

DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

Derecho de la laicidad



Jose Antonio Rodríguez García
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Rey Juan Carlos

©2023 JOSE ANTONIO RODRÍGUEZ GARCÍA

Diseño de la portada: LA DOBLE ELE



Algunos derechos reservados

**Este documento se distribuye bajo la licencia
"Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional"
de Creative Commons, disponible en
<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>**

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Abreviaturas	4
Introducción	6
Lección 1. CONCEPTO Y CIENCIA DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO	7
Lección 2. LOS MODELOS DE RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y EL FENÓMENO RELIGIOSO	39
Lección 3. LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO ESPAÑOL VIGENTE	51
Lección 4. EL SISTEMA DE RELACIÓN VIGENTE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.	68
Lección 5. LAS FUENTES DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO ESPAÑOL	133
Lección 6. DERECHO DE EDUCACIÓN, LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y LAICIDAD.	149
Lección 7. DERECHO A LA INFORMACIÓN, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAICIDAD.	182
Lección 8. LEYES NEUTRALES, OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y "ACOMODACIÓN RAZONABLE", (Primera parte).	212
Lección 9. LEYES NEUTRALES, OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y "ACOMODACIÓN RAZONABLE". (Segunda parte: EL DERECHO A FUNDAR FAMILIA).	255
Lección 10. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS.	287
Lección 11. EL RÉGIMEN ECONÓMICO Y TRIBUTARIO DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS.	314
Lección 12. ASISTENCIA RELIGIOSA EN LOS CENTROS PÚBLICOS.	327

ABREVIATURAS

AAE	Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979.
ACIE	Acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, de 10 de noviembre).
ADEE	Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado.
AEAC	Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979.
AEPD	Agencia Española de protección de datos.
AAJ	Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979.
art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
B.O.	Boletín Oficial
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado.
CC. AA.	Comunidades Autónomas
CC; Cc	Código Civil
CE.	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
CEE	Comunidad Económica Europea
cfr.	Cónfer ("compárese")
CIE	Comisión Islámica de España
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.
E.S.O.	Educación Secundaria Obligatoria
ed.	Edición
EE. UU.	Estados Unidos
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
F. J.	fundamento jurídico
FCI	Federación de Comunidades Israelitas
FCJE	Federación de Comunidades Judías de España
FEERI	Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas
FEREDE	Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España
FF. JJ.	Fundamentos jurídicos
fund. jur.	fundamento jurídico.
GIA	Grupo Islámico Armado
IBI	Impuesto sobre bienes inmuebles
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LFB	Ley Fundamental de Bonn
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
L.O.	Ley Orgánica.
LODE	Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
L.O.L.R.	Ley Orgánica de Libertad Religiosa (Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio).
LOMCE	Ley Orgánica de Mejora de la Calidad Educativa (Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre).

LOMLOE	Ley Orgánica 3/2020, que modifica la LOE.
LOPD	Ley Orgánica 3/2018, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y garantía de los derechos digitales.
LOU	Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.
LOSU	Ley Orgánica 2/2023, del sistema universitario.
LPHE	Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español
nº	número
ONG	organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	ópere citato ("en la obra citada")
p.	Página,s
PGOU	Plan General de Ordenación Urbana
R. D.	Real Decreto
RAE	Real Academia Española
RER	Registro de Entidades Religiosas.
RGP	Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario
RTVE	Radio Televisión Española
ss	siguientes
Ss	Sentencias
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
T.C.	Tribunal Constitucional.
T.E.D.H.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
T.S.	Tribunal Supremo.
T.V.E.	Televisión Española.
TCCC	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, 27 de marzo de 1957.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
U. E.	Unión Europea
U. S.	United States
U.C.M.	Universidad Complutense de Madrid.
UCIDE	Unión de Comunidades Islámicas de España.
UCIE	Unidad Central de Información Exterior
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
UNESCO.	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y la Cultura.
Vid.	vide ("véase")
vol.	Volumen
VV. AA.	Varios Autores

Introducción

Esta obra viene a recopilar las lecciones que durante estos últimos años he ido subiendo al Aula virtual y que ahora se publican, en abierto, en el repositorio de la Biblioteca de la Universidad Rey Juan Carlos. Estas lecciones siguen el programa de la asignatura recogido en la guía docente. Dicho programa viene a responder a la estructura de la obra del profesor LLAMAZARES, titulada: *Derecho de la libertad de conciencia* (dos volúmenes), última edición de 2011. Insisto en que se trata de una obra docente dirigida a los alumnos y las alumnas que cursan el grado en Derecho o cualquier doble grado con Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos. Por último, fruto de la reflexión, realizada durante estos últimos años, el contenido de las lecciones se centra en la perspectiva jurídica que entiende que el objeto de estudio de esta disciplina jurídica, denominada Derecho Eclesiástico del Estado, es el principio de laicidad como garantía de la igualdad en la libertad de conciencia.

I. Introducción: Teoría General del Derecho Eclesiástico del Estado.

LECCIÓN 1ª

CONCEPTO Y CIENCIA DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

1. Introducción. 2. El Derecho eclesiástico como sinónimo de Derecho canónico. 3. Presupuestos y factores determinantes de la evolución del concepto de Derecho Eclesiástico del Estado hacia su significación actual. A) Los factores histórico-políticos. a) El Estado Moderno como presupuesto. b) La Reforma protestante. c) El Regalismo. B) Los factores filosóficos-jurídicos. a) La Escuela Racionalista del Derecho Natural. b) La Escuela Histórica del Derecho. c) El Positivismo jurídico. 4. El concepto de Derecho Eclesiástico del Estado en su significación actual. A) La doctrina dualista italiana. B) El Derecho Eclesiástico del Estado como "Legislatio Libertatis". C) El proceso de secularización. D) El Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia. E) El principio de laicidad como garantía del Derecho de libertad de conciencia. F) El Derecho Eclesiástico del Estado y el sistema democrático.

CONCEPTO Y CIENCIA DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

El primero objetivo de esta Lección es que los alumnos y las alumnas tengan conocimiento de la evolución histórica del concepto de Derecho Eclesiástico del Estado como disciplina autónoma dentro de las diferentes ramas científicas en que se divide la ciencia jurídica (y, de manera especial, la diferenciación de este Derecho estatal del Derecho Canónico, el Derecho propio de la Iglesia católica). Esa evolución histórica culmina con la configuración del Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia y, su relación directa, con el sistema democrático. Por tal motivo, el segundo objetivo básico es el estudio del contenido de la libertad de conciencia, su relación y su diferenciación con otras libertades o derechos fundamentales, como la libertad religiosa y, por último, la configuración de la laicidad como garantía de la libertad de conciencia y del sistema democrático.

1. Introducción

El estudio del concepto de "Derecho Eclesiástico", como ciencia jurídica, va indisolublemente unido al estudio de su evolución histórica, como puso de manifiesto el profesor Luigi DE LUCA¹. El término "Derecho eclesiástico" ha sufrido una serie de continuas mutaciones hasta ser entendido, en la actualidad, como Derecho de la libertad de conciencia, siguiendo al profesor LLAMAZARES². Estas mutaciones se han producido, por un lado, en el contenido u objeto regulado por este Derecho y, por otro, en las fuentes jurídicas que lo han ido creando, debido a la relación entre Derecho divino y Derecho positivo, entre Derecho estatal y Derecho religioso; entre otras cuestiones. Estas relaciones llevarán aparejadas la configuración del Derecho Eclesiástico alrededor del monismo o dualismo de fuentes jurídicas. Estas transformaciones se han debido a las aportaciones de las diversas corrientes o concepciones jurídicas que se han sucedido en la historia del pensamiento jurídico, así como a diferentes factores históricos, políticos, religiosos y sociales que han incidido decisivamente en su formación histórica. Todo ello podría haber dificultado una configuración y delimitación coincidente, por parte de la doctrina jurídica, sobre el concepto actual de Derecho Eclesiástico del Estado³.

2. El Derecho eclesiástico como sinónimo de Derecho canónico.

La expresión "*Ius ecclesiasticum*" surge a finales del siglo IV y era utilizada para designar la "*potestas ecclesiastica solvendi et legandi*" y el "*ius peccata donandi*"⁴ de los papas. Estas potestades estaban vinculadas a la *plenitudo potestas* de los papas⁵. No obstante, el término ("*Ius ecclesiasticum*") fue utilizado por el papa Siricio en el año 385 y pretendía diferenciar entre la norma emitida por la autoridad eclesiástica competente respecto de la norma emitida por

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

² LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*. Vol. I. Cuarta edición. Civitas, 2011.

³ RODRÍGUEZ GARCIA, J. A.: *Derecho eclesiástico del estado: la laicidad como garantía de la libertad de conciencia y del sistema democrático*, BURJC, 2018, <http://hdl.handle.net/10115/15730>.

⁴ HARNACK, A.: *Ius ecclesiasticum*, Berlin, 1903, XI Sitzung, p. 221.

⁵ ROJAS DONAT, L.: "Potestas ligandi et solvendi: Notas histórico-jurídicas en torno a los orígenes de la primacía del Obispo de Roma", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXVII, 2005, p. 339-351.

las autoridades civiles⁶. En este punto es importante el contexto histórico donde surge este concepto, la declaración de la Iglesia cristiana como religión oficial con la constitución *Cunctos populos* (380) del emperador Teodosio. Como consecuencia de esta constitución, los emperadores romanos van a intervenir en los asuntos internos de la Iglesia cristiana y las normas de origen canónico sólo adquieren imperatividad formal por el respaldo de la autoridad del emperador romano.

Entre el siglo VI y el siglo IX se utilizaba la expresión "*Iura ecclesiastica*" para designar al conjunto de normas jurídicas. Y, en el siglo XII, "*Ius ecclesiasticum*" se contraponía a "*Ius forense*"⁷. El Derecho eclesiástico era una parte del Derecho canónico (*Ius Canonicum*), que emanaba de la Iglesia cristiana. Durante toda la Edad Media se produce una identificación entre Derecho Eclesiástico y Derecho canónico (Derecho de la Iglesia católica).

Las tensiones durante la Edad Media entre el Imperio y el Papado confluirán en la consolidación de la figura del rey-juez (*rex, in regno suo imperator*) como precedente del Estado Moderno⁸. Como consecuencia de este hecho, se producirá una incipiente *secularización* del poder, de las instituciones y del Derecho. Este proceso de secularización supondrá una cada vez mayor intervención estatal en las materias religiosas que se irá consolidando con dos hechos históricos sumamente relevantes: la Reforma protestante y el Regalismo.

Los eclesiasticistas pueden reconocer como sus antepasados a los "legistas" de la corte del rey francés Felipe IV, el Hermoso, que elaboraron los argumentos jurídicos (basándose en el Derecho romano) en el enfrentamiento contra el papa Bonifacio VIII. El conflicto jurídico había surgido sobre la inmunidad de las propiedades de la Iglesia católica y su exención del pago de impuestos. Este hecho

⁶ SZUROMI, S. A.: *Dottrina e disciplina della Chiesa: Teoría, fonti, istituti*, Frank & Timme GmbH, 2016, p. 17.

⁷ LARICCIA, S.: *Diritto ecclesiastico*, CEDAM, Padova, 1986, p. 3.

⁸ GARCÍA PELAYO, M.: *El reino de Dios, Arquetipo político (Estudio sobre las formas políticas de la alta Edad Media)*, en *Obras Completas*, I. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 904; SOUTO PAZ, J. A: "La idea medieval de nación", en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 2, (septiembre-diciembre), 1997, p. 128-132.

significó la última de las grandes querellas medievales entre el poder real y el papado⁹.

3. Presupuestos y factores determinantes de la evolución del concepto de Derecho Eclesiástico del Estado hacia su significación actual.

A) Los factores histórico-políticos.

a) El Estado Moderno como presupuesto.

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

b) La Reforma protestante.

La Reforma protestante significará el entender la "Iglesia" sólo en el plano espiritual alejada de las cuestiones temporales y, en consecuencia, crítica la intervención de la Iglesia católica en los asuntos políticos. La Reforma protestante provoca el surgimiento, bajo el principio "*cuius regio eius religio*", del fenómeno de las Iglesias Nacionales. Este principio determinó la posibilidad de elegir religión; posibilidad sólo reservada al príncipe, o rey, que la imponía a sus súbditos. Dicha elección estaba restringida, en un primer momento, a dos religiones (luterana y católica —Paz de Augsburgo, 1555—) y, posteriormente, se ampliará a una tercera (calvinista —Paz de Westfalia, 1648—). Esta doctrina de la Reforma protestante supondrá, lógicamente, la intervención de los reyes y príncipes en

⁹ LOMBARDIA, P.: "Il rapporto tra Diritto canonico e Diritto ecclesiastico", en *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 71; MARTÍNEZ TORRÓN, J.: *Religión, Derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado*, Comares, Granada, 1999, p. 13-14.

asuntos eclesiásticos, incluso en materias que afectan a la organización y autonomía interna de las confesiones como preceptos litúrgicos, de ahí que la Iglesia Nacional quede convertida en una dependencia política del Estado. No existe separación entre el Estado y la iglesia oficial.

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

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

c) El Regalismo.

Las doctrinas regalistas (denominada "herejía administrativa"¹⁰) implicaron la intervención de los reyes católicos en los asuntos eclesiásticos a través de los denominados "*iura maiestatica circa sacra*" que fueron configurando las peculiaridades de las distintas Iglesias nacionales, en función de los privilegios que conseguían arrancar al papa; construyendo el Derecho nacional sobre materia religiosa a través de la doctrina del jurisdiccionalismo territorial. Lo que implica reconocer que en el reino sólo puede haber un poder supremo que es el rey.

El jurisdiccionalismo territorial provocará, en Francia, la configuración de la "Iglesia galicana". El galicanismo implicó que el poder temporal asumiera la responsabilidad del poder espiritual, confirmándose con el Concordato de 1516, y teniendo su culminación

¹⁰ MENÉNDEZ PELAYO, M.: *Historia de los heterodoxos españoles*, BAC, 1956, Tomo II, p. 395.

en la Declaración del clero de 1682, durante el reinado de Luis XIV¹¹. Esta intervención real en materia religiosa dio lugar, en Francia, a una ciencia jurídica nueva, el "***Droit civil ecclésiastique***", entendido como la legislación y la jurisprudencia estatal en materia eclesiástica. Por otra parte, la configuración de esta materia directamente relacionada con la actividad administrativa de policía implicará que sea denominada como "policía de cultos o eclesiástica"¹².

En definitiva, tanto el Regalismo como la Reforma protestante implican un cambio en el concepto de Derecho eclesiástico que supondrá un dualismo en la fuente jurídica (confesiones religiosas y Estado) pero monista en cuanto a la materia —religiosa o eclesiástica—.

B) Los factores filosóficos-jurídicos.

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

a) La Escuela Racionalista del Derecho Natural.

La Escuela Racionalista del Derecho Natural desarrolló hasta sus últimas consecuencias las tendencias secularizadoras del Renacimiento. El iusnaturalismo racionalista concibe el Derecho Natural como el Derecho de la razón universal. La razón humana es la única fuente del Derecho natural y será concebida autónomamente, lo que pondrá las bases para diferenciar la filosofía de la teología y la

¹¹ BARBIER, M.: *La laïcité*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 20 ; BOYER, A.: *Le droit des religions en France*, P.U.F., Paris, 1993, p. 27.

¹² DE LUCA, L.: op. cit., p. 52-54 y 118. Se ha señalado que durante el siglo XVII algunos escritores protestantes y unos pocos de tendencia jurisdiccionalista usaron el término "policía eclesiástica" para designar el complejo de normas jurídicas emanadas del Estado en materia eclesiástica, vid. CIPROTTI, C.: *Diritto ecclesiastico*, CEDAM, Padova, 1964, p. 5. Esta concepción del Derecho eclesiástico como policía eclesiástica determina que haya sido una parte del Derecho estatal administrativo, vid. DE LUCA, L.: op. cit., p. 53.

moralidad natural de la sobrenatural. La razón no se encontrará sometida a la revelación divina, sino que quedará sometida a la crítica de la razón. El estudio del Derecho natural se concibe como una solución a las diferencias religiosas e, incluso, de los *diversos modos de vivir* y se apela al Derecho Natural como un instrumento de superación de tales diferencias. El Derecho se concebirá como inmutable y fijo, como algo absoluto y estático, prescindiendo de la historia. Con este aparataje conceptual, surge la **Escuela de Derecho Eclesiástico de HALLE**¹³. Esta Escuela determina que los conceptos de "Derecho Eclesiástico" y de "Iglesia"¹⁴ se deben deducir de esquemas abstractos elaborados apriorísticamente por la razón, pero no se debían deducir del Derecho positivo. El Derecho Eclesiástico natural se concibe, para esta Escuela de HALLE, como un Derecho unitario, eterno, inmutable y divino (Dios es la propia razón legisladora de la que deriva la razón humana)¹⁵. Esta corriente iusfilosófica sostiene la aplicabilidad de un concepto unitario de Derecho Eclesiástico, incluso fuera de las iglesias cristianas y la subordinación del Derecho positivo al Derecho natural. Este planteamiento supondrá calificar esta rama del Derecho como eclesiástica debido a la materia desechando el origen de procedencia de las normas del Derecho positivo que, para esta Escuela, no es objeto de su consideración. Esta conclusión llevará consigo la inclusión de las normas de las iglesias cristianas dentro del concepto de Derecho Eclesiástico. Una posterior extensión incluirá, también, las normas de cualquier confesión religiosa, incluso no cristiana; es decir, incluirá todos los Derechos confesionales. En definitiva, siguiendo este argumento, nos encontraríamos ante una concepción dualista en cuanto a las fuentes jurídicas y monista en cuanto al objeto de estudio, olvidando la distinción entre ordenamiento confesional y

¹³ Esta Escuela estaba formada por teólogos y juristas protestantes y fue fundada con la colaboración de PUFENDORF y se relaciona con THOMASIIUS (DE LUCA, L.: op. cit., p. 15). Sobre los autores, directa o indirectamente, relacionados con esta Escuela, vid. DE LUCA, L.: op. cit., p. 16 nota nº 20. PUFENDORF calificaba a las iglesias como meras asociaciones dentro del Estado, sometidas a su ordenamiento en su obra *De habitudine Religionis Christianae ad vitam*, Bremen, 1687.

¹⁴ El concepto de "Iglesia" no hace referencia a la Iglesia cristiana, no al menos a la Iglesia católica, es "toda sociedad que se reúne para un culto externo común", vid. DE LUCA, L.: op. cit., p. 16.

¹⁵ En este punto es conveniente tener en cuenta la aportación de Hugo GROTIUS con su famosa frase (1625): "*Etsi Deus non daretur*" ("*Como si Dios no existiera*") como fundamento primigenio del principio de laicidad.

ordenamiento estatal; en resumen, en el Derecho eclesiástico se incluirán normas derivadas de las iglesias, del Estado y normas concordatarias.

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

La *Ilustración*¹⁶ aportará ***las ideas de que el Estado no puede intervenir en materia de fe y que no puede actuar como brazo secular al servicio de las iglesias.*** La Ilustración supondrá la concepción de la autonomía e independencia de la verdad, del poder político y del Derecho de la fe religiosa, lo que tendrá enormes efectos en el futuro desenvolvimiento de los acontecimientos históricos que influirán, decisivamente, en el concepto del Derecho Eclesiástico, de la libertad de conciencia, de la laicidad y de la democracia. El Derecho se seculariza, ya que no encuentra su fundamento en el Derecho divino, sino en la voluntad popular, idea aportada por las teorías del contrato social y que fundamenta el sistema democrático. La religión se considera una cuestión de Estado y, en consecuencia, la tolerancia y la libertad

¹⁶ "Ilustración significa, siguiendo a KANT, el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo. Esta minoría de edad significa la incapacidad para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. (...) He tratado del punto principal de la ilustración, a saber, la emancipación de los hombres de su merecida tutela, en especial por lo que se refiere a cuestiones de religión".

religiosa serán los principios informadores de la materia eclesiástica junto con el *requisito previo de la separación entre ambos poderes*¹⁷.

Un paso decisivo en la evolución del concepto de Derecho Eclesiástico en función del criterio de la materia, son las revoluciones americana¹⁸ y francesa¹⁹, fundamentalmente esta última. Ya que a ellas se deben la formulación de situar los derechos y libertades fundamentales en el centro del sistema político y, también, van a situar a la religión en la esfera privada del individuo reduciendo esta materia al Derecho común: la regulación de la libertad de pensamiento en general. Por otra parte, las confesiones religiosas serán consideradas como una asociación más. Este proceso supone también la *secularización* de la libertad de conciencia (de

¹⁷ LOCKE en la *Carta de la Tolerancia* (1689) [Tecnos, Madrid, 1991], dice: "Ahora bien, toda jurisdicción del magistrado civil extiende únicamente a estos intereses civiles, y todo poder, derecho y dominio civil está limitado y restringido al solo cuidado de promover esas cosas y no puede ni debe, en manera alguna, extenderse hasta la salvación de las almas. (...). Primero, porque el cuidado de las almas no está encomendado al magistrado civil ni a ningún otro hombre. No está encomendado a él por Dios, porque no es verosímil que Dios haya nunca dado autoridad a ningún hombre sobre otro como para obligarlo a profesar su religión (...). Solamente diré que, de donde quiera que provenga su autoridad, como es eclesiástica y no puede de manera alguna extenderse a los negocios civiles, porque la Iglesia en sí es una cosa absolutamente distinta y separada del Estado. Las fronteras en ambos casos son fijas e inamovibles. Ponen el cielo y la tierra juntos, amalgaman las cosas más remotas y opuestas quienes mezclan esas dos sociedades, que son en su origen fin y actividad, como en todo, perfectamente distintas e infinitamente diferentes la una de la otra". Y, KANT en su obra: "¿Qué es la Ilustración?" se expresa con las siguientes palabras: "Un príncipe que no considera indigno de sí declarar que reconoce *como un deber no prescribir nada los hombres en materia de religión* y que desea abandonarlos a su libertad, que rechaza, por consiguiente, hasta ese pretencioso sustantivo de tolerancia, es un príncipe ilustrado y merece que el mundo y la posteridad, agradecidos, le encomien como aquel que rompió el primero, por lo que toca al Gobierno, las ligaduras de la tutela y *dejó en libertad a cada uno para que se sirviera de su propia razón en las cuestiones que atañen a su conciencia*".

¹⁸ La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) dispone: "La religión ... sólo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia ... *todos los hombres tienen igual derechos al ejercicio de la religión de acuerdo con el dictamen de la conciencia*".

¹⁹ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el artículo 10 dispone: "Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, ni siquiera religiosas, en tanto que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley" y el artículo 11: "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre ...".

pensamiento, de creencias) ya que se amplía la protección de la libertad religiosa y, por lo tanto, se protegerá a quien no tenga creencias religiosas, a los que su opción vital no se fundamenta en la religión; lo que llevará aparejado el reconocimiento de otras libertades, por ejemplo, las libertades de educación y expresión que serán concebidas como instrumentos de la liberación de las conciencias, de la libre formación de las mismas. Consecuentemente, se producirá la no intervención del Estado en asuntos religiosos a través de la plasmación del principio de separación entre el Estado y las confesiones religiosas. En resumen, *el movimiento liberal, como hemos intentado poner de manifiesto, defiende la separación Estado-confesiones, la libertad de conciencia (religiosa o no), la igualdad entre las confesiones religiosas y su sometimiento al Derecho común.*

b) La Escuela Histórica del Derecho.

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

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

c) El Positivismo jurídico.

Para el positivismo jurídico, el Derecho Eclesiástico es el Derecho del Estado sobre la materia religiosa. El Derecho Eclesiástico es el único Derecho en este ámbito ya que no se reconoce otra posible fuente de producción jurídica. En consecuencia, se niega el carácter jurídico de todas las normas de origen confesional. Se produce una identificación absoluta entre Derecho y Estado y, consecuentemente, Derecho Eclesiástico sólo puede ser Derecho del Estado (monismo de fuentes). Por tal motivo, no hace falta añadir "del Estado" a la disciplina denominada "Derecho Eclesiástico" porque Derecho Eclesiástico solamente puede ser del Estado. Es superfluo. En este sentido, O. MEJER consideraba que "no sólo no cabe concebir el Estado sin el Derecho, sino que tampoco cabe el Derecho sin el Estado"²⁰. Con lo que se venía a negar el carácter jurídico de los Derechos confesionales. El concepto de Derecho eclesiástico, para KELSEN, está claramente determinado por el objeto. Es decir, la materia jurídica calificada como eclesiástica en el ordenamiento jurídico estatal es Derecho eclesiástico.

4. El concepto de Derecho Eclesiástico del Estado en su significación actual.

A) El Derecho Eclesiástico en Alemania durante el siglo XIX.

En el siglo XIX se reemplaza, en Alemania²¹, el término "*Kirckenstaatsrecht*" (Derecho estatal de las iglesias) –Derecho aplicable a las tres confesiones mayoritarias investidas de un estatuto de Derecho público— y que había aparecido en el siglo anterior por el término "*Staatskirchenrecht*" (Derecho eclesiástico del Estado)

²⁰ DE LUCA, L.: op. cit., p. 60. La obra de O. MEJER es *Lehrbuch des deutschen Kirchenrechtes*, Göttingen, 1869, p. 6 y 304.

²¹ Se ha precisado que Alemania fue el país clave en la ciencia eclesiasticista en el siglo XIX y que se elaboró por parte de la doctrina alemana un "concepto acabado acerca del objeto de la disciplina", vid. IBAN, I. C.: "El concepto de Derecho Eclesiástico", en *Derecho Eclesiástico*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 70.

y, en la segunda mitad, de este siglo XIX, aparece el término "*Religionsrecht*" (Derecho de las religiones)²².

RICHTER incluye en el Derecho eclesiástico todas las normas que disciplinan las relaciones entre las iglesias y el Estado²³. Este autor ha sido considerado como el verdadero fundador y sistematizador de la nueva ciencia del Derecho eclesiástico del Estado. Entre sus discípulos, o seguidores, se pueden citar a FRIEDBERG, HINSCHIUS, SCHULTE, DOVE, MEJER²⁴.

El "*Staatskirchenrecht*" tiene como características, por una parte, la separación entre las iglesias y el Estado en el ámbito organizativo y, por otra, el reconocimiento de las confesiones religiosas en el ámbito público²⁵. En estas características tiene gran influencia la constitución alemana de 1848 y la constitución prusiana de 1850²⁶.

La evolución del Derecho Eclesiástico del Estado, en Alemania, no ha sido otra cosa que la historia de la recuperación de la autonomía por parte de las Iglesias²⁷ y viene determinado por las aportaciones

²² MESSNER, F.: "Du Droit Ecclésiastique au Droit des religions: évolution d'une terminologie", en *Revue de Droit Canonique*, nº 47/1, 1997, p. 158-159. Durante la primera mitad del siglo XIX algunos autores alemanes siguen identificando Derecho canónico y Derecho eclesiástico, por ejemplo, WALTER en su obra *Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Confessionen*, Bonn, 1822 y PHILIPS en su libro: *Kirchenrechts*, Regensburg, 1845 (vid. HERA, A. de la: "La ciencia del Derecho eclesiástico en Italia (Notas para su recepción en España)", en *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1972, p. 86-87). Otros autores, como EICHHRON y GLÜCK, que defienden un concepto amplio de Derecho eclesiástico (vid. DE LUCA, L.: op. cit., p. 29).

²³ DE LUCA, L.: op. cit., p. 30-31.

²⁴ *Ibidem*, op. cit., p. 37.

²⁵ LISTL, J.; PIRSON, D. (dir.): *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Duncker & Humblot, 2ª ed., Berlin, 1994, S. 47.

²⁶ LANDAU, P. : "La genèse du "Staatskirchenrecht" en Allemagne dans la Seconde moitié du -XIX^e siècle", en *Revue de Droit Canonique*, nº 47/1, 1997, p. 166-174.

²⁷ LLAMAZARES CALZADILLA, M^a C.: "El Derecho Eclesiástico del Estado: la formación de un sistema", en *Laicidad y Libertades*, nº 2, 2002, p. 239.

de diferentes autores²⁸ a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, que influirán decisivamente en: primero, la posterior configuración del Derecho Eclesiástico del Estado que se recogerá en la Constitución de Weimar de 1919 y que llega a nuestros días a través de la remisión que realiza el artículo 140 de la Ley Fundamental de Bonn²⁹ y, segundo, en la doctrina italiana.

²⁸ Seguimos en este apartado el artículo de LANDAU, P.: "La genèse du "Staatskirchenrecht" en Allemagne dans la Seconde moitié du -XIX^e siècle", en *Revue de Droit Canonique*, nº 47/1, 1997 p. 175-189.

²⁹ Los partidos políticos, durante la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, no llegan a ponerse de acuerdo sobre el modelo de relación entre el Estado y las confesiones religiosas. Por esta razón, la fórmula de consenso que alcanza es la remisión a lo dispuesto en la Constitución de Weimar de 1919 (art. 140 de la Ley Fundamental de Bonn). Se trata de una remisión material que implica que los artículos incorporados de la Constitución de Weimar habrán de interpretarse de acuerdo con los principios de la Ley fundamental, tal como ha reiterado la jurisprudencia constitucional alemana.

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

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

Cuando se aplica el principio de igualdad a las confesiones religiosas suele hablarse en el Derecho alemán de "*paridad*". Así se pueden distinguir un diferente estatuto jurídico para las confesiones religiosas: a) las grandes Iglesias territoriales (luterana, católica y calvinista) tienen reconocida en la Constitución de Weimar su condición de Corporaciones de Derecho público (número de creyentes y criterios de estabilidad y durabilidad); y b) el resto de las confesiones religiosas y asociaciones ideológicas. Mientras las primeras se someten a un Derecho especial favorable, las segundas se sujetan al Derecho común. La paridad supone la posibilidad de que cualquier confesión religiosa o asociación ideológica que cumpla las condiciones previstas en el artículo 137 de la Constitución de Weimar puedan acceder a la condición de Corporaciones de

El primer autor, que analizamos, es Emil FRIEDBERG (1837-1910), que parte la concepción que hemos denominado Escuela Histórica del Derecho, escribió entre otras obras, la obra titulada: "Las barreras entre el Estado y las Iglesias y las garantías contra su violación", se recogen una serie de ideas que configuran el pensamiento del autor, en concreto, son las siguientes:

- El Estado es libre de reducir la posición de las confesiones a asociaciones privadas.

Derecho público. En este sentido, muchas confesiones religiosas han accedido al estatus de Corporación de Derecho público no, en cambio, ninguna asociación ideológica. En fin, este régimen no implica que se garantice el principio de igualdad.

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

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

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

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

- El Estado puede establecer el principio de separación entre el Estado y las confesiones. Sin embargo, FRIEDBERG no exige la separación, pero reclama la liberación de cada ciudadano de los lazos clericales sobre los cuales el Estado está atado; es decir que, a pesar de la proclamación del principio de separación, eso no evitará que la Iglesia católica perdiera su influencia sobre el pueblo gracias a la educación religiosa en las escuelas y la presión clerical sobre los electores. Los registros y el matrimonio deben ser civiles para liberarse de dicha influencia clerical. El Estado debe reconocer el principio de autonomía interna de las confesiones religiosas y vigilarlas.
- Se opone a la firma de concordatos, porque parte de la supremacía del Estado sobre la Iglesia católica.

Finalmente, FRIEDBERG concibe que el Derecho Eclesiástico se determina en función del objeto, sin tener en cuenta la fuente³⁰.

En cambio, Rudolph SÖHM (1814-1917) incide en la atribución al Estado de la soberanía absoluta y, consecuentemente, todo Derecho es producido por el Estado. La Iglesia católica existe solamente en el sentido legal como corporación pública reconocida por el Estado y subordinada al Estado. A SÖHM se le debe la aplicación del concepto jurídico de corporación de Derecho público a las confesiones religiosas³¹. Configuración jurídica que perdura en el ordenamiento jurídico alemán hoy día. También, señala que la Iglesia católica no es una sociedad de Derecho y niega al Derecho canónico legitimidad jurídica externa, es un Derecho espiritual; en cambio, el Derecho de la Iglesia protestante viene de la autoridad soberana y lo es porque es solamente Derecho secular³².

³⁰ DE LUCA, L.: op. cit., p. 31.

³¹ Estas ideas aparecen en "Das Verhältnis von Staat und Kirche aus dem Begriff von Staat und Kirche entwickelt", en *Zeitschrift für Kirchenrecht*, nº 11, 1872, S. 157-184.

³² Estas ideas aparecen desarrolladas en *Kirchenrecht, Band I: Die Geschichtlichen Grundlagen* y *Band II: Katholisches Kirchenrecht*, Leipzig (1892). Sobre la obra de SÖHM, vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Sacramento-Iglesia-Derecho en el pensamiento de R. Söhm*, Instituto de Estudios jurídicos, Oviedo, 1969 y DE LUCA, L.: op. cit., p. 73-75. Por último, una crítica inmediata a los argumentos de SÖHM, en MERKEL, A.: "Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur "positiven" Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil deselben", en *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, nº 1, 1874, S. 1-10.

Según LANDAU, el primer pensamiento sistemático del Derecho Eclesiástico del Estado alemán moderno se debe a Paul HINSCHIUS (1835-1898). Publica, este profesor, la presentación general de relaciones entre Estado e Iglesia en un "*Compendio de Derecho público*", en 1883³³. En esta obra expresa las siguientes ideas:

- La *libertad de conciencia* y la *libertad religiosa* se garantizan como derechos fundamentales en un Estado soberano que no puede ser un Estado creyente.
- Reconocimiento del principio de independencia del Estado respecto a las confesiones religiosas.
- Reconocimiento del principio de autonomía en los asuntos propios de las confesiones religiosas, rechazando la obligatoriedad de que se constituyan en corporaciones de Derecho público.

En este sentido, HINSCHIUS no sigue las posiciones radicales de estatalidad de FRIEDBERG, sino que considera que sólo la autonomía de las confesiones religiosas puede impedir la intervención del Estado y garantizar la *libertad de conciencia* completa. El concepto que utiliza HINSCHIUS para aplicarlo a las relaciones Estado-confesiones es la fórmula de CAVOUR: "*Libera Chiesa in libero Stato*". Consecuentemente, considera que en la relación entre el Estado y la Iglesia católica no existe ni coordinación ni subordinación, sino una graduación de autoridades y proclama la coexistencia de la Iglesia católica y el Estado, pero rechazando la noción de cooperación.

En cambio, las obras de Wilhelm KAHL (1849-1932) recogen una serie de deberes estatales en relación con la protección de los ciudadanos, tomando en consideración la importancia que tienen en las vidas de los ciudadanos el fenómeno religioso. Configura la libertad religiosa como un derecho subjetivo público³⁴. Este catálogo de deberes estatales pasará a la Constitución de Weimar de 1919, en

³³ La obra se titula "Allgemeine Darstellung der Verhältnisse von Staat und Kirche", en MARQUARDSEN, H. (dir.): *Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübingen, 1883, S. 187-372. Otra obra de HINSCHIUS es: *System des Katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland*, Berlin, 1869. Sobre este autor, vid.: PARDO PRIETO, P.: "El Derecho eclesiástico del Estado en Paul Hinschius", en *El Derecho eclesiástico del Estado: en homenaje al profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 145-166.

³⁴ JEMOLO, A. C.: *Lezioni di Diritto ecclesiastico*, Guiffirè, Milano, 1979, p. 124.

concreto, los artículos 138 a 141³⁵; cuya redacción no sólo se deben a sus teorías sino también a su participación como parlamentario en la discusión de estos "Kirchenartikel"³⁶. Además, considera que la separación entre el Estado y la Iglesia como solución definitiva de un problema que resultaba de la historia universal tener un futuro interminable, con lo que enfatiza este principio en comparación con los autores alemanes antes citados. Por último, señala que la expresión "Derecho eclesiástico" (*Kirchenrecht*) no puede equiparse a Derecho de la Iglesia (*Kirchliches Recht*) y, en consecuencia, el Derecho estatal en materia eclesiástica (*Staatskirchenrecht*) representa una parte, solamente, del Derecho eclesiástico³⁷.

A) La doctrina dualista italiana.

El progresivo desinterés por el Derecho canónico en las universidades italianas durante el siglo XIX debido, entre otras causas a los peculiares acontecimientos históricos y políticos italianos (desaparición de los Estados Pontificios como consecuencia de la unificación italiana en 1870) provocó la recepción de una ciencia jurídica nueva (*Staatskirchenrecht*) que en Alemania gozaba ya de un amplio desarrollo y cuyo objeto es el estudio del Derecho del Estado sobre cuestiones eclesiásticas, como hemos comprobado en el apartado anterior³⁸.

El profesor F. SCADUTO, primer catedrático de ***Diritto ecclesiastico***³⁹, consideraba que el Derecho eclesiástico vigente estaba constituido por la legislación estatal en materia religiosa y este Derecho era el que tenía interés para los juristas civiles, por tal

³⁵ ZABALZA BAS, I.: *Las confesiones religiosas en el Derecho eclesiástico alemán*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 29-50.

³⁶ LANDAU, P.: op. cit., p. 174-175; 188-189.

³⁷ DE LUCA, L.: op. cit., p. 32, nota nº 65.

³⁸ Tanto RUFFINI como SCADUTO son fruto de la doctrina alemana, así RUFFINI era discípulo de FRIEDBERG (del que traduce su Tratado) y SCADUTO, era discípulo de FRIEDBERG y de HINSCHIUS y, por lo tanto, aparentemente, todos se encuadrarían en el Escuela histórica del Derecho Eclesiástico, fundada por EICHHRON, en oposición a la Escuela iusnaturalista de HALLE.

³⁹ SCADUTO está considerado como el fundador del Derecho eclesiástico italiano moderno. Con anterioridad a SCADUTO (que obtuvo la cátedra en 1886) la legislación eclesiástica (policía eclesiástica y Derecho público eclesiástico) era enseñado en Derecho constitucional, administrativo y civil.

motivo, sólo una parte del Derecho canónico entrará a ser objeto de estudio por parte del Derecho eclesiástico. Así, SCADUTO afirmaba la autonomía y distinción entre el ordenamiento estatal y el canónico. Será el autor que aporte el concepto moderno de Derecho eclesiástico porque la concepción de SCADUTO no coincide con el viejo concepto de "policía eclesiástica". Defendió que *el Estado no debía intervenir en los asuntos de la Iglesia católica y que la Iglesia católica debía estar dentro de sus confines espirituales y no invadir el terreno del Estado*, así como, reducía el estatuto jurídico de la Iglesia católica a una asociación de Derecho común.

F. RUFFINI, en cambio, consideraba el Derecho eclesiástico bajo la perspectiva del objeto (materia eclesiástica) que viene a estar regulada por el Estado y la Iglesia católica. En definitiva, el Derecho eclesiástico incluiría el Derecho del Estado sobre materia eclesiástica y el Derecho religioso vigente en cada país. Por último, consideraba que *"el Derecho eclesiástico de un Estado cualquiera es tanto más importante y tanto más complejo, cuanto menos es la sujeción de tal Estado a la Iglesia"*⁴⁰.

La configuración final del Derecho eclesiástico, como rama autónoma y separada del Derecho canónico, se debe a SANTI ROMANO, gracias a su teoría sobre la pluralidad de ordenamientos (1918). Las teorías de la institución y de la pluralidad de ordenamientos jurídicos de SANTI ROMANO pusieron de manifiesto que el Derecho canónico es un ordenamiento jurídico al igual que el ordenamiento jurídico estatal y que tienen un ámbito y una organización propios y, por tanto, no constituyen una unidad. Para SANTI ROMANO hay varios Derechos eclesiásticos: el de la Iglesia

⁴⁰ Vid. RUFFINI, F.: "Lo studio e il concetto odierno del diritto ecclesiastico", en *Scritti giuridica minori*, vol. I., Milano, 1936, p. 5. RUFFINI, ya aportaba la idea de configurar al Derecho Eclesiástico como "*Legislatio libertatis*", considerando que la libertad religiosa constituía el fulcro del Derecho eclesiástico. Y, definía la libertad de conciencia como la facultad del individuo de creer en aquello que más le place y de no creer en lo que no le gusta. Además, puntualizaba: "*La religión no tiene el monopolio de la conciencia y, por tanto, la libertad de conciencia tiene un contenido más amplio que la libertad de religión; pero no puede existir libertad de religión sin libertad de conciencia*", Vid. RUFFINI, F.: *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Fertonelli, Milano, 1991, p. 11.

católica, por una parte y de los concretos Estados, de otra parte⁴¹. El Derecho eclesiástico será en sentido restringido el ordenamiento jurídico de las Iglesias cristianas, en sentido amplio el ordenamiento jurídico de cualquier comunidad religiosa y, además, el que regula la posición de las comunidades religiosas respecto al Estado.

Con posterioridad, A. C. JEMOLO señala que el Derecho eclesiástico incluye en sí mismo dos sistemas distintos que se reúnen por razones de oportunidad de tratamiento didáctico: el Derecho de la Iglesia católica y el Derecho del Estado. En cambio, Derecho eclesiástico del Estado será reservado a aquella rama del Derecho público del Estado que tiene por objeto el estudio de las normas del ordenamiento jurídico concernientes a las confesiones religiosas⁴² y, posteriormente, señalará, que serán las normas estatales que se refieren a los cultos⁴³. Por su parte, V. DEL GUIDICE afirma que Derecho Eclesiástico es la rama del Derecho interno de un Estado en la que se reducen a unidad sistemática las normas que contemplan la regulación del *fenómeno social religioso*⁴⁴.

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

B) El Derecho Eclesiástico del Estado como "Legislatio Libertatis".

Después de la Segunda Guerra Mundial, la proclamación de los derechos y libertades fundamentales en diversas constituciones (como la alemana —1949— y la italiana —1947—), la Declaración

⁴¹ Escribe este jurista que "el Derecho Eclesiástico considerado en su conjunto no es sólo un ordenamiento, sino que comprende varios ordenamientos jurídicos que tienen entre sí puntos de contactos variadísimos, puesto que son distintos", vid. *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, I, Pisa, 1918, p. 98.

⁴² JEMOLO, A. C.: *Corso di diritto ecclesiastico*, Roma, 1945, p. 3.

⁴³ JEMOLO, A. C.: *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 1.

⁴⁴ DEL GIUDICE, V.: *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 3.

Universal de Derechos Humanos (1948) y el Convenio Europeo de los Derechos Fundamentales de la Persona (1950) provocaron que la libertad religiosa adquiriese una relevancia importantísima en el concepto de Derecho Eclesiástico configurándose dicha libertad en el pilar básico del mismo y acuñándose la terminología empleada por DE LUCA de "*Legislatio libertatis*"⁴⁵. Se va pasando, por tanto, de la perspectiva institucional a la personalista. Consecuentemente, se pasa de una visión, principalmente internacionalista (institucionalizada y focalizada en las relaciones Estado-Iglesia católica, debido a la dimensión internacional de esta confesión religiosa) a otra, constitucionalista, superando el positivismo extremo, y permitiendo esta nueva visión el desarrollo de la doctrina eclesiasticista que se va a dirigir a la tutela de la libertad religiosa. La libertad religiosa será el contenido y la preocupación principal del Derecho eclesiástico. Así, Derecho Eclesiástico vendría a ser definido como el conjunto de normas susceptibles de ser sistemáticamente explicadas que, emanadas directa o indirectamente del Estado en el ejercicio de su competencia, deben de proteger y promocionar, tanto formal como substancialmente los derechos de libertad e igualdad religiosas. Como consecuencia del reconocimiento de la libertad religiosa, en su ámbito individual y colectivo, *se abre la exigencia de garantizar y tutelar la igualdad*; en definitiva, el rechazo a cualquier tipo de discriminación *como fundamento del principio de laicidad (separación y neutralidad)*, todo ello, como ya se había señalado por autores alemanes e italianos como SCADUTO.

C) El proceso de secularización.

Este proceso de secularización ya ha sido mencionado, varias veces, en las páginas precedentes pero el término "secularización" se eleva en el siglo XX al rango de una de las palabras claves y encrucijada hermenéutica de la modernidad occidental⁴⁶. Nuestra

⁴⁵ Vid. "Diritto ecclesiastico e sentimento religioso", *Ius*, nº 13, 1962, p. 21-15.

⁴⁶ MARRAMAO, G.: *Cielo y tierra, Genealogía de la secularización*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 52. En cambio, se viene a definir como sociedad "postsecular" a las sociedades del siglo XXI. En concreto, J. HABERMAS la define de la siguiente manera: "Utilizo es expresión (postsecular) para describir las sociedades modernas que se encuentran con que siguen existiendo grupos religiosos y que las diferentes tradiciones religiosas siguen siendo relevantes, aunque las

intención hasta aquí ha sido intentar demostrar en esta materia concreta que, como escribió Max WEBER, el desarrollo de la sociedad europea occidental moderna está representado por el proceso de secularización. Con otras palabras, siguiendo a Hannah ARENDT, en su obra *La condición humana* (1958), "la secularización como acontecimiento histórico tangible no significa otra cosa que separación de Iglesia y Estado, de religión y política, y ello, desde un punto de vista político, implica una vuelta a la primitiva actitud cristiana ("dad al Cesar lo que es del Cesar y a Dios lo que es de Dios") más que la desaparición de la fe en la trascendencia o un nuevo interés enfático por las cosas de este mundo"⁴⁷.

Ese progresivo fenómeno de secularización afectará no sólo a los Estados y a sus ordenamientos jurídicos. También se secularizará la sociedad y lo que es más importante, las mismas creencias e ideas⁴⁸. Consecuentemente, en la opinión pública se abrirá paso el pluralismo. La Reforma protestante había traído consigo el pluralismo religioso, posteriormente se reafirmará el pluralismo ideológico. Las cosmovisiones no religiosas adquieren un estatus de libertad similar y equiparado al de las cosmovisiones religiosas, como reflejo del principio de igualdad y de no discriminación⁴⁹. En el artículo 137.7 de la Constitución de Weimar de 1919⁵⁰ se produce una equiparación en

sociedades mismas estén en gran parte secularizadas. En la medida en que describo "postsecular" no a la sociedad misma, sino un correspondiente cambio de conciencia en ella, el predicado puede utilizarse también para referirse a un autocompresión modificada de las ya en buena parte secularizadas sociedades de Europa occidental, Canadá o Australia" (p. 131), en "¿Una sociedad mundial postsecular? Sobre la relevancia filosófica de la conciencia postsecular y la sociedad mundial multicultural", en *El poder de la religión en la esfera pública*, Trotta, 2011.

⁴⁷ *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago, 1998, p. 253.

⁴⁸ J. MARTÍNEZ TORRON resume en dos factores la evolución histórica del concepto de Derecho Eclesiástico: "la progresiva desconfesionalización" y "el proceso de individualización", vid. *Religión, Derecho, Sociedad, Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado*, Comares, Granada, 1999, p. 15.

⁴⁹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, Civitas, Cuarta edición, 2011, p. 35.

⁵⁰ Este apartado dispone: "Se equiparán a las comunidades religiosas las asociaciones que tengan como tarea el cultivo en común de una concepción del mundo". Esta equiparación se recoge, por ejemplo, en el artículo 17 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que dispone: "1. La Unión respetará y

cuanto al régimen jurídico de las confesiones religiosas con aquellas asociaciones que tengan como finalidad la de cuidar conjuntamente una determinada ideología u opción vital (*Weltanschauung*).

En definitiva, reproducimos literalmente, por su claridad las siguientes palabras de Peter HÄBERLE sobre la secularización: “**Entre los fundamentos genuinos de la cultura jurídica europea se halla la garantía del ejercicio de la libertad religiosa, lugar donde el Estado debe asumir un papel preponderantemente neutral.** Para nosotros, su importancia como derecho “justo” es primordial. La libertad religiosa que en palabras de JELLINEK es “la primera de todas las demás libertades”, la tolerancia por parte del Estado vinculada a materias religiosas, el principio de no identificación de H. KRÜGER, todo ello no es sino *conditio sine qua non* de la propia Justicia. Más aún, gracias a ellas el Estado constitucional pudo llegar a ser en Europa lo que hoy es. Toda diferencia cultural, todo pluralismo, toda libertad cultural depende en último extremo del resultado final y definitivo de la secularidad del Estado, o de su proceso de secularización. La contraprueba de esta tesis es fácil de hallar en los regímenes islámicos fundamentalistas y en la jurisprudencia de los Estados totalitarios de todo signo. Europa, en cambio, pudo lograr su propia cultura jurídica y en general su propio cuño cultural mediante la *declaración de neutralidad estatal* en estas materias”⁵¹.

no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas. 2. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales. 3. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones”.

⁵¹ Vid. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 117.

D) El Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia.

Siguiendo al profesor LLAMAZARES parece razonable pensar que el Derecho Eclesiástico del Estado, si quiere ser fiel a la orientación que su evolución histórica⁵² ha descrito y a la transformación de la propia sociedad, debe transformarse él mismo en **Derecho de la libertad de conciencia** o, si se prefiere, de la libertad ideológica o de pensamiento⁵³, en el que las normas reguladoras de la libertad religiosa y las reguladoras de las materias eclesiológicas, reducidas a la regulación del estatuto jurídico civil de las confesiones en tanto que ejercicio colectivo de la libertad religiosa, representan una parte de este nuevo Derecho de la libertad de conciencia; pasando el grueso de su contenido a las destinadas a regular la libertad de ideas y creencias con independencia de que sean o no religiosas. El primero (Derecho de la libertad de conciencia) es el punto final de la evolución histórica del segundo (Derecho

⁵² Sobre la **evolución histórica del Derecho Eclesiástico del Estado en España**, vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "Aproximación histórica al Derecho Eclesiástico del Estado en España", *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, nº 1, 2001, p. 189-216.

⁵³ Según DE LUCA, "el Derecho eclesiológico es una rama del derecho en el cual el individuo viene, en cambio, en consideración por los aspectos más genuinamente humano, que va a garantizar su dignidad y la libertad de su conciencia", DE LUCA, op. cit., p. IV; DE LUCA, L.: *Il Diritto ecclesiológico e la società degli anni'80*, Bulzoni, Roma, 1988, p. 9.

CARDIA afirma que "El Derecho eclesiológico abarcaría todas las manifestaciones de la conciencia del individuo, incluido el ateísmo" (vid. *Ateísmo e libertad religiosa nell'ordinamento giuridico nella scuola, nell'informazione, dall'unità ai giorni nostri*, Bari, 1973, p. 18) y, en otra obra escribe: "El Estado proclamaba su no-competencia en materia religiosa y esa no-competencia se traducía, al menos conceptualmente, en neutralidad, la cual se extendería a todas las opiniones aun cuando se encontraran fuera de las concepciones religiosas. El concepto de libertad religiosa se ampliaba hasta resultar asimilado a la libertad de conciencia, en la que encontrarían acogida todos las orientaciones religiosas o filosóficas, de carácter agnóstico, ateo, inmanentista, etc.. El carácter laico -o aconfesional- del Estado obtiene, en este cuadro teórico, su formulación más completa y viene a constituir el Estado agnóstico, no sólo hacia cada una de las instituciones eclesiológicas, sino también hacia el mismo hecho religioso, al cual se tendía a no prestar sostenimiento alguno y al cual se tendía a no obstaculizar con ninguna traba en su libertad para expresarse, configurarse o promocionarse", en *La riforma del Concordato, dal confessionismo alla laicità dello Stato*, Einaudi, Torino, 1980, p. 36-37.

eclesiástico del Estado), según LLAMAZARES⁵⁴. Está claro que la elección del título de una materia nunca es neutral⁵⁵.

El profesor LLAMAZARES parte de dos premisas para considerar el Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia. La primera es la regulación de la libertad de conciencia y de la laicidad en Francia y, la segunda, la equiparación entre el régimen jurídico de las confesiones religiosas y las asociaciones que tengan como finalidad la de cuidar conjuntamente una determinada ideología u opción vital ("*Weltanschauung*") que se produce en el Derecho alemán, en concreto, en el artículo 137.7 de la Constitución de Weimar de 1919⁵⁶ que, por remisión del artículo 140 de la Ley Fundamental de Bonn, sigue vigente. Esta equiparación ha implicado que la doctrina alemana incluya ambas dimensiones colectivas dentro del concepto de libertad de conciencia. En este sentido, la doctrina alemana estima que ***la libertad de conciencia es un derecho fundamental autónomo con respecto a la libertad ideológica y religiosa que incluiría conceptualmente a estas últimas libertades***⁵⁷. Además, la neutralidad religiosa e ideológica del Estado y su Derecho; en definitiva, ***la laicidad tiene su fundamento en la libertad de conciencia***⁵⁸. Incluso, la libertad de conciencia cumple también la función de proteger la participación política de los ciudadanos, contribuyendo a la formación de la conciencia colectiva

⁵⁴ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, Civitas, Cuarta edición, 2011, p. 36 y ss. Es obvio, que el Estado intervencionista en la esfera religiosa, fruto de la Reforma protestante y del Regalismo, primero y el Estado laico, después, han creado un clima de desconfianza en la Iglesia católica con respecto al Derecho profano (la respuesta de la Iglesia católica será, entre otras, el Derecho público eclesiástico). Del primero (Estado intervencionista) surge el Derecho Eclesiástico del Estado que se irá perfeccionando en los Estados democráticos y laicos hasta convertirse en el Derecho de la libertad de conciencia; (cfr. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho canónico fundamental*, op. cit., p. 84-85).

⁵⁵ MESSNER, F.: "Du Droit Ecclésiastique au Droit des religions: évolution d'une terminologie", en *Revue de Droit Canonique*, nº 47/1, 1997, p. 159.

⁵⁶ Este apartado dispone: "Se equiparán a las comunidades religiosas las asociaciones que tengan como tarea el cultivo en común de una concepción del mundo".

⁵⁷ HERDEGEN, M.: "Gewissensfreiheit", en *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1º Band, 2ª Auflage, Duncker & Humblot, Berlín, 1974, p. 481.

⁵⁸ Ibidem, p. 484.

y de la opinión pública⁵⁹ y, siendo fundamento del sistema democrático.

El derecho a la libertad de conciencia⁶⁰ se puede definir, siguiendo a LLAMAZARES, como "*el derecho a tener unas u otras creencias, unas u otras ideas, unas u otras opiniones, así como a expresarlas, a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas*"⁶¹. Así entendida **la libertad de conciencia comprende cuatro niveles o dimensiones:**

1º) ***Libertad para tener unas u otras convicciones, creencias e ideas, y opiniones.*** En este ámbito, también, se incluye la libertad de elección de la identidad cultural⁶² y a la libertad

⁵⁹ Ibidem, p. 484-486.

⁶⁰ Sobre la elección del término "conciencia" frente a otros conceptos similares como pensamiento, idea, creencia, convicción y sus correspondientes libertades, vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. I., op. cit., 2011, p. 15-29.

⁶¹ Ibidem, p. 22 y ss.

⁶² "Toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho a elegir su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión y a que se respete dicha elección". Así lo reconoce el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que aprobó la Observación general N° 21 (2009) sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural. Derecho que conlleva la obligación de los Estados partes de reconocer, respetar y proteger la cultura de las minorías como componente esencial de su propia identidad; Vid. caso Lovelace vs. Canadá del Comité de Derechos Humanos, (1981), la Convención sobre la protección y protección de la diversidad de las expresiones culturales, de la UNESCO, de 20 de octubre de 2005 (B.O.E. de 12 de febrero de 2007) y el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales de 1 de febrero de 1995 (BOE de 23 de enero de 1998). Es decir, tiene derecho a conformarse, libremente, su propia identidad como contenido del libre desarrollo de la personalidad y del proceso de *mestizaje constitucional democrático* dentro de la interculturalidad. Una persona puede poseer varias identidades que le son propias, no sólo en la vida privada sino también en la esfera pública. De hecho, en las sociedades abiertas, como la española, con una circulación cada vez mayor de personas e ideas, muchas personas tienen múltiples identidades que coinciden, coexisten o se superponen (de forma jerarquizada o no jerarquizada), reflejando su identidad personal y su personalidad. Los límites al reconocimiento de los derechos de las minorías son los derechos humanos, pero eso afecta, sin duda, a la identidad de muchos grupos. Cuando los derechos individuales y colectivos entran en conflicto, el Estado debe proteger a los derechos individuales de las personas pertenecientes a las minorías, pero no al grupo en cuanto tal; es decir, el Estado no debe

para elegir nuestra propia opción vital, cosmovisión, visión del mundo, estilo de vida o, en alemán "Weltanschauung"⁶³. En principio se trata

proteger, en este caso, la identidad del grupo. Por lo tanto, es en este punto donde se sitúa el límite a la protección de la identidad de las minorías ya que, en muchos casos, la protección de la "pureza" del grupo puede vulnerar la neutralidad, el pluralismo y los derechos humanos. La idea que subyace en el multiculturalismo es la necesidad de reconocer las diferencias y las identidades culturales. Eso no supone que todas las culturas contengan aportaciones igualmente valiosas para el bienestar, la libertad y la igualdad de los seres humanos; (vid. DE LUCAS, J., "¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural", en *Multiculturalismo y diferencia. Sujetos, nación, género*, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, n.º 31, 1994, p. 35). El Estado no es absolutamente neutral en el ámbito cultural, porque tiene que defender los valores democráticos y, consecuentemente, habrá de distinguir las pretensiones de las minorías culturales que sean dignas de protección y de reconocimiento jurídico de las que no lo merecen; (vid. COBO, R., "Multiculturalismo, democracia paritaria y participación política", en *Política y Sociedad*, n.º 32, septiembre-diciembre, 1999, p. 54; FRASER, N. "Multiculturalidad y equidad entre los sexos", en *Revista de Occidente*, n.º 173, octubre 1995, p. 55). La **interculturalidad** se refiere a **"la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo"** como reconoce el artículo 4.8. de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de la UNESCO, de 20 de octubre de 2005 (B.O.E. de 12 de febrero de 2007). La garantía de que la multiculturalidad se oriente hacia la interculturalidad es que aquélla esté guiada por valores éticos universales (valores comunes) y se produzcan nuevos "mestizajes" de los valores diferenciales, siempre que esos valores diferenciales no entren en contradicción con los valores éticos universales (valores comunes), vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "La integración intercultural: El mestizaje constitucional democrático", en *Migraciones Internacionales*, vol. 6, n.º 2, 2011, p. 193 y ss, y "Pluralismo culturale e laicità in Spagna. "Meticcio costituzionale democratico"", en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2011, p. 235-254, doi: 10.1440/34468.

⁶³ El TC español ha incidido en esta materia con las siguientes palabras: "En un régimen democrático, donde rigen derechos fundamentales, la libertad de los ciudadanos es la regla general y no la excepción, de modo que aquellos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan" (STC 85/2019 y Ss TC 29/2008, 82/2003; 233/2000; 209/2000; 208/2000; 147/2000) y "la libertad constituye uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico (art. 1 CE), lo que implica el reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten" y, sostiene que "el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) significa que corresponde a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital" (STC 139/2008). Y, en otra sentencia del TC, confirma que: "el punto de partida básico en esta materia habría de ser el art. 1.1 C.E. en cuanto "consagra

de fenómenos internos sobre los cuales no interviene el Derecho. Nos referimos al Derecho secular, porque el Derecho confesional sí tiene la pretensión de aceptación voluntaria e interna de la norma basada en la fe, obediencia interna que no es relevante en el Derecho secular, lógicamente si no media coacción física o psíquica. La relevancia jurídica en esta libertad se produce respecto del *derecho a la libre formación de la conciencia que incluye los derechos a la educación y a la información*.

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

3º) ***Libertad para comportarse de acuerdo con las propias convicciones, ideas, creencias, opciones vitales y a no ser obligado a obrar en contradicción a ellas.*** Esta libertad fundamenta tanto el derecho a la *objeción de conciencia* en caso de contradicción entre la norma jurídica y la norma de conciencia, como el derecho a que solamente por razones fundadas se dispongan, como obligatorias o prohibidas, conductas consideradas libres en conciencia. En este nivel se sitúa, para algunos autores, la denominada "acomodación" o "ajustes razonables"; es decir, algunas excepciones que se introducen al cumplimiento de una ley neutral (ley igual para todos).

4º) ***Libertad para asociarse, reunirse y manifestarse con otros sobre la base de compartir las mismas convicciones.*** El

la libertad como 'valor superior' del ordenamiento jurídico español, lo que implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias"; y, en consecuencia, dicho valor superior, "en el ámbito de la formación de agrupaciones entre individuos se traduce, entre otras, en las disposiciones del art. 22 de la Constitución" (STC 179/1994; 113/1994; 132/1989). Sobre esta cuestión, vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "El fútbol como forma de entender la vida y su protección jurídica a través de la libertad de conciencia", en *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, nº 75, 2022, p. 1-40.

derecho de asociación como Derecho común para todos los grupos de personas que se asocian en torno a unas convicciones. En este nivel se incluye, en función del carácter especial del colectivo, la creación de: partidos políticos (*libertad política*), sindicatos (*libertad sindical*), confesiones religiosas (*libertad religiosa*) e, incluso, la constitución de empresas ideológicas o de tendencia.

E) El principio de laicidad como garantía del Derecho de libertad de conciencia.

Siguiendo las palabras del profesor LLAMAZARES: "*la laicidad es la única garantía realmente eficaz de la libertad de conciencia*"⁶⁴. A esta garantía jurídica es a la que vamos a prestar especial atención y será el hilo conductor de estas Lecciones de la asignatura de Derecho Eclesiástico del Estado. En este punto, traigo a colación las siguientes palabras de FERRAJOLI: "todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto. Es decir, una suerte de desconfianza en la satisfacción o el respeto espontáneo de los derechos; y, en particular, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder"⁶⁵. Con otras palabras, el Derecho Eclesiástico del Estado centra su objeto de estudio, principalmente, en el régimen jurídico de esta garantía de la libertad de conciencia, el principio de laicidad, particularmente en el ordenamiento jurídico español. Esta es una de las razones para entender el Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la laicidad como aparece en el título de esta obra⁶⁶.

⁶⁴ Entre otras muchas obras del profesor LLAMAZARES: "Laicidad, sistemas de acuerdos y confesiones minoritarias en España", en *Revista catalana de Dret públic*, nº 33, 2006, p. 72.

⁶⁵ FERRAJOLI, L.: "Garantías", en *Parolechiave*, nº 19, 1999. Las garantías de primer grado son aquellas recogidas por las normas jurídicas, ya sean éstas las obligaciones o prohibiciones (garantías primarias), o bien las obligaciones de segundo grado, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras (garantías secundarias), vid. FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 2004, p. 59.

⁶⁶ Así, también lo afirma para el Derecho italiano, Nicola COLAIANNI "il diritto ecclesiastico attuale è il diritto della laicità. La laicità, in quanto principio supremo, permea evidentemente l'ordinamento in tutti i suoi rami, dal diritto privato al diritto penale", vid. "Diritto ecclesiastico attuale", en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, nº 16, 2023.

Esto nos permitiría comprobar si la ausencia o una deficiente regulación de esta garantía incide en el reconocimiento y en el ejercicio de los derechos fundamentales imbricados en el derecho de libertad de conciencia. Es decir, la perspectiva que se sigue en estas Lecciones es fundamentalmente "garantista" siguiendo la expresión del profesor FERRAJOLI⁶⁷ y consiste, por tanto, en asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos fundamentales. Se vendría a recordar el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ... no tiene Constitución".

Por último, independientemente del concepto que se utilice (libertad de conciencia, libertad de creencias, libertad de pensamiento, libertad religiosa, ...), tanto por la legislación, como por la jurisprudencia, como por la doctrina, debemos tener muy presente el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que dice: "*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia*". Este artículo está, por tanto, hablando de *un único derecho humano* que incluye la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y, precisamente, el contenido de ese único derecho humano, que es igual para todos los seres humanos, es el fundamento del estudio del actual contenido del Derecho Eclesiástico del Estado. Por último, conviene recordar que la laicidad es una condición previa para el reconocimiento de los derechos humanos y que el establecimiento del principio de laicidad facilita el ejercicio de los mismos⁶⁸.

⁶⁷ "La ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación", vid. FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 26.

⁶⁸ BARBIER, M.: « Pour une définition de la laïcité française », *Le Débat*, nº 134, 2005.

E) El Derecho Eclesiástico del Estado y el sistema democrático.

El derecho de libertad de conciencia, si se entiende con este contenido, se convierte en el "derecho fundamental básico de los sistemas democráticos", como ha escrito LLAMAZARES⁶⁹. Idea que aparece en la jurisprudencia canadiense con las siguientes palabras: "(...) while keeping in mind that the Charter has established the essentially secular nature of Canadian society and **the central place of freedom of conscience in the operation of our institutions.** ...It should also be noted (...) that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. **The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government**"⁷⁰.

En fin, el profesor LLAMAZARES después de reconducir, ideas y creencias al derecho de libertad de conciencia, afirma: "Así entendido, *el derecho de libertad de conciencia es el derecho fundamental básico de los sistemas democráticos: en él encuentran su razón de ser todos los demás derechos fundamentales de la persona y, en última instancia, a él está ordenado todo el sistema*"⁷¹. A esta reflexión se une que el término *laicidad* se relaciona con la palabra griega "*laos*" que significa pueblo. Y, la palabra "*laikós*", perteneciente al pueblo. En consecuencia, *el término laicidad se relaciona directamente con "lo común a todos"; es decir, con la igualdad y el sistema democrático*"⁷². Confluyendo en lo que se ha denominado "democracia sustancial"⁷³. De tal forma, la laicidad se convierte, a través de su configuración como garantía de la libertad de conciencia, en el pilar que sustenta el sistema democrático, como ha puesto de manifiesto

⁶⁹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., 2011, p. 23.

⁷⁰ Sentencias de la Corte Suprema de Canadá: *Rodriguez v British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 SCR 519 y, *R v Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 SCR 295.

⁷¹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia, I.*, op. cit., p. 23.

⁷² RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *Derecho eclesiástico del Estado: la laicidad como garantía de la libertad de conciencia y del sistema democrático*, BURJC, 2018.

⁷³ FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 2004, p. 23 y ss.

el profesor LLAMAZARES y la jurisprudencia canadiense, antes citada⁷⁴. En este punto, conviene retener la idea de relacionar el término "Derecho Eclesiástico del Estado" con su primigenio significado etimológico de "**ekklesia**" (ἐκκλησία) como asamblea democrática de ciudadanos y no relacionarlo con el lugar de reunión de creyentes (se restringe el término pueblo solamente al pueblo de Dios)⁷⁵. Término que en la Grecia clásica se identificaba con la asamblea de la democracia ateniense (la democracia participativa). *El Derecho Eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia se convierte en la rama jurídica que garantiza el sistema democrático y su perfeccionamiento constante a través del reconocimiento y ejercicio de la libertad de conciencia y, como garantía de esta libertad es imprescindible tener muy presente la laicidad*, como hemos venido insistiendo. Con otras palabras, esta rama jurídica estudia si el ordenamiento jurídico garantiza la libre formación de la conciencia para actuar como ciudadanos evitando que exista manipulación de las conciencias. Como ejemplos que estudiaremos se pueden citar: evitar el adoctrinamiento en los centros educativos y evitar que los medios de comunicación y las redes sociales manipulen nuestras conciencias porque con ello se pone en peligro el propio sistema democrático que se conforma a través de la institución de la "opinión pública libre".

Como ha indicado el profesor LLAMAZARES "la neutralidad del Estado ante el pluralismo de ideas y creencias, religiosa o no, puede denominarse legítimamente laicidad"⁷⁶ o, con otras palabras, de este profesor: "Esa neutralidad de los poderes y de las instituciones públicas, y no otra cosa, es la laicidad"⁷⁷. La neutralidad ideológica del Estado garantiza el ejercicio de la libertad de conciencia de todos los ciudadanos, en condiciones de igualdad, *y, en especial, la libertad de expresión de todas las ideas y creencias en el debate público; es decir, garantiza el principio de igualdad entre todos los ciudadanos y*

⁷⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *Derecho eclesiástico del estado: la laicidad ...*, op. cit.

⁷⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "Ekklesia (ΕΚΚΛΗΣΙΑ): Derecho Eclesiástico y democracia", en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, nº 22, 2022, p. 169-198.

⁷⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia, I*, op. cit., pp. 176-177.

⁷⁷ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: «Autonomía de las confesiones religiosas», en *Los límites a la autonomía de las confesiones religiosas*, (A. CASTRO JOVER, directora), Aranzadi, 2019, p. 22.

la no discriminación por motivos de convicciones u opiniones en ese debate público; más aún cuando el sistema constitucional español no responde a una "democracia militante" y se protege, incluso, el discurso antidemocrático; es decir, la CE permite la expresión de todas las ideas que no inciten a la violencia por muy ofensivas o molestas que pueden ser para la mayoría de la sociedad (STC 235/2007).

Para finalizar, como ya indicaba el profesor LLAMAZARES, lo que se pretende en la explicación del contenido de esta disciplina jurídica "Derecho Eclesiástico del Estado" es: "medir el grado de laicidad de nuestro Derecho, entendida la laicidad en su sentido más moderno como *conditio sine qua non* de la libertad de conciencia en general y, por supuesto, de la libertad religiosa en particular"⁷⁸. La laicidad como medida del cumplimiento de los derechos fundamentales de dimanar de la libertad de conciencia se convierte en el eje central de las explicaciones de las lecciones de este manual⁷⁹.

⁷⁸ Vid. *Introducción al Código: Derecho Eclesiástico del Estado*, Ariel, 2000, p. 12.

⁷⁹ Se defiende que la laicidad sea una perspectiva ineludible en las memorias de análisis de impacto normativo (Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre), como se ha propuesto en Alemania a través de la integración de la neutralidad en la ley y la transversalización integral de la neutralidad, vid. NEUMANN, J. y SCHMIDT-SALOMON, M.: "Was ist Weltanschauungsrecht?" en: NEUMANN, J.; CZERMAK, G.; MERKEL, R. y PUTZKE, H.: *Aktuelle Entwicklungen im Weltanschauungsrecht*, Nomos, 2019, S. 13 ff.

LECCIÓN 2ª

LOS MODELOS DE RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y EL FENÓMENO RELIGIOSO

1. Introducción. 2. Modelos de relación Estado- confesiones religiosas. A) Modelo de identidad. B) Modelo de exclusividad. C) El modelo de utilidad. D) El modelo de neutralidad religiosa (laico). 3. Las técnicas de relación entre el ordenamiento jurídico estatal y el ordenamiento canónico.

1. Introducción.

Un primer intento de clasificación de estas diversas formas de relación entre el Estado y las confesiones religiosas proponía la distinción entre modelos de *unión* y de *separación* (CHECHINI). Esta clasificación era excesivamente amplia y simplificaba, enormemente, las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas (poder político-poder religioso). Por ello utilizamos la clasificación de E. WOLF⁸⁰. Esta clasificación parte de una observación histórica de las relaciones Estado-confesiones religiosas. Estas relaciones son una relación dialéctica debido a la concurrencia de tres circunstancias: la coincidencia en los sujetos sobre los que se proyecta; la pertenencia de los sujetos a ambas comunidades y la tendencia de los poderes a proyectarse sobre la totalidad de cada uno de esos sujetos. Los modelos se transforman históricamente por la presencia de distintos principios y técnicas de relación.

2. Modelos de relación Estado- confesiones religiosas.

A) Modelo de identidad.

Parte de una concepción monista del universo⁸¹ y no diferencia el poder político del religioso. Cada uno de los poderes se configura

⁸⁰ WOLF, E., *Ordnung der Kirche. Lehre und Handbuch der Kirchenrecht auf oekumenische Basis*, Frankfurt, 1961, p. 132-140; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 50-58.

⁸¹ La *cosmovisión monista* explica la existencia, funcionamiento y estructura del universo sobre un único elemento: materia o espíritu (monismo materialista o monismo espiritualista). No hay relación entre ambos elementos porque no

como parte del otro, lo que se traduce en una subordinación total en términos de jerarquía. Se trata de una relación fuertemente institucionalizada⁸². Los sujetos de la relación, el Estado de un lado y la confesión oficial de otro, se identifican a modo de círculos coincidentes (no existe separación entre Estado y confesión oficial). Si el polo dominante es la confesión religiosa estamos ante el submodelo de **teocracia**. Si es el Estado el polo dominante nos encontramos ante el submodelo de **cesaropapismo**.

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

B) Modelo de exclusividad.

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

coexisten: o se absorben o se excluyen. En el primer caso, uno de los poderes integra al otro tanto ideológica como jurídicamente. El poder dominado se subordina al poder dominante de tal manera que el ordenamiento jurídico de éste regula los asuntos internos de aquél. La imperatividad y la eficacia de las normas vienen atribuidas por el poder dominante, sea estatal o religioso. En la situación contraria; es decir cuando un poder excluye al otro, el poder dominante valora negativamente al que es dominado, respecto del que es incompatible. La consecuencia es la irrelevancia de las normas del poder excluido que llega a ser considerado delictivo.

⁸² La relación institucionalizada se da cuando lo principal es la relación entre los grupos. El ordenamiento estatal contempla como prioritaria la regulación de la posición jurídica del grupo como institución en menoscabo de los derechos del individuo que son reconocidos en tanto miembro de dicha institución. Lo que prima en esta relación es el reconocimiento de derechos colectivos.

sistema de relación son: el **Estado persecuidor** y la **Iglesia que excomulga**.

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

C) El modelo de utilidad.

El modelo de utilidad es la continuación histórica del de identidad. La diferencia radica en la aceptación de la cosmovisión dualista⁸³. Se trata, en un primer momento, de un modelo monista ideológicamente⁸⁴ y la relación es institucionalizada. Fruto del monismo ideológico será la intolerancia. Cada uno de los poderes se reconoce mutuamente como independiente y con un ámbito propio de competencia. Si en el modelo de identidad existía una total coincidencia entre ambos poderes (político y religioso), en el modelo de utilidad la relación se limita a las llamadas "materias mixtas"; aquellas de las que se predica tanto su naturaleza espiritual como material (no existiendo separación entre el Estado y las confesiones religiosas en este ámbito). La solución al enfrentamiento vendrá determinada por la subordinación de un poder a otro. Es decir, la solución sigue siendo idéntica al modelo de identidad, pero reducida al ámbito de materias sobre los que ambos sujetos reclaman competencia. Esta subordinación será más o menos intensa según que el modelo se acerca o aleje del de identidad. En todo caso, cada

⁸³ La *cosmovisión dualista* considera que en la estructura y funcionamiento del universo están presentes ambos elementos: materia y espíritu. Como consecuencia de ello, ambos poderes, civil y religioso, se reconocen mutuamente y asumen como propios los asuntos temporales el poder civil, y los asuntos espirituales el poder religioso. El problema, en este caso, surge cuando se trata de delimitar la línea que separa lo espiritual de lo material, son las llamadas materias mixtas donde ambos poderes reclaman su competencia. La relación de fuerza entre ambos poderes llevará a considerar dominante aquel poder que mantenga su competencia sobre tales materias comunes, lo que provocará la subordinación de un poder a otro. Otra solución no vendría por una relación de dominación y subordinación sino de cooperación entre ambos poderes.

⁸⁴ El Estado monista no admite la diversidad de grupos ideológicos ni el derecho de asociación. Los Estados convierten una ideología en dominante y excluyen todas las demás. Son Estados de partido, sindicato, o religión, únicos. Este tipo de Estados establecen una verdad única y son intolerantes.

elemento de la relación tiene una valoración positiva del otro desde el punto de vista de la consecución de sus objetivos y, por ello, intentará utilizarlo en lo posible (de ahí la denominación de este modelo) y ambos se benefician de la situación.

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

En estos modelos de utilidad existirá siempre una religión oficial que se valorará positivamente. El Estado no es neutral religiosamente. Es decir, un elemento común a ambos submodelos es el **principio de confesionalidad**, *entendido como la profesión por parte del Estado de una determinada religión*. La confesionalidad puede ser de dos clases: doctrinal e histórico-sociológica. La confesionalidad doctrinal o dogmática se produce cuando el Estado considera que la religión que profesa es la única verdadera y asume como función propia su defensa. Se valora negativamente la práctica de cualquier otra religión o la ausencia de creencias religiosas que son, por tanto, objeto de persecución penal. La intolerancia es la regla general. En la confesionalidad histórico-sociológica el Estado no privilegia una determinada religión porque haga un juicio de veracidad sobre tales creencias, sino que privilegia a una religión porque o bien dicha religión ha contribuido a la conformación histórica del país (confesionalidad histórica) o bien por ser la que mayoritariamente profesan los ciudadanos del Estado (confesionalidad sociológica). En ese tipo de confesionalidad es posible que la actitud del Estado respecto de otros creyentes o de los no creyentes continúe siendo intolerante o que haya evolucionado hacia la tolerancia en el ámbito privado y familiar o, bien que sea compatible con la libertad de creencias sin perjuicio de la posición privilegiada que se atribuye a la confesión oficial, lo que siempre provocará un sacrificio de la libertad religiosa, en caso de conflicto, con la confesionalidad del Estado. La estatalidad o la confesionalidad del Estado suponen que éste profesa una religión determinada, lo que dificulta e impide la plena libertad e

igualdad religiosa⁸⁵. Ciertamente es posible, la convivencia de la libertad con los principios de confesionalidad o estatalidad y que incluso estos se supediten a la libertad religiosa, pero la plenitud de la igualdad reclama su tránsito hacia la laicidad.

D) El modelo de neutralidad religiosa (laico).

Todos los modelos anteriores estudiados (excepto, el submodelo **laicista**⁸⁶) se fundamentan en el monismo ideológico; en cambio, el modelo de neutralidad encuentra su fundamento en el pluralismo ideológico⁸⁷. El Estado reconoce la libertad de conciencia como un derecho de sus ciudadanos sin entrar a valorar si se deben tener o no creencias religiosas o si prefieren una frente a otras. Es decir, reconoce además de la libertad, la igualdad religiosa. La

⁸⁵ “No obstante, parece difícil, si no imposible, concebir una aplicación del concepto de “religión oficial del Estado” que en la práctica no tenga efectos adversos sobre las minorías religiosas, esto es, que no discrimine a sus miembros” (vid. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la libertad de religión o de creencias, 26 de diciembre de 2013). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no puede aceptar que la existencia de una religión a la que se adhiriera la mayoría de la población, o cualquier supuesta tensión entre la religión mayoritaria y los seguidores de una religión minoritaria, o la oposición de una autoridad de la religión mayoritaria, pudiera constituir una justificación objetiva y razonable para infringir los derechos garantizados en virtud del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, vid. Caso Antigua asociación religiosa báltica “Romuva” c. Lituania, 2021, § 145.

⁸⁶ Una de las características de los modelos de relación que describimos en esta Lección es la labilidad. Es decir, que un modelo se transforma rápidamente en otro modelo. Un modelo de transición o a caballo entre el modelo de neutralidad y el modelo de exclusividad es el modelo **laicista**. Este modelo no comparte con el modelo de exclusividad ni la cosmovisión monista ni el monismo ideológico, pero no es un modelo neutral en lo religioso al realizar una valoración negativa o, parcialmente negativa, de lo religioso.

⁸⁷ El Estado pluralista ideológicamente reconoce el derecho a la libertad ideológica y religiosa en condiciones de igualdad. Se parte del establecimiento de la pluralidad como condición necesaria para la libertad. Si en los Estados monistas ideológicamente consagran el dogmatismo, en los Estados pluralistas ideológicamente el relativismo ideológico y religioso (no existe una verdad absoluta que se imponga a los ciudadanos) es su característica esencial. Por eso, el Estado debe facilitar que cada ciudadano encuentre “su verdad” dentro de un amplio consenso ideológico.

relación personalizada es una característica esencial de este modelo⁸⁸. En los modelos anteriores la relación se establecía entre el Estado y las confesiones religiosas en cuanto instituciones y su contenido eran los derechos y deberes que correspondían a cada una de ellas. El protagonismo lo adquiere, en el modelo de neutralidad, el individuo, cuyos derechos se convierten en la referencia para la regulación del Estado y solo en la medida que la promoción de los derechos individuales lo requiera, en consecuencia, las relaciones con el grupo se regulan como un carácter meramente instrumental. La neutralidad religiosa e ideológica solo es posible en un Estado laico; es decir, un Estado separado de las confesiones religiosas. *La separación entraña: primero, la autonomía interna de las confesiones religiosas; segundo, que el Estado no adopte normas jurídicas en función de valoraciones o criterios religiosos y; tercero, la ineficacia en el ámbito estatal de las normas confesionales y de los negocios jurídicos nacidos al amparo de normas confesionales, salvo que dicha eficacia sea una exigencia del ejercicio efectivo del derecho fundamental de libertad de conciencia*⁸⁹.

⁸⁸ La relación está personalizada cuando es el individuo la referencia del ordenamiento estatal que reconoce sus derechos en primer término y solo de forma derivada (con carácter meramente instrumental) a los grupos de los que forman parte los ciudadanos. En esta relación prima el reconocimiento de los derechos individuales.

⁸⁹ La Sentencia C-152 de la Corte Constitucional de Colombia, de 25 de febrero de 2003, recoge: "Así, está constitucionalmente prohibido no solo 1) establecer una religión o iglesia oficial, sino que 2) el Estado se identifique formal y explícitamente con una iglesia o religión o 3) que realice actos oficiales de adhesión, así sean simbólicos, a una creencia, religión o iglesia. Estas acciones del Estado violarían el principio de separación entre las iglesias y el Estado, desconocerían el principio de igualdad en materia religiosa y vulnerarían el pluralismo religioso dentro de un estado liberal no confesional. No obstante, tampoco puede el Estado 4) tomar decisiones o medidas que tengan una finalidad religiosa, mucho menos si ella constituye una expresión de una preferencia por alguna iglesia o confesión, ni 5) adoptar políticas o desarrollar acciones cuyo impacto primordial real sea promover, beneficiar o perjudicar a una religión o iglesia en particular frente a otras igualmente libres ante la ley. Esto desconocería el principio de neutralidad que ha de orientar al Estado, a sus órganos y a sus autoridades en materias religiosas". Y, especial mención merece el Voto Particular del magistrado D. Ramón SÁEZ VALCÁRCEL, en la sentencia del TC 5/2023, de 20 de febrero, que dice: "**Laicidad** significa neutralidad ideológica y demanda de los poderes públicos igual consideración y respeto de todas las concepciones religiosas, morales y culturales, incluidas las indiferentes y las contrarias a la religión, en un universo de pluralismo de ideas. La laicidad conlleva la prohibición

En este punto conviene realizar algunas precisiones terminológicas. La palabra "laicidad" (*laïcité*) tiene su origen etimológico, en Francia, en la década de 1870 y es fruto del debate sobre la enseñanza laica; es decir, enseñanza no confesional⁹⁰. El adjetivo "laico" (*laïque*) es anterior al sustantivo "laicidad" y designa aquello que no es eclesiástico ni religioso. Tendría dos sentidos diferentes: como opuesto a clérigo o, como opuesto a religioso. El primer sentido se origina en la Edad Media, en concreto, cuando se produce la distinción entre clérigos y laicos ("*laïcs*") y, en cambio, el segundo sentido, se origina en el siglo XIX. La aplicación del término laicidad al concepto de Estado viene a definir al Estado como neutral entre las confesiones religiosas y tolerante con todas ellas⁹¹. En cambio, en el Derecho anglosajón o alemán no se utiliza el término "laicidad" sino "neutralidad religiosa" o "secularidad" (Estado secular). El término laicidad, también, se relaciona con la palabra griega "*laos*" que significa pueblo. Y, la palabra "*laikós*", perteneciente al pueblo. En consecuencia, ***el término laicidad se relaciona directamente con "lo común a todos"; es decir, con la igualdad y el sistema democrático.*** Con otras palabras, el Estado laico sólo puede desenvolverse en sistemas democráticos y que garanticen los derechos y libertades fundamentales de todos los ciudadanos. Confluyendo en lo que se ha denominado "democracia sustancial"⁹². Además, el Diccionario de la Real Academia de Lengua Española

de promover o valorar como superior o mejor una creencia, de crear jerarquías entre las diversas concepciones de la vida en materia religiosa y de discriminar a los que se adhieren a otras creencias o no se adhieren a ninguna de las que ofrecen las ideas religiosas. Por ello, la laicidad es una técnica de protección de los derechos fundamentales y un límite a la actuación de los poderes públicos, especialmente dirigido a jueces y tribunales".

⁹⁰ Este neologismo inmediatamente se incorpora a los diccionarios, por ejemplo, la Enciclopedia Larousse en 1873, y el suplemento del Diccionario de Littré de 1877, sobre esta cuestión, vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. y AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F.: "Algunos elementos de formación del estado laico francés como reacción defensiva contra la iglesia católica", en *Miedo y religión*, Ediciones del Orto, 2002, p. 51 y ss.

⁹¹ Esta definición se expresa en un discurso de Emile Littré de 27 de abril de 1882, aunque también se puede encontrar en el Diccionario de pedagogía y de enseñanza primaria de Ferdinand Buisson en 1887. Sobre esta materia, vid. BARBIER, M.: *La laïcité*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 6-8.

⁹² FERRAJOLI, L: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., págs. 23 y ss.

recogió, por primera vez en 2014, el término “laicidad”⁹³: “Condición de laico. Principio de separación de la sociedad civil y de la sociedad religiosa”.

El Estado donde rige el principio de laicidad (que incluye los subprincipios de neutralidad y de separación) es un Estado laico. No obstante, no existen modelos laicos o neutrales puros, la historia de cada país determina claramente ciertas impurezas (de carácter confesional, pluriconfesional o laicista) que incidirá directamente en el grado de reconocimiento de la libertad de conciencia. Lo que siempre habrá que tener en cuenta es este ideal para, como una falsilla (checklist), poner de manifiesto las impurezas que deben depurarse. En consecuencia, *la finalidad de la laicidad es garantizar el pleno disfrute de la libertad de conciencia de todos los seres humanos*. Este es el objetivo de este manual. Servir de herramienta para desenmascarar las vulneraciones del principio de laicidad.

Por su parte, el término “laicismo” viene definido por el Diccionario de la RAE como: “Doctrina que defiende la independencia del hombre o de la sociedad, y más particularmente del Estado, de toda influencia eclesiástica o religiosa”⁹⁴. El Estado que defiende el laicismo se denomina **Estado laicista**. Este tipo de Estado, a diferencia del Estado laico, no es neutral pues tiene una valoración negativa, o parcialmente negativa, de lo religioso, de las confesiones o, de alguna confesión en particular. Es, con otras palabras, anticlerical. Estos Estados laicistas se dan en un contexto de pluralismo ideológico, pero al realizar una valoración sobre lo religioso se alejan del modelo neutral.

⁹³ 23ª edición, de 2014.

⁹⁴ Definición de “laicismo” en el Diccionario del español jurídico: “Doctrina o corriente ideológica que promueve una completa independencia del Estado respecto de cualquier instancia religiosa. *Implica la exclusión del factor religioso del ámbito público, relegándolo a la esfera estrictamente privada de la conciencia individual. En un sistema laicista, los valores y normas religiosos son irrelevantes para la comunidad política y no se reconoce eficacia civil a los actos jurídicos que tengan su origen en un acto religioso, como la celebración del matrimonio religioso; no se autorizan determinadas manifestaciones del derecho de libertad religiosa, como el derecho a recibir enseñanza o asistencia religiosa; ni se permiten los símbolos religiosos en el espacio público. Puede llegar a excluir del debate público cualquier propuesta ética que tenga su origen en una doctrina religiosa*”.

Por último, se ha definido **Estado aconfesional**⁹⁵ como aquel Estado "que no pertenece o no está adscrito a ninguna confesión"; es decir, que en dicho Estado no existe una religión oficial. La aconfesionalidad no define a ningún modelo de relación, sino que es una característica o principio presente en varios modelos de relación (Estado perseguidor, Estado laicista o Estado neutral). En definitiva, el principio de aconfesionalidad vendría a ser definido como que ese Estado no tiene "confesionalidad" o "pluriconfesionalidad" ya sean éstas doctrinales, históricas o sociológicas, con todas las consecuencias jurídicas que derivan de la no existencia de confesionalidad. Ya lo anticipamos, en este punto, el modelo de la Constitución española de 1978 responde a un modelo LAICO (de neutralidad religiosa) porque no existe el modelo de relaciones entre Estado y confesiones denominado "aconfesional".

3. Las técnicas de relación entre el ordenamiento jurídico estatal y el ordenamiento canónico.

Estas técnicas de relación entre ordenamientos jurídicos fueron elaboradas, en primer lugar, por el Derecho internacional privado; sin embargo, la doctrina eclesial las han ido reelaborando para adaptarlas a las peculiares relaciones entre los ordenamientos jurídicos estatales y los ordenamientos jurídicos confesionales; sin que se haya llegado a una utilización unívoca del significado de cada una de las técnicas de relación⁹⁶. En este sentido, distinguimos entre técnicas de relación que atribuyen eficacia a normas jurídicas: remisión material y remisión formal y, por otra parte, técnicas que atribuyen eficacia a negocios jurídicos: reconocimiento de efectos y presupuesto.

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

- a) La **remisión formal o reenvío**. Consiste en que el ordenamiento estatal se limita a autorizar que una determinada materia sea regulada por normas del

⁹⁵ Definición de "aconfesional" en el Diccionario del español jurídico: "Dicho de un Estado: Que no está adscrito a una religión o creencia para garantizar el pluralismo y la tolerancia religiosa". Conviene destacar que esta definición dice garantizar "tolerancia" pero no que en dicho Estado se garantiza la "libertad religiosa".

⁹⁶ Cfr. CIPROTTI, P.: *Diritto Ecclesiastico*, CEDAM, Padova, 1964, p. 69.

ordenamiento confesional; es decir, el ordenamiento estatal renuncia a regular esa materia en relación con determinadas personas o lugares y reenvía su regulación al ordenamiento confesional. El ordenamiento jurídico estatal no incorpora dichas normas confesionales, simplemente se limita a reconocer su plena validez. Por último, estas normas del ordenamiento jurídico confesional se interpretarán y aplicarán en el ordenamiento estatal, de acuerdo con los principios de interpretación e integración del ordenamiento confesional.

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

En el segundo supuesto (*reconocimiento o atribución de eficacia jurídica civil o estatal a negocios jurídicos nacidos al amparo del ordenamiento jurídico confesional*) se puede distinguir:

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

- b) **Presupuesto.** Se divide en dos supuestos. El primer supuesto hace referencia a la atribución de relevancia jurídica por parte del ordenamiento estatal, a un negocio jurídico nacido al amparo del ordenamiento confesional pero que va a ser considerado como un *mero hecho* sin que se entre a analizar su constitución que se considera de competencia exclusiva del ordenamiento confesional; siendo sus tribunales los que determinen la válida constitución de dicho negocio jurídico confesional. El segundo supuesto se produce cuando el ordenamiento jurídico estatal atribuye eficacia jurídica a un negocio jurídico confesional, pero con los mismos efectos jurídicos que poseen esos negocios en el ordenamiento estatal y siempre que cumplan los requisitos de validez que el ordenamiento estatal establece en su propio ordenamiento para ese tipo de negocios jurídicos. Serán los órganos judiciales del ordenamiento estatal los que tengan la competencia exclusiva para decidir sobre la validez o nulidad de dichos negocios jurídicos confesionales.

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

principio de laicidad como garantía de la libertad de conciencia, en condiciones de igualdad para todos⁹⁷.

⁹⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "El Derecho canónico como Derecho estatutario en el ordenamiento jurídico español", en *Escritos en honor de Javier Hervada, Ius Canonicum*, volumen especial, 1999, p. 1009-1020.

II.- *El Derecho Eclesiástico del Estado español.*

A) Parte General

Lección 3. LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO ESPAÑOL VIGENTE

- 1. Precedentes remotos:** A) La "Reconquista" y la tolerancia religiosa. B) Antiguo Régimen. *a) Siglos XVI y XVII. (Primera etapa); b) Siglo XVIII. (Segunda etapa).* C) El constitucionalismo español del siglo XIX.
- 2. Precedentes próximos.** A) La Segunda República. B) El régimen franquista.

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

1. Precedentes remotos:

A) La "Reconquista" y la tolerancia religiosa.

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

Las comunidades de musulmanes que residían en reinos cristianos (mudéjares) estaban constituidas por trabajadores modestos que carecían de relevancia social y, aunque fueron objeto de algunas medidas como llevar signos distintivos de su condición, no despertaron una gran hostilidad entre las comunidades cristianas

donde vivían. No sucedía lo mismo con los judíos. Su protagonismo cultural, académico (eran los médicos más relevantes) y, sobre todo, económico (llegaron a tener la hacienda real en sus manos) despertó el recelo político y social que provocó durante el siglo XIV las persecuciones más violentas. Se estableció que las únicas propuestas para los judíos eran la conversión o el destierro pues no se acabó con el hostigamiento al que estaban sometidos. Esta solución se plasma en el Decreto de expulsión definitiva en 1492⁹⁸. El mismo camino terminan recorriendo los moriscos que sufren las conversiones forzosas a partir de la caída del reino de Granada por la Pragmática de los Reyes Católicos de 1502 y un progresivo confinamiento que provoca su levantamiento en las Alpujarras a finales del siglo XVI y, finalmente, su expulsión definitiva por Felipe III entre 1609 y 1613.

B) Antiguo Régimen.

Comprende el período que se inicia con la unión de las Coronas de Aragón y Castilla (Reyes católicos) y llega hasta el siglo XIX. La intolerancia religiosa preside todo el período histórico que comprende el Antiguo Régimen. Su expresión más cruel en la organización y funcionamiento de la Inquisición, que inicia su actividad en 1478 y tiene como función principal, en estos primeros momentos, comprobar la veracidad de las conversiones. Se afirma, además, la confesionalidad del Estado que se constituye en elemento de formación y definición del mismo, y en el elemento aglutinador de su unidad política (*cuius regio, eius religio*). Por último, los reyes de España se arrogan distintos privilegios que les permitirán intervenir en asuntos eclesiásticos (regalismo).

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

⁹⁸ Ley 12/2015, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España que justifiquen tal condición y su especial vinculación con España.

a) Siglos XVI y XVII. (Primera etapa)

Durante este período el incipiente Estado, aún "anclado en la idea medieval de Cristiandad", mantiene una actitud de intolerancia que se extiende a los protestantes tras la Reforma luterana y el Estado se convierte en el "*brazo secular*" de la jurisdicción eclesiástica. La expulsión de los judíos y moriscos, la persecución posterior en aras de la limpieza de sangre y la conversión son manifestaciones de esta intolerancia institucionalizada que lleva a cabo la Inquisición desde 1478. El intervencionismo del monarca en asuntos eclesiales a través de las siguientes instituciones regalistas: *Real Patronato*, la *retención de bulas*, o los *recursos de fuerza*, se fundamentan todavía en la existencia de un privilegio del papa concedido al rey.

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

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

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

b) Siglo XVIII. (Segunda etapa).

Esta segunda etapa del Antiguo Régimen discurre a lo largo del siglo XVIII cuando se consolida el llamado *Estado regalista*. La consecuencia más significativa será la consolidación y ampliación de las instituciones regalistas del anterior período: *Real Patronato*, *exequatur*, *ius eminens*... El fundamento, aunque formalmente siga

siendo canónico, de hecho, se seculariza en lo que será el *jurisdiccionalismo territorial*, situación que tiene su expresión en el Concordato de 1753. Las facultades del *Real Patronato* se extienden a todos los oficios y beneficios eclesiásticos, mayores y menores, del Reino y se ratifica en el Concordato de 1753. La *retención de bulas* se transforma en la institución del *exequatur* o *placet regio* que abarca a todas las disposiciones pontificias que solo podían ser publicadas si tenían el visto bueno del rey cualquiera que fuera su contenido. Se consolida la regalía del *ius eminens* que autoriza al rey a someter a impuestos y cargas los bienes eclesiásticos y a desamortizarlos para venderlos así conseguir sanear la Hacienda pública.

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

C) El constitucionalismo español del siglo XIX.

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

El primer texto constitucional en España es la Constitución de Cádiz, aunque en 1808 se promulgó el **Estatuto de Bayona** que no es, formalmente, una Constitución sino una Carta otorgada. El principio de confesionalidad católica intolerante que recoge el artículo 1 de este Estatuto había sido una condición impuesta por Carlos IV para renunciar al trono español en favor de Napoleón. Aparece en este

Estatuto, claramente, la contradicción entre libertad de imprenta e intolerancia religiosa derivada de la confesionalidad doctrinal excluyente del Estado. Fruto de esa contradicción, el rey José I procede a la supresión del Tribunal de la Inquisición e inicia un tímido proceso desamortizador.

La **Constitución de 1812**. El artículo 12⁹⁹ reconocía el principio de confesionalidad doctrinal católica, absolutamente intolerante. Sorprende que esta primera Constitución liberal no reconozca la libertad religiosa, pero es que tampoco reconoce la tolerancia religiosa. Los liberales están más preocupados por el control político de la Iglesia católica a través de las instituciones regalistas, que recoge la Constitución, que en la defensa de una minoría (que de existir) sería insignificante. Esta Constitución reconoce la libertad de imprenta en el artículo 371, copiando literalmente lo dispuesto en el Decreto de 1810¹⁰⁰. Dicho reconocimiento se restringe sólo a las ideas políticas pues la única censura que se conserva es la de los escritos sobre materia religiosa, que se encomienda a los Ordinarios¹⁰¹. Esto traerá como consecuencia la promulgación, en 1813, del Decreto de abolición del Tribunal de la Inquisición. El artículo 2 de este Decreto determinaba que dicho tribunal era incompatible con la Constitución. La Constitución de 1812 estuvo en vigor durante breves espacios de tiempo (de 1812 a 1814 y de 1820 a 1823). Con el levantamiento de Riego en 1820 y la vuelta al orden constitucional de 1812 quedaba restablecida la libertad de imprenta. En este Trienio liberal se aprueba una nueva Ley de imprenta de 1820. El aspecto más interesante de esta Ley es la creación, por primera vez en nuestra legislación, del *Jurado*. Institución presente en lo sucesivo en toda la legislación progresista sobre imprenta. Durante este Trienio liberal queda abolido el Tribunal de la Inquisición (Decreto de 9 de marzo de 1820); se procede a la expulsión de los jesuitas; a la supresión del fuero eclesiástico, se aprueba la Ley de monacales de

⁹⁹ "La religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra".

¹⁰⁰ Este Decreto reconocía que la "facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas, es no solo un freno de la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de ilustrar a la nación en general, y el único camino para llevar al conocimiento de la verdadera opinión pública".

¹⁰¹ En el artículo VI del Decreto de 1810 se recogía que: "Todos los escritos sobre materias de religión quedan sujetos a la previa censura de los ordinarios eclesiásticos".

1820 y el Código Penal de 1822, que protege penalmente la religión oficial con una extrema intolerancia.

La intervención francesa a través de los "Cien mil Hijos de San Luis" terminó con el trienio liberal iniciándose la denominada "Década Ominosa". Estos años de 1823 a 1833 suponen la vuelta al absolutismo. No se restituye el Tribunal de la Inquisición, no obstante, en algunas diócesis es sustituido por las denominadas Juntas diocesanas de fe, que realizaron la misma labor de control de la ortodoxia católica. Durante este período (1824) se funda la Superintendencia General de Policía, primer antecedente histórico de la actual Cuerpo Nacional de Policía. Entre sus funciones se encontraba la represión de los liberales y el resto de sus funciones no diferían mucho de las funciones del Tribunal de la Inquisición, pero en este caso dependía exclusivamente de las autoridades civiles. La Iglesia católica se opuso a la creación de la Policía porque era partidaria de la restauración del Tribunal de la Inquisición. No obstante, se crea la Junta Reservada de Estado que estaba presidida por el superintendente general de policía e integrada por ocho miembros, seis de ellos eclesiásticos. Entre sus funciones se encargada de la censura de los libros contrarios al absolutismo y al dogma católico. Funciones que antes tenía el Tribunal de la Inquisición.

Con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1837, se había promulgado el Decreto de 1 de julio de 1835 que suprime todos los tribunales inquisitoriales que pudieran actuar en España. La **Constitución de 1837** establece un cambio en la relación del Estado con el fenómeno religioso¹⁰² y aparece regulado en el artículo 11¹⁰³ de esta Constitución de 1837. Este artículo establece, simplemente, una mera constatación sociológica de que la religión católica es la profesada por los españoles; por lo tanto, y esto es lo relevante, no hay una declaración de confesionalidad doctrinal, supuesto que sí sucedía en la Constitución de 1812. Como consecuencia de la ausencia de declaración doctrinal se inicia un período de tolerancia religiosa. Esta Constitución también reconoce la libertad de imprenta, en el artículo 2. A diferencia de la Constitución de Cádiz, en la Constitución de 1837 se

¹⁰² Se había aprobado con antelación el Real Decreto de 15 de julio de 1834 donde en su artículo primero, textualmente, afirma que: "Se declara suprimido definitivamente el tribunal de la Inquisición".

¹⁰³ "La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la Religión Católica que profesan los españoles".

amplía la libertad de expresión a todo tipo de ideas, incluidas las religiosas. Durante este período liberal se produce el mayor proceso desamortizador. En el gobierno de Mendizábal se prohíbe otorgar órdenes sacerdotales y se suprimen todos los conventos y monasterios que no tengan utilidad pública.

Una vuelta a postulados de confesionalidad doctrinal católica se produjo de nuevo con la **Constitución de 1845**, como refleja el artículo 11¹⁰⁴ de la misma, y con ella una marcha atrás respecto a avances producidos anteriormente (a pesar del reconocimiento en el artículo 2 de la libertad de imprenta). El acercamiento a la Iglesia católica se plasma en el **Concordato de 1851**¹⁰⁵. Un Concordato que introducía una declaración de confesionalidad católica de carácter intolerante en el artículo 1. En los siguientes artículos de este Concordato (art. 2 y 3) se consagra el control ideológico, total, en manos de la Iglesia católica. En los años siguientes se suceden dos proyectos constitucionales que responden a la dualidad conservadores-progresistas y que no llegaron a promulgarse. El proyecto conservador de 1852 suprime toda referencia a los derechos

¹⁰⁴ "La Religión de la Nación española es la Católica, Apostólica y Romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros".

¹⁰⁵ Los tres primeros artículos de este Concordato disponían: Artículo 1: "La religión católica, apostólica, romana, que con exclusión de cualquier otro culto continúa siendo la única de la nación española, se conservara siempre en los dominios de Su Majestad Católica, con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones". Artículo 2: "En su consecuencia, la instrucción en las Universidades, Colegios, Seminarios y Escuelas públicas o privadas, de cualquiera clase, será en todo conforme a la doctrina de la misma religión católica; y a este fin no se podrá impedimento alguno a los obispos y demás prelados diocesanos encargados por su ministerio de velar sobre la pureza de la doctrina de la fe, y de las costumbres, y sobre la educación religiosa de la juventud en el ejercicio de este cargo, aun en las escuelas públicas". Artículo 3: "Tampoco se pondrá impedimento alguno a dichos prelados ni a los demás sagrados ministros en el ejercicio de sus funciones, ni los molestara nadie bajo ningún pretexto en cuanto se refiera al cumplimiento de los deberes de su cargo; antes bien, cuidaran todas las autoridades del Reino de guardarles y de que se les guarde el respeto y consideración debidos, según los divinos preceptos, y de que no se haga cosa alguna que pueda causarles desdoro o menosprecio. Su Majestad y su real Gobierno dispensarán asimismo su poderoso patrocinio y apoyo a los obispos en los casos que le pidan, principalmente cuando hayan de oponerse a la malignidad de los hombres que intenten pervertir los ánimos de los fieles y corromper sus costumbres, o cuando hubiere de impedirse la publicación, introducción o circulación de libros malos y nocivos".

individuales y recoge literalmente la fórmula de confesionalidad del Concordato de 1851. El proyecto progresista de 1856 recupera los conceptos de soberanía nacional y la declaración de derechos y vuelve a una declaración de confesionalidad sociológica junto a la tolerancia de otros cultos. Se aprueba la Ley de instrucción pública, de 9 de septiembre de 1857, llamada "Ley Moyano". Esta Ley regulaba la creación de centros educativos públicos, así como la gratuidad de la enseñanza primaria. No obstante, en los artículos 295 y 296 de esta Ley se atribuía el control ideológico de toda la enseñanza, también de la enseñanza pública, a la Iglesia católica conforme a lo dispuesto en el Concordato de 1851¹⁰⁶.

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

La cuestión religiosa se reguló en el artículo 21¹⁰⁷ y es fruto del acuerdo entre las fuerzas políticas conservadoras, proclives a mantener la confesionalidad, y las progresistas, que defendían la separación entre Iglesia católica y el Estado. Así, en este artículo, se mantiene el sostenimiento público del culto y del clero católico, a cambio de no incluir declaración de confesionalidad alguna, aunque

¹⁰⁶ Estos dos artículos recogían lo siguiente: "Art. 295. Las Autoridades civiles y académicas cuidarán bajo su más estrecha responsabilidad. de que ni en los Establecimientos públicos de enseñanza ni en los privados se ponga impedimento alguno a los RR. Obispos y demás Prelados diocesanos, encargados por su ministerio de velar sobre la pureza de la doctrina, de la fe y de las costumbres. y sobre la educación religiosa de la juventud, en el ejercicio de este cargo".

Y art. 296. "Cuando un Prelado diocesano advierta que en los libros de texto o en las explicaciones de los Profesores se emitan doctrinas perjudiciales a la buena educación religiosa de la juventud, dará cuenta si Gobierno: quien instruirá el oportuno expediente, oyendo al Real Consejo de Instrucción pública, y consultando, si lo creyere necesario, a otros Prelados y al Consejo Real".

¹⁰⁷ "La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquiera otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior".

se continúa regulando las instituciones regalistas más importantes. Finalmente se produce la *primera declaración de libertad religiosa de nuestra historia constitucional*, aunque con una fórmula que se ha calificado como alambicada, vergonzante y simplemente, hipotética, al referirse, en primer término, a los extranjeros¹⁰⁸. En definitiva, se admite, por primera vez, la existencia de españoles no católicos y se les conceden y garantizan ciertos derechos, que suponen algo más que una simple postura de tolerancia, por ser expresión clara de una cierta libertad de cultos que pueden ser ejercitados pública o privadamente. Además, se sanciona la imposibilidad de discriminación de los españoles en sus derechos civiles y políticos por motivos religiosos (art. 27). Durante este período constitucional se dictan las siguientes disposiciones que respondería al **principio de laicidad**¹⁰⁹: Ley de matrimonio civil obligatorio de 1870; el Código Penal de 1870¹¹⁰; la supresión de la enseñanza religiosa en la educación

¹⁰⁸ Este reconocimiento de la libertad religiosa para los extranjeros tendrá mucha importancia en relación con el origen del fútbol en España, vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "La libertad y la tolerancia religiosa en el origen del fútbol en España", en *Cuadernos de fútbol*, nº 137, diciembre 2021.

¹⁰⁹ Si bien algunas normas tuvieron un marcado carácter laicista y anticlerical como la expulsión de los jesuitas (Decreto de 12 de octubre de 1868), sobre esta normativa, vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "El intento de plasmación de un Estado laico en el sexenio liberal (1868-1874)", en *Studia Carande*, nº 5, 2000, p. 93-114.

¹¹⁰ En una sección titulada de: "Delitos relativos a la libertad de los cultos" se recogen una serie de conductas delictivas que se regulaban en los artículos 236 a 241. Estos artículos son el antecedente histórico de los delitos que recoge el actual CP en los artículos 522 a 525. Por la importancia en la interpretación de los artículos del CP, actualmente vigentes, reproducimos los artículos del CP de 1870:

Sección Tercera

Delitos relativos al libre ejercicio de los cultos

Artículo 236: "Incurrirán en la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo y multa de 250 á 2500 pesetas, el que por medio de amenazas, violencias u otros apremios ilegítimos forzare a un ciudadano a ejercer actos religiosos o a asistir a funciones de un culto que no sea el suyo".

Artículo 237: "Incurrirán en las mismas penas señaladas en el artículo anterior el que impidiere, por los mismos medios a un ciudadano practicar los actos del culto que profese o asistir a sus funciones".

Artículo 238: "Incurrirán en la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado mínimo y multa de 125 a 1250 pesetas:

secundaria, pero se seguía impartiendo la enseñanza de la religión católica en la enseñanza primaria aunque con carácter voluntario (Decreto de 25 de octubre de 1868); supresión de la Facultad de Teología (Decreto de 25 de octubre de 1868); Ley de Registro Civil de 17 de junio de 1870; secularización de los cementerios; Decreto de 24 de octubre de 1868, de supresión de la Comisión de Arreglo parroquial.

Durante este período se elabora el proyecto constitución de la Primera República de 1873, donde se reconoce la libertad religiosa, el principio de separación entre el Estado y las confesiones religiosas y la prohibición de financiación de las confesiones religiosas¹¹¹.

1º El que por los medios mencionados en el artículo anterior forzare a un ciudadano a practicar los actos religiosos o a asistir a las funciones del culto que éste profese.

2º El que por los mismos medios impidiere a un ciudadano observar las fiestas religiosas de su culto

3º El que por los mismos medios le impidiere abrir su tienda, almacén u otro establecimiento, o le forzare a abstenerse de trabajos de cualquiera especie en determinadas fiestas religiosas.

Lo prescrito en los artículos anteriores se entiende sin perjuicio de las disposiciones generales o locales de orden público y policía”.

Artículo 239: “Incurrirán en las penas de prisión mayor en sus grados mínimo y medio los que tumultuariamente impidieren, perturbaren o hicieren retardar la celebración de los actos de cualquier culto en el edificio destinado habitualmente para ello, o en cualquier sitio donde se celebraren”.

Artículo 240: “Incurrirán en las penas de prisión correccional en sus grados medio y máximo de 250 a 2500 pesetas:

1º El que con hechos, palabras, gestos o amenazas ultrajare al Ministro de cualquier culto, cuando se hallare desempeñando sus funciones.

2º El que por los mismos medios impidiere, perturbare o interrumpiere la celebración de las funciones religiosas en el lugar destinado habitualmente a ellas o en cualquier otro en que se celebraren.

3º El que escarneciere públicamente alguno de los dogmas o ceremonias de cualquier religión que tenga prosélitos en España.

4º El que con el mismo fin profanare públicamente imágenes, vasos sagrados o cualesquiera objetos destinados al culto”.

Artículo 241: “El que en un lugar religioso ejecutares con escándalo actos que, sin estar comprendidos en ninguno de los artículos anteriores, ofendieren el sentimiento religioso de los concurrentes, incurrirá en la pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio”.

¹¹¹ Este Proyecto constitucional recogía: Artículo 34: “El ejercicio de todos los cultos es libre en España”. Artículo 35: “Queda separada la Iglesia del Estado”. Artículo 36: “Queda prohibido a la Nación o al Estado federal, a los Estados

También se elabora el proyecto de Ley de separación Iglesia-Estado de 1 de agosto de 1873.

La **Constitución de 1876**. En su artículo 11¹¹² se restablece la *confesionalidad católica doctrinal* que, evidentemente, es incompatible con la libertad religiosa que es sustituida por la mera tolerancia de otros cultos. Como consecuencia de esto no se permiten las manifestaciones públicas ni la propaganda de otras confesiones que no sean la católica. En este sentido, se dicta una Real Orden que contiene la Circular de 23 de octubre de 1876 sobre la interpretación del artículo 11 de la Constitución relativo a la libertad religiosa, en concreto, sobre el término "manifestaciones públicas". Esta norma establecía que quedaba prohibida toda manifestación pública de los cultos disidentes de la religión católica fuera del recinto del templo o del cementerio de los mismos. Se entendía manifestación pública todo acto ejecutado sobre la vía pública o en los muros exteriores del templo o cementerio que dé a conocer las ceremonias, ritos, usos y costumbres del culto disidente, ya sea por medio de procesiones o de letreros, banderas, emblemas, anuncios o carteles. Por el contrario, una Real Orden de 10 de junio de 1910 restringía el concepto de manifestaciones públicas exclusivamente a los actos ejecutados en la vía pública como las procesiones; permitiendo los letreros, anuncios, carteles y demás signos exteriores.

Durante este período sigue vigente el Código Penal de 1870 donde se protegía la libertad de cultos (sin que se produzca su modificación) lo que provoca una lógica incongruencia con la Constitución de 1876.

En esta Constitución, formalmente no se establece ninguna modificación de la libertad de expresión e imprenta, cuya formulación en el artículo 13 es copia literal del artículo 17 de la Constitución de 1869, con el añadido "sin sujeción a censura previa".

regionales y a los Municipios subvencionar directa ni indirectamente ningún culto".

¹¹² "La religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. No se permitirá, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado".

Durante este largo período constitucional se suceden diferentes gobiernos conservadores y liberales que irán promulgando diferentes normas sobre esta materia, a título de ejemplo: Decreto de 1874 sobre la libertad de enseñanza; derogación de la Ley de matrimonio civil y sustitución por un modelo de matrimonio civil subsidiario (Decreto de 1875); supresión de la libertad de cátedra (restaurada en 1881); la asignatura de religión católica es voluntaria y no existe la asignatura de enseñanza de religión católica en Bachillerato hasta 1895, siempre con carácter voluntario y sin asignatura alternativa a la enseñanza de la religión católica durante todo este período, además dicha asignatura no tendrá exámenes, bastando para aprobarla un certificado de asistencia y aprovechamiento; Ley de imprenta de 1883; La ley de 3 de marzo de 1904 sobre el descanso dominical¹¹³; Ley "candado" de 1910 (esta ley prohibía durante dos años el establecimiento de nuevas congregaciones religiosas).

2. Precedentes próximos.

A) La Segunda República.

La libertad de información aparece consagrada en el artículo 34 de la Constitución de 1931 pero sufrirá recortes recogidos en las Leyes de Defensa de la República y de Orden Público. La enseñanza se califica de laica y plural y se suprime la enseñanza de la religión de la educación secundaria y se mantiene como voluntaria en la educación primaria. El modelo de relaciones Estado-confesiones religiosas aparece definido en el artículo 3¹¹⁴ de la referida Constitución; en el mismo se recoge el principio de laicidad. No obstante, los recortes de carácter negativo de la libertad religiosa se plasman en los artículos 26 y 27 de esta Constitución¹¹⁵. Con anterioridad a la aprobación de la Constitución

¹¹³ Esta Ley establecía en el artículo 1: "Queda prohibido en domingo el trabajo material por cuenta ajena ... Se otorgará al operario a quien no corresponda descansar en domingo o día festivo, el tiempo necesario para el cumplimiento de sus deberes religiosos"

¹¹⁴ "El Estado español no tiene religión oficial".

¹¹⁵ Artículo 26: "Todas las confesiones religiosas serán consideradas como Asociaciones sometidas a una ley especial. El Estado, las regiones, las provincias y los municipios, no mantendrán, favorecerán ni auxiliarán económicamente a las Iglesias, Asociaciones e Instituciones religiosas. Una ley especial regulará la total extinción en un plazo máximo de dos años del presupuesto del clero. Quedan disueltas aquellas Órdenes religiosas que estatutariamente

republicana se había aprobado el Decreto de 22 de mayo de 1931 sobre la libertad de conciencia y de cultos¹¹⁶.

En definitiva, en la Constitución de la Segunda República existe una valoración negativa, al menos parcialmente, de lo religioso, en concreto de la Iglesia católica (anticlericalismo) a la que se somete a un Derecho especial desfavorable e, incluso, es desfavorable la valoración de lo religioso en general. Es decir, **más que de "laicidad" hay que hablar de "laicismo"**. Durante este período constitucional se aprueban las siguientes disposiciones: Ley sobre la Disolución de los Cuerpos Eclesiásticos Castrenses en la Armada, de 24 de noviembre de 1931; Ley de 23 de enero de 1932 de disolución de la Compañía de Jesús; Decreto de 30 de enero de 1932 sobre la secularización de los cementerios; Ley sobre el Divorcio, de 2 de

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

¹¹⁶ Este Decreto disponía en el artículo 1: "Nadie, en ningún acto de servicio ni con motivo de una relación con órganos del Estado, está obligado a manifestar su religión". El artículo 2 decía que: "Nadie está obligado a tomar parte, cualquiera que sea su dependencia respecto del Estado, en fiestas, ceremonias, prácticas y ejercicios religiosos" y, el artículo 3: "Todas las confesiones están autorizadas para el ejercicio, así privado como público, de sus cultos".

marzo de 1932; Ley de Matrimonio Civil, de 28 de junio de 1932; Ley sobre Disolución de los Cuerpos Eclesiástico del Ejército, de 30 de junio de 1932; Ley reguladora de las Relaciones del Estado con las Confesiones, Órdenes y Congregaciones Religiosas, de 2 de junio de 1933. Esta última Ley en su artículo 3 reconocía que las confesiones religiosas podrían ejercer libremente el culto dentro de sus templos y que para ejercerlo fuera se requiere autorización especial. El artículo 11 reconocía que los templos de toda clase y sus edificios anexos, los palacios episcopales, casas rectorales, seminarios, monasterios y demás edificaciones destinadas al culto católico y a sus ministros pertenecen a la propiedad pública nacional, aunque seguirán destinados al mismo fin religioso del culto católico (art. 12).

B) El régimen franquista.

La situación que se produce tras la Guerra Civil nos lleva al extremo opuesto. Se recupera el monismo ideológico y, también, la confesionalidad del Estado compatible, en principio, con la mera tolerancia de otros cultos. No se trató sólo de establecer la religión católica como la oficial del Estado, sino de crear y mantener un sistema basado en la unidad religiosa como factor consustancial a la propia esencia y coexistencia nacional, dando lugar a lo que se ha llamado el "nacionalcatolicismo" (unidad espiritual de España). La primera norma que hace referencia a este modelo confesional es en el Preámbulo del Fuero del Trabajo de 1938 aunque aparece, después, claramente configurado en el artículo 6 del Fuero de los Españoles de 1945. Este artículo combina la confesionalidad doctrinal con la tolerancia de otros cultos y reproduce la fórmula de 1876 pero, ahora, en un contexto de monismo ideológico¹¹⁷. La situación hasta aquí descrita se consolida, refuerza y completa, unos años más tarde, con el **Concordato de 1953** por el que se regulan, bilateralmente, las relaciones entre el Estado español y la Iglesia Católica. La declaración de confesionalidad que aparece en el Concordato de 1953 se explicita, aún más, en el Segundo de los Principios de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958. Del contenido del Concordato cabe destacar, además de la confesionalidad católica del Estado (art. 1),

¹¹⁷ Este monismo ideológico fruto del principio de unidad espiritual se refleja, por ejemplo, en la Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y del comunismo. En el artículo 3 de esta Ley se prohibía: "Toda propaganda que exalte los principio o los pretendidos beneficios de la masonería o del comunismo o siembre ideas disolventes contra la Religión".

una serie de derechos y prerrogativas a favor de la Iglesia católica, entre los que se encuentran las siguientes:

- a. el reconocimiento de la jurisdicción eclesiástica y la exención de clérigos y religiosos del sometimiento a la jurisdicción estatal (privilegio de fuero);
- b. el reconocimiento de plena eficacia civil al matrimonio canónico y competencia a la jurisdicción eclesiástica en las causas referentes a dichos matrimonios;
- c. el establecimiento de la enseñanza de la religión católica como materia ordinaria y obligatoria en todos los centros docentes, en todos los niveles y para todos los alumnos;
- d. el sostenimiento económico por parte del Estado de la Iglesia católica, así como la exención de impuestos y contribuciones, y
- e. la garantía de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas.

A partir del Concilio Vaticano II y de la promulgación de la Declaración "Dignitatis Humanae" sobre la libertad religiosa de 1965, se produce un cambio, mínimo, en la legislación franquista. Se reforma el artículo 6 del Fuero de los Españoles, pero este sistema sigue siendo incongruente con el principio de libertad religiosa porque, aunque se promulga la Ley 44/1967, de 28 de junio, reguladora del ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa, en su artículo 1.3. manifiesta: "El ejercicio del derecho de libertad religiosa, concebido según la doctrina católica, ha de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus Leyes Fundamentales". Esta Ley está más cerca de la regulación jurídica de la tolerancia religiosa que de una ley reguladora de la libertad como así lo confirma la Orden, de 5 de abril de 1968, sobre normas complementarias para el ejercicio del derecho civil de libertad en materia religiosa y la jurisprudencia en esta materia porque, tampoco, se modifica la Ley de Orden Público¹¹⁸.

El control ideológico durante el régimen franquista tiene un reflejo significativo en las normas que regulan los medios de comunicación, en especial, las Leyes de Prensa e Imprenta de 1938

¹¹⁸ Vid. MARTÍN RETORTILLO, L.: *La libertad religiosa y orden público. Un estudio jurisprudencial*, Tecnos, 1970 y BASTIDA, F. J.: *Jueces y franquismo*, Ariel, 1986, p. 29 y ss.

y la de 1966 (que sigue vigente¹¹⁹). En esta última Ley, la censura previa es sustituida por otro mecanismo de control *ex ante*: la consulta voluntaria. Este mecanismo de control consistía en la posibilidad de consultar a los órganos de la Administración a cerca de la oportunidad de publicar determinados escritos. Su respuesta aprobatoria o el silencio les eximían de responsabilidad; no obstante, en la práctica, este sistema no fue utilizado y la Administración acudía al régimen de sanciones previsto en la Ley. Esta Ley de 1966 recogía que en relación con las publicaciones dependientes de la Iglesia Católica se adoptarán los acuerdos procedentes entre el Gobierno y la Comisión Episcopal de Medios de Comunicación Social¹²⁰. En este sentido se promulgó el *Decreto 2246/1966, de 23 de julio, referente al Estatuto legal de publicaciones de la Iglesia Católica* (norma que sigue vigente). En este Decreto se reconoce a la Iglesia Católica el derecho a poseer y utilizar los medios de comunicación social necesarios para su sagrada misión; estableciendo que las publicaciones periódicas de información general, editadas por Instituciones eclesíásticas, estarán sometidas a las disposiciones de la Ley de Prensa e Imprenta. Respecto a las demás publicaciones, de contenido o finalidad religiosos, editadas por Instituciones eclesíásticas (reconocidas por el Ordinario del lugar, previo informe-propuesta de la Comisión Episcopal de Medios de Comunicación Social al Ministerio de Información y Turismo) estarán sometidas a la Ley de Prensa, aunque a las mismas no le serán de aplicación algunas disposiciones, como por ejemplo el Estatuto de la Profesión Periodística; por otra parte, estarán exentas de la inserción obligatoria de notas y comunicaciones de la Administración pública y de la inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas. Con ello se confirma el régimen especial favorable que disfrutaba la Iglesia católica en esta materia consecuencia lógica del principio de confesionalidad del Estado. No existe en este período histórico una disposición jurídica general que otorgue a la Iglesia Católica la concesión de emisoras de radio. Según parece, tal concesión fue convenida entre el Gobierno Español y la Conferencia de Metropolitanos Españoles y se refería a autorizar la instalación de una emisora por provincia en onda media¹²¹.

¹¹⁹ Sobre esta Ley de Prensa e Imprenta de 1966, vid. la Sentencias del TC 172/1990 y 14/2021 (y, el voto particular de la magistrada BALAGUER CALLEJÓN en esta última sentencia).

¹²⁰ Cfr. Disposición final segunda de la Ley de Prensa de 1966.

¹²¹ En el Plan Transitorio de Ondas Medias (Decreto 4133/1964, de 23 de diciembre) se asignan cuatro frecuencias a las emisoras de la Comisión Episcopal,

La C.O.P.E. (Cadena de Ondas Populares) se configura en 1958 como una cadena institucional basada en la desaparición de las emisoras "parroquiales". En concreto, el Decreto de 19 de noviembre de 1959 creó la COPE, aunque tuvo la singularidad de que nunca fue publicado tras su aprobación por el Consejo de Ministros. Por otra parte, el artículo 29 del Concordato de 1953 establecía que se debía dar un conveniente puesto a la exposición de la verdad religiosa para la formación de la opinión pública, sobre todo en los programas de radio y televisión.

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

autorizándose su funcionamiento, en los términos de dicho Plan y con la obligatoriedad, por ello, de emitir simultáneamente en onda media y en frecuencia modulada. La Orden de 12 de abril de 1965 totaliza 51 emisoras de la COPE. El artículo 1 del Decreto 4133/1964, establecía que las emisoras de la Iglesia católica no eran comerciales ni privadas y otorgaba a la Iglesia católica las mismas emisoras que al Movimiento Nacional.

Lección 4. EL SISTEMA DE RELACIÓN VIGENTE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

1. Los principios informadores en el modelo español. 2. El principio de laicidad del Estado: A) Neutralidad Religiosa. B) Separación Estado-confesiones religiosas. 3. Libertad de conciencia. A) Sujetos. B) Contenido. C) Límites. 4. Igualdad en la libertad. 5. Cooperación estatal con las confesiones religiosas. 6. El modelo español: Modelo laico.

1. Los principios informadores en el modelo español.

El sistema jurídico viene conformado por unos valores superiores¹²² que la sociedad ha querido normativizar al máximo nivel: la libertad, la igualdad, la justicia y pluralismo político, que recoge el artículo 1.1. CE. De forma que nos vamos a encontrar con tres categorías íntimamente conectadas: valores superiores, principios informadores y derechos fundamentales. En todo caso, los valores superiores del ordenamiento responden a una demanda social que con la Constitución se convierte en norma jurídica. Los principios informadores tienen como destinatarios a los tres poderes del Estado, para que legislen, gobiernen, administren o juzguen, en atención a los mismos. Los valores, a través de los principios informadores, se convierten en derechos fundamentales de los ciudadanos frente al Estado y frente a los particulares.

Conviene recordar que se trata de unos principios informadores (constitucionales) que son cimeros del sistema y que funcionan como criterios de contrastabilidad de la validez o no validez de cada una de las normas jurídicas. En concreto, los principios, que cumplen estas características en nuestro ordenamiento constitucional son, siguiendo al profesor LLAMAZARES¹²³, los siguientes: personalismo¹²⁴; libertad

¹²² Según el TC se utilizan los conceptos, «valores y principios de modo intercambiable» (SSTC 21 y 27/1981, 63/1982, 122/1983, 18/1984, 83/1984, etc.).

¹²³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 297 y ss.

¹²⁴ Este principio aparece consagrado en el artículo 10.1. CE. La dignidad humana se convierte en el fundamento y razón última del Estado (PECES BARBA). La persona y su dignidad constituyen el fundamento lógico y ontológico de todos los

de conciencia; igualdad en la libertad; participación¹²⁵; pluralismo y tolerancia¹²⁶; **laicidad del Estado** y el principio de cooperación.

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

¹²⁵ La participación de los ciudadanos se puede desarrollar en diferentes ámbitos: político, jurídico-administrativo, social, cultural, económico, etc. como recoge el artículo 9.2 CE. *in fine*. Consideramos que el principio de participación está en conexión directa con el principio del pluralismo, en consecuencia, a mayor participación social o ciudadana nos estaríamos acercando más al ideal de democracia avanzada ampliamente pluralista contemplada en el Preámbulo de la Constitución; es decir, la participación es un elemento que impulsa la progresiva perfección del sistema democrático ("democracia sustancial"). El principio de participación social se reconoce a todos los ciudadanos en el artículo 9.2 CE, *in fine*, inmediatamente después de señalar que los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; como queriendo apuntar que éstas serán reales y efectivas a través de la más amplia participación de los ciudadanos en todos los campos. La participación, viene a ser entendida como un control progresivo de los centros de decisión. Configurada jurídicamente como un derecho subjetivo como una libertad, hablándose, por tanto, de derechos de participación. Esta participación se expresa orgánicamente, a través de órganos consultivos como, por ejemplo, la **Comisión Asesora de Libertad religiosa** (art. 8 de LOLR; Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre, [modificado por Real Decreto 371/2021, de 25 de mayo] por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa). Por último, se puede hablar de *participación-negociación* que es una característica de los procesos de toma de decisiones en las democracias modernas; ejemplo claro, desde nuestro punto de vista, son los acuerdos con las confesiones religiosas (otra cuestión es el contenido de la negociación).

¹²⁶ El pluralismo y la tolerancia constituyen un único principio. Son la cara y cruz de la misma moneda (LLAMAZARES: *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 340 y ss.). El pluralismo desencadena como consecuencia la tolerancia, concebida en su lado normativo como norma de convivencia. El pluralismo aparece en el artículo 1.1. CE, como uno de los valores superiores del ordenamiento, aunque sólo haciendo referencia al pluralismo político. Sin embargo, se ha interpretado de una manera amplia. Dicho valor incluiría no sólo el ámbito político, sino también el social, el religioso y el cultural y,

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

2. El principio de laicidad del Estado.

Se parte del convencimiento de que el principio de laicidad¹²⁷ es una consecuencia lógica, una exigencia insoslayable, de los principios

consecuentemente, se considera al pluralismo como valor superior de todo el ordenamiento (STC 20/1990). El pluralismo es el único marco adecuado para la formación y desarrollo de la persona y de su identidad, en libertad, tanto en su aspecto individual como colectivo. No parece exagerado decir que el pluralismo requiere una norma fundamental de convivencia y ésta no puede ser otra que la tolerancia, entendida en un sentido moderno y no tradicional. La tolerancia aparece al lado de otros dos valores fundamentales como son la libertad y la igualdad y como clave para el equilibrio entre ambos. Por último, el principio de tolerancia tiene una enorme importancia en el ejercicio de los derechos de la libertad de información y expresión y en los derechos de educación y libertad de enseñanza. Respecto a las libertades informativas, la tolerancia actúa como límite negativo y, en relación con las educativas como límite positivo (Auto TC 40/1999).

¹²⁷ El problema del concepto de laicidad es que está cargado de numerosos significados y adherencias emocionales, lo que ha provocado que, para algunos, dicho concepto se haya convertido en impreciso y ambiguo. Se han ido añadiendo calificativos que provocan aún mayor imprecisión, por ejemplo, laicidad positiva (que es la que utiliza en algunas sentencias del Tribunal Constitucional)/laicidad negativa; laicidad abierta(LLAMAZARES)/cerrada; sana laicidad (definida por el papa Benedicto XVI)/enferma laicidad; laicidad en sentido amplio/laicidad en sentido estricto; laicidad natural (MOLANO)/ laicidad artificial; laicidad por omisión (MOLANO, FERRER)/laicidad por inclusión; laicidad por atención (OLLERO) /laicidad por desatención. Nos remitimos a la Lección nº 2. Laicidad positiva es el término utilizado por el TC frente a la laicidad negativa o estricta de origen francés, si bien esta afirmación debe ser matizada en función del voto particular de la Sentencia 46/2001, interpretado *a sensu contrario*.

de igualdad y de libertad de conciencia; es decir, no es posible la plena libertad de conciencia en condiciones de igualdad sin laicidad. Un Estado donde se **garantice** con plenitud el ejercicio de la igualdad y la libertad de conciencia; donde se hagan reales y efectivas tanto la igualdad como la libertad de conciencia sólo puede ser un Estado laico.

Este principio de laicidad aparece consagrado en el artículo 16.3 CE: "Ninguna confesión tendrá carácter estatal" con una fórmula poco afortunada e inexacta, porque esta frase es una reproducción adaptada del artículo 137.1 de la Constitución alemana de Weimar de 1919 ("*Es besteht keine Staatskirche*") que hacía referencia a un contexto histórico-sociológico muy distinto al español: la existencia de varias Iglesias de Estado. En cambio, el contexto histórico español¹²⁸, con pocas interrupciones, ha sido el modelo de Estado confesional¹²⁹. En todo caso, tanto el modelo de Iglesia de Estado como de Estado confesional están incluidos en el modelo de utilidad¹³⁰ y reúnen una serie de características comunes (LLAMAZARES¹³¹): valoración positiva de las creencias religiosas (de una o varias) por parte del Estado; adopción estatal de decisiones políticas basadas en

¹²⁸ La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura reconoce, expresamente en sus artículos 1, 2 y 3 mencionan la persecución religiosa de las minorías religiosas durante el régimen franquista. Persecución fundamentada en la confesionalidad católica. Por su parte, los artículos 15 y 16 regulan la retirada de símbolos franquistas, aunque se encuentren en lugares de culto católicos. Vid. STS de 4 de marzo 2013, sobre el rechazo a la retirada de una cruz instalada por Franco y la STS de 19 de diciembre de 2023 sobre legalidad de la retirada de la Cruz de Callosa de Segura establece que: "no se pretende más que retirar del primer plano cuanto signifique, represente o simbolice el enfrentamiento civil. Ese propósito no es incompatible con la libertad religiosa ni supone negar o desconocer las creencias de nadie". También, vid. los artículos 1.2; 3.1.I), 4, 5, 6, 31 y 35.5 (sobre retirada de símbolos contrarios a la memoria democrática en edificios religiosos) de la Ley 20/2022, de memoria democrática.

¹²⁹ En el Borrador de la Constitución española de 1978 se contemplaba la expresión: "El Estado español no es confesional", que reproducía la fórmula empleada por el artículo 3 de la Constitución republicana española de 1931, lo que levantó las críticas de la Iglesia católica.

¹³⁰ Remisión a la Lección 2.

¹³¹ LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 346 y ss.

motivos religiosos e, intervención estatal en los asuntos religiosos. En conclusión, esta fórmula constitucional implica que, en ningún caso, el Estado puede adoptar esas actuaciones contenidas en la citada serie de características.

Como ha indicado el TC en la Sentencia 31/2018, 10 de abril: "Esa condición de sujeto «religiosamente incapaz»¹³² del Estado deriva de la fórmula «ninguna confesión tendrá carácter estatal» (artículo 16.3 CE), procedente de la Constitución de Weimar de 1919, y continúa vigente en la República Federal de Alemania por aplicación del artículo 140 de la Ley fundamental de Bonn¹³³. Plasma, junto al mandato de cooperación con las confesiones también mencionado en el artículo 16.3 CE, un modelo de aconfesionalidad o laicidad positiva, que no implica el cierre del espacio público a algunas manifestaciones de carácter religioso, aunque tampoco permite una actitud abstencionista del Estado frente a esas manifestaciones si vulneran principios democráticos de convivencia o no respetan los derechos y libertades fundamentales consagrados constitucionalmente".

El problema de este párrafo se sitúa en la peligrosa tendencia a considerar que el modelo español es similar o, parecido al modelo alemán, sobre todo si se lee el artículo doctrinal donde aparecen los términos "religiosamente incapaz". El Estado es "incapaz religiosamente" de llevar a cabo las funciones religiosas y, por tal motivo, son las confesiones religiosas las que llevan a cabo esas funciones religiosas, pero dentro del Estado. Se parte, como se puede observar, de un posicionamiento muy cercano al modelo alemán, donde las confesiones religiosas forman parte del Estado como corporaciones de Derecho público; sin embargo, en España las confesiones religiosas no son corporaciones de Derecho público. Siguiendo con el argumento de este autor, la expresión "el Estado es religiosamente incapaz" significa que el Estado es incapaz de llevar a cabo las funciones religiosas pues son las confesiones religiosas las

¹³² Término que se recoge en el artículo del ex Letrado del TC, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, titulado: "El estado aconfesional o neutro como sujeto "religiosamente incapaz". Un modelo explicativo del art. 16.3 CE", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Nº 14, 2008, p. 15-38 y, que utilizó en las "XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional", sobre el tema "Estado y religión en la Europa del siglo XXI", León 18 a 20 de octubre de 2007.

¹³³ Sobre el modelo alemán, vid. Lección 1.

que las lleva a a cabo; por lo tanto, el Estado delega esas funciones en las confesiones religiosas pero, siempre dentro del Estado. Se contempla la cooperación con las confesiones religiosas no con la finalidad de hacer real o efectiva la libertad religiosa (art. 9.2 CE) sino como un instrumento para salvaguardar la incapacidad del Estado para intervenir en los asuntos religiosos. La competencia sobre lo religioso la desempeñan y llevan a cabo las confesiones pero, constitucionalmente, no tendría importancia la confusión entre funciones estatales y las funciones religiosas ni el principio de separación, según esta argumentación. En cambio, consideramos que las funciones religiosas no son funciones públicas ni pueden ser desempeñadas dentro del Estado pero tampoco indirectamente por el Estado delegando en las confesiones religiosas. Las confesiones religiosas cuando realizan funciones religiosas no desarrollan funciones públicas ni de interés general¹³⁴. Se parte de un error grave al considerar que los fines religiosos son fines públicos o de utilidad pública y, en consecuencia, como el Estado es incapaz de llevar a cabo los fines religiosos debe cooperar o colaborar de las confesiones. La cooperación no tendría como objetivo hacer real y efectiva la libertad e igualdad religiosa sino los fines religiosos que el Estado no puede ejecutar directamente. El fin público es la libertad religiosa no la religión¹³⁵. No se puede confundir religión con libertad religiosa.

¹³⁴ Estas ideas se expresan en el mencionado artículo de la siguiente manera: "Conforme al Derecho positivo vigente, corresponde al Estado garantizar, por ejemplo, que los niños reciben en un colegio público "la formación religiosa" que esté de acuerdo con las convicciones de sus padres [art. 27.3 CE y arts. 2.1 c) y 2.3 LOLR]. Y, no obstante, el Estado –religiosamente incapaz- no puede, como tal, "enseñar religión". El poder público estatal necesita de la colaboración de otros sujetos que le auxilien para la superación de esa imposibilidad de actuar; sujetos que cooperen para desarrollar una función de garantía de una tarea que el Estado no está en posición de cumplir por sí mismo. Semejante al caso de la enseñanza de la religión en el colegio, es el de la asistencia religiosa en un hospital público o en un cuartel, la instalación y el funcionamiento de un espacio destinado al culto en un aeropuerto o un tanatorio, etc. El sujeto público estatal necesita en esos casos de la colaboración de sujetos "religiosamente capaces". (...) el Estado es un sujeto religiosamente incapaz y, *por eso*, para cumplir con algunas de sus tareas que tienen que ver con el fenómeno religioso, necesita de la cooperación con las confesiones religiosas. Precisamente porque el Estado no puede llevar a cabo funciones religiosas tiene que cooperar", vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M^a: op. cit., p. 4.

¹³⁵ En este sentido, el Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, de 2 de agosto de 2016. Este Informe recoge sobre el concepto de

Por otra parte, el artículo 16.3. CE hace una mención expresa a la Iglesia católica. Esa mención no implica que la Constitución defienda la existencia de una confesionalidad católica solapada o, directamente, proclamada, simplemente es una mención específica y singularizada de esta confesión religiosa. La única consecuencia jurídica es que la Constitución reconoce explícitamente que la Iglesia católica es una confesión religiosa¹³⁶. Otra cuestión es la importancia política, que no jurídica, de tal mención.

El principio de laicidad del Estado (que hace suyo, por primera vez, la STC 46/2001, de 15 de febrero y reitera la STC 154/2002, de

libertad de religión lo siguiente: *“La libertad de religión o de creencias no protege, y de hecho no puede proteger, a las religiones o sistemas de creencias en sí, es decir, sus diversas afirmaciones de la verdad, las enseñanzas, los ritos o las prácticas. En su lugar, empodera a los seres humanos, como personas y en comunidad con otros, que profesan religiones o creencias y deseen definir su vida de conformidad con sus propias convicciones. La razón de este enfoque en “creyentes en lugar de creencias” (como se ha resumido sucintamente) no es que los derechos humanos reflejen una determinada “visión antropocéntrica del mundo”, como algunos observadores han inferido erróneamente. Más bien, una de las razones principales es que las religiones y las creencias son muy diferentes, a menudo incluso de manera irreconciliable, en sus mensajes y requisitos normativos. Las religiones y las creencias reflejan una abundancia de diversas enseñanzas, doctrinas, ideas de salvación, normas de conducta, liturgias, días festivos, períodos de ayuno, costumbres alimentarias, códigos de vestimenta y otras prácticas. Además, las interpretaciones de lo que importa desde el punto de vista religioso no solo pueden diferir ampliamente entre las comunidades religiosas, sino también dentro ellas. Por tanto, el único denominador común identificable en esa gran diversidad parece ser el ser humano, que es quien profesa y practica su religión o sus creencias, como individuo o en comunidad con otros. En consecuencia, los derechos humanos solo pueden hacer justicia a la diversidad existente y emergente empoderando a los seres humanos, que, de hecho, son titulares del derecho a la libertad de religión o de creencias. Este enfoque consistente en los seres humanos como titulares de derechos también está plenamente en consonancia con el enfoque basado en los derechos humanos en general”. En consecuencia, la libertad religiosa incluye la neutralidad religiosa como única garantía de su ejercicio en un Estado democrático.*

¹³⁶ “La mención expresa de la Iglesia católica en la Constitución es superflua desde el punto de vista constitucional, porque de ella no puede derivarse un trato privilegiado por parte del Estado”, vid. MARTÍNEZ SAMPERE, R.: “Reflexiones constitucionales sobre igualdad religiosa”, VV. AA.: *La libertad religiosa en el Estado social*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 171.

18 de julio¹³⁷) incluye dos subprincipios, como ha puesto de manifiesto LLAMAZARES: neutralidad del Estado y separación entre Estado y confesiones; siendo este último subprincipio condición *sine qua non* de la realización del primero.

A) Neutralidad religiosa.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 16.3. CE formula una declaración de neutralidad en este ámbito¹³⁸. La neutralidad¹³⁹ implica que el Estado es imparcial respecto a las convicciones y creencias de sus ciudadanos¹⁴⁰. Al Estado le debe ser indiferente que sus ciudadanos sean creyentes o no creyentes, que pertenezcan a una confesión religiosa o a otra; de lo contrario se vulneraría el principio de igualdad, dando lugar a la división de los ciudadanos en varias categorías por razón de sus creencias. Es decir, supondría un trato discriminatorio que se traduciría inexorablemente en coacción y limitación, siquiera sea indirecta de la libertad de conciencia (religiosa o no religiosa). El Estado está obligado a dar exactamente el mismo trato a quienes tienen creencias e ideas religiosas que a quienes no las tienen y entre quienes tienen creencias

¹³⁷ STC 42/2011, de 28 de marzo; STC 101/2004, de 2 de junio; STC 51/2011, de 14 de abril, entre otras.

¹³⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero, fund. jur. Nº 4 y 7. En este último fundamento jurídico expresamente se recoge: "a) de una parte, el que surge del propio art. 16 CE, conforme al cual el Estado y los poderes públicos han de adoptar ante el hecho religioso una actitud de abstención o neutralidad, que se traduce en el mandato de que ninguna confesión tendrá carácter estatal, contenido en el apartado 3, inciso primero, de dicho precepto constitucional".

¹³⁹ El deber del Estado de neutralidad e imparcialidad es incompatible con cualquier poder por parte del Estado de valorar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas de expresión de esas creencias (véase *Manoussakis y otros contra Grecia*, sentencia de 26 de septiembre de 1996, ap. 47; *Hasan y Chaush contra Bulgaria*, 2000, ap. 78; *Refah Partisi y otros contra Turquía*, ap. 1, 2003).

¹⁴⁰ Cfr. STC 177/1996, de 11 de noviembre, fundamento jurídico nº 9, in fine y STC 340/1993, de 16 de noviembre. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de noviembre de 2009 (asunto *Lautsi contra Italia*) recoge: "*El deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier facultad de apreciación por parte de éste en cuanto a la legitimidad de las convicciones religiosas o sus modalidades de expresión*".

religiosas cualesquiera que sean éstas¹⁴¹. La neutralidad religiosa del Estado es, además, una consecuencia obligada de la despersonalización del Estado que no puede ser sujeto creyente. Y, además, la neutralidad religiosa se expresa “en atención al pluralismo de creencias existentes en la sociedad española” y “**como garantía de la libertad religiosa**”¹⁴². Como ha señalado el Tribunal Constitucional, “la neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática”¹⁴³. En todo caso, debe descartarse, siempre, la discriminación positiva (acciones compensatorias o de ajustes razonables) en relación con las confesiones religiosas porque conllevaría la negación del principio de laicidad.

El término “neutralidad” se relaciona directamente con otros conceptos como pluralismo (artículo 1.1 CE), libertad ideológica; laicidad (art. 16 CE) y objetividad (art. 103 CE). Además de con los términos indiferencia, abstención e imparcialidad. Si por neutralizador entendemos “hacer neutral” al Estado (a los poderes públicos) después de un período totalitario ideológicamente es, como indica el TEDH¹⁴⁴, obligado la imposición del principio de laicidad.

Este principio de neutralidad religiosa conforma la actividad de los **empleados públicos**. Se parte del artículo 103.3 CE. Artículo que recoge el mandato de imparcialidad, objetividad y neutralidad del personal de las Administraciones Públicas. Las Administraciones públicas y su personal deben servir a los intereses generales y en consecuencia una decisión de estos no puede estar motivada en favorecer un determinado interés particular. A su vez, el artículo 52 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de estatuto básico del empleado público, entre los deberes de los empleados públicos se incluye la neutralidad. La actuación de los empleados públicos es satisfacer los intereses generales donde no se incluye las creencias religiosas y deben evitar cualquier tipo de discriminación; es decir, se debe hacer

¹⁴¹ En todo caso, el Tribunal Constitucional español ha señalado que “en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas (...) han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales”, en STC 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico, nº 9.

¹⁴² Vid. STC 340/1993, fund. jur. nº 4, D, párrafo 2º.

¹⁴³ Vid. STC 177/1996, de 11 de noviembre, fund. jur. nº 9.

¹⁴⁴ Caso Rekvenyi contra Hungría, de 20 de mayo de 1999.

patente la neutralidad de los empleados públicos para que el ciudadano no pueda dudar, ni poner en cuestión, la neutralidad de estos¹⁴⁵.

El principio de neutralidad religiosa ha sido especialmente puesto en cuestión con relación a los siguientes grupos de funcionarios: *los militares*. En concreto, la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, del Reglamento de Honores Militares. Sobre esta disposición se ha pronunciado la STS 12 de junio de 2012¹⁴⁶. También en este apartado hay que citar la

¹⁴⁵ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2006 (Sala de lo Militar), se recoge de forma precisa que: “*El concepto de neutralidad equivale a no tomar parte en las opiniones que se mantengan sobre un asunto sometido a debate o controversia, absteniéndose el sujeto obligado de pronunciarse o emitir su parecer al respecto. En este sentido las ideas de inacción y de imparcialidad forman parte de dicho concepto*”. Y, la sentencia del TJUE, de 28 de noviembre de 2023, sobre la neutralidad de los empleados públicos ha señalado que: “una norma interna de una administración municipal que prohíbe, de manera general e indiferenciada, a los miembros del personal de dicha administración el uso visible, en el lugar de trabajo, de cualquier signo que revele, en particular, convicciones filosóficas o religiosas puede estar justificada por la voluntad de dicha administración de establecer, teniendo en cuenta el contexto que le es propio, un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea adecuada, necesaria y proporcionada, a la luz de ese contexto y habida cuenta de los diferentes derechos e intereses en juego”.

¹⁴⁶ En esta Sentencia se recoge: “de modo que el militar que haya de formar parte de esa unidad o piquete que deba acudir a prestar esas honras fúnebres *no participa aunque esté presente en el acto religioso que se celebre, sea del credo que sea, ...* “no se trata de actos oficiales propios de las Fuerzas Armadas en los que se rindan honores militares sino de la participación de miembros de las Fuerzas Armadas en celebraciones de carácter religioso en las que tradicionalmente ha existido una participación castrense”. Las funciones de las Fuerzas Armadas vienen recogidas, entre otras normas, en el artículo 8 CE y en la L.O. 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. Es obvio, que entre sus funciones no se incluye la participación en actos religiosos porque las funciones que tienen encomendadas las Fuerzas Armadas son otras. La disposición adicional 4ª del Real Decreto 2010 que contempla dos situaciones: Primera: Con ocasión de las honras fúnebres se podrá incluir un acto religioso. “Por tratarse de actos en los que se interviene en representación de las Fuerzas Armadas, la asistencia a los mismos tendrá consideración de *acto de servicio*”. A parte de la vulneración de la libertad religiosa, en su vertiente negativa, de los militares al estar obligados a la asistencia de un acto religioso (vedada por la doctrina del TC), se vulnera el principio de neutralidad religiosa al no ser imparcial, al mantener la confusión entre lo religioso y lo militar (estatal). Otra

STC 177/1996, de 11 de noviembre. Esta Sentencia del TC ha sido criticada por la doctrina, casi de forma unánime, por considerar que no atiende de forma conveniente las consecuencias que se derivan del principio de neutralidad religiosa pues se configura una celebración religiosa en un acto militar, por lo tanto, en desarrollo de una función estatal. "Desde el punto de vista de la neutralidad estatal (...) no puede comprenderse cómo puede considerarse admisible una función estatal como lo es un "acto militar" (y no una ceremonia religiosa conjunta a un acto militar, como el mismo Tribunal precisó) que tenga un contenido declaradamente es religioso"¹⁴⁷. Reiteramos, en este apartado, la argumentación de la STC 130/1991, sobre la supresión de la efigie de la Virgen del escudo de la Universidad de Valencia.

La STS, de 23 de febrero de 1994, resuelve el caso de la solicitud de dispensa de asistir a la Misa de campaña por parte de un Oficial del Ejército durante los actos de la Jura de Bandera. El Tribunal Supremo entiende que de no atender el servicio encomendado (asistencia a la Misa) hubiera supuesto una desobediencia a una orden. El TS no atiende, erróneamente, las razones de protección de la libertad religiosa en su vertiente negativa del Oficial ni mucho menos la vulneración del principio de neutralidad religiosa que dicho acto religioso implica. Y, la Sentencia del TEDH Larissis contra Grecia, de 24 de febrero de 1998. El supuesto de hecho es el proselitismo religioso realizado por tres miembros del Ejército griego, pertenecientes a la Iglesia pentecostista, dentro de los cuarteles. El Tribunal considera justificado que las autoridades griegas hayan tomado ciertas medidas para poner a los soldados al abrigo de las

cuestión es la celebración de este acto religioso, previo al acto oficial y castrense de honras fúnebres. Este acto nunca debe tener la consideración de acto de servicio.

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

¹⁴⁷ COTINO HUESO, L.: "La necesidad de una plena constitucionalización del complejo nexo de la religión y las Fuerzas Armadas. Algunas cuestiones pendientes", *Boletín de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones*, número 15, diciembre de 2001, p. 39.

presiones abusivas de los demandantes militares (oficiales) que promovían y difundían sus convicciones religiosas. El TEDH viene a respaldar la posibilidad de limitar el ejercicio de la libertad religiosa (expresar y difundir creencias religiosas) dentro de los establecimientos militares.

¿Se puede justificar, jurídicamente, la presencia de miembros de las Fuerzas Armadas en actos religiosos no como ciudadanos sino como militares? La doctrina científica, casi por unanimidad, se pronuncia en el sentido de considerar que el deber de respeto de la neutralidad religiosa impide dicha presencia¹⁴⁸.

Otros dos grupos de empleados públicos, en relación con el estudio del principio de neutralidad, son los *profesores de la enseñanza pública* y los jueces. Con relación a los primeros nos referiremos más adelante¹⁴⁹. Y, el segundo grupo son *los jueces y magistrados*, en relación con sus decisiones judiciales que no pueden fundamentarse en sus propias convicciones religiosas (o no religiosas), (por ejemplo, STS 30 de octubre de 2009 y STS 29 de junio de 2012, ambas sobre prevaricación judicial; esta última sobre la condena de un juez de familia al cambiar el régimen de visitas de un menor para que pudiera salir en una cofradía durante la Semana Santa)¹⁵⁰. Los jueces no pueden transmitir la más mínima duda de su profesión religiosa. Conviene recordar las palabras del juez Félix FRANKFURTER, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*¹⁵¹: "Pero nosotros jueces no somos ni judíos, ni católicos, ni agnósticos. Todos, absolutamente

¹⁴⁸ LÓPEZ CASTILLO, A: *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, 2002, p. 63; BARRERO ORTEGA, A: "Cuestiones pendientes tras 25 años de libertad religiosa en España", en *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Aranzadi, 2006, p. 1130 y ss.; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: "Celebración por las Fuerzas Armadas de festividades religiosas y principio de laicidad", en *La libertad religiosa y de conciencia ante la jurisprudencia constitucional*, Comares, 1998, p. 665 a 668 (cuya lectura clarificadora sobre este punto recomendamos); BARRERO ORTEGA, A.: "La celebración institucional de festividades religiosas", *Revista de Derecho Político*, nº 66, 2006, p. 264; 267 a 269; BARRERO ORTEGA, A.: *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Constitucionales, 2006, p. 396-397.

¹⁴⁹ Remisión a la Lección 6, sobre libertad de enseñanza y derecho de educación.

¹⁵⁰ Remisión a la Lección 8 sobre la objeción de conciencia de los jueces.

¹⁵¹ 319 U.S. 624 (1943).

todos, debemos a la Constitución el mismo respeto y la misma consideración, y nuestros deberes como jueces nos obligan en la misma medida (...) Como juez de este Tribunal no estoy legitimado para manifestar mi opinión individual sobre las distintas opciones políticas que a priori son compatibles con nuestra Constitución, esté de acuerdo con ellas o las considere completamente equivocadas". Esta idea la recoge Gustavo ZAGREBELSKY para afirmar lo siguiente: "Eso conlleva que los jueces del Tribunal, en las cuestiones que se refieren a la laicidad del Estado, no sean agnósticos ni católicos sino jueces de la Constitución, es decir, jueces laicos que defienden el principio de separación entre dos reinos, el espiritual y el temporal (...) ¿Qué diremos de un juez que admite (quizá convencido de tener un comportamiento moralmente laudable): así lo quiere la Constitución, pero no puedo ir en contra de mi fe religiosa o —como hipótesis contraria— de mis prejuicios antirreligiosos o anticlericales? Diremos ciertamente que este juez no honra su juramento de fidelidad a la Constitución, que no sería digno de formar parte del órgano que debe garantizarla. ¿Y qué diremos de un juez que razonase del mismo modo, sustituyendo la fe religiosa por una fe o un prejuicio político? Diremos lo mismo, que viola su juramento de fidelidad a la Constitución"¹⁵². En este sentido, un ejemplo contrario al juramento de fidelidad a la Constitución y al principio constitucional de laicidad se encuentra, por ejemplo, en la STC 34/2011, sobre la que se volverá más adelante.

B) Separación Estado-confesiones religiosa.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 38/2007, de 15 de febrero, recoge expresamente el principio de separación. Dice textualmente: "el principio de neutralidad del art. 16.3 CE, como se declaró en las Sentencias del T. C. 24/1982, de 13 de mayo, y 340/1993, de 16 de noviembre, "veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales" en el desarrollo de las relaciones de cooperación del Estado con la Iglesia católica y las demás confesiones, antes bien sirve, precisamente, a la garantía de su separación, "introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva" (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4)".

¹⁵² Vid. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, 2008, p. 83 y ss.

La separación, siguiendo al Tribunal Constitucional¹⁵³, tiene como objetivo asegurar la mutua independencia del Estado frente a las confesiones religiosas y de éstas frente a aquél. Sólo es posible la cooperación estatal con las confesiones si se parte de la separación.

El subprincipio de separación implica:

- la no confusión de lo político y lo religioso, que se traduce en que el Estado no puede tomar ninguna decisión que se fundamente en motivos religiosos ni puede satisfacer ninguna finalidad religiosa¹⁵⁴; en fin, queda totalmente excluida la confusión entre fines públicos y religiosos. En consecuencia, los fines religiosos no son fines públicos ni de interés público;
- reconocimiento de la autonomía interna de las confesiones religiosas, pues el Estado no puede intervenir en los asuntos internos de las confesiones;
- las confesiones religiosas no forman parte de las Administraciones públicas ni se pueden equiparar a las entidades públicas¹⁵⁵.

Por último, para la plena realización de la laicidad así entendida (como neutralidad y separación) es absolutamente necesaria la separación entre Estado y sociedad. Es decir, que los criterios religiosos no se pueden convertir en condicionantes de las decisiones legislativas estatales ni que se tomen decisiones fundamentadas en motivos, exclusivamente, religiosos. Con palabras del Tribunal

¹⁵³ Cfr. STC 265/1988, de 22 de diciembre (fundamento jurídico nº 1). En esta Sentencia del Tribunal Constitucional español se dispone el reconocimiento del carácter separado de ambas potestades (Iglesia católica y Estado español).

¹⁵⁴ Vid. STC 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico nº 1, donde se recoge que: "el artículo 16.3. de la Constitución proclama que "ninguna confesión tendrá carácter estatal", e impide por ende, como dicen los recurrentes, que los valores e intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos. Al mismo tiempo el citado precepto constitucional veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales". Igualmente, vid. SsTC 177/1996, 128/2001, de 4 de junio, fund. jur. nº 2.

¹⁵⁵ Cfr. la STC 340/1993, de 16 de noviembre establece que: "al determinar que "ninguna confesión tendrá carácter estatal", cabe estimar que el constituyente ha querido expresar que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica".

Constitucional: “los valores e intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos”¹⁵⁶.

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

Los **símbolos religiosos** en el espacio público plantean problemas por su compatibilidad con el principio de laicidad (neutralidad y separación). En relación a la presencia de crucifijos en lugares públicos se han dictado las siguientes sentencias: STSJ de Cataluña 789/2012, de 27 de junio, sobre la retirada de símbolos religiosos en un centro médico del Instituto Catalán de Salud gestionado por una orden religiosa; STSJ de Castilla y León 3250/2009, de 14 de diciembre (sobre crucifijos en la escuela pública); STS de 2 de diciembre de 2014; STS de 4 de marzo de 2013; SSTSJ de Madrid 405/2011, de 20 de mayo, y de Valencia 648/2011 de 6 septiembre, desestimaron las peticiones de retirada de sendas cruces en los cerros de Monteagudo y de la Muela, en Murcia y en Orihuela; STSJ de Andalucía, de 25 de febrero de 2011, sobre la retirada de icono religioso en un cuartel de la Guardia Civil; STSJ de Murcia 948/2009 de 30 octubre, valoró la petición de retirada de un Belén ubicado en el vestíbulo de un centro escolar durante unas navidades. En este punto, hacemos nuestras las siguientes palabras para proceder a la retirada de los símbolos religiosos de las dependencias públicas: «en primer término, porque dicha presencia impregna de su significado a cuantas personas se encuentren en el recinto público, sin permitir diferenciación alguna para las personas que profesen otras creencias o convicciones a la simbolizada; en segundo lugar, porque supone una inequívoca voluntad del Estado de poner a la religión simbolizada en centro de la vida pública, como verdad absoluta, sin el respeto debido al papel que otras experiencias religiosas o filosóficas desempeñan en la sociedad; y, en tercer lugar,

¹⁵⁶ Vid. STC 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico nº 1.

porque supone una adhesión de los propios centros públicos a una determinada y concreta cosmovisión religiosa, produciéndose una confusión entre funciones estatales y religiosas que resulta contraria al principio de laicidad»¹⁵⁷.

También se ha planteado la presencia de símbolos religiosos en locales utilizados en los procesos electorales (art. 1 del R.D. 605/1999, Resoluciones de la Junta Electoral Central 29/11/2006; 9/06/2004; 22/05/2003; 25/1/2007; 10/4/2014) donde se indican que los símbolos religiosos no vulneran la neutralidad política ni son propaganda electoral. Estas Resoluciones vulneran el principio de separación y de neutralidad política y religiosa, al producirse una clara identificación entre lo político y lo religioso; además al no ser neutral el espacio para ejercer el derecho al voto como consecuencia de la posible influencia que puede ejercer en dicho acto.

En toda esta materia se debe tener en cuenta la STC 130/1991, de 6 de junio, sobre la supresión de la Virgen del escudo de la Universidad de Valencia se dice: La racionalidad del acuerdo, implícita en él, pero comprensible sin esfuerzo, consiste en considerar que es más adecuado a la lógica de un Estado aconfesional un escudo universitario sin elementos de significado religioso que con ellos. (...) Como dijimos en nuestra STC 94/1985 al símbolo político de una Comunidad Autónoma (allí), o de una Universidad (aquí), corresponde «al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles» (fundamento jurídico 7.º)". Si bien en la STC 34/2011, de 28 de marzo, parece contradecir la anterior doctrina con un olvido manifiesto de principio de laicidad¹⁵⁸. En concreto, la STC

¹⁵⁷ CONTRERAS MAZARÍO, J. M. y CELADOR ANGÓN, Ó.: *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas*. Documentos de trabajo, n.º 124, Fundación Alternativas. Madrid, 2007.

¹⁵⁸ Esta Sentencia del TC dice: «naturalmente, la configuración de estos signos de identidad puede obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de ésta, lo que origina que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tengan una connotación religiosa. Esta es la razón por la que símbolos y atributos propios del cristianismo figuran insertos en nuestro escudo nacional, en los de las banderas de varias Comunidades Autónomas y en los de numerosas provincias, ciudades y

34/2011, de 28 de marzo, resuelve la constitucionalidad de la proclamación de la Virgen María como patrona del colegio de Abogados de Sevilla. En esta sentencia del TC, textualmente se recoge: "En segundo lugar, debemos tomar en consideración no tanto el origen del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente, pues en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales, aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso.¹⁵⁹ Que se considere que el símbolo de la Virgen María se ha secularizado es con mucho desconocer claramente lo que ha supuesto la secularización en la cultura y en el Derecho. Además, que solamente desde una visión apasionadamente católica se puede considerar que todos los creyentes (evangélicos, budistas, hinduistas, musulmanes, paganos, sijs, ...) como los ateos o racionalistas puedan compartir como propio el símbolo de la Virgen María.

También, sobre esta materia la STSJ de Murcia de 25 de julio de 2012; la STSJ de Aragón 623/2012, de 6 de noviembre, sobre la

poblaciones; asimismo, el nombre de múltiples municipios e instituciones públicas trae causa de personas o hechos vinculados a la religión cristiana; y en variadas festividades, conmemoraciones o actuaciones institucionales resulta reconocible su procedencia religiosa».

¹⁵⁹ Esta sentencia del TC parece recepcionar la opinión del Gobierno italiano presidido, por S. BERLUSCONI, cuando en la Sentencia del TEDH, caso Lautsi contra Italia (Gran Sala), de 18 de marzo de 2011, afirma que: "El Gobierno prosigue puntualizando que cabe tener en cuenta el hecho de que un mismo símbolo puede recibir distintas interpretaciones de una persona a otra. Así sucede en el caso concreto de la «cruz», que puede percibirse no solamente como un símbolo religioso sino también como un símbolo cultural e identitario, el de los principios y valores que constituyen el fundamento de la democracia y la civilización occidental; de esta forma figura en las banderas de varios países europeos. El Gobierno añade que, cualquiera que fuera su fuerza evocadora, una «imagen» es un símbolo «pasivo», cuyo impacto en los individuos no es comparable al de un «comportamiento activo»; ahora bien, nadie pretende en el presente caso que la presencia del crucifijo en las aulas influye en el contenido de la enseñanza que se imparte en Italia". La Gran Sala no acoge esta argumentación con las siguientes palabras: «Asimismo, el Tribunal estima que el crucifijo es ante todo un símbolo religioso. Los tribunales internos también lo estimaron así y, por lo demás, el Gobierno no lo niega». En concreto, el TEDH hace referencia a la Corte de Casación italiana que rechazó expresamente la tesis según la cual la exposición del crucifijo hallaría su justificación en que es un símbolo de «toda una civilización o de la conciencia ética colectiva».

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

En definitiva, el principio de laicidad como “lo común a todos” debe recogerse en los símbolos institucionales que poseen una labor integradora.

3. Libertad de conciencia.

La Constitución no formula, expresamente, esta libertad y solamente menciona el término “conciencia” en relación con la objeción de conciencia al servicio militar (art. 30.2 CE) y a la cláusula de conciencia de los periodistas (art. 20.1.d. CE). El TC, sin embargo, ha entendido que el art. 16 CE reconoce implícitamente la libertad de conciencia bajo la expresión *libertad ideológica, religiosa y de culto*: “el derecho fundamental recogido en el art. 16 de la Constitución comprende, junto a las modalidades de la libertad de conciencia y de pensamiento, íntima y también exteriorizadas, una libertad de acción” (STC 19/1985, de 13 de febrero). La libertad de conciencia deriva del art. 16.1 CE pero en relación, directa, con el art. 10.1 y 1.1 de la misma Constitución. En cuanto principio informador (art. 1.1. CE), la libertad vincula a todos los poderes públicos que deberán orientar su acción hacia su máxima realización (art. 9.1 en relación con el 9.2 CE). En palabras del Tribunal Constitucional, “no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar y enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos” (STC 120/90 de 27 de junio).

Calificamos a la libertad religiosa como una libertad ideológica cualificada. “La libertad ideológica que recoge la Constitución no constituye, como es obvio, una mera libertad interior, sino que dentro de su contenido especial se incluye la posibilidad de su manifestación externa. Asimismo, es claro que en la manifestación externa no se

circunscribe a la oral/escrita, sino que incluye también la adopción de actitudes y conductas¹⁶⁰ y “la *libertad ideológica*, en el contexto democrático gobernado por el principio pluralista que está basado en la tolerancia y el respeto a la discrepancia y a la diferencia, *es comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto al fenómeno religioso y al destino último del ser humano* y así lo manifiesta bien el texto constitucional al diferenciar como manifestaciones del derecho la libertad ideológica, religiosa y de culto y la ideología, religión o creencias¹⁶¹. Sin la libertad ideológica consagrada en el artículo 16.1. CE no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1. CE¹⁶². En todo caso, la libertad religiosa se ha configurado como un “derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo¹⁶³. La libertad religiosa en un Estado social deja de ser simplemente una libertad de contenido negativo (que se garantiza con un “no hacer” por parte del Estado), externa y estática (un derecho de defensa) protegiendo de las injerencias ilegítimas de los poderes públicos o de terceros, para pasar a ser, con carácter excepcional, un derecho positivo (que son aquellos que se garantizan con “un hacer” por parte del Estado); es decir, deja de ser un mero límite a la actuación de los poderes públicos para transformarse en un instrumento jurídico de control de la actividad positiva o promocional del Estado. Esta transformación o mutación obliga a los poderes públicos a tomar a veces (no siempre) la iniciativa de establecer o adoptar acciones positivas en relación con el contenido de la libertad religiosa¹⁶⁴.

El principio de cooperación con las confesiones religiosas se refiere a la promoción de la libertad religiosa como un deber estatal, pero esto no significa que con carácter general se configure esta

¹⁶⁰ Vid. Auto TC 122/1988, fundamento jurídico nº 2.

¹⁶¹ Vid. STC de 18 de octubre de 1993, fundamento jurídico nº 5.

¹⁶² Vid. STC 20/1990, de 15 de febrero, fundamento jurídico nº 3.

¹⁶³ Vid. STC 24/1983, de 13 de mayo.

¹⁶⁴ CONTRERAS MAZARÍO, J. Ma: “La libertad de conciencia y la función promocional del Estado en la Ley orgánica de libertad religiosa”, *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, nº 0, 2000, p. 148 y ss.

libertad como un derecho de prestación¹⁶⁵. Por lo tanto, queda excluida toda cooperación que vaya dirigida a la ayuda y promoción de fines, actividades u objetivos religiosos ya que de lo contrario se estaría vulnerando el principio de laicidad¹⁶⁶.

A) SUJETOS de la libertad de conciencia:

- Sujetos individuales

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

Los **extranjeros** tienen reconocida la libertad de conciencia conforme al artículo 13 CE y el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁶⁷. En este punto, no se puede olvidar mencionar la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en especial los artículos 1 al 7.

¹⁶⁵ Se configura como un deber estatal, pero no es un derecho fundamental atribuido a las confesiones religiosas, vid. STC 93/1983, de 8 de noviembre, fundamento jurídico nº 5.

¹⁶⁶ Cfr. STC 265/1988, de 12 de diciembre, fundamento jurídico nº 4.

¹⁶⁷ Este artículo dispone: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley". La Ley orgánica 4/2000 recoge en el artículo 3: "1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidas en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen en ejercicio de cada uno de ellos. *Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.* 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, ***sin que puedan alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas***".

Conviene retener esta idea: *las creencias religiosas y su práctica no pueden vulnerar los Derechos Humanos.*

Por su parte, la libertad de conciencia del **menor** se reconoce en el artículo 14 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989¹⁶⁸ y el artículo 6 de la L.O. 1/1996, de protección jurídica del menor¹⁶⁹. El problema se sitúa entre el derecho de libertad de conciencia de los menores y el ejercicio de la patria potestad. Conforme al artículo 154 del Código Civil se indica que se ejercerá la patria potestad en beneficio de los hijos y siempre “de acuerdo con su personalidad”. Conviene recalcarlo conforme a la personalidad del menor no a la de los padres. Junto a este artículo hay que tener en cuenta lo dispuesto en el 3.1. de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y en la L.O. 1/1996, de protección jurídica del menor que consagran el principio inspirador en este ámbito: el “interés superior del menor”. En fin, los padres *deben guiar* al menor en el ejercicio de su derecho de libertad de conciencia de modo conforme a la evolución de sus facultades (art. 14 de la Convención del Niño). De igual forma los padres, progenitores o tutores tienen el derecho y el *deber de cooperar* para que el menor ejerza la libertad de conciencia de modo que contribuya a su desarrollo integral (art. 6.3 LO 1/1996). Toda esta normativa, en nuestra opinión, lo que pretende es evitar la “clonación ideológica y religiosa” (LLAMAZARES¹⁷⁰). Uno de los ámbitos que más conflicto genera en el ejercicio de los derechos del menor se sitúa en el derecho de los padres a elegir la formación moral y religiosas de sus hijos (art. 27.3 CE) que será estudiado más adelante. Como indica CUBILLAS RECIO, los padres no pueden imponer a sus hijos un modelo educativo porque supondría cercenar el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE y su conexión con el art. 27. 2 CE); en fin, los hijos tienen el derecho a no

¹⁶⁸ BOE número 313 de 31/12/1990.

¹⁶⁹ Vid. STC 141/2000, Fundamento Jurídico nº 5; STC 154/2002, fund. Jur. Nº 9 y las Sentencias del TEDH Hoffman v. Austria (23 de junio de 1993); Palau-Martínez v. Francia (16 de diciembre de 2003) y Ismailova v. Rusia (29 de noviembre de 2007); F.L. contra Francia, de 3 de noviembre de 2005. Los menores tienen derecho a oponerse a recibir enseñanzas religiosas o filosóficas de contenido confesional o ideológico, con absoluta independencia de la voluntad de sus progenitores, vid. asunto Bernard y otros contra Luxemburgo de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 8 de septiembre de 1993; asunto E. J. contra Polonia, de la misma Comisión, de 16 de enero de 1996.

¹⁷⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, Tomo II, 2011, p. 50 y ss.; Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias del Naciones Unidas, sobre la Eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa, de 2009, párrafos 26 a 28.

recibir una educación contraria a sus convicciones¹⁷¹. En resumen, los menores tienen la facultad de no compartir las convicciones de sus padres y de profesar otras (STC 141/2000, de 29 de mayo, fund. jur. nº 5)¹⁷².

Por último, el artículo 61. 1. de la Constitución establece que: “El **Rey**, al ser proclamado ante las Cortes Generales, prestará juramento de desempeñar fielmente sus funciones”. De esta expresión se desprendería que el Rey debe ser creyente. Y lo mismo se exigiría para el Príncipe heredero (Princesa heredera) y el Regente.

- **Sujetos colectivos**

Conforme al artículo 22 CE se reconoce con carácter general el derecho de asociación que en este ámbito se combina con el reconocimiento del ejercicio colectivo de la libertad de conciencia del artículo 16.1. CE. Se puede distinguir dos regímenes jurídicos para el ejercicio colectivo de la libertad de conciencia: Derecho común y Derecho especial.

Derecho Común

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

¹⁷¹ CUBILLAS RECIO, M.: “La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos”, *Laicidad y Libertades*, nº 2, 2002, pp. 197-214.

¹⁷² En este sentido, sobre la falta de protección judicial del derecho de libertad de conciencia de los menores, vid. el voto particular del magistrado SAÉZ VALCÁRCEL a la STC 5/2023, de 20 de febrero.

contenido de la L.O. 1/2002. En concreto: la estructura jerárquica y el voto restringido¹⁷³.

Derecho Especial.

Conforme a la mención de la L.O. del derecho de asociación los partidos políticos, sindicatos¹⁷⁴ y confesiones religiosas tienen una normativa especial. Así los **partidos políticos** se regulan en la L.O. 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, que viene a desarrollar el artículo 6 CE. De esta Ley debemos mencionar los artículos 6, 7 y 9. Esta Ley orgánica fue declarada constitucional en la STC 48/2003. En concreto, en el fundamento jurídico nº 10 de esta Sentencia que resuelve sobre la posible vulneración de la libertad ideológica afirma que: "sólo incurre en causa de disolución el partido que, no en su ideología, sino en su actividad persiga efectiva y actualmente "deteriorar o destruir el régimen de libertades"¹⁷⁵.

Por otra parte, la STS 3750/2022, de 18 de octubre, se pronuncia sobre el ejercicio de la libertad de creencias (religiosas o no) dentro de los partidos políticos. En concreto, señala que: "en lo que no sea incompatible con esa ideología y ese programa, los afiliados conservan su libertad de creencias sin que por razón de esas creencias puedan ser expulsados o ver limitado su derecho de participación en la organización y la vida interna del partido, incluida la posibilidad de ocupar un cargo en el partido o presentarse a las elecciones primarias para integrar las candidaturas del partido a las diversas elecciones en las que participe" y, añade "Sin una justificación razonable de la contradicción entre las creencias de los afiliados y los principios ideológicos y programáticos del partido, que en este caso no se ha producido, limitar el derecho de participación

¹⁷³ Vid. Sentencias TS de 3 de julio de 1979 (sobre la inexistencia del carácter secreto de este tipo de asociaciones); Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de septiembre de 2008; Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de noviembre de 2009 y, en general, la STC 218/1988 sobre el derecho de autoorganización de las asociaciones como contenido del derecho de asociación.

¹⁷⁴ En relación con los **sindicatos**, se regula la libertad sindical en la L.O. 11/1985 (arts. 1 y 4). Por ejemplo, numerosos movimientos anarquistas que se estructuran, ideológicamente, a través de la creación de sindicatos, por ejemplo, la CNT (Confederación Nacional del Trabajo).

¹⁷⁵ Vid. fund. jur., nº 10. En el mismo sentido, fund. jur. nº 14. Vid., también, STC 5/2004, de 16 de enero y STEDH de 30 de junio de 2009, caso Batasuna. Y, en el mismo sentido, la STS 459/2019 de 14 de octubre, donde se insiste en que no se criminaliza las ideas.

de los afiliados en el funcionamiento y la organización interna del partido, en concreto en las elecciones primarias, por profesar unas creencias, constituye una limitación relevante de sus derechos de participación que afecta negativamente a su libertad de creencias, pues son estas creencias la causa por la que han visto limitados sus derechos, sin que ello esté justificado por la necesidad de coherencia ideológica del partido político”.

En este apartado, formulamos la siguiente pregunta: ¿los partidos políticos religiosos (especialmente, los partidos islamistas) pueden actuar dentro de nuestro ordenamiento jurídico? Para responder con exactitud es preciso estudiar tres aspectos: la Ley de partidos políticos (art. 9), la jurisprudencia del TC y la jurisprudencia del TEDH. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, ha señalado: “cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos humanos”. Hasta ese punto es cierta la afirmación de que “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo” (STC 11/1981, de 8 de abril). Mayor importancia en este punto tiene la jurisprudencia del TEDH que expresamente se ha pronunciado sobre la ilegalización de un partido islamista: la STEDH de 31 de julio de 2001 (asunto Refah Partisi –Partido de la Prosperidad—y otros contra Turquía)¹⁷⁶. El TEDH analiza tres

¹⁷⁶ En esta Sentencia se recoge: “El Convenio Europeo de Derechos Humanos debe entenderse e interpretarse como un todo. Los Derechos Humanos constituyen un sistema integrado tendente a proteger la dignidad del ser humano; la democracia y a la preeminencia del Derecho tienen a este respecto un papel clave” (Considerando nº 42). Y, prosigue diciendo: “En opinión de Tribunal, un partido político puede hacer campaña a favor de un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado con dos condiciones: 1) los medios utilizados a este efecto deben ser desde todo punto de vista legales y democráticos; 2) el cambio propuesto debe ser él mismo compatible con los principios democráticos fundamentales. De ellos se deriva necesariamente que un partido político cuyos responsables incitan a recurrir a la violencia o proponen un proyecto político que no respeta una o varias normas de la democracia o que tiende a la destrucción de ésta, así como al desconocimiento de los derechos y libertades que ésta reconoce, no puede prevalecerse de la protección del Convenio contra las sanciones impuestas por estos motivos” (Considerando nº 46). Doctrina reiterada en la STEDH, de 13 de febrero de 2003. En la STEDH de 7 de octubre de 2004, (Asunto Partido Democrático del Pueblo

cuestiones del Partido de la Prosperidad que constituyen la esencia de un partido islamista y que son contrarios al Convenio Europeo de Derechos Humanos: *el establecimiento de un sistema multijurídico*:¹⁷⁷; *la ley islámica (sharia)*¹⁷⁸ y, el llamamiento a la

Vatan contra Rusia). Este caso resuelve el asunto de este Partido que representa a los tártaros que son mayoritariamente musulmanes. Esta STEDH no entra en el fondo del asunto al estimar que dicho partido no reúne los requisitos para ser considerado como "víctima". Si bien reproducimos la opinión concordante de los jueces Srs. REGS y CABRAL BARRETO: "De todos modos habríamos llegado a la conclusión de que la demanda es inadmisibile por falta manifiesta de fundamento. En nuestra opinión, el Tribunal Regional concluyó correctamente que el Partido Democrático del Pueblo Vatan llamaba abiertamente a violentas alteraciones del fundamento de la autoridad constitucional, a la creación de un estado islámico en la Región del Volga, y a la creación de una brigada de personas "valientes y resistentes" para luchar por la liberación nacional y la descolonización de Rusia".¹⁷⁷ "Tal y como lo proponía el Refah Partisi, introducía en el conjunto de las relaciones de Derecho una distinción entre los particulares basada en la religión, separándolos en categorías según su pertenencia religiosa y les reconocería derechos y libertades no como individuos, sino en función de su pertenencia a un movimiento religioso (...) "tal modelo de sociedad no podría ser considerado compatible con el sistema del Convenio por dos razones: por un lado, suprime el papel del Estado como garante de los derechos y libertades individuales y organizador imparcial del ejercicio de las diversas convicciones y religiones en una sociedad democrática (...) Por otro lado, tal sistema infringiría indudablemente el principio de la no discriminación de los individuos en su goce de las libertades públicas, que constituye uno de los principios fundamentales de la democracia" (Considerando nº 69).

¹⁷⁸ "El Tribunal reconoce que la "Charia", al reflejar fielmente los dogmas y las normas divinas dictadas por la religión, presenta el carácter de estable e invariable. Le son extraños principios como el pluralismo en la participación política o la evolución incesante de las libertades públicas. El Tribunal señala que, leídas conjuntamente, las declaraciones en cuestión que contienen referencias explícitas a la instauración de la "Charia" son difícilmente compatibles con los principios fundamentales de la democracia, como resultan del Convenio, comprendido como un todo. Es difícil a la vez declararse respetuoso de la democracia y de los Derechos Humanos y apoyar un régimen basado en la "Charia", que se desmarca claramente de los valores del Convenio, principalmente con respecto a sus normas de Derecho penal y de procedimiento penal, al lugar que reserva a las mujeres en el orden jurídico y a su intervención en todos los campos de la vida privada y pública conforme a las normas religiosas (...) un partido político cuya acción de conjunto parezca completar la instauración de la Charia en un Estado parte del Convenio, puede difícilmente ser considerado como una asociación conforme al ideal democrático subyacente en el conjunto del Convenio" (Considerando nº 71).

"*Jihad*"¹⁷⁹. En conclusión, los partidos islamistas pretenden el establecimiento de un Estado teocrático incompatible con el sistema democrático. Lo mismo sería predicable de cualquier partido religioso que pretendiese el establecimiento de un Estado teocrático.

Las **confesiones religiosas**. Su régimen jurídico especial se regula en la Ley orgánica 7/1980, de libertad religiosa, y en la STC 46/2001¹⁸⁰. El artículo 2.2. LOLR distingue tres tipos de grupos religiosos: iglesias, confesiones y comunidades religiosas en función de su estructura interna (jerárquica, colegial y democrática). Además, un grupo religioso cuenta con un credo, con un culto y con una organización propia. En este punto, hay que tener en cuenta el contenido de la STC 46/2001, que será estudiado en la Lección 10. Por último, la característica diferencial con cualquier otro grupo no religioso la situaríamos en la fe.

Por último, las **empresas ideológicas o de tendencia**. Se pueden definir como cualquier organización que sea instrumento o vehículo de la libertad de conciencia que agrupa a personas en torno a la consecución de sus objetivos o, con otras palabras, cualquier organización creadora o sustentadora de una determinada ideología y en función de esta existe¹⁸¹. Los supuestos incluidos dentro de este concepto se incluirían: las organizaciones institucionales expresivas de una ideología (partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, confesiones religiosas) y, las empresas que suministran bienes y servicios de componente ideológico (centro educativo privado, medios de comunicación privados)¹⁸². Dentro de

¹⁷⁹ No se renuncia explícitamente al uso de la violencia pues públicamente no se amonestaron a los miembros de ese Partido político que se manifestaron favorables al uso de la violencia (Considerando nº 73).

¹⁸⁰ Remisión a la Lección 10.

¹⁸¹ BLAT GIMENO, F. R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio del trabajo, 1986, p. 70; APARICIO TOVAR, J.: "Relaciones de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas", en *Lecciones de Derecho del Trabajo*, UCM, 1980, p. 293 y, OTADUY GUERIN, J. *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, EUNSA, 1985, p. 179 y ss..

¹⁸² DEL VAL TENA, A. L.: "Las empresas de tendencia ante el Derecho del trabajo: libertad de ideológica y contrato de trabajo", en *Revista de Relaciones Laborales*, nº 2, 1994, p. 177-198. En esta materia, la STC 79/2023, de 3 de julio, recoge la siguiente doctrina constitucional: "Partiendo de lo anterior,

esta categoría se podrían encuadrar algunos think tanks, sobre todo, aquellas vinculadas a organizaciones de tendencia.

B) CONTENIDO de la libertad de conciencia

- Derechos individuales

La libertad de conciencia exige de los poderes públicos respeto, defensa, protección, garantía y promoción. Los derechos individuales de la libertad de conciencia se despliegan, en relación con el triple

concretamente con relación al derecho a la libertad ideológica, hemos apreciado que la misma puede sufrir restricciones cuando el trabajador presta servicios en empresas de tendencia ideológica, como ocurre en el caso de los centros educativos privados que cuentan con un ideario definido. De tal modo que, cuando se realiza una «actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente», puede estar justificado el despido del trabajador al que se le impute tal conducta si resulta probado «el ataque abierto o solapado» a ese ideario. Pero, incluso en tales casos en los que puede estar justificada la injerencia empresarial en el disfrute del derecho, esta no puede ser ilimitada, ya que la simple disconformidad de un trabajador respecto a tal ideario no puede ser causa de despido «si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en algunas de las actividades educativas del centro» (SSTC 47/1985, de 27 de marzo, FJ 3, y 106/1996, de 12 de junio, FJ 3).

La precedente doctrina, sin embargo, difícilmente puede ser trasladable, so pena de alterar su originario y legítimo significado, a los casos en los que, o bien el trabajador, a pesar de estar contratado en una empresa con ideario realiza dentro de ella una actividad «neutra», o bien es la propia empresa la que se dedica a una actividad calificable como tal, al no estar vinculada a un ideario (STC 106/1996, de 12 de junio, FJ 4). No cabe duda de que, en tales supuestos, las creencias ideológicas que pudiera tener y manifestar el trabajador resultan irrelevantes para desempeñar las prestaciones dimanantes de su contrato laboral, y la expresión, individual o colectiva (uniéndose a grupos que compartan sus ideas) no puede ser motivo de sanción empresarial. Se ha de tener siempre presente, en definitiva, que la libertad ideológica se garantiza por la Constitución «sin más limitaciones, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley» (art. 16.1 CE). Por consiguiente, cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio requerirá una «rigurosa ponderación» (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6), sin que el juicio que este tribunal efectúe al respecto se pueda circunscribir, como ya ha quedado apuntado, a un examen externo de la suficiencia y consistencia de la motivación de la resolución impugnada bajo el prisma del art. 24.1 CE, siendo necesario ponderar el conflicto entre los distintos intereses en juego, determinando si los derechos fundamentales del trabajador se han visto menoscabados [por todas, la citada STC 172/2021, FJ 2 a)]”.

contenido de la misma¹⁸³, que aparecen, en primer lugar, reconocidos en la Constitución española. En concreto:

1º) *Libertad para tener unas u otras convicciones, creencias, ideas y opiniones.*

2º) *Libertad para expresar y manifestar, o no, las convicciones, creencias, ideas y opiniones.*

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

Se ha interpretado que la libertad ideológica y religiosa incluye el derecho a escoger o elaborar un sistema o cosmovisión, más o menos coherente, de ideas y concepciones de la existencia («Weltanschauung»), desde el que interpretar el mundo y la sociedad en la que se vive, en términos políticos, filosóficos y morales, de acuerdo con las propias preferencias, lo que implica la consiguiente garantía de inmunidad (así se ha considerado a raíz del contenido de la STC 120/1990). Y, en este sentido, se ha definido la libertad ideológica como «el derecho de todo ciudadano a tener su propio sistema o concepción explicativa del hombre, el mundo y la vida, una personal y libre cosmovisión o Weltanschauung»¹⁸⁴. El TC español también ha incidido en esta materia con las siguientes palabras: “En un régimen democrático, donde rigen derechos fundamentales, la libertad de los ciudadanos es la regla general y no la excepción, de modo que aquellos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan”¹⁸⁵ y “la libertad constituye uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico (art. 1 CE), lo que implica el reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten” y, sostiene que “el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) significa que corresponde a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital”¹⁸⁶. Y, en otra sentencia del TC, confirma que: “el punto de

¹⁸³ Remisión a la Lección 1.

¹⁸⁴ VILADRICH, P. J.: “Los principios informadores del Derecho eclesiástico español”, en AA. VV.: *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, EUNSA, 1983, p. 205.

¹⁸⁵ STC 85/2019 y Ss TC 29/2008, 82/2003; 233/2000; 209/2000; 208/2000; 147/2000.

¹⁸⁶ STC 139/2008.

partida básico en esta materia habría de ser el art. 1.1 C.E. en cuanto "consagra la libertad como 'valor superior' del ordenamiento jurídico español, lo que implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias"; y, en consecuencia, dicho valor superior, "en el ámbito de la formación de agrupaciones entre individuos se traduce, entre otras, en las disposiciones del art. 22 de la Constitución"¹⁸⁷.

De tal forma que la libertad de conciencia protege las ideas y creencias (convicciones) que conforman nuestra cosmovisión, nuestra forma de entender la vida, nuestra identidad, ... las meras ideas y opiniones podrían quedar fuera de esta protección jurídica y situarse en la protección de la libertad de pensamiento, de opinión, de expresión. No obstante, conviene tener presente que la ideología "es un derivado de idea como ideal y tiene que ver no sólo con el entendimiento sino también con la voluntad y con los sentimientos" (LLAMAZARES¹⁸⁸) y, más adelante, el profesor LLAMAZARES¹⁸⁹ incluye las opiniones sobre sí mismo dentro del concepto de cosmovisión o ideología diferenciándolas de las meras opiniones. Dice: "La mera opinión tiene que ver con una hipótesis nueva, sugerida por algún acontecimiento último y aislado, y que todavía no ha pasado ninguna prueba rigurosa, ni de contrastabilidad, ni de coherencia con el resto de las ideas que integran el sistema o cosmovisión"¹⁹⁰. En consecuencia, algunas opiniones sí estarían, en principio, bajo la protección de la libertad de conciencia y, por otra parte, hay que tener muy presente que la libertad de expresión forma parte de la segunda dimensión de la libertad de conciencia. En este sentido, los criterios que viene utilizando, por ejemplo, el TEDH para la diferenciación en el ámbito de la protección jurídica de la libertad de conciencia (art. 9 del Convenio) y otras libertades, en especial, la libertad de expresión (art. 10 del Convenio) son que esas convicciones

¹⁸⁷ STC 179/1994; 113/1994; 132/1989.

¹⁸⁸ *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, op. cit., p. 19.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 20.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 20.

(ideas y creencias) sean coherentes y serias y, además, que tengan un cierto grado de fuerza e importancia¹⁹¹.

El artículo 16.2 CE dispone: "Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias" que implica un derecho de inmunidad de coacción por parte de los poderes públicos y es un elemento de su contenido negativo. Así la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 29 de enero de 2020 (asunto Papageorgiou y otros contra Grecia), recoge que: "el Tribunal declaró que la libertad de manifestar las creencias de uno también contenía un aspecto negativo, a saber, el derecho del individuo a no manifestar su religión o creencias religiosas y a no estar obligado a actuar de tal manera que para permitir sacar conclusiones sobre si él o ella tenía o no tenía tales creencias. Las autoridades estatales no tenían derecho a intervenir en la esfera de la conciencia individual y a determinar las creencias religiosas de los individuos ni a obligarlos a revelar sus creencias sobre asuntos espirituales".

La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente **inmunidad de coacción**, el contenido de la libertad religiosa que recoge el artículo 2 LOLR. La inmunidad de coacción significa que "nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección" y viene a ser completada 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 del ejercicio de la libertad de conciencia, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de los grupos sociales y de los particulares, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, como ha indicado el TC (STC 46/2001, de 15

¹⁹¹ Sentencias del TEDH caso Valsamis contra Grecia, de 18 de diciembre de 1996; caso Campbell y Cosans contra Reino Unido, de 25 febrero 1982, caso Pretty contra Reino Unido, de 29 de abril de 2002 o, la Decisión del caso De Wilde contra Holanda, de 9 de noviembre de 2021, vid. *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights. Freedom of thought, conscience and religion*, del Consejo de Europa, 31 de agosto de 2022. Una crítica a esta jurisprudencia del TEDH, vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "El fútbol como forma de entender la vida y su protección a través de la libertad de conciencia", en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y entretenimiento*, nº 75, 2022.

de febrero). Tales manifestaciones o expresiones como las que se relacionan en el art. 2.1 LOLR.

Si bien, estimamos que el contenido individual de la libertad religiosa que recoge el artículo 2.1 LOLR puede ser también considerado como el contenido de la libertad de conciencia y ello en función de la aplicación del principio de igualdad entre creyentes y no creyentes, ante la falta de una ley orgánica reguladora de todas las libertades reconocidas en el artículo 16 CE. El contenido que enumera el artículo 2.1. LOLR que se podría atribuir con carácter exclusivo a la libertad religiosa sería el siguiente:

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

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

Lo que debe quedar muy claro en relación con el contenido de la libertad de conciencia es que ***“La libertad de religión o de creencias no protege, y de hecho no puede proteger, a las religiones o sistemas de creencias en sí, es decir, sus diversas afirmaciones de la verdad, las enseñanzas, los ritos o las prácticas.*** En su lugar, empodera a los seres humanos, como personas y en comunidad con otros, que profesan religiones o creencias y deseen definir su vida de conformidad con sus propias convicciones. La razón de este enfoque en *“creyentes en lugar de creencias”* (como se ha resumido sucintamente) no es que los derechos humanos reflejen una determinada *“visión antropocéntrica del mundo”*, como algunos observadores han inferido erróneamente”, así lo recoge el Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, de 2 de agosto de 2016. En el mismo sentido, el Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, de 17 de enero de 2017, A/HRC/34/50, recoge: *“Son las personas, y no las religiones, las convicciones, los sistemas de creencias o las afirmaciones de ser dueño de la verdad, los titulares del derecho a la libertad de religión o de creencias. Más*

concretamente, el objetivo de este derecho no es proteger las creencias en sí (religiosas o de otro tipo), sino a los creyentes y su libertad de profesar y expresar sus creencias, individualmente o en comunidad con otros, a fin de definir su vida de conformidad con sus propias convicciones (véase A/71/269, párr. 11)". Y, las Orientaciones de la UE sobre el fomento y la protección de la libertad de religión o creencias, de 24 de junio de 2013, que textualmente establecen: "Recordará que el Derecho internacional relativo a los derechos humanos protege a las personas y no a la religión ni a las creencias en sí mismas. No puede alegarse la protección de una religión o creencia para justificar o consentir una limitación o violación de un derecho humano ejercido por personas solas o en comunidad con otras".

- **Derechos colectivos**

En el mismo sentido que el contenido de los derechos individuales, el artículo 2.2. LOLR recoge el contenido de los derechos colectivos. Si bien, en relación con las confesiones ese contenido se aumenta en función del artículo 6 LOLR (plena autonomía autoorganizativa¹⁹²).

C) LÍMITES de la libertad de conciencia.

- **Orden público**

Según el artículo 16.1. CE el único límite que afecta tanto a la libertad ideológica como de la libertad religiosa, y sólo en **sus manifestaciones externas**, es el orden público *protegido por la ley*. En consecuencia, la libre formación de nuestra conciencia no admite límites; con otras palabras, la libertad para tener unas ideas u otras es ilimitada y es la libertad de actuar la que admite límites; son nuestros actos los que tienen límites. Como instrumento para concretar el contenido del orden público como límite acudimos al artículo 3.1. LOLR. El artículo 3.1. LOLR expresamente recoge el contenido del orden público como límite de los derechos fundamentales: protección de los derechos y libertades

¹⁹² Remisión a la Lección10.

fundamentales de los demás; la **seguridad pública**¹⁹³, la **salud pública**¹⁹⁴ y la **moralidad pública** (mínimo ético común¹⁹⁵).

¹⁹³ La CE utiliza la expresión "*seguridad pública*" en el artículo 149.1.29 CE como competencia exclusiva del Estado: "Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una Ley Orgánica". Si este artículo lo ponemos en relación con el artículo 104 de la CE: "Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana", se podría llegar a la conclusión de que se está identificando "seguridad ciudadana" y "seguridad pública". Este último artículo constitucional ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. El artículo 1 de esta Ley, no obstante, vendría a conectar directamente ambos conceptos en el sentido de que la seguridad pública es un concepto más amplio que la seguridad ciudadana. El TC ha definido la seguridad pública como aquella "actividad dirigida a la protección de las personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas". En resumen, la seguridad pública como límite de los derechos y libertades fundamentales (entre ellos la libertad de conciencia) solo tiene sentido como instrumento al servicio de la paz social (artículo 10.1 CE). La seguridad pública es un concepto más amplio que seguridad ciudadana; así por ejemplo la utilización de cascos en relación a las normas sobre seguridad vial o prevención de riesgos laborales; las normas de seguridad contra incendios en los lugares de culto, etc. vid. la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 27 de julio de 1978 (X contra el Reino Unido), relativa a la obligatoriedad del uso del casco y la implícita prohibición de uso del turbante Sikh por los motociclistas; el uso de kirpan por los sikhs por motivos de seguridad pública.

¹⁹⁴ El límite es la *salud pública* no la salud personal ni la salud privada (ATC 369/1984; STC 154/2002). Como ha afirmado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, "nadie puede pretender liberarse a sí mismo ni a su hijo de una vacunación obligatoria por razones religiosas, pues el derecho a practicar la religión libremente no incluye la libertad de exponer a la comunidad o al niño a una enfermedad contagiosa" (Prince v. Massachusetts, 321 U. S. 158, 166-167 (1944)). Y, sobre esta cuestión, la STEDH, caso Vavříčka y otros contra la República Checa, de 8 de abril de 2021. Se trata de la excepción contemplada por el art. 10.6.a) de la Ley General de Sanidad al principio del consentimiento informado: la exigencia de consentimiento del paciente en relación con el tratamiento médico decae "cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública".

¹⁹⁵ La *moral pública* es un concepto ético no es propiamente un concepto jurídico, sino que se encuentra "juridificado, en cuanto es necesario un minimum ético para la vida social", STC 62/1982, f. j. nº 3. En este sentido, no se puede considerar que un grupo religioso que practique el *nudismo* sea contrario a la moral pública. El TS no considera que el ejercicio del nudismo se incluya dentro

En relación con la salud pública como límite del ejercicio de la libertad de culto se contemplaba en el artículo 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma¹⁹⁶. La STC 148/2021, de 14 de julio, declaró inconstitucional, parcialmente, este Real Decreto, pero este artículo 11 ha sido declarado conforme a la CE¹⁹⁷. Y en el artículo 8 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaraba el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el

de la libertad ideológica (STS de 23 de marzo de 2015) ni el TEDH, caso Gough v. Reino Unido, de 28 de octubre de 2014. Considera que nos encontremos ante una creencia, En cambio, consideramos más acertada la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, STSJ de Andalucía de 19 de diciembre de 2013, FJ 3): “el nudismo [es] una ideología que considera positiva la desnudez propia y de los demás, que sirve para su crecimiento personal y social y no tiene carácter sexual”. Se vulnera así la obligación de los poderes públicos de permanecer neutrales ante las cuestiones ideológicas y religiosas y, la salvaguarda de los derechos de las minorías, imponiendo una moral que evalúa como correcta la existencia de unas “pautas mínimas de convivencia generalmente admitidas respecto a la forma de vestir de las personas que permanecen o transitan por los espacios públicos”, que no es sino una reintroducción solapada del abolido escándalo. También, sobre la anulación de sanciones administrativas por ir desnudo, vid. STSJ de la Comunidad Valenciana, de 19 de enero de 2023.

¹⁹⁶ El artículo 11 sobre las medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas dispone: “La asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, se condicionan a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro”.

¹⁹⁷ El fundamento jurídico nº 11 recoge: “En consecuencia, el art. 11 no constriñe las libertades religiosa y de culto, ni cabe reprochar al Real Decreto 463/2020 que no haya preservado expresamente el libre desplazamiento con la finalidad de ejercer aquellas libertades. El silencio al respecto del art. 7.1 no contradice la evidencia de que el propio Real Decreto contempla de manera explícita la asistencia a lugares de culto y a ceremonias religiosas (art. 11), con la consiguiente facultad de encaminarse a unos u otras. Y ante el argumento de los recurrentes de que la imprevisión en este punto del artículo 7.1 podría dar lugar a la sanción de quienes se desplazasen a los efectos que dice el artículo 11, no hay sino recordar, como se ha dicho ya, que «la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar su inconstitucionalidad» (SSTC 58/1982, FJ 2, y 83/2020, FJ 8). Por todo lo expuesto, el artículo 11 del Real Decreto 463/2020 no es contrario al artículo 16.1 CE”.

SARS-CoV-2¹⁹⁸ se recogen medidas restrictivas al ejercicio del culto fundamentadas en el límite de la salud pública, como recoge el artículo 3.1. LOLR¹⁹⁹. En especial son medidas para evitar aglomeraciones en los lugares de culto y evitar la propagación del virus.

En consecuencia, las medidas restrictivas del ejercicio de estos derechos deberán hacerse por Ley²⁰⁰. En todo caso, es preciso recordar que ante la posible colisión entre derechos fundamentales se debe respetar el contenido esencial de estos derechos a través de aquella solución que armonice mejor el ejercicio de ambos derechos²⁰¹ y, además, debemos tener presente el principio de

¹⁹⁸ El artículo 8 regula la limitación a la permanencia de personas en lugares de culto recoge que: “se limita la permanencia de personas en lugares de culto mediante la fijación, por parte de la autoridad competente delegada correspondiente, de aforos para las reuniones, celebraciones y encuentros religiosos, atendiendo al riesgo de transmisión que pudiera resultar de los encuentros colectivos. Dicha limitación no podrá afectar en ningún caso al ejercicio privado e individual de la libertad religiosa”. Este Real Decreto ha prorrogado su duración hasta el 9 de mayo de 2021 por Real Decreto 956/2020. Y, las medidas incluidas en este artículo 8 serán eficaces en el territorio de cada comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía cuando la autoridad competente delegada respectiva así lo determine a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, previa comunicación al Ministerio de Sanidad. E, igualmente, la autoridad competente delegada en cada comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía podrá, en su ámbito territorial, a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, previa comunicación al Ministerio de Sanidad, modular, flexibilizar y suspender la aplicación de las medidas previstas en este artículo 8, con el alcance y ámbito territorial que determine. Este artículo 8 ha sido declarado constitucional en el fundamento jurídico nº 7 de la STC 183/2021, de 27 de octubre. Solamente se declara nulo la referencia a “delegada correspondiente” en referencia a la autoridad competente pero la limitación de aforos se confirma que es constitucional y se incluye dentro de los límites constitucionales a la libertad religiosa.

¹⁹⁹ Se ha cuestionado no la salud pública como límite de la libertad de culto sino la proporcionalidad en la reducción del aforo en comparación con otras actividades, vid. los votos particulares (magistradas García Ruiz y Galindo Gil) al auto nº 134/2020, de 15 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

²⁰⁰ Cfr. artículo 53.1. CE.

²⁰¹ Sobre la *ponderación* de derechos fundamentales, en el asunto *Tagiyev y Huseynov c. Azerbaiyán*, sentencia del TEDH de 5 de diciembre de 2019, se trata de ponderar los límites del derecho de los recurrentes a la libertad de expresión

impuestos por la protección del derecho de las personas religiosas a no ser inquietadas por sus creencias (§ 48). Esta necesidad de ponderación deriva de que tanto la libertad de expresión (art. 10 del Convenio) como la libertad religiosa (art. 9) están protegidas por el Convenio. Ninguno de ellos es un derecho absoluto, y todos pueden estar sujetos a restricciones, entre otros motivos, para la protección de los derechos de otros. El Convenio no establece ninguna jerarquía *a priori* entre estos derechos: por una cuestión de principio, todos ellos merecen igual respeto. Deben ser ponderados de manera que se reconozca su importancia en una sociedad basada en el pluralismo, la tolerancia y la apertura a nuevas ideas (asunto *Karaahmed c. Bulgaria*, sentencia del TEDH de 24 de febrero de 2015, § 92). También, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *E.S. c. Austria*, sentencia de 25 de octubre de 2018, reitera los principios fundamentales en que se basan sus sentencias relativas al artículo 10 (libertad de expresión), recordando que constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la realización de cada individuo. No obstante, en relación con los límites de esta libertad, recuerda que, como se reconoce en el párrafo 2 del artículo 10, el ejercicio de la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades. Entre ellos, en el contexto de las creencias religiosas, se encuentra el requisito general de asegurar el disfrute pacífico de los derechos garantizados en el artículo 9 a los titulares de esas creencias (§ 43). También, sobre la ponderación de derechos fundamentales, en la STC 195/2003, de 27 de octubre se dice: "En el caso, el demandante de amparo había proyectado que la reunión- concentración se prolongara durante un domingo, día festivo, desde las 9 a las 21:30 horas, en la plaza contigua a donde se alza una basílica en la que estaban igualmente previstos, para la misma fecha, diversos actos de culto religioso. Por ello, hemos de convenir en que la proscripción del uso de la megafonía impuesta por la autoridad gubernativa, circunscrita al tiempo de la celebración de los "oficios religiosos" y no absolutamente impeditiva del uso de aquel vehículo material de expresión para los congregados de la plaza, sino temporalmente limitativa de dicho uso, supuso una limitación adecuada y necesaria para la preservación del ejercicio otro derecho fundamental, en este caso, el derecho a la libertad religiosa, amparado por el art. 16.1 CE como manifestación religiosa de culto. Tal limitación observó igualmente las exigencias de la proporcionalidad en sentido estricto, pues los términos de la prohibición gubernativa no comprometieron el ejercicio del derecho de reunión en mayor intensidad de la que tendía a favorecer el ejercicio concurrente de otro derecho fundamental (SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FF JJ 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 37/1998, de 17 de febrero; FJ 8; 186/2000, de 10 de julio, FJ 6). La queja del demandante en este punto ha de ser, por tanto, desestimada". Y, la STC 192/2020, donde la ponderación es entre la libertad de expresión y la libertad religiosa.

proporcionalidad, exigible entre el derecho que se limita y el bien jurídico que se protege²⁰².

Y, por último, reiteramos que dicho límite (orden público) sólo puede afectar a las manifestaciones externas de las creencias y convicciones y, no a las proyecciones internas de las mismas. No se puede castigar por nuestros pensamientos (*cogitationis poenam nemo patitur*). La duda surge en relación con los avances tecnológicos que apuntan a que se puede conseguir incluso “leer los pensamientos”, habrá que tener muy en cuenta como se protege, jurídicamente, esta dimensión interna de la libertad de conciencia; es decir, la libre formación de la conciencia de cada uno de nosotros. Se deben proteger, jurídicamente, el derecho a no revelar mis pensamientos, a que no se puedan manipular mis pensamientos y a no ser penalizado por mis pensamientos (neuroderechos)²⁰³.

Por otra parte, las redes sociales como Facebook, X, Instagram, TikTok, etc. se han convertido en unos poderosos medios de comunicación en línea donde se procede a la recopilación de una inmensidad de datos personales que son ordenados gracias a algoritmos que utilizan la inteligencia artificial creando perfiles personalizados²⁰⁴, cuya elaboración no puede vulnerar la normativa

²⁰² Vid., en relación con la libertad de conciencia: STC 55/1996, de 28 de marzo; STC 122/1983, de 16 de diciembre; STC 321/1994, de 28 de noviembre; STC 206/1990, de 17 de diciembre; STC 19/1985, de 13 de febrero; STC 65/1986, de 17 de junio. En este sentido, la STC 46/2001, de 15 de febrero en su fundamento jurídico nº 11 recoge: “Que queden debidamente acreditados los elementos de riesgos (no valen meras sospechas) y que, además la medida sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos”.

²⁰³ El artículo 19 de la Constitución de Chile dice, tras la reforma de 2021: “El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”.

²⁰⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, define «elaboración de perfiles» como toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o

comunitaria sobre protección de datos y las normas españolas que surgen del artículo 18. 4 CE que dispone: “*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*” (en especial, la Ley orgánica 3/2018). Conviene destacar que el uso de la informática no puede cercenar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos; limitación constitucional que habrá que tener muy presente en la regulación de la inteligencia artificial²⁰⁵. A esto se une la denominada “libertad informática”²⁰⁶, en tanto que capacidad reconocida a las personas con relación a su autodeterminación informativa o ante la informática²⁰⁷; es decir, como ha indicado el TC, en la STC 254/1993, el “derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático”. La jurisprudencia

movimientos de dicha persona física”. Sobre el riesgo que supone para los derechos humanos la elaboración de perfiles, vid. O’CARROLL, J. y FRANCO, J.: «“Muslim registries”, Big Data and Human Rights», Amnesty International, 2017.

²⁰⁵ En la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica se recoge: “Derechos fundamentales. Las actividades de investigación en materia de robótica deben respetar los derechos fundamentales”. Y, muy especialmente, la Propuesta de Reglamento comunitario sobre Inteligencia Artificial, de 21 de abril de 2021, de la Comisión Europea. Este Reglamento comunitario establece que: “El objetivo del presente Reglamento es *promover en la Unión la adopción de una inteligencia artificial fiable y centrada en el ser humano y garantizar un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad, los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho y del medio ambiente frente a los efectos nocivos de los sistemas de inteligencia artificial, apoyando al mismo tiempo la innovación y mejorando el funcionamiento del mercado interno. El presente Reglamento establece un marco jurídico uniforme, en particular en lo que respecta al desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de la inteligencia artificial de conformidad con los valores de la Unión y garantiza la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios basados en la IA, con lo que impide que los Estados miembros impongan restricciones al desarrollo, la comercialización y la utilización de sistemas de inteligencia artificial (sistemas de IA), a menos que el presente Reglamento lo autorice expresamente. Algunos sistemas de IA pueden afectar asimismo a la democracia, el Estado de Derecho y el medio ambiente. Esas preocupaciones se abordan específicamente en los sectores y los casos de uso críticos enumerados en los anexos del presente Reglamento*”.

²⁰⁶ FROSINI, V.: «Bancos de datos y tutela de la persona», *Revista de Estudios Políticos*, 30, 1982, pp. 21-40.

²⁰⁷ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Tecnos, 1991 y, SÁNCHEZ BRAVO, A. A.: *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Universidad de Sevilla, 1998, pp. 57 y ss..

constitucional, y muy especialmente, la STC 292/2000, ha venido a concretar el alcance, contenido y límites de este derecho fundamental a la protección de los datos personales²⁰⁸.

Los algoritmos utilizados en las redes sociales no pueden responder a lo que se ha denominado "algoritmos opacos"²⁰⁹. Por tal motivo, hay que tener presente en el diseño de los algoritmos los "valores incrustados"²¹⁰. Estos valores se usan ampliamente en la elección de diseño tecnológico que realizan los ingenieros, por tal motivo, el algoritmo puede terminar teniendo el efecto de promover o priorizar ciertos valores sociales, culturales e ideológicos, en sentido amplio, sobre otros o, dar ventajas o desventajas a unos grupos ideológicos sobre otros²¹¹. Es decir, puede influir decisivamente en la libre formación de la conciencia. Por ello es importante establecer la regulación normativa del diseño de los algoritmos con la finalidad de evitar la manipulación en la formación de nuestras ideas, creencias y convicciones. El solo hecho de traducir una ley en una regla para un sistema informático enmascara una serie de decisiones subjetivas (e, incluso con una carga ideológica discutible) sobre el significado y el alcance de la ley (*Derecho computacional*²¹²). Es decir, los

²⁰⁸ Sobre la protección de los datos personales, vid. la STEDH caso Testigos de Jehová contra Finlandia, de 9 de mayo de 2023 y RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "Autonomía de las confesiones y derecho comunitario: La protección de los datos personales en este contexto", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nº. 49, 2019.

²⁰⁹ NAVAS NAVARRO, S.: «Derecho e inteligencia artificial desde el diseño. Aproximaciones», en NAVAS NAVARRO, S.: *Inteligencia artificial. Tecnología, Derecho*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 48 y ss.

²¹⁰ SURDEN, H.: «Values Embedded in Legal Artificial Intelligence», en *University of Colorado Law Legal Studies Research*, Paper No. 17, 15 March 2017.

²¹¹ O'NEIL, C.: *Algorithms, la bombe à retardement*, Les Arènes, 2018; DIGNUM, V. : «Ethics in artificial intelligence: introduction to the special issue», en *Ethics and Information Technology*, 2018, 20, p. 1-3 donde se acuña el término "inteligencia artificial responsable". Este término implica que los valores humanos, entre los que se encuentran los derechos fundamentales y la laicidad, deben formar parte del diseño de los algoritmos.

²¹² El Derecho computacional es la adaptación del lenguaje jurídico al lenguaje informático. "El código es ley" escribía L. LESSIG en su obra *Code version 2.0*, (Cambridge, Basic Books 2006, p. 37 y ss.). El código es la letra de la ley y el algoritmo es la estructura que define el proceso. "El control del código es poder". Y si el código es la ley, entonces la pregunta que deberíamos plantearnos es obviamente ésta: "¿quiénes son los legisladores?" (Ibid., p. 504-505); en consecuencia, "¿quién tiene el control del código tiene el poder?" (Ibidem, p.

algoritmos, al estar programados por personas, siempre tienen un fuerte componente ideológico que habrá que regular, vigilar y auditar. Para combatir la discriminación y la manipulación algorítmica es necesario la auditoría de los algoritmos. Dentro de la auditoría se incluye los conceptos de “responsabilidad algorítmica” y del “derecho a la explicación” (transparencia y accesibilidad del código). En resumen, las referencias a la toma de decisiones autónomas por parte de los sistemas de inteligencia artificial no pueden eximir a los creadores, propietarios y gerentes de estos sistemas de la responsabilidad por violaciones de derechos humanos (entre ellos la libertad de conciencia), del principio de no discriminación, del principio de laicidad y del resto de normas jurídicas. En fin, los algoritmos deben responder a la legalidad, deben ser accesibles para que un tercero (humano) pueda auditarlo; deben ser transparentes; debe reconocerse el derecho al recurso ante decisiones automatizadas llevadas a cabo por los poderes públicos y por las propias redes sociales; los algoritmos no deben ser discriminatorios y deben respetar los derechos humanos²¹³, entre ellos, la libertad de conciencia; es decir, los algoritmos deben ser neutrales ideológicamente (respetar el principio de laicidad) y deben ser diseñados para que puedan alinearse con los valores humanos (dignidad humana, derechos humanos, diversidad cultural) mientras desarrollan sus operaciones²¹⁴.

Límites al ejercicio colectivo de la libertad de conciencia

Las denominadas “**sectas destructivas**” las incluimos en este apartado. Dentro del contenido del derecho de libertad religiosa se encuentra el derecho a cambiar de religión, a escindirse y a fundar una religión. Sobre los denominados “nuevos movimientos religiosos”

142). Las respuestas a estas preguntas son muy importantes a la hora de determinar quiénes pueden manipular las conciencias y a quién se debe controlar para evitar que lo hagan.

²¹³ *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, CEPEJ, Council of Europe, 2018, pp. 8-12; 59-62; *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, COM (2019), 168 final, de 8 de abril de 2019.

²¹⁴ Vid. *ASILOMAR AI PRINCIPLES*, 2017, especialmente los principios 5 y 6 sobre ética y valores y, *Draft Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, European Commission, december 2018.

(grupos religiosos de reciente creación o alejados de "nuestra cultura histórica u occidental") se extiende la sospecha de encontrarnos ante un grupo que lleva a cabo actividades ilícitas. Un Estado neutral religiosamente debe garantizar, lo primero de todo, el ejercicio de la libertad religiosa independientemente del número de creyentes que tengan los grupos religiosos y, deberá perseguir y condenar las actividades delictivas que lleven a cabo las confesiones religiosas, sean éstas mayoritarias o minoritarias²¹⁵. Las "sectas destructivas"²¹⁶, con carácter general, pueden ser investigadas por las siguientes conductas delictivas:

- Utilización instrumental del pretendido carácter religioso (actividades mercantiles) delitos de estafa, apropiación indebida, evasión de capitales, etc.
- Son delictivas algunas actividades religiosas (prostitución infantil, clonación reproductiva, etc.).
- Técnicas de despersonalización (técnicas de "lavado de cerebro"); en este último apartado téngase en cuenta el artículo 515.2 CP²¹⁷.

²¹⁵ Sobre esta materia, vid. Resolución del Parlamento europeo "sobre una acción común de los Estados miembros de la Comunidad Europea en torno a diversas violaciones de la ley cometidas por nuevas organizaciones que actúan bajo la cobertura de la libertad religiosa", de 22 de mayo de 1984. Con especial mención del punto nº 5.

²¹⁶ STEDH asunto Leela Förderkreis E. y otros contra Alemania, de 6 de noviembre de 2008. El Estado neutral en sus relaciones con las confesiones religiosas significa que no puede utilizar términos peyorativos para referirse a los colectivos titulares del derecho individual de libertad religiosa (considerandos nº 23 y 24). Sobre esta materia, vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 6 de abril de 2011.

²¹⁷ La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 18 de diciembre de 2018, sobre este delito expone:

"Con la referencia *"a la alteración o control de la personalidad"*, el Código Penal, aun cuando la doctrina critique la falta de concreción de los términos usados por el precepto, se introduce en el mundo de las denominadas "sectas destructivas", término que ha sido definido en el Congreso de Wingspread (Wisconsin - USA, 1985) como: movimiento totalitario, presentado bajo la forma de asociación o grupo religioso, cultural o de otro tipo, que exige una absoluta devoción o dedicación a sus miembros, a alguna persona o idea, empleando técnicas de manipulación, persuasión y control destinados a conseguir los objetivos del líder, provocando en sus adeptos una total dependencia del grupo, en detrimento de su entorno familiar y social y de manera más simplificada por Rodríguez-Carballeira, como un grupo totalitario que emplea técnicas de persuasión coercitiva para captar a las personas y someterlas a la dependencia del grupo

Los límites de la libertad de conciencia en el Código Penal.

El Derecho penal actúa en una doble vertiente: por una parte, garantizando el libre ejercicio de los derechos fundamentales (entre ellos, la libertad de conciencia) y, por otra, como límite negativo imposibilitando que el ejercicio externo de la libertad de conciencia pueda vulnerar los derechos y libertades de los demás u otros bienes jurídicos protegibles penalmente. Los principios de legalidad y de intervención mínima imponen un límite a la intervención punitiva que no puede perseguir la preservación de intereses religiosos (que, en principio, no son bienes generales a no ser que sometan a los tipos comunes). Las normas penales deben ser neutrales; es decir, no deben recoger valoraciones religiosas ni establecer delitos religiosos (pecados, blasfemia, etc.) ni realizar una valoración positiva de las creencias religiosas en detrimento de cualquier otra convicción. Con palabras del Tribunal Constitucional: “los valores e intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos”²¹⁸.

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

- La protección del derecho a la identidad propia de los grupos o asociaciones. En este apartado citamos los siguientes tipos penales:
 - o La provocación al odio, la discriminación o la violencia (art. 510. 1 CP, modificado por la LO 6/2022), debiendo concurrir

(Rodríguez Carballera, 1994a), definiendo , a su vez, la persuasión coercitiva como el acto deliberado de una persona o grupo de influir en las actitudes o conductos de otros, apoyándose en el uso de algún tipo de fuerza, con el objeto de alcanzar un fin preestablecido. (...) Lo relevante, al margen de las creencias y doctrinas del grupo se centraría en el uso de técnicas de persuasión y control como distintivas de este tipo de grupos, destacando su uso orientado a satisfacer la voluntad del líder/líderes y sus consecuencias negativas, tanto en lo individual como en el plano colectivo pues la sociedad, a través del derecho penal, no puede juzgar la bondad de las creencias de un grupo pero, sin embargo, sí puede valorar los medios empleados por este grupo -sea o no religioso- y decidir si éstos son o no delictivos. El requisito objetivo que convierte esa asociación de fines lícitos en ilícita consiste en someter a sus miembros a violencia física o psíquica para conseguir sus fines (M. Bonet) por atentar contra un aspecto de la salud mental de los individuos tal como su personalidad”.

²¹⁸ Vid. STC 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico nº 1.

las circunstancias propias de la provocación regulada en el artículo 18.1 CP.

- La difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones; justamente sobre las características diferenciales que enumera el art. 510. 2 CP (ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, modificado por la LO 6/2022).
 - La denegación de prestaciones de un servicio público al que tienen derecho por discriminación de alguna de las características diferenciales (art. 511. 2 y 3 CP [modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio]).
 - Genocidio (art. 607 CP²¹⁹) y delitos de lesa humanidad (art. 607 bis CP). En este punto hay que mencionar el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, 9 de diciembre de 1948²²⁰ y la STC 227/2007, de 22 de octubre de 2007 (caso Falun Gong). Esta sentencia ha quedado sin aplicación por el Auto de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2014. En esta materia, sobre jurisdicción universal es necesario tener en cuenta la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial²²¹.
- El artículo 31 bis del CP, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el artículo 129 CP para aquellas organizaciones sin personalidad jurídica (SAN 2 de julio de 2013).
 - La protección del derecho a la identidad de los individuos. Dentro de este apartado se incluyen las siguientes conductas delictivas:

²¹⁹ Modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio.

²²⁰ Vid. BOE de 8 de febrero de 1969 y de 10 de diciembre de 2009.

²²¹ Por ejemplo, el Auto de 3 de octubre de 2014 de la Audiencia Nacional ha acordado por unanimidad la competencia de España para la persecución de los delitos de ablación de acuerdo con el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. De esta forma, el Pleno ratifica la decisión del Juzgado Central 3 por la que procesó a unos padres por la mutilación genital de su hija, cometida en Gambia en 2005. Y, la Sentencia 1323/2013, de la Audiencia Nacional; STS de 14 de noviembre de 1997. Y, el Auto de 10 de febrero de 2014 de la Audiencia Nacional sobre el Tíbet.

- La denegación de prestaciones a las que tiene derecho; siempre que dicha denegación suponga una discriminación (art. 511 y 512 CP [modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio]).
- Se tipifican como ilícitas a aquellas asociaciones que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por alguna característica diferencial (art. 515. 4 CP²²² [modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio]). Asimismo, el artículo 517 CP prevé una pena de prisión y multas para los fundadores, directores, presidentes de tales asociaciones y para los miembros activos. Y, por último, el artículo 520 CP contempla su disolución.
- Se tipifica los delitos de genocidio (art. 607 CP). La Sentencia del TC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, ha declarado inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “*nieguen o*” de este apartado 2º del artículo 607, sobre la difusión de ideas a favor del genocidio. En la actualidad este artículo no recoge la difusión de estas ideas, pero sí el artículo 510.2.b) CP.

Finalmente, se incluye en el CP como agravante la comisión de un delito por motivos racistas, antisemitas, de ideología, creencias, religión u otra clase de discriminación (art. 22.4 CP²²³).

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

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

²²² En este punto hay que tener en cuenta el artículo 33 bis CP sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (vid. LO. 5/2010, de 22 de junio).

²²³ Modificado por la LO 6/2022, de 12 de julio. Sobre los actos racistas, xenófobos o intolerantes en el deporte, vid. STC 214/1991 y la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte y su desarrollo reglamentario (el Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero).

- La protección de la libertad para tener unas u otras creencias o ideas. El bien jurídico protegido no es otro que la libertad para tener y mantener pacíficamente unas u otras convicciones sin coacciones, presiones ni condicionamientos externos. El art. 522. 2 CP contempla el “impedir el abandono” de una religión como conducta delictiva. Los medios para forzar a ese cambio (artículo 522.1. CP) son la violencia, la intimidación, la fuerza o cualquier apremio ilegítimo. Dentro de este último concepto se incluye los supuestos de control de la personalidad. Por último, es curioso que la pena prevista en el artículo 522 CP es inferior a las penas contempladas en los arts. 169 y 172 CP.
- El artículo 522 CP contempla la protección de la libertad de expresión de las propias convicciones mediante conductas colectivas como el culto; es decir, se refiere a los supuestos de violencia ejercida sobre personas individuales que sean miembros de un grupo religioso.
- El artículo 523 CP tipifica el que, con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia; en la actualidad, en el Ministerio de la Presidencia. La doctrina considera que este último artículo es inútil porque se considera suficiente la remisión al artículo 514.4 CP. Sobre este artículo se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia nº 192/2020, de 17 de diciembre. Y, sobre este tipo penal, es importante la sentencia del TEDH, de 17 de julio de 2018 (asunto Mariya Alekhina y otras c. Rusia).
- La protección penal de los sentimientos religiosos está regulada en los arts. 524 y 525 CP²²⁴.
- El art. 526 CP protege penalmente el respeto debido a la memoria de los muertos.

En conclusión, no existe fundamento jurídico alguno para dotar de una protección especial al derecho de libertad de conciencia, en ninguna de sus dimensiones (religiosa o no religiosa). Que existan algunos tipos penales, como los que se han indicado, implica una valoración positiva de lo religioso frente a lo no religioso implicando una vulneración de la neutralidad religiosa al poner en manos de las

²²⁴ Remisión a la Lección 7.

confesiones el régimen jurídico-penal para dispensar una mayor protección a lo religioso y, a sensu contrario, una vulneración de la libertad de conciencia de los no creyentes, por ejemplo, en el caso de la protección de los sentimientos religiosos (LLAMAZARES²²⁵).

Dentro de este apartado es conveniente hacer mención del **terrorismo**. El ejercicio de la libertad de conciencia en sus manifestaciones externas encuentra como límite de la misma estos tipos penales. Especial relevancia en este ámbito es el **terrorismo islamista**²²⁶. Del estudio de la jurisprudencia española²²⁷ se puede extraer las siguientes conclusiones:

- "No se encontrarían bajo protección constitucional la realización de actos o actividades que, en el desarrollo de ciertas ideologías, vulneren otros derechos fundamentales, como ocurre en el caso con la difusión de ideas violentas sustentadas en la religión islámica, que invitan indirectamente a la comisión de delitos de terrorismo, lo que implica un riesgo de lesión de bienes jurídicos de capital importancia, como son la vida, la integridad física, la seguridad o la libertad"²²⁸.

²²⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*. Op. cit., Tomo II, p. 781.

²²⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *Libertad religiosa y terrorismo islamista*, Dykinson, 2017. En este punto conviene destacar el Plan Estratégico Nacional de Lucha contra la Radicalización Violenta, de 30 de enero de 2015, donde se destaca la labor que van a desempeñar la Fundación Pluralismo y Convivencia y el Observatorio del Pluralismo de España en este Plan.

²²⁷ Sobre esta jurisprudencia, vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "Religious Freedom and Terrorism in Spanish Case Law", en *Journal of Church and State*, vol II, spring, 2012, p. 240-256.

²²⁸ STS 114/14, de 20-2-2014.

- No se debe confundir entre integrista islámico y terrorista²²⁹ y, en parecidos términos, se ha pronunciado el TEDH²³⁰.
- Se define "grupo terrorista islamista" como toda aquella organización "de carácter fundamentalista, que posee una estructura estable y permanente, que basa su actividad terrorista en los postulados ideológicos de recurrir a la práctica de la Jihad ("Guerra Santa") para lograr el acceso al poder político y el establecimiento de la Sharia ("Ley Islámica") y así derogar el sistema político vigente, ejecutando a las personas que en base a su interpretación subjetiva sean hostiles al islam"²³¹.
- El Tribunal Supremo es consciente de que la investigación de hechos de esta naturaleza reviste una gran complejidad por la forma en que se generan y por las amplias posibilidades de que el número de personas que puedan resultar seducidas por las predicaciones de fanáticos religiosos sea imprevisible y totalmente aleatoria. No es posible afirmar en una sentencia, que la predicación de doctrinas integristas y fanáticas capte a todos aquellos que la escuchan e, incluso, participan de sus

²²⁹ La STS de 2 de julio de 2006 (nº 829/2006), recoge: "la motivación de ir a Afganistán fue lo de profundizar en la doctrina musulmana, si bien desde una perspectiva que podría calificarse de integrista, que no es necesariamente equivalente a estar de acuerdo con el terrorismo". No obstante, la pertenencia a un grupo fundamentalista islámico si tiene consecuencias en relación con la denegación de la nacionalidad española; por ejemplo, en la STS 7185/2012, de 31 de octubre, la denegación de la DGRN se fundamentaba en la falta de justificación del suficiente grado de integración en la sociedad española del recurrente, puesto que esta dirección afirmaba, basándose en un informe del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), que se trataba de un miembro activo del movimiento Tabligh en España. La resolución explicaba que "los miembros del Tabligh profesan un islam conservador y fundamentalista y propagan una conducta segregacionista respecto de la sociedad no musulmana, dentro de la cual no tienen ningún interés en integrarse, al propugnar el sometimiento de todo musulmán exclusivamente a las normas islámicas. Ello puede dar lugar a situaciones de conflicto social, especialmente en aquellos casos en los que el cumplimiento estricto de la ley islámica pueda chocar con el cumplimiento de las leyes del país en que residen".

²³⁰ En la STEDH de 4 de diciembre de 2003, (caso Gündüz contra Turquía) se dice: "el mero hecho de defender la sharia, sin llamar a la violencia para establecerla, no puede calificarse como incitación al odio" (considerando nº 51).

²³¹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 1064/2002, de 7 de junio.

dogmas y contenidos llegando a inflamarse de animadversión hacia las personas que estiman enemigas de sus religiones y creencias. Además, las manifestaciones de este fenómeno son mucho más complejas, en cuanto a su investigación y prueba, que cualquier otra modalidad delictiva, sobre todo, cuando la actividad que se detecta en las actuaciones policiales y judiciales es embrionaria, sin haberse concretado, afortunadamente, en resultados catastróficos. Por tal motivo, no es reprochable que los servicios de inteligencia o las unidades policiales extiendan sus investigaciones a un amplio espectro de personas que pudieran sentirse atraídas por las prácticas que incitan a la violencia en nombre de creencias religiosas y, una vez agotadas sus posibilidades, centren sus sospechas en un número de personas que, finalmente, ponen a disposición de la autoridad judicial. Por su parte, el Tribunal Supremo determina la doctrina sobre la intervención del Derecho penal ante conductas reveladoras de una predisposición a la comisión de atentados terroristas. Considera que los fenómenos de esta naturaleza indudablemente merecen la atención social y criminológica y, sobre todo, vigilancia policial, pero a pesar de su fundamentalismo religioso no permiten llevar las barreras del derecho penal a estadios en los que el fanatismo, explicitado sin encubrimientos y de manera clara, nos sitúa ante personas que indudablemente pueden tener una cierta peligrosidad sin descartar que en el futuro puedan realizar actividades delictivas graves. Por último, el Tribunal Supremo concluye que si se adoptasen sanciones penales ante conductas desviadas se situarían en el inadmisibles campo del "Derecho penal de autor" o lo que es peor en su modalidad delictiva derivada de la pertenencia a un grupo que adopta doctrinas fundamentalistas. Es la acción y no el pensamiento la que, en principio, podría ser inculpada.

- El TS en la sentencia nº 3189/2019, de 14 de octubre de 2019, establece que adoctrinar en yihadismo es algo más que mostrar vídeos o documentos, ya que exige lograr adhesiones "activas". De tal forma, que adoctrinar es algo más que enseñar o informar; "Incluso más que inculcar o infundir en una persona una idea, un concepto, un sentimiento, etc., con ahínco" porque "tanto el que enseña como el que procura que se le enseñe lo han de hacer con una finalidad que es la de lograr la adhesión"

de un "discípulo activo". En esta sentencia se recoge que: "En el marco de esos límites se sitúa la tipificación penal de determinadas conductas que constituyen graves atentados contra la convivencia y que se realizan en contexto de una radicalización religiosa, en concreto, del islamismo. Como ya se ha dicho en anteriores sentencias, la tipificación penal de conductas de adoctrinamiento terrorista no criminaliza al islam, ni la islamización, ya que el islam es una religión que se practica por cientos de millones de fieles en todo el mundo y también en España. Sin embargo, cuando sobre la base de esta creencia se camina hacia el denominado fenómeno yihadista se produce un cambio cualitativo relevante que es el que justifica la reacción penal. 3. En el presente caso y remitiéndonos al contenido del relato fáctico de la sentencia, la responsabilidad penal de los acusados no ha sido declarada por profesar la religión islámica sino por la realización de actos de adoctrinamiento activo para la realización de actividades terroristas consistentes en la recopilación y difusión a través de Internet de numerosos videos e imágenes de discursos radicales sobre la necesidad de la yihad o lucha armada, relativos a actos violentos de naturaleza terrorista, así como la captación concreta de personas para que viajaran a territorios en guerra y participaran en ella, apoyando al llamado Estado Islámico o DAESH, cuya actividad terrorista ha sido reconocida internacionalmente en la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas número 2178, de 24 de septiembre de 2016. La naturaleza y características de estas actividades nada tienen que ver con el pacífico ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Lógicamente el proceso de radicalización que conduce a las prácticas de adoctrinamiento requiere en el terrorismo de corte islamista un proceso previo de islamización, pero lo que se sanciona penalmente son las prácticas de adoctrinamiento terrorista y no el proceso previo". En fin, el TS recoge que en el marco de los límites de la libertad religiosa se sitúa la tipificación penal de determinadas conductas que constituyen graves atentados contra la convivencia y que se realizan en contexto de la radicalización religiosa, en concreto, del islamismo.

- "No cabe duda de que el derecho penal no debe perseguir las ideas y las doctrinas integristas radicales incluidas bajo el concepto de "yihad" no son sino una desviación patológica o

extrema de la religión islámica. **Si tales ideas no superan el límite de la mera expresión ideológica no son punibles aun cuando sean contrarias al orden democrático**", en la STS 2740/2021 de 7 de julio de 2021. Conviene recordar que nuestro ordenamiento jurídico no se incluye dentro de las "democracias militantes". La CE permite la expresión de todas las ideas que no inciten a la violencia por muy ofensivas o molestas que pueden ser para la mayoría de la sociedad (STC 235/2007).

- En esta materia es importante el Plan estratégico nacional de lucha contra la radicalización violenta, 30 de enero de 2015, que está pendiente de revisión según la Estrategia Nacional contra el Terrorismo de 2019.

En este punto es conveniente mencionar la diferencia entre **delincuente por convicción y de conciencia**²³². Los delincuentes por convicción no tienen un conflicto interno pues tienen la certeza de estar haciendo lo correcto; es decir, llevan a cabo sus acciones, plenamente convencidos de cumplir como un mandato de carácter divino. En cambio, se calificará como autor por conciencia a quien se decide por el hecho luego después de una lucha seria por la comprensión de lo éticamente correcto; es decir, que tiene un conflicto interno que conoce el sujeto y considera que su conducta puede ser delictiva. En la STS de 28 de octubre de 1998 se recoge: "En todo caso, hay que decir aquí que no puede servir como fundamento de una resolución absolutoria el que el sujeto autor de la infracción penal pueda delinquir movido por sus creencias religiosas o de otro tipo. Esto nada tiene que ver con el error de prohibición. Se trata del problema de la delincuencia por convicción, que existe cuando el que delinque coloca por encima de los deberes que como ciudadano le incumben (cualesquiera prestaciones en beneficio de la comunidad que la Ley impone) su propia y personal convicción interior derivada de sus ideas políticas, religiosas o de otro orden. Cuando tal conflicto se produce, ha de prevalecer el mandato legal, porque la vigencia de las normas jurídicas no puede quedar condicionada a la aprobación que de ellas pueda hacer cada ciudadano".

²³² Remisión a la Lección sobre objeción de conciencia, Lección nº 8.

4. Igualdad en la libertad.

En el texto constitucional el principio de igualdad aparece proclamado en el artículo 14 CE con una ubicación que encabeza el Capítulo segundo (Derechos y libertades) del Título primero de la Constitución, lo que hace pensar en su proyección a todos los derechos que se reconocen en los siguientes preceptos constitucionales (Derechos fundamentales y libertad públicas). Con esta interpretación se supera la posible colisión entre igualdad y libertad, no existiendo entre ambas relaciones jerárquicas. Estaríamos haciendo referencia al principio kantiano de la libertad de cada uno ha de poder ser compatible con la igual libertad de todos conforme a una ley general. La igualdad es a un tiempo principio informador del ordenamiento y derecho subjetivo de carácter fundamental que goza de protección del artículo 53 CE; en este sentido, como principio informador constituye un mandato y un límite para la actuación de los poderes públicos²³³.

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

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

La igualdad en la ley supone "la interdicción de establecer diferenciaciones que sean arbitrarias, estén faltas de justificación o sean desproporcionadas" (STC de 8 de junio de 1988). Se trata de un mandato dirigido al legislador y al poder ejecutivo, titular de la potestad reglamentaria, que opera en la configuración de los supuestos de hecho de la norma que no podrá otorgar relevancia jurídica a supuestos expresamente prohibidos por la Constitución en el art. 14 (nacimiento, raza, sexo, religión, convicción u opinión) o a aquellos que, por no guardar relación con la regulación, conduzcan a un resultado arbitrario. En este punto, conviene tener muy presente la definición legal de discriminación directa e indirecta que define el

²³³ El T. C. afirma que el derecho de igualdad es concreción del principio del mismo nombre, por ejemplo, en la STC 29/1987, de 6 de marzo y en la STC 109/1988, de 8 de junio.

artículo 28 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Esta Ley 62/2003, regula la igualdad de trato y no discriminación por origen racial o étnico en los artículos 29 a 32 (en trasposición de la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico²³⁴) y, también, regula la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, por ningún motivo, incluido los motivos religiosos o de convicciones, en los artículos 34 a 43 (en trasposición de la Directiva 2000/78/CE).

En este apartado destaca la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación*, establece que la igualdad y la no discriminación se constituyen como garantía del disfrute de todos los derechos fundamentales y libertades públicas. Esta Ley crea la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. De esta Ley hay que destacar los siguientes artículos:

Artículo 2 (ámbito subjetivo de aplicación),

²³⁴ En esta normativa comunitaria no se incluye la igualdad de trato por motivos religiosos ni de convicciones. Se está elaborando una Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (de 2 de julio de 2008 COM (2008) 426 final). Vid. Posición del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (DO UE, C 137, p. 68, de 27 de mayo de 2010). Sobre esta Directiva es necesario tener presente la doctrina del TJUE sobre el concepto de discriminación directa e indirecta, vid. Sentencias de 14 de marzo de 2017, en los asuntos C-157/15 Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding / G4S Secure Solutions y C-188/15 Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) / Micropole Univers, que ha venido a concluir que "una norma interna de una empresa que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso no constituye una discriminación directa" además, "en ausencia de tal norma, la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional que permita descartar la existencia de una discriminación". Y, también, la STJUE de 15 de julio de 2021, asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19 WABE y MH Müller Handels y la STJUE, de 13 de octubre de 2022, asunto C-344/20. Y, también, vid. *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Agencia Europea de Derechos Humanos, 2018.

Artículo 3 (ámbito objetivo de aplicación),

Artículo 6 sobre las definiciones de los conceptos como discriminación directa e indirecta, discriminación por asociación y por error, discriminación múltiple e intersectorial, acoso discriminatorio, represalias, segregación escolar, etc.

Artículo 7 sobre el criterio interpretativo de la norma que elegirá de todas las interpretaciones aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias.

Debemos tener presente las nuevas formas de discriminación se dan en las redes sociales. El diseño de los algoritmos ha sido denunciado porque contiene casos de racismo, sexismo y otras formas de discriminación por motivos de convicciones o de religión. Todas estas formas de discriminación están vedadas por el ordenamiento jurídico. El aprendizaje automático depende de los datos que se han recopilado de la sociedad, en la medida en que la sociedad contiene desigualdad, exclusión u otros rastros de discriminación, también lo harán los datos. El aprendizaje automatizado reproducirá patrones discriminatorios en el conjunto de datos; como consecuencia de las decisiones sesgadas que se presentan como el resultado de un algoritmo, presuntamente, objetivo y, en consecuencia, la confianza irreflexiva en la minería de datos puede negar a los miembros de grupos vulnerables la participación plena en la sociedad debido a sus convicciones o su religión²³⁵. Conviene tener presente en este ámbito de la inteligencia artificial dos conceptos²³⁶. Primero: discriminación algorítmica que se refiere al tratamiento desigual que un sistema de IA da a una persona X con respecto a otra persona Y como consecuencia de un atributo particular de X. Esta circunstancia no implica, necesariamente, que la

²³⁵ vid., *Human rights in the robot age*, Report Rathenau Instituut, Council of Europe, 2017, p. 39-41; COUNCIL OF EUROPE, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, 2018; GESLEVICH PACKIN, N. y LEV-ARETZ, Y.: «Learning algorithms and discrimination», en BARFIELD, W. y PAGALLO, U., *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Elgar Publishing, 2018, p. 88-113; ZUIDERVEEN BORGESIU, F. & POORT, J.: «Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law», en *Journal of Consumer Policy*, 40, 2017, p. 347. Y, en especial, la Declaración de Toronto sobre la protección de los derechos de igualdad y no discriminación en los sistemas de aprendizaje automático, de 16 de mayo de 2018, elaborada por Amnistía Internacional.

²³⁶ MORENO REBATO, M.: *Inteligencia artificial (Umbralles éticos, Derecho y Administraciones Públicas)*, Aranzadi, 2021, p. 52-53.

discriminación sea negativa o desventajosa y, segundo: sesgo algorítmico se produce en aquellos casos en los que un determinado sistema de IA produce distintos resultados con relación a los sujetos en función de la pertenencia de este a un colectivo concreto (ya sea por discriminación directa o indirecta) evidenciando un prejuicio subyacente a dicho colectivo. Y, también, hay que tener presente el contenido del artículo 23 de la Ley 15/2022 y del artículo 10. 5 de la Propuesta de Reglamento de IA²³⁷.

²³⁷ Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Esta apartado 5 del artículo 15 de la propuesta de Reglamento dice: “En la medida en que sea estrictamente necesario para garantizar la detección y la corrección de los sesgos negativos asociados a los sistemas de IA de alto riesgo, los proveedores de dichos sistemas podrán tratar excepcionalmente las categorías especiales de datos personales que se mencionan en el artículo 9, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/679; el artículo 10 de la Directiva (UE) 2016/680, y el artículo 10, apartado 1, del Reglamento (UE) 2018/1725, ofreciendo siempre las salvaguardias adecuadas para los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas, lo que incluye establecer limitaciones técnicas a la reutilización y la utilización de las medidas de seguridad y protección de la privacidad más recientes. En particular, se aplicarán todas las condiciones siguientes para que se produzca este tratamiento: a) el tratamiento de datos sintéticos o anonimizados no permita alcanzar eficazmente la detección y corrección de sesgos; b) los datos sean seudonimizados; c) el proveedor tome las medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar que los datos tratados a efectos del presente apartado estén asegurados y protegidos, con sujeción a las garantías adecuadas, y que solo las personas autorizadas tengan acceso a dichos datos con las obligaciones de confidencialidad adecuadas; d) los datos tratados a efectos del presente apartado no serán transmitidos, transferidos ni consultados de otro modo por otras partes; e) los datos personales tratados a efectos del presente apartado se protejan por medio de las medidas técnicas y organizativas adecuadas y se eliminen una vez se ha corregido el sesgo o cuando los datos personales lleguen al final de su período de conservación; f) se hayan adoptado medidas eficaces y adecuadas para garantizar la disponibilidad, la seguridad y la resiliencia de los sistemas y servicios de tratamiento frente a incidentes técnicos o físicos; g) se hayan adoptado medidas eficaces y adecuadas para garantizar la seguridad física de los lugares en los que se almacenan y procesan los datos, la gobernanza y la gestión de sistemas informáticos internos y de sistemas de seguridad informática, la certificación de procesos y productos; ...

Por otro lado, la igualdad es un concepto relacional que cobra pleno sentido por la comparación de dos términos: solo se puede hablar de igualdad por referencia a otro término con el que establecemos dicha comparación. Esta apreciación se revela especialmente en relación con la igualdad en la aplicación de la ley. Efectivamente, el operador jurídico está obligado a aplicar la norma por igual a todos aquellos que se hallen en igual situación²³⁸. Tal es la doctrina del Tribunal Constitucional que aplica siempre y cuando los actos o decisiones que se comparan procedan del mismo órgano, que en principio está obligado a respetar sus precedentes. Con relación a los precedentes administrativos hay que tener presente la dicción del artículo 35 de la Ley 39/2015. La vinculación al precedente admite una excepción: el cambio de criterio del órgano judicial siempre que esté suficientemente motivado.

La *igualdad material*, se recoge en el art. 9.2 CE: corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. La igualdad material es un mandato a los poderes públicos y no goza de la protección del recurso de amparo que sí tiene el art. 14 CE. Es, sin embargo, parámetro de la constitucionalidad de las leyes y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias (STC de 8 de abril de 1982).

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

En este apartado también hay que mencionar el artículo 149.1. 1ª de la Constitución, que reserva al Estado la competencia exclusiva para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos constitucionales, entre los que se encuentra el derecho fundamental a la libertad de conciencia (religiosa o no).

Los proveedores que recurran a esta disposición elaborarán documentación que explique por qué el tratamiento de categorías especiales de datos personales era necesario para detectar y corregir sesgos”.

²³⁸ Sentencia del TEDH, caso *Inmovilizados y Gestiones, S. L. contra España*, de 14 de septiembre de 2021.

Conviene recordar que el principio de igualdad prohíbe las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, siendo asimismo necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos²³⁹. El T. C. que configura la igualdad jurídica en el ámbito religioso como la ausencia de discriminación o "trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de su ideología o creencia, así como *gozar de un igual disfrute de la libertad religiosa*"²⁴⁰.

Por otra parte, sólo puede aducirse la quiebra del principio de igualdad jurídica cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones de hecho entre los sujetos afectados por la norma, se produzca un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada basada en razones de creencias o convicciones ideológicas o religiosas (cfr. SSTC de 10 de julio y 30 de marzo de 1981). Partiendo de lo anterior, podemos definir la discriminación religiosa como la prohibición de cualquier acción de distinción por motivos religiosos o de convicción que supongan un menoscabo o extinción en la titularidad y en el ejercicio del único y mismo derecho de libertad de conciencia y del resto de los derechos fundamentales²⁴¹.

²³⁹ SsTC 176/1993 y 90/1995, entre otras.

²⁴⁰ STC 24/1982, de 13 de mayo.

²⁴¹ CONTRERAS MAZARÍO, J. Ma: *Marco Jurídico del factor religioso en España*, 2011, Observatorio del Pluralismo religioso en España, p 17. Una definición sobre discriminación por motivos religiosos la encontramos en el art. 2.2 de la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones (1981), según el cual "A los efectos de la presente Declaración, se entiende por "intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones" toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales". En este punto también debemos tener presente la Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos sobre el artículo 18 del Pacto Internacional sobre Derecho Civiles y políticos que expresa que: "El Comité señala a la atención de los Estados Partes el hecho de que la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia se protegen

Además, la denominada “*discriminación por indiferenciación*” que es aquella que se produce por un trato jurídico idéntico de dos o más situaciones fácticas que son diferentes. No suele reconocerse ni en sede normativa ni en sede judicial. Una excepción es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que resuelve el caso Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2000. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo apreció en ese caso un supuesto de discriminación por indiferenciación²⁴².

Si aplicamos el principio de igualdad al diferente estatuto jurídico de las confesiones religiosas²⁴³, en el ordenamiento jurídico español, encontramos tres parámetros de comparación:

- Confesiones inscritas y confesiones no inscritas. La inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de la Presidencia de las confesiones religiosas conlleva el reconocimiento en el ejercicio colectivo de la libertad religiosa. La no inscripción no implica la vulneración del principio de igualdad, bien porque es una decisión

de igual modo que la libertad de religión y de creencias (...) el Comité ve con preocupación cualquier tendencia a discriminar contra cualquier religión o creencia, en particular las más recientemente establecidas, o las que representan a minorías religiosas que puedan ser objeto de la hostilidad por parte de una comunidad religiosa predominante”.

²⁴² STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. La pretensión debe ser rechazada en aplicación de la doctrina que, desde los años ochenta y hasta la fecha, sostiene este Tribunal sobre la “discriminación por indiferenciación”. Según nuestra jurisprudencia la “discriminación por indiferenciación” no puede situarse en el ámbito de protección del art. 14 CE, porque lo que éste impide es la distinción infundada o discriminatoria (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3). Este Tribunal ha establecido reiteradamente que el art. 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2), si bien también hemos dicho que “cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud” (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4). Por tanto, habiendo dicho ya que el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 7) y no pudiendo por tanto censurar lo que en la STC 135/1992, de 5 de octubre, denominamos “desigualdad por exceso de igualdad” (FJ 9).

²⁴³ Remisión a la Lección 10.

libre de la confesión la no inscripción o, bien porque dicho grupo no reúne los requisitos para la inscripción eso no impide la protección de los derechos individuales.

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

- Acuerdos con la Iglesia católica de 1976 y 1979²⁴⁴ y los Acuerdos de 1992 con las confesiones minoritarias (evangélica, judía y musulmana²⁴⁵). La comparación del contenido de dichos acuerdos nos lleva a afirmar que en los Acuerdos con la Iglesia católica se consagran auténticos privilegios (un ejemplo, como posteriormente comprobaremos, es la financiación de la Iglesia católica).

Algunos autores amparan este trato discriminatorio en la tradición, el arraigo, el peso sociológico, la extensión geográfica o la complejidad organizativa de las confesiones religiosas. Consecuentemente, se dice que la Iglesia católica en España debe tener un tratamiento específico respecto al resto de confesiones religiosas. En realidad, nos encontramos ante la defensa del mantenimiento de estatuto jurídico privilegiado de esta confesión²⁴⁶. No puede haber desigualdad cualitativa entre las diversas confesiones religiosas en un Estado democrático y, por tanto, laico²⁴⁷. En fin, no

²⁴⁴ Se han firmado cuatro acuerdos cooperación con la Iglesia católica de fecha de 3 de enero de 1979 (Tratados internacionales) que trata de los siguientes asuntos: Asuntos jurídicos, Asuntos Económicos; sobre Enseñanza y Asuntos Culturales y sobre Asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el Servicio militar de clérigos y religiosos.

²⁴⁵ Se han aprobado tres acuerdos con confesiones minoritarias: Acuerdo de cooperación con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) (Ley 24/1992 de 10 de noviembre); Acuerdo de cooperación con la Federación de Comunidades Israelitas de España (Ley 25/1992 de 10 de noviembre) y Acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica de España, (Ley 26/1992 de 12 de noviembre).

²⁴⁶ Vid., por todos, VILADRICH, P. J.: "Principios informadores del Derecho eclesiástico español". En: *Derecho Eclesiástico del Estado*, 1983, Pamplona, EUNSA, p. 169-260.

²⁴⁷ BARRERO ORTEGA, A.: "Apuntes críticos a la implementación legislativa de la dimensión social de la libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español".

pueden ser las confesiones religiosas las que determinen, de forma subjetiva, si son objeto de discriminación o consideran que las normas son anticlericales pues, cuando uno se acostumbra al privilegio (situación de la Iglesia católica como confesión oficial), la igualdad parece discriminación.

En relación con esta cuestión, el TEDH ha indicado que la libertad religión no obliga a los Estados a establecer una normativa concreta que conceda privilegios a determinados grupos. Pero si un Estado los concede, todos los grupos religiosos deben poder acceder a ese estatuto jurídico en igualdad de oportunidades porque en el caso contrario se estaría discriminando²⁴⁸ y dicha diferencia de trato no tiene justificación objetiva ni razonable²⁴⁹.

También se ha venido a defender la discriminación positiva de las minorías religiosas utilizando el concepto de libertad religiosa como derecho de prestación, con las siguientes palabras: "La peculiar situación histórica de confesionalidad católica del Estado español, ya aludida, y de persecución o cuanto menos obstaculización para el libre ejercicio de la libertad religiosa en distintos períodos históricos, y esta laicidad positiva mencionada [obligatoriedad de una actitud asistencial o prestacional por parte de los poderes públicos] podrían llevar a primer término una reflexión sobre la viabilidad de *acciones positivas* hacia las otras religiones (especialmente, aquellas confesiones que sufren una mayor discriminación), con el fin de compensar su situación histórica y hacer realmente posible su arraigo normalizado"²⁵⁰. Considero que estas palabras son absolutamente incompatibles con el principio de laicidad, pues el principio de laicidad veda cualquier tipo de discriminación positiva de los creyentes de cualquier confesión, sea la confesión mayoritaria o minoritaria.

En: *La libertad religiosa en el Estado social*, 2009, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 234.

²⁴⁸ STEDH caso Izzettin Dogan y otros contra Turquía, de 26 de abril de 2016.

²⁴⁹ STEDH caso Savez Crkava "Riječ Života" y otros contra Croacia, de 9 de diciembre de 2010. Esta sentencia establece que la diferencia de trato entre confesiones religiosas en función de haber firmado, o no, acuerdos de cooperación vulnera el principio de igualdad.

²⁵⁰ PONCÉ SOLÉ, J.: "Derecho urbanístico y libertad religiosa en España: aspectos competenciales y materiales. La Ley catalana 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto". En: *Ciudades, Derecho urbanístico y libertad religiosa*, 2010, Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer.

5. Cooperación estatal con las confesiones religiosas.

Este principio, **derivado** de los anteriores, aparece formulado en el artículo 16.3. CE, después de proclamar el principio de laicidad. La cooperación estatal a que hace mención este apartado tercero de este artículo constitucional tiene su fundamento en la acción promocional (que no derecho prestacional) de los derechos fundamentales por parte del Estado social. Por lo tanto, este principio es una proyección del artículo 9.2 CE en este ámbito concreto, como ha confirmado la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero²⁵¹. Quizás su plasmación expresa en la Constitución española se deba al hecho de excluir cualquier referencia laicista (o, de laicismo) que evoque el período de la II República española²⁵²; de ahí, por ejemplo, las referencias a “tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española”, es decir, los poderes públicos no pueden ser anticlericales, pero esta dimensión sociológica no puede implicar, en ningún caso, la vulneración del principio de laicidad. Tampoco este principio lleva aparejado una valoración positiva de las creencias religiosas pues con ello se vulneraría la neutralidad religiosa. El principio de cooperación tiene su fundamento en la valoración positiva del ejercicio de la libertad religiosa, pero encuentra su límite en los principios de igualdad y laicidad del Estado. Se trata de un principio derivado de estos tres principios (libertad, igualdad y laicidad) que no se sitúa en la cima del sistema y, en consecuencia, se encuentra subordinado a los mismos.

Por lo tanto, el principio de cooperación se refiere a la promoción de la libertad religiosa como un deber estatal, pero, con carácter general, no se configura como un derecho de prestación²⁵³, quedando excluida toda cooperación que vaya dirigida a la ayuda y promoción de actividades u objetivos religiosos; ya que supondría la

²⁵¹ Textualmente el fundamento jurídico nº 7 de esta Sentencia dice: “b) el que hunde sus raíces en el art. 9.2 del texto constitucional, conforme al cual se impone a los poderes públicos una directriz de actuación favorecedora de la libertad del individuo y de los grupos en que se integra, y creadora de las adecuadas condiciones para que tales libertades sean reales y efectivas, y no meros enunciados carentes de real contenido”.

²⁵² Remisión a la Lección 3.

²⁵³ Se configura como un deber estatal, pero no es un derecho fundamental atribuido a las confesiones religiosas, vid. STC 93/1983, de 8 de noviembre, fundamento jurídico nº 5.

vulneración del principio de laicidad. Una de las posibles manifestaciones de este principio de cooperación se expresa a través de acuerdos de cooperación que, en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 7 LOLR), ni son obligados su elaboración por el Estado ni son la única vía para expresar este principio de cooperación. Los acuerdos de cooperación expresan el principio de participación (artículo 9.2 *in fine*) y recogen las necesidades especiales de conciencia derivadas de las diversas creencias de sus ciudadanos para hacer real y efectiva la libertad y la igualdad²⁵⁴.

Se ha señalado que la cooperación se mueve en un delicado equilibrio, porque el Estado no puede comportarse como un Estado confesional o pluriconfesional ni puede tampoco discriminar a sus ciudadanos por motivos religiosos y, además tal cooperación con las confesiones debe hacerse de tal manera que queden salvaguardadas la libertad y la igualdad de los demás grupos religiosos y de los no creyentes (PRIETO SANCHIS). No se puede entender este principio de cooperación como justificación para el mantenimiento de la “*religiosidad popular*”²⁵⁵. En fin, se confunde entre: “los poderes públicos mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación” con “los poderes públicos mantendrán las creencias religiosas existentes en la sociedad española”. Esta última frase no aparece en el Texto constitucional.

En relación con estas cuestiones, conviene recordar que el principio de cooperación con las confesiones recogido en el artículo 16 CE tiene su fundamento en la *acción promocional* de los derechos fundamentales por parte del Estado social²⁵⁶. Por lo tanto, este principio es una proyección del artículo 9.2 CE en este ámbito concreto, como ha confirmado la Sentencia del Tribunal

²⁵⁴ STC 207/2013, de 5 de diciembre, que, de forma sorprendente, recoge: “La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 CE sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 16.3 CE, implica que no podrá reputarse como discriminatoria y constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinadas confesiones religiosas”.

²⁵⁵ MORENO REBATO, M. y RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *El turismo religioso como turismo cultural: Régimen jurídico*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de la Presidencia, 2021, p. 134 y ss.

²⁵⁶ PRIETO SANCHIS, L.: “Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico español”, en IBÁN, I.C.; PRIETO SANCHIS, L.; MOTILLA, A.: *Curso de Derecho Eclesiástico*, op. cit., 1991, p. 207.

Constitucional 46/2001, de 15 de febrero²⁵⁷ (perspectiva asistencial o prestacional que exige de los poderes públicos una actitud positiva en este ámbito “conforme a lo que dispone el apartado 3 del mencionado artículo 2 LOLR”²⁵⁸). Con otras palabras: “La actividad positiva de los poderes públicos no puede comprender todas las manifestaciones de la libertad religiosa, sencillamente porque la libertad religiosa no es un derecho prestacional sino un derecho de libertad que, en ocasiones, incorpora una faceta prestacional. Sin embargo, en nuestra opinión, no es posible sostener que esa faceta prestacional forma parte de su contenido esencial. Como tal derecho de libertad es un derecho de defensa que lo que exige a los poderes públicos es la no intervención, salvo cuando ésta sea necesaria para hacer efectivo el ejercicio del derecho, o para reparar la desigualdad”²⁵⁹. Con rotundidad, el Tribunal constitucional español se ha manifestado en la STC 47/1985, de 27 de marzo, en relación con esta cuestión: “convirtiendo lo que es y no puede dejar de ser un derecho libertad en un derecho de prestación”, (fund. jur. nº 5). El Tribunal Constitucional español (STC 166/1996) distingue entre cooperación obligada y cooperación posible con las confesiones religiosas. El primer tipo, la cooperación obligada o prestacional, es la que los creyentes pueden exigir, a modo de intervención, a los poderes públicos como imprescindible y absolutamente necesaria para hacer real y efectiva la libertad religiosa de todos, no solamente de determinadas confesiones (artículo 9.2 CE) mientras que el segundo tipo, la cooperación posible, es la que contribuye a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa. Pero siempre ambos tipos de cooperación (obligada y posible) tienen como límites la igualdad y la laicidad²⁶⁰.

Cualquier posible contenido de la cooperación tiene como función hacer posible el ejercicio de la libertad religiosa y debe partir

²⁵⁷ Textualmente el fundamento jurídico nº 7 de esta Sentencia dice: “b) el que hunde sus raíces en el art. 9.2 del texto constitucional, conforme al cual se impone a los poderes públicos una directriz de actuación favorecedora de la libertad del individuo y de los grupos en que se integra, y creadora de las adecuadas condiciones para que tales libertades sean reales y efectivas, y no meros enunciados carentes de real contenido”.

²⁵⁸ STC 46/2001, de 15 de febrero, fund. jur. nº 4.

²⁵⁹ CASTRO JOVER, A.: “Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 3, 2003, p. 14.

²⁶⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. I.*, op. cit., 2011, p. 354 y ss.

de la consideración del principio personalista; es decir, el protagonismo les corresponde a los derechos de igualdad y libertad religiosa de los ciudadanos y con carácter simplemente instrumental y, a su servicio, a los derechos de las confesiones religiosas²⁶¹.

Por último, se debe plantear si la cooperación con las confesiones religiosas solamente es posible si queda garantiza la libertad de conciencia de todos, porque de otra manera los poderes públicos estarían vulnerando la libertad de conciencia de algún ciudadano y, consecuentemente, el principio de laicidad. Por otra parte, se ha planteado un plus a este principio de cooperación con las confesiones religiosas que implicaría el respeto a los derechos humanos por parte del sujeto que se beneficia de la cooperación estatal²⁶². La pregunta sería si se puede fomentar o ayudar, incluso económicamente, a grupos que no respetan los derechos humanos o que discriminan²⁶³.

²⁶¹ El T.C. ha expresado que "en tanto que representan una manifestación de las relaciones de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia católica que ha de hacerse compatible en todo caso con el libre ejercicio y la interpretación más favorable de los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos por la Constitución", en la STC 265/1988, de 22 de diciembre, fundamento jurídico nº 5. El principio de cooperación está subordinado a la libertad religiosa y a los demás derechos fundamentales y no al revés. Y, en la STC 166/1996, de 28 de octubre, fundamento jurídico nº 4 se ha afirmado que: "*Pero de estas obligaciones del Estado y de otras tendentes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias*".

²⁶² Se ha señalado que "el Estado democrático no debería cooperar; excepto en tareas asistenciales siempre que se respeten los derechos humanos de cada persona y el ordenamiento jurídico del Estado" (MARTÍNEZ SAMPERE, E.: "Reflexiones constitucionales sobre la igualdad religiosa" en *La libertad religiosa en el Derecho social*, 2009, Tirant lo Blanch, p. 172).

²⁶³ Estaría sería la solución si tomamos en consideración las sentencias del TS, de 28 de mayo de 2008 y 4 de julio de 2008, sobre los alardes del País Vasco, donde se prohíbe el fomento de las actividades contrarias al principio de igualdad.

6. El modelo español: Modelo laico.

En resumen, el modelo español responde a las siguientes características:

- ✓ Se trata de un modelo que se instaura en España tras un enfriamiento de la tensión clericalismo-anticlericalismo; lo que implica un intento de superación de la confesionalidad franquista y el laicismo de la Segunda República. El pluralismo se convertirá en valor sustantivo del ordenamiento jurídico, digno de especial protección al servicio del desarrollo integral de la persona (artículo 1.1 en relación con los artículos 10.1. y 16.1. CE).
- ✓ Las relaciones entre las confesiones religiosas y el Estado aparecen personalizadas como consecuencia de lo establecido en el artículo 10.1. CE. El contenido de este artículo se está refiriendo a la persona individual como centro de imputación de los derechos fundamentales.
- ✓ Existe una valoración positiva del derecho fundamental de los ciudadanos a elegir entre varias creencias y a optar por una u otra profesión ideológica (organizada o no). Por aplicación del artículo 14 CE no puede valorarse de forma diferente la profesión de una creencia que la de una ideología; ambas deben valorarse como positivas en cuanto conforman el desarrollo de la personalidad.
- ✓ La relación entre los principios de igualdad y libertad no es jerárquica, por lo tanto, en ningún caso se supedita un principio a otro. Que no exista jerarquía entre ambos principios implicará que se entiendan como igualdad en la titularidad y en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.
- ✓ El principio de laicidad es un precipitado de la igualdad. El Estado se mantiene indiferente ante lo religioso no valorándolo, ni siquiera desde la perspectiva de sus intereses, para evitar cualquier asomo de discriminación en una sociedad democrática. El término neutralidad se toma, por tanto, como indicativo de imparcialidad frente a la pluralidad de manifestaciones ideológicas y religiosas; no implica indiferencia ni neutralidad frente al derecho de libertad religiosa en cuanto tal sino frente a las ideologías (religiosas o no); lo que implica es la paridad de trato de unas ideologías y otras, de creyentes y no creyentes y de todas las confesiones entre sí. Tras este modelo de neutralidad y como fundamento del mismo está una concepción pluralista y democrática de la sociedad; concepción de la que son constitutivos tanto el principio de libertad religiosa como

- el de igualdad y no discriminación por razones religiosas, aplicadas tanto a los grupos como a los individuos. Es imposible la colisión entre el principio de igualdad en la libertad y el principio de laicidad.
- ✓ La cooperación a la que se refiere el artículo 16.3. CE no es un principio básico del sistema sino, únicamente, una consecuencia o derivación del mismo. La cooperación (obligada constitucionalmente –art. 3.2 LOLR—) es aquella que encuentra su fundamento en el contenido del artículo 9.2 CE; es decir, la que se establece para hacer real y efectivo los derechos de libertad e igualdad religiosas y directamente relacionada con el principio de participación. Esto no significa que cualquier otro tipo de cooperación esté prohibida (cooperación posible); no lo estará siempre que no exista colisión con otros derechos fundamentales y, especialmente, con los principios de igualdad y de laicidad. La cooperación no puede entenderse como una actuación conjunta del Estado y de las confesiones religiosas en actividades de carácter religioso, tampoco como puesta a disposición de las confesiones de medios públicos destinados a esas actividades.
 - ✓ El modelo que tipifica el Texto constitucional es el de un Estado laico (neutralidad religiosa). Quedan rechazados, claramente, tanto los modelos tendentes a la exclusividad y al laicismo como los modelos confesionales o pluriconfesionales.

Lección 5. LAS FUENTES DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO ESPAÑOL

1. Fuentes específicas del Derecho Eclesiástico del Estado español. A) Los Derechos confesionales. B) Los acuerdos de cooperación con las confesiones religiosas. 2. Los principios reguladores. 3. Problemas específicos del Derecho Eclesiástico del Estado: A) La Constitución y los Acuerdos con la Iglesia católica. B) Los Acuerdos Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España y los Acuerdos con la Iglesia católica. C) Las Leyes orgánicas y Acuerdos con la Iglesia católica. D) El Derecho Comunitario y Acuerdos con la Iglesia católica. E) Las leyes autonómicas y los Acuerdos con las confesiones religiosas. F) Los Acuerdos con las confesiones religiosas entre sí. G) La tradición religiosa como norma jurídica.

1. Fuentes específicas del Derecho Eclesiástico del Estado español.

A) Los Derechos confesionales.

Es un hecho de que existen normas, situaciones jurídicas, actos y negocios jurídicos, cuya procedencia se encuentra en los Derechos confesionales; este es el caso, del Derecho canónico. El reconocimiento de la eficacia por parte del ordenamiento estatal de esas normas y actos jurídicos nacidos en los ordenamientos confesionales encuentra su fundamento en la libertad de conciencia de los ciudadanos creyentes de esas confesiones. Por lo tanto, esa libertad constituye también el límite a la eficacia del Derecho confesional. En primer lugar, hay que afirmar que los Derechos confesionales sólo pueden ser fuente indirecta del Derecho Eclesiástico del Estado y, en segundo lugar, ha de reconocerse que su grado de eficacia jurídica en el Derecho estatal no es, ni puede ser, siempre el mismo (LLAMAZARES). El grado de eficacia de un Derecho confesional en el Derecho estatal viene fundamentado y condicionado por los principios de libertad religiosa, igualdad y laicidad del Estado como límites y es una manifestación del principio de cooperación con las confesiones religiosas. Las normas confesionales no pueden ser normas ni obligatorias ni prohibitivas en el ámbito estatal, sino sólo facultativas. De lo contrario se desnaturalizaría el propio Derecho confesional, además de poner en riesgo la libertad religiosa de los ciudadanos. En este sentido, el

ejercicio de la libertad de conciencia no tiene las mismas exigencias en todos los ciudadanos creyentes, sino que dependerá de los distintos grupos confesionales. Por ello, la eficacia pretendida por los diferentes Derechos confesionales no será la misma.

Como decíamos, anteriormente, el ejemplo más relevante de Derecho confesional es el **Derecho canónico**²⁶⁴. Es un Derecho vigente y aplicable en amplios sectores de la normativa jurídica estatal; piénsese, por ejemplo, en la regulación del matrimonio canónico²⁶⁵ o en lo relativo a la personalidad jurídica de los entes eclesiásticos o la capacidad de obrar de las personas canónicamente públicas²⁶⁶ (Derecho estatutario²⁶⁷).

²⁶⁴ En este sentido, la Sentencia del TS núm. 578/2008, de 19 de junio de 2008 señala: "El Código de Derecho Canónico no es fuente del Derecho español y, por tanto, «no vincula a los jueces y magistrados en el ejercicio de la función judicial». Tampoco tiene rango de tratado internacional, ya que no es un instrumento consensuado entre sujetos de derecho internacional público".

²⁶⁵ De todas maneras, conviene recordar las palabras de nuestros tribunales sobre la importancia del Derecho matrimonial canónico, así se ha dicho que: "el Derecho matrimonial canónico constituye una parte del conjunto de materias que componen la formación jurídica del Licenciado en Derecho; en cuanto al matrimonio canónico, es una institución vigente y aplicada en la sociedad española, por lo cual su conocimiento es necesario quien pretende su graduación académica en aquella rama de la ciencia, desde el punto de vista teórico, por su raigambre histórico-jurídica y su influencia en la evolución histórica de las instituciones, y desde el práctico del eventual ejercicio profesional, dado que se refiere a cuestiones de ordinario planteamiento y estudio en el ejercicio de diversas profesiones jurídicas" (Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 1984). Sobre la regulación del matrimonio canónico, nos remitimos a la obra: LOPEZ ALARCON, M.; NAVARRO VALLS, R.: *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordatario*, Tecnos, 7ª edición, 2010 y LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *El sistema matrimonial español: matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1995. Remisión a la Lección 9.

²⁶⁶ Vid. cánones 115 y ss..

²⁶⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "El Derecho canónico como Derecho estatutario en el ordenamiento jurídico español", en *Escritos en honor de Javier Hervada, Ius Canonikum*, volumen especial, 1999, p. 1009-1020 y "Derecho Canónico como Derecho estatutario en la jurisprudencia española durante el siglo XXI", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 62, 2023.

B) Los acuerdos de cooperación con las confesiones religiosas.

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

- El Acuerdo de 28 de julio de 1976 sobre la Renuncia a los Privilegios de Presentación y del Fuero,
- El Acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre Asuntos Jurídicos,
- El Acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre Enseñanza y Asuntos Culturales,
- El Acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre Asuntos Económicos,
- El Acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre la Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos y,
- El Acuerdo de 21 de diciembre de 1994, sobre asuntos de interés común en Tierra Santa.

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

Por su parte, el artículo 7 de la LOLR regula los acuerdos del Estado con las confesiones (con todas las confesiones, no se excluye a la Iglesia católica de la realización de estos acuerdos). Los acuerdos no son sino una forma de cooperación, pero no la única. Los poderes públicos pueden establecer esa cooperación, a la que están obligados constitucionalmente, de manera unilateral sin recurrir a la figura del Acuerdo que, en ocasiones, suscita dudas en la medida que puede introducir diferencias de trato entre las confesiones no siempre justificadas jurídicamente. El recurso a las normas generales que definen criterios objetivos para acceder a un determinado régimen

legal plantea menos problemas desde el principio de igualdad (normas neutrales). Los acuerdos permiten a los poderes públicos conocer las exigencias más singulares de las confesiones religiosas, a los que la norma general no puede alcanzar por lo que su objetivo último debe ser promover las condiciones y remover los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo del derecho de libertad religiosa (art. 9.2. CE), sin generar discriminación ni crear nuevos privilegios²⁶⁸. Los Acuerdos están al servicio del pleno ejercicio del derecho de libertad religiosa individual y colectiva. Este es su objeto y también su límite si se quiere sortear los riesgos que puede entrañar para el principio de igualdad y laicidad del Estado. Para que las confesiones religiosas puedan acceder al Acuerdo es preciso que cumplan **dos condiciones: estar inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de la Presidencia²⁶⁹ y que hayan alcanzado notorio arraigo.**

El artículo 3 del Real Decreto 593/2015 define los requisitos que deben reunir las confesiones religiosas para obtener la calificación de notorio arraigo:

“a) Llevar inscritas en el Registro de Entidades Religiosas treinta años, salvo que la entidad acredite un reconocimiento en el extranjero de, al menos, sesenta años de antigüedad y lleve inscrita en el citado Registro durante un periodo de quince años.

b) Acreditar su presencia en, al menos, diez comunidades autónomas y/o ciudades de Ceuta y Melilla.

c) Tener 100 inscripciones o anotaciones en el Registro de Entidades Religiosas, entre entes inscribibles y lugares de culto, o un número inferior cuando se trate de entidades o lugares de culto de especial relevancia por su actividad y número de miembros.

d) Contar con una estructura y representación adecuada y suficiente para su organización a los efectos de la declaración de notorio arraigo.

e) Acreditar su presencia y participación activa en la sociedad española”.

²⁶⁸ Remisión a la Lección 8.

²⁶⁹ Remisión a la Lección 10.

Sin embargo, la concurrencia de ambos requisitos, en particular el del notorio arraigo, no implica que el Estado acepte la firma de los Acuerdos que es potestativa para el mismo (*"establecerá, en su caso"*) aunque la STC 207/2013 parece establecer el carácter obligatorio. De hecho, existen confesiones religiosas a las que se ha reconocido notorio arraigo por parte de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (CALR) pero que carecen de acuerdo. Son la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (mormones); la Iglesia de Testigos Cristianos de Jehová; la Federación de Entidades Budistas de España y las Iglesias Ortodoxas.

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

También se han llevado a cabo acuerdos entre las Comunidades Autónomas y diferentes confesiones religiosas²⁷⁰. El problema de estos acuerdos surge en torno a la naturaleza jurídica de los mismos pues tienen un difícil encuadre jurídico. Se puede apuntar, con carácter general, que estos acuerdos o convenios, en concreto, con la Iglesia Católica en distintas materias son acuerdos de ejecución de carácter administrativo funcionando los Acuerdos con la Iglesia Católica de 1979 como límite a las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en las materias que forman parte de su contenido. En todo caso, corresponderían estos acuerdos o convenios a la categoría de contratos administrativos atípicos y, en particular, a lo que ha venido a llamarse "Administración concertada".

²⁷⁰ En algunas comunidades autónomas, se han firmado acuerdos con la Lliga per la Laïcitat por ejemplo, el Conveni de col·laboració entre l'Administració de la Generalitat de Catalunya, mitjançant el Departament de la Vicepresidència, i la Fundació Francesc Ferrer i Guàrdia, en representació de la Lliga per la laïcitat (2007).

La naturaleza jurídica de estos acuerdos de cooperación responde a la denominación de “*convenios de colaboración*”. Estos Acuerdos se pueden encuadrar en el art. 6.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. En esta norma se excluye del ámbito de aplicación de la mencionada Ley “los convenios de colaboración” celebrados entre las Administraciones Públicas y las personas privadas. Como ha señalado el Tribunal Supremo no existe una definición legal de los “convenios de colaboración” ni tampoco existe un concepto doctrinal exacto y unánime sobre la naturaleza jurídica de los mismos. Estos convenios de colaboración reúnen las siguientes características que debemos tener presente para dar respuesta a la naturaleza jurídica de los acuerdos que venimos analizados:

- No son contratos administrativos, pues están excluidos de la Ley de Contratos del Sector Público. Y, como se ha puesto de manifiesto: “la actividad desarrollada no es ni desde el punto de vista de su titularidad ni de su contenido un servicio o una competencia administrativa”²⁷¹, pero sí deben responder a un interés público o a un fin de utilidad pública²⁷².
- Los convenios de colaboración buscan precisamente la colaboración de los administrados afectados, encuadrándose en lo que se ha venido a denominar “Administración concertada”²⁷³.

²⁷¹ BASSOL COMA, M.: “Consideraciones sobre los convenios de colaboración entre la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, *Revista de Administración Pública*, nº 82, 1977, p. 92-93; ÁVILA ORIVÁ, J. L.: *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, 2002, p. 201-203.

²⁷² En nuestro ordenamiento jurídico diferentes son las leyes que hacen una enumeración de estos fines de interés público, por ejemplo, artículo 3 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre (modificado por Ley 14/2011); artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre y, artículo 32. 1.a) de la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

²⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Artículo 3”, en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, 2004, 2ª ed., p. 107.

- La Administración busca la colaboración de los administrados para la consecución de un fin público²⁷⁴. El fin público es la libertad religiosa no los fines religiosos, pues los fines religiosos son fines privados que corresponde llevarlos a cabo a las confesiones religiosas y no a los poderes públicos por impedirlo el principio de laicidad.

El artículo 6.2 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, establece que: "Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales". En conclusión, los convenios de colaboración tendrán como régimen de aplicación sus propias normas específicas y especiales ajenas a la legislación de contratos administrativos, si bien deben responder a una finalidad de carácter público o la satisfacción de un interés público (ÁVILA ORIVÁ) que es hacer real y efectiva la igualdad y la libertad de conciencia de todas las personas, pero nunca los fines religiosos.

Cuando se celebra un convenio de colaboración entre una Administración Pública y personas físicas o jurídico-privadas lo que se pretende, en realidad, con su utilización es *eludir* la normativa general de contratación pública o la normativa general sobre otorgamiento de ayudas públicas o subvenciones. Es decir, lo que se pretende evitar son los principios de concurrencia pública, de objetividad, de igualdad y de no discriminación que confiere la normativa general y, este caso concreto, el *principio de laicidad*.

B) Problemas específicos del Derecho Eclesiástico del Estado:

a) La Constitución y los Acuerdos con la Iglesia católica.

Los Acuerdos con la Iglesia católica de 3 de enero de 1979 son formalmente postconstitucionales, pero materialmente, preconstitucionales (para evitar la aplicación de la Disposición derogatoria apartado tercero de la Constitución). En este punto, el artículo 27.2. de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional dispone que todos los tratados internacionales (los Acuerdos con la Iglesia

²⁷⁴ ÁVILA ORIVÁ, J. L.: op. cit., p. 200.

católica de 1979 son tratados internacionales) sin distinción son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad quedando equiparados a la ley en cuanto al control de constitucionalidad.

La STC 38/2007 claramente ha respondido a esta cuestión:

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

Y, la STC 207/2013, de 5 de diciembre, expresamente recoge:

“Este acuerdo tiene rango de tratado internacional (STC 66/1982, de 12 de noviembre, FJ 5), siendo **“una norma con rango de Ley”** (STC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 7; y ATC 48/1989, de 2 de octubre, FJ 2) que, en virtud de lo dispuesto en el art. 96 CE, “forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno” (STC 187/1991, de 3 de octubre, FJ 1; y ATC 48/1989, de 2 de octubre, FJ 2)”.

b) Los Acuerdos Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España²⁷⁵ y los Acuerdos con la Iglesia católica.

Se ha considerado que los Acuerdos con la Iglesia católica de 1979 se incluirían en el artículo 10. 2 CE²⁷⁶ y, consecuentemente, su alcance vendría a interpretar el artículo 16 CE y no al revés que es lo más coherente jurídicamente. Los Acuerdos con la Iglesia católica no pueden, jurídicamente, considerarse que sean Tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

²⁷⁵ La STC 36/1991, de 14 de febrero dice: "Tampoco puede entenderse autónomamente infringido por el precepto cuestionado el art. 10.2 C.E., pues esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 C.E., que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso".

²⁷⁶ "A este respecto, y por lo que afecta al Derecho eclesiástico, no está de más puntualizar que, entre esos tratados internacionales a que alude el artículo 10, pueden considerarse incluidos los Acuerdos con la Santa Sede, lo que induce a interpretar en conformidad con ellos la regulación constitucional del derecho de libertad religiosa --cuando lo que se contempla es su dimensión colectiva--, en orden a precisar el sistema constitucional de relaciones institucionales con la Iglesia católica o a determinar los efectos jurídicos de la actuación de su miembros", vid. MARTÍNEZ TORRON, J.: "Jerarquía y antinomias de las fuentes del nuevo Derecho Eclesiástico español", *ADEE*, vol. III, 1987, p. 134.

c) Las Leyes orgánicas y Acuerdos con la Iglesia católica.

Algunos autores han manifestado que los Acuerdos con la Iglesia católica, como tratados internacionales²⁷⁷, no pueden ser modificados o derogados por las Leyes orgánicas, por ejemplo, la LOLR²⁷⁸. Se podría discutir, por una parte, si todo el contenido de la LOLR es orgánico o no; cuestión resuelta por la STC 46/2001, de 15 de febrero, que consideró todo su contenido orgánico. No obstante, desde nuestro punto de vista, no existen dudas de que en caso de colisión entre las leyes orgánicas y los Acuerdos con la Iglesia católica prevalecen las leyes orgánicas, en cuanto que éstas no sólo constituyen el bloque de constitucionalidad sino que el principio de competencia (artículo 81.1 CE) determina que los derechos y libertades fundamentales son regulados en exclusiva por las leyes orgánicas, teniendo que interpretarse y aplicarse dichos Acuerdos de conformidad con dichas leyes. En fin, el principio de especialidad cede ante el principio de competencia (LLAMAZARES²⁷⁹). En todo caso, es preciso recordar en relación con el rango normativo de los tratados internacionales válidamente celebrados que deben ser tenidos como normas con rango de Ley (STC 47/1990). El artículo 96 CE reconoce que las disposiciones contenidas en los Tratados "sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho

²⁷⁷ El Auto TC 190/2009, de 23 de junio de 2009, recoge: "Al margen de la parquedad argumentativa del Juzgado, suficiente para tener por infundado su cuestionamiento, es claro, por una parte, y en línea con las alegaciones del Fiscal General del Estado, que la naturaleza estatal de la Santa Sede no se aviene con el concepto de "organización o institución internacional" a que se refiere el art. 93 CE y, por otra, que con el Acuerdo concluido con la Santa Sede en 1979 no se ha cedido el ejercicio de la competencia derivada de la Constitución en punto a la programación general de la enseñanza. En particular, las facultades atribuidas a la Iglesia católica en el citado Acuerdo no suponen una cesión competencial típica del art. 93 CE, toda vez que el extrañamiento implícito en los tratados contemplados en ese precepto no se cumple con aquel Acuerdo, dada la perfecta y completa sumisión de sus actos de aplicación a la jurisdicción del Estado, según se desprende de la doctrina establecida en la STC 38/2008, de 15 de febrero".

²⁷⁸ LOMBARDÍA, P.; FORNES, J.: "Fuentes del Derecho Eclesiástico español", en *Derecho Eclesiástico español*, EUNSA, Pamplona, 1996, p. 109-110.

²⁷⁹ LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *Derecho de la Libertad de conciencia*, Tomo I, 2011, op. cit., p. 394.

internacional". Esta redacción no se puede interpretar que el Tratado sea superior a la Ley, como contemplaba el Anteproyecto de Constitución: "los Tratados internacionales válidamente celebrados tendrán, una vez publicados, jerarquía superior a las leyes". La aceptación de una enmienda expresamente rechazó este texto. A pesar de esta evidencia, se ha aprobado la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que en su artículo 31 dice: "Prevalencia de los tratados. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional". Hubiera sido más conveniente jurídicamente seguir el criterio seguido por parte de la doctrina jurídica (no solamente las tesis internacionalistas) vinculada especialmente en relación al principio de competencia que no determina en todos los casos la primacía de los tratados internacionales, por ejemplo, en relación a los leyes orgánicas que desarrollan los derechos fundamentales, independientemente de la responsabilidad internacional por la no aplicación del tratado internacional (MUÑOZ MACHADO). En todo caso, el contenido esencial de los derechos fundamentales se regula por Ley orgánica (arts. 53 CE y 81 CE) de tal forma que si algún tratado internacional entra en contradicción con el contenido de la Ley orgánica deviene el tratado internacional en inconstitucional.

Un ejemplo: el conflicto entre el artículo 1.6) del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Iglesia católica (Acuerdos de Derecho internacional) y la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de los Datos y garantía de los derechos digitales. Conviene tener presente que esta Ley orgánica es el desarrollo del contenido esencial de un derecho fundamental y como ha señalado el TC sin dicho desarrollo normativo no se concretaría el mencionado contenido esencial. Por todo lo dicho, conforme al principio de competencia se aplicará la Ley orgánica.

d) El Derecho Comunitario y Acuerdos con la Iglesia católica.

En relación con este conflicto hay que tener en cuenta el principio de primacía del Derecho comunitario y el artículo 351 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El principio de

primacía del Derecho Comunitario implica que el Derecho Comunitario prevalece sobre las normas internas de los Estados miembros. El Derecho Comunitario es inmediata y directamente aplicable en el ordenamiento jurídico interno de los Estado miembros²⁸⁰. En este sentido, la primacía es una condición existencial del Derecho Comunitario. Con otras palabras, la propia naturaleza del Derecho Comunitario implica que éste afirme su superioridad sobre el Derecho de los Estados miembros. El ordenamiento jurídico comunitario prevalece en su integridad sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. Esto significa, en principio, que la primacía beneficia a todas las normas comunitarias, sean Derecho originario o derivado y ya sean estas últimas directamente aplicables o no. Dicha primacía se ejerce frente a todas las normas nacionales, incluida la Constitución y, por consiguiente, la Constitución de un Estado miembro no puede ser un obstáculo para la aplicación del Derecho Comunitario.

Ejemplos de estos conflictos normativos se dan entre el artículo 1.6 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Iglesia Católica de 1979 y el Reglamento comunitario 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; en especial, el artículo 91 del mismo²⁸¹, y entre el artículo III del Acuerdo sobre Asuntos Económicos y la Directiva comunitaria del IVA (Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido). La preeminencia en la aplicación del Derecho Comunitario es absoluta en estos casos.

²⁸⁰ En la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso *Costa*, de 15 de julio de 1964, el Tribunal reconoció solemnemente el principio de primacía, con las siguientes palabras: "*al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se pongan en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad*".

²⁸¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "Autonomía de las confesiones y Derecho comunitario: La protección de los datos personales en este contexto", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*; enero 2019, p. 1-62.

e) Las leyes autonómicas y los Acuerdos con las confesiones religiosas

La STC 207/2013, de 5 de diciembre y la STC 13/ 2018; de 8 de diciembre, resuelven este conflicto normativo. Se aplican los acuerdos de cooperación por violación de la competencia exclusiva del Estado prevista en el art. 149.1.1 CE, en relación con el art. 16.3 CE, y con el art. 7 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa; en conexión con los artículos 53 y 81 de la Constitución.

f) Los Acuerdos con las confesiones religiosas entre sí.

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

En cuanto a los primeros (Acuerdos con la Iglesia católica) se les ha reconocido el carácter de tratados internacionales²⁸². En cambio, en relación con los acuerdos con las demás confesiones, tal y como prevé el artículo 7.1 LOLR, se aprobarán por ley de las Cortes generales. Aun estando de acuerdo con la consideración de tratados internacionales atribuida a los Acuerdos con la Iglesia católica son, en todo caso, tratados internacionales *sui generis*²⁸³.

²⁸² Este es el criterio del Tribunal Constitucional, como se recogen, entre otras, estas Sentencias: Uno, STC 66/1982, de 12 de noviembre, fundamento jurídico nº 5: "no podemos menos que constatar que este Acuerdo del Estado español y la Santa Sede tiene rango de Tratado internacional y, por tanto, como aprecia el Fiscal, se inserta en la clasificación del artículo 94 CE, sin que respecto a él se hayan, institucionalmente, denunciado, estipulaciones contrarias a la propia Constitución, ni procedido conforme al artículo 95 de la misma, y, una vez aplicado oficialmente el Tratado, forma parte del ordenamiento interno". Y, dos, STC 187/1991, de 3 de octubre: "dicho Acuerdo (está haciendo alusión al Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales) es un Tratado Internacional, cuyo texto ha sido aprobado por las Cortes Generales y publicado oficialmente (B.O.E. de 15 de diciembre de 1979), lo que significa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno" y prosigue diciendo que las normas en él contenidas constituyen "la regulación, en un Tratado Internacional, de las condiciones para asegurar la igualdad en el ejercicio del derecho fundamental a la educación religiosa en el ámbito escolar".

²⁸³ Las razones, pueden resumirse en las siguientes:

- No se contiene el principio de reciprocidad.

En relación con los acuerdos con las confesiones, contemplados en el artículo 7.1. LOLR, son un acuerdo entre una confesión y el Gobierno y no pasan de ser un “mero presupuesto y un momento procesal de la formación de la voluntad del Parlamento” (LLAMAZARES²⁸⁴); cuya soberanía no puede ser limitada respecto de los proyectos de ley que le envía el Gobierno.

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

- *Entre la Iglesia católica y las confesiones con acuerdos de cooperación.* El planteamiento doctrinal ha intentado solucionar este problema señalando que no se vulnera la igualdad si se utilizan los Acuerdos con la Iglesia católica como *paradigma extensivo* para los demás Acuerdos (VILADRICH). Sin embargo, consideramos más apropiada la solución inversa; es decir, que los Acuerdos con las confesiones minoritarias de 1992 deben funcionar como paradigma para los Acuerdos con la Iglesia católica (SERRANO POSTIGO).
- *Entre creyentes y no creyentes,* ya que la existencia misma de acuerdos y el hecho de que no se haya remitido la regulación de algunas materias contenidas en dichos Acuerdos al Derecho común pueden provocar un Derecho especial favorable de una religión y una valoración positiva de lo religioso, pudiendo constituir auténticos privilegios que vulneran el principio de igualdad. Así lo ha confirmado el TEDH en el caso *Savez Crkava “Riječ Života”* y otros contra Croacia, de 9 de diciembre de 2010. Esta sentencia establece que la diferencia de trato entre confesiones religiosas, en función de haber firmado acuerdos de cooperación o no con el Estado, vulnera el principio de igualdad.
- *Entre grupos religiosos y grupos ideológicos.* Lo más razonable para que no se produzca la vulneración del principio de igualdad

-
- No se admite la posibilidad de acudir a una autoridad arbitral superior.
 - No son enumerados como tratados internacionales en el Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los tratados, debido a la peculiar personalidad jurídica internacional de una de las partes, la Santa Sede.

²⁸⁴ LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, Tomo I, op. cit., 2011, p. 383.

entre estos grupos es la existencia de un Derecho común aplicable para todos esos grupos. A partir de esta premisa, se podría estudiar las peculiaridades de cada uno de los grupos, según las exigencias de los grupos integrantes de los mismos y sin perjuicio de respetar la identidad de cada grupo siempre que no entre en contradicción con el principio personalista. Y

g) La tradición religiosa como norma jurídica

Numerosas sentencias se han fundamentado jurídicamente en la tradición religiosa para perpetuar el principio de confesionalidad y que esta tradición religiosa se considera que no vulnera el principio de laicidad²⁸⁵, lo que implica un desconocimiento del contenido de este principio constitucional. También alguna norma jurídica como por ejemplo la Disposición adicional cuarta del R. D. 684/2010.

El término "tradición" según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es: "la transmisión de costumbres. Costumbre conservada por el pueblo por transmisión de padres a hijos". Y el término "costumbre" viene definido por: "Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por la tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto". A su vez, el término tradición es antónimo de innovación. La tradición religiosa sería en todo caso, jurídicamente, una costumbre. Podría ser una costumbre "*secundum legem*"; es decir, la costumbre que opera como fuente en virtud de una expresa remisión a la misma hecha por la norma escrita. En este supuesto, la costumbre sube de rango normativo y ocupa el que le asigna la norma remitente. La costumbre no tiene fuerza jurídica autónoma ni propia. Sin embargo, en el caso de la tradición religiosa (basada en el principio de confesionalidad) estamos ante una costumbre "*contra legem*" (contraria a la Constitución) que si se admite supondría la derogación, en este punto, de la norma constitucional. En definitiva, la tradición religiosa (uso o costumbre al que remite una norma jurídica) no puede entrar en contradicción con la Constitución (ni con el principio de laicidad en la misma consagrado) y no se puede justificar su aplicación en el principio de cooperación con las confesiones religiosas si ello implica la vulneración de la neutralidad religiosa como principio dirigido a los poderes públicos y como deber que se exige a los empleados públicos. La tradición católica perpetúa el principio de

²⁸⁵ Remisión a la jurisprudencia sobre símbolos religiosos de la Lección 4.

confesionalidad²⁸⁶. Principio incompatible con la frase constitucional “ninguna confesión tendrá carácter estatal”. Frase que reconoce que los poderes públicos han dejado de profesar la religión católica.

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

²⁸⁶ Sobre el concepto de tradición católica y “religiosidad popular” y el estudio jurídico de su compatibilidad con los principios constitucionales, vid. MORENO REBATO, M.; RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *El turismo religioso como turismo cultural: Régimen jurídico*, Ministerio de la Presidencia, 2021, p. 134 y ss. Y RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: “Turismo religioso y laicidad. Estudio jurídico de la romería de Santa Marta de Ribarteme”, en *ADEE*, vol. XXXIX (2023), p. 617 y ss.

Lección 6. DERECHO DE EDUCACIÓN, LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y LAICIDAD.

1. Los principios del derecho de educación. 2. Libertad de enseñanza A) El derecho a crear centros educativos. B) Libertad de cátedra C) El derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos. a) El estatuto de la enseñanza de la religión católica b) La enseñanza de la religión evangélica y musulmana c) La asignatura alternativa a la enseñanza de la religión: Valores Sociales y Cívicos. d) El estatuto jurídico de los profesores de la enseñanza de la religión e) La Educación para la ciudadanía y los Derechos Humanos

1. Los principios del derecho de educación.

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

- **Personalista.** El artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica que el objeto de la educación es el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. En parecidos términos se pronuncia el artículo 27.2 CE como consecuencia del reconocimiento del principio personalista del artículo 10.1. CE. El derecho a la educación es un derecho fundamental de todos los ciudadanos (art. 27.1. CE). En todo caso, siempre hay que tener presente, que la educación es transmisión de conocimientos, pero también promoción de valores, de hábitos y de desarrollo de capacidades como el espíritu crítico (principios y fines de la educación, art. 1 y 2 de la LOE [modificados por la LO 3/2020, de 29 de diciembre, LOMLOE]). En consecuencia, la educación está al servicio de la libre formación de nuestra propia conciencia²⁸⁷.

²⁸⁷ Así la STC 133/2010 de 2 de diciembre, dice: "La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea

- **Servicio público.** La educación es calificada como servicio público (art. 108.4 LOE)²⁸⁸. Esta calificación obliga a la Administración a establecer mecanismos de compensación de las desigualdades que conlleva la habilitación de recursos como en el caso de los alumnos con necesidades educativas específicas (art. 71-81 LOE [modificado por la LO 3/2020]). Además, la calificación como servicio público implica los siguientes aspectos: la inspección y homologación (art. 27.8 CE); la gratuidad y obligatoriedad de la educación básica (artículo 27. 4 CE) y la calificación de la educación como un derecho prestacional (art. 27.5 CE).

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

²⁸⁸ La STS de 24 de junio de 2014 establece que "hay que concluir que las diferencias de régimen jurídico entre los centros públicos y los centros privados concertados son de orden menor -cuando no inexistentes en todo lo que afecta a la prestación del servicio público de la educación y, por consiguiente, a los deberes de sometimiento a programación, los criterios de admisión de alumnos y la prohibición de cobro por recibir las enseñanzas obligatorias. Frente a ello el mero dato de la titularidad pública o privada de cada centro no es suficiente, por sí solo, para afirmar que hay una diversidad de regímenes jurídicos, tal como mantiene la recurrente. Tanto si el titular es la Administración como si es una persona o entidad privada, se trata siempre de centros sometidos a una regulación legal unitaria y básicamente idéntica".

2. Libertad de enseñanza

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

A) El derecho a crear centros educativos.

Se reconoce este derecho expresamente en el artículo 27.6 CE. Los sujetos a que se reconoce este derecho son, por una parte, a la Administración pública competente en materia educativa que es la autoridad encargada de crear y suprimir centros educativos públicos. Los centros educativos privados no universitarios pueden ser creados por cualquier persona física o jurídica con las salvedades del art. 21 LOE. Y se someten a un régimen de autorización administrativa. Los artículos 23, 14.2., 27 LOE regulan los requisitos mínimos de dicha autorización. En relación con los centros universitarios privados se regulan en los artículos 95 y siguientes LOSU (Ley orgánica 2/2023). No obstante, la disposición adicional cuarta de la LOU establecía una excepción con relación a las universidades creadas por la Iglesia católica²⁸⁹ (en la actualidad, el régimen jurídico de estas universidades se recoge en la disposición adicional cuarta de la Ley orgánica 2/2023, del sistema universitario). En relación con el contenido de este derecho, implica:

- Derecho de fundación, dirección y gestión. El Tribunal Constitucional (STC 5/1981, de 13 de febrero) ha indicado que el derecho de creación o fundación de un centro educativo incluye, sin duda, el derecho de dirección. Consecuentemente,

²⁸⁹ STC 131/2013, de 5 de junio, declara la inconstitucionalidad y la nulidad, en los términos del fundamento jurídico 10, del inciso "a excepción de la necesidad de ley de reconocimiento" de la disposición adicional cuarta, apartado segundo, párrafo primero in fine de la LOU.

implica en última instancia la responsabilidad en la gestión del centro educativo a través del ejercicio de las facultades directivas en relación con la elaboración de los estatutos del centro, el nombramiento de los órganos de dirección del centro, el profesorado, el resto del personal y el establecimiento del ideario del centro.

- El *IDEARIO o carácter propio* (art. 115 LOE). El derecho a establecer un ideario es un derecho autónomo del derecho de dirección. El contenido del ideario del centro educativo no queda limitado a aspectos religiosos o morales de la actividad educativa, sino que puede extenderse a otros ámbitos del funcionamiento del centro educativo (STC 5/1981, de 13 de febrero). El ideario o carácter propio cumple dos funciones: primera: orienta toda actividad educativa del centro y segunda: facilita a los padres el ejercicio del derecho a elegir centro educativo en función del ideario²⁹⁰ y, de ahí surge, la necesidad de su publicidad y la imposibilidad de variarlo durante el curso escolar (art. 115. 2 y 3 LOE).

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

Respecto al ideario del centro habrá que determinar con claridad la compatibilidad del mismo con el libre desarrollo de la personalidad (STC 133/2010) pues si el ideario es un instrumento destinado al dogmatismo, al sectarismo o al proselitismo obligatorio pone en dificultad el objetivo de la educación que no es otro que facilitar el libre desarrollo de la personalidad. Por tal motivo, el ideario no puede funcionar como instrumento de transmisión de creencias o ideas, sino como mero instrumento para dar a conocer esas creencias o ideas²⁹¹. "La exposición de la moral a la que responde el

²⁹⁰ ATC 382/1996, de 18 de diciembre, reconoce el derecho de los padres a elegir centro docente.

²⁹¹ STEDH caso Lautsi contra Italia, de 3 de noviembre de 2009, se recoge: "El respeto de las convicciones de los padres debe ser posible en el marco de una

“carácter propio” debe ser científica, objetiva, neutral y crítica. También a ella le alcanza el principio de la laicidad y la neutralidad derivada de él²⁹². Así en la STC 31/2018, se dice: “resulta claro que el carácter propio o ideario no sería aceptable si tiene un contenido incompatible por sí mismo con los derechos fundamentales o si, sin vulnerarlos frontalmente, incumple la obligación, derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la educación prestada en el centro tenga 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 en su concreta plasmación constitucional, pues estos han de inspirar cualquier modelo educativo, público o privado”. Incluso la STC 74/2018 reitera lo dicho en la STC 5/1981, textualmente: “El ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la «limitación adicional» que imponen principios constitucionales, como los del título preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.)”. Es decir, una limitación al derecho a crear centro docente es la unidad de España.

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

- Centros públicos. Son centros creados por las Administraciones públicas educativas y su característica esencial es la neutralidad

educación que sea capaz de asegurar un ámbito escolar abierto y que favorezca la inclusión en lugar de la exclusión, independientemente del origen social de los alumnos, las creencias religiosas o el origen étnico. La escuela no debería ser el escenario de actividades misioneras o prédica; debería ser un lugar de encuentro de distintas religiones y convicciones filosóficas, donde los alumnos pueden adquirir conocimientos sobre sus respectivos pensamientos y tradiciones”. El ideario no puede funcionar como instrumento de transmisión de creencias o ideas, sino como mero instrumento para dar a conocer esas creencias o ideas (LLAMAZARES FERNÁNDEZ). Si no se cumple este principio estaríamos ante un supuesto de adoctrinamiento religioso y, en consecuencia, la financiación pública se dirige a financiar a un fin religioso. Recordamos que son las confesiones la que libremente deciden colaborar con el Estado para llevar a cabo un servicio público. El Estado no financia a los centros educativos religiosos con el objetivo de ayudarlos en la ejecución de sus fines religiosos pues si lo hace vulnera el *principio de laicidad*.

²⁹² LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, Dykinson, 2008, p. 134.

ideológica y religiosa (STC 5/1981)²⁹³. En consecuencia, los padres al elegir los centros educativos públicos tienen el derecho a educar a sus hijos según sus convicciones no religiosas; en consecuencia, los poderes públicos deben garantizar el derecho de los padres a elegir una educación pública y laica alejada de la presencia de lo religioso²⁹⁴. Consecuentemente, los centros públicos no tienen ideario ni reflejan una doctrina oficial. No obstante, el artículo 121 LOE (modificado por la LO 3/2020) reconoce la elaboración de un proyecto educativo propio.

- Centros privados. Los centros privados sin financiación pública tienen plena autonomía conforme al derecho a crear centros educativos (arts. 108.3; 114 y 115 LOE).
- Centros privados concertados (R.D. 2377/1985, de 18 de diciembre). Son los centros privados que reciben financiación pública²⁹⁵ y, consecuentemente, contribuyen junto con los centros

²⁹³ Sobre la relación directa entre neutralidad de los centros educativos públicos (en este caso, las universidades públicas) y libertad ideológica, vid. la STS 4334/2022, de 21 de noviembre, donde se recoge: “Pues bien, una extralimitación de tal naturaleza, aparte de no tener cobertura en el contenido de la autonomía universitaria y de infringir el principio de neutralidad, percute en los derechos y libertades fundamentales de terceros al identificar a toda a la comunidad universitaria con un postulado político o ideológico. El efecto es que se vulnera la libertad ideológica de los integrantes de esa comunidad universitaria y no sólo de los miembros del Claustro Universitario, lo que afectaría, por ejemplo, a la libertad de cátedra, a la educación universitaria que esperan recibir los estudiantes en coherencia con los fines de la Universidad y que es su derecho”.

²⁹⁴ STEDH caso Lautsi contra Italia, de 3 de noviembre de 2009.

²⁹⁵ Caso Ariei Hollis Waldman v. Canadá, Comunicación No. 694/1996, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; expresamente se dice: “el Comité observa que el Pacto no obliga a los Estados Partes a financiar escuelas establecidas sobre bases religiosas”. Sobre las subvenciones a centros educativos confesionales, vid. Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-372/21, Freikirche der Siebenten- Tags-Adventisten in Deutschland, de 2 de febrero de 2023, el TJUE dice: “la limitación de la concesión de subvenciones públicas únicamente a los colegios confesionales de Iglesias y asociaciones religiosas reconocidas en virtud del Derecho austriaco tiene por objeto garantizar que estos colegios se dirijan a una parte importante de la población que puede elegir esa oferta educativa, que es complementaria a la propuesta por los centros docentes públicos” y concluye la sentencia: “El artículo 17 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que no tiene por efecto sustraer del ámbito de

públicos a la prestación del servicio público de educación²⁹⁶. Estos centros están regulados en los artículos 116 LOE (modificado por

aplicación del Derecho de la Unión una situación en la que una Iglesia, una asociación o una comunidad religiosa que dispone del estatuto de persona jurídica de Derecho público en un Estado miembro y que, en otro Estado miembro, reconoce y apoya, como colegio confesional, un centro docente privado solicita para este la concesión de una subvención que está reservada a las Iglesias, asociaciones y comunidades religiosas reconocidas con arreglo al Derecho de ese otro Estado miembro” y “El artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 17 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que supedita la concesión de subvenciones públicas destinadas a los centros docentes privados reconocidos como colegios confesionales al requisito de que la Iglesia o la asociación religiosa que presenta la solicitud de subvención para tal centro esté reconocida conforme al Derecho del Estado miembro en cuestión, incluso cuando dicha Iglesia o asociación religiosa esté reconocida con arreglo al Derecho de su Estado miembro de origen”.

²⁹⁶ La Constitución española (art. 27.9) no reconoce a todo centro educativo privado el derecho a la financiación pública; solamente a aquellos centros que cumplan los requisitos legales (STC 86/1985; STS de 24 de septiembre de 2012). Según el TC: “Este derecho admite una configuración legal, por lo que en modo alguno puede decirse que el artículo 27.9 CE reconoce acabadamente el derecho a una prestación pública; sólo de acuerdo con la ley podrán los centros docentes privados exigir dicha financiación: no hay «un deber de ayudar a todos y cada uno de los Centros docentes, sólo por el hecho de serlo, pues la remisión a la Ley que se efectúa en el art. 27.9 CE puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales» (STC 77/1985, FJ 11). El legislador puede supeditar el libramiento de las ayudas públicas al respeto de limitaciones que condicionen el derecho del titular del centro a dirigirlo (STC 77/1985, FJ 20). Asumiendo, por ejemplo, «la insoslayable limitación de los recursos disponibles» (STC 77/1985, FJ 11), puede atender, «entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión» (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3)”. El sistema de financiación de estos centros educativos religiosos viene definido por el concierto educativo. Este modelo educativo es bastante cuestionable desde el punto de vista del principio de neutralidad religiosa. En primer lugar, porque, en España, este modelo de financiación pública de los centros privados se estableció, sin ningún género de duda, para favorecer a una confesión religiosa, la Iglesia católica. Por tal motivo, la norma no es neutral pues tiene como objetivo favorecer a la Iglesia católica en el ámbito educativo. Las normas jurídicas no deben solo ser neutras religiosamente en su formulación sino también deben ser neutras en su resultado práctico; es decir, se debe comprobar si a pesar de la aparente neutralidad de la norma (“todos los centros educativos, independientemente del ideario que tengan, pueden acceder a la financiación pública, si cumplen, eso sí,

la LO 3/2020) y 117 LOE. Para acceder a la financiación pública es necesario la firma de un concierto (contrato administrativo) entre el centro privado y la Administración educativa. El Estado es responsable de la educación por eso se condiciona la financiación a que se garantice el cumplimiento de los fines que la Constitución indica (libre desarrollo de la personalidad, art. 27.2 CE).

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

Los centros concertados siguen manteniendo su derecho a tener un ideario y carácter propio al igual que el resto de los centros privados y el artículo 52.3 LODE establece que si existe alguna práctica confesional deber ser totalmente voluntaria. Y, en todo caso, la enseñanza deberá ser impartida con pleno respeto a la libertad de conciencia (art. 52.2. LODE); lo que supone que los padres, madres o progenitores (o, en su caso, los alumnos o las alumnas) pueden elegir no recibir enseñanza de la religión en los centros privados concertados.

los requisitos legales”) el objetivo práctico de la norma es beneficiar económicamente a una confesión religiosa, la Iglesia católica, asegurándole una importante financiación pública para llevar a cabo el proselitismo religioso (fin religioso). Si se parte de los criterios utilizados por la jurisprudencia del TS de EE. UU. la incompatibilidad con el principio de neutralidad religiosa es absoluta. El TS de Estados Unidos ha establecido que las normas jurídicas deben ser neutrales en su aplicación práctica; es decir: “El Gobierno no puede preferir a una religión a otra o la religión a la no religión y, el hecho de ayudar a un grupo religioso, aunque sea singular o reducido, implica una vulneración constitucional, como sería el hecho de ayudar a un grupo más numeroso o a las religiones en su conjunto”, vid. *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet*, 1994; *Aguilar v. Felton* 473 US 402 (1985). Por ejemplo, en el caso *Locke v. Davey* 540 US 712 (2004) se declara la constitucionalidad de una ley del Estado de Washington que excluía los estudios de Teología del sistema público de becas ya que esa excepción no puede ser considerada como animosidad contra la religión, sino como expresión del interés histórico y substancial de los Estados en excluir las actividades de contenido religioso de la financiación pública directa.

Como consecuencia la configuración como servicio público, los centros privados sostenidos con fondos públicos tienen una serie de obligaciones, por ejemplo, aplicar el protocolo sobre identidad de género, vid. STSJ Valencia, de 20 de 2019.

Por su parte, el centro concertado a cambio de la financiación pública debe cumplir las siguientes condiciones: a) la gratuidad de la enseñanza (art. 88 LOE, modificado por la LO 3/2020); b) el establecimiento de cauces de participación de la comunidad educativa a través de la creación del Consejo Escolar y, por último, c) los criterios de admisión de alumnos son iguales a los centros públicos como dispone el art. 84 LOE, en especial su apartado nº 3 (modificado por la LO 3/2020) y, el artículo 25 LODE (modificado por la LO 3/2020).

La LOMCE hacía mención expresa a la financiación pública de los centros educativos cuyo ideario se fundamenta en la segregación sexista, eufemísticamente denominada "educación diferenciada". En concreto, el apartado 3 del artículo 84 de la LOMCE. Esta disposición normativa entraba en contradicción con las STS de 11 de junio de 2008; 22 de enero de 2013; 23 de julio de 2012; 23 de junio de 2014; 18 de julio de 2014; 17 de julio de 2014; entre otras, que consideran que se adecúa al ordenamiento jurídico que las Administraciones educativas no renovasen los conciertos educativos de centros docente basados en la segregación sexista²⁹⁷. Esta cuestión fue resuelta por

²⁹⁷ En este punto debemos tener presente los siguientes argumentos en contra de la financiación pública de estos centros educativos. Primero: La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de la UNESCO, de 14 de diciembre de 1960, permite la prohibición de la educación diferenciada. El artículo 2 de esta Convención empieza con las siguientes palabras: "En el caso de que el Estado las admita". Puede, por tanto, que un Estado prohíba dicha educación diferenciada y dicha prohibición no vulnera este tratado internacional. Lo que se discute, en España, es la prohibición de su financiación pública. En España pueden existir centros educativos privados que se basen en la educación diferenciada, pero tienen prohibida la financiación pública. Esta Convención de la UNESCO de 1960 fue ratificada por el Estado español en 1969, en plena dictadura franquista. No existía, en aquel momento, ninguna incompatibilidad entre un régimen que discriminaba a las mujeres y cuyo sistema educativo público se basaba en la educación diferenciada por razón de sexo y el Convenio de 1960 lo admitía como excepción. Este Convenio de 1960 parece estar imbuido en el espíritu del principio "*separate but equal*". Segundo: La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983). El art. 10 c) de este Convenio establece que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y, en particular, para asegurar la igualdad entre hombres y mujeres mediante el estímulo de la educación mixta. Así lo ha interpretado el Comité para la

las Sentencias del Tribunal Constitucional 31/2018 y 74/2018. En el fundamento jurídico nº 4 de la STC 31/2018 se llega a decir: "la educación diferenciada por sexos no es discriminatoria, como tampoco lo es la educación separada por motivos lingüísticos o religiosos o en centros privados, siempre que se cumplan las condiciones previstas en ese texto internacional". Sigue diciendo esta STC 31/2018: "el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria. Por ello, puede formar parte del derecho del centro privado a establecer su carácter propio, en los términos que hemos expuesto precedentemente" y, en consecuencia, "Si alguna diferencia de trato indebida existiera sólo sería atribuible al centro escolar en la que se produjera, y no sería imputable al modelo en sí". Esto es un dislate jurídico, sin precedentes, el TC se contradice, de manera rotunda con las siguientes palabras: "En el plano concreto de la educación, el sistema educativo se inspira entre, otros, en el principio de «desarrollo en la escuela de los valores que fomenten la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, así como la prevención de la violencia de género» ... Todos los centros docentes, cualquiera que

eliminación de todas las discriminaciones contra la mujer de las Naciones Unidas al afirmar que la coeducación es la única manera de romper las barreras sexistas. Se puede concluir que esta Convención impide a los Estados adoptar medidas de fomento de la educación separada o diferenciada. Tercero: Las sentencias del TS de 23 y 24 de julio de 2012, entre otras, expresamente disponen: "Por otra parte nadie puso en duda la legitimidad del sistema de educación diferenciada; cuestión distinta es que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2.006 sea posible que esos centros privados puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, artículo 84.3 de la Ley. *Precepto que por otra parte en nada se separa del contenido del artículo 14 de la Constitución del que es trasunto fiel a la hora de enumerar las discriminaciones que proscriben.* Y esa imposibilidad de obtener ciertos esos centros docentes que optan por la educación separada por sexos tampoco perturban ningún derecho constitucional de los padres que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares de la creación de centros con ideario o carácter propio, y sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la Constitución porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece". La STC 31/2018 ni menciona estas sentencias del TS. En este punto, es imprescindible la lectura del voto particular de los magistrados Valdés Dal-Ré y Balaguer Castejón a la STC 74/2018, calificando de argumentación falaz la que utiliza la mayoría del TC en esta sentencia por su abierta contradicción con el criterio seguido por el TS, el Consejo de Estado y la doctrina jurídica.

sea su carácter propio, tienen como obligación la de contribuir al logro de dichos objetivos educativos ...Por lo tanto, existe una obligación positiva de fomento de aquellas formulas metodológicas que contribuyan a la eliminación de los estereotipos sexistas". Y, el TC da un salto ideológico, que no jurídico, llegando a afirmar, sin ningún rigor jurídico y con un claro desconocimiento de los conceptos de servicio público y de concierto administrativo, lo siguiente: "Pero de esa obligación positiva no se desprende en modo alguno una prohibición de ayuda a los centros docentes que utilicen como método pedagógico la educación diferenciada. No existe dato alguno que permita llegar a la conclusión de que dicho sistema, en cuanto tal, no sirve a los fines exigidos constitucionalmente, y en particular, a la conclusión de que no está inspirado en los principios democráticos de convivencia o en los derechos y libertades fundamentales, o de que no cumple los objetivos marcados por las normas generales". Reiteramos lo que hemos escrito en nota y nos remitimos a los votos particulares a esta STC 31/2018, en especial, al voto particular del magistrado Xiol Ríos. No obstante, hay que tener en cuenta que LO 3/2020 (LOMLOE) suprime los párrafos que hacían referencia a la Convención de la UNESCO de 1960 y, en consecuencia, se suprime la financiación pública de los centros privados que discriminen por cualquier motivo incluido el sexo. El TC ha resuelto otra vez esta cuestión en las sentencias 34/2023 y 49/2023. En estas sentencias se determinará la constitucionalidad de la LO 3/2020, sobre la prohibición de financiación pública de los centros que segregan por sexo; es decir, lo contrario a lo que había determinado la STC 31/2018.

B) Libertad de cátedra

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

Los profesores de los centros educativos públicos.

El contenido de la libertad de cátedra en su aspecto negativo implica que el profesor no se le puede imponer que adapte de sus enseñanzas a una doctrina oficial. En este sentido la laicidad es la mejor garantía contra el sectarismo y el adoctrinamiento en la enseñanza²⁹⁸. Le permite al docente oponerse a cualquier mandato de impartir la enseñanza en una orientación ideológica o religiosa determinada. El TC ha indicado "que la neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos regulados en la LOECE impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier tipo de adoctrinamiento ideológico, que la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que por decisión libre o forzada por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita" (STC 5/1981). Y, en su aspecto positivo, le faculta al profesor para orientar su enseñanza de acuerdo con las propias convicciones y cuya amplitud se gradúa en función del nivel educativo pues cuanto menor sea el nivel educativo mayor es la intervención de la Administración educativa a la hora de fijar el contenido de la materia, así como los medios pedagógicos entre los que puede elegir²⁹⁹. Respecto a los límites, los profesores de la

²⁹⁸ STS de 12 de noviembre de 2012 sobre el concepto jurídico de adoctrinamiento con relación a la asignatura: "Educación para la ciudadanía y los Derechos humanos" y STC de 8 de febrero de 2018.

²⁹⁹ La actividad fundamental de la Universidad es la enseñanza y la investigación y la libertad científica no se agota en el derecho del Profesor a rechazar injerencias extrañas, sino que requiere que la propia estructura del establecimiento científico haga imposibles tales injerencias (STC 5/1981, de 13 de febrero). Desde la STC 26/1987, de 27 de febrero, el TC viene diciendo que la autonomía universitaria encuentra su razón de ser en el respeto a la libertad académica (de enseñanza, estudio e investigación) frente a cualquier injerencia externa. Se trata de garantizar, en su doble vertiente individual y colectiva, la libertad de ciencia (SSTC 106/1990, 187/1991 y 156/1994). La autonomía universitaria es la dimensión institucional de la libertad académica que garantiza y completa su dimensión personal que está constituida por la libertad de cátedra. Tal dimensión institucional justifica que forme parte del contenido esencial de esa autonomía no solo la potestad de autorregulación sino también de autoorganización. Por ello, cada Universidad puede elaborar sus propios Estatutos (STC 156/1994) y los planes de estudio e investigación (STC 187/1991); en definitiva, las universidades deben configurar la enseñanza sin intromisiones extrañas (STC 179/1996)". Y el TC añade: "El derecho a elaborar el temario a exigir a los alumnos, en el ejercicio de su función no ya de enseñar,

enseñanza pública tienen el deber de respetar la neutralidad ideológica y religiosa de la enseñanza pública y, en consecuencia, deben renunciar a todo tipo de adoctrinamiento; su enseñanza debe ser objetiva y respetuosa con cualesquiera otras orientaciones ideológicas y, así mismo, deben fomentar la autocrítica.

Los Profesores de los centros educativos privados.

Los profesores de los centros privados tienen como contenido negativo de la libertad de cátedra el que no se les puede imponer una orientación ideológica determinada en sus enseñanzas. Se garantiza a través de la laicidad, la objetividad y el contenido científico de las disciplinas académicas frente al adoctrinamiento ideológico y religioso. En todo caso, el ejercicio de esta libertad puede quedar limitado por el respeto debido al ideario del centro educativo privado, tanto en sus actividades académicas como extraacadémicas³⁰⁰.

sino de valorar o enjuiciar los conocimientos necesarios para alcanzar una determinada calificación, no puede ser subsumido o englobado en la libertad de cátedra. Siendo perfectamente deslindable la función de enseñar y la función de examinar, sin que ésta sea consecuencia necesaria de aquélla, nada justifica que el derecho a la libertad de cátedra – en cuanto libertad individual del docente, a quien depara un espacio de libertad resistente a injerencias compulsivas impuestas externamente (Auto TC 457/1989)— alcance o se extienda también a su función examinadora, en el sentido de corresponder ineludiblemente a quien examina –y con cobertura en una pretendida libertad de cátedra— la fijación del temario sobre el que debe versar la prueba o examen” (STC 217/1992), vid. CELADOR ANGÓN, O.: *El Derecho de Libertad de Cátedra. Estudio Legal y Jurisprudencia*; BOE, 2007, p. 167.

³⁰⁰ El TEDH, en el caso Vallauri contra Italia, de 20 de octubre de 2009, señala que la libertad académica de los profesores está garantizada por la libertad de expresión y la libertad de comunicar informaciones, así como la libertad de “buscar y difundir sin restricciones el conocimiento y la verdad” (también STEDH Sorguç contra Turquía, 2003). En esta Sentencia se indica que el interés de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán por dispensar una enseñanza inspirada en la doctrina católica no puede vulnerar la propia esencia de las garantías procedimentales del artículo 10 del Convenio Europeo de 1950 y, consecuentemente, si se procede al despido (no renovación del contrato) debe indicarse por parte de la Universidad Católica las razones exactas de dicho despido; en el caso concreto, debería haber especificado las opiniones pretendidamente heterodoxas contra la doctrina católica que se reflejaban en su actividad docente y no de forma genérica y vaga.

- Colisión entre libertad de cátedra e ideario
 - Disconformidad ideario y actividades docentes. El profesor de un centro educativo privado puede en uso de la libertad de cátedra, desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo. Lo que tiene prohibido el profesor es influir en la formación religiosa o ideológica de los alumnos en sentido contrario al que los padres eligieron para sus hijos, es decir, tiene prohibido el adoctrinamiento. Pero no se lesiona el ideario “con simples y aisladas discrepancias a propósito de algún aspecto del ideario del centro que exponga al profesor al filo de sus actividades escolares, siempre que las manifieste razonadamente, con oportunidad y en forma adecuada a la edad y el grado de conocimiento y de madurez de sus alumnos” (TOMÁS y VALIENTE, voto particular a la STC de 13 de febrero de 1981). En palabras del TC tiene que existir ataques abiertos; es decir, claramente, intencionados contra el ideario.
 - Disconformidad ideario y actividades extraacadémicas lícitas. La regla general es que, en principio, las actividades extraacadémicas contra el ideario no constituyen causa suficiente de despido procedente del profesor. Si bien, el TC ha considerado que eventualmente podría implicar el despido procedente del profesor si se cumplen tres requisitos: notoriedad, naturaleza de la actividad con la función docente concreta que desarrolla el profesor e intencionalidad³⁰¹.

C) El derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos.

Este derecho se regula en el artículo 27.3 CE. No implica que los padres tengan un derecho absoluto a elegir un centro educativo ni a que la Administración educativa establezca, o facilite el establecimiento, de un centro educativo acorde a las creencias de los padres³⁰². No obstante, se debe precisar que este derecho de los

³⁰¹ STS Sala 4ª, de 4 de abril de 2017, despido de una profesora que trabaja en un centro educativo católico por realizar un tratamiento de fecundación “in vitro”. El despido fue declarado nulo por discriminación.

³⁰² El derecho a la educación supone también «el reconocimiento prima facie de una libertad de los padres para elegir centro docente» (STC 10/2014, FJ 3, ATC 382/1996, FJ 4), pero el acceso efectivo al concreto centro elegido «dependerá

padres es parte integrante del derecho de libertad religiosa como expresamente reconoce el artículo 2.1.d) LOLR³⁰³ y no del derecho de educación o del derecho a la libertad de enseñanza.

Dentro de este apartado se hace referencia a las siguientes cuestiones:

- a) **El estatuto de la enseñanza de la religión católica.** Viene regulado en el artículo II del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos culturales de 3 de enero de 1979. Este artículo establece que la enseñanza de la religión católica viene configurada por la libre elección de esta asignatura por parte de los alumnos o padres de alumnos y por la oferta obligatoria para todos los centros educativos (incluso centros privados con ideario no católico). El régimen jurídico de la enseñanza de la religión católica desde las Órdenes Ministeriales de 1980 hasta la actualidad ha sido regulado por diferentes normas que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido concretado y delimitado.

de si se satisfacen o no los requisitos establecidos en el procedimiento de admisión de alumnos» (ATC 382/1996, FJ 4). Este derecho de los padres a elegir el centro y tipo de formación de sus hijos es compatible con el establecimiento legislativo de «criterios objetivos» aplicables en supuestos de insuficiencia de plazas escolares en centros públicos y privados concertados, tal como «la situación económica de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el Centro» (STC 77/1985, FJ 5). La «selección de acuerdo con los criterios previstos se produce en un momento distinto y forzosamente posterior al momento en que padres y tutores, en virtud de sus preferencias, han procedido a la elección de Centro» y tales criterios evitan en casos de insuficiencia de plazas «una selección arbitraria» y refuerzan «la efectividad del derecho a la elección del centro docente» (STC 77/1985, FJ 5).

³⁰³ Como se indicaba específicamente en la Observación general N° 22 del Comité de Derechos Humanos, "la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores" (párr. 6). Esta declaración refleja las conclusiones del Comité de Derechos Humanos en el caso de Hartikainen et al. c. Finlandia (Comunicación N° 40/1978); Comunicación N° 1155/2003, Leirvåg c. Noruega, dictamen aprobado el 3 de noviembre de 2004, párr. 14.6. También, vid. Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, de 15 de diciembre de 2010, sobre instrucción religiosa y la STEDH de 29 de enero de 2020 (asunto Papageorgiou y otros contra Grecia).

Así podemos apuntar, siguiendo esta jurisprudencia:

- La garantía del derecho reconocido en el artículo 27.3 CE da lugar a una prestación garantizada por los poderes públicos, pero nunca da lugar a la imposición para terceros (STS 31 de enero de 1997).
- La expresión “en condiciones equiparables” recogida en el Acuerdo no significa “identidad” (STS 14 abril 1998, 26 de enero 1998); es decir, los centros educativos han de tener dispuestos los medios personales y materiales para impartir dicha enseñanza desde el momento que haya demanda de ella; garantizándose así el derecho de los alumnos a recibirla (STS 3 de febrero de 1994).
- El “estudio asistido” contemplado en los reglamentos que desarrollaban la LOGSE no puede ser la actividad alternativa a la enseñanza de la religión por vulneración del principio de igualdad (SsTS 3 de febrero de 1994; 17 de marzo de 1994; 9 de junio de 1994; 30 de junio de 1994).
- La enseñanza de la religión es competencia exclusiva del Estado y, por lo tanto, no hay que acudir a la Comisión Mixta del Acuerdo con la Iglesia católica para interpretar esta materia (STS 3 de febrero de 1994; 17 de marzo de 1994; 30 de junio de 1994).
- Que la enseñanza de la religión no sea curricular no vulnera el ordenamiento jurídico (STS 3 de febrero de 1994; 17 de marzo de 1994; 30 de junio de 1994).
- No es ilegal que las actividades alternativas no sean evaluables, “No es razonable aceptar que quien desee valerse de una garantía constitucional de formación religiosa, no obligada para quien no se acoja voluntariamente a ella, tenga un derecho constitucional a imponer que las condiciones pactadas para su prestación en orden a la evaluación se extiendan a actividades alternativas no cubiertas con dicha garantía y cuya misma existencia de que la alternativa a la religión no sea evaluable” (STS 15 de abril de 1998)³⁰⁴.

³⁰⁴ La STS 2855/2023 sigue confirmando la legalidad de esta redacción sobre las calificaciones de la enseñanza de la religión: “Pues bien, conviene reparar en que la solución contraria a la que contiene el citado apartado 6, esto es, que el cómputo de las calificaciones obtenidas para las enseñanzas de religión se compute junto a las demás asignaturas, puede tener el efecto de incrementar la

- No vulnera el ordenamiento jurídico que las actividades alternativas no tengan contenido moral, “nadie que vea satisfecha la pretensión de que sus hijos reciban enseñanza de una determinada religión o convicción moral está legitimada por la Constitución para imponer a los demás la enseñanza de cualesquiera otras religiones o sistemas morales dependientes de las convicciones o creencias personales” (STS 31 de enero de 1997, 14 de abril de 1998).
- El carácter obligatorio de actividades alternativas no es contrario al ordenamiento jurídico pues si “no se les impusieran tales actividades alternativas ello supondría una penalización de la religión y un motivo disuasorio en contra de ella” (STS 1 de abril 1998; STS 20 de julio 2012)³⁰⁵.

La regulación actual de la enseñanza de la religión parte de la Ley Orgánica de Educación (LO 2/2006, disp. ad. 2ª, modificado por la LO

calificación final que se ha de tener en cuenta, v.gr., en la obtención de becas o en el acceso a la universidad. Y esta circunstancia sí puede perturbar o condicionar la libertad en la decisión para optar por seguir las enseñanzas de religión o no hacerlo”.

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

³⁰⁵ Estas Sentencias no tienen en cuenta las Recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la exención total de la enseñanza religiosa ni tampoco, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional italiana 203/1989 que establece que no existe obligación alguna para los que no opten por la asignatura de religión católica, *puesto sólo es posible derivar una obligación para quienes soliciten expresamente cursar religión católica*. Dos nuevas Circulares del año 1989 intentaron restablecer, en Italia, el régimen de alternatividad y nuevamente la Corte Constitucional intervino con la sentencia nº 13, de 14 de enero de 1991. En esta sentencia recuerda lo mantenido en la 203/1989 y subraya que la elección de recibir enseñanza religiosa no puede conllevar para los que no opten por ella ninguna consecuencia, e incluso señala que durante esa hora el alumno podrá tanto realizar otras actividades que oferte la escuela, como abandonar el centro escolar. De ahí que por razones organizativas recomiende que estas clases se coloquen al principio o al final de la jornada escolar, aunque mantiene que el que se coloquen en horario escolar no comporta discriminación alguna.

3/2020, en especial el apartado nº 3)³⁰⁶. En la actualidad, se han ido modificando los diferentes decretos que desarrollan en este punto la LOMLOE de cada nivel educativo, en concreto: disposición adicional primera del Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria; disposición adicional primera del Real Decreto 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria; disposición adicional primera del Real Decreto 243/2022, de 5 de abril, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas del Bachillerato³⁰⁷) y, por su parte, la Resolución de 21 de junio de 2022, de la Secretaría de Estado de Educación, por la que se publican los currículos de las enseñanzas de religión católica correspondientes a Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato.

Sobre esta materia se ha pronunciado la STC 31/2018, en su fundamento jurídico nº 6 y afirma que “la existencia de una asignatura evaluable de religión de carácter voluntario para los

³⁰⁶ La SsTS de 25 de noviembre de 2019 y de 21 de enero de 2020 avalan la reducción de horas de la asignatura de enseñanza de la religión. También, sobre esta materia, vid. leyes autonómicas que regulan el número de horas de impartición de la enseñanza de la religión y sus alternativas, por ejemplo, Ley 5/2021, de 26 de octubre, del Parlamento de La Rioja.

³⁰⁷ La Disposición adicional primera sobre enseñanzas de religión dispone: “1. Las enseñanzas de religión se incluirán en el Bachillerato de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo. 2. Las administraciones educativas garantizarán que, al inicio del curso, los alumnos y alumnas mayores de edad y los padres, madres, tutores o tutoras del alumnado menor de edad puedan manifestar su voluntad de recibir o no enseñanzas de religión. 3. La determinación del currículo de las enseñanzas de religión católica y de las diferentes confesiones religiosas con las que el Estado ha suscrito acuerdos de cooperación en materia educativa será competencia, respectivamente, de la jerarquía eclesiástica y de las correspondientes autoridades religiosas. 4. La evaluación de las enseñanzas de la religión católica se realizará en los mismos términos y con los mismos efectos que la de las otras materias del Bachillerato. La evaluación de las enseñanzas de las otras confesiones religiosas se ajustará a lo establecido en los acuerdos de cooperación en materia educativa suscritos por el Estado. 5. Con el fin de garantizar el principio de igualdad y la libre concurrencia, las calificaciones que se hubieran obtenido en la evaluación de las enseñanzas de religión no se computarán en la obtención de la nota media a efectos de acceso a otros estudios ni en las convocatorias para la obtención de becas y ayudas al estudio en que deban entrar en concurrencia los expedientes académicos”.

alumnos no implica vulneración constitucional alguna". El TC vuelve a incidir en el ridículo jurídico pues como se puede proceder a la evaluación de una asignatura que no es académica, sino que va dirigida al adoctrinamiento del alumnado como ha indicado el propio TC en la Sentencia 38/2007. Por tal motivo, debería haber hecho referencia a los criterios sobre la imposibilidad de evaluar esta asignatura recogidos en la normativa italiana, por ejemplo.

El TC se ha vuelto a pronunciar sobre la constitucionalidad de la regulación de la enseñanza de la religión realizada por la LOMLOE en las sentencias 34/2023 y 49/2023, indicando que dicha regulación es constitucional.

b) Enseñanza de la religión evangélica y musulmana.

La *enseñanza religiosa evangélica e islámica* en los centros educativos públicos se regula: en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2006, 3 de mayo, de Educación (modificado por la LO 3/2020) que viene a remitir al contenido de los artículos 10 del Acuerdo de cooperación de 1992 con la FEREDE y con la Comisión Islámica de España³⁰⁸; disposición adicional primera del Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria; disposición adicional primera del Real Decreto 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria; disposición adicional primera del Real Decreto 243/2022, de 5 de abril, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas del Bachillerato; en la Orden de 28 de junio de 1993 por la que se publican los currículos de la enseñanza de la religión evangélica; la Orden de 11 de enero de 1996 por la que se dispone la publicación de los currículos de Enseñanza de la Religión Islámica y en el Convenio sobre designación y régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza religiosa evangélica e islámica en los centros docentes públicos de educación primaria y secundaria de 23 de abril de 1996; la Resolución de 16 de septiembre de 2022, de la Secretaría de Estado de Educación, por la

³⁰⁸ Sobre la enseñanza islámica, vid. STSJ de La Rioja, de 11 de octubre y de 2 de noviembre de 2017 y la STSJ de Murcia de 8 de febrero de 2022, donde se constata la vulneración del Acuerdo de cooperación porque esas Comunidades Autónomas no imparten enseñanza de la religión islámica.

que se publican los currículos de la enseñanza de religión islámica correspondientes a Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato.

Esta normativa, reguladora de la enseñanza de la religión en los centros públicos y en los centros privados concertados, viene configurada por la libre elección de esta asignatura por parte de los alumnos o padres de alumnos. La determinación del contenido de la enseñanza y los libros de texto corresponde a las autoridades de la FEREDE y de la Comisión Islámica de España. Corresponde a las autoridades eclesiásticas de estas confesiones la designación del profesorado que será pagado por la Administración pública educativa si en el centro escolar al menos diez alumnos han solicitado que se imparta esta asignatura.

c) Asignatura alternativa a la enseñanza de la religión.

La LOMCE de 2013 había introducido en el sistema educativo una asignatura alternativa³⁰⁹ frente a las actividades alternativas que cada centro educativo debía organizar y que no tuviesen contenido curricular, conforme a la doctrina del TS. Esta asignatura alternativa se denominaba: "Valores Sociales y Cívicos"³¹⁰, en la Educación Primaria (R.D. 126/2014) y "Valores éticos", en la E.S.O y Bachillerato (Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre). La STC 31/2018 declaró que esta asignatura alternativa no era contraria a la

³⁰⁹ STEDH caso GRZELAK v. Polonia, de 15 de junio de 2010, sobre la no valoración académica de la clase de ética.

³¹⁰ "Los Valores sociales y cívicos tienen una valía fundamental para las personas en una sociedad democrática; de ahí la importancia de que la educación facilite la construcción de la identidad individual y potencie relaciones interpersonales enriquecedoras para fortalecer la convivencia, de acuerdo a valores cívicos, socialmente reconocidos. El área Valores Sociales y Cívicos ayuda, en gran medida, a garantizar el derecho universal de los niños y niñas a recibir una educación que les permita desarrollarse al máximo de sus posibilidades, formarse en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y prepararse para asumir una vida responsable en una sociedad libre y tolerante con las diferencias. Asimismo, refuerza la preparación de las personas para actuar como ciudadanos participativos e implicados en la mejora de la cohesión, la defensa y el desarrollo de la sociedad democrática. Esta formación incluye la adquisición de competencias sociales y cívicas personales, interpersonales e interculturales para participar de una manera eficaz y constructiva en sociedades cada vez más diversificadas".

Constitución. Es obvio, que el TC vuelve a desconocer las consecuencias jurídicas del principio de laicidad, en concreto, equiparar e identificar enseñanza religiosa y enseñanza en valores ciudadanos. La religión no forma parte de los valores ciudadanos, sí la libertad religiosa, que es muy diferente. Además, esta sentencia del TC es una clara manifestación del desconocimiento jurídico de la protección de los derechos humanos, pues la existencia de una asignatura alternativa vulnera la libertad de conciencia de los ciudadanos, simplemente, es suficiente con la lectura de la doctrina de la Corte constitucional italiana, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional italiana 203/1989 que establece que no existe obligación alguna para los que no opten por la asignatura de religión católica, *puesto sólo es posible derivar una obligación para quienes soliciten expresamente cursar religión católica*. Es decir, que se convierte la asignatura alternativa en obligatoria para aquellos alumnos que no cursan la enseñanza religiosa. No existe libertad sino coacción como indica la Corte constitucional italiana. Grave desconocimiento de lo que significa la libertad por parte de los tribunales españoles. La LOMLOE (LO 3/2020) suprime la asignatura alternativa y se vuelve al sistema original de la LOE de 2006 (actividades alternativas³¹¹). El TS en su sentencia nº 2855/2023 determina la legalidad del desarrollo normativo de la LOMLOE en relación con las actividades alternativas a la enseñanza de la religión.

- d) El **estatuto jurídico de los profesores de la enseñanza de la religión** ha quedado configurado por la controvertida *sentencia del TC 38/2007, de 15 de febrero*, (doctrina reiterada en las SsTC 80 a 90 de 2007) que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Tribunal Superior de

³¹¹ Así la disposición adicional primera, apartado nº 3 del Real Decreto 157/2022 dice: "Los centros docentes dispondrán las medidas organizativas para que los alumnos y las alumnas cuyas madres, padres, tutoras o tutores no hayan optado por que cursen enseñanzas de religión reciban la debida atención educativa. Esta atención se planificará y programará por los centros de modo que se dirijan al desarrollo de las competencias clave a través de la realización de proyectos significativos para el alumnado y de la resolución colaborativa de problemas, reforzando la autoestima, la autonomía, la reflexión y la responsabilidad. En todo caso, las actividades propuestas irán dirigidas a reforzar los aspectos más transversales del currículo, favoreciendo la interdisciplinariedad y la conexión entre los diferentes saberes. Las actividades a las que se refiere este apartado en ningún caso comportarán el aprendizaje de contenidos curriculares asociados al conocimiento del hecho religioso ni a cualquier área de la etapa".

Justicia de Canarias sobre el artículo III del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos culturales con la Iglesia católica, de 3 de enero de 1979, pero cuyo estatuto se extiende a los profesores de la enseñanza de la religión islámica y evangélica. La disposición adicional 3ª LOE regula este estatuto jurídico (modificado por la LO 3/2020)³¹².

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

Primera: El **contenido de la asignatura de enseñanza de la religión** es confesional y está dirigida al adoctrinamiento de los alumnos, creyentes de esa confesión y, por lo tanto, son las

³¹² Esta disposición recoge: "1. Los profesores que impartan la enseñanza confesional de las religiones deberán cumplir los requisitos de titulación establecidos para las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, así como los establecidos en los acuerdos suscritos entre el Estado Español y las diferentes confesiones religiosas.

2. Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza confesional 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. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos.

En todo caso, la propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas y se renovará automáticamente cada año. La determinación del contrato, a tiempo completo o a tiempo parcial según lo que requieran las necesidades de los centros, corresponderá a las Administraciones competentes. La remoción, en su caso, se ajustará a derecho". Sobre la *contratación indefinida* de este profesorado de enseñanza de la religión católica, vid. STJUE de 13 de enero de 2022 y sentencias del TS 890/2022, de 3 de noviembre; 36/2023, de 17 de enero y 1956/2023, de 24 de abril.

Además, la STS de 19 de octubre de 2010 reconoce a los profesores de enseñanza de religión católica el derecho a ostentar puestos directivos en los centros educativos, ser jefes del departamento de religión católica y tutores de un grupo de alumnos si dicho profesor imparte docencia a todo el grupo (todos los alumnos han elegido enseñanza de religión católica). La STS de 7 de julio de 2014 que reconoce el derecho de los profesores de religión a una equiparación económica con el resto de los profesores.

confesiones las encargadas de determinar su contenido³¹³, así se recoge que: “*el que el objeto de la enseñanza religiosa lo constituye la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos sino de la fe religiosa de quien la transmite*”³¹⁴. De esta afirmación el TC extrae una serie de consecuencias para la configuración del estatuto jurídico del profesorado; en concreto, “el credo religioso objeto de enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada iglesia, comunidad o confesión”³¹⁵. Conforme al *principio de separación entre el Estado y las confesiones*, se “veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales” lo que implica que el Estado no pueda entrar a determinar el contenido de la asignatura. Todo ello lleva al TC a decir: “Se sigue de lo anterior que también ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respetivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable”³¹⁶. En supuestos en que los ciudadanos (profesores de religión) ejercitan derechos fundamentales o derechos legítimos dicho ejercicio puede entrar en contradicción con la doctrina de la confesión. En dichos casos la confesión religiosa puede no otorgarles la idoneidad para impartir enseñanza religiosa en centros públicos (no renovación)³¹⁷.

³¹³ Vid. fund. jurídicos, nº 7 y 9. En la Orden de 11 de enero de 1996 por la que se dispone la publicación de los currículos de enseñanza religiosa islámica correspondientes a Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, se establece como objetivo principal de la enseñanza islámica: “arraigar la fe en Dios”.

³¹⁴ Vid. fund. iur. nº 10.

³¹⁵ Vid. fund. jur. nº 5.

³¹⁶ Vid. fund. jur. nº 5.

³¹⁷ Sobre la vulneración de la Directiva 200/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en relación con el profesorado de religión, vid. JIMENEZ GARCÍA, F.: *La*

La segunda cuestión relevante de la STC 38/2007 es el asunto de la **contratación laboral** de los profesores de enseñanza de la religión, por parte de las Administraciones educativas públicas, que el TC considera constitucional³¹⁸.

¿Reúnen los profesores de religión los criterios de mérito y capacidad para acceder a un puesto de trabajo de la Administración

internacionalidad de la Santa Sede y la constitucionalidad de sus acuerdos con España, Dilex, 2006, p. 171 y ss..

³¹⁸ El TC distingue entre contratación y vinculación mediante contrato laboral a las Administraciones públicas. En todo caso, esta sutil diferenciación no oculta que sigue siendo la Administración pública la empleadora como dice la disposición adicional tercera de la LOE. Ya, la jurisprudencia del TS (Sala de lo Social) Sentencias del TS (Sala de lo Social) que establecen la relación laboral de este profesorado con la administración educativa del Estado o autonómica: 19 de junio de 1996; 30 de abril de 1997; 3, 8, 9, 10, 16, 25 de 31 de mayo de 2000; 2, 5 de junio de 2000; 2, 3, 7, 17 y 28 de julio de 2000; 18 de septiembre de 2000; 11 y 31 de octubre de 2000; 29 de noviembre de 2000; 4, 20 de diciembre de 2000; 16 de octubre de 2001; 9 de julio de 2003; entre otras. había venido determinando su carácter laboral con los siguientes argumentos:

- Se presume la relación laboral, pues ninguna norma jurídica ha establecido la relación funcionarial de este profesorado. La Sentencia del TS (Sala de lo Social) de 19 de junio de 1996 recoge: "De lo expuesto se desprende que en el presente caso concurren las notas previstas en el artículo 1º-1 del Estatuto de los Trabajadores para clarificar como laboral la relación jurídica existente entre las partes: voluntariedad, ajeneidad, retribución y sometimiento a una organización empresarial docente; no existiendo ninguna norma que atribuya a dichos profesores la condición funcionarial, ni confieran el vínculo carácter administrativo, como exige de forma imperativa el artículo 1-3-a) del Estatuto de los Trabajadores, que incluso requiere que dicha norma excluyente de la relación laboral tenga el rango de ley. Por lo que igualmente es aplicable la presunción de laboralidad contenida en su artículo 8. Siendo indiferente a estos efectos que el acto jurídico originador de la prestación de servicios de los citados profesores se haya materializado a través de un nombramiento de órgano administrativo titular del centro docente, al que indudablemente prestó consentimiento el profesor y no a través de un contrato formal, ya que ello no prejuzga sin más la naturaleza del vínculo que con tal nombramiento se creó".

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

Pública³¹⁹? El principio de igualdad en el acceso a los puestos de trabajo en las Administraciones públicas implica la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a los mismos que tengan carácter discriminatorio³²⁰. En cambio, en esta Sentencia del TC se vulnera el principio de neutralidad que es una exigencia del principio de igualdad, pues las referencias se hacen de forma individualizada, y concretas, y no en términos generales y abstractos; pues el dato determinante es la religión para la contratación pública de este profesorado.

Por otra parte, recordamos que la observancia y exigencia de esas reglas abstractas y generales (sin discriminación en la contratación pública del personal al servicio de las Administraciones públicas) se deben a que la Administración debe garantizar la objetividad, la imparcialidad y la eficacia conforme al artículo 103 CE. Los méritos y la capacidad para acceder a la Administración pública deben estar con relación a la función a desempeñar; función que será realizada por personal de la Administración. En este caso, según el TC, existiría una integración orgánica de los profesores de la enseñanza de la religión; de tal forma que este personal de las Administraciones tendrá encomendada la tarea de adoctrinar en la religión (católica, evangélica, islámica) función prohibida a los profesores de los centros educativos públicos que deben ser ideológicamente (y religiosamente) neutrales³²¹.

³¹⁹ No desconocemos la polémica doctrina del TC sobre la no exigencia de estos criterios de mérito y capacidad al personal laboral de las Administraciones Públicas (Ss TC 86/2004, de 10 de mayo, fund. jur. nº 4 y STC 132/2005, de 23 de mayo, fund. jur. nº 2). En todo caso, sí se exige el principio de igualdad y de no discriminación que en el caso de los profesores de religión no se les exige.

³²⁰ Vid. fund. jur. nº 9.

³²¹ El TC señala: "Pues bien, el caso ahora analizado la exigencia para la contratación de estos profesores del requisito de hallarse en posesión de la cualificación acreditada mediante la Declaración Eclesiástica de Idoneidad no puede considerarse arbitraria o irrazonable ni ajena a los principios de mérito y capacidad y, desde luego, no implica discriminación por motivos religiosos, dado que se trata de contratos de trabajo que se celebran única y exclusivamente para la impartición, durante el curso escolar, de la enseñanza de religión" y, prosigue, diciendo el TC: "la declaración de idoneidad no constituye sino uno de los requisitos de capacidad necesarios para poder ser contratado a tal efecto, siendo su exigencia conforme al derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 14 CE) y a los principios que rigen el acceso al empleo público (art. 103.3 CE)". Declaración de idoneidad que el TC, reitera, corresponde otorgar a las

Más rotundo es el TC cuando recoge: "Resultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como **criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas** de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes" (fund. jur. nº 12).

El TC no aplica el principio de separación a la contratación del profesorado al producirse una clara confusión entre las funciones religiosas (adoctrinamiento en una concreta fe a los alumnos creyentes de esa confesión) y las funciones estatales (neutralidad de los centros públicos y no adoctrinamiento de los profesores de los centros públicos). Ya que, no lo olvidemos, este profesorado es el personal contratado por la Administración para llevar a cabo una función religiosa por mucho que diga el TC: "A través de la contratación de los profesores de religión, las Administraciones públicas no desarrollan tendencia ni ideario ideológico alguno" sin ninguna otra precisión³²². El TC considera, finalmente, que las dos opciones: la contratación pública de este profesorado como el hecho de que dicha contratación se realice por las autoridades eclesiásticas (pago delegado) son constitucionales y depende del legislador la elección³²³. En definitiva, consideramos que la doctrina sentada por

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

³²² El TS en las Sentencia de 12 de diciembre de 2001 y 19 de septiembre de 2005 si considera que estamos en el marco de una "actividad de tendencia".

³²³ En todo caso debe tener en cuenta se vulnera no solamente la neutralidad sino también la libertad de conciencia de los ciudadanos que contribuyen coactivamente a este gasto religioso que, en ningún caso, puede ser considerado como un gasto público. El adoctrinamiento religioso no es un fin público. Está totalmente prohibido que el Estado adoctrine en una fe religiosa o en varias ni que lo haga los empleados públicos. Como se denunció por parte de los

el TC es realmente lesiva para los intereses públicos y generales, pues produce una serie de consecuencias jurídicas muy graves para la Administración pública; debido a la integración de ese profesorado como personal contratado de la Administración, ya que al ser la Administración la empleadora le corresponde responder de ese profesorado en el ámbito de responsabilidad patrimonial, así como las indemnizaciones en el orden laboral por la "no renovación" de este profesorado³²⁴.

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

magistrados del TS en la STS de EE. UU., *Pearl v. Nyquist* (1973): "cualquier ayuda a las escuelas religiosas no solo redundaría en su faceta secular, sino también en la religiosa, y por lo tanto vulnera la primera enmienda de la Constitución; toda vez que no existen medios efectivos para garantizar que las ayudas estatales a la educación privada tengan un destino exclusivamente secular y neutral". En la STS de los EE. UU. en el caso *McCullum v. Board of Education* (1948) se declaró inconstitucional la colaboración económica del Estado en relación a la enseñanza religiosa pues el uso de los locales del centro educativo público implica el aprovechamiento de bienes públicos a favor de la religión y una financiación pública directa de actividades religiosas al hacer uso de la luz, la calefacción, etc..

³²⁴ Vid. la Ley 5/2001, de 8 de mayo, sobre la concesión de suplemento de crédito por importe de 4.866.309.925 pesetas para hacerse cargo del pago de indemnizaciones de sentencias firmes por despidos de profesores de religión. Otras sentencias sobre esta materia, a título de ejemplo, son: STS de 16 de junio de 2004 (Recurso nº 38/2003, Sala de lo Social) *sobre indemnización legal por finalización del contrato*; STS (Sala de lo Social) de 3 de diciembre de 2004 y 9 de diciembre de 2004, sobre asimilación retributiva; STS (Sala de lo Social) de 3 de diciembre de 2003 y 13 de diciembre de 2002, sobre reclamaciones de cantidad.

sus representantes”, confirma el TEDH³²⁵. En este punto, conviene tener presente el Voto particular del magistrado SAJÒ que dice: “La dificultad en el presente caso reside en el hecho que mediante el Acuerdo con la Santa Sede, el Estado ha aceptado un régimen específico que no puede dar lugar a una buena ‘interpretación’ ante las jurisdicciones nacionales. El obispado no era parte en el procedimiento, ya que el Estado era el empleador oficial; era por tanto el Estado quien debía presentar en nombre de la Iglesia, a la representaba en el marco del Acuerdo”. Con estas palabras, el modelo español de contratación pública de los profesores de enseñanza de la religión está dentro del modelo de confesionalidad (el Estado defiende los intereses religiosos y los conceptos confesionales como “escándalo”) y no responde al modelo de neutralidad religiosa.

Y, por su parte, el TS³²⁶ ha considerado que la no renovación fundamentada en la pertenencia a una Asociación de Profesores de religión y han participado en una huelga no justifica la no renovación y, en consecuencia, el despido se entiende nulo. En palabras del TS: “Es evidente que la actuación de la demandante en un conflicto laboral nada tiene que ver con la enseñanza de la religión católica, ni pone en cuestión la libertad de los padres, ni de las confesiones religiosas de determinar el contenido de esa enseñanza”.

Sobre una profesora de religión que había contraído matrimonio civil se ha pronunciado la STC 51/2011, de 14 de abril; la STSJ Andalucía de 22 de diciembre de 2011³²⁷; la STS de 20 de octubre de 2016 y la STS de 20 de julio de 2021. Sobre las dos cuestiones

³²⁵ En el Considerando nº 138 la sentencia recoge: “Lo que justifica el deber de lealtad acrecentada que incumbe al primero resulta del hecho de que para ser creíble, la enseñanza de la religión debe ser realizada por una persona cuyo modo de vida y declaraciones públicas no entren en contradicción flagrante con la religión en cuestión, sobre todo cuando ésta pretende regir la vida privada y las convicciones personales de sus adeptos (Directiva 2000/78/CE, casos Schüth, Obst, y Lombardi Vallauri).

³²⁶ SsTS de 14 de enero de 2009; 28 de enero de 2009; 30 de enero de 2009; 2 de febrero de 2009 y 6 de octubre de 2009; entre otras.

³²⁷ En esta sentencia textualmente se recoge: “La problemática es *surrealista* por cuanto el Ministerio se ve condenado por una conducta que, conforme al Tratado, venía compelido a realizar y, por otro lado, el Obispado puede, por reconocérselo el Convenio Estado/Iglesia proponer a quien considere idóneo”.

anteriores se ha pronunciado la STC 140/2014, de 11 de septiembre, que parece entrar en contradicción con la STC 51/2011.

e) **La Educación para la ciudadanía y los Derechos Humanos.**

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

La asignatura "Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos"³²⁸ tuvo un fuerte rechazo por parte de la Iglesia católica española. Este rechazo se articuló jurídicamente a través de la objeción de conciencia³²⁹ a esta asignatura pues se considera que esta asignatura era un instrumento de adoctrinamiento por parte del Gobierno socialista. El Tribunal Supremo español (Sentencias 340, 341 y 342 de 11 de febrero de 2009 del Tribunal Supremo y, luego, en más de 500 sentencias del TS han reiterado esta doctrina) ha reconocido en relación con el contenido de esta asignatura:

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

³²⁸ Sobre la educación cívica, vid. PALOMINO LOZANO, R.; MESEGUER VELASCO, S.; RODRIGO LARA, B.: *Informe. La educación cívica en la reciente reforma educativa (LOMLOE: Ley Orgánica 3/2020, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de Educación)*, enero 2022, vid. <https://pcelr.org/la-educacion-civica-en-la-reciente-reforma-educativa>.

³²⁹ Las referencias a la doctrina del TS sobre la objeción de conciencia en esta materia será estudiada en la Lección 8.

- Los padres no tienen un derecho ilimitado a oponerse a la programación de la enseñanza realizada por el Estado.
- “La actividad del Estado en materia educativa es obligada, que su intervención no se limita a asegurar la transmisión del conocimiento del entramado institucional del Estado sino también alcanza a ofrecer información sobre los valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático y que esa función estatal comprende tanto la enseñanza pública como la privada. En todo caso, decíamos, la compatibilidad de esta actividad con el derecho a la libertad ideológica y religiosa se encuentra en que la enseñanza del pluralismo que transmita la realidad social de concepciones diferentes ha de hacerse con neutralidad y sin adoctrinamiento”. (Por todas, STS de 25 de enero de 2011). Especialmente significativa sobre el contenido el concepto de adoctrinamiento la STS de 12 de noviembre de 2012 en relación con los manuales de esta asignatura.

La LO 3/2020 contempla la **Educación en Valores cívicos y éticos**³³⁰, tanto en educación primaria³³¹ como en ESO³³². Y se establece como una asignatura obligatoria para todos los alumnos. Y, el TC en la sentencia 34/2023 ha determinado la constitucionalidad de esta regulación. En concreto dice que: “La educación, tanto pública como privada, que la Constitución sitúa bajo el control de los poderes públicos (art. 27.8) no es mera transmisión de conocimientos, es también formación humana (art. 27.2). La Constitución toma partido por ciertos valores, que son precisamente los de respeto a los

³³⁰ La Disposición adicional cuadragésima primera de LO 3/2020 dice: “*Valores que sustentan la democracia y los derechos humanos y prevención y resolución pacífica de conflictos.* En el currículo de las diferentes etapas de la educación básica se atenderá al aprendizaje de la prevención y resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y de los valores que sustentan la democracia y los derechos humanos, que debe incluir, en todo caso, la igualdad entre mujeres y hombres, la igualdad de trato y la no discriminación, así como la prevención de la violencia de género y el acoso escolar o cualquier otra manifestación de violencia. Se recogerá asimismo el conocimiento de la historia de la democracia en España desde sus orígenes a la actualidad y su contribución al fortalecimiento de los principios y valores democráticos definidos en la Constitución española. De la misma forma, se considerará el estudio y respeto de otras culturas, particularmente la propia del pueblo gitano y la de otros grupos y colectivos, contribuyendo a la valoración de las diferencias culturales, así como el reconocimiento y la difusión de la historia y cultura de las minorías étnicas presentes en nuestro país, para promover su conocimiento y reducir estereotipos. Se atenderá también al conocimiento de hechos históricos y conflictos que han atentado gravemente contra los derechos humanos, como el Holocausto judío y la historia de lucha por los derechos de las mujeres”.

³³¹ En esta LO con relación a la etapa de educación primaria se recoge que: “se añadirá en alguno de los cursos del tercer ciclo la Educación en Valores cívicos y éticos. En esta área se incluirán contenidos referidos a la Constitución española, al conocimiento y respeto de los Derechos Humanos y de la Infancia, a la educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía mundial, a la igualdad entre hombres y mujeres, al valor del respeto a la diversidad y al valor social de los impuestos, fomentando el espíritu crítico y la cultura de paz y no violencia”.

³³² En esta Ley se contempla que en *cuarto curso de la educación secundaria obligatoria* se establecerá: “En algún curso de la etapa todos los alumnos y alumnas cursarán la materia de Educación en Valores cívicos y éticos. En dicha materia, que prestará especial atención a la reflexión ética, se incluirán contenidos referidos al conocimiento y respeto de los Derechos Humanos y de la Infancia, a los recogidos en la Constitución española, a la educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía mundial, a la igualdad de mujeres y hombres, al valor del respeto a la diversidad y al papel social de los impuestos y la justicia fiscal, fomentando el espíritu crítico y la cultura de paz y no violencia”.

«principios democráticos de convivencia» (art. 27.2), «pluralismo» (art. 1.1) y diversidad y dignidad humana (art. 10.1), principios que deben ser objeto de trasmisión conforme al art. 27.2". Y, en relación con estos valores se impugna la constitucionalidad de la "perspectiva de género"³³³. No obstante, el TC responde que dicha regulación es constitucional, con las siguientes palabras: "No existe, por tanto, en la ley un precepto que imponga la evaluación y adhesión ideológica al mismo por parte del alumno, como denuncian los recurrentes. (...) La igualdad en general y la igualdad de género en particular es un principio que contiene un juicio de valor, pero ya hemos dicho que la educación no excluye la transmisión de valores (art. 27.2 CE) siempre que sean acordes con la Constitución, como es el caso (arts. 9.2 y 14 CE)"³³⁴.

Por último, también, desapareció con la LOMCE la asignatura "**Historia y cultura de las religiones**" que, en nuestra opinión, debería ser una asignatura obligatoria para todos los alumnos (asignatura de carácter no confesional, de contenido neutral y que favorece la interculturalidad; fin recogido en la LOMCE). En este punto conviene tener presente la doctrina del TEDH en las Sentencias de 29 de enero de 2020 (asunto Papageorgiou y otros contra Grecia), de 29 de junio de 2009 (asunto Folgerø y otros contra Noruega) y de 9 de octubre de 2007 (Hasan Zengin contra Turquía). La LOMLOE (Ley orgánica 3/2020) reconoce la posibilidad de establecer una asignatura

³³³ Sobre la perspectiva de género, vid. LÓPEZ CHOCERO, S.: *Libertad de conciencia y principio de igualdad. Un estudio jurídico desde la transversal de género*. Tesis doctoral. Universidad de Córdoba, 2023 y, DEL MORAL GARCIA, L.: *Mujer, religión y libertad de creencias*, TFG, UNED, 2023.

³³⁴ En el mismo sentido, la STS 2855/2023, de 13 de junio que recoge: "La seguridad jurídica, la igualdad, la libertad ideológica o el derecho a la educación no se agrietan por las referencias a la igualdad de género en el Real Decreto impugnado, siguiendo las pautas internacionales desde los años 90, las normas de la Unión Europea, y la propia Ley Orgánica de Educación que presta cobertura a las normas impugnadas.

Las infracciones normativas que se aducen al respecto, en definitiva, no encuentran justificación alguna en el alegato esgrimido por la parte demandante, toda vez que la mera referencia al "género", sin más, no supone adoctrinamiento alguno para los alumnos. Al contrario, cuando se alude a la "igualdad de género" o a la "perspectiva de género" se está aludiendo a la igualdad, que no olvidemos es un derecho fundamental, previsto en el artículo 14 de la CE, y uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la CE)".

no confesional sobre la cultura de las religiones (apartado 3 de la disposición adicional segunda) ³³⁵.

³³⁵ La disp. ad. Segunda ap. 3 de la LO 3/2020 dispone que: "En el marco de la regulación de las enseñanzas de Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria, se podrá establecer la enseñanza no confesional de cultura de las religiones. Falta el desarrollo reglamentario de esta disposición".

LECCIÓN 7ª

DERECHO A LA INFORMACIÓN, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAICIDAD

1. La libertad de expresión 2. El derecho de información 3. Los principios rectores: A) El pluralismo informativo. B) La garantía institucional de la opinión pública libre. 4. El derecho a crear medios de comunicación: A) Empresas informativas. a) Empresas periodísticas. b) Las empresas audiovisuales. B) Los servicios de la sociedad de información: las redes sociales y la manipulación de las conciencias. 5. La participación de los grupos ideológicos en el control de los medios de comunicación. 6. El derecho de acceso. 7. Límites. Especial referencia a los sentimientos religiosos.

1. La libertad de expresión.

La **libertad de expresión** que reconoce el **artículo 20.1.a) CE** consiste en la libre manifestación de opiniones, ideas y pensamientos; es la libertad de pensar y decir lo que uno crea conveniente. La libertad de conciencia supone no sólo la libertad de tener unas u otras convicciones sino también el derecho para formar y expresar éstas en libertad³³⁶. Dentro de esta libertad podemos diferenciar dos planos de actuación: a) el plano individual que está configurado como un derecho individual del ciudadano que hace posible la consecución de la dignidad de la persona y el libre

³³⁶ Así, el TC señala que la libertad ideológica es fundamento —junto con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el artículo 10.1. CE—, de otras libertades y derechos fundamentales, y entre ellos, los consagrados en el artículo 20.1.a) y d) de la Norma Fundamental; y, prosigue el T. C. apuntando que la libertad ideológica y el correlativo derecho a expresarla que garantiza el artículo 20.1.a) no son compatibles con sancionar penalmente el ejercicio de dichas libertades; y, que la libertad ideológica está indisolublemente unida al valor esencial del pluralismo político que exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquella, y no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo resultante contrapuesto a los valores y bienes que en ella se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en términos que impone una democracia avanzada, de ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla, sin la cual aquella carecería de toda efectividad; vid. STC 20/1990, de 15 de febrero (fund. jur. nº 4 y 5) y, en el mismo sentido, STC 214/1991, de 11 de noviembre y STC 120/1990, de 27 de junio. Quizás con mayor precisión estas ideas se recogen en el Voto particular del magistrado Sr. FERNÁNDEZ VIAGAS en la STC 6/1981, de 16 de marzo.

desarrollo de la personalidad (artículo 10.1. CE) (LLAMAZARES)³³⁷ y b), el plano colectivo de la libertad de opinión que está configurado como el derecho a divulgar y propagar las ideas por parte de los diferentes grupos ideológicos.

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

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

³³⁷ Las actividades de "apostolado" o "las misiones de propaganda y captación de voluntades" están protegidas y reconocidas, según el T. C., por los artículos 16.1. y 20.1 CE; (cfr. Auto del T.C. nº 625/1987, de 20 de mayo, fund. jur. nº 4). Vid. también, STEDH caso Thoma contra Luxemburgo de 29 de junio de 2001.

STEDH, caso Belkacem contra Bélgica, de 27 de junio de 2017. El TEDH declaró que el líder de la organización salafista belga "Sharia4Belgium" no se beneficia de la protección de la libertad de expresión porque la defensa de un discurso que incita al odio y a la violencia no tiene protección de la Convención Europea de Derechos Humanos.

2. Derecho a la información.

El derecho de información consagrado en el **art. 20. 1. d) CE** abarca tanto el derecho a comunicar libremente información veraz (derecho activo) como el derecho de todos a recibirla (derecho pasivo). En este sentido el concepto de *veracidad* es esencial para determinar la distinción entre libertad de expresión y el derecho de información³³⁸. Cuando se trata de comunicación informativa de hechos, y no de opiniones, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente, exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. Ello no significa, no obstante, que quede exenta de toda protección la información errónea o no probada pues el requisito constitucional de veracidad significa información comprobada, según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias (STEDH caso Khural y Zeynalov v. Azerbaiyán, de 6 de octubre de 2022). Por eso, el requisito constitucional de veracidad no opera como límite en el ámbito de la libertad ideológica³³⁹. Se podría entender, por otra parte, que el término "información" únicamente se refiere a la noticia, al hecho y, por ello, se califica de verdadero quedando excluido el derecho a la recepción de pensamientos, ideas y opiniones. Sin embargo, la

³³⁸ Es imprescindible determinar el campo de actuación de la libertad de expresión y el derecho a la información, en este sentido "su distinción descansa en el binomio opiniones/noticias (...) precisamente esta distinción (...) es la que justifica que los límites impuestos a uno y a otro derecho no sean los mismos (...). Por decirlo de un modo más sencillo, mientras que el apartado a) del nº 1 del artículo 20 garantiza tanto la libre exposición de la verdad como de la mentira, el apartado d) del mismo precepto ampara sólo y exclusivamente la comunicación de informaciones veraces", vid. CHINCHILLA MARIN, C.: "Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública libre", en *Revista Poder Judicial*, 2ª época, nº 3, septiembre, 1986, p. 63.

³³⁹ vid. STC 214/1991, de 11 de noviembre (fund. jur. nº 6 y 8) y, también, las STC 107/1988, de 8 de junio y 105/1990, de 6 de junio.

difusión *erga omnes* de un hecho real y de todas las circunstancias que lo rodean y completan su fenomenología es lo que conocemos con el nombre de "noticia"; lo que implica que la información comprende, respectivamente, a los conceptos técnico-jurídico informativos de propaganda, noticia y opinión³⁴⁰.

En cuanto al primero de los aspectos (*el derecho a comunicar libremente información veraz*) se convierte en un derecho general, ya que es concebido no como un derecho de aquéllos que ejercen la información sino como un derecho de todos y cada uno de los miembros de una sociedad³⁴¹. Respecto del segundo aspecto, se reconoce el derecho a los individuos y a los grupos en los que se integran a *recibir información ideológica* de toda índole ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento. Más aún, se trataría de una libertad-condición cuya existencia determina la garantía de otros derechos (de opinar, de elegir, de discutir); es decir, supone una garantía de la consolidación y expansión del pluralismo de la sociedad. El derecho a la información se convierte, así, en un elemento esencial y necesario para la libre formación de la conciencia y, por ende, para el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1. CE). Una libre formación que conlleva como paradigma necesario el *pluralismo* ya que sin él sería imposible que la persona pudiera formar de manera real y libre su conciencia.

³⁴⁰ En el mismo sentido determina el Tribunal Supremo: "Es cierto que en la vida real no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de los hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo", vid. STS, de 21 de enero de 1988; cfr. STC 223/1992, de 14 de diciembre (fund. jur. nº 1) y STC 4/1996, de 16 de enero (fund. jur. nº 3), entre otras.

³⁴¹ En esta línea interpretativa, el propio T.C. reconoce que del derecho de información "es sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho, del que es asimismo sujeto, órgano o instrumento el profesional del periodismo, puesto que a él concierne la búsqueda de la información y su posterior transmisión", vid. STC 105/1983, de 23 de noviembre (fund. jur. nº 11).

3. Los principios rectores:

A) El pluralismo informativo.

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

- Primera; el *pluralismo externo* que implica la creación de un sistema de concurrencia de múltiples medios de comunicación donde cada uno refleja alguna de las variantes ideológicas, sociales y culturales de la sociedad. El pluralismo externo se entiende como pluralidad de medios de comunicación, con distinta orientación ideológica, con lo que se pretende la consecución de una información más veraz; sólo la variedad de fuentes informativas garantiza al público una información tendente a la objetividad. Consecuentemente, el derecho a la información veraz depende, desde esta perspectiva, de la consolidación del pluralismo externo. Este principio constituye, con toda evidencia, la base en la que debe asentarse la legislación dirigida a disciplinar los *límites a la concentración* de los medios de comunicación (artículo 35 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual).
- Segunda; el *pluralismo interno* supone que a pesar de la existencia de una línea ideológicamente diferenciada de cada medio de comunicación tenga cabida la expresión de opiniones diferentes de la oficial del medio de comunicación, y que ello esté garantizado por la regulación interna del mismo mediante la existencia de algún órgano de composición plural encargado del *control* del respeto de este pluralismo interno. En consecuencia, el acceso de los grupos ideológicos y sociales a los medios de comunicación pretende garantizar la consecución de los mayores niveles de pluralismo posible. El artículo 5.3 de la Ley 13/2022 dice que se promoverá la autorregulación para adoptar códigos de conducta en materia de pluralismo interno de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.

El pluralismo externo e interno están en estrecha, e íntima, relación³⁴²; allí donde esté debidamente garantizado el pluralismo externo con la existencia de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresarse cumplidamente (en condiciones de igualdad) todas las opiniones e ideas existentes en la sociedad quedaría sin sentido la exigencia del pluralismo interno, salvo el derivado de la tolerancia y del respeto de los principios de convivencia democrática. Por este motivo se ha apuntado que los medios de comunicación deben respetar el pluralismo de la sociedad de tal forma que éstos no sólo no han de abstenerse de vulnerar este principio de pluralismo, sino que además han de contribuir a la formación y enriquecimiento del pluralismo real de la sociedad, lo que incide directamente en la profundización del sistema democrático. Consiguientemente, el respeto al pluralismo de la sociedad sería muy difícil de garantizar sin un verdadero pluralismo interno que necesariamente se tiene que proyectar en el aspecto organizativo de los medios de comunicación a través de la participación de los grupos ideológicos.

El verdadero pluralismo no supone la emisión de muchas opiniones sino de opiniones diferentes; ésta es la mejor garantía de la conformación libre y razonablemente fundada de la opinión pública en una sociedad democrática. De poco serviría que hubiera muchos medios de comunicación de esta o diferente titularidad, pero de la misma línea u orientación ideológica; estaríamos ante una situación de monismo informativo a pesar de las libertades de expresión, de información e ideológica reconocidas en cualquier Estado democrático. Por consiguiente, para garantizar la opinión pública libre es preciso asegurar el pluralismo y, como consecuencia de ello, la actividad realizada por los medios de comunicación puede estar sujeta a determinadas condiciones; es decir, la garantía de la opinión pública libre exige un determinado modo de producción de los medios de comunicación social. Finalmente, este principio del pluralismo se recoge, por ejemplo, en el **artículo 4 de la Ley 13/2022**, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual. En esta materia sobre medios de comunicación habrá que tener muy presente el futuro Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco común para los servicios de medios de comunicación en el mercado interior (**Ley Europea de Libertad de**

³⁴² cfr. STC 12/1982, de 31 de marzo.

los Medios de Comunicación) y se modifica la Directiva 2010/13/UE, de 16 de septiembre de 2022.

B) La garantía institucional de la opinión pública libre.

La garantía institucional de la opinión pública libre constituye la íntima ligazón entre la libertad de expresión e información con el principio democrático. Esta libertad juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático; el cual presupone el derecho de los ciudadanos a contar con hechos que les permitan formar sus convicciones, su conciencia, ponderando opiniones diversas e incluso contrapuestas y, participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos³⁴³. Se produce, en efecto, una identificación entre opinión pública y formación de la conciencia colectiva. Además, la garantía institucional de la opinión pública se conecta directamente con el principio de soberanía nacional; pues si no existe esta garantía institucional se puede poner en tela de juicio la base organizativa jurídica y política de cualquier Estado democrático y no se garantizaría, o no se constituiría en una posibilidad real y efectiva del sistema democrático, la ineludible protección de las minorías, como mecanismo institucionalizado para garantizar la disidencia o la heterodoxia.

4. El derecho a crear medios de comunicación.

El primer asunto para delimitar es donde se incluiría, constitucionalmente, este derecho a crear medios de comunicación. Pues se ha planteado si este derecho es parte del contenido del artículo 20 CE o, simplemente, una expresión más de la libertad de empresa (art. 38 CE) en el ámbito informativo. El TC lo ha resuelto en la Sentencia 127/1994, a través de la consideración de este derecho a crear medios de comunicación como un derecho instrumental del derecho fundamental de libertad de expresión³⁴⁴.

³⁴³ cfr. STC 159/1986, de 16 de diciembre. En el mismo sentido, STC 107/1988, de 8 de junio; STC 51/1989, de 22 de febrero; STC 172/1990, de 12 de noviembre y STC 214/1991, de 11 de noviembre.

³⁴⁴ La STC 127/1994, dice: "Esta importante y matizada distinción -pues no puede llegar a ser una separación- entre los derechos fundamentales garantizados por el art. 20.1 de la Constitución y los derechos a instaurar soportes, instrumentos o medios de comunicación indispensables para el ejercicio de esas libertades ha

A) Empresas informativas:

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

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

a) Empresas periodísticas

Las empresas periodísticas, al menos formalmente, siguen reguladas por la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, si bien su contenido habrá que entender derogado en todo aquello que entre en contradicción con la CE conforme a la disposición derogatoria tercera de la CE. La Constitución supone la derogación (por su colisión con el artículo 20) de la Ley de Prensa de 1966 en lo referente a la censura previa, la sanción de suspensión, el secuestro administrativo, los límites que se recogen en el artículo 2 de esta Ley, la necesidad de inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas y la Junta de Fundadores. No existe, por tanto, una ley de prensa elaborada durante la vigencia de la actual Constitución. Reiteramos que la ley en una democracia es la expresión de la soberanía popular y que queda sometida al control de constitucionalidad, en cambio, la autorregulación que es la apuesta de los medios periodísticos sólo responde a intereses corporativos.

Las confesiones religiosas están sometidas, en cuanto a la regulación de las empresas periodísticas confesionales, al Derecho común; si bien, en relación con *publicaciones de la Iglesia católica* ha de tenerse en cuenta que en ejecución de lo dispuesto por la Disposición final segunda de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 se dictó el *Decreto de 23 de julio de 1966*³⁴⁵ surgiendo el problema de establecer si está vigente o no la Ley de Prensa de 1966 y este Decreto, sobre las publicaciones católicas, después de la aprobación de la Constitución Española de 1978. A partir de la promulgación de la CE y de la LOLR este Decreto ya no establece una situación privilegiada para la Iglesia Católica por estar equiparada dicha situación a todas las

³⁴⁵ No estaban afectadas por dicha Ley de Prensa e Imprenta, debido a su directa e inmediata dependencia de la jerarquía eclesiástica, las siguientes publicaciones:

- a) Las publicaciones oficiales de la Conferencia Episcopal española,
- b) Los boletines oficiales eclesiásticos de las diócesis españolas y las reproducciones editadas por las mismas de textos completos insertos en dichos boletines o que puedan considerarse como separatas de los mismos,
- c) Los boletines o publicaciones oficiales de órdenes, congregaciones e institutos religiosos que, para fines de su régimen interior, dependen directamente de su superior general o provincial; y,
- d) Aquellas otras disposiciones de carácter diocesano respecto de las cuales el Ordinario del lugar asume expresamente la responsabilidad por considerarlas instrumento de su magisterio y gobierno pastoral.

confesiones, más aún a todas las empresas periodísticas; es decir, no tiene sentido una exención de las publicaciones de la Iglesia Católica de la legislación general en esta materia periodística. Las publicaciones de la Iglesia Católica quedan sometidas al Derecho común.

b) Las empresas audiovisuales

Las empresas audiovisuales están reguladas en la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual. El artículo 3 de esta Ley 13/2022 establece el ámbito de aplicación de esta Ley.

El servicio de comunicación audiovisual televisivo es un servicio de interés general que se presta en ejercicio de la responsabilidad editorial al amparo de los derechos constitucionales a la libertad de expresión, a comunicar y recibir información, a participar en la vida política, económica, cultural y social y a la libertad de empresa, según indica el artículo 16 de la Ley 13/2022. Los medios audiovisuales no se someten al régimen jurídico de concesión, sino que algunos están sometidos a licencia (solamente los medios que emiten por ondas hertzianas, artículos 21 y siguientes de la Ley 13/2022) y, en cambio, otros medios audiovisuales están sometidos al régimen de comunicación previa (artículo 18 de la Ley 13/2022). Las licencias serán adjudicadas mediante concurso por el Gobierno.

Los artículos 50 y siguientes de la Ley 13/2022 regulan el servicio público de comunicación audiovisual. En el caso concreto del ámbito estatal, dicho servicio público está gestionado por la Corporación RTVE mediante un contrato programa. Estos artículos se completan con la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad pública, (por ejemplo, el artículo 2 de la Ley 17/2006). En fin, como ha señalado el T.C. la actividad de radiodifusión y televisión como servicio público no supone, por sí sola, un obstáculo insalvable para la gestión de los particulares de esa actividad, ni la ausencia de tal declaración representaría sin más la existencia de un derecho preestablecido a inscribir y reservar en el correspondiente registro, frecuencias determinadas de radio y televisión en favor de los particulares³⁴⁶.

³⁴⁶ cfr. STC 106/1986, de 14 de julio; STC 6/1981, de 16 de marzo; STC 12/1982, de 31 de marzo, STC 74/1982, de 7 de diciembre; STC 79/1982, de 10 de diciembre y STC 127/1994, de 5 de mayo, entre otras.

En relación con los **medios de comunicación confesionales** se someten al Derecho común; por lo tanto, el ordenamiento jurídico no establece normas especiales para dichos medios. En consecuencia, los medios audiovisuales dedicados, exclusivamente, a la difusión de información religiosa y el propio credo no vulneran, en la actualidad, el principio de laicidad debido a la modificación del régimen jurídico operado por la Ley 7/2010 (en la actualidad, derogada por la Ley 13/2022) al no calificarse jurídicamente esta actividad como servicio público de titularidad estatal. En todo caso, estos medios confesionales deben respetar los principios de tolerancia, de no dogmatismo, de respeto de las demás convicciones y creencias³⁴⁷.

³⁴⁷ El TEDH se ha pronunciado en varios casos sobre esta materia: a) asunto Murphy contra Irlanda, de 10 de julio de 2003, la Section 10 (3) del Radio and Television Act de Irlanda, de 1988, prohibía que tanto la radio como la televisión emitieran publicidad política o religiosa. Un grupo religioso solicitó a una emisora de radio local que emitiera anuncios publicitarios donde explicaban la relevancia de la resurrección. La STEDH considera que la ley irlandesa no vulnera el Convenio Europeo pues *se pretende evitar la emisión de mensajes religiosos radicales que podrían atentar contra el orden público si bien los poderes públicos de acuerdo con el principio de laicidad carecen de la competencia para determinar cuándo un mensaje religioso es válido y cuándo no* (parágrafo 43). *La prohibición de emitir publicidad religiosa a través de la radio y la televisión evitaba la discriminación entre los grupos religiosos, en función de su capacidad económica para anunciarse en estos medios de comunicación* (parágrafo 74); b) Caso United Christian Broadcasters (2000). El caso versa sobre la denegación a un grupo cristiano de la licencia de un múltiplex de radio digital. La Ley británica sobre la concesión de este tipo de licencias (Broadcasting Act de 1990 establece que las confesiones religiosas no pueden obtener licencias de televisión (Schedule II, part II, 2 Broadcasting Act 1990) ni licencia de radio de ámbito nacional (section 88)) excluye expresamente su concesión a entidades religiosas y por ello se rechazó la solicitud. La misma prohibición existe para grupos u organizaciones políticas. Que no pueda obtenerse este tipo de licencia nacional no implica la imposibilidad de emisión sino la necesidad de utilizar otros canales (radios locales principalmente). La recurrente cuestiona si esta limitación es contraria al derecho fundamental de libertad de expresión (artículo 10 CEDH). En las alegaciones de las autoridades británicas destaca como esta restricción se debe fundamentalmente a la escasez de la disponibilidad de espectro en ámbito nacional y que este sistema promueve un uso eficiente del mismo al garantizar el pluralismo de los medios de comunicación. *Se evita igualmente que pueda haber discriminación entre las muchas confesiones religiosas que se practican en el Reino Unido*. El tribunal considera que queda dentro del ámbito de la soberanía de los estados el regular el sistema de licencias de emisión (párrafo tercero del artículo 10). Al analizar si la restricción al derecho fundamental es proporcional

Todos los medios de comunicación (también los medios de audiovisuales confesionales) deben tener en cuenta la prohibición del artículo 122 de la Ley 13/2022³⁴⁸ y del artículo 138. ap. 4 que prohíbe insertar comunicaciones comerciales audiovisuales durante la emisión de los servicios religiosos. Además, el artículo 157 de esta Ley 13/2022, establece como infracción muy grave: “La emisión de contenidos audiovisuales que de forma manifiesta inciten a la violencia, a la comisión de un delito de terrorismo o de pornografía infantil o de carácter racista y xenófobo, al odio o a la discriminación contra un grupo de personas o un miembro de un grupo por razón de edad, sexo, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, raza, color, origen étnico o social, características sexuales o genéticas, lengua, religión o creencias, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, nacionalidad, patrimonio o nacimiento”.

B) Los servicios de la sociedad de información: las redes sociales y la manipulación de las conciencias

Por último, no se puede dejar de mencionar los **servicios de la información** (como internet o las “redes sociales”)³⁴⁹. Servicios

al fin público pretendido, el Tribunal constata que la exclusión no es ni discriminatoria ni arbitraria. En un país como el Reino Unido, *donde existe una gran variedad de confesiones religiosas y creencias políticas, la restricción es necesaria para evitar que una pueda dominar sobre las otras*. Además, la prohibición no es absoluta, puesto que sólo afecta a las licencias nacionales (3 analógicas y 1 digital). Por todo ello, la causa se declara inadmisibile; c) Caso Glas Nadezhda EOOD and Elenkov (2007), una empresa de Bulgaria solicitó una licencia de radio para la emisión de contenidos religiosos, que fue denegada.

³⁴⁸ Este artículo dispone: “Se prohíbe toda comunicación comercial audiovisual que vulnere la dignidad humana, fomente la discriminación contra un grupo de personas o un miembro de un grupo por razón de edad, sexo, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, raza, color, origen étnico o social, características sexuales o genéticas, lengua, religión o creencias, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, nacionalidad, patrimonio o nacimiento, fomente comportamientos nocivos para la seguridad o fomente conductas gravemente nocivas para la protección del medio ambiente”.

³⁴⁹ Vid, STEDH caso movimiento suizo de Raelianos contra Suiza, de 13 de enero de 2011. “En la actualidad visto el lugar y el papel que desempeñan las comunicaciones directas, como los teléfonos móviles e internet, parece difícil comprender que una asociación legal que dispone de su sitio web no prohibido no pueda utilizar los espacios públicos para promover las mismas ideas a través de carteles que no son ilícitos ni ofenden al público”. Y, también, en las

regulados por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y, en especial, el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (**Reglamento de Servicios Digitales**).

En la Ley 34/2002 se establece que estos servicios no están sujetos a autorización administrativa previa (art. 6). Este hecho no obsta para que se puedan establecer restricciones a la prestación de dichos servicios cuando se atente contra el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social (art. 8).

Las redes sociales³⁵⁰ como Facebook, X, Instagram, TikTok, etc. se han convertido en unos poderosos medios de comunicación en línea donde se procede a la recopilación de una inmensidad de datos personales que son ordenados gracias a algoritmos que utilizan la

Sentencias del TEDH, casos Vladimir Kharitonov c. Rusia, de 23 de junio de 2020 y, Melike c. Turquía, de 15 de junio de 2021, donde el TEDH reitera que internet se ha convertido en uno de los principales medios por el cual las personas ejercen su derecho de libertad de expresión.

³⁵⁰ Las redes sociales se han definido como “servicios prestados por proveedores de servicios de Internet, accesibles a través de diferentes instrumentos técnicos que posibilitan que los usuarios puedan diseñar un perfil, en el que harán constar determinada información personal –texto, imágenes o vídeos—, en virtud del que podrán interactuar con otros usuarios y localizarlos según los datos incluidos en aquél”, vid. LÓPEZ, D.: «La protección de datos de carácter personal en el ámbito de las redes sociales electrónicas: el valor de la autorregulación», en *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, 2009, p. 247 y ORTIZ LÓPEZ, P.: «Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de la información personal», en *Derecho y redes sociales*, Thomson-Reuters, 2010, p. 22-25.

inteligencia artificial³⁵¹ creando perfiles personalizados³⁵², cuya elaboración no puede vulnerar la normativa comunitaria sobre protección de datos y las normas españolas que surgen del artículo 18. 4 CE que dispone: “*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”. Conviene destacar que el uso de la informática no puede cercenar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos; limitación constitucional que habrá que tener muy presente en la regulación de la inteligencia artificial³⁵³. A esto se une la denominada “libertad informática”³⁵⁴, en tanto que capacidad reconocida a las personas en relación con su autodeterminación informativa o ante la informática³⁵⁵; es decir, como ha indicado el TC, en la STC 254/1993, el “derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático”. La jurisprudencia

³⁵¹ Sobre la normativa reguladora de la inteligencia artificial, vid. *The European AI Landscape*, European Commission, 2018; ATABEKOV, A. y YASTREBOV, O., «Legal status of artificial intelligence across countries: legislation on the move», en *European Research Studies Journal*, vol. XXI, 2018, p. 773-782; *Regulation of Artificial Intelligence in Selected Jurisdictions*, Law Library of Congress, 2019, *Artificial Intelligence: an overview of state initiatives*, FutureGrasp, 2019. En especial, la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial), de 21 de abril de 2021.

³⁵² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, define «elaboración de perfiles» como toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física”. Sobre el riesgo que supone para los derechos humanos la elaboración de perfiles, vid. O’CARROLL, J. y FRANCO, J.: «‘Muslim registries’, Big Data and Human Rights», Amnesty International, 2017.

³⁵³ En la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica se recoge: “Derechos fundamentales. Las actividades de investigación en materia de robótica deben respetar los derechos fundamentales”.

³⁵⁴ Vid. FROSINI, V.: «Bancos de datos y tutela de la persona», *Revista de Estudios Políticos*, 30, 1982, p. 21-40.

³⁵⁵ Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Tecnos, 1991 y, SÁNCHEZ BRAVO, A. A.: *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Universidad de Sevilla, 1998, p. 57 y ss..

constitucional, y muy especialmente, la STC 292/2000, ha venido a concretar el alcance, contenido y límites de este derecho fundamental a la protección de los datos personales³⁵⁶.

La manipulación de la conciencia a través de las redes sociales vulnera el derecho de información y la libertad de expresión. Entre las manifestaciones de esa manipulación se encuentra la censura previa de contenidos y las denominadas "fake news". Con otras palabras, las redes sociales seleccionan la información y las opiniones que circulan por las mismas. La manipulación de las conciencias significa una clara vulneración de la libertad de conciencia y los poderes públicos deben proteger su libre formación. Los motores de búsqueda seleccionan las ideas que se difunden a través de las redes sociales. Un algoritmo de búsqueda puede estar dirigido hacia ciertos tipos de contenido o proveedores de contenido, lo que pone en riesgo valores como el pluralismo informativo³⁵⁷. Los motores de búsqueda actúan para buscar, recibir o difundir información en función de los previsibles deseos de los usuarios. Las predicciones algorítmicas de las preferencias de los usuarios implementadas por las plataformas de las redes sociales guían no solo los anuncios que podemos ver, sino también personalizan los resultados de búsqueda y dictan la forma en que se organizan lo que vemos en las redes sociales, incluidas las noticias. Además, el uso de determinados algoritmos conduce a la fragmentación de lo que recibimos a través de la creación de "cámaras de eco". Este fenómeno supone que las redes sociales favorecen solamente a ciertos tipos de medios de comunicación, lo que aumenta los niveles de polarización social que pueden poner en grave peligro la cohesión social y el sistema democrático. En resumen, como dice el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, en su exposición de motivos: "Entre los principales desafíos que las nuevas tecnologías plantean desde el punto de vista de la seguridad pública

³⁵⁶ En consecuencia, la libertad de información como libre circulación de datos se erige en la libertad fundamental, principios como open access, neutralidad de la red, estar permanentemente conectados, son consustanciales a esta libertad de información cuyo sujeto es internet no los humanos.

³⁵⁷ *Algorithms and Human rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications.* Council of Europe, March 2018, p. 17, *Human rights in the robot age*, Report Rathenau Instituut, Council of Europe, 2017, pp. 37-39; PASQUALE, F. A.: *Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power*, Social Science Research Network. 2016.

se encuentra las actividades de desinformación, las interferencias en los procesos de participación política de la ciudadanía y el espionaje. Estas actividades se benefician de las posibilidades que ofrece la sofisticación informática para acceder a ingentes volúmenes de información y datos personales”.

En esta materia hay que tener muy en cuenta el contenido del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (**Reglamento de Servicios Digitales**) recoge la siguiente definición de «moderación de contenidos»: “las actividades, estén o no automatizadas, realizadas por los prestadores de servicios intermediarios, que estén destinadas, en particular, a detectar, identificar y actuar contra contenidos ilícitos o información incompatible con sus *condiciones generales*, que los destinatarios del servicio hayan proporcionado, por ejemplo la adopción de medidas que afecten a la disponibilidad, visibilidad, y accesibilidad de dicho contenido ilícito o de dicha información, como la relegación, la desmonetización de la información, el bloqueo de esta o su supresión, o que afecten a la capacidad de los destinatarios del servicio de proporcionar dicha información, como la supresión o suspensión de la cuenta de un destinatario del servicio”. Y, dentro de la evaluación de riesgos de las plataformas en línea (donde se incluyen las redes sociales) se incluye la difusión de contenido ilícito (art. 34 de este Reglamento comunitario).

Por último, sobre las redes sociales la Sentencia del TEDH, caso, Sanchez v. Francia, de 15 de mayo de 2023, resuelve la cuestión sobre la responsabilidad del titular de una cuenta en las redes sociales, en este caso, Facebook, por el contenido ilícito (incitación al odio) que aparece en la misma dentro de los comentarios³⁵⁸.

5. La participación de los grupos ideológicos en el control de los medios de comunicación.

El artículo 20.3 CE establece que la ley regulará el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público. Se ha definido *control*

³⁵⁸ Sobre esta materia, también, la STEDH caso Delfi As c. Estonia, de 16 de junio de 2015.

*democrático de los medios de comunicación como el conjunto de potestades ejercidas por los poderes públicos o por los propios medios (autocontrol) que determinan tanto las condiciones en que debe desarrollarse la actividad de éstos (control previo), según parámetros y principios constitucionales, como la verificación o comprobación por parte de aquéllos (poderes públicos y propios medios) de que la actuación de los medios de comunicación se desenvuelve conforme a los referidos parámetros y principios constitucionales (control a posteriori) con el fin de garantizar los derechos y libertades fundamentales imbricados en el derecho de libertad de conciencia (RODRÍGUEZ GARCÍA³⁵⁹). Así se ha afirmado: "el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión y de información por cualquier medio de reproducción queda precisamente garantizado cuando se permite que los ciudadanos, a través de los grupos en que se integran, tengan asegurado de modo efectivo el ejercicio real de tales derechos mediante su participación en la organización y control de los medios televisivos públicos y mediante el ejercicio del derecho de acceso para difundir sus pensamientos, ideas y opiniones" (DE LA QUADRA-SALCEDO³⁶⁰). Dicha participación, en principio, se plasma en el control ejercido por el Parlamento, como órgano de representación de la soberanía popular. Es decir, de esta manera es posible el pluralismo y se realiza la libertad de información como garantía institucional. Como consecuencia, este apartado tercero del artículo 20 constituye un mandato expreso dirigido al Poder legislativo para la ordenación y encauzamiento del ejercicio de las libertades de expresión y de información. Esta configuración, como mandato expreso dirigido al legislador, ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del siguiente modo: "El precepto en cuestión (*artículo 20.3 CE*) reserva a la Ley sólo la regulación de la organización y el control parlamentario de esos medios, imponiendo, sin embargo, al legislador un mandato (la garantía de acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos), que concede a esos grupos al menos el derecho a exigir que no se haga nada por impedir dicho acceso"³⁶¹.*

³⁵⁹ *El control de los medios de comunicación*, Editorial Dykinson, 1998.

³⁶⁰ "La televisión privada y la Constitución", en *Revista de Derecho Político*, nº 15, 1982, p. 76.

³⁶¹ vid. STC 6/1981, de 16 de marzo, en el fundamento jurídico nº 5. En el mismo sentido, el voto particular el magistrado FERNÁNDEZ VIAGAS a esta sentencia señala: "Se da el mandato al legislador de regular la organización y el *control*

Solamente vamos a detenernos en los medios audiovisuales de titularidad estatal; es decir, la Corporación RTVE que viene regulada por la Ley 17/2006, de 5 de junio. Los medios audiovisuales gestionados directamente por otras Administraciones públicas reproducen, casi de forma idéntica, este modelo estatal de control. Los órganos de control de la Corporación RTVE son: el Consejo de Administración de la Corporación de RTVE regulado en los artículos 10 a 16 de la Ley 17/2006 (modificados por el Real Decreto-Ley 15/2012, declarado inconstitucional por STC 150/2017 y, en actualidad, regulado por Ley 5/2017) donde se recoge la composición y sus funciones. El Presidente de la Corporación de RTVE se regula en el artículo 17 de la Ley 17/2006. La elección del Presidente de la Corporación RTVE se lleva a cabo por el Congreso de los Diputados y no por el Gobierno. Los artículos 19 a 21 regulan las funciones de este. El artículo 23 de la Ley 17/2006 (modificado por Real Decreto-Ley 15/2012), por su parte, crea el Consejo Asesor de la Corporación RTVE como órgano de participación directa de los grupos sociales que tienen alguna incidencia en estos medios audiovisuales; aunque sorprende que no se reconozca como miembros de dicho Consejo Asesor a las asociaciones de radioyentes y telespectadores. Sus funciones son, entre otras, sobre la programación y el derecho de acceso, aunque solamente consultivas. Un órgano novedoso creado por esta Ley, en el art. 24, es el Consejo de Informativos. El objetivo de este órgano es velar por la independencia, objetividad y veracidad de los contenidos informativos.

Como respuesta al artículo 20.3 CE, el artículo 58 de la Ley 13/2022 regula el control parlamentario que realizan las Cortes

parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y de garantizar el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad (art. 20.3)". Este mismo magistrado, en la STC 60/1982, de 11 de octubre establece, en otro voto particular a la mencionada Sentencia, que: "El propio artículo contiene el mandato al legislador de regular el control parlamentario de los medios de comunicación y de garantizar el acceso a dichos medios de los grupos sociales significativos respetando, el pluralismo político de la sociedad (art. 20.3) Y es así como el legislador constituyente reconoce a la libertad de expresión un aspecto institucional que tiende a asegurar, en el plano de la información, el pluralismo político que el art. 1. proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento político", (la cursiva es nuestra).

Generales, asambleas legislativas y órganos de gobierno correspondiente de los prestadores de servicio público.

El artículo 39 de esta Ley 17/2006 regula el control parlamentario de la Corporación RTVE que se lleva a cabo a través de una Comisión Mixta Congreso-Senado. El artículo 59 de la Ley 13/2022 regula el control de los medios audiovisuales por las autoridades audiovisuales correspondientes del servicio público audiovisual. Y, el artículo 153 regula la *autoridad audiovisual competente*. En primer lugar, establece que el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital es la autoridad audiovisual competente de ámbito estatal en los términos previstos en la Ley 13/2022. Entre las competencias del Ministerio se menciona la gestión de los títulos habilitantes para prestación de servicios de comunicación audiovisual y, por su parte, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia será la autoridad competente en el control y supervisión de las obligaciones previstas en esta Ley 13/2022. En fin, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual³⁶², conforme a los artículos 9 y 12 de la Ley 3/2013, modificados por la Ley 13/2022.

6. El derecho de acceso

El **derecho de acceso** se reconoce en el artículo 20. 3 CE y se ha concretado en el art. 28 de la Ley 17/2006. Así este artículo entiende por derecho de acceso dos tipos: Reconocimiento de manera global, que implica la participación de los grupos sociales y políticos significativos, como fuentes y portadores de información y opinión, en el conjunto de la programación de RTVE y, reconocimiento de manera directa, mediante espacios específicos en la radio y la televisión con formatos diversos, tiempos y horarios, fijados por el Consejo de Administración de la Corporación, oído el Consejo Asesor y conforme a lo establecido en la legislación general audiovisual.

³⁶² Esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se somete al control parlamentario (art. 39 de la Ley 3/2013). Se podrá crear consejos consultivos en los sectores de telecomunicaciones, audiovisual, de transportes y postal (disposición adicional nº 15 de Ley 3/2013).

RTVE ha elaborado un Reglamento sobre el derecho de acceso y las correspondientes directrices de dicho derecho (2007)³⁶³. Este derecho se ha puesto en marcha en el año 2009 a través de convocatorias semestrales sin que se haya concretado efectivamente y con carácter general, a excepción, de los grupos que lo tenían reconocido como las confesiones religiosas con acuerdos de cooperación (católica, evangélica, judía y musulmana) y los partidos políticos en período electoral, cuya programación es determinada por la Junta Electoral Central³⁶⁴. En este sentido, la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio que regula el Régimen Electoral General³⁶⁵ recoge las normas sobre la utilización de medios de comunicación de titularidad pública durante campañas electorales. Se determina el carácter gratuito de la utilización de dichos medios³⁶⁶ y la distribución del tiempo de emisión de acuerdo³⁶⁷ con unos baremos en virtud de los cuales el tiempo concedido oscila entre diez y cuarenta y cinco minutos.

7. Límites. Especial referencia a los sentimientos religiosos.

Todos los derechos fundamentales no son ilimitados, pero en relación con estas libertades de expresión y de información hay que

³⁶³ RTVE considera legitimados para el ejercicio del derecho de acceso a aquellos grupos sociales y políticos significativos que acrediten personalidad jurídica y representatividad social. En concreto, a efectos de determinar esa legitimación, se exigirá acreditar debidamente la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) que su naturaleza sea política o social

- Grupos políticos.
 - Sindicatos de implantación estatal o autonómica.
 - Asociaciones empresariales.
 - Confesiones religiosas.
 - Asociaciones y entidades de interés social sin ánimo de lucro, con especial atención a aquellas que trabajen a favor de los colectivos más desfavorecidos.
- b) que estén válidamente constituidos y gocen de personalidad jurídica. c) que merezcan el calificativo de significativos.

³⁶⁴ Se ha reconocido a los siguientes grupos sociales significativos el derecho de acceso a RTVE:

Fundación Esplai; Federación Estatal de Lesbianas, Gays y Bisexuales; Confederación Española de organizaciones a favor de las personas con Discapacidad intelectual; Foro español de paciente.

Dicho derecho de acceso no incluye la posibilidad de elaborar un programa propio sino se contempla el derecho de participar en programas que les puede afectar la temática.

³⁶⁵ cfr. artículos 9 a 67 de la L. O. 5/1985, del Régimen Electoral General.

³⁶⁶ cfr. artículo 60 de la L. O. 5/1985, del Régimen Electoral General.

³⁶⁷ cfr. artículo 64 de la L. O. 5/1985, del Régimen Electoral General, modificado por la L. O. 8/1991, de 13 de marzo.

advertir, como ha hecho el TC, que no es legítimo extender los límites recogidos en el artículo 20.4 CE a la libertad de conciencia (ideológica y religiosa) con relación a la manifestación externa de la misma (STC 20/1990)³⁶⁸. Dentro del contenido de los límites enunciados en el artículo 20. 4 CE se encuentran: el **derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; la protección de la juventud y la infancia; la seguridad nacional y seguridad pública; la salud pública; la moral pública; las leyes penales**³⁶⁹.

En relación con las normas penales mencionamos **los delitos de odio**³⁷⁰. En este apartado citamos los siguientes tipos penales:

³⁶⁸ "Porque al trasladar todo el problema a los límites que señala el núm. 4 del art. 20 -que es el marco en el que exclusivamente se centra la Sentencia del Tribunal Supremo- a los derechos que se reconocen y protegen en los apartados a) y d) del núm. 1 de este artículo, se equipara en punto a limitaciones la libertad ideológica con esos otros derechos fundamentales y por esta vía se restringe la mayor amplitud con que la Constitución configura el ámbito de aquel derecho. No se trata, naturalmente, de que la libertad ideológica en su manifestación externa a través de un artículo periodístico, pueda ser utilizada para eludir los límites que a la libertad de expresión impone el art. 20.4 de la Constitución, pero la visión globalizada de ambos derechos, o de las limitaciones con que han de ser ejercidos, no puede servir solamente «de interés para graduar el alcance de la faceta injuriosa del escrito e individualizar la pena», como afirma la Sentencia recurrida, sino que han de servir también y principalmente para determinar si la «faceta injuriosa», por no ser ésta la finalidad del artículo -como claramente resulta de la total lectura del mismo-, puede o debe desaparecer ante la protección a la libertad ideológica del autor que consagra el art. 16.1 de la Constitución. Hay, pues, que partir de este derecho fundamental y no entenderlo simplemente absorbido por las libertades de expresión e información del art. 20".

³⁶⁹ El Código Penal recoge una serie de tipos delictivos directamente relacionados con la libertad de expresión y de información que conllevan la limitación de los mismos, como son los delitos de injurias y calumnias (arts. 205 a 216 CP); delitos contra las instituciones del Estado (art. 490.3; 491; 496; 504; 505 y 543 CP); apología del terrorismo (art. 578 CP) y del genocidio (STC 607.2 CP) En relación a este apartado del artículo 607 del CP hay que tener muy presente la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, que declara inconstitucional la expresión "nieguen".

³⁷⁰ Las redes sociales han elaborado guías para perseguir el discurso de odio, por ejemplo, **Red Social: X;**

Referencias de odio

Prohibimos dirigirnos a personas o grupos con contenido que haga referencia a formas de violencia o eventos violentos donde una categoría protegida fue el objetivo o las víctimas principales, cuando la intención es acosar. Esto incluye, entre otros, medios o textos que hagan referencia o representen:

- genocidios (por ejemplo, el Holocausto);

- La provocación al odio, la discriminación o la violencia (art. 510. 1 CP), debiendo concurrir las circunstancias propias de la provocación regulada en el artículo 18.1 CP.
- La difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones; justamente sobre las características diferenciales que enumera el art. 510. 2 CP (ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía). En este punto hay que tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH y, en consecuencia, no se protege todo grupo caracterizado por esas circunstancias sino aquellos grupos o minorías, especialmente desprotegidos, que tienen un historial de opresión o desigualdad, o que se enfrentan a prejuicios profundamente arraigados, hostilidad y discriminación (caso Savva Terentyev contra Rusia, de 4 de febrero de 2019)³⁷¹.
- Se tipifica como delito la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos de genocidio (art. 607.2 CP). La Sentencia del TC 235/2007, de 7 de noviembre

-
- linchamientos.

Incitación

Prohibimos incitar a comportamientos dirigidos a personas o grupos de personas pertenecientes a categorías protegidas. Esto incluye:

- incitar al miedo o difundir estereotipos aterradores sobre una categoría protegida, incluida la afirmación de que los miembros de una categoría protegida tienen más probabilidades de participar en actividades peligrosas o ilegales, por ejemplo, "todos [grupos religiosos] son terroristas".
- incitar a otros a acosar a miembros de una categoría protegida dentro o fuera de la plataforma, por ejemplo, "Estoy harto de que estos [grupo religioso] piensen que son mejores que nosotros, si alguno de ustedes ve a alguien usando un [símbolo religioso del grupo religioso] ¡Quítaselo y publica fotos!
- incitar a otros a discriminar mediante la negación de apoyo a la empresa económica de un individuo o grupo debido a su percepción de pertenencia a una categoría protegida, por ejemplo, "Si vas a una tienda [de un grupo religioso], estás apoyando a esos [insultos], dejemos de darle nuestro dinero a estos [insultos religiosos]". Esto no puede incluir contenido de naturaleza política, como comentarios políticos o contenido relacionado con boicots o protestas.

³⁷¹ ALCÁCER, R.: "Protección de sentimientos religiosos y discurso de odio", en *Azafea: Revista De Filosofía*, 23 (1), 2022, p. 131-132.

de 2007, declaró inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “*nieguen o*” de este apartado 2º del artículo 607.

- Finalmente, se incluye en el CP como agravante la comisión de un delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación (art. 22.4 CP³⁷²).

Con relación a la jurisprudencia sobre los discursos de odio se ha indicado que los mismos no quedan amparados por la libertad de conciencia. En las reiteradas Sentencias del TEDH (casos Garaudy c. Francia, 24 de junio de 2003; Günduz c. Turquía, 4 de diciembre de 2003; Norwood c. Reino Unido, 16 de noviembre de 2004; Alinak c. Turquía, 29 de marzo de 2005; Souias et autres c. Francia, 10 de julio de 2008; Feret c. Bélgica, 16 de julio de 2009), el TEDH ha examinado supuestos de discursos del odio, contra los que pueden imponerse limitaciones proporcionadas, a “todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promueven o justifiquen el odio basado en la intolerancia”. De esa doctrina resulta que los discursos del odio no resultan amparados por las garantías de la libertad de expresión. En concreto, viene considerando (por todas, STEDH caso Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el

³⁷² Modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio. Sobre los actos racistas, xenófobos o intolerantes en el deporte, vid. STC 214/1991 y la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte y su desarrollo reglamentario (el Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero). También, vid. el Plan Nacional para la implementación de la Estrategia europea de lucha contra el antisemitismo (2023-2030). Sobre este Plan Nacional, vid. MURILLO MUÑOZ, M.: “La estrategia europea de lucha contra el antisemitismo y su implantación en España”, en *Secularización, cooperación y Derecho. Estudios en homenaje a la profesora Dra. D^a Ana FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ*, Servicio de publicaciones del Ministerio de la Presidencia, 2023 p. 427 y ss.

antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia³⁷³ (SSTEDH *Gündüz c. Turquía* de 4 de diciembre de 2003, § 41; *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006). EL TEDH han establecido dos notas distintivas para poder calificar un acto comunicativo como “discurso del odio”: (i) que suponga una incitación directa a la violencia y (ii) que se dirija contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular”. Otra nota es que la discriminación debe dirigirse a grupos que históricamente han sufrido esta discriminación, en un contexto de marginación. En conclusión, se ha afirmado que en España los miembros de la religión católica, como grupo religioso hegemónico, no pueden ser sujetos pasivos de los delitos de odio (art. 510 CP)³⁷⁴.

Por su parte, en la STS 224/2010, de 3 de marzo, se afirma que el discurso del odio, “no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica”. Se trata de expresiones de odio porque van más allá de la mera exposición de una idea o de una opinión, por chocante u ofensiva que pueda resultar para la comunidad. Se trata, por el contrario, de expresiones o conductas expresivas, que, a través de la fuerza o vis atractiva de la persuasión, por la contundencia del contenido agresivo que se emplea, tienen unos efectos concretos, porque anudan, vinculan, persuasión y acción en el auditorio o público al que se dirigen. El efecto concreto que producen es independiente, incluso, de la voluntad de su autor, del emisor del discurso, porque el clima de odio, discriminación y violencia hacia ciudadanos que se vierte a un público, en ocasiones dispuesto a oír ese mensaje, crea espacios de impunidad para las conductas violentas. De este modo, implican una legitimación de la violencia y de aquellos que realizaron conductas violentas. Ese es, precisamente, el contenido de la incitación al odio, la provocación al odio que exige la tipicidad del art. 510 del Código penal y a la que se refiere el Tribunal Constitucional en la STC 235/2007. Por tal motivo, esos discursos quedan extramuros del ámbito de protección

³⁷³ La Recomendación núm. R (97) 20 del Consejo de Europa considera que “el término ‘discurso del odio’ abarca cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el *etnocentrismo*, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante” (STEDH *Feret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, § 44).

³⁷⁴ ALCÁCER, R.: “Protección de sentimientos religiosos y discurso de odio”, en *Azafea: Revista De Filosofía*, 23 (1), 2022, p. 131-132.

de la libertad de expresión, que no puede servir de cobertura porque suponen una incitación directa o indirecta a la violencia contra ciudadanos en general, o contra concretos ciudadanos que se hayan situados en determinadas situaciones. La STC 235/2007 parte del siguiente aserto sobre la falta de cobertura de la libertad de expresión para este tipo de manifestaciones: "la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular". Consecuentemente, no hay justificación posible en la libertad de expresión. La Sentencia del Tribunal Constitucional se hace eco de las construcciones sobre el discurso del odio, cuyo contenido esencial ya contempla la provocación directa o indirecta al odio, y trata de diferenciar, a través de esa exigencia de provocación directa o indirecta al odio, la mera difusión de un hecho histórico, que sería atípico, de la difusión justificadora de ese hecho con las connotaciones vejatorias que la justificación conlleva.

En resumen, "Ni la libertad ideológica ni la libertad de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo"³⁷⁵ y, prosigue, diciendo el TC: "Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; 160/2003, de 15 de septiembre, FJ 4). En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el art. 20.1 CE no garantiza «el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los

³⁷⁵ Vid. STC 214/1991 y STC 48/2003.

fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)» (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8)³⁷⁶. En definitiva, hay que diferenciar entre la intolerancia como idea de la acción intolerante³⁷⁷.

Un ejemplo sobre las normas penales como límite de la libertad de expresión es el caso del imam de Fuengirola³⁷⁸.

³⁷⁶ STC 235/2007.

³⁷⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑES, T.: *La libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 317.

³⁷⁸ La condena del Imán de Fuengirola (Málaga), Mustafá Kamal, por sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona (nº 3) de 12 de enero de 2004, por haber escrito el libro "La mujer en el Islam". Este imán fue condenado como autor responsable de un delito de provocación a la violencia por razón de sexo, al recoger algunas formas de maltrato a las mujeres. El imam fue condenado a un año y tres meses de prisión por un delito de apología de la violencia de género, tipificado en el art. 510.1 del Código Penal. En el libro antes citado se justificaba los malos tratos a las mujeres y realizaba recomendaciones para golpear sin dejar huella. El caso debía resolver el conflicto entre el derecho de libertad religiosa en su vertiente externa, a través de la manifestación del derecho a divulgar un credo a través de la imprenta (proselitismo) y el derecho a la integridad física de la persona, amparado en el art. 15 de la CE. Más importancia tiene en este ámbito la aplicación del principio de laicidad como garantía del ejercicio del derecho de libertad en igualdad. En el fundamento número 5 se recoge: "Otro de los argumentos de justificación empleados, la imposibilidad de contradecir el texto del El Corán sin incurrir en herejía, (...) concluir que otra interpretación del versículo 34 ya mencionado no era posible, fue desmontado con la traducción alternativa que testigos que comparten la fe del causado ofrecieron en el plenario concluyendo que el maltrato físico o moral está absolutamente proscrito en el Texto Sagrado, afirmación coincidente con las conclusiones sobre la violencia doméstica del III Congreso de la Mujer Musulmana, de 1 de marzo de 2002 (...) En un Estado aconfesional, artículo 16. 3 de la Constitución, integrado en la Unión Europea que promueve abiertamente la laicidad de la sociedad, ni la posibilidad de ser tratado por los correligionarios como un hereje o ser expulsado, ni el respeto por la ortodoxia doctrinal pueden servir de fundamento a la publicación de opiniones provocadoras de la violencia física contra las mujeres por la única razón de su sexo, promoviendo conductas que transgreden el derecho fundamental a la integridad física y moral, gravemente atentatorias contra la dignidad de aquéllas y constitutivas de infracción penal grave tras una reciente reforma legal que refleja el hastío de la sociedad hacia cualquier forma de maltrato a las mujeres". El Tribunal viene a establecer que existe un islam compatible con la democracia y los derechos humanos.

Dentro de este apartado es conveniente detenerse en el estudio de los **sentimientos religiosos como posible límite a la libertad de expresión**³⁷⁹.

El artículo XIV del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales (AEAC) de 3 de enero de 1979. Este artículo recoge el deber de respeto a "*los sentimientos de los católicos*" por parte de los medios de comunicación social del Estado subordinado siempre este deber de respeto a los principios de libertad religiosa y de expresión. No puede establecerse un tratamiento diferenciado de los sentimientos de los católicos porque supondría una valoración previa de lo religioso por parte del Estado lo que provocaría una violación del principio de laicidad; recibirían mejor trato los sentimientos de los católicos que los de los demás. Además, el respeto a los sentimientos de los católicos se entiende siempre respetuoso con los principios de libertad religiosa y de libertad de expresión. Lo determinante, por tanto, es que en el propio Acuerdo se configura la libertad de expresión como límite de ese respeto especial y no a la inversa. *En ningún caso los sentimientos de los católicos, pueden ser límite de la libertad de expresión.* La expresión "respeto de la ética cristiana y de los sentimientos de los católicos" es innecesaria debido a que cualquier otra interpretación de los sentimientos religiosos incurriría en inconstitucionalidad por vulneración de los principios de libertad e igualdad religiosa, libertad de expresión y el principio de laicidad. Los sentimientos católicos serán respetados en función del grado de protección que merecen otras creencias religiosas o no

³⁷⁹ Vid. casos del Comité de Derechos Humanos, caso nº 736/1997 (*Ross c. Canadá*); comunicación nº 550/1993 (*Faurisson c. Francia*), dictamen aprobado el 8 de noviembre de 1996; Comunicación nº 1868/2009, caso Andersen contra Dinamarca; Comunicación Nº 30/2003, *La comunidad judía de Oslo y otros c. Noruega*, opinión aprobada el 15 de agosto de 2005. Y del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la comunicación nº 34/2004, *Gelle contra Dinamarca* y la Recomendación general nº 35 sobre la lucha contra el discurso de odio racista, de 26 de septiembre de 2013, donde se recoge: "teniendo presente que "las críticas contra dirigentes religiosos o los comentarios sobre la doctrina religiosa o el dogma" no deben prohibirse ni castigarse. El Comité también ha prestado atención al discurso de odio dirigido contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo, las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras manifestaciones de odio similares contra grupos etnorreligiosos, así como las manifestaciones extremas de odio tales como la incitación al genocidio y al terrorismo".

religiosas; bien sea a través de la tutela penal³⁸⁰ o bien a través de la protección de la dignidad humana y, como consecuencia de ésta, el derecho al honor³⁸¹. En definitiva, lo que se protege es la convivencia democrática³⁸²; por tal motivo, consideramos que no tiene justificación el sometimiento de esta materia al Derecho especial, pues la regulación del Derecho común es suficiente; otro supuesto supondría simplemente la vulneración del principio de igualdad³⁸³.

La **protección penal** de los sentimientos religiosos está regulada en los arts. 524 y 525 CP. Estos artículos implican una clara valoración positiva de las confesiones religiosas y de la religión, en general; consecuentemente, implica la vulneración de la neutralidad religiosa y, por ende, la libertad de expresión y el derecho de información. La STEDH de 2 de agosto de 2006, asunto *Tatlav contra Turquía*, establece que las religiones no quedan exentas de las críticas ya sean religiones mayoritarias (como en el caso que se juzga, la

³⁸⁰ El artículo 525 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995 amplía el ámbito de protección a los que no profesan religión o creencia alguna (vid. voto concordante del juez Pettiti en la Sentencia del T.E.D.H. *Wingrove c. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1996). Por otra parte, sobre la jurisprudencia en esta materia; cfr. Auto del TC 180/1986, de 21 de febrero y STS de 25 de enero de 1983 y STS de 25 de marzo de 1993 (esta última sentencia sobre la inexistencia de ánimo de atentar contra los sentimientos religiosos católicos por la emisión de un vídeo de un grupo musical en un programa de TVE); SAP de Sevilla (Secc 4) nº 553/04, de 7 de junio, que absolvió al acusado que exhibió una imagen de la Virgen María junto a los genitales de un varón; AP de Valladolid (Secc 4ª) nº 367/05, de 21 de octubre, que absolvió también al acusado que había exhibido en época de Semana Santa y en el recorrido de la procesión, una pancarta con la imagen de la Virgen María y de Jesús con la leyenda "Adúltera con su bastardo"; SAP de Valladolid (Secc 2ª) nº 251/11, de 9 de junio, archivó la querrela presentada contra un intérprete que en una actuación humorística parodió al Papa y a la curia, puso en duda ciertos dogmas de la religión católica y repartió preservativos. La Sala argumentó que "los hechos que aparecen en el visionado, y en los que se pretende fundar dicho comportamiento delictivo, lo que ponen de relieve es un posicionamiento laico y, si se quiere, anticlerical del conferenciante sin que ello constituya realmente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica, ni vejación de quienes los profesan o practican; la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid, de 8 de junio de 2012, sobre el video de Javier Krahe de cómo cocinar un crucifijo.

³⁸¹ cfr. STC 214/1991, de 11 de noviembre; STC 176/1995, de 11 de diciembre y STC 106/1996, de 12 de junio (fund. jur. nº 7).

³⁸² cfr. Auto del T.C. 180/1986, de 21 de febrero.

³⁸³ Sobre la derogación de estos delitos, vid. ALCÁCER, R.: "Protección de sentimientos religiosos y discurso de odio", op. cit., 2022, p. 120.

religión musulmana en Turquía) o minoritarias³⁸⁴. En este sentido, prosigue el Tribunal Europeo diciendo que: “no observa en la intención crítica un tono insultante que se dirigiera directamente a los creyentes, ni un ataque injurioso a los símbolos sagrados, en concreto a los de los musulmanes, aun cuando sin duda éstos puedan sentirse ofuscados por la lectura del libro debido a los comentarios un tanto cáusticos a su religión”³⁸⁵. En el apartado segundo del artículo 525 CP se tipifica penalmente, siguiendo un discutible criterio igualitario, a los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.

Es deseable la desaparición de este delito que queda muy lejos de los postulados de un Derecho penal laico y garantista y que hasta la fecha sólo ha servido para canalizar la indignación de quienes se han sentido ofendidos por el ataque a unas creencias religiosas que, no obstante, ser respetables, ya no pueden ser consideradas parte del orden constitucional que teóricamente protege la norma. Lo único directamente protegido por la Constitución es la libertad religiosa, que sin embargo queda protegida a través de otros delitos. El intento del legislador de desviar el centro de tutela desde la religión a los sentimientos, además de introducir un componente de inseguridad y arbitrariedad en lo que a su contenido se refiere, no consigue el fin deseado³⁸⁶. En todo caso, nunca se puede tutelar la religión (vulneración del *principio de laicidad*) sino la libertad de religión.

El ataque a los postulados religiosos es, así, el vehículo necesario de la lesión de los sentimientos o, en otras palabras, no está prevista la sanción de la afección a los sentimientos sin el ataque a la religión. De lo anterior deriva una nueva fuente de problemas, pues, como no podía ser de otro modo en un Estado pluralista, no se protegen *los sentimientos asociados a una sola religión, sino a cualquiera, mientras que los respectivos contenidos pueden ser no sólo distintos, sino hasta contradictorios, y lo respetuoso para una puede ser ofensivo para otra, sin que el autor de la declaración ofensiva pueda ser siempre consciente de ello o bien siéndolo, sólo le quede optar por el silencio si no quiere ofender a nadie*³⁸⁷. No son,

³⁸⁴ Considerando nº 27.

³⁸⁵ Considerando nº 28.

³⁸⁶ CUGAT, M.: “Acerca de la protección penal de los sentimientos religiosos en los medios de comunicación”, en *Medios de comunicación y pluralismo religioso*, 2010, p. 44.

³⁸⁷ *Ibíd.*, p. 41.

por lo tanto, las religiones las que deben ser protegidas, sino las personas que las profesan. En fin, el TEDH respecto a los sentimientos de los católicos ha dicho que “el texto publicado contiene conclusiones y formulaciones que pueden ofender, conmocionar o incluso perturbar a algunos, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que tales ideas no pierden, como tales, el beneficio de la libertad de expresión” (caso *Giniewski contra Francia*, de 31 de enero de 2006) y ha reiterado que un grupo religioso debe tolerar la negación por parte de otros de sus creencias religiosas e incluso la propagación por parte de otros de doctrinas hostiles a su fe, siempre que las declaraciones en cuestión no inciten al odio o la intolerancia religiosa (caso *Tagiyev y Huseynov contra Azerbaiyán*, de 5 de diciembre de 2019). Y, el mismo TEDH, en el caso *Nasirov y otros contra Azerbaiyán*, de 20 de febrero de 2020, ha indicado que no se puede prohibir la distribución de literatura religiosa porque se critique a otras religiones incluso con expresiones despectivas. Por último, en el caso *Bouton contra Francia*, de 13 de octubre de 2022, el TEDH observa que los órganos jurisdiccionales nacionales, aunque habían optado por adoptar una postura basada en la libertad de religión, no examinaron si la acción del demandante era “gratuitamente ofensiva” para las creencias religiosas, si era ofensiva o si incitaba a la falta de respeto o al odio hacia la Iglesia católica y, el TEDH concluye que se ha vulnerado la libertad de expresión y que la pena de prisión que se impuso no era “necesaria en una sociedad democrática”³⁸⁸.

³⁸⁸ Sobre casos similares, vid. STEDH caso *Mariya Alekhina y otros c. Rusia*, de 17 de julio de 2018 y STC 192/2020, de 17 de diciembre.

LECCIÓN 8ª

LEYES NEUTRALES, OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y "ACOMODACIÓN RAZONABLE". (Primera parte)

1. Conductas libres en conciencia, normas neutrales, objeción de conciencia y "acomodación razonable". A) **Biomedicina y Derecho.** a) **La autonomía del paciente.** b) **Transexualidad y la identidad sexual.** c) **Eutanasia.** B) **Uso de vestidos y símbolos como expresión de la identidad de la persona o por la pertenencia a una minoría cultural y las normas neutrales.** C) **Las objeciones de conciencia.** a) **Contradicción entre norma de conciencia y el cumplimiento de un deber público.** a.1. **Objeción de conciencia al servicio militar.** a.2. **Objeción fiscal.** a.3. **Objeción a formar parte de una mesa electoral.** a.4. **Objeción a formar parte del tribunal del jurado.** a.5. **Objeciones en el sistema educativo.** b) **Contradicción entre norma de conciencia y una obligación de carácter contractual o estatutario.** b.1. **Descanso semanal y festividades religiosas.** b.2. **Objeción de conciencia al aborto.** b.3. **Objeción de conciencia a otras prácticas sanitarias (esterilización, reproducción asistida, farmacéutica).** b.4. **La cláusula de conciencia de los periodistas.** b.5. **Negativa a participar en actos religiosos.** b.6. **Objeción de conciencia a celebrar matrimonios homosexuales.** D) **La objeción de conciencia a los tratamientos médicos. Rechazo a los tratamientos médicos: las transfusiones de sangre (Testigos de Jehová).** E) **Alimentación en centros públicos y sacrificio de animales**

1. Conductas libres en conciencia, normas neutrales, objeción de conciencia y "acomodación razonable".

Las conductas libres en conciencia "se trata de la esfera de conductas tipificadas por la propia conciencia no sólo como libres, de manera que en conciencia están permitidas tanto la acción (hacer) como la omisión (no hacer), sino también como sustraídas a la posibilidad de ser reguladas por el Derecho por constituir el círculo último de la radical libertad de la persona"³⁸⁹.

En el ATC 551/1985, se dice: "el art. 16 de la C. E. que reconoce el derecho a la libertad religiosa que en cuanto libertad de conciencia se concreta en la posibilidad jurídicamente *garantizada de acomodar su conducta religiosa* y su forma de vida a sus propias convicciones con exclusión de cualquier intervención por parte del Estado quien

³⁸⁹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. II*, op. cit., p. 357.

asume la protección del ejercicio de aquella libertad frente a otras personas o grupos sociales". No obstante, el TC en la Sentencia 166/1996, de 28 de octubre, fundamento jurídico nº 4 ha afirmado que: *"Pero de estas obligaciones del Estado y de otras tendentes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias"*.

El **acomodo razonable** es una obligación jurídica que deriva del derecho a la no discriminación, consistente en tomar medidas razonables para armonizar una acción o inacción con una determinada demanda de ejercer un derecho, a menos que ello cause una carga excesiva. En este caso, se ha defendido que el acomodo no está incorporado a una norma explícitamente, sino que deriva de las normas que garantizan la no discriminación en el ejercicio de otros derechos, particularmente, la libertad de conciencia. Su reconocimiento supone aceptar excepciones a la aplicación uniforme de la ley o, dicho de otro modo, *supone aceptar la pluralidad en la aplicación de las leyes*. Es decir, la existencia de diferentes estatutos jurídicos personales. El acomodo razonable busca otorgar un trato diferenciado a personas que resultarían perjudicadas o discriminadas en virtud de su pertenencia a un grupo o por una condición personal, lo que abarca las creencias religiosas, sean éstas más o menos compartidas con otros ciudadanos. El acomodo razonable así entendido es un instrumento jurídico al servicio del multiculturalismo y que tiende a favorecer la identidad colectiva de los grupos. El acomodo deviene no razonable cuando en vez de favorecer obstaculiza la integración normalmente bajo la forma de una exención de la aplicación de la ley, a condición de que tal solución sea compatible con el interés público³⁹⁰. El concepto jurídico de acomodados o ajustes razonables se debe emplear, solamente, como una

³⁹⁰ Sobre esta materia, vid. WOEHRLING, J.: "La liberté de religion, le droit à l'accommodement raisonnable et l'obligation de neutralité religieuse de l'état en droit canadien", *Revista Catalana de Dret Public*, 33, 2006, p. 369-403; en el caso *Karnel Singh Bhinder v. Canadá*, Comunicación. 208/1986, de 1989, del Comité de Derechos Humanos, se recoge que: "El artículo 18 no impone un deber de "ajustes razonables", que el concepto de la libertad de religión consiste en la libertad de la intervención del Estado, pero no tiene la obligación positiva de los Estados Parte a proporcionar asistencia especial para conceder exenciones a los miembros de grupos religiosos que les permitan practicar su religión".

discriminación positiva para los colectivos que no pueden elegir su situación. En el ordenamiento jurídico los ajustes razonables se utilizan para lograr la integración de los discapacitados³⁹¹. Los discapacitados no eligen serlos, los creyentes sí. En consecuencia, los ciudadanos deben ser conscientes que al asumir unas determinadas creencias o convicciones también asumen la carga que implica pues dichas creencias (religiosas o no) pueden entrar en contradicción con las normas vigentes o, que incluso, sean muy difícil llevarlas a cabo porque no se pueden imponer al resto de la sociedad. Como conclusión a lo que se lleva dicho, debemos advertir que jurídicamente no se pueden aplicar la técnica de ajustes o acomodos razonables cuando se ejerce la libertad de conciencia (religiosa o no) pues dicho reconocimiento supone la creación de auténticos privilegios. Con otras palabras, no se puede flexibilizar la aplicación de una norma neutral, si existe una discriminación indirecta³⁹² se debe denunciar para declarar nula dicha norma, aparentemente, neutral. En fin, las normas deben ser, siempre, neutrales y no existe, jurídicamente, cabida a los acomodos razonables en materia de libertad de conciencia.

En segundo lugar, se estudia en este apartado, las **objeciones de conciencia**. En un Estado democrático las normas jurídicas son la expresión de la voluntad general y del principio de igualdad (una ley igual para todos). La objeción de conciencia es una reacción individual ante una auténtica contradicción entre norma de conciencia y norma jurídica. La pretensión de quien percibe esa contradicción será o, bien que el ordenamiento le libere por vía de excepción de la

³⁹¹ Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, definición recogida en la Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad de 2006 y el artículo 5 sobre ajustes razonables para las personas con discapacidad de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

³⁹² El art. 6 de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación define: “La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2”.

obligación general o, bien que le permita sustituir el cumplimiento de esa obligación general por otra alternativa que no atente contra su conciencia. Pero no cualquier tipo de contradicción tiene cabida bajo la denominación de objeción de conciencia sino solo aquellas contradicciones que atenten contra lo que se ha venido a denominar el "núcleo duro" de nuestra propia conciencia³⁹³. En este sentido, se entiende que si el individuo es infiel a esas convicciones más profundas (núcleo duro de su conciencia) dicha actuación supondría su despersonalización. Por otra parte, tampoco existe un derecho de objeción de conciencia de carácter general pues dicho reconocimiento conllevaría la negación del Derecho y del propio Estado democrático. La objeción de conciencia se configura como "un derecho excepcional y de ejercicio excepcional que para su exigibilidad necesita ser reconocido siempre"³⁹⁴. Por lo tanto, no se puede confundir objeción de conciencia con acomodo razonable.

³⁹³ El TEDH, en la sentencia de 15 de enero de 2013, caso Eweida, recoge: "El deber de Estado de neutralidad e imparcialidad, será incompatible con cualquier tipo e iniciativa por parte del Estado para evaluar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas en que esas creencias se expresan". Es decir, los parámetros de coherencia, seriedad, cohesión e importancia son los requisitos para que una determinada creencia o convicción fuese considerada bajo el amparo de la libertad de conciencia (STEDH de 25 de febrero de 1982, caso Campbell and Cosans v. U.K.). Una crítica a esta doctrina del TEDH, vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "El fútbol como forma de entender la vida y su protección a través de la libertad de conciencia", en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y entretenimiento*, nº 75, 2022.

³⁹⁴ La doctrina del TC sobre objeción de conciencia se resume en la sentencia 19/2023, de 22 de marzo, con las siguientes palabras:

"La Constitución se refiere de manera expresa a ella únicamente como exención a las «obligaciones militares de los españoles» y al cumplimiento del posible «servicio militar obligatorio» (art. 30.2 CE), ámbitos estos en los que se muestra en conexión, según tempranamente advirtió este tribunal, con la libertad ideológica que garantiza el art. 16.1 CE (STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 6). Más allá de lo prescrito en aquel primer precepto constitucional, el art. 16.1 CE «por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o "subconstitucionales" por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos» (SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3; 321/1994, de 28 de noviembre, FJ 4, y 55/1996, de 28 de marzo, FJ 5, así como el ATC 135/2000, de 8 de junio, FJ 2). No obstante, el legislador no debe ignorar o desdeñar, a la hora de regular determinadas materias, la posibilidad de que la imposición incondicionada de ciertas obligaciones pudiera llegar a comprometer gravemente la libertad de conciencia de algunas de las personas concernidas, al colocarlas ante la encrucijada excepcional de renunciar a

La diferencia entre objeción de conciencia y **desobediencia civil** (delincuente de convicción y delincuente de conciencia³⁹⁵) la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 459/2019, de 14 de octubre, con las siguientes palabras: “Pertenece a la misma esencia de la desobediencia civil la actitud de asumir las consecuencias legales –penales si alcanzan ese nivel- de los actos de protesta o discrepancia canalizados a través de esa fórmula. De hecho, en ese gesto de aceptación de la pena se ha visto por algunos un ejemplo moral para la comunidad”³⁹⁶.

Dentro de las conductas libres en conciencia nos detenemos en esta Lección en las relacionadas con la biomedicina; la identidad

convicciones morales racionalmente argumentables, aunque no compartidas por la mayoría, o sufrir, por ser con ellas consecuentes, la sanción que fuera aparejada al incumplimiento de un deber legal. En este sentido, y solo en él, se ha de entender la apreciación que el Tribunal hizo en su día, ante el silencio de una regulación legal concreta, en orden a que la objeción de conciencia «forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa» (STC 53/1985, FJ 14). De lo anterior se sigue que en modo alguno existe en nuestro ordenamiento, sobre la base del art. 16.1 CE, un genérico derecho fundamental a sustraerse, alegando imperativos de conciencia, a cualesquiera deberes jurídicos, lo que constituiría un inconcebible, por absurdo, poder de veto individual frente a la legislación y «la negación misma de la idea del Estado» (STC 161/1987, de 27 de octubre, FJ 3). Cuestión distinta es que el legislador pueda o, incluso en algunos casos deba, reconocer el carácter moralmente controvertido de ciertas decisiones normativas sobre asuntos vitales y permitir entonces, con las debidas garantías para el interés general, que el individuo inicialmente obligado llegue a quedar exento de cumplir con un mandato no conciliable con sus más arraigadas convicciones. En tales hipótesis, la libertad de conciencia podría quedar comprometida si el legislador hubiera desconsiderado por entero, contra toda razón, tales situaciones de conflicto o compromiso personal extremo, siempre que tuvieran suficiente arraigo cultural y si las garantías que al efecto hubiera predispuesto fueran ignoradas mediante actos o resoluciones singulares, eventualidades ante las que los remedios jurisdiccionales en protección del derecho fundamental enunciado en el art. 16.1 CE quedarían sin duda plenamente abiertos. No existe, en suma, tal derecho general o indeterminado a la objeción de conciencia, pero son concebibles casos en que proceda la defensa jurisdiccional de la libertad de conciencia ante la plena ignorancia por la ley de una objeción que debió haberse considerado por el legislador o frente a quien aplicó la legalidad sin respetar sus disposiciones en garantía de quien pudiera llegar a declararse objetor”.

³⁹⁵ Remisión a la Lección 4.

³⁹⁶ Un estudio jurisprudencial sobre la desobediencia civil se encuentra en la STS 2997/2019, de 14 de noviembre, sobre el denominado “procés en Cataluña”.

personal (cultural³⁹⁷, transexual, transgénero, cyborg³⁹⁸, transespecies³⁹⁹); el uso de vestidos y símbolos. Y, en la Lección siguiente se englobarán todas las conductas libres en conciencia relacionadas con el derecho a fundar familia.

A) Biomedicina y Derecho.

En este apartado las conductas libres en conciencia relacionadas con la Biomedicina nos vamos a detener, especialmente, en el derecho a la procreación. En concreto, el derecho negativo (renunciar al derecho a la procreación) o bien con conductas que permiten alcanzar ese objetivo; esto es, tener descendencia.

- Aborto (interrupción voluntaria del embarazo).

La interrupción voluntaria del embarazo por parte de la mujer se empezó a reconocer en determinados supuestos en el art. 417 bis CP de 1973, reformado en el año 1985. Este artículo inicia el camino de la despenalización, si bien parcial (en tres supuestos).

La STC 53/1985, de 11 de abril, determinó la constitucionalidad de esta reforma penal y estableció las siguientes premisas: La vida del nasciturus es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 CE. Si bien no se puede afirmar que el nasciturus sea titular del derecho fundamental a la vida. En palabras del TC: "No pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta

³⁹⁷ Sobre la identidad cultural, nos remitimos a la Lección 4.

³⁹⁸ Cíbor es definido por de la RAE como organismo cibernético; como un ser formado de materia viva y dispositivos electrónicos. Se plantea, por tanto, si se tiene derecho a tener implantes electrónicos para mejorar nuestras vidas. Sobre esta materia, vid. *Manifiesto Ciborg. El sueño irónico de un lenguaje común para las mujeres en el circuito integrado*, de Donna HARAWAY (1984); PUIG HERNÁNDEZ, M. A.: "Cíborgs: el cuerpo humano, los dispositivos tecnológicos y la libertad", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 40 (2019); ASÍS ROIG, R. de.: "Desafíos éticos de los ciborgs", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (30), 2019, p. 1-25.

³⁹⁹ LÓPEZ-GUZMÁN, J.: "Transespecie: tránsito de los humanos a no humanos", en *Journal of Education and Culture*, vol. 3, nº 5, 2022.

sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental". Añade, el TC que "El valor vida y la integridad de la madre (grave peligro para su salud), como derecho fundamental de la mujer prevalece sobre el derecho del nasciturus y la decisión le corresponde a la mujer". El núm. 1 contiene en realidad dos indicaciones que es necesario distinguir: El grave peligro para la vida de la embarazada y el grave peligro para su salud. En cuanto a la primera, se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del nasciturus. En este supuesto es de observar que, si la vida del nasciturus se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida, lo que descartan también los recurrentes, aunque lo fundamenten de otra manera; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre. En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de grave peligro para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada". Con posterioridad el TC, ha confirmado que: "Los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 CE" (STC 116/1999).

El Código Penal de 1995 mantuvo vigente el artículo 417 bis. Este artículo será finalmente derogado por la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo. Esta Ley viene a reconocer a la mujer el derecho subjetivo a la interrupción voluntaria del embarazo conforme a lo dispuesto en esa norma y que explícita el artículo 12 de la misma: "Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación"⁴⁰⁰. La Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, ha modificado la Ley orgánica 2/2010, por ejemplo, respecto a la edad de las menores para interrumpir su

⁴⁰⁰ Sobre el derecho de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo, vid. STEDH, caso M. L. contra Polonia, de 14 de diciembre de 2023.

embarazo sin el consentimiento de los padres o tutores legales (artículo 13 bis).

- **Esterilización**

El art. 156. 2 CP solo se penaliza estas técnicas (vasectomía, ligaduras de trompas) si se realizan sin consentimiento del paciente. En relación con estas conductas, hay que distinguir entre el menor de edad que no puede ser esterilizado en ningún caso (en estos supuestos se califica la esterilización como delictiva, incluso la realizada con su consentimiento o con el de sus representantes legales) y la persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica en cuyo caso se puede proceder a la esterilización si es autorizada por el juez. Por último, los mayores de edad libremente pueden decidir dicha intervención quirúrgica de esterilización. La STC 14 de julio de 1994 niega que se pueda calificar a la esterilización como trato vejatorio o degradante y, en relación con los incapaces, el TC dice que la esterilización se justifica en el interés del incapaz pues lo que pretende procurar es "mejorar las condiciones de vida y de bienestar, equiparándoles en todo a las personas capaces".

Como introducción a estas técnicas que facilitan el derecho a la procreación dos son las normas que hay que tener en cuenta en esta materia: el Convenio sobre la protección de los Derechos Humanos en las aplicaciones de la biología y la medicina, de 4 de abril de 1997 y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente. Estas normas recogen como principios generales: exigencia del consentimiento, libre y voluntario; información previa al paciente; confidencialidad de los datos sobre la salud del paciente. Como ha indicado el TS (Sentencia nº 3/2001, de 12 de enero; entre otras) "el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada por la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia", "se trata, sigue diciendo el TS, de un derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atiente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo".

- **Técnicas de reproducción asistida**

La Ley 14/2006, técnicas de reproducción asistida tiene por objeto: la regulación de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas; la regulación de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas y, finalmente, la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados⁴⁰¹. Los artículos 2 a 9 regulan el régimen jurídico de estas técnicas. El artículo 6.1. establece que toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a la utilización de estas técnicas de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

La STC 116/1999 declaró la constitucionalidad de la anterior reguladora de esta materia (Ley 35/1988). Esta sentencia determina que: "Ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, "persona humana", por lo que, del hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 CE) o a la dignidad humana (art. 10.1. CE)".

- **Investigación biomédica**

Por su parte, la Ley 14/2007, de investigación biomédica, indica que se asegurará la protección de la dignidad e identidad del ser humano con respecto a cualquier investigación que implique intervenciones sobre seres humanos en el campo de la biomedicina, garantizándose a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto

⁴⁰¹ Esta Ley entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

a la integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales (art. 2).

Dentro del articulado de estas Leyes se diferencia entre: preembriones, embriones, fetos, células madre (adultas-embrionarias). A esto se une el denominado fenómeno "bebes-medicamento" que se regula artículo 12.2 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de reproducción humana asistida. Este *diagnóstico preimplantacional* se autorizará "caso por caso".

Por otra parte, la *gestación por sustitución* se regula en el art. 10 de la Ley 14/2006 y en el artículo 32 de la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero⁴⁰². Conforme a estos artículos será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Y, en consecuencia, la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. No obstante, la DGRN ha dictado la Resolución de 8 de febrero de 2009; la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre la inscripción registral de la filiación de los nacidos mediante gestión por sustitución en otros países, como los Estados Unidos y, la Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Es decir, para la inscripción del menor en el Registro civil español se debe aportar una resolución judicial dictada por un Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido⁴⁰³.

⁴⁰² Este artículo de la LO 1/2023 dice: "1. La gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, por el que se acuerda la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. Se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero". Y, el artículo 33 de la Ley orgánica 1/2023 prohíbe la promoción publicitaria de la gestación subrogada.

⁴⁰³ Sobre este asunto, también se ha pronunciado el TEDH (caso Paradiso y Campanelli c/ Italia, de 24 de febrero de 2017) y la STS 1153/2022, de 31 de marzo.

Por último, la normativa española permite, con ciertas matizaciones, la **manipulación de genes humanos**, siempre con fines terapéuticos (artículo 13 de la Ley 14/2006) y se penaliza aquella manipulación de genes que no tengan esa finalidad terapéutica (art. 159 CP). Además, se prohíbe la **clonación reproductiva** (art. 161 CP; Protocolo Adicional del Convenio para la protección de los derechos humanos en las aplicaciones de la biología y la medicina de 2001 y el art. 1.3. de la Ley 14/2006).

a) La autonomía del paciente

La Ley 41/2002 regula la autonomía del paciente en el ámbito sanitario relacionándolo con los siguientes principios: exigencia del consentimiento, libre y voluntario; información previa al paciente; confidencialidad de los datos sobre la salud del paciente. Por lo tanto, este principio autonomía del paciente está relacionado con el derecho a la libre disposición del propio cuerpo y, en consecuencia, con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10. 1 CE) y, también, con la neutralidad del personal sanitario a la hora de informar al paciente para que éste, libremente, pueda tomar una decisión sobre su propio cuerpo⁴⁰⁴.

b) Transexualidad y la identidad sexual.

Como ha indicado la doctrina, la sexualidad y la orientación sexual forman parte integrante de las señas de identidad de la persona (LOPEZ-GALIACHO⁴⁰⁵). Se puede hablar de transexualidad cuando existe una discordancia entre apariencia sexual externa (órganos sexuales) y la vivencia interna por parte de la persona. La cirugía transexual está despenalizada, en España, desde 1983 y, en la actualidad, el art. 156 CP solo tipifica esta conducta cuando se realiza sin el consentimiento de la persona. Una vez que se produjo la despenalización, el problema se trasladó a la inscripción de ese cambio de sexo en el Registro Civil. El Tribunal Supremo desde el año 1987 (2 de julio) reconoció este derecho al cambio registral justificándolo en el libre desarrollo de la personalidad. El artículo 4 de

⁴⁰⁴ PAREJO GUZMÁN, M^a. J.: *Consentimiento informado y autonomía del paciente: su aplicación en el ocaso de la vida en la España y Europa del siglo XXI*, 2018.

⁴⁰⁵ *La problemática jurídica de la transexualidad*, McGraw-Hill, 1998.

la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, no exige para el cambio registral ni sentencia ni operación quirúrgica. Esta Ley 3/2007 ha sido derogada por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. En el artículo 3 de esta Ley se define, jurídicamente, los términos: intersexualidad, orientación sexual, identidad sexual, persona trans, familia LGTBI, LGTBIfobia, homofobia, bifobia y transfobia. El artículo 17 prohíbe las terapias de conversión. Y, en los artículos 43 y siguientes se regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Esta Ley reconoce a toda persona mayor de dieciséis años el derecho a solicitar por sí misma ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral relativa al sexo. Las personas menores de dieciséis años y mayores de catorce podrán presentar la solicitud por sí mismas, asistidas en el procedimiento por sus representantes legales. Además, esta Ley reconoce el ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole.

En relación con la jurisprudencia del TS hay que indicar que si bien reconocía el cambio registral no por ello el TS atribuía a dicho cambio todos los efectos jurídicos posibles, en concreto, no se permitía contraer matrimonio con el nuevo sexo inscrito en el Registro. Tenía, por tanto, que existir diferencia de sexos biológicos o cromosómicos para contraer matrimonio. Esta prohibición fue finalmente eliminada a través de la Resolución de la DGRN, de 8 de enero de 2001. En esta Resolución se indica que la inscripción registral de cambio de sexo atribuye todos los efectos jurídicos, incluido el derecho a contraer matrimonio con ese nuevo sexo. Esta equiparación plena se ha confirmado por el TEDH en las sentencias I. C. contra Reino Unido y Christine Goodwin contra Reino Unido, de 11 de julio de 2002. No obstante, este problema ha perdido, en principio, importancia después de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de matrimonio de personas del mismo sexo y el artículo 5 de la Ley 3/2007.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su sentencia STC 99/2019, de 18 de julio, ha declarado inconstitucional el artículo 1.1 de la citada ley, en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a las personas menores de edad con "suficiente madurez" y que se encuentren en una "situación estable de transexualidad". De este modo, el Tribunal Constitucional considera que dejar fuera del ámbito subjetivo de tal derecho a las personas menores de edad, supone que a estas se les priva de la eficacia del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad en lo que se refiere a decidir acerca de la propia identidad. Según el tribunal, "esta restricción es de un grado particularmente intenso porque condiciona una manifestación de primer orden de la persona y, consecuentemente, incide de un modo principal en su dignidad como tal individuo, cuya salvaguarda es la justificación última de un Estado constitucional como el establecido en la Constitución Española". Sentencia del TC que se menciona, expresamente, en el Preámbulo de la Ley 4/2023.

Y, también, varias Comunidades autónomas han elaborado leyes sobre esta materia (se pueden citar como ejemplos: Canarias, Ley 2/2021; Madrid, Ley 3/2016⁴⁰⁶).

c) Eutanasia.

El artículo 15 CE lo que está configurado como un derecho constitucional es el derecho a una vida digna e, implícitamente, a una muerte, también, digna, con exclusión de tratamiento inhumanos y degradantes⁴⁰⁷. El Tribunal Constitucional (STC 120/1990, de 27 de junio) niega que el derecho a la vida entrañe el derecho a la muerte. Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva (valor social) que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla

⁴⁰⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "Libertad de conciencia, laicidad y cooperación con las confesiones religiosas en la comunidad de Madrid", en *Secularización, cooperación y Derecho. Estudios en homenaje a la profesora Dra. D^a Ana FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ*, Servicio de publicaciones del Ministerio de la Presidencia, 2023, p. 210 y ss..

⁴⁰⁷ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia. II*, 2011, op. cit., págs. 387 y ss.

fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe. En el mismo sentido, el TEDH (Pretty contra Reino Unido, de 4 de abril de 2002).

Este reconocimiento de la eutanasia se reconoce a los enfermos terminales; es decir, afectados por una enfermedad incurable e irresistible, con dolores insoportables y con una muerte cercana y segura. Por ello, existe el derecho a una muerte digna voluntaria y responsablemente querida. Se pueden diferenciar las siguientes clases de eutanasia:

- Pasiva: en este caso el médico se limita a no alargar inútilmente la vida del paciente utilizando los medios a su alcance. En esta clase de eutanasia se incluye el derecho del paciente a la desconexión de aparatos que le mantienen su vida de modo artificial; es decir, que no exista "encarnizamiento médico". Este tipo de eutanasia se recoge en el artículo 9 de la Ley 41/2002 como un auténtico derecho subjetivo.
- Activa Indirecta: lo que requiere este supuesto es una actuación activa de la que se va a derivar la muerte del paciente, pero la finalidad de esta actuación es aliviar el dolor del paciente, aunque como consecuencia de ese tratamiento médico se va a acortar la vida del paciente. Este supuesto lo relacionamos directamente, en muchos casos, con los denominados "cuidados paliativos".
- Activa Directa: el objetivo principal es la muerte del paciente con o sin su consentimiento. Con consentimiento del paciente estaríamos ante lo que se ha denominado "suicidio asistido".

En España, esta conducta (eutanasia activa directa) está incluida en el art. 143.4 Código Penal español que ha sido modificado por la LO 3/2021 y se ha añadido un apartado 5 a este artículo del CP que dice: "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia".

En relación con el denominado "suicidio asistido"⁴⁰⁸ diferentes países han aprobado leyes sobre la legalización sobre el suicidio asistido medicamentalizado como por ejemplo Holanda, Bélgica, Suiza, Australia, Canadá, algunos estados de EE. UU.. La importancia de esta materia se ha visto confirmada por una sentencia de la Corte Suprema de Columbia Británica (Canadá) que declara inconstitucional la ley que prohíbe el suicidio asistido. Esta sentencia señala que las condiciones para que una persona tenga derecho a solicitar el suicidio asistido es que sea alguien "competente, completamente informado y no ambivalente" y, en consecuencia, se excluyen a las personas con depresión clínica del derecho a solicitar el suicidio asistido. La ley belga de 2002 sobre la eutanasia garantiza el suicidio asistido medicamentalizado eximiendo de cualquier responsabilidad penal a los facultativos médicos, eso sí tomándose todas las precauciones jurídicas para tutelar la voluntad de los pacientes. Lo más importante de esta legislación belga es que encuentra su fundamento en el pluralismo ético. *Esta ley belga es una prueba del reconocimiento del principio de laicidad en el ordenamiento jurídico belga pues el Estado no asume como propia una particular concepción religiosa, sino que garantiza el derecho de autodeterminación de cada ciudadano.* Este Derecho a decidir encuentra su fundamento en la pluralidad ética de la sociedad. No se impone a los ciudadanos en ese momento de decidir sobre su vida una opción con la que los pacientes no se sientan identificados⁴⁰⁹.

Esta materia ha sido regulada por la **Ley orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia**. El objeto de esta Ley es regular el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, el procedimiento que ha de seguirse y las garantías que han de observarse. Puede solicitar este derecho aquellas personas que sufran un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o, una enfermedad grave e incurable.

La sentencia del TC 19/2023, de 22 de marzo, declara constitucional el contenido de esta Ley orgánica 3/2021, reguladora de la eutanasia.

⁴⁰⁸ Sentencias TEDH caso Pretty v. Reino Unido, 29 de abril de 2009 y caso Haas v. Svizzera, de 20 de enero de 2011.

⁴⁰⁹ Sobre esta Ley belga, vid. la STEDH caso Mortier contra Bélgica, de 4 de octubre de 2022.

Las decisiones sobre los tipos de eutanasia pueden incluirse en el denominado "testamento vital" (art. 11 de la Ley 41/2002 y normativa autonómica sobre esta materia). En relación con la normativa autonómica destaca la Ley andaluza 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte. En el Preámbulo de esta Ley, se delimita el concepto de eutanasia: "Como un intento de delimitar el significado de la palabra eutanasia existe hoy en día una tendencia creciente a considerar solo como tal las actuaciones que: a) producen la muerte de los pacientes, es decir, que la causan de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, b) se realizan a petición expresa, reiterada en el tiempo, e informada de los pacientes en situación de capacidad, c) se realizan en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad incurable que los pacientes experimentan como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios, por ejemplo, mediante cuidados paliativos, y d) son realizadas por profesionales sanitarios que conocen a los pacientes y mantienen con ellos una relación clínica significativa". Finalmente, el artículo 4 de esta Ley andaluza regula los principios básicos que son: "la garantía del pleno respeto del derecho a la plena dignidad de la persona en el proceso de la muerte; la promoción de la libertad, la autonomía y la voluntad de la persona, de acuerdo con sus deseos, preferencias, creencias o valores, así como la preservación de su intimidad y confidencialidad; la garantía de que el rechazo de un tratamiento por voluntad de la persona, o la interrupción del mismo, no suponga el menoscabo de una atención sanitaria integral y del derecho a la plena dignidad de la persona en el proceso de su muerte; la garantía del derecho de todas las personas a recibir cuidados paliativos integrales y un adecuado tratamiento del dolor en el proceso de su muerte; la igualdad efectiva y la ausencia de discriminación en el acceso a los servicios sanitarios en el proceso de la muerte". Esta Ley andaluza ha servido de ejemplo para otras leyes autonómicas (Ley foral 8/2011, de 24 de marzo; Ley aragonesa 10/2011, de 24 de marzo, y la Ley canaria 1/2015, de 22 de enero de 2015). Una cuestión importante en relación con el principio de laicidad es la presencia de los capellanes católicos como miembros de los Comités de Ética asistencial y de los Equipos Interdisciplinarios de Cuidados Paliativos

por ejemplo en la comunidad autónoma de Madrid⁴¹⁰. La presencia permanente de los capellanes católicos es incompatible con el principio de laicidad pues su presencia se justifica por su condición de religiosos, afectando sus decisiones a todos los enfermos, incluso, aquellos que no son católicos. Su presencia lo que pretende es garantizar una particular visión religiosa en esta materia y, respondería a un modelo de confesionalidad católica, contrario al *principio de laicidad*. La STC 24/1982 establece que los valores e intereses religiosos no se pueden erigir en parámetros para medir la legitimidad de los actos de los poderes públicos ni tampoco pueden fundamentarse sus actos en dichos valores religiosos.

B) Uso de vestidos y símbolos como expresión de la identidad de la persona o por la pertenencia a una minoría cultural y las normas neutrales.

Hacemos mención, en primer lugar, al problema del porte del pañuelo islámico (hijab) por parte de las alumnas en la escuela pública. Los derechos y principios que concurren para permitir el porte o no en la escuela pública son los siguientes. Respecto a la posibilidad de denegar el porte: el principio de igualdad (discriminación de la mujer) y el principio de laicidad (neutralidad del Estado, separación y educación laica). Los artículos de la Constitución para justificar su porte: artículo 10.1. (dignidad y libre desarrollo de la personalidad), artículo 14 (no discriminación por motivos religiosos, igualdad), artículo 16 (libertad religiosa), artículo 20 (libertad de expresión), artículo 27 (derecho a la educación) y el artículo 18 (propia imagen, identidad personal). No entramos a determinar el contenido exacto del porte del pañuelo islámico en el sentido de si tiene un componente religioso basado en el Corán y que podría ser de sumisión a Alá o al hombre (padre o marido) o si se debe a una tradición desvinculada de lo religioso, lo que creemos más importante es si se lleva con o sin

⁴¹⁰ Vid. Decreto madrileño 61/2003 de 8 de mayo y, el Convenio de 6 de julio de 2020, entre la Comunidad de Madrid, a través de la Consejería de Sanidad, el Servicio Madrileño de Salud y la Provincia Eclesiástica de Madrid (Archidiócesis de Madrid, Diócesis de Alcalá de Henares y Diócesis de Getafe) para la asistencia religiosa católica en los centros hospitalarios del Servicio Madrileño de Salud; vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "Libertad de conciencia, laicidad y cooperación con las confesiones religiosas en la comunidad de Madrid", en *Secularización, cooperación y Derecho. Estudios en homenaje a la profesora Dra. D^a Ana FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ*, Servicio de publicaciones del Ministerio de la Presidencia, 2023, p. 212.

coacción. La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid, de 25 de enero de 2012 y, la STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2013, sigue la doctrina del TEDH sobre que la prohibición del porte del velo islámico no vulnera la libertad religiosa y se fundamenta en la defensa del principio de laicidad, entendido de forma estricta como recoge el ordenamiento francés⁴¹¹.

No existiría, como regla general, inconveniente en permitir su porte siempre que el mismo no sea un acto de provocación ni sea portado con ánimo belicoso, ostentativo o sectario como señaló el Consejo de Estado francés⁴¹². Tales criterios serían aplicables a este

⁴¹¹ En cuanto a la protección del orden público, es evidente que la laicidad constituye un valor constitucional que se vincula con la protección de los valores democráticos y de los principios de libertad de religión y de igualdad, reconocidos en el art. 16 CE cuando establece: "ninguna confesión tendrá carácter estatal" orientada a proteger al individuo no sólo contra las injerencias arbitrarias del Estado sino también contra las presiones exteriores, de modo que la libertad de manifestar la religión puede ser restringida con el fin de preservar estos valores. En consecuencia, dado que la laicidad es un principio constitucional cuya defensa es primordial particularmente en los centros públicos, cualquier actitud que no respete este principio, no puede ser admitida como parte de la libertad de manifestar su religión, no beneficiándose de la protección que garantiza el art 9 del Convenio, en concordancia con el art. 16 de la Constitución, siguiendo la doctrina del Tribunal de Estrasburgo.

⁴¹² Vid., entre otras, las Sentencias de 2 de noviembre de 1992 y de 14 de marzo de 1994. "El porte de los alumnos de signos por los cuales ellos entienden manifestar su pertenencia a una religión no es por sí mismo incompatible con el principio de laicidad, en la medida en que constituya el ejercicio de la libertad de expresión y de manifestación de creencias religiosas, pero esta libertad no debe permitir a los alumnos enarbolar signos de pertenencia religiosa que, por su naturaleza, por las condiciones en las cuales sean llevados individual o colectivamente, o por su carácter ostentatorio o reivindicativo, que constituyan un acto de presión, de provocación, de proselitismo o de propaganda; que comporten un atentado a la dignidad o a la libertad del alumno o de otros miembros de las comunidad educativa; que comprometan su salud o su seguridad; o que perturben el desarrollo de las actividades docentes o la función educativa de los profesores o que perturben el orden en el establecimiento o el normal funcionamiento del servicio público". Según el artículo L. 141-5-1 del Código de Educación, que incorpora la ley del 15 de marzo de 2004 (Ley sobre el porte de signos que manifiesten la pertenencia religiosa en las escuelas públicas) no se puede tolerar el uso de prendas que demuestren ostensiblemente una afiliación religiosa en el ambiente escolar. En aplicación de este artículo, tras un diálogo con el estudiante, si éste se niega a abandonarlo dentro del establecimiento escolar o durante las actividades escolares, se deberá iniciar un

caso como a cualquier otra manifestación ideológica (religiosa o no). Y el artículo 18.1 CE reconoce el derecho a la propia imagen que comprende la libertad de la persona para elegir los elementos integrantes de su imagen externa. El aspecto físico es un instrumento básico, como ha indicado el TC, de proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo⁴¹³. En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentenciado que la prohibición del porte del pañuelo islámico no vulnera el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STEDH Dogru v. Francia, 2008; Leyla Sahin v. Turquía, 2004; Kervanci v. Francia, de 2008; Ebrahimian contra Francia, 26 de noviembre de 2015). Igualmente, en relación con la prohibición del porte del burka o niqab, la STEDH en el caso S.A.S. V. Francia, 1 de julio de 2014. En cambio, en la STEDH caso Ahmet Arslan y otros contra Turquía, de 23 de febrero de 2010; sobre las sanciones impuestas en aplicación de una regulación general sobre la vestimenta con signos religiosos. La sentencia reconoce la existencia de una violación del artículo 9 del Convenio, al concluir que, atendidas las circunstancias del caso, «la necesidad de la restricción litigiosa no se encuentra acreditada de manera convincente». Además, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, caso Bikramjit Singh contra Francia, de 4 de febrero de 2013, considera que la Administración educativa francesa ha vulnerado la libertad religiosa de los sijs al prohibirles llevar turbante. Y, en el mismo sentido, el caso Sonia Yaker contra Francia, de 17 de julio de 2018.

También hay que tener en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las Sentencias de 14 de marzo de 2017, en los asuntos C-157/15 Achbita, Centrum voor gelijkheid van

procedimiento disciplinario. La Circular de 27 de marzo de 2012 sobre extensión del principio de laicidad que incluye la prohibición del porte de los símbolos religiosos en los acompañantes de las excusiones en los centros educativos públicos. El Decreto nº 2023-782, de 16 de agosto de 2023, relativo al respeto de los principios de la República y a la protección de los estudiantes en los establecimientos educativos dependientes del Ministro responsable de la educación nacional, modifica el artículo 421-10 del Código de Educación y dispone que el director del establecimiento iniciará un procedimiento disciplinario "cuando el estudiante comete un acto que viole gravemente los principios de la República, en particular el principio de laicidad". Y, también, la Ley de prohibición del velo integral en espacios públicos de 11 de octubre de 2010.

⁴¹³ STC 156/2001; STC 99/1994; STC 81/2001.

kansen en voor racismebestrijding / G4S Secure Solutions y C-188/15 Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) / Micropole Univers, que ha venido a concluir que "una norma interna de una empresa que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso no constituye una discriminación directa" además, "en ausencia de tal norma, la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional que permita descartar la existencia de una discriminación". Y, también, la Sentencia del TJUE de 15 de julio de 2021, asuntos WABE y MH Müller Handles, establece que: "una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, dimanante de una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, puede estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios, siempre que, en primer lugar, este régimen responda a una verdadera necesidad de este empresario, necesidad que incumbirá a este acreditar tomando en consideración especialmente las expectativas legítimas de dichos clientes o usuarios y las consecuencias desfavorables que sufriría sin tal régimen, habida cuenta de la naturaleza de sus actividades o del contexto en el que estas se inscriben; en segundo lugar, esa diferencia de trato sea apta para garantizar la correcta aplicación de dicho régimen de neutralidad, lo que implica que el mismo régimen sea seguido de forma congruente y sistemática, y, en tercer lugar, esa prohibición se limite a lo estrictamente necesario en consideración a la amplitud y la gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal prohibición" y, además, "una discriminación indirecta basada en la religión o las convicciones, dimanante de una norma interna de una empresa que prohíbe llevar signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo con el objetivo de garantizar un régimen de neutralidad en el seno de dicha empresa, solo puede justificarse si esa prohibición cubre toda forma visible de expresión de las convicciones políticas, filosóficas o religiosas. Una prohibición limitada al uso de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas que sean vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación directa basada en la religión o las convicciones, que,

en cualquier caso, no puede justificarse". Y, en este ámbito laboral, también mencionamos la STSJ de La Rioja, de 23 de febrero de 2017.

Se ha planteado el problema del porte del pañuelo islámico en la realización de actividades deportivas y de educación física; sin que se haya resuelto ni normativa ni judicialmente estos conflictos en España (STEDH, caso Osmanoglu y Kocabas contra Suiza, de 10 de enero de 2017). Además, el porte del velo por parte de abogadas se ha planteado en la STS de 2 de noviembre de 2010; ATC de 31 de enero de 2011 y Decisión del TEDH caso Barik Edidi contra España, de 26 de abril de 2016.

Por último, algunos ayuntamientos han aprobado ordenanzas prohibiendo el uso del denominado "velo integral" como, por ejemplo, la Ordenanza Municipal de civismo y convivencia de Lleida, de 13 de marzo de 2000, modificada el 8 de octubre de 2010. La Sentencia del TSJ de Cataluña de 6 de junio de 2011 declaró la adecuación de esta Ordenanza municipal al ordenamiento jurídico. La STS de 14 de febrero de 2013 revoca la esta sentencia. El TS considera que la libertad de manifestar la propia religión comprende el derecho de llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona; es decir, el uso del velo integral constituye una manifestación del ejercicio de la libertad religiosa⁴¹⁴. El TS considera que la CE exige para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental, como la libertad, religiosa la existencia de una ley. El TS insiste en la exigencia indeclinable de una ley previa que establezca el límite para el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa. En consecuencia, las entidades locales son incompetentes para proceder a la regulación de dicha prohibición que afecta al ejercicio de un derecho fundamental⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Vid. fund. jur. nº 9. Por ejemplo, como cita la STS, el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 del Comité de Derechos Humanos indica que el porte de un atuendo (del velo integral, en concreto) forma parte del contenido de la libertad religiosa pero este derecho, que no es absoluto, puede ser limitado por la ley en función de algunos de los bienes contenidos en el artículo 18.3 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966.

⁴¹⁵ El porte de símbolos religiosos por parte de los militares en su uniforme o la adaptación del mismo a las exigencias religiosas del militar. En este punto, recordamos la Decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, caso Kenneth Riley y otros, v. Canadá, de 21 de marzo de 2002.

En relación con la posible colisión entre libertad religiosa manifestada a través del porte de símbolos religiosos, por parte de las profesoras en la escuela pública, y la neutralidad del Estado⁴¹⁶. En este supuesto, conviene tener presente la doctrina sentada por la STC 5/1981, de 13 de febrero, donde se establece que los centros públicos de enseñanza deben ser ideológica y religiosamente neutrales, así como la prohibición de adoctrinamiento por parte de los profesores. El profesor, en un centro público, representa a la Administración pública, pues es un funcionario de la misma; por ese motivo debe garantizar la neutralidad religiosa a través de la objetividad y el rigor científico evitando el adoctrinamiento de tal forma que la neutralidad no se configura a través de la presencia de profesores de diferentes opciones religiosas o ideológicas en el centro educativo⁴¹⁷. Además, se debe garantizar el derecho de los padres a elegir una educación pública y laica alejada de la presencia de lo religioso. En este sentido, compartimos la doctrina de la sentencia del TEDH caso Dahlab v. Suiza de 15 de febrero de 2001 donde se recoge que “el principio de neutralidad del Estado exige a los profesores, que representan la autoridad del Estado, no interfieran en las creencias religiosas de sus alumnos”. Además, debemos tener presente también la modulación que se contempla en torno al ejercicio de la libertad de cátedra en relación con el grado de inmadurez y vulnerabilidad del destinatario del sistema educativo (el menor) lo que permite concluir la imposibilidad de portar el pañuelo islámico en las escuelas públicas excepto en las clases de religión islámica. Por otra parte, sobre el uso de símbolos religiosos por parte de los trabajadores de empresas privadas se analiza en la STEDH caso Eweida contra Reino Unido, de 27 de mayo de 2013. En esta sentencia se resuelve dos supuestos sobre el porte de una cruz en una aerolínea, donde se considera que

⁴¹⁶ En este punto conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre esta materia. En concreto, la Sentencia de 24 de septiembre de 2003 donde se considera que falta base legal para no admitir a una profesora por llevar el hijab. Prosigue, el Tribunal alemán, diciendo que el derecho a portar se ampara en el derecho a la libertad religiosa y habrá que probar el adoctrinamiento que supone una falta de aptitud para el desempeño de la función docente. Diferentes Länder después de esta sentencia han elaborado normas educativas que prohíben, expresamente, el porte de hijab por parte de las profesoras.

⁴¹⁷ La STC 5/1981 recoge: “Esta neutralidad (...) es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica”.

se ha vulnerado la libertad religiosa; en cambio, el porte del mismo símbolo por parte de una enfermera se la debe quitar por protección de la salud y la seguridad del hospital.

B) Objeciones de conciencia

La forma de reconocimiento de las objeciones de conciencia puede ser diferente en función de que estemos hablando de un deber jurídico general de carácter público o de obligaciones particulares que surgen de un contrato o de un estatuto jurídico particular como puede ser el caso de los funcionarios.

a). Contradicción entre norma de conciencia y el cumplimiento de un deber público⁴¹⁸.

El TC ha señalado en sus sentencias que para que se reconozca la existencia de objeción de conciencia es necesaria la existencia de una norma jurídica que regule, expresamente, dicha objeción de conciencia.

a.1. Objeción de conciencia al servicio militar.

El artículo 30.2. CE reconoce este tipo de objeción en relación con el servicio militar obligatorio⁴¹⁹. Desde la LO 13/1991, de 20 de diciembre, el servicio militar, en España, no es obligatorio y se ha precedido a la profesionalización de las Fuerzas Armadas. Pero jurídicamente no se ha suprimido dicho servicio militar obligatorio, sino que está en suspenso⁴²⁰.

⁴¹⁸ Con carácter previo para acceder a la función o cargo públicos es necesario el **juramento o promesa** conforme al Real Decreto 707/1979, que casi reproduce la Ley de 24 de noviembre de 1910 (Vid. STC 119/1990). La actual fórmula entra en contradicción con el artículo 16.2 CE. Sobre esta materia, vid. STEDH Buscarini y otros contra San Marino, de 18 de febrero de 1999 y Alexandridis contra Grecia, de 21 de febrero de 2008. La "fórmula de compromiso" utilizada por la UCM en la toma de posesión de sus funcionarios garantiza los principios de *laicidad* y de libertad de conciencia.

⁴¹⁹ Sobre la objeción de conciencia al servicio militar, las sentencias del TEDH, asunto Aghanyan y otros contra Armenia, de 5 de diciembre de 2019 y caso Mushfig Mammadov y otros contra Azerbaiyán de 17 de enero de 2020.

⁴²⁰ R.D 247/2001, de 9 de marzo, sobre la suspensión del servicio militar obligatorio y R.D. 342/2001, de 4 de abril, de suspensión de la prestación social sustitutoria del servicio militar.

La STC 160/1987, de 27 de octubre, confirma que nos encontramos ante un derecho constitucional pero no ante un derecho fundamental, es decir, se trata de una exención de un deber (el cumplimiento del servicio militar obligatorio) y, en consecuencia, no es contenido esencial del artículo 16.1. CE.

Por último, el art. 138 de la Ley 39/2007, de la carrera militar, reconoce la objeción de conciencia para los reservistas obligatorios.

a.2. Objeción fiscal

Se puede definir como el impago de un porcentaje (o de su totalidad) de un impuesto en función del destino (o destinos) que se realiza(n) del mismo. En estos casos, el contribuyente considera que algún destino del impuesto es contrario a su conciencia (por ejemplo, gastos militares o prácticas de abortos en centros públicos, etc.). En este tipo de conductas la contradicción entre la norma tributaria y la norma de conciencia es, en todo caso, indirecta.

En el Auto del TC 71/1993 y en la Providencia del TC de 28 de junio de 1990 no se reconoce este tipo de objeción de conciencia lo cual supone reconducir esta conducta a un supuesto de desobediencia civil. No obstante, el no reconocimiento de esta objeción en este ámbito la STSJ de Cataluña, de 24 de febrero de 2006, considera que falta la apreciación de la culpabilidad en la conducta del sujeto infractor y por ello procede a la anulación de la sanción impuesta por la Administración tributaria por el impago parcial del impuesto.

a.3. Objeción a formar parte de una mesa electoral.

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (modificada por LO 2/2011, de 28 de enero) en el artículo 27, después de indicar que los cargos que forman las mesas electorales son obligatorios, establece que podrán alegar ante la Junta Electoral de Zona alguna causa justificada y documentada que les impida la aceptación del cargo. Entre estas causas no se incluye la objeción de conciencia. Así, la STS de 28 de diciembre de 2007 dice: "El art. 16.1 C.E., que establece y ampara la libertad ideológica, no choca con el desempeño del cargo electoral que conforme a Ley le fue asignado, ya que ello no le impide asumir o profesar cualquier

opción en el campo de las ideas y del pensamiento, e incluso, prescindir del ejercicio del derecho de sufragio activo o pasivo, pero como ciudadano integrante del cuerpo social se halla moral y jurídicamente obligado a aceptar las normas esenciales que mantienen, con orden, libertad y justicia, la estructura de la sociedad en la que vive y de la que también recibe los beneficios como cualquier otro ciudadano". (En el mismo sentido, STS de 4 de noviembre de 2004). A pesar de la jurisprudencia del TS y de la dicción de la LOREG, la Junta Electoral Central en la Instrucción 6/2011, de 28 de abril, reconoce, expresamente, la objeción de conciencia, solamente por motivos religiosos, con las siguientes palabras: "Son causas personales que pueden justificar la excusa del miembro designado de una mesa electoral, atendiendo a las circunstancias de cada caso que corresponde valorar a la Junta Electoral de Zona: ... 5.^a La pertenencia a confesiones o comunidades religiosas en las que el ideario o el régimen de clausura resulten contrarios o incompatibles con la participación en una mesa electoral. El interesado deberá acreditar dicha pertenencia y, si no fuera conocido por notoriedad, deberá justificar los motivos de objeción o de incompatibilidad". Nos encontramos ante una instrucción interpretativa *contra legem* pues ni la Ley orgánica ni la jurisprudencia del TS ha reconocido nunca la existencia de esta objeción de conciencia; es decir, esta instrucción se excede pues no interpreta sino desarrolla el ordenamiento jurídico (crea un nuevo derecho, inexistente antes de esta Instrucción). La novación del ordenamiento jurídico es una función que no corresponde a las instrucciones sino a las normas jurídicas⁴²¹. A esto se une, que dicha instrucción es un claro ejemplo de discriminación por motivos de convicciones pues solamente reconoce los motivos religiosos y, solamente, a algunos creyentes.

a.4. Objeción a formar parte del tribunal del jurado

La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, en su artículo 12 entre las excusas para ser miembro del jurado se incluye una cláusula abierta: "Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave

⁴²¹ MORENO REBATO, M.: "Circulares, instrucciones y órdenes de servicios: naturaleza y régimen jurídico", en *Revista de Administración Pública*, nº 147, 1998, p. 197.

el desempeño de la función de jurado". Pero tampoco se puede entender incluida la objeción de conciencia pues expresamente el legislador rechazó tal posibilidad⁴²².

El TC en la Sentencia núm. 216/1999, de 29 noviembre, no entra sobre el fondo del asunto y considera prematuro el recurso de amparo. Por su parte, y a título de ejemplo la STSJ de Andalucía, de 19 de julio de 1999, no reconoce este tipo de objeción y lo hace con las siguientes palabras: "No parece que el cumplimiento de estos deberes legalmente impuestos supongan una violación de la libertad ideológica de aquel que se ve obligado a cumplir con ellos, y ello porque como nos recuerda el Tribunal Constitucional en su Auto de 29 de octubre de 1996: «En suma, como hemos reiterado en otras resoluciones, so pena de vaciar de contenido los mandatos constitucionales o legales, el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16.1 de la CE no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes constitucional o legalmente establecidos con el riesgo anejo a relativizar los mandatos jurídicos (SSTC 15/1982, 101/1983, 160/1987, 161/1987, 321/1994 y 55/1996; AATC 1227/1988 y 71/1993)»".

a.5. Objeciones en el sistema educativo⁴²³.

La STC 133/2010, de 2 de diciembre, ha resuelto el supuesto sobre la objeción de conciencia a la escolarización obligatoria en un

⁴²² No obstante, se pueden encontrar Autos como el de la Audiencia de Castellón, el 14 de noviembre de 1996. Una candidata a formar parte del tribunal del jurado alega: "su dignidad no le permite juzgar a nadie porque no entiende nada de nada", la alegación tiene su fundamento en el temor a no juzgar correctamente, a equivocarse en el juicio emitido por considerar que no tiene la capacidad o los conocimientos suficientes, por "no entender nada de nada".

⁴²³ Algunas materias donde se puede plantear las objeciones de conciencia son, por ejemplo, música, educación física; ciencias naturales (recibir enseñanza sobre el darwinismo y la defensa del creacionismo); realización de experimentos o prácticas clínicas con animales, experimentos en el ámbito de biotecnología, ingeniería genética; experimentos con embriones en las técnicas de fecundación artificial, la interrupción del embarazo en los estudios de medicina, etc. O, clases de natación, vid. STEDH caso Osmanoglu y Kocabaş contra Suiza, de 10 de enero de 2017.

centro escolar homologado optando los padres por la educación en casa. El TC indica que esta conducta es antijurídica pues implica un claro incumplimiento de un deber legal y, en consecuencia, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27. 3 CE) no alcanza a proteger una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas (o, ideológicas, en general, sean religiosas o no) un tipo de enseñanza que implique la no escolarización en centros homologados de carácter público o privado. Sobre esta materia existían alguna sentencia como la STS de 30 de noviembre de 1994 y la STC 260/1994, de 3 de octubre. Si bien, la STC 133/2010 hace suya la doctrina del Voto Particular del Magistrado Gimeno Sendra expuesto en la STC 260/1994.

También se ha planteado objeciones de conciencia a asignatura concretas del sistema educativo. Por ejemplo, sobre la educación sexual. El STSJ de Cantabria de 23 de marzo de 1998, no admitió la existencia de este tipo de objeción de conciencia haciendo suya la doctrina de la STEDH de 7 de diciembre de 1976 (caso Kjeldsen, Busk Madsen, Pedersen contra Dinamarca) que sobre la enseñanza sexual señaló que: "no constituye un intento de adoctrinamiento tendente a preconizar un comportamiento sexual determinado". Así lo confirmó la STEDH, caso Jiménez Alonso y Jiménez Merino, de 25 de mayo de 2000 y el ATC de 11 de marzo de 1999.

Mayor relevancia social y jurídica ha implicado la objeción de conciencia a la asignatura: "Educación para la ciudadanía y los Derechos Humanos". La STS de 12 de febrero de 2009 sentó la siguiente doctrina sobre la inexistencia del reconocimiento de la objeción de conciencia:

- El contenido de esta asignatura responde a una enseñanza neutral, imparcial y plural.
- La actuación del Estado en materia educativa incluye la difusión y transmisión (pero también la promoción) de los valores que constituyen el espacio ético común del sistema constitucional (derechos y libertades fundamentales) así como informar e instruir de manera objetiva y neutral de las principales concepciones culturales, morales o ideológicas de la sociedad. Todas estas actividades educativas no constituyen adoctrinamiento.

- No se puede afirmar que la Constitución española reconozca la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general.
- Los padres no tienen un derecho ilimitado a oponerse a la programación de la enseñanza realizada por el Estado.
- La autorización de exenciones individuales a esta asignatura "Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos" (asignatura que es ajustada a Derecho) sería tanto como poner en tela de juicio esa ciudadanía para la que se aspira a educar. Es decir, no se puede objetar a la "ideología constitucional".

b) Contradicción entre norma de conciencia y una obligación de carácter contractual o estatutario⁴²⁴.

Este tipo de objeciones que se dan en el ámbito laboral o funcional responde, con carácter general, a objeciones sobrevenidas. Pues no existe tampoco un derecho general a la objeción de conciencia laboral; así la STS de 3 de mayo de 1978 establece: "cuando se acepta un puesto de trabajo incompatible con

⁴²⁴ También se puede plantear una contradicción entre una norma deontológica y una norma de conciencia, por ejemplo, en relación con el Código Deontológico Médico, vid. STSJ Madrid, de 6 de julio de 2012. Por otra parte, hay que tener presente que las empresas tienen que garantizar los derechos humanos, entre ellos la libertad de conciencia, vid. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, de marzo de 2011; las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, de 2011 y, la Guía de Responsabilidad Social, ISO 26000, de la Organización Internacional de Estandarización (ISO), de 2010. En este sentido, se debe partir el artículo 9.1 CE que establece que los ciudadanos, incluidos los empresarios, están sujetos a la Constitución y, por lo tanto, al artículo 16 CE. Los ciudadanos tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución (STC 101/1983). Sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, vid. VV. AA. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 2004, Tecnos, p. 179 y ss. Por último, en la STSJ de Madrid de 27 de octubre de 1997, se dice: "De ahí que los tribunales laborales extremen su celo en lograr que las empresas adapten sus horarios de trabajo de modo que permitan a los trabajadores el normal y cómodo cumplimiento de sus deberes religiosos, así como no imponerles conductas o funciones compatibles con sus íntimas y respetables creencias. Pero estas directrices exigen a la parte trabajadora una conducta especial de lealtad y buena fe, consistente en que lo que no hizo la actora al solicitar el puesto de trabajo indique previamente su confesión religiosa y el horario especial que ello implica, a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación especial en su infraestructura específica".

determinadas limitaciones nacidas de la religión que se profesa, que no son advertidas oportunamente a la empresa, son actos que no pueden justificarse como el ejercicio de derechos reconocidos en convenciones internacionales". Otra cuestión para mencionar en este punto es el alcance del artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (modificado por la Ley 35/2010), en relación con el principio de no discriminación por motivos de convicciones, o religión, en las relaciones laborales. La jurisprudencia ha indicado que no es posible establecer ningún tipo de discriminación, o de trato jurídico diverso de los ciudadanos, en función de sus ideologías o creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa de todos los ciudadanos⁴²⁵. Es decir, las actitudes religiosas de los sujetos no pueden justificar diferencias de trato jurídico⁴²⁶. En definitiva, se viene considerando discriminación no cualquier desigualdad sino aquella que no obedece a razones objetivas y razonables. La discriminación consiste, en fin, en un trato peyorativo o de desprecio del trabajador. En este punto, hay que tener en cuenta las Directivas comunitarias sobre no discriminación; la Ley 63/2003, regula la igualdad de trato y no discriminación por origen racial o étnico en los artículos 29 a 32 (en trasposición de la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico) y, también, regula la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, por ningún motivo, incluido los motivos religiosos o de convicciones, en los artículos 34 a 43 (en trasposición de la Directiva 2000/78/CE). Y, en especial, la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

Las limitaciones impuestas por los empresarios sobre la capacidad del empleado para cumplir con la práctica religiosa, la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró en varias decisiones que la posibilidad de renunciar al trabajo y cambiar de empleo significa que no ha habido ninguna injerencia con la libertad religiosa del empleado⁴²⁷.

⁴²⁵ Vid. STC 24/1982, de 13 de mayo.

⁴²⁶ Vid. STC 63/1994, de 28 de febrero.

⁴²⁷ Véase, por ejemplo, *Konttinen contra Finlandia*, decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 1996; *Stedman contra el Reino Unido*, decisión de la Comisión de 9 de abril de 1997; *Kosteski contra la ex República Yugoslava de Macedonia*, 13 de abril de 2006.

b.1. Descanso semanal y festividades religiosas

El artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores regula el descanso semanal y las festividades. La regla general del descanso semanal es de día y medio que suele coincidir con el día completo del domingo. Igualmente, se establecen catorce fiestas laborales. Este artículo indica las cuatro fiestas de ámbito nacional (Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo y 12 de octubre). El RD 1346/1989 que modifica el art. 45 RD 2001/1983 regula las fiestas laborales donde se incluyen las fiestas católicas, en cumplimiento del artículo III del Acuerdo de Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979.

Dentro del contenido del artículo 2.1. LOLR se incluye el derecho a conmemorar festividades religiosas. Este derecho, así como el descanso semanal se ha concretado en los Acuerdos de cooperación con las confesiones minoritarias. Los artículos 12 de los respectivos Acuerdos de cooperación con la FERED, FCI y CIE regulan las siguientes cuestiones, en este ámbito⁴²⁸:

- Descanso semanal.
- Las fiestas religiosas.
- El ramadán, en el caso de los musulmanes.
- Los exámenes y oposiciones.

Descanso semanal.

La jurisprudencia del TC (STC 19/1985, de 13 de febrero) determinó que no existía vulneración de la libertad religiosa⁴²⁹ por parte de un empresario al no reconocerse la posibilidad de cambiar la regla general de descanso por el día de descanso semanal religioso

⁴²⁸ Consideramos que se ha de ponderar hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatibles con ello, vid. STSJ de Baleares, de 9 de septiembre de 2002 y, la STEDH *Kosteski contra «la ex República Yugoslava de Macedonia»*, ap. 39, 13 de abril de 2006, sobre elección de fiestas religiosas por parte de un trabajador. Sobre el descanso semanal por parte de deportistas, vid. MINTEGUÍA ARREGUI, I.: "Diversidad cultural y deporte profesional", en *Interculturalidad y Derecho*, Aranzadi, 2013, p. 175 y ss..

⁴²⁹ Vid. STSJ de Canarias, de 29 de septiembre de 2010 que no reconoce que el descanso semanal por motivos religiosos se incluya en el contenido esencial de la libertad religiosa, a pesar de la dicción del artículo 2.1. LOLR y del artículo 12 de la Ley 24/1992.

dado el carácter secular y no religioso de tal regla general⁴³⁰ y que dicha modificación se hacía depender de "la voluntad concordada de las partes"⁴³¹. Fórmula que pasó a recogerse en los Acuerdos de cooperación con las confesiones religiosas de 1992.

En este punto consideramos más adecuada la fórmula recogida en los Anteproyectos de Acuerdos y en la STS de 20 de abril de 1988. Esta fórmula consiste en la obligatoriedad del cambio de día de descanso si la organización y el funcionamiento de la empresa lo permiten y que no quede dicho cambio a la voluntad del empresario. Y, en relación con la empresa pública y los trabajadores y empleados de las Administraciones públicas, consideramos que debe seguirse dicho criterio⁴³².

Las fiestas religiosas.

La solución en los Acuerdos de cooperación es la misma que en el caso anterior (descanso semanal). Se reconoce el descanso laboral siempre que "medie acuerdo con el empresario". Es decir, se deja en realidad en manos del empresario la decisión del reconocimiento del descanso laboral y de los días festivos de la religión judía o islámica. La vía para el reconocimiento de las festividades religiosas islámicas está siendo a través de algunos convenios colectivos; excepto en

⁴³⁰ "Correspondiendo a nuestra tradición el descanso en domingo, es éste el día señalado preferentemente. La finalidad de una preferencia general es, por la demás, patente, pues mediante la coincidencia del descanso laboral, y los que vacan las oficinas públicas, los centros escolares, etc., se facilita mejor el cumplimiento de los objetivos del descanso", fund. jur. nº 5. En este sentido, traemos a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de noviembre de 1996 que anula el artículo 5 de la Directiva 93/104, que regula el descanso semanal que establecía: "el período mínimo de descanso semanal incluye, en principio, el domingo". El TJCE considera que "si bien la posible inclusión del domingo en el período de descanso semanal efectivamente se ha dejado, en definitiva, a los Estados miembros, habida cuenta en particular, de la diversidad de factores culturales, étnicos y religiosos en los diferentes Estados, no es menos cierto que el Consejo no logró explicar por qué el domingo, como día de descanso semanal, tiene una relación más importante con la salud y la seguridad de los trabajadores que otro día de la semana".

⁴³¹ Vid. fund. jur. nº 4.

⁴³² Además, las Administraciones públicas en las relaciones laborales sí están sujetas al principio de igualdad (SsTC 161/1991, 2/1998). En la STSJ de Madrid, de 8 de marzo de 2011, se deniega a un funcionario el reconocimiento de descanso semanal.

Ceuta y Melilla que desde año 2010 es fiesta oficial de esas Ciudades Autónomas la fiesta musulmana del Sacrificio (Aid El Kebir, Eid al-Adha). En algunos convenios colectivos se contempla la posibilidad de sustitución de fiestas religiosas sin que sea necesario el acuerdo con el empresario. Si bien, los convenios colectivos reducen, generalmente, este derecho de sustitución a dos únicas festividades musulmanas.

Por último, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en torno a las festividades: "Los festivos establecidos en el artículo 37.2. del Estatuto de los Trabajadores no responden de manera directa e inmediata a la necesidad de descansar después del trabajo, sino que su significado consiste en la plasmación legal del derecho a descanso retribuido en determinados días al año *en que se produce la celebración de acontecimiento de orden religioso o civil*"⁴³³; es decir, "la retribución de los días festivos no está conectada con un tiempo de trabajo precedente sino con la celebración de acontecimientos de *orden religioso o civil*"⁴³⁴. Consecuentemente, se constata la celebración por motivos religiosos de determinadas fiestas y no se apela al carácter secular (como indicó el TC en relación con el descanso semanal del domingo, como regla general) lo que es, claramente, contrario al principio de laicidad.

Ramadán.

El criterio que establece el Acuerdo de cooperación es el mismo que en relación con el descanso semanal y a las festividades religiosas; es decir, que medie acuerdo con el empresario. El artículo 12. ACEI dispone que: "Así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta de sol durante el mes de ayuno (Ramadán)".

En este ámbito recogemos dos cuestiones, de forma breve. La primera sobre la posible aplicación a los trabajadores musulmanes durante el mes de Ramadán, del artículo 25.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, que regula la prevención de riesgos laborales, en relación con la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos por sus especiales características personales. La segunda, la STS (Sala de Justicia Militar) de 27 de marzo de 2000

⁴³³ STS de 24 de enero de 1994.

⁴³⁴ STS de 13 de marzo de 2001.

sobre un delito de desobediencia de un soldado que se niega a cumplir una orden alegando que se podía marear al estar en ayunas al encontrarse en el mes del Ramadán. Dicho motivo no es atendido por el TS.

Exámenes y oposiciones.

El apartado 3 de los art. 12 de los Acuerdos de cooperación de 1992 reconoce que los alumnos de estas confesiones minoritarias estarán dispensados de la asistencia a clase y la realización de exámenes cuando coincidan con el día de descanso semanal o alguna festividad religiosa. ¿Se podría trasladar esta dispensa a los funcionarios y a los trabajadores de las Administraciones Públicas? Siempre que lo permita la organización del trabajo, las Administraciones Públicas deberán atender dicha petición bien permutando los días festivos o bien recuperando las horas o días dejados de trabajar.

El apartado 4 de los artículos 12 de los Acuerdos de 1992 recoge la posibilidad de que los exámenes de pruebas selectivas u oposiciones para el ingreso en las Administraciones públicas se realicen en fecha alternativa si coinciden con festividades religiosas o el día religioso de descanso semanal "cuando no haya causa motivada que lo impida". Esta frase viene a recoger la jurisprudencia sentada por caso Vivien Prais del TJ CEE, de 27 de octubre de 1976. En este punto, consideramos acertado el Voto particular del Magistrado Ricardo CUBERO en la STSJ de Aragón nº 532/1999, de 18 de mayo, que recoge la práctica de alguna Administración pública cuando sea un llamamiento único mediante la "incomunicación del solicitante"⁴³⁵.

⁴³⁵ Textualmente, afirma el Voto particular: "El deber de los Tribunal calificadores de señalar fecha alternativa para la realización de prueba selectivas por los fieles de la Iglesia Adventista, impuesto por el art. 12.3 del Acuerdo entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, recogido en la Ley 24/1992, "cuando no haya causa motivada que lo impida", resultó incumplido. Porque el hecho de que la realización de aquel segundo ejercicio lo fuere por medio un llamamiento único, no constituía ni es impedimento para que aquel opositor hubiese realizado la prueba otro día distinto del sábado, como lo demuestra los varios precedentes administrativos traídos por la demanda y prueba: Resolución de 20 de junio de 1994, dictada por el Subsecretario, por delegación del Ministro, del Ministerio de Administraciones Públicas que, estimando el recurso jerárquico, reconoció a un determinado concursante, que

En este sentido hay que tener en cuenta la STEDH caso Sessa contra Italia, de 3 de abril de 2012 y, especialmente, la **STS de 6 de julio de 2015**, reconociendo la vulneración de la libertad religiosa y del contenido del Acuerdo de cooperación al denegarse la solicitud de cambio de fecha en el proceso selectivo de ingreso al cuerpo de maestros.

b.2. Objeción de conciencia al aborto.

El artículo 19 bis de la L.O. 1/2023 reconoce a los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo el derecho de ejercer la objeción de conciencia. Este reconocimiento legislativo se reconocía desde la STC 53/1985 y en el artículo 19 de LO de 2010⁴³⁶. En concreto, el artículo 19 bis de la LO 1/2023 dispone que: “Las personas profesionales sanitarias directamente implicadas en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo podrán ejercer la objeción de conciencia, sin que el ejercicio de este derecho individual pueda menoscabar el derecho

profesaba la religión adventista, el derecho a realizar las correspondientes pruebas selectivas en fecha alternativa al sábado; del Director General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 18 de enero de 1994, que, como venía haciendo en otras ocasiones semejantes para respetar las creencias religiosas de los aspirantes conciliándolo con las necesidades impuestas por la organización de los exámenes, ofreció a la concursante interesada la realización del ejercicio en día distinto al sábado, y concretamente después de la puesta del sol del sábado señalando para el resto de aspirantes, adoptando entretanto la incomunicación de la solicitante; y la dictada el 21 de junio de 1994 por el Tribunal de Oposiciones del Cuerpo de Gestión de la Hacienda Pública, que estimó la solicitud de un opositor, miembro también de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, para realizar el ejercicio, señalado para las cuatro y media de la tarde del sábado día 25 de junio de 1994, a partir de haber declinado la tarde del sábado, tiempo intermedio durante el que el solicitante permanecería aislado en una sala distinta a la que se hallaban examinándose los restantes opositores. Medida esta última con la que quedaba garantizado el tratamiento igualitario de los concursantes para acceder a la función pública bajo los principios de mérito y capacidad en convocatorias con más numerosa concurrencia de aspirantes”. La STSJ de Galicia, de 19 de marzo de 2014, sobre el cambio de horario distinto al sábado de una prueba de acreditación de la lengua gallega o, al menos, se consienta el aislamiento del opositor. Ambas peticiones fueron desestimadas.

⁴³⁶ Vid. la STSJ de Andalucía de 18 de febrero de 2013, sobre el alcance de del artículo 19 de la LO 2/2010, en relación con los médicos que pueden declararse objetores.

humano a la vida, la salud y la libertad de las mujeres que decidan interrumpir su embarazo.

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 con antelación y por escrito.

La persona objetora podrá revocar la declaración de objeción en todo momento por los mismos medios por los que la otorgó”.

Por otra parte, el artículo 19 ter de la LO 1/2023 regula los registros de personas objetores de conciencia. Estos registros han sido desarrollados por las CC. AA. como, por ejemplo, la Ley Foral navarra 16/2010, sobre el registro de médicos objetores que ha sido declarado constitucional por STC 151/2014, de 25 de septiembre.

Por último, en este punto, el TEDH ha señalado que el derecho a la interrupción del embarazo y el derecho del Estado a garantizar dicho derecho permite al Estado excluir como candidatos a los empleos públicos a las personas que se declaran objetores de conciencia al aborto siempre que el puesto de trabajo incluya estas funciones está obligado a desempeñarlas⁴³⁷.

b.3. Objeción de conciencia a otras prácticas sanitarias (esterilización, reproducción asistida, farmacéutica, eutanasia).

Los profesionales sanitarios, en términos similares a la objeción de conciencia a la realización de aborto, han solicitado el reconocimiento de la objeción de conciencia a la realización de determinadas prácticas sanitarias. Ni legislativa ni jurisprudencialmente se ha reconocido esta objeción de conciencia (ATC 8 de junio de 2000; la STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2007 ni la STEDH caso Pichon y Sajouz contra Francia, de 2 de octubre de 2001). En cambio, la STC de 25 de junio de 2015 sí ha reconocido la objeción de conciencia farmacéutica pero solamente para la píldora postcoital no para la dispensación de preservativos.

⁴³⁷ Decisiones del TEDH, asunto E. Grimmark contra Suecia, de 11 de febrero de 2020 y, asunto Steen contra Suecia, de 12 de marzo de 2020.

Por su parte, la Ley orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia define: «Objeción de conciencia sanitaria» como el derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esta Ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones. (art. 3). Y, el artículo 16 de esta Ley orgánica 3/2021 regula la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, con las siguientes palabras⁴³⁸:

“1. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia.

El rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia es una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito.

2. Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir. El registro se someterá al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal”.

Las CC.AA. ha ido dictando normas para la creación de estos registros profesionales de sanitarios objetores de conciencia. Por ejemplo, Artículo 6.4 del Decreto 236/2021, de 19 de octubre, por el que se crea y regula el Registro de Profesionales Sanitarios Objetores de Conciencia a la prestación de ayuda para morir en Andalucía y la Comisión de Garantía y Evaluación para la prestación de ayuda para morir de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Decreto 225/2021, de 6 de octubre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se crean y regulan el registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir y la comisión de garantía y evaluación; Decreto 2/2023, de 24 de enero, del

⁴³⁸ Redacción declarada constitucional por sentencia del TC 19/2023, de 22 de marzo.

Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la prestación de ayuda para morir en Castilla-La Mancha.

b.4. La cláusula de conciencia de los periodistas

Se considera que nos encontramos ante un supuesto de objeción de conciencia laboral. La cláusula de conciencia se reconoce en el artículo 20.1.d) CE. Este artículo ha sido desarrollado por la L.O 2/1997, de 19 de junio. Esta breve ley orgánica recoge en el artículo 2 el contenido de la cláusula de conciencia. Esta cláusula implica el derecho de rescisión unilateral del contrato que une al profesional de la información con la empresa informativa en relación con la indemnización correspondiente a un despido improcedente, en el caso de que exista un cambio sustancial de la orientación informativa o línea ideológica del medio de comunicación. En relación con esta cláusula conviene resolver algunas cuestiones: 1º Los titulares de esta cláusula son los profesionales de la información que la Ley Orgánica no define⁴³⁹. 2º Los profesionales de la información pueden reclamar esta cláusula ante los medios de comunicación privados, pero también, ante los medios de comunicación públicos, pues la LO no los excluye. No obstante, si bien los medios de comunicación públicos deberían responder al principio de neutralidad y la independencia profesional como, expresamente, reconoce el artículo 3 de la Ley 17/2006. El Estatuto de Información de la Corporación RTVE, aprobado por el Consejo de Administración de la Corporación RTVE el 14 de mayo de 2008, reconoce la cláusula de conciencia que se podrá ejercer teniendo en cuenta que en la Corporación RTVE la línea editorial viene determinada por la Ley 17/2006. Por último, el artículo de LO 2/1997 establece que: "Los profesionales de la información podrán negarse, motivadamente, a participar en la

⁴³⁹ La inexistencia de una ley postconstitucional sobre esta materia concreta incide en la falta de requisitos estrictos para determinar con exactitud quién es un profesional de la información. Se podría definir periodista como "todo aquel que tiene por ocupación principal y remunerada la obtención, elaboración, tratamiento y difusión por cualquier medio de información". El requisito que se exige con carácter general por las Asociaciones de Prensa que regulan la colegiación es la posesión de un título expedido por una Facultad de Periodismo o Ciencias de la Información. Si bien, con carácter excepcional podrán ser admitidos aquellos que acrediten una profesionalidad contrastada, antigüedad y continuidad en el ejercicio de la profesión en funciones específicamente periodísticas.

elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio”.

b.5. Negativa a participar en actos religiosos.

No se trata de un verdadero supuesto de objeción de conciencia, aunque se dé una contradicción entre el mandato de los superiores jerárquicos y la conciencia del empleado público, sino que viene a ser el reconocimiento del derecho de libertad de conciencia del empleado público a no cumplir el mandato ilegal y a que se reconozca la exención a la participación de actos religiosos, aunque formalmente se consideren como actos oficiales. Así lo confirma la jurisprudencia del TC en las Sentencias 117/1996, de 11 de noviembre y 101/2004, de 2 de junio. Y, en el mismo sentido, las STEDH en los casos Valamis contra Grecia, de 18 de diciembre de 1996 y caso Testigos de Jehová de Moscú y otros contra Rusia, de 10 de junio de 2010. A pesar de esta jurisprudencia sobre la voluntariedad de participar en actos religiosos en la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, del Reglamento de Honores Militares, se obliga a asistir a actos religiosos e, incluso, la STS 12 de junio de 2012⁴⁴⁰, ha determinado su licitud.

b.6. Objeción de conciencia a celebrar matrimonios homosexuales.

Con la aprobación de la Ley 13/2005, de matrimonio de personas del mismo sexo, algunos jueces encargados del Registro

⁴⁴⁰ En esta Sentencia se recoge: “de modo que el militar que haya de formar parte de esa unidad o piquete que deba acudir a prestar esas honras fúnebres no participa aunque esté presente en el acto religioso que se celebre, sea del credo que sea, ... “no se trata de actos oficiales propios de las Fuerzas Armadas en los que se rindan honores militares sino de la participación de miembros de las Fuerzas Armadas en celebraciones de carácter religioso en las que tradicionalmente ha existido una participación castrense”. La disposición adicional 4ª del Real Decreto 2010 que contempla que con ocasión de las honras fúnebres se podrá incluir un acto religioso. “Por tratarse de actos en los que se interviene en representación de las Fuerzas Armadas, la asistencia a los mismos tendrá consideración de *acto de servicio*”. Se produce una vulneración de la libertad religiosa, en su vertiente negativa, de los militares al estar obligados a la asistencia de un acto religioso (vedada por la doctrina del TC citada en texto).

Civil han solicitado el reconocimiento de la objeción de conciencia que conlleva la abstención de su participación en los expedientes matrimoniales de este tipo de matrimonio⁴⁴¹. En el ATC 12/2008, 16 de enero, se reconoce que estos jueces del Registro Civil no ejercen funciones jurisdiccionales (por tal motivo, no pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad) sino simplemente registrales. En la STS de 11 de mayo de 2009, no se reconoce este tipo de objeción de conciencia y se establece que no se puede reconocer la existencia, en el ordenamiento jurídico, de un supuesto derecho a actuar conforme a nuestra propia conciencia pues, en definitiva, eso equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría la vulneración del artículo 9.1 CE. El TEDH en asunto Eweida y otros contra Reino Unido (27 de mayo de 2013) no reconoce la existencia de objeción de conciencia en relación con una funcionaria registradora de uniones homosexuales y, en relación con un empleado de una empresa privada para prestar asesoramiento psico-sexual a parejas del mismo sexo dado que la política de la empresa es brindar un servicio de asesoramiento sin discriminación.

D) La objeción de conciencia a los tratamientos médicos. Rechazo a los tratamientos médicos: las transfusiones de sangre (Testigos de Jehová).

Existen creyentes que se declaran objetores de conciencia a los tratamientos médicos, por ejemplo, la "Science Church" (Iglesia de Cristo Científico). En este punto hay que tener en cuenta el artículo 9.2. de la Ley 41/2002 sobre el consentimiento para recibir cualquier tipo de tratamiento, por lo tanto, no existe objeción de conciencia.

En los casos de las transfusiones de sangre se produce una contradicción entre la norma jurídica que obliga al médico a practicar la transfusión de sangre y la norma de conciencia del paciente que le prohíbe recibir el tratamiento (la transfusión de sangre). El artículo 9.2. de la Ley 41/2002, sobre la autonomía del paciente permite al creyente de los Testigos cristianos de Jehová rechazar un tratamiento. Si el médico cumple con su obligación se vulnera la conciencia del paciente (delito de coacciones). Si el médico no cumple

⁴⁴¹ Sobre la posible objeción de conciencia de los jueces se podría encuadrar, jurídicamente, en el deber de abstención (art. 219.10 LOPJ).

con su obligación y respeta la conciencia del paciente coloca al paciente en situación de grave riesgo de muerte (delito de omisión del deber de socorro). Por lo tanto, el médico deberá solicitar autorización judicial para realizar la transfusión de sangre. Esta solicitud de autorización judicial conlleva que se desplace la responsabilidad del médico al juez. El juez es exonerado de responsabilidad penal (delito de coacciones) acudiendo a la eximente de estado de necesidad, según la jurisprudencia. En esta materia, la STC 154/2002, de 18 de julio, resuelve un recurso de amparo sobre transfusiones de sangre a menores. El derecho de libertad religiosa puede ser ejercido directamente por el titular, aunque sea un menor siempre que tenga suficiente madurez y haya sido informado del tratamiento médico; en consecuencia, se exonera penalmente a los padres de la muerte del menor⁴⁴². Por último, en la STC 116/1996, no se reconoce a los testigos de Jehová el reintegro de los gastos de la sanidad privada cuando han acudido a dicha sanidad porque la sanidad pública no le garantizaba la realización de la operación quirúrgica sin acudir a la transfusión de sangre. En este conviene tener presente la Sentencia TJUE en el asunto C-243/19. A/Veselibas ministrija, de 19 de noviembre de 2020. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que, de no existir un régimen de autorización previa basado en criterios exclusivamente médicos, el Estado miembro de afiliación estaría expuesto a una carga económica adicional que sería difícilmente previsible y podría entrañar un riesgo para la estabilidad financiera de su sistema de seguro de enfermedad. Por consiguiente, el hecho de que no se tengan en cuenta las

⁴⁴² En el fundamento nº 15 de esta STC se dice: "Partiendo de las consideraciones expuestas cabe concluir que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron. En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo 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".

creencias religiosas del interesado constituye una medida justificada a la luz del objetivo mencionado, que cumple la exigencia de proporcionalidad.

Por último, como conclusión de este apartado, hay que remitirse a la doctrina del TEDH, por ejemplo, en el caso Testigos de Jehová de Moscú y otros contra Rusia, de 10 de junio de 2010. Textualmente se recoge: "Un paciente adulto competente es libre de decidir, por ejemplo, si debe o no someterse a una cirugía o tratamientos o, por la misma razón, para someterse o no a una transfusión de sangre (...) el Estado debe abstenerse de intervenir en la libertad individual en la esfera de la atención de la salud". Para concluir que no existe objeción de conciencia ni propia ni impropia.

E) Alimentación en centros públicos y sacrificio de animales. Alimentación y creencias.

Los artículos 14 de los respectivos Acuerdos de cooperación con la FCI y la CIE regulan estas cuestiones sin que se haya producido, todavía, su concreción normativa: la denominación "kosher" y "halal". Sin embargo, se siguen planteando problemas en relación con los comedores escolares; comedores sociales; etc..⁴⁴³.

En relación con el sacrificio de animales, la Directiva Comunitaria 93/1993 prevé expresamente que el mismo se realizará de tal manera que se les ahorre en la medida de lo posible todo sufrimiento o dolor evitables a los animales, pero teniendo en cuenta los requisitos particulares de ciertos ritos religiosos. Además, en la Sentencia del TEDH, de 27 de junio de 2000, asunto Cha'are Shalom Ve Tsedek contra Francia, se reconoce que el ritual del sacrificio musulmán es contrario al aturdimiento⁴⁴⁴ y, que "el artículo 9 del Convenio (europeo sobre Derechos Humanos) no engloba el derecho de proceder personalmente al sacrificio ritual"⁴⁴⁵.

⁴⁴³ MINTEGUÍA ARREGUI, I.: "Tratamiento jurídico de la diversidad religiosa en el País Vasco", en *Diversidad religiosa y gobierno local*, Aranzadi, 2013, p. 158-160, 171-173.

⁴⁴⁴ Considerando nº 20.

⁴⁴⁵ Considerando nº 82.

En relación con el sacrificio de animales, se debe tener en cuenta el artículo 6.3. la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio dispone: "Cuando el sacrificio de los animales se realice según los ritos propios de Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, y las obligaciones en materia de aturdimiento sean incompatibles con las prescripciones del respectivo rito religioso, las autoridades competentes no exigirán el cumplimiento de dichas obligaciones siempre que las prácticas no sobrepasen los límites a los que se refiere el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

En todo caso, el sacrificio conforme al rito religioso de que se trate se realizará bajo la supervisión y de acuerdo con las instrucciones del veterinario oficial.

El matadero deberá comunicar a la autoridad competente que se va a realizar este tipo de sacrificios para ser registrado al efecto, sin perjuicio de la autorización prevista en la normativa comunitaria".

En este punto, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la UE, en el asunto C-426/16 Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW y otros / Vlaams Gewest, 29 de mayo de 2018. El Tribunal de Justicia confirma que los sacrificios rituales sin aturdimiento sólo pueden efectuarse en un matadero autorizado. Esta obligación no vulnera la libertad de religión, porque tan sólo persigue organizar y encuadrar el libre ejercicio del sacrificio ritual teniendo en cuenta las normas esenciales sobre protección del bienestar animal y de la salud de los consumidores de carne animal. Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-336/19 Centraal Israëlitisch Consistorie van België y otros, 17 de diciembre de 2020, indica que con objeto de fomentar el bienestar animal en el marco del sacrificio religioso, los Estados miembros pueden imponer un procedimiento de aturdimiento reversible, que no provoque la muerte del animal, sin que ello constituya una vulneración de los derechos fundamentales consagrados por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. El Tribunal de Justicia, señala que el principio del aturdimiento previo a la matanza, que establece el Reglamento n.º 1099/2009, responde al objetivo principal de protección del bienestar animal perseguido por

este Reglamento. A este respecto, si bien es cierto que el Reglamento 3 admite la práctica del sacrificio religioso, en el que se puede matar al animal sin aturdimiento previo, en el ámbito de la Unión dicha forma de sacrificio se autoriza solo con carácter excepcional y con el único fin de garantizar el respeto de la libertad de religión. Además, los Estados miembros pueden adoptar normas nacionales destinadas a garantizar una protección más amplia de los animales en el momento de la matanza que las que estipula el Reglamento n.º 1099/2009 en el ámbito del sacrificio religioso. Así, el Reglamento n.º 1099/2009 refleja el hecho de que la Unión y los Estados miembros tienen plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales, respetando al mismo tiempo las disposiciones y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos. No obstante, el Reglamento n.º 1099/2009 no procede por sí mismo a la conciliación necesaria entre el bienestar de los animales y la libertad de manifestar la propia religión, sino que se limita a encuadrar la conciliación entre estos dos valores que deben llevar a cabo los Estados miembros. Por consiguiente, el Reglamento n.º 1099/2009 no se opone a que los Estados miembros impongan una obligación de aturdimiento previo a la matanza, que sea aplicable también en el caso del sacrificio prescrito por ritos religiosos.

LECCIÓN 9ª
LEYES NEUTRALES, OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y
“ACOMODACIÓN RAZONABLE”.
(Segunda parte: El derecho a fundar familia)

1. El derecho a fundar familia y el derecho a la procreación como conductas libres en conciencia. 2. Secularización del matrimonio y libertad de conciencia. 3. Uniones Matrimoniales. 4. Matrimonio civil y religioso. A) La forma civil. B) Las formas religiosas. b.1. Forma religiosa canónica. b.2. Forma religiosa evangélica, judía y musulmana. b.3. Otras formas matrimoniales religiosas con eficacia civil: las confesiones con notorio arraigo. 5. Matrimonios religiosos y étnicos.

1. El derecho a fundar familia y el derecho a la procreación como conductas libres en conciencia

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

2. Secularización del matrimonio y libertad de conciencia

Se ha ido produciendo un progresivo proceso de secularización⁴⁴⁶ (fruto del reconocimiento del principio de laicidad que garantiza el reconocimiento de la libertad de conciencia a todos los ciudadanos) de las características del matrimonio canónico: indisolubilidad (divorcio); generación de la prole (no es causa de nulidad del matrimonio), heterosexualidad (matrimonio entre personas del mismo sexo⁴⁴⁷) y forma solemne (uniones matrimoniales).

⁴⁴⁶ FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: *El proceso de secularización del matrimonio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

⁴⁴⁷ Ley 13/2005, de 1 de julio y STC 198/2012.

3. Uniones matrimoniales

Se entiende por uniones, parejas o matrimonios de hecho la convivencia en pareja de carácter estable de dos personas (del mismo o distinto sexo), sobre la base de una afectividad, incluida la sexual, similar a la del matrimonio (LLAMAZARES⁴⁴⁸). Lo único que se excluye de la regulación es la juridificación de sus relaciones interpersonales; no se excluye de tal regulación ni las relaciones con los hijos ni las relaciones con el Estado o con terceros. El TC ha considerado incluidas a las uniones de hecho dentro del término familia regulado por el art. 39 CE (STC 47/1993, 8 de febrero; STC 222/1992, 11 de diciembre). El auto TC 203/2005, de 10 de mayo califica que la diferenciación entre uniones de hecho y matrimonios no vulnera el principio de aconfesionalidad.

El matrimonio y la unión de hecho son dos realidades jurídicas entre las que no se puede predicar una relación de equivalencia. En relación con las uniones de hecho no existe un mandato constitucional para su regulación. Mandato que sí existe para el matrimonio (art. 32 CE). De esta afirmación, el TC extrae que es constitucional el trato privilegiado para la regulación del matrimonio (STC 155/1998, de 13 de julio (FJ 3)). En palabras del TC: "el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes (ATC 56/1987) sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el art. 14 CE. Concretamente, respecto del legislador la jurisprudencia constitucional ha declarado que le asiste un amplio margen de libre configuración de esas distintas formas de convivencia. No obstante, también hemos advertido que esa libertad de configuración legal no es absoluta. La regulación desigual de lo diferente sólo es constitucionalmente lícita cuando se ajusta a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad" (STC 180/2001, 17 de septiembre)⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ *Derecho de la libertad de conciencia*, Tomo II, 2011, op. cit., p. 402 y ss.

⁴⁴⁹ Por su parte, en la STC 155/1998, de 13 de julio, se otorgó el amparo en atención a que los convivientes no habían podido contraer matrimonio al no existir posibilidad de divorciarse porque todavía no se había dado cumplimiento al mandato contenido en el art. 32.2 CE de regular las causas de disolución del matrimonio. Por el contrario, en la STC 39/1998, de 17 de febrero, se denegó el

El TC ha procedido, o no, a la equiparación entre el matrimonio y las uniones de hecho en función de la materia⁴⁵⁰.

amparo valorando que la demandante, desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981 hasta el fallecimiento del causante de la pretendida pensión de viudedad, dispuso de tiempo suficiente para contraer matrimonio. Sin embargo se denegó el amparo solicitado en el caso resuelto por la STC 66/1994, de 28 de febrero, que abordó un supuesto en el cual el motivo esgrimido para no haber contraído el matrimonio fue que la ideología anarquista de uno de los convivientes era contraria a formalizar la relación afectiva estable entre hombre y mujer a través de una institución eclesiástica o de la propia Administración, siendo ello una convicción profunda del causante, insuperable, obstativa al matrimonio, de modo que le impedía contraerlo con tanto o más rigor que las causas obstativas expresamente admitidas como tales en la doctrina de este Tribunal Constitucional (señaladamente, la de estar casado, antes de la aprobación de la Ley 30/1981, que reguló el divorcio); tal motivo, al referirse a la institución matrimonial en general, no pugnaba con los principios y valores constitucionales, sino que era expresión de la libertad de contraer o no matrimonio, por lo que el amparo, como queda dicho, no prosperó.

⁴⁵⁰ Así, en relación con las **pensiones de viudedad**, ha procedido a la denegación de su equiparación. Indica el TC, "En resumidas cuentas, la obtención de una pensión de viudedad se condiciona por la legislación vigente a la existencia de vínculo matrimonial entre causante y persona beneficiaria" (STC 184/1990). Si bien, el propio TC apunta que la solución legislativa de proceder a la equiparación entre uniones de hecho y matrimonio también sería constitucional. La STS, de 7 de abril de 2021, acordó que la prueba de la existencia de una pareja de hecho no solo podía acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a través de la inscripción de la unión en un registro autonómico o municipal dos años antes del fallecimiento, sino también mediante el "certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca", sin embargo, el TS en la STS de 24 de marzo de 2022 rectifica esta doctrina y exige la inscripción en un Registro de uniones de hecho. También hay que tener en cuenta, la STEDH, de 19 de enero de 2023, donde el Tribunal ha concluido que no se puede aplicar de forma retroactiva la obligatoriedad de registrar la relación a quienes hayan reclamado la pensión de viudedad antes de 2014, cuando el Tribunal Constitucional fijó dicho requisito en esa fecha.

En cambio, el TC, en relación con la **subrogación del arrendamiento**, ha procedido a la equiparación con el matrimonio. En la STC 222/1992, recoge la siguiente doctrina: "Aquella resolución, con todo, no dejó prejuzgada, en modo alguno, la respuesta a una cuestión que la propia STC 184/1990 calificó, en su fundamento jurídico 2., de «general e indeterminada» y que no es otra que la de las exigencias y límites en este punto derivados del ya examinado art. 39.1 de la Constitución, observando entonces el Tribunal que de aquella no equivalencia

entre matrimonio y convivencia de hecho no se deducía necesariamente que «toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14». Es, sobre todo, de inexcusable consideración que la mera procuración de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 C.E.) cuando de conseguir un objetivo constitucional se trata (art. 39.1 de la propia Norma constitucional) y ya se ha dicho que la familia es, para la Constitución, objeto de protección en sí misma y que la norma que así lo quiere no puede ser, por ello, reducida a un mero expediente para la indirecta protección del matrimonio. Tampoco cabe olvidar, en fin, que la subrogación arrendaticia que consideramos es una de las posibles modalidades de realización del principio rector según el cual «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» (art. 47 C.E.), principio que exige del legislador -y de este Tribunal, al controlar sus normas- una atención específica a los imperativos que sobre él proyecta el art. 14 de la Norma fundamental. La subrogación es disponible para el legislador, pero, una vez instituida, no puede ser conferida con daño a la igualdad sin menoscabar, al propio tiempo, lo que prescribe este art. 47. (...) 7. Las consideraciones expuestas bastan para concluir en el carácter inconstitucional, por discriminatorio, de la diferenciación contenida en el art. 58.1 de la L.A.U. (de 24 de diciembre de 1964) entre el cónyuge supérstite de una unión matrimonial y quien hubiera convivido *more uxorio* con la persona titular, hasta su fallecimiento, del arrendamiento". Por su parte, el T.S. en su jurisprudencia sobre uniones de hecho ha negado la posibilidad de la aplicación de la analogía. Si bien el T.S. tiende a aplicar a las uniones de hecho algunos efectos similares que tiene el matrimonio en función de aplicación del principio de *analogia iuris*. Esta aplicación conlleva a que a las uniones de hecho les corresponde algún régimen económico matrimonial regulado por el Código Civil (STS de 21 de octubre de 1992; de 18 de marzo de 1995, de 27 de marzo de 2001). El principio del enriquecimiento injusto ha sido aplicado por el TS en relación con el otorgamiento de la pensión compensatoria a las uniones de hecho (STS de 5 de julio de 2001 y de 17 de enero de 2003; de 12 de septiembre de 2005). La tendencia a la equiparación entre matrimonio y uniones de hecho se plasma no sólo en la jurisprudencia sino también en la legislación. A título de ejemplo, la LAU (art. 16.1 Ley 29/1994), Habeas Corpus (art. 3 L.O 6/1984), en el CP (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) dice que se equipara a cónyuge a aquella persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad (art. 23, 153; 424; 443; 444; 454; 617). Finalmente, LGSS (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), en su artículo 174, modificado por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, otorga la pensión de viudedad para las uniones de hecho que reúnan una serie de requisitos. La legislación autonómica en función del grado de competencias de cada Comunidad Autónoma ha procedido a la equiparación entre matrimonio y uniones de hecho. Por ejemplo, los arts. 234-1 a 234-11 de

4. Matrimonio civil y religioso.

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

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

El artículo 2.1. b) de la LOLR reconoce como contenido de la libertad religiosa: "celebrar sus ritos matrimoniales"⁴⁵¹ pero no implica

la Ley catalana 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; la Ley madrileña 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho o, la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.

⁴⁵¹ El término "rito", según el Diccionario de la Lengua española, tiene dos acepciones. Primera, costumbre o ceremonia y, segunda, conjunto de reglas establecidas para el culto y ceremonias religiosas. Partiendo de esta definición, surge una primera cuestión: la ceremonia matrimonial religiosa forma parte del contenido individual de la libertad religiosa. Este hecho exige que el Estado lleve a cabo una actividad positiva para el reconocimiento de efectos jurídicos a tal rito matrimonial, dejando aparte que tal ceremonia religiosa no debe vulnerar los límites del artículo 3.1. de la LOLR. Una primera respuesta a esta cuestión vendría dada por la Comisión Europea de Derechos Humanos que determinó que la libertad religiosa no se vulnera porque no se establezca el reconocimiento de efectos jurídicos civiles a un matrimonio religioso. La Comisión determinó que "el matrimonio no es considerado simplemente como una forma de expresión del pensamiento, conciencia o religión, sino que se rige por las específicas disposiciones del artículo 12" del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4

que el reconocimiento de efectos civiles del matrimonio religioso forme parte del contenido esencial del derecho de libertad religiosa; menos aún, que los poderes públicos tengan que reconocer eficacia jurídica a las decisiones de las autoridades religiosas sobre la disolución o nulidad de los matrimonios religiosos. En definitiva, esta última materia no es un ámbito de cooperación obligada con las confesiones religiosas.

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

A) La **forma civil** está regulada en el artículo 51 CC que determina las autoridades competentes para celebrarlo. Este artículo dispone:

“1. La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario judicial, Notario o Encargado del

de noviembre de 1950 que reconoce el derecho a contraer matrimonio según las leyes nacionales que regulan su ejercicio. Con otras palabras, el Estado ni prohíbe ni castiga la celebración religiosa pero ignora por completo la existencia de vinculación matrimonial a no ser que se produzca una celebración civil o se inscriba dicha celebración religiosa si se ha reconocido la posibilidad de otorgarla efectos civiles (Por ejemplo, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de junio de 1991 se dice lo siguiente: “Este principio (el de libertad religiosa) ha de ser, desde luego, respetado, pero el mismo no puede implicar que la organización social que compete al Estado haya de quedar supeditada a las particulares creencias religiosas de los ciudadanos. Esto explica por qué, sin mengua del principio, el Estado puede no conceder automáticamente efectos civiles a las ceremonias religiosas de celebración del matrimonio”).) Una segunda respuesta vendría dada por el hecho de que conforme al artículo 3.1. del Código Civil (CC) “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras”, en consecuencia, en el caso de otorgar eficacia a los ritos matrimoniales religiosos sólo se atribuiría, en su caso, eficacia jurídica a las normas confesionales que regulan la ceremonia religiosa; produciéndose así una equiparación entre el concepto de ritos matrimoniales y forma jurídica, pero no más; ya que el reconocimiento de otras normas jurídicas confesionales sobre capacidad o consentimiento, por ejemplo, no es una exigencia del principio de libertad religiosa y, si se reconociera, se podría estar vulnerando el orden público y los principios de igualdad y laicidad. En todo caso, adelantamos que en el ordenamiento jurídico español para que la forma religiosa tenga eficacia civil se exige que reúna los requisitos que determina el Código civil para el matrimonio civil (técnica de presupuesto).

Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero.

2. Será competente para celebrar el matrimonio:

1.º El Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue.

2.º El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración.

3.º El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero”.

Y, por su parte, el artículo 58 CC recoge algunos requisitos del acto de celebración del matrimonio civil. Textualmente este artículo recoge: “El Juez de Paz, Alcalde, Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consiente en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contrae en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá el acta o autorizará la escritura correspondiente”.

El matrimonio entre personas del mismo sexo se regula en la Ley 13/2005, de 1 de julio. Esta Ley comienza con las siguientes palabras: “La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social”. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en una exigencia a la que esta ley da respuesta.

La STC 198/2012 determinó la constitucionalidad de esta Ley. Ante la demanda de los recurrentes de que la ley es inconstitucional basándose en una interpretación literal y sistemática del texto constitucional, el TC puntualiza que, siendo verdad que el artículo 32 CE no reconoce expresamente la posibilidad del matrimonio entre

personas del mismo sexo tampoco lo excluye, y solo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio y no con quién debe contraerse (FJ 8). Por todo ello, el Alto Tribunal construye su argumentación sobre la base de considerar la Constitución «como un árbol vivo», puntualizando que «la cultura jurídica no se construye solo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuye a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante». El análisis del TC se centra en determinar si la reforma operada modifica, en primer lugar, la garantía constitucional del matrimonio contenida en el artículo 32 CE y, en segundo lugar, el contenido esencial del derecho fundamental garantizado en dicho artículo. Respecto de la garantía institucional, el TC afirma que el único elemento identificador de la institución matrimonial que cambia tras la reforma de la Ley 13/2005 es que los contrayentes puedan pertenecer al mismo sexo, pero sigue considerándose una comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición dentro de ella y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Por tanto, el TC sentencia que la Ley 13/2005 no desfigura la institución matrimonial contenida en el artículo 32 CE (FJ 9). Respecto del contenido esencial del derecho fundamental, el Pleno equipara a efectos de contenido la dimensión objetiva del derecho fundamental con el de la garantía institucional, por lo que concluye su no vulneración. En cuanto a la dimensión subjetiva del derecho fundamental, el TC aborda la cuestión de si la citada normativa conculca el contenido esencial (artículo 53.1 CE) consagrado en el artículo 32 CE. Evidentemente, la Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio. En efecto, para el Alto Tribunal, la reforma legal no supone una restricción en el ejercicio del derecho para las personas heterosexuales que pueden seguir ejercitando su derecho sin ningún tipo de problemas. Al contrario, amplía el espectro de la titularidad a las personas de mismo sexo. Por tanto, a juicio del TC, el Legislador, en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución, modifica el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, habida cuenta de que la ley recurrida no introduce

ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente, y sin que la opción adoptada suponga denegar a cualquier persona o restringirle el derecho constitucional a contraer o a no contraer matrimonio (FF.JJ. 10 y 11). Aquí se encuentra la denominada “**desigualdad por exceso de igualdad**” (FJ 9). No resulta posible censurar la Ley desde la perspectiva del principio de igualdad por abrir la institución matrimonial a una realidad —las parejas del mismo sexo— que presenta características específicas respecto de las parejas heterosexuales; como acaba de ser analizado, el carácter discriminatorio de la ley impugnada se ha basado en un “exceso de igualdad” no censurable desde la perspectiva del art. 14 CE.

B) Las formas religiosas.

Lo primero que hay que precisar es que para que se proceda a la inscripción de un matrimonio religioso éste debe reunir los requisitos exigidos por el CC. ¿Qué ocurre con los matrimonios religiosos que no se inscriben porque es imposible su inscripción al no reunir los requisitos exigidos por el Código Civil? Se equiparan al resto de matrimonios religiosos a los cuales no se les reconoce ningún efecto jurídico, en principio, pues pueden ser considerados como uniones de hecho⁴⁵².

b.1. Forma religiosa canónica.

El artículo VI del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos (AAJ) entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979 reconoce efectos civiles al matrimonio canónico, así como la posibilidad de declarar ajustadas al Derecho civil las sentencias de nulidad canónica y las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado. Y, en el último apartado de este artículo VI, la Santa Sede recuerda a quienes celebran matrimonio canónico las obligaciones que asumen.

⁴⁵² En todo caso, hay que advertir con relación a los matrimonios religiosos poligámicos no pueden constituir como parejas de hecho porque le condiciona a que se exista “análoga relación de afectividad a la conyugal”; es decir, a que los unidos no estén casados ni concurra impedimento que les impida celebrar matrimonio.

Este apartado se puede interpretar como que la Iglesia católica asume la previsible regulación estatal del divorcio y que va a afectar al matrimonio canónico (ATC 617/1984, de 31 de octubre de 1984)⁴⁵³.

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

1º El derecho a inscribir, o no, el matrimonio canónico en el Registro civil. No debemos olvidar que el derecho a celebrar ritos matrimoniales es parte del contenido individual de la libertad religiosa y que la confesión sólo actúa como intermediaria; aunque, sin duda, su intervención es necesaria. Por consiguiente, sí existe el derecho a no inscribir un matrimonio canónico, aunque se cumpla los requisitos civiles en virtud de la libertad religiosa⁴⁵⁴, y todo ello siempre dejando a salvo que dicha decisión no se base en motivos espurios que conlleven un fraude de ley, con la manifiesta intención de abusar de este derecho y provocando con ello un enriquecimiento injusto de los contrayentes. No obstante, hay un problema más, en relación con la interpretación que hemos mantenido anteriormente y se trata del principio de seguridad jurídica (artículo 9. 3 CE), pues el ordenamiento estatal debe garantizar los derechos adquiridos por terceros de buena fe provocados por la no inscripción (el matrimonio está produciendo efectos no plenos desde su celebración y, además, se podría inscribir en cualquier momento (inscripción tardía)). El

⁴⁵³ El TC en este Auto dice: "En el caso que nos ocupa es manifiesto que ni los preceptos en cuestión son inconstitucionales, ni su aplicación ha supuesto menoscabo para el derecho a la libertad religiosa de la recurrente. La Ley 30/1981, de 7 de julio, establece un marco legal común para todos los españoles, basado en el respeto a los principios constitucionales contenidos de forma específica en los arts. 14 y 16 de la Constitución: igualdad, libertad religiosa, aconfesionalidad con la consiguiente no discriminación por creencias religiosas, y cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones. En dicha regulación se prevé el pleno reconocimiento de los matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico, pero tal reconocimiento no supone la asunción por el Estado de las características y propiedades que la Iglesia católica asigna al matrimonio en su fuero propio, dado que, por su carácter pluralista y aconfesional, el Estado no viene obligado a trasladar a la esfera jurídico-civil los principios o valores religiosos que gravan la conciencia de determinados fieles y se insertan en el orden intraeclesial".

⁴⁵⁴ Este derecho a no inscribir un matrimonio religioso y que sólo tenga efectos exclusivamente religiosos parece reconocerse implícitamente en los Acuerdos de cooperación de 1992 con evangélicos y judíos, si los contrayentes no solicitan el certificado de capacidad.

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

La STC 199/2004, 15 de noviembre, viene a incidir directamente en este problema. En esta Sentencia se otorga el amparo. Este otorgamiento se traduce en el reconocimiento de la pensión de viudedad a una persona que contrajo matrimonio canónico pero que nunca procedió a su inscripción⁴⁵⁵. Esta sentencia contiene dos contundentes votos particulares. El Voto particular del magistrado Conde Martín de Hijas que se fundamenta en el verdadero alcance jurídico de la inscripción del matrimonio. Y, el segundo, el Voto particular de la magistrada Pérez Vera que estima que la intención de los contrayentes de eludir expresamente la inscripción debe tener consecuencias jurídicas.

La segunda cuestión en relación con el matrimonio canónico es **la cláusula de ajuste de las sentencias de nulidad y decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado** que regula tanto el artículo 80 Cc como el artículo VI AAJ. Las sentencias de nulidad canónica y las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia civil si se declaran ajustadas al Derecho estatal por un juez civil y se añade que deben reunir las condiciones del artículo 954 de la LEC sobre exequatur de sentencias

⁴⁵⁵ En palabras del TC: "Considerar inexistente el matrimonio no inscrito y negar la condición de cónyuge a quien ha demostrado su válido vínculo matrimonial, pone de manifiesto que se otorga a la inscripción un valor constitutivo, lo que no resulta acorde a lo que expresamente establece el apartado 1 del art. 61 del Código civil, a la par que aboca a un resultado claramente desproporcionado como es la denegación de la pensión. Por consiguiente, si hemos declarado que "dos supuestos de hecho habrán de reputarse iguales si el elemento diferenciador carece de la suficiente relevancia y fundamento racional (por todas, SSTC 103/1983, 68/1990, 142/1990 y 114/1992)" (ATC 68/1996, de 25 de marzo), no nos queda sino afirmar, como hace el Ministerio Fiscal, que a estos efectos el matrimonio canónico contraído por el recurrente con su fallecida esposa es exactamente igual a cualquier otro matrimonio que haya tenido acceso al Registro Civil. Por lo que, cuando la Administración introduce un elemento generador de una desigualdad artificiosa y tal elemento se confirma por el órgano judicial, impidiendo, con ello, que la norma jurídica sea aplicada, introduciendo, así, una desigualdad no justificada contraria al art. 14 CE procede, en consecuencia, otorgar el amparo solicitado".

extranjeritas (en la actualidad, este artículo ha sido derogado por la Ley 29/2015)⁴⁵⁶. Este último punto ha sido sin duda la piedra de toque

⁴⁵⁶ El artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1881) disponía: "Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes:

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

2ª) Que no haya sido dictada en rebeldía.

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

4ª) Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España".

Este artículo ha sido sustituido por el art. 46.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil que regula las causas de denegación del reconocimiento de las sentencias extranjeras, dispone: "Artículo 46. Causas de denegación del reconocimiento.

1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

a) *Cuando fueran contrarias al orden público.*

b) *Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.*

c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.

d) *Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.*

e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.

f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero".

Por su parte, el artículo 778 LEC regula el procedimiento sobre la eficacia civil de resoluciones de los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, en concreto: "1. En las demandas en solicitud de la eficacia civil de resoluciones de los tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, si no se pidiera la adopción o modificación de medidas, el tribunal dará audiencia por plazo de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal

de todo el sistema matrimonial español y donde la doctrina se ha centrado más, quizás por ser el aspecto más problemático de nuestro sistema. Por esta razón no se van a reproducir con amplitud las discusiones doctrinales sobre esta cuestión que alargarían indefinidamente esta Lección, sino que nos centramos en resumir telegráficamente las líneas fundamentales de la doctrina sobre esta materia y las soluciones que se proponen para evitar las contradicciones que, desde nuestro punto de vista, existen con relación a la cláusula de ajuste de sentencias de nulidad canónicas y de decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado.

Las posiciones doctrinales se pueden sintetizar en dos:

- **Posición formal del ajuste.** La declaración de ajuste consiste en una mera verificación formal (V. REINA). Bastaría comprobar que la resolución canónica es de nulidad o decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado que tiene el carácter de firme y que su texto aparece en documento auténtico para que se ajuste al Derecho civil y que no entre en contradicción con los principios del orden público (R. NAVARRO VALLS).
- **Posición material del ajuste.** El ajuste al Derecho civil como coincidencia en concreto de los motivos canónicos determinantes de la nulidad o la disolución del matrimonio y las causas civilmente reconocidas como tales. Que el juez civil “declare” si dados los hechos tenidos en cuenta por el órgano eclesiástico, tales hechos son o no susceptibles de configurar

y resolverá por medio de auto lo que resulte procedente sobre la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica.

2. Cuando la demanda se hubiera solicitado la adopción de medidas, se sustanciará la petición de eficacia de la resolución o decisión canónica conjuntamente con la relativa a las medidas, siguiendo el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 770”. En esta Ley de Enjuiciamiento Civil se deroga la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que contemplaba el procedimiento para el ajuste al Derecho civil de las sentencias de nulidad canónicas y las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado. Por último, el Reglamento (CE) nº 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DOCE nº L 160, de 30 de junio de 2000, p. 19-36); modificado por el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre.

alguna de las causas de nulidad o de disolución que el Derecho civil reconoce, independientemente de la calificación realizada por el Tribunal eclesiástico (LLAMAZARES⁴⁵⁷).

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

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

Segundo: La posición doctrinal defendida por el profesor LLAMAZARES estima que el juez tiene que examinar el fondo; es decir, si los hechos probados en la sentencia de nulidad coinciden con alguna causa de nulidad civil del artículo 73 CC, si bien no tiene por qué darse una coincidencia exacta con la que haya determinado el juez eclesiástico. Con relación a las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado la labor del juez, se decía, era determinar si la justa causa que provocó en el proceso canónico esa disolución coincide con alguna causa de divorcio. Sin embargo, desde la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, han desaparecido las causas de divorcio por lo que la comparación en este punto ya no es necesaria. Con otras palabras, no basta con el juez civil examine la sentencia canónica desde un punto de vista puramente formal, sino que es necesario que entre en el examen de fondo de la sentencia nulidad; es decir, se procederá a la homologación de la sentencia canónica solo si con arreglo al Derecho civil se hubiera dado el mismo resultado. Lo que se viene a decir, es que si no se realiza este examen se estaría vulnerando el principio de igualdad. Los matrimonios civiles, celebrados de forma canónica, tendría más fácil proceder a la nulidad de ese matrimonio en comparación con los matrimonios civiles, celebrados en forma civil o en otra forma religiosa. Circunstancia que sin ningún género de duda vulnera el orden público.

⁴⁵⁷ *Derecho de la libertad de conciencia*, Tomo II, 2011, op. cit., p. 431 y ss.

Tercero: Si se siguiera la posición formalista, simplemente el cumplimiento de los requisitos formales, desde nuestro punto de vista, se estaría vulnerando el principio de igualdad, estableciéndose sin ninguna duda un privilegio para los católicos ya que podrían obtener la nulidad por causas a las que no pueden acceder el resto de los ciudadanos y obtener dicha nulidad incluso en menos tiempo. No desconocemos la existencia de la sentencia del TS de 23 de noviembre de 1995 que apoya esta tesis exclusivamente formalista⁴⁵⁸. No obstante, las STS de 5 y 8 de marzo de 2001 no comparten esta posición exclusivamente formalista y la STS de 17 de junio de 2002 indica que la sentencia de nulidad canónica obtenida en rebeldía de una de las partes no es civilmente homologable pero no solo en el caso de que se trate de rebeldía a la fuerza, sino también en los casos de rebeldía por convicción, e incluso de rebeldía por interés. Por su parte, la STS de 24 de octubre de 2007, establece que: "la persona que ha contraído matrimonio canónico parece haber aceptado, en principio, los postulados confesionales que esta forma de contraer matrimonio supone, entre los cuales figura la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos cuyos efectos civiles son reconocidos con determinados límites por el Estado, para decidir acerca de la nulidad y de la separación, circunstancia que, obviamente, no excluye la posibilidad de un mutación de dichas convicciones en la persona afectada que pueda ser relevante para justificar su incomparecencia ante dichos tribunales. Resulta, así, que la doctrina fijada en la sentencia que acabamos de referirnos no puede tener, con arreglo al contexto normativo que procede tomar en consideración, una aplicación abstracta, sino que su aplicación debe quedar reservada a los supuestos en que el juicio de ponderación tras la alegación de las convicciones religiosas o ideológicas que se estiman relevantes para justificar la incomparecencia concluya en la existencia de una afectación del derecho de libertad ideológica o religiosa no justificada por la prevalencia de otros derechos o intereses protegidos por la Constitución". Por último, también hay que tener presente la STEDH caso Pellegrini contra Italia, de 20 de julio de 2001. En esta Sentencia

⁴⁵⁸ Esta Sentencia del TS dice: "El tema del ajuste no impone una revisión del fondo y contenido sustantivo de la decisión pontificia (...). La necesaria identidad total de causas --coincidencias en concreto-- ha de ser inmediatamente rechazada, pues aunque la no consumación del matrimonio no resulta subsumible por el Código Civil; lo que no cabe es imponer, conforme los Tratados vigentes, que la Iglesia Católica haya de acomodar su normativa y actos jurídicos a la nuestra positiva".

se señala que los tribunales italianos previamente a conceder el exequátur a la sentencia canónica de nulidad no cumplieron con su deber de asegurarse que el demandante se había beneficiado de un proceso justo en el marco del proceso eclesiástico.

Cuarto: La pretendida justificación a este trato especial a los católicos viene derivado de la libertad religiosa y los motivos de conciencia que "obligan" a los católicos a acudir a los tribunales eclesiásticos para resolver las crisis matrimoniales.

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

Sexto: Uno de los problemas más alegados con relación a los procedimientos de ajuste al Derecho estatal es la indefensión que se produce en los procesos canónicos y, otro que manifestando la oposición al ajuste se procede, por parte del juez, a la homologación de las resoluciones eclesiásticas. La doctrina que podría resumirse en que no existe indefensión cuando se ha notificado convenientemente a las partes y éstas han tenido todas las posibilidades para acudir a los diferentes trámites del proceso eclesiástico podría ser fácilmente compartida en un proceso estatal o civil, pero es más cuestionable en el proceso canónico que vive bajo "la ley de la sospecha" de no garantizar suficientemente los derechos procesales de las partes. En

todo caso, los tribunales eclesiásticos no son órganos judiciales estatales; y por ello no existe obligación de comparecer ante los tribunales eclesiásticos (que no se interprete de estas palabras que el Estado debería actuar como brazo secular de la Iglesia católica y obligar a comparecer en sus procesos a los contrayentes, pues estaríamos vulnerando la laicidad del Estado); además entendemos que es una jurisdicción estrictamente confesional y no puede afectar a quien no se siente ya vinculado por esas creencias religiosas; es decir, aquel que en función de su derecho de libertad religiosa ha decidido abandonar, cambiar o simplemente, desvincularse de esa confesión. En consecuencia, creemos que no se puede imponer una sentencia o decisión pontificia, en principio, con efectos exclusivamente confesionales, a alguien que ha cambiado de religión. No se pueden compartir la expresión de que la decisión tomada en un momento concreto –que, incluso, era casi la única posible— desencadene para siempre las decisiones sobre su matrimonio imponiendo coactivamente la imposibilidad de ejercer la libertad religiosa que, no olvidemos, incluye el derecho a cambiar de religión⁴⁵⁹.

Por este motivo, consideramos de enorme importancia la oposición (que ya no se contempla en nuestro ordenamiento jurídico desde la entrada en vigor de Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero); con la simple alegación de que uno no ha participado en el proceso canónico para sentirse desvinculado de su jurisdicción es causa suficiente para no procederse al ajuste. Sin embargo, podría vulnerarse el principio de unidad jurisdiccional al no permitir ir más allá (en un argumento perfectamente ajustado a un Estado laico); es decir, que el juez civil no puede examinar el procedimiento canónico ya que podría implicar la vulneración de la autonomía interna de la Iglesia católica⁴⁶⁰.

Séptimo: Si el juez civil debe encajar los hechos probados en la sentencia de nulidad canónica en alguna causa de nulidad civil. Es obvio, que esos hechos probados en sede eclesiástica se han

⁴⁵⁹La STS de 17 de junio de 1996, en cambio, señala: “pero no a sostener que se infringe la igualdad cuando a su matrimonio canónico *se le aplican las reglas que él mismo eligió* y con absoluta igualdad que a otros casos iguales” y STS de 24 de octubre de 2007.

⁴⁶⁰ Según la STS de 17 de junio de 1996, juzga que “no puede entrar a fiscalizar el cumplimiento de los trámites seguidos ante la Santa Sede” (fund. jur. nº 2).

corroborado gracias a las pruebas aportadas en dicho proceso sin ninguna posibilidad de confirmar *ex novo* dichos hechos; si el juez volviera a abrir el proceso de la prueba de nuevo no tendría sentido el procedimiento de ajuste y, simplemente, se estaría procediendo a un proceso civil de nulidad donde la sentencia de nulidad será un documento más que se aportaría al proceso⁴⁶¹. Conviene recordar las diferencias que existen entre el proceso canónico y el proceso civil en relación con las pruebas y la valoración de las mismas.

Octavo: El proceso de ajuste distorsiona el sistema facultativo anglosajón y provoca graves dificultades para su completa adecuación a los principios constitucionales de libertad religiosa⁴⁶², el principio de igualdad entre católicos y no católicos y no discriminación por motivos religiosos y de *laicidad*⁴⁶³. Y, por último, el principio cooperación con las confesiones no justifica su existencia.

Coincidimos con aquellos que han planteado que la cláusula de ajuste produce más distorsiones, tanto en el ordenamiento estatal como en el canónico, que beneficios por lo que sería conveniente su derogación. El sistema de reconocimiento de eficacia civil de sentencias de nulidad es un sistema insatisfactorio en la práctica; la

⁴⁶¹ La STS de 8 de enero de 1992 recoge que "ninguno de los mencionados Acuerdos (se refiere a los Acuerdos con la Iglesia católica) contiene precepto alguno que otorgue especial virtud probatoria ante los tribunales del Estado a las actuaciones practicadas ante los Tribunales eclesiásticos" (fund. jur. nº 2).

⁴⁶² Sobre la incompetencia de los tribunales chemaricos, vid. Resolución de la DGRN de 15 de mayo de 1995, dice: "Para acreditar esta disolución el recurrente ha presentado una certificación del mismo Centro Islámico de Barcelona en la que se indica que los cónyuges se divorciaron en el mismo Centro en enero de 1993. Es patente la absoluta incompetencia de tal Centro para dictar un divorcio dentro del territorio español. La disolución del matrimonio por divorcio es una actuación judicial que en España está encomendada con exclusividad a los órganos jurisdiccionales y no puede permitirse, por aplicación clara del orden público, que un divorcio pueda ser pronunciado por una autoridad religiosa".

⁴⁶³ Por otra parte, en relación con el principio de unidad jurisdiccional del artículo 117 CE se ha considerado: "el automatismo en el presente caso de la concesión de efectos civiles a una decisión acordada en el ámbito de la jurisdicción canónica está reñido con la plenitud de su potestad jurisdiccional, conforme establece el artículo 117.3 de la Constitución española", vid. STC de 22 de diciembre de 1988. En definitiva, el tribunal civil debe actuar y "decidir con plena jurisdicción, en el orden jurídico civil, según la legislación del Estado", sin quedar en absoluto vinculado por lo juzgado por el Tribunal eclesiástico, vid. STC 1/1981, de 26 de enero, fund. jur. nº 11, y el voto particular de la STC de 7 de enero de 1991.

praxis de los juzgados dista mucho de ser uniforme, con el elevado grado de inseguridad jurídica que ello conlleva. Por estas consideraciones, el reconocimiento civil de las resoluciones eclesiásticas es un sistema a superar, desde el momento que muestra más inconvenientes que ventajas. En la supresión de la eficacia civil de las resoluciones matrimoniales no encuentra, en la situación actual, perjuicio alguno para nadie, sino provecho para todos. (RODRÍGUEZ CHACÓN⁴⁶⁴).

En fin, la jurisprudencia ha admitido que se puede conceder efectos civiles a una sentencia de nulidad canónica de un matrimonio, previamente disuelto por divorcio por la jurisdicción del Estado, pero precisando que dicha declaración de nulidad no deja sin efecto la pensión compensatoria, que, en el caso, se hubiera fijado (entre otras, SSTS de 5 de marzo de 2001 y 23 de marzo de 2005).

b.2. Forma religiosa evangélica, judía y musulmana:

El segundo bloque de normas que inciden en este derecho a celebrar ritos matrimoniales son los Acuerdos de cooperación de 1992 con FEREDE, FCI y CIE (artículo 7 de las Leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992). Los artículos 7 de estos Acuerdos de cooperación han sido modificados por las leyes 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la anterior⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: "Reconocimiento de sentencias y resoluciones canónicas (Una importante sentencia del Tribunal Constitucional)", *ADEE*, vol. V, 1998, p. 668.

⁴⁶⁵ Vid. Disposición transitoria quinta sobre matrimonios celebrados por las confesiones religiosas evangélicas, judías e islámicas y por las que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España y Disposiciones finales quinta, sexta y séptima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria sobre la entrada en vigor de la anterior Ley (30 de junio de 2018) y que recoge lo siguiente: "Las modificaciones del artículo 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, aprobado por la Ley 24/1992, de 10 de noviembre; las del artículo 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, aprobado por la Ley 25/1992, de 10 de noviembre; y las del artículo 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, aprobado por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, contenidas en las disposiciones finales quinta, sexta y séptima

En estos acuerdos se constatan, por una parte, la vía pacticia para el reconocimiento de eficacia civil de los matrimonios religiosos expresada en el artículo 59 CC. Y, por otra, el distinto grado de exigencia de las creencias religiosas en cuanto al matrimonio; así, en los Acuerdos con judíos y musulmanes se produce una remisión material a sus ordenamientos jurídicos confesionales en cuanto a las normas que regulan la forma jurídica. En todo caso, siempre tienen que reunir los requisitos exigidos por el CC para su inscripción, en concreto: rabino (forma judía); representante de la Comunidad islámica o imán (forma islámica), consentimiento expreso de ambos contrayentes y testigos mayores de edad. En los Acuerdos se exige el certificado de capacidad matrimonial para la celebración de estos matrimonios y como requisito previo para su inscripción en el Registro civil⁴⁶⁶.

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

1º Poligamia

Lo primero que debemos analizar es si la poligamia (más exactamente, poliginia) es parte del contenido del derecho de libertad religiosa y, en segundo lugar, los posibles efectos jurídico-civiles de la misma. Se podría partir, en principio, de que la libertad religiosa ampara la poligamia como elemento configurador del matrimonio musulmán. Por otra parte, se defiende que el respeto pleno de la libertad religiosa, con relación al matrimonio, implica que el ordenamiento jurídico reconozca plenos efectos jurídicos a cualquier clase de matrimonio con la única excepción de todo aquello que suponga un atentado contra el orden público. En consecuencia, se

respectivamente, que lo harán en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil". También, sobre el matrimonio islámico no inscrito, vid. la STC 194/2014, de 1 de diciembre, y sobre los efectos del matrimonio islámico no inscrito pero válido, vid. STSJ de Andalucía, de 10 de julio de 1998.

⁴⁶⁶ El régimen de inscripción de tales matrimonios religiosos viene establecido en la Orden JUS/577/2016.

otorgaría eficacia al matrimonio musulmán, pero no, en cambio, al contenido poligámico de los mismos⁴⁶⁷.

Consideramos que el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo forma parte del orden público, no sólo interno sino también del orden público internacional. En consecuencia, la poligamia da como resultado la privación en el reconocimiento, goce y ejercicio del derecho a contraer matrimonio por razón de sexo. El reconocimiento de efectos a la poligamia supone una discriminación, una diferencia de trato frente a la norma estándar, y provoca un

⁴⁶⁷Así mismo, se pueden mencionar, entre otras, dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado donde se estima que la libertad religiosa no puede amparar el reconocimiento de efectos a los matrimonios poligámicos y, por ello, no se pueden inscribir dichos matrimonios en el Registro civil porque uno de los contrayentes carece de la capacidad necesaria para contraer matrimonio (impedimento de vínculo). La Dirección General de los Registros y del Notariado no ha reconocido la posibilidad de inscribir matrimonios poligámicos, basándose en la dignidad constitucional de la persona y de la *mujer* y en "la concepción española del matrimonio". En dos Resoluciones se hace mención específica a la dignidad de la mujer. La primera, de 8 de marzo de 1995: "es indudable que el matrimonio poligámico se opone frontalmente a la dignidad de la mujer y a la concepción española de la institución matrimonial". Y, la segunda, de 20 de febrero de 1997: "ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción del orden público internacional (...) que no puede admitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer". En otras tres se recoge la dignidad de la persona, en concreto, en una Resolución de 11 de mayo de 1994, se señala: "Ha de advertirse que, aunque el contrayente marroquí de acuerdo con su peculiar estatuto personal sea libre para contraer otro matrimonio, subsistiendo el primer, esta norma extranjera, en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha de ser excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (cfr. artículo 12.3 Cc) que no puede permitir que una española contraiga matrimonio con un extranjero casado, lo que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio". En otra Resolución de 14 de septiembre de 1994: "la excepción del orden público internacional (cfr. artículo 12.3 Cc), que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio". Y, la última Resolución de 3 de diciembre de 1996 dice que: "ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción del orden público internacional, que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio"; vid., otras resoluciones DGRN de 14 de diciembre de 2000; 14 de mayo de 2001; 4 de julio de 2002; 23 de noviembre de 2002; 4 de diciembre de 2002; 22 de octubre de 2004; 10 de diciembre de 2004.

perjuicio para la discriminada, independientemente de que este perjuicio sea querido o no por la mujer⁴⁶⁸.

En segundo lugar, con relación a los posibles efectos jurídicos-civiles de la poligamia mencionamos los siguientes:

- **Reagrupamiento familiar**

La Ley de extranjería (L.O. 4/2000) en su artículo 17 regula el reagrupamiento familiar⁴⁶⁹. Según la Directiva comunitaria de 2003/86/CE sobre reagrupamiento establece que la reagrupación familiar contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los inmigrantes en el Estado miembro. Esta Directiva se aplicará cuando el reagrupante sea titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año y tenga una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente (artículo 3). En esta

⁴⁶⁸ Como ha señalado el TEDH: "Nadie discute ante el Tribunal que, en Turquía, cada uno puede seguir en su esfera privada las exigencias de su religión. Por el contrario, Turquía, al igual que cualquier otra Parte Contratante, puede legítimamente impedir que las normas de derecho privado de inspiración religiosa que atenten contra el orden público y los valores de la democracia en el sentido del Convenio (por ejemplo, las normas que permiten la discriminación basada en el sexo de los interesados, tales como la poligamia, los privilegios para el sexo masculino en el divorcio y la sucesión) encuentren aplicación bajo su jurisdicción. La libertad de suscribir contratos no puede usurpar el papel del Estado consistente en organizar de forma neutra e imparcial el ejercicio de las religiones, cultos y creencias", vid. STEDH, de 13 de febrero de 2003, caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía, considerando nº 128.

⁴⁶⁹ El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de Ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso". En esta materia hay que tener presente, también, la Directiva comunitaria 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE nº L 251 de 3 de octubre de 2003).

Directiva se contemplan disposiciones específicas sobre el no reconocimiento de la posibilidad de reagrupamiento familiar al matrimonio poligámico “en caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge”⁴⁷⁰. En resumen, no se reconoce, en esta materia, ningún efecto jurídico a la poligamia. No obstante, el marido polígamo podrá elegir con que mujer se reagrupa. Dicha posibilidad, en nuestra opinión, vulnera el principio de no discriminación y el principio de seguridad jurídica internacional⁴⁷¹.

- Nacionalidad española

En esta materia conviene recordar el artículo 22 CC en su apartado 4 que expresamente recoge, en materia de nacionalidad: “El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y *suficiente grado de integración en la sociedad española*”. En relación con la obtención de la nacionalidad española, traemos a colación la Sentencia TS de 26 de julio de 2004 que deniega a un ciudadano de origen marroquí la nacionalidad española porque no ha justificado suficientemente el

⁴⁷⁰ Vid. artículo 4 de esta Directiva. La propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Parlamento de la Unión Europea el 2 de mayo de 2002 era más explícita: “No se reconoce el matrimonio polígamo: sólo una mujer puede disfrutar del derecho a la reagrupación. Del mismo modo, los hijos de las esposas no admitidas quedan excluidos del derecho a la reagrupación a menos que el interés superior de éstos lo exija (en aplicación del Convenio sobre derechos del niño de 1989)”. Sobre esta cuestión, vid. SsTEDH de 28 de noviembre de 1996 (asunto Ahmut contra Holanda) y de 21 de diciembre de 2001 (asunto Sen contra Holanda) donde se deniega el agrupamiento familiar de niños basándose en los siguientes criterios: edad de los hijos, crecimiento en un determinado entorno cultural y lingüístico, grado de dependencia respecto de los progenitores, existencia o no de familiares en el país de origen que puedan hacerse cargo del menor. En Francia, se ha permitido el reagrupamiento de los hijos de cónyuges polígamos con ambos progenitores siempre que no constituyan una unidad familiar; es decir, viviendo en distintos domicilios. En este punto, también debemos mencionar la STEDH (asunto Berrehab contra Holanda), de 21 de junio de 1988, donde se falla que existe vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo (vida familiar) al denegarse la autorización de residencia de un marroquí después de obtener el divorcio de una ciudadana holandesa pues, dicha decisión impedía su relación con el hijo nacido en dicho matrimonio.

⁴⁷¹ En el mismo sentido, vid. STSJ de Andalucía (sede Málaga), de 23 de diciembre de 2005.

grado de integración en la sociedad española al mantener de modo simultaneo varias esposas. Esta doctrina del TS se repite en las Sentencias de 19 de junio de 2008; 14 de julio de 2009; de 13 de junio de 2011; de 4 de julio de 2011, entre otras.

- **Pensiones de viudedad**

Un asunto más conflictivo es el otorgamiento de pensiones de viudedad por el fallecimiento de un polígamo. En este caso, la jurisprudencia ha dado todas las soluciones posibles. La sentencia del Tribunal de Justicia de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002 analiza el caso de un senegalés musulmán, Sr. Diop, que había contraído dos matrimonios válidos en Senegal. La decisión judicial divide la pensión de viudedad a partes iguales (otorga eficacia al matrimonio polígamo por aplicación del orden público atenuado). Las viudas solicitaban la parte íntegra para cada una de ellas, el Tribunal responde que en Senegal no se otorgan dos pensiones de viudedad y que no se puede superar la cuantía máxima de cotización. Otro caso resuelto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de julio de 2002, hace referencia un matrimonio polígamo de un marroquí. El INSS decide dividir la pensión a partes iguales, sin embargo, la decisión judicial no se fundamenta en la aplicación de los artículos 22 y 23 del Convenio sobre Seguridad Social hispano-marroquí, de 6 de noviembre de 1979⁴⁷² que determina la división a partes iguales de la pensión, sino que el Tribunal aplica las fórmulas de dividir la pensión en caso de separación o divorcio graduando la cuantía en función del período de convivencia matrimonial (aplicación analógica). La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003 donde no se otorga ningún efecto al matrimonio poligámico y se atribuye la pensión de viudedad a la mujer con quien se celebró el primer matrimonio declarando nulo el segundo. Y, la STSJ de Madrid, de 22 de octubre de 2009, reconoce la pensión de viudedad mediante la división proporcional de la misma en función del tiempo de convivencia con el causante y del reparto igualitario conforme al convenio de España con Marruecos de 13 de octubre de 1982 (art. 23) y, prosigue diciendo que "tal es la solución que, además, viene aplicando pacífica y reiteradamente la Administración española respecto de la viudas saharauis y ha sido admitida en diversas resoluciones de la Jurisdicción Social". Por su parte, la STC 194/2014,

⁴⁷² BOE de 13 de octubre de 1982.

de 1 de diciembre, sobre la solicitud de una pensión de viudedad de un matrimonio islámico no inscrito. En esta Sentencia el TC no ha reconocido el derecho a la pensión de viudedad. Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2018, que reconoce eficacia a un matrimonio polígamo en relación con el otorgamiento de la pensión de viudedad a dos mujeres marroquíes tras el fallecimiento del trabajador marroquí, aplicando el mencionado Convenio hispano-marroquí de 1979. Jurisprudencia que se ha confirmado en la STS de 12 de noviembre de 2019.

Además, el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Senegal, del 22 de noviembre de 2020, y publicado en el BOE el 16 de marzo de 2022, recoge en su artículo 19 sobre la prestación de viudedad compartida: "Si de conformidad con su estatuto personal, el asegurado tuviera, en el momento de su fallecimiento, varias esposas, la prestación de supervivencia, en su caso, se repartirá a partes iguales, entre las viudas que reúnan los requisitos previstos en la legislación española para causar derecho a la misma" y, el artículo 26 sobre la prestación de supervivencia añade: "1. Conforme a la legislación senegalesa, en caso de muerte directamente relacionada con un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y si, de acuerdo con su estatuto personal, la víctima tuvo varias esposas, la renta debida al cónyuge superviviente se divide por igual y definitivamente entre las esposas. 2. La pensión de orfandad reconocida por Senegal, será pagada por la Institución deudora a la persona física o jurídica responsable de la misma. 3. Lo dispuesto en el artículo 19 será de aplicación a las prestaciones de viudedad derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales reconocidas por la seguridad social española".

En definitiva, en estos Convenios de la Seguridad Social se otorga efectos a la poligamia.

2º. El Repudio

Otro problema en el ámbito matrimonial es si se puede otorgar algún efecto al repudio unilateral del varón que, también, puede ser revocable (*talaq*). Esta disolución del matrimonio islámico se realiza de forma unilateral, y a instancia del esposo, encontrando su fundamento en el Corán.

La Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 2 de noviembre de 1999 considera que "este repudio no tiene la consideración de un verdadero divorcio". El repudio revocable vulnera el principio fundamental de "estabilidad del estado civil" y por eso se considera contrario al orden público⁴⁷³. No obstante, si se constata su carácter irrevocable el TS ha otorgado el exequatur⁴⁷⁴.

Por otra parte, se modificó el artículo 107 CC por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, con la siguiente redacción: "En todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) Si no resulta aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas, b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, c) *Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público*". Consecuentemente, la reforma de 2003 pretende evitar las consecuencias jurídicas de un repudio unilateral o revocable que constituyen un atentado contra el orden público y el principio de no discriminación⁴⁷⁵.

El problema del reconocimiento del repudio es el relacionado con el principio de no discriminación de la mujer. No obstante, puede ser la propia mujer la que solicite el reconocimiento del repudio para disolver el vínculo matrimonial y así no tener que iniciar un proceso judicial de divorcio. De ahí que, para favorecer a la mujer, la doctrina internacionalista se haya decantado por distinguir el repudio "que produce efectos discriminatorios en el caso concreto" y el repudio "que no produce efectos discriminatorios en el caso concreto". Ésta es la solución que viene aplicando el TS⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Cfr. Resoluciones DGRN de 23 de septiembre de 2000 y 12 de septiembre de 2002 y Auto del TS de 21 de abril de 1998.

⁴⁷⁴ Autos del TS de 16 de julio de 1996, de 1 de julio de 2000 y de 27 de julio de 2004.

⁴⁷⁵ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 28 de junio de 2004 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de mayo de 2004.

⁴⁷⁶ Vid. ATS de 27 de enero de 1998 (solicita el exequatur por razones económicas y de rapidez procesal), ATS de 21 de abril de 1998 (la mujer acepta la disolución por repudio), ATS de 8 de junio de 1999 y ATS de 27 de julio de 2004.

3º La dote.

La dote (*mahr*) es una parte esencial del contrato matrimonial islámico, se constituye como propiedad de la mujer y viene a constituir un límite al repudio. La obligación del marido de realizar una contribución patrimonial en dinero o bienes a favor de la mujer constituye una garantía económica para ésta, especialmente en casos de repudio o fallecimiento del marido, y podría tener eficacia en el Derecho español siempre que se den las condiciones del artículo 1336 CC. No obstante, la única sentencia de la que tenemos conocimiento sobre este asunto no ha reconocido, incorrectamente, eficacia a la dote de un matrimonio islámico contraído en Irán⁴⁷⁷. Si se constata las condiciones del artículo 1336 del CC y que no se vulnera el principio de no discriminación de la mujer se podría configurar la dote como una indemnización en caso de ruptura matrimonial y, por ello, se debería otorgar efectos jurídicos a la dote. Por esos motivos, estimamos que los tribunales deben optar, de entre las diferentes interpretaciones posibles, por la más acorde con la defensa de los principios constitucionales y no acogerse a interpretaciones estrictas (incluso más fundamentalistas) de las normas religiosas islámicas.

4º Matrimonios concertados o forzados.

En la prensa aparece, de vez en cuando, la noticia sobre que niñas menores de edad de religión musulmana son obligadas a contraer matrimonio con personas decididas por sus padres. En torno a este asunto se ha planteado no sólo que conste expresamente el consentimiento de la mujer sino también la elevación de la edad mínima para contraer matrimonio. Aunque sea loable estas propuestas creemos que no van a venir a solucionar el problema de los matrimonios concertados o forzados pues en el caso, no sólo de los musulmanes, sino también, por ejemplo, de los hindús la presión para contraer estos matrimonios se encuentra en el propio grupo familiar; es decir, la decisión de contraer este tipo de matrimonio implica abandonar no sólo el grupo étnico/religioso sino, también, familiar. Es obvio, que el matrimonio "concertado" o forzado vulnera

⁴⁷⁷ Vid Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de enero de 2004.

el orden público⁴⁷⁸. En este sentido, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, regula este tipo matrimonio y, en consecuencia, se ha procedido a reformar el CP (art. 83.2 y 172 bis).

La respuesta del ordenamiento jurídico español, en este ámbito, debe ir encaminada a romper la endogamia de estos grupos. En este sentido, la Fiscalía de Protección de Menores de Cataluña ha propuesto que las madres o padres que maltraten física o psíquicamente a sus hijas para que contraigan matrimonio o violen sus derechos fundamentales deben asistir, obligatoriamente, a cursos de derechos humanos.

b. 3. Otras formas matrimoniales religiosas con eficacia civil: las confesiones con notorio arraigo.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria permite la celebración de matrimonio religioso de las confesiones con notorio⁴⁷⁹. En sentido, el artículo 60 del Código civil queda redactado del siguiente modo:

«1. El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles.

2. Igualmente, se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España.

En este supuesto, el reconocimiento de efectos civiles requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

⁴⁷⁸ Vid. Resolución DGRN de 2 de diciembre de 2002.

⁴⁷⁹ Las confesiones religiosas que tienen reconocido "notorio arraigo en España" son: la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (mormones); la Iglesia de Testigos Cristianos de Jehová; la Federación de Entidades Budistas de España y las Iglesias Ortodoxas.

a) La tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil.

b) La libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad.

La condición de ministro de culto será acreditada mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que, en su caso, hubiere solicitado dicho reconocimiento.

3. Para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa se estará a lo dispuesto en el Capítulo siguiente.»

Además, con la Ley de Jurisdicción Voluntaria se introduce el artículo 58 bis de Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil con el siguiente contenido:

«Artículo 58 bis. *Matrimonio celebrado en forma religiosa.*

1. Para la celebración del matrimonio en la forma religiosa prevista en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos y en los Acuerdos de cooperación del Estado con las confesiones religiosas se estará a lo dispuesto en los mismos.

2. En los supuestos de celebración del matrimonio en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, requerirán la tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial conforme al artículo anterior. Cumplido este trámite, el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil que haya intervenido expedirá dos copias del acta o resolución, que incluirá, en su caso, el juicio acreditativo de la capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio.

El consentimiento deberá prestarse ante un ministro de culto y dos testigos mayores de edad. En estos casos, el consentimiento deberá prestarse antes de que hayan transcurrido seis meses desde la fecha del acta o resolución que contenga el juicio de capacidad matrimonial. A estos efectos se consideran ministros de culto a las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y que acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que en su caso hubiera solicitado dicho reconocimiento.

Una vez celebrado el matrimonio, el oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del expediente o acta previa que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su caso. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias del acta o resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa a la que representa como ministro de culto.»

Y, finalmente, el artículo 59 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil pasa a tener la siguiente redacción:

«Artículo 59. Inscripción del matrimonio.

1. El matrimonio cuyos requisitos se hayan constatado y celebrado según el procedimiento previsto en el artículo 58 se inscribirá en los registros individuales de los contrayentes.

2. El matrimonio celebrado ante autoridad extranjera accederá al Registro Civil español mediante la inscripción de la certificación

correspondiente, siempre que tenga eficacia con arreglo a lo previsto en la presente Ley.

3. El matrimonio celebrado en España en forma religiosa accederá al Registro Civil mediante la inscripción de la certificación emitida por el ministro de culto, conforme a lo previsto en el artículo 63 del Código Civil.

4. Practicada la inscripción, el Encargado del Registro Civil pondrá a disposición de cada uno de los contrayentes certificación de la inscripción del matrimonio.

5. La inscripción hace fe del matrimonio y de la fecha y lugar en que se contrae y produce el pleno reconocimiento de los efectos civiles del mismo frente a terceros de buena fe.»

Y, en esta materia hay que tener presente la Orden JUS/577/2016, de 19 de abril, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso.

5. Matrimonios religiosos y étnicos

La celebración de matrimonios religiosos del resto de confesiones inscritas, que no tienen notorio arraigo, no tiene eficacia civil.

En relación al matrimonio étnico, en España, el matrimonio gitano, la STC 69/2007 establece que: "Por tanto, sin perjuicio de que el legislador pudiera, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales, verificado que no ha existido un trato discriminatorio ni por motivos sociales ni por razones étnicas o raciales, el presente recurso de amparo debe ser denegado".

También hay que tener en cuenta la STEDH de 8 de diciembre de 2009, caso Muñoz Díaz contra España. En esta Sentencia se recoge: "El Tribunal considera que el no reconocimiento del derecho

de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación al trato dado, por la Ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio nulo (art. 174 de LGSS) o la situación examinada en la STC nº 199/2004, de 15 de noviembre, que concernía a la no formalización, por razones de conciencia, de un matrimonio canónico". Pero el TEDH considera que el hecho de que las uniones gitanas no se configuren jurídicamente como matrimonio no vulnera el artículo 14 ni 12 del Convenio Europeo. No obstante, el TS en la sentencia de 25 de enero de 2018 se ha apartado del criterio del TEDH y no ha otorgado la pensión de viudedad a un matrimonio celebrado por el rito gitano. Igualmente, el TC en la sentencia 1/2021, se ha apartado de la doctrina del TEDH al pronunciarse sobre este asunto.

Por último, se podrían reconocer como matrimonio, con efectos jurídico-civiles, no sólo a todos los ritos matrimoniales religiosos sino, también, a aquellos ritos de los grupos étnicos (por ejemplo, el rito gitano) o, de cualquier otro grupo ideológico, que tenga un rito matrimonial en su doctrina, como contenido del derecho de libertad de conciencia, en las mismas condiciones que se exigen para los matrimonios religiosos pues la regulación actual sigue siendo discriminatoria y, además, hace una valoración positiva de algunos grupos religiosos frente a otros y al resto de grupos que puedan tener ritos matrimoniales⁴⁸⁰.

⁴⁸⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "El derecho a celebrar ritos matrimoniales", en *Laicidad y Libertades: Escritos Jurídicos*, nº 0, 2000, p. 107-134.

Lección 10. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS.

- 1. El derecho de asociación y la personalidad jurídica de las confesiones: régimen vigente.**
- 2. La inscripción de las confesiones religiosas en el Registro de Entidades Religiosas.**
 - A) Entes y actos inscribibles.**
 - B) Requisitos y efectos de la inscripción.**
 - C) El régimen especial de inscripción de la Iglesia católica.**
- 3. El artículo 6 de la LOLR.**
- 4. Los lugares de culto: el derecho de reunión con fines religiosos y el Derecho urbanístico.**
- 5. Los cementerios religiosos.**
- 6. El patrimonio histórico, artístico y cultural de las confesiones religiosas.**
- 7. Turismo cultural y religioso.**

1. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS CONFESIONES: REGIMEN VIGENTE.

El artículo 22 CE reconoce el derecho de asociación y dispone que *las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad*. El derecho de asociación es desarrollado por la LO 1/2002, de 22 de marzo (LODA), pero excluye de su ámbito diferentes fenómenos asociativos que son remitidos a leyes especiales⁴⁸¹. Tal es el caso de los grupos religiosos que son regulados por la LO 7/1980, de Libertad Religiosa, respecto de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, y demás entidades asociativas constituidas por éstas para fines religiosos, sin perjuicio de la aplicación supletoria, a tales asociaciones, de la ley orgánica del Derecho de Asociación.

⁴⁸¹El art. 1 de la LO 1/2002 en su apartado 3 dispone: “3. *Se regirán por su legislación específica los partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales. Las asociaciones constituidas para fines exclusivamente religiosos por las iglesias, confesiones y comunidades religiosas se regirán por lo dispuesto en los tratados internacionales y en las leyes específicas, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las disposiciones de la presente Ley Orgánica*”.

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa dispone en su artículo 5.1 que *"Las Iglesias, Confesiones, y comunidades religiosas, y sus Federaciones, gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente registro público que se crea, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia"*⁴⁸². Ello significa que las entidades religiosas que quieran gozar de personalidad jurídica deberán inscribirse en dicho registro a diferencia de las asociaciones en general para las que la inscripción tiene sólo efectos de publicidad formal, tal como dispone la CE en su art. 22 según dijimos. Estamos ante un régimen especial (como sucede con otro tipo de entidades como las fundaciones, partidos políticos o sindicatos) que se convierte en la justificación del carácter constitutivo que se reconoce a la inscripción registral. Con todo, la inscripción es un derecho, no un deber, de manera que la constitución de la entidad y la adquisición de personalidad no es requisito para el ejercicio de la libertad religiosa según la doctrina consolidada de nuestros Tribunales (SAN 8 de noviembre de 1985, SAN 30 de septiembre de 1993; STS 14 de junio de 1996). Ahora bien, hasta ahora, para poder actuar en Derecho como tal entidad religiosa con personalidad jurídica propia es necesario, por tanto, inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas (RER) del Ministerio de Justicia (en la actualidad, el RER está adscrito al Ministerio de la Presidencia, Real Decreto 373/2020) que supone, como veremos, la aplicación del régimen especial previsto en la LOLR. No obstante, existe la posibilidad de inscribirse en el Registro Nacional de Asociaciones quedando sometida, en ese caso, la asociación al régimen común de la LODA. Posibilidad que se ha facilitado en la última reforma del reglamento del Registro Nacional (Real Decreto 949/2015, de 23 de octubre) que ha incluido en la clasificación de actividades de las asociaciones de dicho registro, las de base religiosa. Efectivamente, como anexo del Reglamento, se han publicado los códigos de actividades de las asociaciones para que sean las propias asociaciones las que, en el momento de la solicitud de inscripción, identifiquen su actividad principal o más característica. Pues bien, dentro de las actividades "ideológicas", se han incluido las de "base religiosa", y entre las actividades relativas a la "igualdad de trato y no discriminación", las referidas a "ideología, religión o creencias". Luego, son los interesados los que autocalifican la asociación y podrán

⁴⁸² El Real Decreto 373/2020 ha adscrito el Registro de Entidades Religiosas al Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática (modificado por Real Decreto 126/2022, de 15 de febrero). Es decir, que ha modificado este artículo 5 de la LOLR.

inscribir aquellas que tengan fines religiosos en el registro de asociaciones quedando sometidas al régimen común y no al especial de la LOLR.

Entrando en el análisis del Registro de Entidades Religiosas creado en el Ministerio de Justicia, en la actualidad adscrito al Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática (en adelante RER), se regula por el Real Decreto 594/2015 de 3 de julio, que sustituye al anterior RD 142/1981, de 9 de enero, de Organización y Funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas que desarrolló, en su inicio, el art. 5 de la LOLR. La Resolución de 3 de diciembre de 2015 contempla las especialidades en la inscripción de entidades de la Iglesia Católica, y se mantiene la vigencia del RD 589/1984, de 8 de febrero, sobre Fundaciones Religiosas de la Iglesia Católica en tanto no se modifique la normativa común sobre fundaciones⁴⁸³.

La modificación de la normativa del RER ha tenido por objeto recoger y sistematizar la práctica registral y la jurisprudencia producida durante la vigencia del RD 142/1981 actualizando los procedimientos registrales. La decisión judicial más importante en este tiempo ha sido la STC 46/2001, de 15 de febrero, que resolvió el recurso de amparo interpuesto por la Iglesia de la Unificación contra la denegación de su inscripción, en la medida que ha definido la naturaleza y el alcance de la labor registral. La sentencia afirma: "la articulación de un Registro ordenado a dicha finalidad **no habilita al Estado para realizar una actividad de control de la legitimidad de las creencias religiosas de las entidades o comunidades religiosas**, o sobre las distintas modalidades de expresión de las mismas, sino tan solo la de comprobar, emanando a tal efecto un acto de mera constatación que no de calificación, que la entidad solicitante no es alguna de las excluidas por el art. 3.2 LOLR, y que las actividades o conductas que se desarrollan para su práctica no atentan al derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y

⁴⁸³ RD 594/2015, *Disposición transitoria segunda. Fundaciones religiosas de la Iglesia Católica.*

Las fundaciones religiosas de la Iglesia Católica seguirán rigiéndose por el Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, de Fundaciones de la Iglesia Católica, en tanto no se regulen con carácter general las fundaciones de las entidades religiosas. Hasta entonces, el Registro mantendrá la Sección de Fundaciones prevista en dicho real decreto.

derechos fundamentales, ni son contrarias a la seguridad, salud o moralidad públicas, como elementos en que se concreta el orden público protegido por la ley en una sociedad democrática, al que se refiere el art. 16.1 CE. En consecuencia, atendidos el contexto constitucional en que se inserta el Registro de Entidades Religiosas, y los efectos jurídicos que para las comunidades o grupos religiosos comporta la inscripción, hemos de concluir que, mediante dicha actividad de constatación, **la Administración responsable de dicho instrumento no se mueve en un ámbito de discrecionalidad que le apodere con un cierto margen de apreciación para acordar o no la inscripción solicitada, sino que su actuación en este extremo no puede sino calificarse como reglada**" (FJ 8). La jurisprudencia ha venido aplicando esta doctrina desde entonces, tanto en lo que se refiere a la inscripción de iglesias, confesiones y comunidades religiosas, como a las entidades asociativas (STS de 21 de mayo de 2004⁴⁸⁴; SAN de 4 de octubre de 2007⁴⁸⁵; SAN de 11 de octubre de 2007⁴⁸⁶; STS de 28 de septiembre de 2010⁴⁸⁷).

La Administración, por tanto, solo debe comprobar, como un acto de mera constatación, que el grupo no se incluye entre los mencionados en el art. 3.2. LOLR, es decir, aquellos cuyos fines son ajenos a lo religioso, y motivar su resolución. La Administración no puede arrogarse la función de juzgar si el componente religioso es verdadero o no y debe presuponer de buena fe de la autocalificación realizada por el grupo religioso⁴⁸⁸. En consecuencia, el art. 4 del RD 594/2015 considera que la inscripción es un derecho para las entidades de manera *solo podrá denegarse la inscripción cuando no*

⁴⁸⁴ Ordenó la retroacción del expediente para que o bien se alegara la causa de la denegación de inscripción o bien se inscribiera en alguna de los tipos previstos en el reglamento del RER a la "Iglesia de los verdaderos soldados de Jesús".

⁴⁸⁵ Ordenó la inscripción en el RER del "Centro Espirita Beneficente União Do Vegetal-Núcleo Inmaculada Concepción".

⁴⁸⁶ Sentencia de la AN que revocó la denegación de inscripción de la Iglesia de Scientology y ordenó su inscripción en el RER.

⁴⁸⁷ Sentencia que dispuso la inscripción del Seminario teológico de la UEBE (Unión Evangélica Bautista).

⁴⁸⁸ Si bien existen sentencias de la AN que se pronuncian en sentido contrario a la doctrina del TC, vid. SAN de 1 de octubre de 2019 y SAN de 19 de octubre de 2020.

*se reúnan los requisitos establecidos en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa o en el presente real decreto*⁴⁸⁹.

2. LA INSCRIPCIÓN DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EN EL REGISTRO DE ENTIDADES RELIGIOSAS.

A) ENTES Y ACTOS INSCRIBIBLES.

¿Qué tipos de entidades se puede solicitar que se inscriban en el RER? ¿Y qué clases de actos son los que acceden al RER?

A.1). Entidades inscribibles.

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa se refiere en el artículo 5 únicamente a las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, añadiendo el artículo 6.2 que dichas iglesias, confesiones y comunidades religiosas podían crear, para el cumplimiento de sus fines, asociaciones, fundaciones o instituciones con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico general. El RD 142/1981, enumeró cuatro tipos de entidades inscribibles: 1º. las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas (lo que ha doctrina ha

⁴⁸⁹ Sobre la inscripción de las confesiones religiosas, STEDH asunto Masaev contra Moldavia, de 12 de mayo de 2009, "la existencia de un registro de entidades religiosas que realiza una labor de control a priori de los fines de los grupos religioso que se declaren como tales, supone que, si bien indirectamente, el Estado decide qué es o qué no es religioso, interviniendo en la conformación del pluralismo religioso. Por este motivo, es claramente contradictorio con el Convenio el hecho de que el Estado pueda, por una parte, decidir que un grupo es o no es religioso, y por otra, perseguir y sancionar a aquellos grupos a los cuales el Estado ha decidido negar el carácter religioso", vid. CELADOR ANGÓN, O.: *Libertad de conciencia y Europa*, Dykinson, 2011, p. 198. Otras sentencias del TEDH: caso Manoussakis y otros contra Grecia, de 26 de septiembre de 1996; Iglesia metropolitana de Bessarabia contra la República de Moldavia, de 13 de diciembre de 2001; caso Iglesia de la ciencia de Moscú contra Rusia, de 5 de abril de 2007; caso Mirolubovs y otros contra Letonia, de 15 de diciembre de 2009; caso Comunidad Bektashi y otros v. la ex República Yugoslava de Macedonia, de 12 de abril de 2018; caso Iglesia libre ortodoxa Bryansk-Tula contra Rusia, de 12 de julio de 2022. El TEDH ha sentenciado que el artículo 9 se aplica a todas las creencias y doctrinas independientemente de si el Estado las ha reconocido oficialmente como "religiones"; suponer lo contrario equivaldría a decir que el Estado puede excluirlos de la protección del artículo 9 rechazando el reconocimiento de este derecho, (STEDH caso Mockutė c. Lituania, de 27 de febrero de 2018).

venido llamando *entes mayores*); 2º. las Ordenes, Congregaciones e Institutos religiosos; 3º. las Entidades asociativas religiosas creadas por las anteriores (los llamados *entes menores*) y 4º. sus respectivas Federaciones. A esta enumeración se añade, con posterioridad, la inscripción en el RER de las fundaciones religiosas de la Iglesia Católica en el RD 589/1984, de 8 de febrero. Cuando la solicitud de inscripción no encajaba en alguno de estos tipos se solía denegar la inscripción pero los tribunales, tras la STC 46/2001, han venido revocando la denegación de la inscripción señalando que si la entidad religiosa no podía inscribirse como un "ente mayor", debía inscribirse en alguno de los otros apartados previstos en el RER⁴⁹⁰ o, que si se trataba de una entidad asociativa no obstaba a su inscripción como en el caso de un seminario aunque esta categoría no estuviera incluida en la enumeración del RD 142/1981⁴⁹¹.

El nuevo reglamento 594/2015 ha ampliado la relación de entidades inscribibles a fin de dar cobertura a realidades organizativas de las confesiones que no encontraban encaje en la normativa anterior y que los tribunales en vía de recurso habían ordenado inscribir, como hemos visto. El art. 2 del RD 594/2015 mantiene la diferenciación entre Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus federaciones (lo que ha venido llamándose "entes mayores") y las entidades constituidas o creadas por ellas (los llamados "entes menores") que es donde se ha producido la ampliación de entidades susceptibles de acceder al RER y que se pueden agrupar en torno a varios conceptos:

- entidades territoriales (circunscripciones, comunidades locales);
- entidades institucionales que forme parte de su estructura;

⁴⁹⁰ STS de 21 de mayo de 2004: "*que, si la Administración como ocurrió en este caso, creyó que la pretensión que la recurrente ejercitaba de ser inscrita en el Registro, por cierto, sin especificar en qué apartado del artículo mencionado, no encajaba en el apartado A) debió de inscribirla en otro de ellos, o manifestar que no entraba en ninguno, pero no arrumbarla dejándola en la nada, sin ofrecer las necesarias razones para adoptar esa negativa a inscribirla en el Registro de Entidades Religiosas*".

⁴⁹¹ STS de 28 de septiembre de 2010 que resolvió el recurso contra la denegación de la inscripción del seminario de la UEBE: la Administración carece de "*facultades que pudieran entrañar un control material sobre la asociación "in fieri" o rechazar como ente asociativo aquel que cumpla con los requisitos legalmente establecidos de constitución*".

- centros de enseñanza religiosa (seminarios o centros de formación de ministros de culto, centros superiores de enseñanzas teológicas);
- asociaciones religiosas;
- entidades de vida religiosa (monasterios, órdenes religiosas, institutos de vida consagrada, sus provincias y casas);
- y, finalmente, se dispone una cláusula abierta a la inscripción de otras entidades religiosas previstas en los acuerdos de cooperación del Estado con las confesiones⁴⁹².

A.2) Actos inscribibles.

Obviamente, el primer acto que accede al RER es la fundación o establecimiento en España (cuando se trata de iglesias o confesiones extranjeras) de la entidad religiosa que, una vez inscrita, podrá solicitar al RER la inscripción o anotación de los siguientes actos (artículo 3 del RD 594/2015):

- las modificaciones de sus estatutos o reglas constitutivas;

⁴⁹² En el Registro de Entidades Religiosas podrán inscribirse las siguientes entidades (artículo 2 del RD 594/2015):

1. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas, así como sus Federaciones.
2. Los siguientes tipos de entidades religiosas, siempre que hayan sido erigidas, creadas o instituidas por una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa o Federaciones de las mismas inscritas en el Registro:
 - a) Sus circunscripciones territoriales.
 - b) Sus congregaciones, secciones o comunidades locales.
 - c) Las entidades de carácter institucional que formen parte de su estructura.
 - d) Las asociaciones con fines religiosos que creen o erijan, así como sus federaciones.
 - e) Los seminarios o centros de formación de sus ministros de culto.
 - f) Los centros superiores de enseñanza que impartan con exclusividad enseñanzas teológicas o religiosas propias de la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa inscrita.
 - g) Las comunidades monásticas o religiosas y las órdenes o federaciones en que se integren.
 - h) Los institutos de vida consagrada y sociedades de vida apostólica, sus provincias y casas, así como sus federaciones.
 - i) Cualesquiera otras entidades que sean susceptibles de inscripción de conformidad con los Acuerdos entre el Estado español y las confesiones religiosas.

- los cambios de sus representantes legales;
- la adhesión o separación a una federación;
- sus lugares de culto;
- sus ministros de culto o
- su disolución.

El acceso al RER de estos actos se hará siguiendo el procedimiento previsto para cada uno de ellos en el RD 594/2015. Por último, el RD contempla también una cláusula abierta que permite inscribir o anotar aquellos otros actos que puedan disponerse en los acuerdos de cooperación del Estado con las confesiones religiosas.

B) REQUISITOS Y EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN.

B.1) Requisitos de la inscripción.

El RD 594/2015 dedica buena parte de su contenido a regular los distintos procedimientos de inscripción según el tipo de entidad y el acto que se inscribe superando la parquedad de la anterior regulación que obligaba a suplir las lagunas acudiendo a la normativa general sobre procedimiento administrativo. No entraremos en la regulación de cada uno de ellos, sino que nos centraremos en los requisitos generales para la inscripción de la fundación o establecimiento en España de los entes mayores: Iglesias, confesiones y comunidades religiosas. En todo caso, en la solicitud de inscripción dirigida al RER, se deberá especificar qué tipo de entidad de las enumeradas en el art. 2 del RD 594/2015 se pretende inscribir.

El art. 6 del RD 594/2015 dispone que la inscripción de la fundación o establecimiento en España de las Iglesias, confesiones o comunidades religiosas disponiendo que *se iniciará por sus representantes legales o personas debidamente autorizadas mediante solicitud que deberá acompañarse de documento elevado a escritura pública en el que consten los siguientes datos:*

a) Denominación. No se podrán incluir términos que induzcan a confusión sobre su naturaleza religiosa ni se admitirán denominaciones que incluyan expresiones contrarias a las leyes. Tampoco podrá coincidir o asemejarse a otra ya inscrita, de manera que pueda crear confusión. Si la denominación no consta en castellano o en las lenguas cooficiales en las CCAA, deberá aportarse

su traducción a cualquiera de ellas, aunque no formará parte de la denominación de la entidad.

b) Domicilio.

c) Ámbito territorial de actuación.

d) Expresión de sus fines religiosos y de cuantos datos se consideren necesarios para acreditar su naturaleza religiosa. A estos efectos pueden considerarse como tales, sus bases doctrinales, la ausencia de ánimo de lucro y sus actividades religiosas específicas representadas por el ejercicio y fomento del culto, el mantenimiento de lugares y objetos de culto, la predicación, la intervención social, la difusión de información religiosa, la formación y enseñanza religiosa y moral, la asistencia religiosa, la formación y sustento de ministros de culto, y otros análogos.

e) Régimen de funcionamiento, órganos representativos y de gobierno, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación.

f) Relación nominal de los representantes legales. En el caso de que éstos fuesen extranjeros deberán acreditar su residencia legal en España en los términos establecidos por la legislación vigente.

B.2) Efectos de la inscripción.

Una vez inscritas, las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas gozan de personalidad jurídica civil con lo que ello implica respecto de las facultades de acción jurídica y representación del grupo religioso si bien es necesario recordar que para el ejercicio de la libertad religiosa en su dimensión colectiva y respecto del contenido contemplado en el art. 2.2 de la LOLR no se precisa la inscripción en el RER (STC 46/2001). Además, la inscripción supone para las entidades acceder a un régimen especial previsto en la LOLR que se contrae a los aspectos siguientes:

1º. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. Este principio de autonomía interna es el efecto más singular para las entidades inscritas por lo que es objeto de un epígrafe posterior.

2º. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas podrán crear y fomentar para la realización de sus fines, asociaciones, fundaciones e instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico (art. 6.2).

3º. Tienen derecho a la tutela penal especial tipificada en el artículo 523 del Código Penal que castiga al que, *con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia.*

4º. En materia de extranjería, pueden acceder a la excepción del permiso de trabajo para que los ministros de culto, miembros de la jerarquía o religiosos profesos de entidades inscritas, puedan residir legalmente en España. (art. 41.h de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el art. 117 h) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba su reglamento de desarrollo).

5º. La posibilidad de acceder al régimen previsto en los Acuerdos ya firmados por el Estado mediante su adhesión a las Federaciones firmantes en los términos previstos en las Leyes que aprobaron los Acuerdos con las iglesias y comunidades evangélicas, judías e islámicas.

El resto de los derechos que pueden conformar este régimen especial necesitan la concurrencia de requisitos añadidos al de la inscripción. Es el caso de la posibilidad de firmar un Acuerdo de cooperación con el Estado que exige la declaración de notorio arraigo en España además de la decisión estatal de firmar dicho acuerdo (art. 7 LOLR); o el derecho a formar parte de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa que se reconoce en todo caso a las que tienen notorio arraigo (art. 8 LOLR); o igualmente, para obtener el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio contraído en forma religiosa, es necesario haber obtenido la declaración de notorio arraigo en España (art. 60 CC).

C) EL RÉGIMEN ESPECIAL DE INSCRIPCIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA

El Acuerdo de Asuntos Jurídicos entre el Estado y la Santa Sede (AAJ), dispone un régimen especial de reconocimiento de la personalidad jurídica de la Iglesia Católica que se traduce en la existencia de una serie de supuestos de entidades exceptuadas de

inscripción en el RER y otros en los que sí es necesaria dicha inscripción⁴⁹³.

C.1) Entidades de la Iglesia Católica exceptuadas de inscripción en el RER.

- a) La Iglesia Católica queda exceptuada la inscripción en el RER en tanto es mencionada expresamente por la propia Constitución en su artículo 16.3.
- b) El Estado reconoce la personalidad jurídica civil de la Conferencia Episcopal Española, de conformidad con los Estatutos aprobados por la Santa Sede, reconocimiento que le exime de la inscripción registral también.
- c) La Iglesia católica puede organizarse libremente. En particular, puede crear, modificar o suprimir Diócesis, Parroquias y otras circunscripciones territoriales, que gozarán de personalidad jurídica civil en cuanto la tengan canónica y ésta sea notificada a los órganos competentes del Estado, es decir, al RER. En este caso, la inscripción se sustituye por una notificación al Registro en la que consta la diócesis, parroquia o circunscripción territorial que ha sido erigida canónicamente.

C.2) Entidades de la Iglesia Católica que acceden al RER.

- a) El Estado reconoce la personalidad jurídica civil y la plena capacidad de obrar de las Órdenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada, a sus provincias y sus casas, y de las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre asuntos jurídicos (1979). No obstante, el propio AAJ dispone que *deberán inscribirse en el correspondiente registro del Estado en el más breve plazo posible. Transcurridos tres años desde la entrada en vigor en España del presente Acuerdo, solo podrá justificarse su personalidad jurídica mediante certificación de tal registro, sin perjuicio de que pueda practicarse la inscripción, en cualquier tiempo*⁴⁹⁴. Por tanto, el AAJ les reconoce la personalidad jurídica civil que ya tenían

⁴⁹³ Sobre la inscripción de entidades religiosas de la Iglesia Católica, véase la Resolución de 3 de diciembre de 2015.

⁴⁹⁴ Disposición Transitoria Primera del AAJ.

- cuando entró en vigor, pero no les exime de la inscripción en el RER.
- b) Las Órdenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada, sus provincias y sus casas que, estando erigidas canónicamente en esta fecha, no tuvieran personalidad jurídica civil y las que se erijan canónicamente en el futuro, adquirirán la personalidad jurídica civil mediante la inscripción en el RER. Y, el artículo I del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre asuntos jurídicos, en este punto, determina que: "A los efectos de determinar la extensión y límite de su capacidad de obrar, y por tanto, de disponer de sus bienes, se estará a lo que disponga la legislación canónica, que actuará en este caso como derecho estatutario"⁴⁹⁵.
- c) Las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que, estando erigidas canónicamente en la fecha de entrada en vigor del AAJ, no tuvieran personalidad jurídica civil, así como las que se erijan canónicamente en el futuro por la autoridad eclesiástica, podrán adquirir la personalidad jurídica civil con sujeción a lo dispuesto en el ordenamiento del Estado, es decir, mediante la inscripción en el correspondiente Registro del Estado.

3. EL ARTÍCULO 6 DE LA LOLR: AUTONOMÍA INTERNA Y CLÁUSULAS DE SALVAGUARDA: CONCEPTO Y LÍMITES

El derecho a la propia identidad y autonomía interna de las confesiones religiosas⁴⁹⁶ se regula en el artículo 6 de la LOLR: *Las*

⁴⁹⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "El Derecho canónico como Derecho estatutario en el ordenamiento jurídico español", en *Escritos en honor de Javier Hervada, Ius Canonicum*, volumen especial, 1999, p. 1009-1020 y "Derecho Canónico como Derecho estatutario en la jurisprudencia española durante el siglo XXI", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 62, 2023.

⁴⁹⁶ STEDH asunto Serif contra Grecia, de 14 de diciembre de 1999 y SETDH Griechische Kirchengemeinde München und Bayer contra Alemania, de 18 de septiembre de 2007. El principio de autonomía prohíbe al Estado obligar a una comunidad religiosa a admitir nuevos miembros en su seno o a excluir a otros (STEDH caso Sviato-Mykhailivska Parafiya contra Ucrania, de 14 de junio de 2007); con otras palabras no se garantiza un derecho a disentir dentro de una organización religiosa, en caso de desacuerdo entre la comunidad religiosa y un

Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación. Este artículo viene a significar:

- La existencia de un ordenamiento jurídico soberano que conlleva la plena autonomía normativa, ejecutiva, de organización y jurisdiccional⁴⁹⁷ siempre con el límite del orden público⁴⁹⁸.
- Este ordenamiento confesional funciona, en el Derecho estatal, como un ordenamiento estatutario⁴⁹⁹.
- No se exige que las confesiones religiosas tengan estructura y funcionamiento democrático. Por lo tanto, puede libremente elegir la estructura propia (jerárquica, sinodal, democrática).
- Se permite a las confesiones religiosas el establecimiento de cláusulas de salvaguarda de su propia identidad siempre con el límite de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y, en especial, los de libertad, igualdad y no discriminación.

creyente, la libertad de religión se ejerce a través de la facultad de salirse libremente de la comunidad religiosa de que se trate, (STEDH caso El Santo Sínodo de la Iglesia Ortodoxa Búlgara (metropolitana Innokenty) y otros contra Bulgaria, de 22 de enero de 2009). El principio de neutralidad implica que el Estado no puede intervenir en las disputas internas de las confesiones religiosas, STEDH caso Santo Consejo Supremo de la Comunidad Musulmana contra Bulgaria, de 22 de enero de 2009.

⁴⁹⁷ STS 78/2016, sobre sometimiento a la jurisdicción estatal.

⁴⁹⁸ En este punto, la STS 925/2021, de 23 de diciembre, sobre la autonomía interna de las entidades dependientes de la Iglesia católica en relación con la aplicación del principio de no discriminación por motivos de sexo, vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "Derecho Canónico como Derecho estatutario en la jurisprudencia española durante el siglo XXI", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 62, 2023.

⁴⁹⁹ STS 1/2021.

Este artículo 6 de la LOLR también reconoce la posibilidad de nombrar al personal propio, pero solo si cumplen dos requisitos⁵⁰⁰:

- Que la función principal y predominante que realicen sea una tarea religiosa en sentido estricto.
- Que dicha labor religiosa la hagan bajo la dirección o dependencia de los órganos competentes de la confesión.

Una de las manifestaciones más significativas de este reconocimiento de la autonomía de las confesiones, en relación con su personal propio, es que este personal va a quedar excluido del Derecho laboral cuando sea aplicable su derecho estatutario salvo que la propia confesión religiosa contrate conforme al Derecho laboral a sus ministros de culto o religiosos. La STS de 12 de marzo de 1985 ha indicado que: "Se hace evidente que la condición de miembro de una orden religiosa no puede determinar la «deslaboralización» automática de la actividad profesional que se preste ni, consecuentemente, su exclusión del campo de aplicación del régimen correspondiente de la Seguridad Social. La irrelevancia de la condición religiosa de la persona que ejerce una actividad profesional ajena a su estatus, con respecto de la configuración de un vínculo jurídico laboral -que es el presupuesto que condiciona la viabilidad y existencia de la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social-, ha sido repetidamente proclamada por la jurisprudencia ordinaria"⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ BLAT GIMENO, F. R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo, 1986, p. 216 y ss., y VIDAL, M.: *Trabajo y seguridad social de los miembros de la Iglesia católica*, Universidad de Valladolid, 1996.

Uno de los posibles privilegios que se reconoce a los ministros de culto es el **secreto profesional**, vid. art. 417 LECriminal que expresamente recoge: "No podrán ser obligados a declarar como testigos: 1. Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio".

⁵⁰¹ Y, en la STSJ de Madrid de 11 de marzo de 1999, se añade que: "No debe haber ningún impedimento para reconocer como laboral la relación que un religioso mantiene con un tercero fuera de la comunidad a la que pertenece cuando tal actividad se subsume dentro de la participación en la actividad productiva exigida por el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, ni, en consecuencia, para determinar su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, como así se ha valorado en la litis presente en lo que refiere al período posterior a 1977. Pero el supuesto planteado es diferente en la medida

El ordenamiento jurídico español, en el marco del Estado social, consagra la cobertura universal del régimen de la Seguridad Social (art. 2 LGSS). Dicha cobertura universal no excluye a los ministros de culto. El Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la seguridad social del clero, dispone que todos los ministros de culto de las confesiones inscritas en RER quedarán incluidos en el Régimen general de las Seguridad Social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen (art. 1.1 RD 2398/1977). Por lo tanto, será necesario un desarrollo reglamentario específico para determinar la forma y condiciones en que se produce dicha inclusión en el régimen general de Seguridad Social. No obstante, el apartado 2 del art. 1 del RD 2398/1977 procede a asimilar a los Clérigos diocesanos de la Iglesia Católica, en la forma establecida por el presente Real Decreto⁵⁰². En cambio, los/as religiosos/as de la Iglesia

en que, en el período por el que se reclama, no existió un tercero distinto de la Compañía de las Hijas de la Caridad de San Vicente. La actora, al no quedar constancia de lo contrario (quien alega debe acreditar su pretensión), durante el período anterior a agosto de 1977 realizaba un trabajo en dependencia exclusiva de la comunidad a la que pertenecía como religiosa. *Relación, entre religioso y comunidad, que, en modo alguno puede ser calificada como laboral*, tal como de manera insistente ha proclamado esta Sala (entre otras, Sentencias de 11 de abril de 1991, 5 de abril de 1994, 24 de octubre de 1995, 8 de abril de 1996 y 13 de marzo de 1997, en consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional contenida, entre otras, en la Resolución de 28 de febrero de 1994. El trabajo como asistente de enfermería realizado por la demandante no era ajeno a sus compromisos como religiosa. La pertenencia de la recurrente a la comunidad religiosa, en uso de su libertad asociativa, significaba la disposición a aceptar voluntaria y desinteresadamente, además de los trabajos en beneficio de la comunidad, aquellas otras tareas no genuinamente religiosas como la actividad asistencial, orientada al servicio de ciertos sectores de la sociedad. Su relación con la actividad del Hospital, hasta agosto de 1977, estaba incluida, por encima de todo, de una espiritualidad y de un impulso de gratuidad, en virtud de la profesión religiosa y de los votos de obediencia y pobreza contraídos, que impiden dotar de naturaleza contractual la actividad asistencial desempeñada por la recurrente dentro de la esfera de su propia comunidad religiosa, y disciplinada por vínculos de carácter espiritual en atención exclusivamente a consideraciones altruistas extrañas a las relaciones contractuales de trabajo, debiendo considerar, por tanto, acertada la valoración ofrecida por el juzgador de instancia, debiendo desestimar el recurso en su integridad”.

⁵⁰² Respecto de la Iglesia Católica, la Orden de 19 de diciembre de 1977 establece que el clero secular se incluye en el Régimen general de la Seguridad Social, asimilados a trabajadores por cuenta ajena, si bien se excluye las siguientes

católica se incluyen en el Régimen de autónomos conforme al R.D. 3325/1981, de 29 de diciembre.

Existen una serie de Reales Decretos específicos para las siguientes confesiones: FEREDE (R.D. 369/1999, de 5 de marzo; excluye solo la protección por desempleo), CIE (R.D. 176/2006, de 10 de febrero; únicamente excluye la protección por desempleo), Iglesia ortodoxa rusa (R.D. 822/2005, de 8 de julio; se excluye la incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo y desempleo) y Testigos cristianos de Jehová (R.D. 1614/2007, de 7 de diciembre, excluye la incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural y desempleo). Los ministros de culto de estas confesiones quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena.

La STEDH, caso Manzanos Martín c. España, de 3 de abril de 2012, sobre la pensión de jubilación de los pastores evangélicos. Esta Sentencia considera que existe vulneración del principio de igualdad en relación con la regulación de la pensión de jubilación de los pastores evangélicos en comparación con los sacerdotes católicos. El Real Decreto 839/2015, de 21 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo, sobre términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los ministros de culto de las iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España⁵⁰³, da respuesta a la sentencia del TEDH.

Por último, el artículo 6 de la LOLR se refiere a las **cláusulas de salvaguarda**. Estas cláusulas, que tienen eficacia estatal, cumplen la misión de proteger la identidad religiosa de la confesión religiosa y deben servir a la realización de fines religiosos, exclusivamente. Estas cláusulas han sido calificadas como "normas superestatutarias" pues solamente tiene como límite lo que indica el

contingencias: incapacidad laboral transitoria e invalidad provisional y subsidio por recuperación profesional; protección de la familia.

⁵⁰³ La STS 430/2018, de 24 de abril, reconoce la pensión de viudedad reclamada por la viuda de un pastor de la Iglesia Evangélica Española en función de la aplicación de la STEDH, caso Manzanos.

propio artículo 6.1. LOLR (CUBILLAS RECIO⁵⁰⁴). En conclusión, implican el reforzamiento de la autonomía interna de las confesiones.

4. LOS LUGARES DE CULTO: EL DERECHO DE REUNIÓN CON FINES RELIGIOSOS Y EL DERECHO URBANÍSTICO.

El contenido de la libertad religiosa, en su dimensión colectiva incluye el derecho de las confesiones religiosas a establecer lugares de culto (artículo 2.2. de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa) y así lo confirma la jurisprudencia del TEDH en el caso de la Comunidad religiosa de los Testigos de Jehová del Distrito de Kryvyi Rih's Ternivsky contra Ucrania, de 3 de diciembre de 2019. Si bien este derecho no incluye el derecho a exigir un lugar de culto a los poderes públicos, (decisión del TEDH asunto *Griechische Kirchengemeinde München y Bayern E.V. contra Alemania*, 18 de septiembre de 2007) ni tampoco existe la obligación de las administraciones públicas de cooperar con las distintas confesiones para establecer lugares de culto. En este sentido, algunas leyes autonómicas urbanísticas mencionan los lugares de culto como equipamientos colectivos de carácter privado que se pueden incluir en los planes urbanísticos, principalmente, en los planes parciales⁵⁰⁵. Además, en algunos convenios con las confesiones religiosas se recoge esta materia. En concreto, en el Convenio Marco entre el Consell Evangèlic de Catalunya y la Generalitat de Catalunya, de 21 de mayo de 1998, establece que "la Generalitat ha de tener en cuenta las necesidades de acceso a suelo público para la construcción de lugares de culto, de acuerdo con la normativa vigente en cada momento". Y, también, en el Convenio Marco de colaboración entre la Comunidad de Madrid y la Unión de Comunidades Islámicas de España, de 3 de marzo de 1998, se acuerda: "Tercera. Área de obra social. (...) d) Promover la cesión de terrenos para erigir mezquitas y lugares de culto islámico en la Comunidad de Madrid".

⁵⁰⁴ CUBILLAS RECIO: "La facultad normativa de las confesiones de establecer cláusulas de salvaguarda de su identidad en el ordenamiento español", en *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, nº 0, diciembre, 2000, p. 229-257.

⁵⁰⁵ Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *Urbanismo y confesiones religiosas*, Montecorvo, 2003 y, del mismo autor, *EL régimen jurídico de los centros de culto en Cataluña*, Ministerio de Justicia, 2011.

Las cuestiones que suscitan la posible inclusión de los equipamientos religiosos en las normas urbanísticas son:

- Las reservas urbanísticas, que no tienen carácter obligatorio como se ha confirmado jurisprudencialmente. Textualmente se ha resuelto: “que la no fijación de emplazamientos para nuevos templos en nada afecta o restringe la libertad religiosa que, conforme a Plan, pueda desarrollarse en las distintas zonas”⁵⁰⁶. La *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de septiembre de 2008*, ha determinado que la construcción de una mezquita en el barrio de los Bermejales (Sevilla) no constituye un sistema local pero tampoco un sistema general es, simplemente, un equipamiento comunitario.
- Las cesiones gratuitas para la construcción de lugares de culto de los patrimonios públicos de suelo. Estas cesiones vulneran el principio de laicidad y siguiendo el criterio de la normativa de algunas Comunidades Autónomas sería, sencillamente, imposible jurídicamente⁵⁰⁷.
- Las licencias urbanísticas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara en relación con que los lugares de culto no quedan sometidos a la licencia de apertura pues esta licencia está destinada a actividades industriales y mercantiles⁵⁰⁸. Pero esto no puede conducir a que los lugares de culto no queden sujetos a las licencias urbanísticas. El TEDH, en el asunto *Vergos contra Grecia* (2004), considera que la exigencia de licencias urbanísticas no conlleva la vulneración de la libertad religiosa. La disposición adicional nº 17 de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que textualmente reconoce: “Para la apertura de lugares de culto las iglesias, confesiones o comunidades religiosas deberán acreditar su personalidad jurídica civil mediante certificado del Registro de Entidades Religiosas, emitido al efecto, en el que constará la ubicación del lugar de culto que se pretenda constituir. Obtenida esa

⁵⁰⁶ Vid. Sentencias del TSJ de Cataluña 1188/2001, de 30 de noviembre y 560/2002, de 19 de junio, sobre el PGOU de Mataró.

⁵⁰⁷ Vid. artículo 79 del Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha.

⁵⁰⁸ Vid., entre otras, STS de 15 de noviembre de 1988 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de abril de 2002.

certificación, su tramitación se ajustará a lo dispuesto en el artículo 84.1.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, sin perjuicio de recabar la licencia urbanística que corresponda”.

Además, la Ley catalana 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto y el Decreto de la Generalitat de Cataluña 94/2010, de desarrollo de dicha ley, reiteran que su contenido no dificulta el ejercicio fundamental a la libertad religiosa y que con dichas normas se va a garantizar la aplicación real y efectiva del derecho de las confesiones religiosas a establecer lugares de culto (art. 2.2. LOLR). Asimismo, esta normativa enfatiza que no se pretende someter la actividad religiosa a ningún tipo de autorización (art. 1. Decreto 94/2010). Esta normativa regula la obligatoriedad de los ayuntamientos catalanes de pronunciarse, expresamente, sobre la reserva de suelo para la construcción de lugares de culto. Es decir, sólo debe justificar conveniente la decisión que puede ser negativa. Lo más importante de esta normativa catalana es la exigencia de que todo lugar de culto debe contar con una licencia nueva: la licencia de apertura de centros de culto. Normativa autonómica que ha quedado desplazada por el contenido de la disposición adicional nº 17 de la Ley 27/2013. Esta Disposición adicional nº 17 ha sido declarada constitucional por la STC 54/2017, de 11 de mayo. Por tal motivo, la ley vasca 8/2023, de 29 de junio, de lugares de culto y diversidad religiosa en la Comunidad Autónoma del País Vasco, no recoge esta licencia de apertura de centros de culto⁵⁰⁹. En esta Ley en el artículo 5 regula la utilización esporádica de equipamientos o espacios de titularidad pública para fines religiosos y el artículo 6 la determinación

⁵⁰⁹ El art. 9 de la Ley vasca 8/2023 regula la comunicación de apertura de centros de culto, pero no una licencia de apertura de centros de culto como la normativa catalana. En concreto dispone: “La apertura de un nuevo lugar o centro de culto de concurrencia pública se encuentra sujeta al régimen de comunicación, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoséptima de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, o a la normativa vigente que la desarrolle o sustituya. Antes de la apertura de un lugar o centro de culto debe presentarse una comunicación previa ante el ayuntamiento, acompañada del certificado emitido por el Registro de Entidades Religiosas que acredite la personalidad jurídica de la iglesia, confesión o comunidad religiosa y en el que conste la ubicación del centro de culto”.

de los usos religiosos por los planes municipales que establecen la ordenación urbanística.

5. LOS CEMENTERIOS RELIGIOSOS

Se debe partir del sometimiento de estas dotaciones (los cementerios religiosos) a la normativa sanitaria y, consecuentemente, no tienen la calificación de lugar de culto. En los artículos 2 de los Acuerdos de cooperación de 1992 con judíos y musulmanes (Leyes 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992) se hace referencia a dos cuestiones:

1ª El derecho a la concesión de parcelas reservadas para los cementerios judíos/musulmanes en los cementerios públicos municipales (posibilidad que no se reconoce a la Iglesia católica), así como la posibilidad de establecer cementerios privados religiosos. La reserva de parcelas entra en contradicción con la Ley 49/1978, de 3 de noviembre, de enterramientos en cementerios municipales. Esta Ley obliga a que los enterramientos se realicen sin discriminación religiosa y prohibiendo la existencia de recintos separados por razón de religión. Lo que garantiza la neutralidad religiosa del espacio público.

2ª El respeto a los ritos funerarios religiosos. Textualmente se recoge: "Se adoptarán las medidas oportunas para la observancia de las reglas tradicionales judías/islámicas relativas a inhumaciones, sepulturas y ritos funerarios". Algunos problemas se han suscitado al entrar en contradicción estos ritos funerarios con la normativa autonómica reguladora de esta materia (policía sanitaria mortuoria). Además, en esta materia, es preciso tener presente que uno de los límites de la libertad religiosa es la salud pública (artículo 3.1. LOLR). Este límite hace referencia a la dimensión colectiva de la salud y se relaciona, directamente, con el riesgo de epidemias y enfermedades transmisibles.

6. EL PATRIMONIO HISTÓRICO, ARTÍSTICO Y CULTURAL DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS.

Una cuestión previa es la *inmatriculación de los bienes de la Iglesia católica*. El Real Decreto 1867/1998 procedió a la supresión del artículo 5.4. del Reglamento Hipotecario que excluía la inscripción registral a templos destinados al culto católico. Pero no se realizó la reforma de la Ley Hipotecaria (artículo 206) ni del artículo 304 del Reglamento hipotecario en la que se legitima a los diocesanos a expedir las certificaciones pertinentes asimilándoles a funcionarios públicos. Con otras palabras, se equipara a la Iglesia católica a la Administración pública y con ello se vulnera de forma manifiesta el principio de laicidad⁵¹⁰.

La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español tiene por objeto el *acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español* (art. 1.1 Ley 16/1985). Integran el Patrimonio Histórico Español los bienes muebles e

⁵¹⁰ La STEDH de 4 de noviembre de 2014, caso Sociedad Anónima del Ucieza c. España. El TEDH considera que la demandante ha sido víctima del ejercicio del derecho de inmatriculación reconocido a la Iglesia Católica por la legislación interna sin justificación aparente y sin que el Obispado de Palencia hubiera impugnado, en el plazo legal, su derecho de propiedad en el momento del ingreso del bien en el Registro de la Propiedad. Por consiguiente, la demandante ha "soportado una carga especial y exorbitante" que, solo la posibilidad de impugnar de forma útil, y tomando en cuenta las disposiciones aplicables del derecho hipotecario, podría haber convertido en legítima la medida tomada con respecto a ella. Las circunstancias de la causa, especialmente la excepcionalidad de la medida en cuestión, además de la inexistencia de un título de propiedad en poder de la parte contraria, de la ausencia de un debate contradictorio y de la desigualdad de armas, combinadas con una traba al goce del derecho de propiedad y a la ausencia de indemnización, llevan al TEDH a considerar que la demandante ha tenido que soportar una carga especial y exorbitante que ha roto la justa ponderación que debe imperar entre, por una parte las exigencias del interés general, y por otra, la protección del derecho al respeto de los bienes. El TEDH ha concluido la vulneración del artículo 1 del Protocolo número 1 del Convenio Europeo. Vid. STS, también, de 16 de noviembre de 2006. Sobre esta materia el 16 de febrero de 2021 se publicó el listado de bienes inmatriculados por la Iglesia católica, vid. Presidencia de Gobierno, <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2021/160221-cministros.aspx> y TORRES GUTIERREZ, A.: "Problemas jurídicos planteados a raíz de la inmatriculación de bienes por la Iglesia católica: Dilemas surgidos y reflexiones a propósito del informe del Gobierno de 16 de febrero de 2021", en *ADEE*, vol. XXXVIII, 2022, p. 447-533.

inmuebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico, además del patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico y, finalmente, también el llamado Patrimonio Cultural Inmaterial, de conformidad con lo que establezca su legislación especial (art. 1.2). Los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley (art. 1.3)⁵¹¹. En principio, los bienes de las confesiones religiosas que accedan a esta calificación quedan sometidos a lo dispuesto en esta normativa, con carácter general. No obstante, la ley hace algunas referencias específicas a los bienes de las confesiones religiosas y los Acuerdos de cooperación también se han referido a esta cuestión.

El artículo 28.1 de la Ley de Patrimonio Histórico Español se refiere expresamente a los bienes muebles declarados de interés cultural y los incluidos en el Inventario General que estén en posesión de instituciones eclesiásticas, en cualquiera de sus establecimientos o dependencias, que no podrán transmitirse por título oneroso o gratuito ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles. Dichos bienes sólo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de Derecho Público o a otras instituciones eclesiásticas. Este artículo se completa con la disposición transitoria 5ª de la Ley de Patrimonio Histórico Español, en relación con el plazo para la elaboración del inventario de estos bienes muebles. Esta disposición contemplaba el plazo de 10 años si bien se prorrogó dicho plazo otros diez años más por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (disp. Transitoria 2ª). Se volvió a prorrogar este plazo, otros siete años, por la Ley 4/2004, de 29 de diciembre, de modificación de tasas y de beneficios fiscales de acontecimientos de excepcional interés público (disp. Adicional 2ª). Una vez transcurrido este plazo, se ha ido prorrogando por un año desde el R. D. Ley 20/2011 (la última prórroga por un año se encuentra en la Disposición adicional centésima vigésima novena de la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado).

⁵¹¹ Sobre esta materia, vid. MORENO REBATO, M. y RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *El turismo religioso como turismo cultural: Régimen jurídico*, Ministerio de la Presidencia, 2021, pp. 59 y ss.

El Artículo XV del Acuerdo sobre Educación y Asuntos Culturales de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede regula esta materia con los siguientes criterios:

- Intención de la Iglesia católica de poner al servicio de la sociedad el patrimonio cultural en posesión de la Iglesia católica.
- Facilitar su contemplación y estudio.
- Se resalta el valor e interés cultural de este patrimonio.
- Sometimiento al Derecho común de este patrimonio cultural de la Iglesia católica sin que en este artículo exista ninguna referencia al valor cultural de dicho patrimonio.
- Creación de una Comisión Mixta sobre el patrimonio histórico-artístico de la Iglesia católica. Dicha Comisión Mixta se creó con sorprendente rapidez y elaboró una serie de criterios básicos de colaboración entre la Iglesia católica y el Estado, que se pueden resumir en la premisa de la superioridad del interés religioso sobre el interés cultural. Entre los criterios adoptados por la citada Comisión Mixta entre la Iglesia católica-Estado, el criterio 3. b) dispone: *"La regulación de la visita, conocimiento y contemplación de estos bienes de la forma más amplia posible, pero de modo que el uso litúrgico, el estudio científico y artístico de dichos bienes y su conservación tengan carácter prioritario respecto a la visita pública de los mismos"*. Según estos criterios existiría un orden de preferencias: en primer lugar, la conservación de estos bienes, en segundo lugar, su utilización para fines religiosos y, finalmente, su estudio y contemplación. En consecuencia, no cabe duda de que la conservación y protección de esos bienes está por encima de cualquier otra finalidad, pues sin la conservación no se podría satisfacer ninguna de las demás finalidades que están llamadas a cumplir. Como se ha apuntado, la solución al problema (conflicto entre el interés cultural y el interés religioso) no consiste en sacrificar un interés en favor de otro, sino armonizarlos, a través de la solución que haga posible la máxima realización de ambos. Pero si, finalmente, se debe optar entre la función cultural y la religiosa por resultar absolutamente incompatibles el ejercicio de ambas, la Administración pública optará por la función cultural.

Los Acuerdos con la Federación de Comunidades Judías de España (Ley 25/1992) y con la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992)

se refieren al patrimonio histórico artístico judío e islámico disponiendo la cooperación con el Estado para la conservación y fomento de dicho patrimonio, *que continuará al servicio de la sociedad, para su contemplación y estudio. Dicha colaboración se extenderá a la realización del catálogo e inventario del referido patrimonio, así como a la creación de Patronatos, Fundaciones u otro tipo de instituciones de carácter cultural* (art. 13 de los respectivos acuerdos). Por tanto, se aplica a este patrimonio histórico la normativa general y se dispone la cooperación con el Estado para su inventario, conservación y promoción.

Las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias también han aprobado las leyes sobre patrimonio histórico-artístico y se refieren a los bienes de las confesiones religiosas en términos similares a la ley estatal. Es el caso del artículo 4 de la Ley 9/1993, de Patrimonio cultural catalán que regula la colaboración con la Iglesia católica: *"1. La Iglesia católica, como titular de una parte muy importante del patrimonio cultural catalán, velará por la protección, la conservación y la difusión de este patrimonio y, con esta finalidad, colaborará con las diversas Administraciones públicas de Cataluña. 2. Una Comisión mixta entre la Administración de la Generalidad y la Iglesia católica establecerá el marco de colaboración y coordinación entre ambas instituciones y hará su seguimiento"*. También la Comunidad de Madrid se refiere a esta colaboración con la Iglesia Católica y el resto de las confesiones, en el artículo 6 de la Ley 10/1998, de patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, que dispone: *"1. La Iglesia Católica, que puede exhibir un título válido en Derecho sobre un importante número de bienes integrantes del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid y las demás confesiones religiosas que se encuentren en la misma situación, velarán específicamente por la protección, conservación y difusión de dichos bienes. 2. Mediante convenios específicos se regulará el marco de colaboración y coordinación y se establecerán las formas de participación de la Iglesia Católica y de las demás confesiones religiosas en la protección de los bienes del patrimonio histórico de los que son titulares"*. En este sentido, se han firmado numerosos convenios de colaboración entre las CC. AA. y la Iglesia Católica sobre esta materia.

7. Turismo cultural y religioso.

El turismo religioso es una modalidad del turismo cultural⁵¹². Las peregrinaciones religiosas, las romerías y otros actos religiosos similares no forman parte, del concepto de turismo religioso, sino que esos fenómenos están protegidos por la libertad religiosa⁵¹³. Uno de los problemas que surge en esta materia (turismo religioso) se encuentra en el fomento de estas actividades turísticas y el *principio de laicidad*⁵¹⁴. En este sentido, es importante recordar la jurisprudencia del TC colombiano sobre esta cuestión que recoge lo siguiente:

- Para que el Estado pueda otorgar recursos a ceremonias en donde confluyen aspectos religiosos y culturales e históricos, se debe verificar si el carácter principal de la actividad y la causa protagonista de ésta es de naturaleza secular y no religiosa⁵¹⁵.
- Se establece que asimilar un culto específico al concepto 'cultural' plantea serias «dificultades y graves riesgos» porque significa excluir a las minorías, que no hacen parte de esa religión, violando de este modo el principio de igualdad de trato, laicidad, el carácter secular, pluralista y de neutralidad en materia religiosa⁵¹⁶.
- Se debe identificar si una práctica religiosa que se relacionan con aspectos culturales, históricos e inmateriales como la celebración de una semana santa, tiene un contenido de tal magnitud que se pueda determinar que predomina el mantenimiento cultural e histórico, sobre lo religioso. Sobre la constitucionalidad de esta materia la Corte colombiana determinó que, «resulta difícil encontrar un contenido secular identificable y primordial» porque en la promoción de esta actividad y en la protección de los bienes (semana santa) que se utilizan lo que se pretende es fortalecer la fe católica, siendo esto contrario a la naturaleza laica del Estado⁵¹⁷.

⁵¹² Sobre esta materia, vid. MORENO REBATO, M. y RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *El turismo religioso como turismo cultural: Régimen jurídico*, Ministerio de la Presidencia, 2021.

⁵¹³ MORENO REBATO, M. y RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *El turismo religioso como turismo cultural: Régimen jurídico*, op. cit., p. 98 y ss.

⁵¹⁴ *Ibidem*, pp. 179 y ss.

⁵¹⁵ Sentencia del TC colombiano, C-766 de 2010.

⁵¹⁶ Sentencia del TC colombiano, C-817 de 2011.

⁵¹⁷ Sentencia del TC colombiano, C-224 de 2016, que conoció de la inconstitucionalidad contra el artículo 80 de la Ley 1645 de 2013, «por la cual se

- La necesidad de establecer límites a la intervención de las autoridades públicas, en el sentido de que las normas o medidas que se adopten deben tener un «fin secular, el cual debe cumplir con dos características: (i) debe ser suficientemente identificable; y (ii) debe tener carácter principal, y no solo simplemente accesorio o incidental»⁵¹⁸.
- Las normas que declaran un bien cultural inmaterial, a pesar de estén inmersas en un elemento religioso, deben demostrar que su cometido no ha sido privilegiar o promocionar un credo específicamente considerado, por cuanto en esas mismas normas prevalecen otros propósitos –seculares- constitucionalmente relevantes, como fomentar el turismo⁵¹⁹; es decir, que dichas normas no pretendía rendir culto ni invitar a la realización de actos o ritos oficiales a una religión específica, sino exclusivamente fomentar el turismo⁵²⁰.
- El impacto real recae sobre el patrimonio cultural que constituyen las Procesiones de Semana Santa y el Festival de Música Religiosa. Sin desconocer que la medida de reconocimiento como bien cultural inmaterial puede tener efectos religiosos, su impacto primordial recae sobre el factor cultural de las manifestaciones protegidas⁵²¹.
- El deber de fundar las medidas de promoción, difusión, y salvaguarda de tal expresión en un criterio secular preponderante⁵²².

Por su parte, uno de los aspectos que más impacto tiene sobre el turismo religioso es la adopción de fiestas por parte de las distintas Administraciones públicas donde uno de los criterios empleados es el arraigo histórico, cultural y religioso de una determinada fiesta, que tiene la consideración de bien cultural inmaterial⁵²³. La incidencia que ello tiene sobre el turismo es indudable y lo convierte en una forma de promoción específica del turismo religioso. Especial mención, en este apartado, merece el Camino de Santiago⁵²⁴ que constituye uno

declara patrimonio cultural inmaterial de la Nación la Semana Santa en Pamplona, departamento de Norte de Santander, y se dictan otras disposiciones».

⁵¹⁸ Sentencia del TC colombiano, C-224 de 2016.

⁵¹⁹ Sentencia del TC colombiano, C-567 de 2016.

⁵²⁰ Sentencia del TC colombiano, T-139 de 2014.

⁵²¹ Sentencia del TC colombiano, C-567 de 2016.

⁵²² Sentencia del TC colombiano, C-033/19.

⁵²³ MORENO REBATO, M. y RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *El turismo religioso como turismo cultural: Régimen jurídico*, op. cit., pp. 157 y ss.

⁵²⁴ CORRIENTE CÓRDOBA, J. A.: *Camino de Santiago. Normativa internacional e interna española*. Ministerio de Educación y Cultura, 1998.

de los atractivos turísticos religiosos más importantes de España, por el flujo de turistas que atrae todos los años y, en especial, en los Años Santos (Xacobeo). Otros eventos turísticos religiosos son⁵²⁵:

- La regulación jurídica del denominado "patrimonio intangible" (Fiestas de interés turístico, el Misterio de Elche, las procesiones de Semana Santa, etc.).
- Exposiciones como las Edades del Hombre y los museos de arte religioso.
- Rutas de los Templos o lugares de cultos.

⁵²⁵ MORENO REBATO, M. y RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *El turismo religioso como turismo cultural: Régimen jurídico*, op. cit., pp. 170 y ss.

Lección 11. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS.

1. El régimen de las entidades sin ánimo de lucro y las confesiones religiosas: el principio de laicidad.
2. Financiación económica pública de las confesiones religiosas.
 - A) Financiación directa de la Iglesia católica
 - B) Financiación indirecta
3. Régimen fiscal y tributario de las confesiones religiosas.
4. La Fundación Pluralismo y Convivencia.

1. El régimen de las entidades sin ánimo de lucro y las confesiones religiosas: el principio de laicidad.

No toda asociación o entidad sin ánimo de lucro persigue un interés público y, por ello, no son destinatarias sin más de medidas de fomento de carácter económico⁵²⁶ de las Administraciones públicas. El hecho de constituir una entidad sin ánimo de lucro por sí solo no constituye un presupuesto para obtener financiación económica pública (directa o indirectamente) o, bien cualquier otro tipo ayuda pública. El estatuto jurídico de las confesiones se equipara a los grupos sin ánimo de lucro⁵²⁷, con carácter general, en lo relativo a las medidas de fomento reconocidas a las entidades sin ánimo de lucro. Pero esto no implica que el ordenamiento jurídico califique a

⁵²⁶ Recogemos en este punto la definición de subvención que es la principal técnica de fomento junto con las exenciones fiscales. El artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones establece: "1. Se entiende por subvención, a los efectos de esta Ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta Ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos: (...) c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una **actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública**". Por su parte, el TS ha definido la subvención como: "una de las medidas que utiliza la Administración Pública para fomentar la actividad de los particulares **hacia fines considerados de interés general**", (STS de 12 de enero de 1998, 21 de septiembre de 1995; 28 de noviembre de 1997; entre otras muchas).

⁵²⁷ Se ha señalado: "Las confesiones religiosas, al igual que el resto de las entidades sin fines lucrativos, pueden tener ánimo de lucro objetivo y llevar a cabo actividades de relevancia económica, pero su objeto propio, su finalidad específica, nunca es obtener ganancias para repartirlas entre sus miembros", vid. RODRIGUEZ BLANCO, M. *Las confesiones religiosas en el marco del régimen jurídico del mecenazgo*, EDISOFER, 2005, p. 81.

las confesiones religiosas como entidades de interés público, de interés general o de utilidad pública. El régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, en este ámbito financiero, viene dado por la Ley 49/2002, de régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro.

2. Financiación económica pública de las confesiones religiosas

La financiación económica de las confesiones religiosas por parte del Estado se divide en dos tipos: financiación directa e indirecta.

A) Financiación directa de la Iglesia católica

La financiación directa consiste en que las actividades o los fines religiosos sean sufragados económicamente, total o parcialmente, por parte de las Administraciones Públicas. Esta financiación económica directa es incompatible con los principios de libertad de conciencia, igualdad y laicidad. No obstante, la única confesión religiosa que recibe financiación económica directa, en el ordenamiento jurídico español, es la Iglesia católica. El artículo II del Acuerdo sobre Asuntos económicos con la Iglesia católica, de 3 de enero de 1979, contempla cuatro fases de este modelo de financiación con las Iglesia católica:

1ª Fase: Dotación presupuestaria. Desde 1979 hasta 1988. La dotación presupuestaria consiste en el establecimiento de una partida presupuestaria de carácter global destinada a la financiación de la Iglesia católica. Casi la totalidad del dinero se destina a financiar los sueldos del clero secular de la Iglesia católica y las cuotas a la Seguridad social.

2ª Fase: Se establece un modelo de financiación denominado "asignación tributaria". Se ofrece la posibilidad a los contribuyentes de elegir un porcentaje de la cuota líquida del IRPF (0,5239 %) para que se destine a la financiación de la Iglesia católica (gasto del clero católico) o bien fines sociales desarrollados por ONGs (donde no se excluye a las ONGs católicas como Cáritas o Manos Unidas, porque en este caso desarrollan fines públicos determinados en las convocatorias públicas del Ministerio de Asuntos Sociales y del

Ministerio de Asuntos Exteriores). El IRPF que es un impuesto estatal y es recaudado por el Estado; entre los destinos del impuesto se incluye la financiación de la Iglesia católica. Se establece un período transitorio de tres años para la puesta en marcha de la siguiente etapa. Durante este período transitorio la dotación presupuestaria se reduce en cuantía igual a los ingresos obtenidos por la vía de asignación tributaria a favor de la Iglesia católica. Esta fase se inicia en 1988 (Ley 33/1987, disp. adicional 5ª) y el período transitorio tendría que haber finalizado en 1990; pero se prórroga hasta el año 2006. Si bien a partir del ejercicio presupuestario de 1994 se introduce la fórmula "se elevan a definitivas las cantidades entregadas a cuenta" a la Iglesia católica. Es decir, en la práctica estamos en la fase de dotación presupuestaria pero lo más sorprendente es que el Estado renuncia a reclamar el exceso del importe entregado a cuenta a la Iglesia católica; es decir, el Estado condona la deuda a la Iglesia católica. Una cantidad aproximada de 400 millones euros. Deuda contraída por la diferencia entre lo entregado a cuenta por la Hacienda Pública y la cuantía decidida por los contribuyentes; todo ello debido a que la Iglesia católica solo convence a un tercio de los contribuyentes para que marque su casilla. Y eso que no nos encontramos ante un impuesto religioso pues al contribuyente católico le sale gratis sufragar esos gastos del clero católico. No es una aportación del dinero del contribuyente sino dinero que de todas formas debe contribuir a las arcas públicas, pero en el caso del contribuyente católico se le posibilita que un porcentaje de los ingresos públicos se destine a sufragar los gastos del clero católico (que no son gastos públicos) rompiéndose el principio de afectación tributaria e iniciando un camino que posibilita la introducción de nuevas casillas para financiar fines, realmente públicos o, bien priorizar unos gastos sobre otros, respondiendo al principio de participación. En todo caso, en relación con la asignación tributaria para la Iglesia católica se produce una minoración en la carga impositiva destinada a fines públicos por parte de los contribuyentes que marcan esa casilla.

3ª Fase: Se establece solamente la asignación tributaria, pero se eleva el porcentaje al 0,7 %. Mediante un intercambio de Notas entre el Ministerio de Asuntos Exteriores español y la Nunciatura de la Santa Sede en España, de 22 de diciembre de 2006, se inicia la tercera fase. En este Acuerdo se decide elevar el porcentaje de 0,5239 % a 0,7 %. Este aumento se configura como compensación por la

pérdida patrimonial que conlleva que la Iglesia católica tenga que pagar el IVA a partir del año 2007⁵²⁸. Además, se manifiesta que este porcentaje tendrá "carácter estable". Conviene precisar que lo que indica el documento es el carácter estable del porcentaje (no de esta fase de financiación) porque conforme al Acuerdo de Derecho internacional se tiene que dar el paso a la cuarta fase. En esta tercera fase desaparece el complemento presupuestario⁵²⁹. La Disposición adicional cuadragésima sexta de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 sobre financiación de la Iglesia Católica dispone: "Con vigencia desde el año 2016 y con carácter indefinido, la entrega a cuenta mensual a que se refiere el apartado Tres de la Disposición adicional decimoctava de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, ascenderá a la duodécima parte del setenta por ciento de la última liquidación definitiva practicada del sistema de asignación tributaria a inicio del ejercicio"⁵³⁰. La asignación tributaria supone una cantidad, anual, de más de 350 millones de euros.

4ª Fase: La Iglesia católica se compromete, en este Acuerdo de Derecho Internacional, a conseguir la autofinanciación⁵³¹.

⁵²⁸ Orden EHA/3958/2006, de 28 de diciembre, por la que se establecen el alcance y los efectos temporales de la supresión de la no sujeción y de las exenciones establecidas en los artículos III y IV del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, respecto al Impuesto sobre el Valor Añadido y al Impuesto General Indirecto Canario.

⁵²⁹ El TS, en sentencia de 14 de diciembre de 2016, no avala la pretensión de la FEREDE de incluir una casilla en la declaración del IRPF para que los contribuyentes puedan destinar el 0,7 % de su cuota a las confesiones evangélicas. Sorprende que el TS resuelva en un párrafo la posible vulneración de los artículos 14 y 16 de la Constitución. En concreto, falla: "Finalmente, hemos de decir que ni la sentencia, ni la actuación administrativa incurren en infracción de los artículos 14 y 16 de la Constitución en ninguno de los apartados invocados por la recurrente precisamente porque se mueven en el marco del derecho fundamental que ha ejercido" [derecho de petición].

⁵³⁰ Orden EHA/2760/2008, de 25 de septiembre, por la que se aprueba el procedimiento de liquidación de la asignación tributaria a la Iglesia Católica y de regularización del saldo resultante entre el Estado y aquélla, previsto en la disposición adicional decimoctava de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

⁵³¹ Compromiso jurídico de autofinanciación que debe ser exigido por los poderes públicos pues la Iglesia católica puede alcanzar, hoy mismo, la autofinanciación

B) Financiación indirecta

El otro tipo de financiación económica de las confesiones religiosas es la financiación indirecta. En este caso, de lo que se trata es de fomentar que los propios creyentes financien a sus confesiones religiosas. Las disposiciones adicionales 8ª y 9ª de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, regulan este modelo solamente para las confesiones religiosas con acuerdos de cooperación (25 % IRPF y 35 % Impuesto de Sociedades).

Otro tipo de financiación son las subvenciones realizadas a las confesiones religiosas con acuerdos de cooperación, por ejemplo, para sufragar los gastos de la asistencia religiosa, en concreto, la Orden INT/1306/2019, de 2 de diciembre, por la que se concede a la Conferencia Episcopal Española una subvención directa de 608.500 euros; la Orden INT/1305/2019, de 2 de diciembre, por la que se concede a la Comisión Islámica de España una subvención directa de 21.000 euros; el Real Decreto 696/2023, de 25 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a las confesiones religiosas minoritarias firmantes de acuerdos de cooperación con el Estado.

3. Régimen fiscal y tributario

El ATC 480/1989, de 2 de octubre, recoge: "El art. 16 de la Constitución no contiene, en efecto, previsión alguna que garantice un especial trato fiscal a las confesiones religiosas, ni puede mantenerse que la sujeción de éstas a las normas tributarias lesione la libertad que se les reconoce". Además, "el derecho a la libertad de religión no implica en absoluto que a las iglesias o a sus fieles se les deba conceder un estatuto fiscal diferente del de los demás

con relación a la cuantía obtenida a través de la asignación tributaria. Vid. AMÉRIGO-CUERVO ARANGO, F.: *La financiación de las confesiones religiosas en el Derecho español vigente*, UNED, 2007, p. 303. Este autor realiza una propuesta sobre la viabilidad de autofinanciación hoy mismo. Hay que recordar que no existe en la Constitución una disposición transitoria sobre la aplicación del principio de laicidad: "Ninguna confesión tendrá carácter estatal", ya han pasado más de 45 años desde la aprobación de la Constitución y los Gobiernos no han exigido que la Iglesia católica cumpla con el compromiso jurídico de autofinanciación.

contribuyentes” (Auto del TEDH de 11 de enero de 1992, caso Iglesia Bautista “El Salvador” y otro contra España).

En este punto conviene tener presente la diferencia entre **supuestos de no sujeción y exenciones**. En los supuestos de no sujeción la obligación tributaria no llega a surgir con respecto a ningún impuesto. Su regulación se encuentra en los artículos III del AAE y los artículos 11.1 de los Acuerdos de cooperación de 1992. En cambio, en relación con las exenciones el titular de la exención debe solicitarlo y debe acompañar la documentación necesaria en la que quede probado que reúnen los requisitos exigidos por las normas tributarias. El régimen de exenciones con relación a la Iglesia católica se regula en los artículos III, IV y V del AAE. El régimen impositivo de la Iglesia católica es sustancialmente parecido al recogido en el Concordato de 1953 y respecto de las confesiones evangélica, judía y musulmana su régimen fiscal se recoge en el artículo 11 de los Acuerdos de 1992.

En relación con los impuestos y las exenciones que se contemplan para las confesiones religiosas, con acuerdos de cooperación, procedemos a su enumeración⁵³²:

- **Impuesto de Sociedades.** La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, no menciona expresamente a las confesiones religiosas. Tenemos que acudir a los Acuerdos de cooperación.
- **Impuesto de Sucesiones y donaciones.** La disposición final cuarta de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones regula las exenciones para las confesiones con acuerdos de cooperación⁵³³. Los acuerdos contemplan la exención total de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y Transmisiones Patrimoniales siempre que los bienes, o derechos adquiridos, se destinen al culto, a la sustentación del clero, al sagrado apostolado y al ejercicio de la caridad.

⁵³² LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, Tomo II, 2011, op. cit., p. 617 y ss.

⁵³³ Vid. art. 34 de esta Ley, modificado por Ley 25/2013, sobre las CC.AA. que mantienen la liquidación tributaria de este impuesto pues otras CC. AA. han dejado de liquidar estos impuestos.

- **Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.** El artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, regula la exención de este impuesto para las confesiones religiosas con acuerdos de cooperación. En este punto hay que tener presente la STC 13/2018 sobre la exención del pago de este impuesto de los bienes o productos adquiridos, por las confesiones con acuerdos de cooperación, para actividades religiosas.

- **IVA.** La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido no reconoce que las confesiones queden exentas del pago de este impuesto. El artículo III del AAE establece entre los supuestos de no sujeción la adquisición de objetos destinados al culto y, en consecuencia, del IVA. Cuando se firman los Acuerdos con la Iglesia católica de 1979 no existía este impuesto en nuestro ordenamiento jurídico. Con la entrada de España en la Comunidad Económica Europea se introduce este impuesto; regulado por la VI Directiva Comunitaria del IVA de 17 de mayo de 1977, en la actualidad por la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido. Esta Directiva no recoge la no sujeción ni la exención de los bienes destinados al culto (católico, en este caso). Este hecho supone una manifiesta contradicción entre el Acuerdo con la Iglesia católica y la Directiva Comunitaria que se resolvería acudiendo a lo dispuesto en el artículo 307 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y, consecuentemente, el Estado español debe tender a hacer posible la armonización fiscal. Lo más sorprendente es que ha sido el propio Estado, de forma unilateral, el que ha ido consolidado este privilegio y lo ha extendido interpretando de forma amplia el concepto "objetos destinados al culto católico". Como consecuencia del Acuerdo de 1979, la Iglesia católica estaba "no sujeta" al pago de este impuesto. El Acuerdo con la Iglesia católica de 22 de diciembre de 2006 contempla la renuncia de la Iglesia católica a este privilegio fiscal con el objetivo de cumplir la normativa comunitaria.

- **Impuestos locales.** El marco normativo es el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto

refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. El artículo 62 LHL reconoce la exención del IBI. En los acuerdos de cooperación esta exención alcanza no solo a los lugares de culto; sino también a las viviendas de los ministros de culto, excepto la vivienda de los rabinos. También, se extiende la exención a los huertos siempre que no estén destinados a un uso lucrativo⁵³⁴. La STS de 4 de abril de 2014, resuelve la interpretación del artículo 15.1 de la Ley 49/2002, que establece que “estarán exentos del IBI los bienes de los que sean titulares, en los términos previstos en la normativa reguladora de las Haciendas locales, las entidades sin fines lucrativos, excepto los afectos a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades”; es decir, se amplía lo recogido en los Acuerdos. Además, la STC 207/2013, de 5 de diciembre de 2013, determina la inconstitucionalidad de la Ley Foral 10/2013, de 12 de diciembre, que limita la exención aplicable en la contribución territorial exclusivamente a los bienes de la Iglesia católica y de las confesiones con acuerdos “que estén destinados al culto”, en contradicción con los correspondientes acuerdos de cooperación. Respecto del impuesto de incremento del valor de terrenos (IIVT), la exención de este impuesto ha venido por la jurisprudencia del TS (STS de 30 de octubre de 2000; STS de 26 de noviembre de 1991, STS de 21 de noviembre de 2000, f. j. 6º, STS de 20 de noviembre de 2000). Lo mismo ha sucedido con la exención del Impuesto de construcciones, instalaciones y obras (ICIO) reconocida por la STS de 19 de marzo

⁵³⁴ Sorprende en relación con la exención del IBI que no todos los edificios y locales de las Administraciones públicas donde se llevan o desarrollan fines públicos o de interés general queden exentos del pago del IBI. Este artículo 62 LHL dispone que SOLAMENTE: “1. Estarán exentos los siguientes inmuebles: a) Los que sean propiedad del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales que estén directamente afectos a la **seguridad ciudadana y a los servicios educativos y penitenciarios, así como los del Estado afectos a la defensa nacional.** (...) 3. Las ordenanzas fiscales **podrán regular una exención a favor de los bienes de que sean titulares los centros sanitarios de titularidad pública**, siempre que estén directamente afectados al cumplimiento de los fines específicos de los referidos centros. La regulación de los restantes aspectos sustantivos y formales de esta exención se establecerá en la ordenanza fiscal”. Un ejemplo, los edificios y locales de la Tesorería del INSS encargados del pago de pensiones y prestaciones por desempleo deben pagar el IBI y los lugares de culto de las confesiones religiosas con acuerdos de cooperación incluso las viviendas de los ministros de culto no pagan este impuesto.

de 2001⁵³⁵ y, posteriormente, por la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 2001. Con relación a este último impuesto hay que tener muy presente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de junio de 2017, que indica que las exenciones fiscales de las que disfruta la Iglesia católica en España son ayudas estatales prohibidas si se otorgan respecto de actividades económicas, entre dichas actividades económicas se incluye la enseñanza no concertada. Por lo tanto, esas exenciones deben tener una finalidad estrictamente religiosa. En este punto hay que tener en cuenta el acuerdo entre el Gobierno y la Iglesia católica, de 29 de marzo de 2023, para proceder a la derogación de la Orden de 5 de junio de 2001 sobre este impuesto. Circunstancia que se ha concretado a través de la Orden de 31 de octubre de 2023.

- **Tasas.** No están exentas de su pago las confesiones religiosas, pero pueden incluirse entre las entidades bonificadas hasta con el 100% del pago de algunas tasas.
- **Contribuciones especiales.** El Acuerdo con la Iglesia católica de 1979 contemplaba la exención de las contribuciones especiales para esta confesión religiosa. Sin embargo, en el acuerdo de 29 de marzo de 2023 se suprime esta exención.

Sólo las confesiones religiosas con acuerdos de cooperación disfrutaban de este régimen fiscal similar al de las entidades sin ánimo de lucro. Es decir, las confesiones se equiparan a esas entidades pero no a la inversa. Las confesiones religiosas no son entidades sin ánimo de lucro, conforme al artículo 2 de la Ley 49/2002. La Administración pública debe fiscalizar las cuentas de las confesiones que tiene un régimen fiscal privilegiado para comprobar que efectivamente su patrimonio se dedica a fines religiosos sin ánimo de lucro para evitar el fraude fiscal⁵³⁶. En conclusión, no se puede establecer ayudas

⁵³⁵ SAN de 9 de diciembre de 2013, sobre la nulidad de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 15 de octubre de 2009, *por falta de acuerdo entre la Santa Sede y el Gobierno*.

⁵³⁶ Las confesiones no están incluidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, conforme a lo que disponen los artículos 3 y 5 de la misma. Entre otros ejemplos que se pueden recabar en esta materia y que impedirían la opacidad de las cuentas de las confesiones religiosas y, por lo tanto, que puedan

directas a los fines propiamente religiosos (subvenciones). En fin, la financiación pública de los fines religiosos y/o las actividades religiosas y/o el gasto personal de las confesiones religiosas no se puede incluir en el concepto jurídico de gasto público. El principio de libertad e igualdad de conciencia y su precipitado jurídico lógico, el principio de laicidad, exigen la supresión de los gastos religiosos de los presupuestos de las Administraciones Públicas. Con dicha supresión se dejaría de vulnerar la libertad de conciencia en su vertiente negativa pues, en la actualidad, se está coaccionado a los ciudadanos mediante la obligación de contribuir a gastos propios de las confesiones y que son totalmente ajenos a los fines públicos y, en consecuencia, se daría cumplimiento al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera que recoge el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos⁵³⁷.

ser utilizadas las limosnas para la financiación del terrorismo islamista u otras actividades ilícitas, vid. la normativa de México sobre el control electrónico e informático de todas las donaciones que se realicen a favor de las confesiones religiosas y de todos los gastos e ingresos que tengan las mismas, vid. link: <http://www.asociacionesreligiosas.gob.mx/work/models/AsociacionesReligiosas/pdf/Varios/88423-2015-AUT-ISR-IVA-CFF-AGJ-ACNII%20SIFEN.pdf>. Según el Plan de Fiscalizaciones de Tribunal de Cuentas para el año 2018 incluye: "Fiscalización sobre las actuaciones desarrolladas por la Administración General del Estado en materia de cooperación económica con las confesiones religiosas a través de los programas de ingresos y gastos contenidos en los Presupuestos Generales del Estado, ejercicio 2017". Lo lógico es que el Tribunal de Cuentas fiscalizase todos los ingresos (directos e indirectos) que reciben las confesiones religiosas del Presupuesto General del Estado en todas las materias como, educación, patrimonio histórico-artístico, asistencia social, exenciones y deducciones fiscales que se incluyen en los impuestos estatales, partidas presupuestarias sobre asignación tributaria, sobre asistencia religiosa en centros públicos, etc.

⁵³⁷ Este artículo dispone: "2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la *gestión del sector público*. 3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera".

Por otra parte, el artículo 7.2. LOLR dice "se podrá extender" a las confesiones religiosas los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico. Es decir, se podrá extender, NO ES OBLIGATORIO la extensión de este régimen fiscal⁵³⁸. Pero, se podrá extender si se cumple la condición de que no se vulnere el principio de igualdad y como se puede comprobar es imposible no vulnerar dicho principio de igualdad sin caer en el privilegio jurídico. Además, no toda asociación o entidad sin ánimo de lucro persigue un interés público y, por ello, no son destinatarias de medidas de fomento de carácter económico⁵³⁹ de las Administraciones públicas, pero siguen siendo asociaciones de convicción o de base ideológica⁵⁴⁰ (que no solamente ejercen el art. 22 CE, derecho de asociación, sino también el art. 16 CE, libertad ideológica). Por lo tanto, las confesiones religiosas no deben disfrutar de un régimen fiscal beneficioso (ni las confesiones con acuerdos ni ninguna); es decir, no hay que proceder a equiparar el régimen fiscal de las confesiones religiosas a las entidades sin ánimo de lucro ni para hacer real y efectiva la libertad religiosa, pues dentro del contenido de la libertad religiosa no se encuentra el derecho a disfrutar de un régimen fiscal beneficioso, como ha indicado el propio TC y el TEDH. La existencia del régimen fiscal beneficioso del que disfrutaban las confesiones con acuerdos de cooperación implica una desigualdad de trato con las asociaciones de convicción o de base ideológica que no son de utilidad pública ni fundaciones, pero ejercitan, legítimamente, su derecho colectivo de libertad de conciencia. En fin, se está produciendo una discriminación por motivos de convicción y de opinión entre ciudadanos en el ejercicio de su derecho de libertad de conciencia. El hecho de constituir una entidad sin ánimo de lucro por sí solo no constituye un presupuesto para obtener financiación económica pública (directa o indirecta) o cualquier otro tipo ayuda pública. Solamente se estaría discriminando a los creyentes si a todas las asociaciones de base ideológica, simplemente por el hecho de serlo, se le otorgaran

⁵³⁸ OLIVERAS JANÉ, N.: *El objeto de la libertad religiosa en el Estado aconfesional*, Tesis doctoral, 2015, p. 141. La STC 46/2001 dice "eventualmente" podrán disfrutar.

⁵³⁹ Vid. SAN de 19 de febrero de 2020 sobre la revocación de la condición de asociación de utilidad pública a la asociación "Hazte oír" por ir en contra del interés público y la STS 22/02/2002, entre otras.

⁵⁴⁰ Como recoge el Anexo del Real Decreto 949/2915, sobre el Registro Nacional de Asociaciones.

beneficios fiscales. Estas asociaciones de convicción o de base ideológica deben reunir una serie de requisitos que también se deben exigir a las confesiones religiosas para ser beneficiarias de beneficios fiscales. Por supuesto, las entidades sin ánimo de lucro creadas por las confesiones religiosas que, efectivamente, lleven a cabo fines públicos tendrán beneficios fiscales. Por otra parte, el TC justifica que solamente las confesiones con acuerdos tengan régimen fiscal beneficioso cuando todas las confesiones realizan las mismas actividades. El TC (las sentencias 207/2013 y 13/2018) vuelve a consolidar los privilegios y discrimina por razón de religión⁵⁴¹, lo que iría en contra de su argumento de hacer real y efectiva la libertad religiosa de TODOS, NO DE CASI TODOS (art. 9.2. CE en relación con el artículo 149.1.1. CE). El TC da otro salto y considera que el régimen fiscal, solamente para algunas confesiones, las que tienen acuerdos de cooperación, forman parte de las materias objeto de cooperación obligada en función del artículo 9.2. CE⁵⁴². Por último, la exención fiscal o cualquier otro beneficio fiscal (deducciones, bonificaciones, desgravaciones, supuestos de no sujeción, etc.) reduce de forma efectiva la recaudación de los impuestos. Los beneficios fiscales que tienen las confesiones religiosas suponen la detracción de millones de euros que no se pueden destinar a fines públicos. El TC se olvida del deber constitucional de todos, también las confesiones religiosas, de contribuir a sufragar los gastos públicos, de forma directa o indirecta, además, cuando disfrutar de un régimen fiscal beneficioso no forma parte del contenido de la libertad religiosa.

4. La Fundación Pluralismo y Convivencia.

La Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos General del Estado para el año 2005 abre la posibilidad de apoyar económicamente a las minorías religiosas con acuerdos de cooperación. No se trata de una financiación económica directa ni indirecta de las confesiones religiosas ni de fines religiosos. En concreto, la Disposición adicional decimotercera asigna 3 millones de euros para la "**Fundación Pluralismo y Convivencia**" con el objeto de financiar proyectos que contribuyan a una mejor integración social, educativa y cultural de las minorías religiosas en España⁵⁴³. Se trata

⁵⁴¹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia. II*, op. cit., p. 660.

⁵⁴² Por ejemplo, el artículo 2.3 LOLR.

⁵⁴³ Vid. artículo 7 de los Estatutos de la Fundación "Pluralismo y Convivencia".

de proyectos presentados por las confesiones no católicas con acuerdo de cooperación con el Estado (evangélicos, judíos y musulmanes). La mencionada Fundación pública, (adscrita al Ministerio de Justicia cuando se fundó y, en la actualidad, al Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática⁵⁴⁴) destinará los fondos a actividades no directamente relacionadas con el culto; en concreto, se destinarán a la integración cultural, al estudio de las religiones, a labores de apoyo a las familias, mujeres y jóvenes, a la colaboración con ONGs vinculadas a las confesiones y otras análogas. Con otras palabras, no se financian directamente a las confesiones ni a sus actividades de culto ni a los ministros de culto, si bien algunas de sus ayudas (línea 1: ayudas a las estructuras federativas de las confesiones con acuerdos de cooperación) podrían ser discutibles en relación con el principio de laicidad y, del principio de igualdad religiosa, pues solamente se destinan a las confesiones minoritarias con acuerdos de cooperación (línea 1 y línea 2).

Por último, se menciona el artículo 4 del Real Decreto 696/2023, de 25 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a las confesiones religiosas minoritarias firmantes de acuerdos de cooperación con el Estado dispone:

“Cuantía y financiación de las subvenciones.

1. La Fundación Pluralismo y Convivencia, F.S.P., establece una dotación financiera de 1.170.623 euros.
2. El importe máximo de las subvenciones a las entidades beneficiarias será el siguiente:
 - a) FEREDE: 526.780,35 euros.
 - b) FCJE: 210.712,14 euros.
 - c) CIE: 433.130,51 euros”.

En todo caso, quedan excluido de financiación el gasto destinado a las actividades relacionadas con el culto o propagación de la fe de cada confesión (art. 5. 5 del Real Decreto 696/2023).

⁵⁴⁴ Real Decreto 373/2020.

LECCIÓN 12.

ASISTENCIA RELIGIOSA EN LOS CENTROS PÚBLICOS

1. Concepto.
2. Modelos.
3. La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas
4. La asistencia religiosa en los centros hospitalarios.
5. La asistencia religiosa en los centros penitenciarios.
6. La asistencia religiosa en los centros asistenciales.

1. Concepto.

Se ha definido asistencia religiosa en centros públicos como "aquella garantía positiva, o deber jurídico de actuación, que el Estado, o los poderes públicos, establecen para el pleno y real ejercicio del derecho de libertad religiosa por parte de los miembros de los centros o establecimientos públicos que se encuentran en una situación de dependencia o sujeción respecto de los mismos" (CONTRERAS⁵⁴⁵).

Siguiendo esta definición conviene realizar tres precisiones que creemos fundamentales con relación a esta materia:

Primera: La asistencia religiosa tiene como finalidad hacer real y efectivo el derecho de libertad religiosa. De ahí que se configure la asistencia religiosa como parte integrante del derecho fundamental de libertad religiosa y como una garantía positiva por parte de los poderes públicos; como consecuencia de poner en relación el artículo 16.1. CE con el artículo 9.2 de la misma y el artículo 2.3. de Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (LOLR). Esta primera premisa se debe dar siempre unida a la segunda.

Segunda: La obligación de los poderes públicos para reconocer, garantizar y promover la asistencia religiosa solamente surge para remover los obstáculos que impidan el ejercicio de la libertad religiosa de los ciudadanos que se encuentren en situación de dependencia o internamiento respecto de los poderes públicos. Situación de dependencia o de internamiento que impide o dificulta el ejercicio de

⁵⁴⁵ *El régimen jurídico de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Ministerio de Justicia, 1989, p. 68.

dicha libertad; consecuentemente, de ahí nace la necesaria colaboración entre los poderes públicos y las confesiones religiosas. El concepto de dependencia no se deriva de la mera permanencia más o menos larga en el tiempo en un centro público, sino de la situación de internamiento o inmovilidad que limita la libertad física de las personas dependientes de un centro público. En definitiva, la naturaleza misma del centro público configura el grado de dependencia que impide o no el ejercicio de la libertad religiosa.

Por eso, si se reconoce en los centros públicos donde no se da el requisito de la dependencia, inmovilidad o internamiento, estaríamos ante lo que ha venido a denominarse por la doctrina asistencia religiosa "impropia" o "en sentido amplio"; es decir, aquellos servicios y actividades de atención que las confesiones religiosas prestan a sus miembros para la realización de los fines religiosos. Se configura esta asistencia religiosa en sentido amplio como servicio "ecclesiae" y, consecuentemente, como un derecho de las confesiones religiosas. En definitiva, esta configuración y su reconocimiento jurídico son más propios de los Estados confesionales donde la institución concordataria es el instrumento jurídico que la regula.

Tercera: La asistencia religiosa es propiamente una actividad que corresponde a las confesiones religiosas (asistencia espiritual) donde el Estado no puede ni debe intervenir ni interferir en virtud del principio de laicidad. El Estado sólo puede colaborar para hacer real y efectivo el derecho de libertad religiosa. El centro público es un mero intermediario entre el creyente y la confesión religiosa; es decir, debe remover los obstáculos que impiden o dificulten la práctica religiosa del creyente en el centro público. Finalmente, si la confesión no realiza la actividad que conlleva la asistencia religiosa ni atiende la petición del creyente el centro público no puede sustituir a la confesión religiosa en esta labor espiritual. No es, por tanto, una actividad del Estado para la satisfacción de los intereses religiosos de los ciudadanos. Pero, si se reclama la asistencia religiosa y el Estado desoyera los requerimientos del creyente podría darse la vulneración de la libertad religiosa, según indica la STC 24/1982.

En España no se contempla la "asistencia espiritual o ética" reconocida como derecho de todos los ciudadanos. Si partimos de la libertad de conciencia, el principio de igualdad y la consecuencia

lógica de la combinación de ambos, el principio de laicidad, el centro público está obligado al reconocimiento de la libertad de conciencia y a la salvaguarda del principio de igualdad de todos los usuarios del centro donde dicho usuario se encuentre bajo alguna situación de dependencia, inmovilidad o internamiento. Esta posibilidad de asistencia espiritual es reconocida en otros ordenamientos jurídicos como el ordenamiento jurídico belga. El profesor CIMBALO⁵⁴⁶ describe este modelo donde la asistencia religiosa se amplía a la asistencia moral y ética abarcando no sólo a las confesiones religiosas sino a cualquier organización basada en una concepción filosófica o ideológica no confesional que tengan prevista entre sus actividades la asistencia moral o ética.

2. Modelos.

Los modelos de asistencia religiosa que ha elaborado la doctrina eclesialista son los siguientes:

a) Integración orgánica en las Administraciones públicas.

En este caso, los ministros de culto de las confesiones religiosas son empleados públicos de las Administraciones públicas (sean funcionarios o contratados laborales) y están integrados en un cuerpo especial dentro de estas Administraciones públicas. En este modelo, el grado de dependencia de los ministros de culto con el Estado alcanza su mayor expresión. Este modelo es absolutamente incompatible con la igualdad en la libertad religiosa y el principio de laicidad. Los gastos económicos que origina esta asistencia religiosa correrán a cargo de la Administración pública.

Las ventajas de este modelo es la estabilidad de la asistencia religiosa y del personal de las confesiones religiosas que prestan esta asistencia religiosa.

⁵⁴⁶ Vid. "Appartenenza religiosa e credenza "filosofiche" nella revisione costituzionale del sistema di finanziamento dei culti in Belgio", en *Quaderni di Diritto e politica ecclesiastica*, nº 1, aprile, 1995, p. 131-153.

b) Relación contractual o dependencia orgánica con las confesiones religiosas, con pago delegado de las Administraciones públicas.

La relación contractual a diferencia del modelo anterior se da entre la confesión religiosa y el personal que lleva a cabo la asistencia religiosa. Este modelo también garantiza la estabilidad y la continuidad de la prestación de la asistencia religiosa mediante acuerdos con las confesiones religiosas, donde se establece que los gastos de este servicio de asistencia religiosa sean sufragados por la Administración pública (pago delegado). Este modelo es, también, incompatible con el principio de laicidad por la financiación pública del personal religioso que desarrolla fines religiosos (asistencia religiosa).

c) Libertad de acceso

Este modelo consiste en que las Administraciones Públicas permiten la libre entrada al personal religioso en los centros públicos para que los ciudadanos se reúnan con dicho personal religioso, sin que medie vinculación funcional o contractual del personal religioso con dicha Administración Pública.

Se ha escrito: "Teóricamente se trata del modelo de asistencia religiosa que mejor se acomoda a la relación de neutralidad entre el Estado y confesión religiosa... Pero una cosa es que sea un modelo teórico ideal y otra que sea el más viable en todos los supuestos... No ofrece el mismo grado de estabilidad en la oferta de la asistencia, ni de seguridad jurídica... Ni garantiza la agilidad de la prestación del servicio ni la disponibilidad de los ministros de las confesiones cuando hay un número razonable de destinatarios del servicio" (LLAMAZARES⁵⁴⁷). No existe obligación estatal de establecer la financiación económica de la asistencia religiosa.

d) Libertad de salida.

En este modelo, la Administración facilita la salida a los usuarios de los centros asistenciales, con la finalidad de que puedan asistir a los actos religiosos. Este modelo tiene dificultades con relación a su imposible aplicación en algunos centros asistenciales bien sea por razones físicas (centros hospitalarios, residencia de ancianos con

⁵⁴⁷ *Derecho de la libertad de conciencia*, Tomo II, 2011, op. cit., p. 671 y ss.

problemas médicos) o de disciplina (centros penitenciarios, centros de internamiento de menores o de extranjeros).

Por último, en todos los modelos no se excluye la posibilidad de realización de acuerdos de colaboración entre la Administración pública y la confesión religiosa donde se recogerán las condiciones en que se van a realizar la actividad de asistencia religiosa. También se debe señalar que en estas tareas de asistencia religiosa se pueden llevar a cabo por voluntarios.

3. La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas

La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas⁵⁴⁸ está regulada en la disposición adicional octava de la **Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar**. La asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se ejerce por medio del Arzobispado Castrense (Acuerdo de 1976 con la Santa Sede), en los términos del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, prestándose por los Cuerpos Eclesiásticos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, declarados a extinguir, y por el Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas. Los militares evangélicos, judíos o musulmanes podrán recibir asistencia religiosa de su propia confesión, si lo desean, de conformidad con lo determinado en los correspondientes acuerdos de cooperación establecidos entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Judías

⁵⁴⁸ Sobre esta materia, vid. la *Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1982*, de 13 de mayo.

de España y Comisión Islámica de España⁵⁴⁹. Por último, los demás militares profesionales podrán recibir, si lo desean, asistencia religiosa de ministros de culto de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en los términos previstos en el ordenamiento y, en su caso, de conformidad con lo que se establezca en los correspondientes acuerdos de cooperación entre el Estado español y dichas entidades.

Por su parte, el Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas (regulado por el Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento) se constituye con personal vinculado, laboralmente, con carácter permanente o temporal, que no adquiere condición militar. La duración máxima de la relación de servicios con carácter temporal es de ocho años. Solamente hace mención a la asistencia religiosa para los militares católicos.

4. La asistencia religiosa en los centros hospitalarios.

En relación con la asistencia religiosa católica se realiza a través del Servicio de asistencia religiosa católica (art. 4 del Acuerdo sobre asuntos jurídicos, de 1979) viene regulada por la Orden Ministerial de 20 de diciembre de 1985 y Convenio de 23 de abril de 1986. Existe un servicio de asistencia religiosa católica que incluye capilla y despacho; si bien la contratación se mantiene entre el centro hospitalario público y el capellán. Este Servicio es sufragado económicamente por el centro hospitalario. Se han firmado convenios con las CC.AA. por ejemplo se citan: Acuerdos de las Diócesis de

⁵⁴⁹ Por ejemplo, en el artículo 8 del Acuerdo con la FERED (Ley 24/1992) se dice: "1. Se reconoce el derecho de todos los militares, de confesión evangélica, sean o no profesionales, y de cuantas personas de dicho credo religioso presten servicio en las Fuerzas Armadas, a participar en las actividades religiosas y ritos propios de las Iglesias pertenecientes a la FERED, en los días y horas de precepto de las diferentes confesiones que la integran, previa la oportuna autorización de sus Jefes, que procurarán que aquéllos sean compatibles con las necesidades del servicio, facilitando los lugares y medios adecuados para su desarrollo. 2. La asistencia religiosa será dispensada por ministros de culto designados por las Iglesias pertenecientes a la FERED con la conformidad de ésta y autorizados por los Mandos del Ejército que prestarán la colaboración precisa para que puedan desempeñar sus funciones en iguales condiciones que los ministros de culto de otras Iglesias, Confesiones o Comunidades que tengan concertados Acuerdos de Cooperación con el Estado".

Cataluña sobre asistencia religiosa católica en los centros de Xarxa hospitalaria de Cataluña, de 10 de diciembre de 1986 y de 17 de febrero de 1992; el Convenio de 6 de julio de 2020, entre la Comunidad de Madrid, a través de la Consejería de Sanidad, el Servicio Madrileño de Salud y la Provincia Eclesiástica de Madrid (Archidiócesis de Madrid, Diócesis de Alcalá de Henares y Diócesis de Getafe) para la asistencia religiosa católica en los centros hospitalarios del Servicio Madrileño de Salud, con un gasto de 937.187,76 euros.

En relación con las confesiones minoritarias con acuerdos de cooperación se contempla que es necesario que los ministros de culto de la FEREDE, FCI y CIE sean autorizados por el establecimiento hospitalario para prestar asistencia religiosa a los enfermos que previamente lo soliciten. A partir de ahí, tendrán libre acceso y sin limitación horaria, teniendo respeto a las normas de organización y régimen interno de los centros. Los gastos que resulten de estas prestaciones religiosas serán a cuenta de la propia confesión; sin embargo, en el caso de la CIE, se prevé una posible financiación pública por medio del pacto entre los representantes del CIE y la dirección del hospital⁵⁵⁰. Las comunidades autónomas han firmado acuerdos de colaboración con las confesiones minoritarias, por

⁵⁵⁰ La ley 26/1992 de 10 de noviembre, de Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comunidad Islámica de España, en el artículo 9 dispone: "1. Se garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los internados en centros o establecimientos penitenciarios, hospitalarios, asistenciales u otros análogos del sector público, proporcionada por los Imanes o personas designadas por las Comunidades, que deberán ser autorizados por los organismos administrativos competentes. Las direcciones de los centros o establecimientos públicos estarán obligadas a transmitir a la Comunidad Islámica correspondiente las solicitudes de asistencia religiosa recibidas de los internos o de sus familiares, si los propios interesados no estuvieran en condiciones de hacerlo. La asistencia religiosa prevista en este artículo comprenderá la que se dispense a los moribundos, así como las honras fúnebres del rito islámico. 2. En todo caso, la asistencia religiosa a que se refiere el número anterior se prestará con pleno respeto al principio de libertad religiosa y con observancia de las normas de organización y régimen interno de los centros, libre y sin limitación de horario. Por lo que se refiere a los establecimientos penitenciarios, la asistencia religiosa se realizará de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penitenciaria. 3. Los gastos que origine el desarrollo de la asistencia religiosa serán sufragados en la forma que acuerden los representantes de la «Comisión Islámica de España», con la dirección de los centros y establecimientos públicos contemplados en el número 1 de este artículo, sin perjuicio de la utilización de los locales que, a tal fin, existan en dichos centros o establecimientos".

ejemplo, la Comunidad de Madrid⁵⁵¹: el Convenio para la asistencia religiosa evangélica en los centros hospitalarios dependientes del servicio madrileño de salud, de 2021 y, el Convenio de colaboración para la asistencia religiosa islámica en los centros hospitalarios del servicio madrileño de salud, de 2018.

5. La asistencia religiosa en los centros penitenciarios

La asistencia religiosa en los centros penitenciarios⁵⁵² se regula en el RD 710/2006 en relación con las confesiones minoritarias con acuerdos de cooperación. Este RD describe un modelo de libertad de acceso de los ministros de culto autorizados previa solicitud del interno remitida a la dirección del centro penitenciario. No se concreta en este RD el régimen económico de esta asistencia religiosa. El Convenio de colaboración del Estado con la Comisión Islámica de España para la financiación de los gastos que ocasione el desarrollo de la asistencia religiosa en los establecimientos penitenciarios de competencia estatal. En este Convenio se recoge el pago delegado a la Comisión Islámica de España para sufragar el gasto de personal en función de la demanda (hasta 50 internos, media jornada; hasta 150 internos jornada completa, más de 150 jornada y media)⁵⁵³.

⁵⁵¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: "Libertad de conciencia, laicidad y cooperación con las confesiones religiosas en la comunidad de Madrid", en *Secularización, cooperación y Derecho. Estudios en homenaje a la profesora Dra. D^a Ana FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ*, Servicio de publicaciones del Ministerio de la Presidencia, 2023, p. 214 y ss..

⁵⁵² Sobre la asistencia religiosa penitenciaria, vid. STEDH de 30 de noviembre de 2006 (asunto Igors Dmitrijevs contra Letonia), considerando nº 79; caso Mozer contra Moldavia y Rusia, de 23 de febrero de 2016 y el caso Korostelev contra Rusia, de 12 de mayo de 2020. También, vid. la Instrucción de la Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justicia Juvenil de Catalunya 1/2005, de regulación del derecho a recibir atención religiosa en el medio penitenciario.

⁵⁵³ Real Decreto 449/2019, de 19 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones en determinados ámbitos de actuación del Ministerio del Interior, en el mismo sentido, el Real Decreto 865/2020, de 29 de septiembre. También, vid. el Convenio de colaboración entre la Generalitat de Catalunya con el Consejo Islámico Cultural de Catalunya, de 9 de julio de 2008, para garantizar el derecho de asistencia religiosa islámica de los internos en los centros penitenciarios de Catalunya; el Convenio de colaboración entre la Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi, a través del departamento de igualdad, justicia y políticas sociales, y la Comisión Islámica de España, en

Por otra parte, en relación con la Iglesia católica se regula en la Orden Ministerial de 24 de diciembre de 1993. En esta Orden se contempla la relación contractual entre el capellán y el obispado, no con la Administración pública. No obstante, la Administración pública procederá al pago delegado de este servicio⁵⁵⁴. Las actividades recogidas en el artículo 2 de esta Orden serán: celebración de la Santa Misa; visita a los internos y atención a sus problemas y consultas en el despacho; formación religiosa y asesoramiento en cuestiones religiosas y morales; celebración de actos de culto y administración de sacramentos.

6. La asistencia religiosa en los centros asistenciales.

El artículo 45 del R.D. 162/2014, de 14 de marzo, regula la práctica religiosa en los **centros de internamiento de extranjeros**. Se ha firmado un Convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y la Conferencia Episcopal Española para garantizar la asistencia religiosa católica en los centros de internamiento de extranjeros, de 12 de junio de 2014. En este Convenio se dispone la celebración de actos religiosos católicos y la existencia de despacho pastoral pero no se recoge aportación económica por dicha asistencia religiosa. Existe también un convenio

relación a la asistencia religiosa islámica de las personas internas en los centros penitenciarios de Euskadi y su financiación, de 22 de diciembre de 2021. En relación con las confesiones evangélicas, el Convenio de colaboración para la asistencia religiosa evangélica en centros penitenciarios dependientes de la SGIP (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias) entre la FEREDE y del Ministerio de Interior, de 28 de julio de 2015; el Acuerdo de febrero de 1995 entre el Departamento de Justicia y el Consell Evangèlic de Catalunya, sobre asistencia religiosa evangélica en el ámbito penitenciario catalán y, convenio entre la FEREDE y el Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales del Gobierno vasco, de 23 de junio de 2023, sobre asistencia religiosa en el ámbito penitenciario.

⁵⁵⁴ Orden INT/1306/2019, de 2 de diciembre, por la que se concede a la Conferencia Episcopal Española una subvención directa por atención al culto en los centros penitenciarios.

Acuerdo marco entre la Generalidad de Cataluña y los Obispos de las diócesis catalanas sobre Asistencia Religiosa Católica en centros penitenciarios de Cataluña de 10 de julio de 1987 y el Convenio de colaboración entre la Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi, a través del Departamento de igualdad, justicia y políticas sociales, y la Conferencia Episcopal Española, para garantizar el derecho a la asistencia religiosa católica de las personas internas en los centros penitenciarios de Euskadi, de 22 de diciembre de 2021.

de colaboración entre el Ministerio de Interior y la CIE para garantizar la asistencia religiosa islámica en los centros de internamiento de extranjeros del año 2015.

En relación con los **centros de internamiento de menores**, el 39 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, reglamento de responsabilidad penal de los menores, dispone: "1. Todos los menores internados tendrán *derecho a dirigirse* a una confesión religiosa registrada, de conformidad con lo previsto por la legislación vigente". Se está reconociendo que el modelo de asistencia religiosa es de libertad de acceso.

En las **residencias de la tercera edad** se ha regulado la asistencia religiosa en una serie de convenios de colaboración entre las Administraciones Públicas competentes por la materia en asistencia social o los propios centros asistenciales públicos de la tercera edad y la Iglesia católica. Se pueden citar como ejemplos⁵⁵⁵: el Convenio de colaboración firmado entre el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales del Departamento de Bienestar Social de la Generalitat de Cataluña y el Arzobispado de Tarragona de 18 de mayo de 1995 y, el Convenio entre la Comunidad de Madrid y los obispos de las diócesis que comprenden el territorio de la provincia eclesiástica de Madrid, de 29 de abril de 1999. En otros muchos casos este servicio de asistencia religiosa es llevada a cabo por ministros de culto de forma voluntaria. O, bien son voluntarios los que se encargados de acceder a la residencia de la tercera edad para llevar a los ancianos al lugar de culto. También este sistema de libertad de salida (acompañamiento a su lugar de culto) que llevan a cabo voluntarios externos se da en residencias de discapacitados físicos.

Por último, en relación con la **asistencia religiosa en los centros educativos públicos** no existe fundamento jurídico para tal derecho a la asistencia religiosa ya que no se dan las condiciones de inmovilidad o internamiento, como ha indicado la STSJ de Madrid, de 13 de septiembre de 1999.

⁵⁵⁵ Otros convenios, vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: *La asistencia religiosa en los centros asistenciales*, Dykinson, 2011.