretación de los requisitos fijados en aquel artículo 954. Desde una perspectiva de interpretación amplia (que de alguna forma fue reiteradamente acogida por la jurisprudencia del Tribunal constitucional y del Tribunal Supremo), los requisitos del artículo 954 serían interpretados así⁷:

- Naturaleza personal de la acción: esto se plantea en toda acción de nulidad del matrimonio, se trata de una acción dirigida a reclamar una obligación de carácter no patrimonial;
- Carta ejecutoria, que engloba las siguientes condiciones: firmeza, constancia en documento público y autenticidad. Tampoco plantea problemas especiales;
- Juicio en rebeldía. La rebeldía significa la ausencia del demandado en el proceso. Con la doctrina del Tribunal Supremo distinguimos tres tipos de rebeldía: *por convicción* (ausencia del demandado por estimar que el tribunal no tiene jurisdicción, no es un verdadero tribunal), *a la fuerza* (no se otorgan al demandado los medios de defensa oportunos, no se le cita en tiempo y forma) y *por conveniencia* (se otorgan al demandado los medios de defensa, pero no comparece). Pues bien, a juicio del Tribunal Constitucional es la rebeldía a la fuerza la relevante a los efectos de impedir el reconocimiento de la resolución judicial cuya eficacia se pretende;

⁷ S. CAÑAMARES ARRIBAS, “La eficacia civil del matrimonio canónico”, en Miguel Ángel Jusdado Ruiz-Capillas (ed.) *Derecho Eclesiástico del Estado*, 1ª, Colex, Madrid, 2011, pp. 291–295.

- Que la obligación sea lícita en España, es decir, que no atente al orden público por contradecir situaciones civiles consolidadas civilmente: dispensa de impedimento civil, pero no canónico, que motiva la nulidad; nulidad de matrimonio canónico ya disuelto civilmente; sentencia que declara válido un matrimonio por vía de recurso de revisión canónica cuya nulidad ya se ejecutó civilmente.

Respecto del tema del reconocimiento de dichas resoluciones en el ámbito de la Unión europea⁸, la cuestión viene regulada por el **Reglamento (CE) n° 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental**, modificado por el **Reglamento (CE) n° 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004**. Como consecuencia de este Reglamento, los países de la Unión europea reconocen eficacia civil a las resoluciones judiciales canónicas en cuanto que, a su vez, hubieran sido reconocidas por alguno de los Estados miembros que vinieran obligados a hacerlo en virtud de Acuerdo suscrito con la Iglesia católica. Con ello se produce un extraño efecto: la luterana Suecia o la laica Francia vienen obligadas a reconocer, por ejemplo, una sentencia canónica de nulidad de matrimonio por exclusión de la sacramentalidad, tras haber sido homologada en Portugal⁹. Las modalidades de reconocimiento previstas en el Reglamento son tres: automático (la inscripción de una sentencia europea en el Registro civil de otro país no requiere procedimiento alguno de homologación), a título principal (reconocimiento judicial directo de sentencia civil de homologación de resolución canónica) e incidental (cuando en el curso de proceso sea necesario proceder, como requisito previo para resolver la cuestión principal, al reconocimiento de una resolución matrimonial de homologación, dictada en uno de los países de la Unión europea).

El artículo 22 del Reglamento establece unos motivos de denegación del reconocimiento: que éste sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro, la rebeldía (a la fuerza) en el país de origen y que la resolución cuyo reconocimiento se pretende sea inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido, o bien con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado no miembro en un litigio entre las mismas partes, siempre y cuando la primera resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.

⁸ *Ibid.*, pp. 296–300.

⁹ R. RODRÍGUEZ CHACÓN, “Sentencias matrimoniales canónicas y Unión Europea”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 7, 2005, p. 9.

5.3. *El matrimonio de las minorías religiosas ante el Derecho español*

Para entender adecuadamente el régimen matrimonial de las confesiones religiosas distintas de la católica es preciso leer atentamente el artículo 7 de cada uno de los Acuerdos, así como conocer las restricciones establecidas por la **Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 10 de febrero de 1993**, sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa.

Conforme a dichos artículos de los Acuerdos, para que el matrimonio religioso de las confesiones religiosas, comprendidas en las Federaciones firmantes, tenga eficacia civil, se precisa tramitar el expediente previo de capacidad matrimonial ante el Registro civil correspondiente. De esta forma, el Derecho español se asegura de que no hay impedimentos civiles para la celebración de dicho matrimonio. Como resultado del expediente, los futuros contrayentes reciben un certificado de capacidad matrimonial (cuyo modelo fue aprobado por **Orden de 21 de enero de 1993**). La boda deberá celebrarse en un plazo máximo de seis meses desde la fecha de expedición de ese certificado, ante un ministro de culto reconocido de conformidad con los propios acuerdos y, al menos, dos testigos. Una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto extiende en el certificado diligencia expresiva de la celebración del matrimonio que contenga los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos. Uno de los ejemplares de la certificación así diligenciada se remite al Registro civil competente para su inscripción y el otro se conserva como acta de la celebración en el archivo del oficiante. La inscripción en el Registro civil puede ser promovida en cualquier tiempo, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

Ahora bien: **el artículo 7.1 del Acuerdo de cooperación con la Comisión islámica** establece: “[s]e atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil”. Se deduce de ahí que no es necesaria la incoación del expediente de capacidad matrimonial previo a la celebración del matrimonio, a diferencia de lo previsto en los otros dos acuerdos. De forma que la **Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 10 de febrero de 1993** vendrá después a enmendar la plana al (descuidado) legislador, indicando que en caso de que no se hubiera promovido el expediente de capacidad matrimonial, la actividad registral abarca también la concurrencia de los requisitos de fondo (capacidad o ausencia de impedimentos) exigidos para la validez civil del matrimonio.

Los Acuerdos de 1992 silencian todo lo referente a la posible eficacia de sentencias y resoluciones de nulidad o divorcio emitidas por tribunales religiosos. En el caso de las comunidades evangélicas, ello está justificado dada la orientación doctrinal de fondo —a salvo los anglicanos— acerca del matrimonio como realidad secular. No ocurre así con los judíos e islámicos, que poseen jurisdicciones religiosas propias. No cabe duda de que la nulidad y el divorcio con efectos civiles en estos casos vienen reservados a la jurisdicción del Estado.

Dada la novedad y la confusión generada por el nuevo régimen de los Acuerdos en esta materia (particularmente por el artículo 7 del Acuerdo con la Comisión islámica de España), la mencionada Instrucción de 10 de febrero de 1993 pone en contacto el sistema de reconocimiento del matrimonio religioso con el resto de la normativa en materia matrimonial, estableciendo una aclaración y restricción de la aplicación de los Acuerdos, que podemos resumir así: (i) el régimen de inscripción instaurado sólo es aplicable a los matrimonios que se celebren después de la entrada en vigor de las leyes por las que se aprueban los acuerdos; (ii) el régimen sólo alcanza a los matrimonios religiosos celebrados en España; (iii) han de ajustarse a la nueva regulación los matrimonios de españoles (uno o ambos contrayentes), o los matrimonios de extranjeros siempre que la forma religiosa esté admitida por la ley personal de uno de ellos.

Respecto de la posibilidad de reconocimiento de otras formas matrimoniales, al margen de la vía acordada, es decir, por legislación unilateral del Estado ([artículo 59 del Código Civil](#)) a fecha de hoy no se ha establecido norma alguna, sin perjuicio de la equiparación —para algunos efectos jurídicos— de uniones matrimoniales no reconocidas por el Derecho estatal con matrimonios religiosos reconocidos. Piénsese en la interesante y discutida [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Muñoz Díaz c. España](#) de 8 de diciembre de 2009, sobre pensión de viudedad derivada de matrimonio celebrado según en rito gitano.

BIBLIOGRAFÍA

CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La eficacia civil del matrimonio canónico”, en Miguel Ángel Jusdado Ruiz-Capillas (ed.) *Derecho Eclesiástico del Estado*, 1ª, Colex, Madrid, 2011, pp. 281–300.

GLENDON, M. A., *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, University of

Chicago Press, 1997.

JEMOLO, A. C., “La famiglia e il diritto”, *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, vol. 8, 1949, p 57.

LÓPEZ ALARCÓN, M.; NAVARRO-VALLS, R., *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, 7^a. ed. con la colaboración de Santiago Cañamares Arribas, Tecnos, Madrid, 2010.

NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y derecho*, Tecnos, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “Sentencias matrimoniales canónicas y Unión Europea”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 7, 2005.

SANZ SANTACRUZ, V., “Fenomenología y Psicología de la religión”, 1999, Pamplona.

CAPÍTULO 9. DERECHOS EDUCATIVOS

1. Introducción

Habitualmente, la enseñanza es una de los sectores más polémicos en la Política y en el Derecho de cualquier país occidental. De entrada, parece indiscutible la idea de que la ignorancia hace a las personas esclavas, y que la educación libera. Aunque no deja de ser cierto igualmente lo que subrayó el poeta T.S. Eliot, “human kind cannot bear very much reality”, lo que lleva a la ciencia ficción a concluir que **la ignorancia es la felicidad**.... En cualquier caso, tener el monopolio de la sabiduría, de la información, o instrumentalizar el conocimiento, pueden ser mecanismos de poder que cercenan el acceso a la verdad.

De la mano del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podríamos diferenciar entre educación y enseñanza como dos conceptos distintos, englobado el segundo en el primero. La educación es el entero proceso mediante el que, en cualquier sociedad, los adultos intentan transmitir a los jóvenes sus creencias, cultura y valores; la enseñanza, sin embargo, se refiere a la transmisión de conocimientos y al desarrollo intelectual¹.

1.1. El protagonismo del Estado en la enseñanza

Desde el **programa cultural de la Ilustración**, la escuela se convierte en un elemento clave para la instrucción y socialización de los ciudadanos. Nace la Instrucción pública: de alguna forma, al Estado no sólo le correspondería hacer carreteras, garantizar la paz social, defender el territorio de las agresiones externas, etc., sino también ejercer un papel rector en materia de enseñanza. En consecuencia, se despliega una acción estatal dirigida a poner por obra —en mayor o menor medida y con matices diversísimos— la idea de la “escuela pública” o, si se prefiere, el protagonismo estatal preferente en esta materia²: así se entiende que, en el curso 2011-2012, más

¹ *Campbell and Cosans v. United Kingdom*, App. n° 7511/76, 7743/76, 22 March 1983, n. 33.

² C. L. GLENN, *El mito de la escuela pública*, Encuentro, Madrid, 2006.

de la mitad de los alumnos de enseñanza no-universitaria (el 68,2%) estuvieran matriculados en centros de titularidad estatal, según **cifras del Ministerio de Educación español**. Y de ahí que los sectores doctrinales de corte más estatista, pero dialogantes, estén dispuestos a “negociar” sobre la presencia de la religión y las creencias en cualquier sector de la esfera pública... menos en la escuela³.

En tiempos más recientes, el déficit de ciudadanía, de tolerancia, de democracia que se detecta en muchos países de Occidente, parece exigir — a falta de otros recursos de civilización, de formación ciudadana— una actuación urgente de los Estados sobre la enseñanza para lograr personas libres (en el sentido de autónomas) y ciudadanos activos. Así parece entenderlo, hoy en día, el **Consejo de Europa**.

1.2. Actores sociales y enseñanza: padres, docentes y alumnos

Sin embargo, la sencilla ecuación “educación de los ciudadanos es igual a acción estatal promocional y prestacional” no agota toda la realidad del panorama jurídico de la enseñanza. En el siglo XIX al protagonismo — y a veces pretendido monopolio— estatal, le plantó cara una nueva reivindicación relativa a los derechos de la persona, formulándose la libertad de enseñanza. Este derecho demandaría, por un lado, que exista una libre iniciativa social en materia de enseñanza, de acuerdo con las debidas exigencias de calidad y contenidos que pudieran fijarse, sobre todo en los niveles elementales; por otro, que se respete y no se suplante el papel de los padres o tutores, a quienes el propio Derecho exige deberes en relación con los hijos (véase, por ejemplo, el **artículo 154 de nuestro Código Civil**), deberes que se ejercen naturalmente conforme a las propias convicciones y conforme al grado de madurez de los propios menores de edad.

Estado, padres o tutores y menores de edad plantean, por tanto, sus propias demandas e intereses en el área educativa. Pero no son los únicos, porque los docentes y los grupos religiosos también son actores en el escenario y cumplen papeles nada despreciables.

Los docentes, en efecto, al ejercitar su profesión, pueden oponer cierta resistencia a convertirse en meras correas de transmisión de la ideología que les viniera impuesta desde arriba. El ejercicio de la profesión docente

³ A. GARCÍA-SANTESMASES, *Laicismo, agnosticismo y fundamentalismo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007; S. H. SHIFFRIN, *The Religious Left and Church-State Relations*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

tiene un bagaje ideológico que no es simplemente la adopción, porque sí, de una postura apriorística, sino el resultado de la sincera búsqueda de la verdad científica en tantos y tantos campos en los que la asepsia en la transmisión de conocimiento es tan alabada como imposible. En qué medida el Derecho debe armonizar —o sencillamente proteger— esta dimensión de la libertad ideológica frente a las pretensiones del poder y/o con las aspiraciones de los padres o titulares del centro docente privado, es una cuestión que aflora también en los frecuentes litigios ante los tribunales de justicia nacionales e internacionales.

1.3. La enseñanza y las religiones

Y que las religiones tienen que ver con la educación y la escuela es también una afirmación de claridad meridiana. Dependiendo de las peculiaridades y cauces que tiene cada religión para la transmisión de su credo y de su cultura, lo cierto es que la transmisión de la fe y de las creencias se opera de dos modos, uno sincrónico y otro asíncrono.

Conforme al primer modo, la formación religiosa de la persona avanza simultáneamente con el crecimiento en edad y en madurez intelectual y espiritual. De forma que las comunidades de creyentes, las religiones, no esperan al momento abstractamente ideal en el que cada persona procede —de forma aséptica, libre e independiente— a elegir un credo en el multiforme mercado de ideas y creencias, sino que a lo largo del proceso de madurez humana, las religiones proveen a sus fieles de elementos que ayudan a la conformación de su fisonomía espiritual. En tal sentido, y con todo respeto a la opinión contraria, siempre me resultó clarificador en su ironía el juicio del escritor inglés G.K. Chesterton, cuando afirmaba que “[l]a persona adulta en ningún caso puede escapar a la responsabilidad de influir sobre el niño; ni quiera cuando se impone la enorme responsabilidad de no hacerlo. La madre puede educar al hijo sin elegirle una religión; pero no sin elegirle un medio ambiente. Si ella opta por dejar a un lado la religión está escogiendo ya el medio ambiente (...) La madre, para que su hijo no sufra la influencia de supersticiones y tradiciones sociales, tendrá que aislar a su hijo en una isla desierta y allí educarlo. Pero la madre está escogiendo la isla, el lago y la soledad; y es tan responsable por obrar así como si hubiera escogido la religión de los mennonitas o la teología de los mormones”⁴.

Conforme al modo que denomino aquí asíncrono, las religiones ofrecen una

⁴ G. K. CHESTERTON, *Obras completas*, vol. 1, Aguilar, Madrid, 1161, p. 1146.

explicación global de la existencia que no puede aislarse del modo con que se afronta materias particularmente sensibles a la vida humana, como la historia, la filosofía, la ética o la biología, por mencionar algunas. Especialmente la enseñanza referida a las humanidades “trata directamente con valores como una parte necesaria del contenido de cualquier cultura. Y los valores no simplemente se conocen, sino que se estiman, es decir que se juzgan por el interés que ellos puedan ofrecer y el sentido, negativo o positivo, que tienen respecto de la propia vida”⁵. Es natural, por tanto, que de forma directa o indirecta las religiones posean un interés también primordial en la educación y en la escuela en razón de este elemento.

La existencia de intereses en la educación y en la enseñanza, tanto para el Estado como para las religiones, hace de esta materia —como ya se indicó— un lugar de posible desencuentro. En consecuencia, la escuela resulta un campo paradigmático de fricción entre esos actores. Ante esas fricciones “la historia anota dos reacciones que no han sido infrecuentes. Para el Estado, la tentación extrema ha sido desembarazarse totalmente de la religión. Para el poder religioso, sofocar la necesaria e imprescindible autonomía del poder político. A la larga, ambas posturas han costado caro tanto al Estado como a las comunidades religiosas. Todavía hoy se dan retrocesos y ambigüedades, conflictos e incomprensiones sobre el modo de entender el bien común por uno u otro poder. El punto de equilibrio es, para el Estado, la laicidad y, para las Iglesias, la independencia”⁶.

Y no estamos hablando solo de desencuentros y fricciones a nivel institucional, es decir, entre las Iglesias y el Estado por el predominio o el monopolio de una actividad social. En este sentido, creo que es llegado el momento de abandonar las explicaciones simplistas en las que se arroja sobre el Estado la etiqueta de la indoctrinación y el totalitarismo ante su acción educativa, o la fácil explicación de que la Iglesia católica, perdida su hegemonía económica del pasado, pretende mantener el control de las conciencias a través de la enseñanza. En general, debemos concluir que la enseñanza es un campo conflictivo sencillamente porque entran en juego los derechos fundamentales de la persona y estamos, por tanto, en un área de enorme sensibilidad jurídica, que continuamente salta a los titulares de la prensa, a las pantallas de nuestros ordenadores, a los títulos de monografías o artículos jurídicos o, en fin, a las salas de los tribunales de justicia de nuestros países.

Para el caso español la situación de conflictividad vendría agravada por dos

⁵ V. GARCÍA HOZ, “La libertad de educación y la educación para la libertad”, *Persona y Derecho*, vol. 6, 1979, p. 47.

⁶ R. NAVARRO-VALLS, *Del poder y de la gloria*, Encuentro, Madrid, 2004, p. 144.

factores. El primero de ellos es la complejidad interna del **artículo 24 de la Constitución española de 1978**, que reconoce un haz de derechos fundamentales sin determinar la armonización práctica de los mismos; quizá no fuera dicha armonización su cometido. El segundo factor es la provisionalidad de la legislación española en materia educativa; en efecto, rara ha sido la ocasión en la que la alternancia de los partidos mayoritarios en el gobierno no haya llevado aparejada cambios profundos en la enseñanza⁷.

2. Derecho a la educación y libertad de enseñanza

2.1. Conceptos básicos

El **artículo 27 de la Constitución española de 1978** se abre precisamente con la proclamación de estos dos derechos fundamentales: derecho a la educación y libertad de enseñanza. “Históricamente, estos términos expresaban el conflicto entre la enseñanza laica y la confesional, o entre la escuela pública y la privada. En definitiva, eran la manifestación del concepto de enseñanza propio de liberales y conservadores (...) La Constitución, al juntar ambas concepciones en un mismo artículo, aúna estas dos tradiciones enfrentadas con el objeto de que sea el legislador quien, a través de la normativa correspondiente, oriente el modelo educativo por una vía o por otra. De ahí que haya habido, desde la aprobación del texto constitucional, continuos cambios en las leyes orgánicas reguladoras de la materia, acompañadas de los recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional”⁸.

El derecho a la educación se configura en nuestro ordenamiento como un derecho universal (no limitado a los ciudadanos), que tiene como objeto el acceso a la educación (no sólo a la enseñanza) en todos sus niveles y en todas sus posibles facetas. En los niveles más básicos, se configura como derecho-deber prestacional (la enseñanza básica es obligatoria y gratuita). Su prolongación, de menor intensidad, se concreta en el **artículo 44 del texto constitucional** (derecho de acceso a la cultura). En orden a sus limitaciones, se cuestiona si la existencia de *numerus clausus* en el acceso a la educación superior supone una infracción del derecho a la educación. Tal infracción no existe: en esta materia se requiere un justo equilibrio entre el

⁷ M. RODRÍGUEZ BLANCO, “La enseñanza de la religión en la escuela pública española (1979-2005)”, *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose (OLIR)*, 2005, fecha de consulta 10 noviembre 2012, en http://www.olir.it/areetematiche/73/documents/RodriguezBlanco_Ensenanza.pdf.

⁸ A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “La libertad de enseñanza”, en Miguel Ángel Jusdado Ruiz-Capillas (ed.) *Derecho Eclesiástico del Estado*, 1ª ed., Colex, Madrid, 2011, pp. 173–174.

derecho a la educación y el interés general, entendido como el mínimo de calidad docente o como la necesidad de desincentivar ciertos estudios en los que existe sobreabundancia de graduados.

Junto con el derecho a la educación, encontramos igualmente la libertad de enseñanza, aquella “libertad que han de gozar individuos y comunidades para —con independencia y autonomía del Estado— abrir centros docentes, otorgar educación y cultura, establecer sus propios planes de estudios, seguir peculiares métodos y procedimientos didácticos, así como conferir títulos académicos”⁹, reconocida en el artículo 27.6 de la Constitución. La libertad de enseñanza guarda relación con el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación y una enseñanza conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas e incluso “pedagógicas”, tal como señala la **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 14**. “Para que la libertad de enseñanza de estos padres quede satisfecha, no basta introducir simplemente la asignatura de religión en el cuadro educativo institucional, sino que debe estar garantizada la posibilidad de que la propia fe abarque e inspire la educación que recibe el menor de edad”¹⁰. La libertad de enseñanza parte, en definitiva del convencimiento de que “en una sociedad pluralista (...) la transmisión de creencias y modelos de conducta no es asunto en que deban inmiscuirse los poderes públicos. De lo contrario, se correría el riesgo de abrir la puerta a una sociedad progresivamente uniforme y, sobre todo, dirigida”¹¹.

2.2. Pluralidad, neutralidad y escolarización

Como se ha sintetizado acertadamente, al analizar el sistema español en este tema, “[a] través del reconocimiento del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza se ha pretendido garantizar la pluralidad de opciones dentro del sistema educativo. En concreto, el derecho a la educación, con la consiguiente afirmación del protagonismo de los poderes públicos, ha procurado asegurar una escuela ideológicamente neutral consistente (...) en la creación de una amplia red de escuelas públicas que garanticen la escolarización de todos, y donde no haya una opción por una determinada ideología o creencia. En cambio, a través de la libertad de enseñanza se ha intentado satisfacer la aspiración de posibilitar la opción de elegir centro que, por su orientación concreta, resulte más satisfactorio”¹². No obstante

⁹ J. A. ARAÑA Y MESA, *La fundamentación de la libertad de enseñanza como derecho humano*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma, 2005, p. 71.

¹⁰ *Ibid.*, p. 268.

¹¹ L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 419.

¹² A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “La libertad de enseñanza”, cit., pp. 174–175.

esta alentadora afirmación, y frente a aquellos que, quizá con mejor criterio, han entendido que la conjunción de ambos derechos en la Constitución española arroja un resultado integrador¹³, creo que la realidad posterior ha demostrado la complejidad conflictual de la combinación entre derecho a la enseñanza y libertad de educación. Veamos algunos de elementos relevantes del sistema educativo español: el logro del pluralismo, la neutralidad como característica de la escuela de titularidad estatal y, por último, la distinción entre escolarización obligatoria y enseñanza obligatoria.

El **artículo 27 de la Constitución española de 1978** prescribe: “[I]a educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Tal objetivo compete a todo tipo de enseñanza. El respeto a los derechos fundamentales implicados, obliga a garantizar la pluralidad en el ámbito educativo, con el fin de desterrar la posible tentación de convertir la enseñanza en cauce para el adoctrinamiento político o ideológico. La pluralidad puede plasmarse de dos modos: pluralidad externa (es decir, muchas escuelas con diversas orientaciones ideológicas, religiosas, etc. cada una de ellas) y pluralidad interna (una sola escuela, en el que convergen diversas orientaciones ideológicas, religiosas, etc.) En el sistema español, la libertad de enseñanza garantiza la pluralidad externa: libre creación de centros docentes con “idearios” diversos. Por su parte, el derecho a la educación quizá debería haber recogido la pluralidad interna, pero no lo hace porque los centros de titularidad estatal vienen obligados a observar la neutralidad como “ideario”.

El **Tribunal Constitucional, en su Sentencia 5/1981** de 13 de febrero, caracteriza así este principio: “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 cuyas enseñanzas 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 forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita”.

¹³ A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: los derechos educativos en la Constitución española*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 18.

La neutralidad escolar no es una característica apropiada para la libertad, sino la posición más acorde con el protagonismo estatal en un área ideológicamente comprometida. La neutralidad viene a ser el sustitutivo menos malo de la falta de libertad¹⁴, allí donde el Estado interviene con fuerza y es preciso salvar la libertad ideológica de los ciudadanos —en este caso de los padres de los escolares— que tienen derecho a que sus hijos sean educados en sus convicciones morales y religiosas. La neutralidad de la enseñanza de titularidad estatal plantea al menos dos problemas básicos, uno de orden político-jurídico y otro de orden pedagógico.

En el plano político-jurídico constatamos que el Estado moderno, en general, reclama para sí dos principios que resultan en sí mismos incompatibles. Por un lado, afirma la neutralidad ante las distintas cosmovisiones, con el fin de no traicionar en modo alguno la pluralidad que subyace en la sociedad civil. Por otro lado, asume como tarea esencial financiar, organizar e impulsar la educación en sus diferentes niveles, desde la educación infantil hasta la universidad, diseñando las líneas maestras del sistema educativo. Pero ciertamente el Estado democrático, en razón de su deber de neutralidad, no sirve como institución encargada de la educación, ya que no cabe educar sin tener muy presentes los fines a los que se aspira, y el Estado no puede aspirar a establecer fines sin recurrir a un sistema de valores, traicionando de este modo su neutralidad¹⁵.

En el plano pedagógico, formar neutralmente podría conducir a formar sujetos neutrales, pero no necesariamente sujetos libres. “Porque la neutralidad es posible en muchas situaciones de la vida en que se plantea un problema concreto que sólo afecta a un aspecto parcial de los intereses humanos. Pero cuando se trata de la existencia entera, como es el caso de la educación, la neutralidad es imposible. (...) Se puede también pedir una escuela neutra acudiendo al fácil recurso de que la institución escolar sólo se debe tratar de problemas en los cuales hay consenso general y deben apartarse de ella los que puedan ser conflictivos. Concretamente, para poner algún ejemplo, los problemas religiosos (...) De hecho, la escuela neutra en tanto que centro educativo no existe a menos que sea un centro meramente instructivo en el que los problemas de la formación moral queden marginados, porque (...) el educador no puede inhibirse de los problemas que la educación plantea. Y justamente los más profundos problemas educativos se plantean en torno a la concepción del mundo, de la vida y del hombre, cuestiones que no se pueden soslayar a menos que la

¹⁴ J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, “La Enseñanza”, en Javier Ferrer Ortiz (ed.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed., Eunsa, Pamplona, 2007, p. 281.

¹⁵ I. SOTELO, “Educación y Democracia”, en *Volver a pensar la educación: Congreso Internacional de Didáctica (La Coruña, 27 al 30 de Septiembre de 1993)*, vol. I, Ediciones Morata, 1995, pp. 57–58.

educación quede mutilada”¹⁶.

De hecho, la escuela de titularidad estatal no es neutra a la luz de los compromisos internos (**artículo 27.6 de la Constitución**) e internacionales en los que se encomienda a la tarea educativa el libre desarrollo de la persona en el fortalecimiento del respeto a los derechos y libertades fundamentales. La tentación para el Estado es doble. En primer lugar, convertir este marco general educativo en una fuente de legitimación del democratismo¹⁷. Por democratismo cabe entender la transposición de las características del sistema político institucional democrático a todas las áreas de la convivencia social. Ciertamente resulta sospechosa la imposición abierta o velada del democratismo en la escuela, si se tiene en cuenta que, en otras áreas de la actividad social, el Estado renuncia a toda forma de imposición de formas de democracia militante¹⁸, que vulneraría los derechos fundamentales de libertad ideológica, participación, expresión e información. Y en segundo lugar, la tentación del Estado podría ser la de transmitir los derechos humanos y las libertades públicas concebidos desde patrones ideológicos concretos, señaladamente desde el liberalismo ideológico, gran impulsor de la idea de neutralidad como actitud de comportamiento del poder democrático. Lo cual nos sitúa a un paso de poder definir al titular público de la escuela como de “Estado ético”¹⁹, que es precisamente la negación de la pretendida neutralidad.

De ahí que en mi opinión quizá resulte más adecuado entender la neutralidad de la escuela de titularidad estatal exclusivamente como interdicción del adoctrinamiento, sin más extensión. En la enseñanza podría haber adoctrinamiento:

1. Cuando una asignatura se utiliza como vehículo no declarado para la transmisión de valores, creencias e ideas, etc. distintos de aquellos elementos que son objetivo propio de la asignatura.
2. Cuando una enseñanza que tiene por objeto valores, creencias e ideas, cambia el valor *informativo* por un valor *performativo*; es decir: somete la evaluación del alumno a la observancia de conductas de adhesión.
3. Cuando una enseñanza en valores constitucionales, políticos, etc.,

¹⁶ V. GARCÍA HOZ, “La libertad de educación y la educación para la libertad”, cit., pp. 43–44.

¹⁷ P. F. GAGO GUERRERO, “El democratismo, ¿vía hacia el progreso o a la decadencia?”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. 122, 2003, pp. 73–107.

¹⁸ Véase, por ejemplo, **Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003 de 12 marzo, Fundamentos Jurídicos n. 4, 7, 8, 10.**

¹⁹ A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche*, CLUEB, Bologna, 2005, pp. 117–118, fecha de consulta 12 noviembre 2012, en <http://digital.casalini.it/8849125429>.

ofrece una visión ideológicamente unilateral de dichos valores constitucionales, políticos, etc.

Por último, unas ideas en este apartado acerca del tema de la escolarización. El **artículo 27. 4 de la Constitución española de 1978** establece que la enseñanza básica es obligatoria. Cabe deducir en buena lógica que lo obligatorio es la enseñanza, pero sin alcanzar necesariamente un *modo exclusivo* de desarrollar dicha enseñanza, es decir, que podría darse el caso de una enseñanza sin *escolarización*. Lo cual es de importancia capital si se tiene en cuenta la necesidad de armonizar el derecho a la educación con la libertad de enseñanza y para dar entrada cabal a modelos alternativos de enseñanza obligatoria, tales como la “escolarización en casa”²⁰. No sin razón se ha concluido que en “aquellos casos singulares en que se compruebe que la elección hecha por una familia—incluida la decisión reflexiva de sustraer a los hijos del sistema escolar obligatorio— no impide que éstos desarrollen las competencias necesarias para que puedan ejercer sus libertades, el Estado no puede recurrir a medidas coercitivas”²¹.

A pesar de todo, la **Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre de 2010**, entiende que el sistema de escolarización obligatoria español, no lesiona la libertad de enseñanza y que el respeto de la opción de escolarización en casa no viene exigido por la Constitución, sin perjuicio de que el legislador pudiera terminar admitiéndola.

3. Enseñanza de la religión

El **artículo 27 de la Constitución española de 1978** ha recibido distintas interpretaciones por parte de la doctrina. Simplificando la cuestión al máximo, pueden distinguirse dos posturas básicas²². Por una parte, el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones ha sido calificado como un derecho de autonomía frente a los poderes públicos, en el sentido de que mediante su reconocimiento queda prohibido el adoctrinamiento religioso o ideológico de los menores en los centros docentes contra la voluntad de sus

²⁰ J. A. ARAÑA Y MESA, *La fundamentación de la libertad de enseñanza como derecho humano*, cit., pp. 276–282; I. M. BRIONES MARTÍNEZ, “¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa?”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 3, 2003; V. LLORENT BEDMAR, “Libre elección de educación obligatoria en el ámbito de la Unión Europea. El cheque escolar y la escuela en casa”, *Revista de educación*, 335, 2004, pp. 247–272.

²¹ R. NAVARRO-VALLS, *Del poder y de la gloria*, cit., p. 342.

²² M. RODRÍGUEZ BLANCO, “La enseñanza de la religión en la escuela pública española (1979-2005)”, cit., p. 2.

padres. Por otra parte, se ha interpretado como derecho de prestación, en el sentido de que exige la inclusión de la enseñanza de la religión en los contenidos formativos de la escuela. Esta última interpretación vendría avalada por el tenor literal del precepto —«los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»— y por el contenido de los debates constituyentes.

De forma muy resumida, el modo de llevar la religión como asignatura a la escuela de titularidad pública podía seguir dos cauces posibles: enseñanza de religión (confesional) o enseñanza de las religiones. Ambos modelos podrían ser alternativos o complementarios y, desde el punto de vista jurídico, ambos plantean cuestiones prácticas de gran interés: alternatividad y optatividad de las asignaturas, en caso de resultar contrarias a las creencias de padres y/o alumnos; carácter evaluable de las asignaturas; modo de designación, contratación y régimen jurídico del profesorado; autoridades competentes para establecer los programas de las asignaturas, etc.

Por lo demás, en esta materia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido perfilando los rasgos del contenido de la asignatura, congruentes con el Convenio de Derechos Humanos, a través de las sentencias *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark* (App. 5095/71; 5920/72; 5926/72) de 7 de diciembre de 1976 y, más recientemente, en los casos *Folgerø and Others v. Norway* (App. 15472/02) de 29 de junio de 2007, y *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey* (App. 1448/04) de 9 de octubre de 2007.

3.1. Evolución de la normativa

El **Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales de 1979** en su artículo 2 estableció: “Los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y Grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los Centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales”.

Todos los partidos políticos que han alcanzado el Gobierno desde la entrada en vigor de este acuerdo han diseñado modelos distintos para hacer efectivo ese pacto de 1979. La regulación recogida en el acuerdo dejaba determinados aspectos abiertos a la interpretación y hay cuestiones que

requieren una ulterior concreción normativa, pero las líneas maestras de lo que se pretendía eran nítidas. Las sucesivas reformas y la falta de consenso político entre los partidos han venido motivadas en gran medida por la enorme carga ideológica —y el tremendo poder que otorga el control de la enseñanza— que conlleva este tema. Los partidos políticos no han sabido —o no han querido— alcanzar el consenso necesario para desarrollar de modo armónico con los interlocutores sociales lo previsto en el acuerdo y en la legislación unilateral posterior. De forma que, hoy por hoy, el tema de la enseñanza de la religión en la escuela de titularidad pública no se encuentra definitivamente resuelto.

Con la promulgación de la **Ley Orgánica de Libertad Religiosa (ver artículo 2.1 c)** se amplió el abanico de elección a la enseñanza de la religión de diversos grupos religiosos, o a la ética y moral. La pieza clave de este régimen eran las **Órdenes de 16 de julio de 1980**. Éstas regulaban la situación de la enseñanza de la religión católica y la enseñanza de la religión para “diversas Iglesias, Confesiones o Comunidades en Educación Preescolar y Educación General Básica”, y en “Bachillerato y Formación Profesional”, respectivamente. Luego se fueron concretando los programas, de los distintos niveles, de la enseñanza de religión católica, judía, adventista y de la Iglesia de Jesucristo de los Últimos Días. La incorporación a los planes de estudio se realizó por Órdenes ministeriales que se fueron aprobando desde 1981 a 1985.

Posteriormente, la **Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE)** consagra un modelo minimalista, al delimitar el ámbito de la enseñanza religiosa a aquellos grupos religiosos (confesiones) que hubieran firmado acuerdo con el Estado.

Los **Acuerdos de cooperación 1992 con entidades religiosas evangélicas, comunidades israelitas y comunidades islámicas (Leyes 24, 25 y 26/1992)** se inspiran en la misma filosofía que la Ley Orgánica 1/1990. En aquellos se dejaba la enseñanza de su doctrina y moral fuera del horario escolar (y presumiblemente del plan de estudios), dando respuesta tan sólo a la exigencia del artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980. Los poderes públicos sólo se comprometían a facilitar, previa solicitud, “los locales adecuados para el ejercicio de aquel derecho [de los alumnos a recibir enseñanza de su religión] en armonía con el desenvolvimiento de las actividades lectivas” (artículo 10.4).

El 3 de mayo de 2006 el Parlamento español aprobó la sexta ley educativa de la democracia española, la **Ley Orgánica 2/2006, de Educación**. La

Disposición Adicional Segunda de la Ley establece: “1. La enseñanza de la religión católica se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español. A tal fin, y de conformidad con lo que disponga dicho acuerdo, se incluirá la religión católica como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos. 2. La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas”. El contenido de la enseñanza de religión impartida de forma confesional significa igualmente que los contenidos y libros de texto serán los determinados por las propias confesiones religiosas, que las asignaturas impartidas serán evaluables, si bien las calificaciones obtenidas no se computarán en oposiciones ni en la nota media a efectos de admisión de alumnos en estudios posteriores. Además, conforme a la normativa vigente, para quienes no elijan enseñanza de religión en la educación primaria no existe asignatura alternativa (**Disposición adicional primera del Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre**), mientras que en la enseñanza secundaria obligatoria existe la alternativa (historia y cultura de las religiones) o la exención total (**Disposición adicional segunda del Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria**).

Añádase a esta normativa el dato de que las competencias en materia educativa están transferidas a las Comunidades Autónomas, lo cual supone a veces diferencias prácticas no despreciables en la aplicación de las orientaciones generales.

3.2. Los profesores de religión

Otro punto habitualmente complejo ha sido el del profesorado de religión en la escuela pública. Las cuestiones debatidas, objeto en algunos casos de pronunciamientos judiciales, han sido: la remuneración del profesorado, su equiparación al resto de los profesores, su participación en los órganos colegiados de los centros de titularidad estatal, y los criterios fijados para la designación y cese del profesorado de religión en la escuela estatal. Los últimos pronunciamientos judiciales sobre estas cuestiones versan sobre la designación de profesores de religión católica y el régimen retributivo de dichos profesores.

Respecto de la designación, es preciso aclarar que **Disposición adicional Tercera de la nueva Ley Orgánica 2/2006** establece que los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. El régimen laboral de los profesores de religión de los centros de titularidad estatal viene regulado por el **Real Decreto 696/2007, de 1 de junio**. Para proceder a la contratación, es necesaria una “declaración de idoneidad” o certificación equivalente, emitida por la autoridad religiosa competente, declaración que abarca no sólo aspectos relativos a la capacidad docente desde un punto de vista técnico-pedagógico, sino que también engloba el comportamiento moral.

De suyo, tal declaración de idoneidad no plantea problemas de inconstitucionalidad, como constataba la **Sentencia del tribunal Constitucional 80/2007, de 19 de abril de 2007**. Sin embargo, la **Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2011, de 14 de abril de 2011** sostiene que se produjo vulneración de los derechos de una profesora a no ser discriminada por las circunstancias personales, a la libertad ideológica en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida, y a la intimidad personal y familiar, con motivo de la “no renovación” por haber contraído matrimonio sin ajustarse a las normas de Derecho canónico. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso **Fernández Martínez contra España**, de 15 de mayo de 2012, estimó no existir violación del **artículo 8 del Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** por la no renovación del contrato como profesor de religión de un sacerdote secularizado y casado, que había hecho manifestaciones públicas críticas con la posición de la Iglesia sobre aborto, divorcio, sexualidad o control de natalidad. El caso está recurrido ante el Pleno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Respecto del régimen retributivo de los profesores de religión católica, el **Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de junio de 2012**, determina que los profesores han de ser retribuidos de la misma manera que a los funcionarios docentes de carácter interino, reconociéndoles la antigüedad a efectos de trienios.

La impartición de las asignaturas de religiones minoritarias — concretamente de los evangélicos e islámicos— se encuentra todavía en vías de efectiva satisfacción. Los profesores de enseñanza religiosa

evangélica son seleccionados por la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), que cuentan con una formación extra que les imparte el Centro de Formación de Profesorado de Religión Evangélica. La FEREDE estableció desde hace años un **Consejo General de Enseñanza Religiosa Evangélica** para impulsar la enseñanza religiosa y analizar los problemas para su efectiva implantación. Al mismo tiempo, la FEREDE tiene varias instituciones docentes de nivel superior que capacitan al profesorado para impartir de forma competente la enseñanza religiosa evangélica. La enseñanza religiosa evangélica se encuentra plenamente implantada en Comunidades Autónomas como Madrid, Andalucía y Cataluña. Respecto de la enseñanza islámica²³, ésta se está impartiendo desde el curso 2007/2008 en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Ceuta y Melilla, Canarias, Aragón, País Vasco y Cantabria. En el curso 2007-2008 se contrataron a un total de cuarenta profesores para impartir religión islámica; algunos profesores atienden a varios centros. Las clases tienen lugar en horario lectivo, al igual que la religión católica, y se imparten principalmente en castellano, salvo en los casos en los que se explican algunos pasajes del Corán. La enseñanza de la religión judía no ha gozado de implantación en el sistema educativo público ya que, como también ocurre en Italia, las comunidades judías en España se han apoyado en un sistema escolar de iniciativa propia²⁴.

4. La enseñanza de iniciativa social, también llamada escuela privada

4.1. El ideario de los centros docentes

La libertad de enseñanza reconocida en el **artículo 27.1 de la Constitución española de 1978** significaba admitir la libre iniciativa social en materia educativa, también en los niveles básicos y obligatorios. A los efectos de la promoción de los derechos fundamentales, el valor añadido de los centros docentes de iniciativa social radicaría en la diversidad ideológica, frente a la neutralidad a la que vendrían obligados los centros de titularidad estatal. Esa diversidad ideológica se refleja en el llamado ideario de los centros docentes.

El ideario o carácter propio “se refiere a aquellos aspectos fundamentales [ideológicos, religiosos, pedagógicos] que caracterizan y definen la forma

²³ M. D. CEBRIÁ GARCÍA, “La enseñanza de la religión islámica en los centros docentes españoles”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 18, 2008.

²⁴ A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche*, cit., pp. 123–128.

de impartir la enseñanza en un centro educativo, que le diferencian de los demás centros, y que informan a los padres a la hora de elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos, contribuyendo con ello al pluralismo externo de centros docentes”²⁵. El **Tribunal Constitucional, en su sentencia 5/1981, de 13 de febrero**, ha determinado que el derecho a establecer un ideario propio es una faceta del derecho a crear centros docentes. El ideario no es una exigencia de carácter instrumental respecto del derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, aunque exista entre ambos aspectos una indudable interacción. Asimismo, el derecho a establecer el ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa.

4.2. *El sistema de conciertos*

El Tribunal Constitucional da como suficiente el deber de neutralidad de los centros docentes de titularidad pública para garantizar un nivel mínimo de libertad: “el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita” (**Sentencia 5/1981, de 13 de febrero**). Sin embargo, es igualmente cierto que el **artículo 27.9 de la Constitución española de 1978** establece que “[l]os poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”. La equiparación en la elección sin trabas económicas de la enseñanza de titularidad pública y la enseñanza de iniciativa social o privada, mediando ese artículo 27.9 de la Constitución, se opera a través del concierto educativo. O, dicho de otro modo, “[l]a finalidad a que los conciertos se orientan es la de colocar en igualdad de condiciones a los ciudadanos a la hora de ejercer el derecho de optar por la educación en centros públicos o privados; obviamente la importancia de dar efectividad a ese derecho de opción es muy superior en los niveles obligatorios de la enseñanza y por ello es allí donde se centra el instrumento de los conciertos”²⁶. El concierto educativo es un contrato público administrativo *sui generis* de financiación a favor del centro educativo, cumplidas unas condiciones legales. La financiación estatal cubre, en teoría, los gastos de salarios y cargas sociales del profesorado, por un lado, y “otros gastos” de la unidad escolar y el centro docente. A cambio, el centro docente se compromete a la gratuidad absoluta en ese nivel educativo concertado, así como a perder gran parte de la autonomía organizativa del titular del centro, lo cual se refleja en la intervención del

²⁵ A. M. T. PEÑA TIMÓN, *Ideario, centros concertados y financiación pública estudio legislativo y jurisprudencial*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, p. 103.

²⁶ *Ibid.*, p. 381.

consejo escolar en los aspectos rectores y organizativos y la limitación en la libre selección del alumnado.

5. La libertad académica

Por libertad académica se entiende “[l]a libertad de enseñar y debatir sin verse limitado por doctrinas instituidas, la libertad de llevar a cabo investigaciones y difundir y publicar los resultados de las mismas, la libertad de expresar libremente su opinión sobre la institución o el sistema en que trabaja, la libertad ante la censura institucional y la libertad de participar en órganos profesionales u organizaciones académicas representativas” (UNESCO, *Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior de 11 de noviembre de 1997*).

El artículo 20.1.c) de la Constitución española de 1978 reconoce la libertad de cátedra, en el contexto de la libertad de expresión. En su *Sentencia 5/1981 de 13 de febrero*, el Tribunal Constitucional señala que “[a]unque tradicionalmente por libertad de cátedra se ha entendido una libertad propia sólo de los docentes en la enseñanza superior (...) el constituyente de 1978 ha querido atribuir esta libertad a todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora”. Por tanto, el nombre libertad de cátedra es erróneo, como es designar la libertad religiosa con el término “libertad de culto”: es tomar la parte por el todo.

La libertad académica tiene un contenido relativo a la libertad ideológica y a la libertad de expresión en el ámbito docente. Aunque en la Universidad a los docentes nos gusta invocar la “libertad de cátedra” como “paraguas protector” que ampare el desarrollo de la maltrecha tarea docente, lo cierto es que la libertad académica no se extiende a los aspectos organizativos²⁷, como recuerda el Tribunal Constitucional, entre otros pronunciamientos, en su *Sentencia 217/1992, de 1 de diciembre de 1992*.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en su *Sentencia 5/1981 de 13 de febrero*, señala que el derecho a la libertad que llama de cátedra “se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esa libertad. Tales características vienen determinadas, fundamentalmente, por la acción combinada de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente en primer término, y el nivel o grado educativo al que tal puesto

²⁷ C. VIDAL PRADO, “Libertad de cátedra y organización de la docencia en el ámbito universitario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 28, 84, 2008.

docente corresponde, en segundo lugar”. Conforme se asciende en el nivel educativo, la libertad académica tiene un alcance mayor, quizá por el debilitamiento del principio de neutralidad.

Respecto del juego de la libertad académica frente al ideario del centro docente privado, la propia sentencia a la que se hacía referencia antes intenta orientar la armonización de ambos elementos. En efecto, la libertad de cátedra en los centros docentes privados o concertados puede quedar limitada por el respeto al ideario propio del centro; tal respeto no equivale a veneración o acatamiento, sino a consideración, atención o discreción. No pueden considerarse, a juicio del Tribunal Constitucional, vulneraciones del deber de respeto las simples y aisladas discrepancias a propósito de algún aspecto del ideario siempre que las manifieste razonadamente, con oportunidad y en la forma adecuada a la edad y grado de conocimiento y madurez de sus alumnos. Tampoco se incumple el deber de respeto al ideario si el profesor se inhibe o se niega con discreción a colaborar en prácticas religiosas o actividades ideológicas con las que no se siente identificado. Ahora bien: la libertad del profesor no le faculta para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario. En fin, la virtualidad limitante del ideario será sin duda mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejarían muy estrecho margen a las diferencias de idearios.

BIBLIOGRAFÍA

ARAÑA Y MESA, J. A., *La fundamentación de la libertad de enseñanza como derecho humano*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma, 2005.

BRIONES MARTÍNEZ, I. M., “¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa?”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, no. 3, 2003, p 5–.

CEBRIÁ GARCÍA, M. D., “La enseñanza de la religión islámica en los centros docentes españoles”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, no. 18, 2008, p 4–.

CHESTERTON, G. K., *Obras completas*, vol. 1, Aguilar, Madrid, 1161.

DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: los derechos educativos en la Constitución española*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- GAGO GUERRERO, P. F., “El democratismo, ¿vía hacia el progreso o a la decadencia?”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. 122, 2003.
- GARCÍA HOZ, V., “La libertad de educación y la educación para la libertad”, *Persona y Derecho*, vol. 6, 1979.
- GARCÍA-SANTESMASES, A., *Laicismo, agnosticismo y fundamentalismo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.
- GLENN, C. L., *El mito de la escuela pública*, Encuentro, Madrid, 2006.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., “La Enseñanza”, en Javier Ferrer Ortiz (ed.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed., Eunsia, Pamplona, 2007.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., *Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche*, CLUEB, Bologna, 2005, fecha de consulta 12 noviembre 2012, en <http://digital.casalini.it/8849125429>.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., “La libertad de enseñanza”, en Miguel Ángel Jurdado Ruiz-Capillas (ed.) *Derecho Eclesiástico del Estado*, 1ª ed., Colex, Madrid, 2011, pp. 173–194.
- LLORENT BEDMAR, V., “Libre elección de educación obligatoria en el ámbito de la Unión Europea. El cheque escolar y la escuela en casa”, *Revista de educación*, no. 335, 2004, pp 247–272.
- NAVARRO-VALLS, R., *Del poder y de la gloria*, Encuentro, Madrid, 2004.
- PEÑA TIMÓN, A. M. T., *Ideario, centros concertados y financiación pública estudio legislativo y jurisprudencial*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M., “La enseñanza de la religión en la escuela pública española (1979-2005)”, *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose (OLIR)*, 2005, fecha de consulta 10 noviembre 2012, en http://www.olir.it/aretematiche/73/documents/RodriguezBlanco_Ensenanza.pdf.
- SHIFFRIN, S. H., *The Religious Left and Church-State Relations*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

SOTELO, I., “Educación y Democracia”, en *Volver a pensar la educación: Congreso Internacional de Didáctica (La Coruña, 27 al 30 de Septiembre de 1993)*, vol. I, Ediciones Morata, 1995.

VIDAL PRADO, C., “Libertad de cátedra y organización de la docencia en el ámbito universitario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 28, no. 84, 2008.

CAPÍTULO 10. TUTELA JURÍDICA DE LA RELIGIÓN

1. Introducción

En el capítulo 3 se expuso un hecho preocupante: el 75% de la población mundial viven en países con altas o muy altas restricciones de la libertad religiosa¹. ¿Se debe esta situación al desconocimiento teórico o a la ausencia de un reconocimiento normativo de la libertad religiosa en gran parte del mundo? Probablemente no. Muchas Constituciones y Textos fundamentales del mundo reconocen la libertad religiosa y de creencias. Pero quizá lo hacen “en el papel” exclusivamente, de modo que cuando revisamos los instrumentos jurídicos para proteger esta libertad (y otros derechos fundamentales), comprobamos que no existen, o que no son puestos en práctica.

Lo cierto es que de nada sirve que un texto normativo proclame la voluntad de un Estado por proteger personas, bienes, derechos y libertades, si después el ordenamiento jurídico no ofrece los medios pertinentes para lograr el tempestivo y satisfactorio restablecimiento del sujeto en la posición de justicia.

No resulta desde luego suficiente la declaración de unas buenas intenciones; la protección jurídica “supone algo más: la posibilidad real de amparar eficazmente a los individuos y grupos frente a posibles violaciones concretas de su libertad debidas a la actuación —o a la pasividad— de las respectivas autoridades nacionales”².

La Constitución española de 1978 utiliza la expresión “garantía de los derechos fundamentales”, que no tiene un significado técnico-jurídico

¹ *RISING TIDE OF RESTRICTIONS ON RELIGION*, Pew Research Center’s Forum on Religion & Public Life, 2012, fecha de consulta 24 septiembre 2012, en <http://www.pewforum.org/uploadedFiles/Topics/Issues/Government/RisingTideofRestrictions-fullreport.pdf>.

² J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La protección internacional de la libertad religiosa”, en *Tratado de Derecho eclesástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, p. 145.

preciso³, y que pretende abarcar un conjunto heterogéneo de mecanismos, dirigidos a los poderes públicos, con el fin de “asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, a evitar su modificación así como a velar por la integridad de su sentido y función”⁴.

Estos mecanismos jurídicos son de dos tipos: normativos e institucionales, por un lado, y de tutela judicial de los derechos, por otro. Veamos a continuación estos tipos, con una atención más centrada en los mecanismos judiciales o jurisdiccionales.

2. La protección normativa o institucional de la libertad religiosa

Entre las garantías normativas o institucionales⁵ que protegen la libertad religiosa cabe enumerar:

- a. La vinculación general de las normas constitucionales, tal como se ordena en los artículos **53.1** y **9.1** de la Constitución española de 1978.
- b. La aplicabilidad directa de los artículos 14 y 16, tal como reconoce la **Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1982, de 21 de diciembre**: “no puede, en modo alguno, olvidarse la eficacia directa e inmediata que la Constitución tiene como norma suprema del ordenamiento jurídico, sin necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador ordinario en lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas”.
- c. La reserva de ley ordinaria para la “regulación” y reserva de ley orgánica para el “desarrollo” del derecho de libertad religiosa.
- d. El respeto al “contenido esencial” del derecho de libertad religiosa⁶.
- e. La interpretación del derecho de libertad religiosa en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (**artículo 10.2 de la Constitución**).
- f. Las fuertes limitaciones a la reforma constitucional del artículo 16, dados los trámites establecidos en el **artículo 168 del texto constitucional**.

³ L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 73.

⁴ A. C. ÁLVAREZ CORTINA, “La protección jurisdiccional de la libertad religiosa”, en Andrés Corsino Álvarez Cortina, Miguel Rodríguez Blanco (eds.) *La libertad religiosa en España: XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de Julio (comentario a su articulado)*, Comares, Granada, 2006, pp. 125–126.

⁵ S. SÁNCHEZ Y OTROS, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 72–73.

⁶ M. LÓPEZ ALARCÓN, “Contenido esencial del derecho de libertad religiosa”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 15, 1997.

- g. Los controles normativos del Tribunal Constitucional en los casos de cuestiones de inconstitucionalidad, recursos de inconstitucionalidad y de control de los tratados internacionales.
- h. Las instituciones del Defensor del Pueblo (**artículo 54** de la Constitución y **Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril**) y el Ministerio Fiscal (**artículo 124.1** y **Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal**).
- i. La vigencia del derecho de libertad religiosa incluso en situaciones de suspensión de derechos fundamentales, conforme a lo dispuesto en la **Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio**.

3. Protección jurisdiccional de la libertad religiosa

3.1. El “amparo ordinario” de los derechos fundamentales

El **artículo 53.2 de la Constitución española de 1978** establece un proceso especial de protección de los derechos fundamentales, basado en los principios de “preferencia” (prioridad en la tramitación) y “sumariedad” (sólo puede versar sobre la violación de derechos fundamentales, no sobre otras cuestiones conexas en el mismo caso).

Estamos ante el “amparo ordinario”, es decir, aquel que otorgan los Tribunales ordinarios a los derechos fundamentales de las personas. Inicialmente regulado por la **Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona**, se ha ido produciendo una regulación específica en el orden civil, penal, laboral y contencioso-administrativo.

Respecto del orden civil, **el artículo 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** dispone que “se decidirán en Juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía: (...) 2.º Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente”. “Por medio de este procedimiento se ejercitaría la pretensión de reconocimiento o restablecimiento del derecho de libertad religiosa, derivada de su violación por un particular y fundada en normas constitucionales que tienen su incidencia en el Derecho privado. En la práctica, el proceso civil especial ha quedado reservado para las demandas de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la

propia imagen y, con mucha menor frecuencia, a algunos asuntos relativos al derecho de asociación, por lo que su operatividad en el campo propio de la libertad religiosa es escasa y rara”⁷.

En el orden penal, el legislador no ha creado un proceso específico, sino que ha aprovechado una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que trataba de acortar el proceso penal en el supuesto de delitos considerados menos graves, para asimilar a efectos procedimentales, a esas conductas ilícitas, las vulneraciones penales de algunos derechos fundamentales (ver **artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**).

En el orden laboral, regula el amparo ordinario la **Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la jurisdicción social**, en sus **artículos 177 y siguientes**. La víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley (artículo 177). En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, así como las demás medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia (artículo 180). La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado; b) declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada; c) ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados; d) dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera.

⁷ A. C. ÁLVAREZ CORTINA, “La protección jurisdiccional de la libertad religiosa”, cit., pp. 131–132.

En el orden contencioso-administrativo, la **Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998** regula un procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, contenido en los **artículos 114 y siguientes**. Este procedimiento constituye la más importante manifestación del procedimiento preferente y sumario, porque la mayor parte de las vulneraciones de derechos fundamentales son imputables a la Administración pública. Se trata de un procedimiento contencioso-administrativo especial, en el que cabe impugnar cualquier forma de actuación administrativa (reglamentos, actos administrativos, inactividad de la Administración y vías de hecho). Cabe formular las mismas pretensiones (declaración de no ser conforme a derecho, anulación, y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, incluida la indemnización de daños y perjuicios) que en el proceso contencioso-administrativo ordinario. Las principales características de este procedimiento son las siguientes⁸:

- a. No es preceptivo el recurso administrativo previo;
- b. En el escrito de interposición, a diferencia de lo que ocurre en el recurso contencioso-administrativo ordinario, es preciso indicar concisamente los argumentos sustanciales en que se funda la solicitud de protección de derechos fundamentales; ello permite al Tribunal, de oficio o a instancia de parte, convocar una vista preliminar si estima que puede haber algún motivo de inadmisión;
- c. Siempre debe darse traslado al Ministerio Fiscal para que, como defensor objetivo de la legalidad y de la efectividad de los derechos fundamentales, haga las alegaciones que tenga por conveniente;
- d. Distanciándose de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, que preveía la suspensión automática del acto impugnado salvo que se demostrara que ello era gravemente perjudicial para el interés público, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no establece, para el procedimiento preferente y sumario, excepción alguna en materia de medidas cautelares;
- e. Contra la sentencia dictada en el procedimiento preferente sumario cabe siempre recurso.

⁸ L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 81.

3.2. El “amparo extraordinario” de los derechos fundamentales

El recurso de amparo es, junto con el procedimiento preferente y sumario, la otra vía de protección jurisdiccional reforzada del derecho fundamental de libertad religiosa.

Es importante hacer notar que la **Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo**, modificatoria de la **Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional** (LOTC), realiza algunas alteraciones relativas a esta materia. En efecto, “[e]l elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución. Y así, entre las modificaciones que se introducen en relación con el amparo se pueden destacar el cambio en la configuración del trámite de admisión del recurso, la habilitación a las Secciones para su resolución y la reforma del trámite de cuestión interna de constitucionalidad prevista en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre” (Exposición de Motivos).

El ámbito de protección del recurso de amparo viene dado por los mismos derechos fundamentales susceptibles de la protección mediante procedimiento preferente y sumario (artículo 14 y Sección 1ª) más la objeción de conciencia al servicio militar del **artículo 30.2 de la Constitución**. El recurso de amparo puede tener como objeto cualquier actuación de los poderes públicos idónea para vulnerar derechos fundamentales. El único tipo de actuación de los poderes públicos que no es susceptible de ser combatido *directamente* mediante el recurso de amparo es la ley y los demás actos con fuerza de ley.

Según cuál sea el objeto del recurso, varían los plazos para su interposición. Contra actos sin fuerza de ley de las asambleas legislativas (Congreso de los Diputados Senado, Parlamentos autonómicos), el recurso de amparo puede interponerse “dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes” (**artículo 42 LOTC**). Contra las actuaciones judiciales, el plazo es de 30 días a partir de la notificación de la resolución recaída en proceso judicial (**artículo 44.2 LOTC**), siempre que dicha resolución judicial sea firme;

contra las actuaciones administrativas, el plazo es de 20 días (**artículo 43 LOTC**).

La legitimación para interponer el recurso de amparo corresponde, según el **artículo 162.1.b de la Constitución española de 1978**, a “toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”. Es claro que el titular del derecho fundamental lesionado tiene siempre, por definición, un interés legítimo; pero esta última idea es más amplia que la de titularidad del derecho mismo y, por ello, no es absolutamente preciso ostentar la titularidad del derecho fundamental vulnerado para poder recurrir en amparo. El Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal tienen una legitimación autónoma, en el sentido de que no actúan necesariamente en sustitución de la persona agraviada, sino en su condición de instituciones que tienen constitucionalmente encomendada la misión de defender los derechos de los ciudadanos. La legitimación pasiva corresponde al ente público a quien se imputa la violación del derecho fundamental, y pueden comparecer como coadyuvantes las personas, públicas o privadas, que ostenten un interés legítimo en el mantenimiento del acto impugnado (**artículo 47.1 LOTC**).

El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso (**artículo 49.1 LOTC**). La demanda deberá superar el trámite de admisión, que no se limita a comprobar el cumplimiento de los requisitos formales, sino que comprueba igualmente que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales (**artículo 50.1. b) LOTC**).

Una vez admitido el recurso de amparo, la Sala debe dar vista de las actuaciones (expediente administrativo, autos judiciales, etc.) a todos los personados para que, en plazo común de veinte días, presenten las alegaciones escritas que estimen pertinentes. La Sala puede, de oficio o a instancia de parte sustituir este trámite por una vista oral, que en la práctica es extraordinariamente infrecuente.

La Sala o, en su caso, la Sección, al conocer del fondo del asunto, pronunciará en su sentencia el otorgamiento de amparo o denegación del mismo (**artículo 53 LOTC**). El otorgamiento del amparo puede traer consigo el mero reconocimiento o declaración del derecho, la anulación del acto impugnado, el restablecimiento del recurrente en el pleno goce de su derecho, absteniéndose de mayores consideraciones sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales (**artículo 54 LOTC**) salvo situaciones de *error in iudicando* por parte de dichos órganos.

En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia (autocuestión de inconstitucionalidad, **artículo 55.2 LOTC**).

3.3. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El rasgo más característico del **Convenio (Europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950** es el eficaz sistema de protección de los derechos que lo acompaña, verdaderamente judicial, y articulado sobre el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos funciona como una especie de Corte constitucional en la interpretación del Convenio Europeo, que se ha convertido de alguna manera en el *Bill of Rights* de la Europa democrática, más allá de los márgenes de la Unión Europea⁹. El Tribunal comenzó sus actividades en 1959. Se compone de tantos jueces como Estados partes, elegidos de entre una terna propuesta por cada Estado a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que hace la elección. El mandato de cada juez dura nueve años sin posibilidad de reelección. El Tribunal funciona en Comités de 3 jueces, en Salas de siete jueces y en Gran Sala de diecisiete jueces. La estructura y procedimiento del Tribunal ha cambiado sustancialmente a raíz del Protocolo 11 que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998 y del Protocolo 14, que entró en vigor el 1 de junio de 2010. Con el Protocolo 11 se suprimió la actuación de la Comisión europea como órgano de resolución previo al Tribunal Europeo e igualmente eliminó las funciones judiciales del Consejo de Ministros. De forma, que el Tribunal puede recibir directamente las reclamaciones de cualquier

⁹ R. NAVARRO-VALLS; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe”, en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, p. 214.

persona, organización no gubernamental o grupo de individuos, siempre que hayan agotado los posibles recursos internos contra la vulneración denunciada. Con el Protocolo 14 (reforma de la reforma) se establecen nuevas medidas de admisibilidad de las demandas, ejecución de sentencias y nombramiento de jueces.

El artículo 9 del Convenio reconoce el derecho fundamental de libertad religiosa; en consecuencia, en la medida en que las autoridades nacionales españolas incumplieran con lo convenido en este punto, cualquier ciudadano español podría acudir al Tribunal Europeo de derecho Humanos, siempre y cuando hubiera agotado previamente los recursos jurídicos del propio ordenamiento nacional.

Cada demanda es examinada por un magistrado que se ocupa de determinar la admisibilidad del asunto; el Comité determina la admisibilidad por unanimidad; en caso de no existir unanimidad, se remite la decisión de admisibilidad a la Sala. Ésta se ocupa del examen del asunto admitido, mientras que la Gran Sala tiene atribuido el conocimiento de recursos contra las sentencias de las Salas, cuando se plantee una cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez firmes, tienen fuerza vinculante para el Estado (“se compromete a acatar”, artículo 46.1 del Convenio) que ha sido parte en el correspondiente litigio. Por su parte, el artículo 41 del mismo Convenio, establece que si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. Esta satisfacción ha de ser pedida por la parte demandante y es acordada por el Tribunal, normalmente tiene forma pecuniaria (daño material y moral). Estas medidas se ven completadas por la Recomendación del Comité de Ministros de 19 de enero de 2000 (**Recommendation No. R (2000) 2**) en la que exhorta a los Estados partes para que adopten las medidas precisas en los ordenamientos internos para que el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos admita siempre la *restitutio in integrum*, la reposición de las cosas al estado anterior a la violación del derecho.

4. Tutela penal

En el ordenamiento español, la libertad religiosa goza de tutela penal específica. En nuestro Código penal, dentro del Capítulo IV “De los delitos

relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, el amplio enunciado que se da a los delitos que configuran la protección penal de la libertad religiosa (“De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”) ha conducido a la doctrina a plantearse cuál es el bien jurídico protegido.

Ese bien jurídico parece venir constituido por conductas propiamente religiosas o relativas a la religión, ya directamente, ya por vía de rechazo o de analogía. Es decir, se protege al individuo porque observa una conducta de similar alcance que la religión, o bien se protege al individuo precisamente porque se atenta contra él por no tener religión. Y respecto del respeto a los difuntos, parece dudoso que pueda considerarse como bien objeto de tutela un valor social general sin más, o la dignidad de los miembros del cuerpo social (aun después de fallecidos, ¿se es miembro del cuerpo social?), o las convicciones ideológicas individuales (¿de quiénes?). En consonancia con la rúbrica de la Sección, la doctrina también ha entendido que el bien jurídico protegido sería los “sentimientos religiosos” de los miembros de una determinada comunidad o grupo, no los de la sociedad general. Quizá en algunos de los tipos, lo normal sería considerar que el bien jurídico protegido es una faceta específica del derecho al honor.

En cualquier caso, la Sección correspondiente del Código penal español comprende los delitos contra la libertad religiosa (impedir o forzar la práctica de actos religiosos, **artículo 522**; impedir o perturbar los actos de las confesiones religiosas inscritas, **artículo 523**), los delitos contra los sentimientos religiosos (actos de profanación en lugar destinado al culto, **artículo 524**; escarnio y vejación, **artículo 525**); y respeto a los difuntos (**artículo 526**)¹⁰.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CORTINA, A. C., “La protección jurisdiccional de la libertad religiosa”, en Andrés Corsino Álvarez Cortina, Miguel Rodríguez Blanco (eds.) *La libertad religiosa en España: XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de Julio (comentario a su articulado)*, Comares, Granada, 2006, pp. 125–144.

DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

¹⁰ J. FERREIRO GALGUERA, *Protección jurídico penal de la religión*, Universidade da Coruña. Servicio de Publicacións, Coruña, 1998.

- FERREIRO GALGUERA, J., *Protección jurídico penal de la religión*, Universidade da Coruña. Servicio de Publicacións, Coruña, 1998.
- LÓPEZ ALARCÓN, M., “Contenido esencial del derecho de libertad religiosa”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, no. 15, 1997, pp 25–40.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “La protección internacional de la libertad religiosa”, en *Tratado de Derecho eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994.
- NAVARRO-VALLS, R.; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “The Protection of Religious Freedom in the System os the Council of Europe”, en *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, pp. 209–238.
- Rising Tide of Restrictions on Religion*, Pew Research Center’s Forum on Religion & Public Life, 2012, fecha de consulta 24 septiembre 2012, en <http://www.pewforum.org/uploadedFiles/Topics/Issues/Government/RisingTideofRestrictions-fullreport.pdf>.
- SÁNCHEZ, S.; GOIG MARTÍNEZ, J. M.; MARTÍN DE LLANO, M. I.; REVIRIEGO PICÓN, F.; SALVADOR MARTÍNEZ, M.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. Y OTROS, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.