SECULARIZACIÓN, COOPERACIÓN Y DERECHO

Estudios en homenaje a la profesora
Dra. D.ª Ana Fernández-Coronado González

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

SECULARIZACIÓN, COOPERACIÓN Y DERECHO

Estudios en homenaje a la profesora Dra. D.ª Ana Fernández-Coronado González

Salvador Pérez Álvarez
José Daniel Pelayo Olmedo
(coordinadores)

COMITÉ CIENTÍFICO

Dionisio Llamazares Fernández
José M.ª Contreras Mazario.
Óscar Celador Angón
José Antonio Rodríguez García
Maricruz Llamazares Calzadilla
Fernando Amérigo
Mercedes Murillo Muñoz
Paulino César Pardo Prieto
Almudena Rodríguez Moya

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
https://cpage.mpr.gob.es

Edita:

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

© Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática
© Los autores

NIPO (edición impresa): 089-23-006-3
NIPO (on line): 089-23-005-8
ISBN: 978-84-7471-181-3
Depósito Legal: M-18316-2023
Fecha de edición: mayo 2023
Diseña e imprime: CIMAPRESS
Impreso en papeles FSC y PEFC.

FSC
www.fsc.org
FSC® A000525

Las opiniones emitidas en esta publicación son de exclusiva responsabilidad del autor de la misma. Los derechos de explotación de esta obra están amparados por la Ley de Propiedad Intelectual. Ninguna de las partes de la misma puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en ninguna forma ni por medio alguno, electrónico, mecánico o de grabación, incluido fotocopias, o por cualquier otra forma, sin permiso previo, expreso y por escrito de los titulares del copyright ©.

ÍNDICE

Ana Fernández-Coronado González. Semblanza académica 7

Obra científica de la profesora Ana Fernández-Coronado González 23

Tábula gratulatoria 29

I.
Modelo de relación Estado y confesiones religiosas: principios y técnicas

01. Los acuerdos Estado-confesiones religiosas: hacia un nuevo modelo de relación
(D. Llamazares Fernández) 39

02. Treinta años después: balance crítico del Acuerdo de Cooperación con los musulmanes en España
(F. Amérigo) 61

03. Laicidad, pluralismo y libertad. Variaciones en torno al pensamiento de Norberto Bobbio
(A. Calvo Espiga) 71

04. Certificaciones de las confesiones en el ordenamiento español. Entre la cooperación y la laicidad
(M. Cubillas Recio) 93

05. Secularización. Cooperación
(Iván C. Ibán) 127

06. Acuerdos Iglesia-Estado, Derechos fundamentales y soberanía
(M. C. Llamazares Calzadilla) 135

07. Secularización, modernidad y ¿postsecularidad?
(J. A. Parody Navarro) 147

08. La técnica jurídica de la cooperación: clave del modelo de relación
(S. Pérez Álvarez) 163

09. La identidad constitucional y el factor religioso en el constitucionalismo europeo
(M. J. Roca Fernández) 183

10. Libertad de conciencia, laicidad y cooperación con las confesiones religiosas en la Comunidad de Madrid
(J. A. Rodríguez García) 199

11. Tener en cuenta las creencias de la sociedad española. Un mandato constitucional
(A. Rodríguez Moya) 217

12. La formación histórica del Derecho Eclesiástico del Estado: del Derecho Eclesiástico del Estado al Derecho de la Libertad de Conciencia
(S. Tarodo Soria) 237

II.
Libertad de conciencia, estatuto de las confesiones y diversidad social y religiosa

01. La secularización de la enseñanza en la Restauración
(M. A. Asensio Sánchez) 267

02. Autonomía de las confesiones religiosas y vida privada del profesorado de religión. A propósito de la sentencia de 4 de febrero de 2022 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
(A. Castro Jover) 285

03. Reflexiones en torno a la libertad de conciencia y la interrupción voluntaria del embarazo
(O. Celador Angón) 299

04. Libertad y diálogo interreligioso en la Constitución *Praedicate Evangelium* del papa Francisco
(M. J. Ciaurriz Labiano) 317

05. Libertad de conciencia, laicidad y derecho a la educación: hacia una nueva propuesta curricular
(J. M. Contreras Mazario) 343

06. El delito contra los sentimientos religiosos del artículo 525 del Código penal: un análisis de su compatibilidad con la Constitución y con una sociedad secularizada
(A. Ferrari Puerta) 365

07. La huida de las mujeres de Afganistán tras el retorno del gobierno talibán: el género como factor de persecución y el derecho de asilo en España
(Y. García Ruiz) 377

08. Figuras, imágenes y representaciones religiosas femeninas, perspectiva de genero y tratamiento jurídico
(M. Meléndez-Valdés Navas) 393

09. La desconexión con la realidad del arte y discurso del odio
(I. Minteguía Arregui) 411

10. La Estrategia europea de lucha contra el antisemitismo y su implementación en España
(M. Murillo Muñoz) 427

11. Modelo de relación Estado-confesiones y su proyección en el sistema educativo: Malta
(P. Pardo Prieto) 449

12. La nueva legalización de la eutanasia y su práctica, ¿con garantías?, en la Comunidad Autónoma andaluza a través de la Comisión de Garantía y Evaluación
(M. J. Parejo Guzmán) 467

13. Derecho de acceso a la información pública. Transparencia y gestión Administrativa de la diversidad religiosa
(D. Pelayo Olmedo) 477

14. Algunos desarrollos recientes en el sistema matrimonial inglés: matrimonio religioso y matrimonio de creencia
(J. R. Polo Sabau) 503

15. Migración islámica y su influencia en la diversidad religiosa española actual
(M. T. Regueiro García) 525

16. De la sodomía con castigo y la patologización de la homo/bi/transexualidad a la plena libertad sexual con posibilidades no binarias
(F. Santamaría Lambás) 541

17. La Santa Sede y la Convención sobre los Derechos del Niño
(G. Suárez Pertierra) 561

18. Asimetrías en la financiación de las confesiones religiosas en España: el caso especial de las confesiones sin Acuerdo
(A. Torres Gutiérrez) 591

19. Perspectiva de género en la adquisición de la nacionalidad española por residencia
(M. Vidal Gallardo) 619

ANA FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. SEMBLANZA ACADÉMICA

Dionisio Llamazares Fernández

1. Formación

La profesora Fernández-Coronado inicia su carrera académica en la Universidad de Oviedo donde obtiene brillantemente la licenciatura en Derecho. Más tarde alcanzará con la misma brillantez el grado de doctora en la Complutense de Madrid. Por en medio tiene una estancia de un curso en la Universidad de Munich gracias a una beca concedida por el *Kanonistisches Institut,* que le abre la oportunidad de seguir las lecciones del profesor Mörsdorf, uno de los canonistas más prestigiosos del momento, y al tiempo las de *Staatskirchnrechts* (Derecho eclesiástico el Estado) de Audomar Scheurmann y las de Historia del Derecho canónico de Heribert Schmit. Estos tres contactos, con el Derecho Canónico, con el Derecho Eclesiástico alemán y con la Historia del Derecho canónico producirán una acusada impronta en la formación jurídica de Ana.

Si no queremos caer en la vaciedad de la loa y el elogio grandilocuentes, vale la pena intentar encontrar una explicación, razonable y coherente, de una trayectoria académica que ha desembocado en tan brillantes resultados. Y eso es lo que pretendo hacer. Me referiré por separado, aunque se trata de dos actividades inescindibles, a la actividad investigadora y a la actividad docente, las dos actividades más importantes en la vida universitaria. Para luego hacer referencia a otras actividades estrechamente conectadas con estas.

Su formación canónica que culmina con su tesis doctoral y su encuentro con el Derecho eclesiástico alemán explican el «por qué» de sus investigaciones y de las cuestiones a las que quiso dar respuesta.

Sin su estancia de ampliación de estudios en Munich, no se entendería que la profesora Fernández-Coronado haya dedicado su memoria de investigación para obtener el doctorado a un tema canónico, al estudio y delimitación de la figura jurídico-canónica del abandono malicioso como causa de separación matrimonial. Lo hace en un momento en que el *Codex* de 1917 es sustituido, teórica y me atrevería a decir que irónicamente, para acomodarle

a la doctrina del Concilio Vaticano II, por un nuevo código en 1983. Momento especialmente interesante para el jurista.

En el prólogo a la publicación de este trabajo escribía yo lo siguiente «en una primera aproximación al tema, en una especie de *travelling,* consigue mostrar su ubicación en el contexto del sistema matrimonial canónico, e incluso en lo que muy bien podría considerarse como el subsistema integrado por la normativa de los distintos supuestos de separación de los cónyuges. Algo que no sólo le permite poner al descubierto la conexión del abandono malicioso con las demás causas de separación, sino también el grado de coherencia interna del sistema canónico en su conformación actual. Se ve así avocada a dejar formulada esta inquietante pregunta: ¿el abandono malicioso podría constituir una causa, no ya de separación, sino incluso de disolución?», enlazando con otra tesis de Carmen Serrano, sobre el amor como *Causa típica en el Derecho canónico matrimonial* teniendo en cuenta la doctrina del Vaticano II.

El conocimiento del Derecho canónico le permitirá acceder a una comprensión de las características esenciales de ese Derecho canónico y de sus diferencias con respecto al Derecho secular, especialmente la más importante: el diferente fundamento de la fuerza de obligar de sus normas, la fe en el derecho canónico, la coacción, física incluso, en los derechos seculares y el distinto peso del fuero interno, la convicción, en uno y otro.

La ampliación de su formación en Munich le abrirá además las puertas al conocimiento del Derecho eclesiástico del Estado alemán en el que ya se contempla al derecho libertad de conciencia como derecho fundamental universal, de los ciudadanos todos, con independencia de que sean religiosos o no, es decir a la libertad de conciencia como género en el que se contiene la libertad religiosa; lo que entraña varias cosas:

1. Que el objeto de esa disciplina es el derecho de libertad de conciencia, que es un derecho civil.
2. Que de él son titulares todos los ciudadanos por el mero hecho de ser seres humanos, de donde la igualdad en la libertad.
3. Que la libertad religiosa empieza a verse como una especie de la libertad de conciencia, en definitiva como una cosmovisión *(Weltanschaung)* o *doctrina comprensiva* más, en términos de Rawls.

El Derecho eclesiástico del Estado como doctrina académica y como doctrina científica es de origen alemán. Es más, en rigor es de origen protestante. Lo que se entiende con sólo tener en cuenta el protagonismo de la doctrina luterana en el movimiento de la reforma y su doctrina eclesiológica que, al considerar a la iglesia como una comunidad puramente espiritual, ponía en manos de los príncipes seculares la competencia para regular todo cuanto se refiriera a la iglesia como comunidad visible. De ahí la denominación de Derecho Eclesiástico del Estado (Derecho del Estado sobre las iglesias).

Las ideas de la Ilustración suscitaron y fomentaron la nostalgia de las iglesias por recuperar las competencias perdidas, especialmente los *iura in sacra* (doctrina y liturgia), primero, y los *iura circa sacra,* después, abriendo paso al reconocimiento por parte del Estado de la autonomía de las iglesias para decidir sobre sus asuntos propios (internos), siempre dentro del marco constitucional de la ley *obligatoria para todos.*

Ana pertenece todavía a esa generación de juristas, licenciados en Derecho por una universidad civil, que se especializaron luego en Derecho canónico, pero que a continuación tuvieron de transformarse por imperativo del nuevo marco constitucional español en estudiosos, no del Derecho de la Iglesia o de las iglesias (Derecho confesional), sino de la legislación del Estado sobre el derecho individual de libertad de conciencia y sobre el derecho de asociación por razones religiosas en él contenido *como derecho civil,* es decir, de lo que se denomina convencionalmente como Derecho eclesiástico del Estado, que es Derecho secular.

Dos Derechos evidentemente diferentes cuyas relaciones solo se pueden estudiar con unas ciertas garantías de acierto si se tiene un cumplido conocimiento de uno y otro, en especial de sus diferencias fundamentales sobre las que Ana insistirá con frecuencia.

Son Derechos en cuyas normas la fuerza de obligar es muy diferentes, confesional el de la iglesia, secular y no confesional el del Estado y con ámbitos de proyección distintos. Porque de ahí se van a derivar todas las demás diferencias.

No haber tenido suficientemente claro esto y esas diferencias es lo que ha conducido históricamente a que las relaciones hayan cristalizado produciendo una auténtica desnaturalización esencial de uno y otro, con efectos devastadores en el derecho de libertad de conciencia de las personas. Porque ahí está la fuente de la intolerancia como dictadura de las conciencias del llamado régimen de cristiandad.

Cuando en la relación de comunicación entre ambos Derechos no se respete la línea roja que entrañan estas diferencias nos daremos inevitablemente de bruces con el desastre histórico y con la confusión científica.

Históricamente la evolución del proceso de acercamiento entre ambos derechos describe una trayectoria doble: de progresiva secularización del Derecho canónico y de una también progresiva y paralela confesionalización y espiritualización del Derecho secular. Bien entendido que confesionalización y espiritualización no son lo mismo. La confesionalización propicia la espiritualización y la favorece, pero la espiritualiación es autónoma e independiente de la confesionaliación. Puede desaparecer la primera y seguir intensificándose la segunda. Como veremos, eso es lo que ocurre en el caso del matrimonio.

No podemos olvidar que, en cuanto Derechos, no estamos ante derechos unívocamente jurídicos. Ni la aplicación a ambos de este nombre es equívoco. A la vista de la teoría de Santi Romano estamos ante dos orde-

namientos auténticamente jurídicos, pero en sentido análogo. No entraré en la discusión de cuál sea el primer analogado y cuál el segundo. Me basta con lo dicho. Pero tampoco vale con recurrir al expediente efectista de decir que el uno, dado su fundamento de obligar, se proyecta sobre el fuero interno y el otro sobre el externo. Seguramente como consecuencia de una lectura apresurada y superficial de Kant se repite como un mantra que el Derecho secular sólo se proyecta sobre el fuero externo. Porque esto es radicalmente falso. Otra cosa es que cada uno de ellos se *proyecte preferentemente y de modo distinto* sobre uno u otro de los fueros. No debe confundirse el fundamento de la fuerza de obligar de sus normas con su ámbito de proyección.

Ya sé que me he demorado en exceso en este tema, y pido disculpas por ello, pero me parecía importante para poner de relieve la importancia de la doble formación secular y canónica del jurista que quiera dedicarse al estudio del Derecho eclesiástico del Estado, y pretenda tener una comprensión razonable de las relaciones entre esos dos ordenamientos tan diferentes, por un parte, y, por otra, porque la percepción de esa relación creo que puede dar cuenta de algunas de las aportaciones más interesantes de la obra científica de la profesora Fernández-Coronado.

Porque, como he dicho ya, Ana pertenece todavía a la generación que se formó primero como jurista civil, como canonista luego y, en una especie de vuelta al principio, tuvo que volver al campo del Derecho del Estado y de su Constitución para especializarse en el *estudio del Derecho constitucional del derecho fundamental de libertad de conciencia de sus ciudadanos como derecho civil,* que hunde sus raíces en el centro nuclear de la dignidad del ser humano.

Y este es el punto de conexión más significativo entre ambos Derechos. En los derechos constitucionales que tienen como pauta la doctrina de la dignidad humana y los derechos humanos de los que es síntesis, es el punto de encuentro entre ambos. Porque para ambos es el derecho fundamental de la persona, del fiel y del ciudadano. Pero con una diferencia. En el caso extremo de que peligre uno de los elementos del binomio, libertad de conciencia-ordenamiento, como consecuencia de la colisión entre ellos, el derecho secular da preferencia al ordenamiento jurídico; el canónico, en cambio, lo hace en favor de la libertad de conciencia, pero con una matización importante: de cara a la salvación eterna, fin último del Derecho canónico, ha de obedecerse a la propia conciencia, pero arrostrando el transgresor del ordenamiento la pena que este le impone, aunque sea la máxima pena, la excomunión. Es decir, la ley prevalece sobre la conciencia, pero solo como ordenamiento de la iglesia en tanto que sociedad visible. La excomunión como pena jurídica no es un antisacramento como sostenía Sohm, que es la conclusión a la que conduciría la comprensión, dogmáticamente y sin matices, de la sentencia de San Cipriano: *extra ecclesia nulla salus*.

Llegados a este punto, es preciso advertir que el primer contacto de Ana con el Derecho canónico no es el derecho matrimonial, sino la Historia del Derecho, no solo las clases del profesor Schmit, sino la lectura de la obra de Stutz sobre las Iglesias propias *(Die Eigenkirchen)* que reclamó profundamente su atención. Eso la colocó en una atalaya privilegiada de la historia en la que todavía seguía siendo válida la expresión *Ecclesia vivit* es iure romano para indicar que fascinada por la perfección técnica del Derecho romano no se aplicaba tanto a crear su Derecho propio como a imitar la perfección técnica del romano, y simultáneamente ya se estaban esbozando los ingredientes de los que surgirían lo que certeramente calificó Ladner como *tradiciones carolingia y carolingia invertida*. Dos tradiciones que permiten tener una visión global de la evolución de las relaciones de influencias mutuas entre derecho secular y derecho canónico a lo largo de toda la Edad media. La misma realidad de las iglesias propias era una muestra evidente del entrelazamiento de ambos poderes, secular y religioso y de ambas comunidades hasta constituir una unidad político-religiosa.

2. Actividad investigadora

En este marco se encuadran las tres líneas fundamentales del interés investigador de Ana:

1. Las relaciones entre la o las iglesias y el Estado y entre sus respectivos Derechos.
2. La recuperación de la secularidad por parte del Derecho del Estado.
3. La cooperación del Estado con las iglesias.

2.1. Las relaciones Iglesia Estado y entre sus respectivos derechos

El último paso en la modulación en la evolución histórica de esa relación lo representan para Ana los Acuerdos del 92 con las religiones minoritarias que marcan inequívocamente la dirección de futuro a la par que el fin del trayecto anterior de mutuas concesiones y a la par de contaminaciones (los concordatos): los acuerdos no tienen futuro a la larga. En el nuevo contexto, en un mundo democrático no tienen cabida. A las iglesias les tiene que bastar con la libertad que les garantiza un entorno democrático.

Los Acuerdos del 92 con protestantes, judíos y musulmanes supusieron una ruptura con nuestro pasado histórico de intolerancia. Tuvieron en este sentido un relevante valor, no sólo simbólico, sino efectivo. Como veremos, al estudio de su elaboración y aprobación por ley de las Cortes dedicará Ana una de sus monografías.

La tolerancia existente en España en breves periodos históricos, de la que tanto nos ufanamos y de la que presumía Fernando III el Santo, cuando se titulaba rey de las tres religiones, era una falsa tolerancia, una tolerancia vertical entre desiguales que consideraba la libertad religiosa no como un derecho de los súbditos sino como una libertad arbitrariamente otorgada por el rey que podía retirarla o modularla a voluntad en cualquier momento. Efímera y precaria, por tanto. Basta leer la Partida siete de Alfonso X el Sabio, dedicada al derecho penal, lo que ya es todo un síntoma, para percatarse de que era además raquítica. Era un *transigir* con el mal menor o, como máximo, se trataba de un acto de mera *benevolencia*. Se concedía el mínimo de libertad necesario para preservar la paz pública: *soportar* el mal menor. En todo caso era tolerancia vertical, no entre iguales, no pasaba de ser mera transigencia o, a lo más, de benevolencia hacia el súbdito.

Los acuerdos del 92 pretenden ser expresión de la tolerancia en sentido moderno, horizontal entre iguales en derechos, entre personas singulares o colectivos ciudadanos iguales jurídicamente que entraña reconocimiento, respeto y estima o aprecio del otro como tal otro y, por tanto, en sus diferencias en tanto que formen parte de su identidad, de sus creencias y de sus convicciones. Se trata del deber jurídico en correspondencia con el reconocimiento del derecho de libertad de conciencia de todos los ciudadanos (igualdad en la libertad), de la que sale garante el Estado laico.

Sencillamente, los acuerdos del 92 no hacían más que cumplir con lo dispuesto en el art.16 CE. Eran sencillamente el cumplimiento del mandato constitucional. No parecía entrañar especiales dificultades. Y sin embargo se demoró unos cuantos años. Desde que se aprobó la Ley Orgánica de Libertad religiosa, pasarían nada menos que doce años, que fue lo que duró el proceso de conversaciones con las confesiones hasta llegar a una solución consensuada por todos, Administración y representantes de las confesiones.

Ana publicó un relato minucioso de ese proceso, acompañado de los correspondientes comentarios, todo perfectamente documentado: no es solo un relato notarial de los hechos, de los avances y retrocesos en el acercamiento al objetivo final, sino que el buen observador, a poco perspicaz que sea, puede deducir por sí mismo cuáles fueran las razones que pueden dar cumplida respuesta a la pregunta sobre el por qué, o por los porqués de la demora. Al igual que en otros trabajos también aquí muestra su vocación y dotes para la investigación histórica.

Con todo, no es eso lo que yo quisiera destacar como principal aportación de este trabajo de Ana. No es una broma, su principal aportación está ya en el título: *Los acuerdos con las confesiones minoritarias. Un nuevo modelo de relación*. Se condensa en esta última frase. No sólo tienen un gran valor simbólico y efectivo por lo que suponen de ruptura con el pasado, sino también por la novedad que representan de cara al futuro: alumbran un nuevo modelo de relación del Estado con las confesiones.

Por lo pronto es evidente que responden a principios, como poco, diferentes a los que responden los concordatos con la Iglesia católica. Pero es que tampoco es posible identificarlos ni con los acuerdos alemanes que, bajo el paraguas de la Constitución de Weimar, se firman entre los estados alemanes y las iglesias protestantes, ni a los italianos posteriores a la segunda guerra mundial.

¿A qué se refiere la expresión *nuevo modelo de relación*? Siguiendo esencialmente a la profesora Fernández-Coronado, apuntaré telegráficamente las peculiaridades más significativas de ese nuevo modelo.

1. El acuerdo se refiere a todo el proyecto de ley, del que son parte integrante, no sólo el articulado, sino también el preámbulo y las disposiciones finales. Todo el proyecto de ley que se envía a las Cortes y que estas aprueban en lectura única sin modificaciones, ni enmiendas, esta previamente firmado no sólo por el ministro de Justicia, sino también por todos los representantes de las confesiones beneficiarias del acuerdo. Insisto, todo ello forma parte integrante del acuerdo.
2. En el preámbulo se afirma algo importante. Fundamentalmente dos cosas. Una, que lo derechos que se les reconocen a las confesiones tienen su fundamento y razón de ser en conseguir que el derecho individual de libertad de conciencia, como derecho civil de los ciudadanos, sea real y efectivo. Dos, que los acuerdos tienen como objetivo *escuchar* a las confesiones sobre sus necesidades para atender debidamente a esa finalidad.
3. El art. 1 insiste en afirmar que la fuente de los derechos que la ley reconoce no es el acuerdo sino la ley que lo aprueba. Es decir, el parlamento como sede de la soberanía nacional.
4. Son características excepcionales de estos acuerdos las disposiciones adicionales. En ellas se contienen dos disposiciones que son clave para calificar estos acuerdos como tales.

De un lado se establece que, a propuesta (proposición de ley) de algún grupo parlamentario (también el que apoye al Gobierno) las Cortes pueden aprobar la modificación de la ley con una sola obligación del Estado, comunicarlo previamente a la confesión a la que afecta la enmienda. Lo cual quiere decir que la modificación requiere oír previamente a la confesión concernida, pero nada más, o lo que es lo mismo, *informe previo preceptivo, pero no vinculante*.

Y se añade otra cláusula no menos significativa a la hora de calificar los acuerdos como tales. Me refiero a la cláusula de derogación, para la que bastará que una de las partes se lo comunique con seis meses de antelación a la otra. No se requiere la presencia de una causa en la que se apoye esa decisión.

Lo que estas disposiciones adicionales ponen de relieve, unido a lo que se dice en el preámbulo y en el art. 1 de la ley, el exquisito cuidado que los

forjadores del acuerdo tuvieron en reservar celosamente la soberanía del parlamento y del Estado, escamados por los problemas que implicaba la modificación de los acuerdos con la Santa Sede.

En realidad, solo hay *un acuerdo inicial sobre los contenidos de la relación de las confesiones con el Estado y sobre la forma de modificación o de cese de ese modo de relación,* pero su contenido se considera modificable unilateralmente por el Estado sin necesidad del consenso de ambas partes. Y todo ello porque se entiende que las confesiones para el Estado, con independencia del concepto que de sí mismas tengan, son *asociaciones civiles de interés particular* con las que el Estado se relaciona principalmente para tener la mejor información posible con el fin de atender las necesidades que en el ejercicio de su derecho civil de libertad religiosa tengan los ciudadanos que al mismo tiempo sean miembros de esas confesiones.

Y ese es el *nuevo modelo de relación* que los acuerdos ponen en marcha, estableciendo de común acuerdo una norma de actuación del Estado que, para modificar el estatuto jurídico originalmente pactado, individual o colectivo, de esos ciudadanos, tenga la obligación de consultar previamente a la confesión cuyos miembros puedan verse afectados.

El acuerdo no es algo inamovible sino algo permanentemente abierto a la acomodación a las nuevas circunstancias y se da por supuesto que la competencia para hacer cualquier modificación legislativa les corresponde a las Cortes Generales, puesto que se trata de la legislación sobre un derecho civil de exclusiva competencia del Estado, pero que exige para su validez *informe previo* de la confesión o confesiones concernidas.

Por tanto, contenido del acuerdo son estas dos cosas: De un lado, los derechos que se les reconocen a las confesiones en función de los derechos de libertad de conciencia de sus ciudadanos y, de otro, el modo de proceder a la modificación de ese estatuto jurídico que se establece solo como punto de partida.

Por lo demás quien lea con detenimiento la monografía de Ana y el resultado final, los acuerdos, no puede por menos de sorprenderse por la similitud de unos y otros. Los redactores fueron los primeros sorprendidos y esa constatación fue seguramente lo que les sugirió hacer redacciones paralelas para subrayar esa similitud. Y es que lo que se pretendía regular eran las necesidades del derecho de libertad de conciencia que el art. 16.1 tipifica como un único derecho, el mismo para todos (igualdad en la libertad). Lo que a uno se le ocurre es que, a la vista de los acuerdos del 92, todo eso se podía regular en una *Ley Orgánica de Libertad de Conciencia, de pensamiento y de religión* sin necesidad de los acuerdos cuya función había sido meramente la de explorar la auténtica voluntad real de las confesiones.

Los acuerdos no son necesarios y pueden generar serios inconvenientes. Hemos llegado a un resultado similar al de las democracias de laicidad pluralista o de laicidad republicana, para utilizar la terminología de Taylor. Jamás

han sentido la necesidad de firmar acuerdos con las confesiones para resolver los problemas de convivencia.

A todo eso apuntaba el título *nuevo modelo de relación*. En esa sola frase se condensaba la intuición, corroborada por los textos de los acuerdos, que Ana tuvo atendiendo al proceso de las conversaciones de los representantes del Estado con las confesiones, desde la atalaya privilegiada que le ofrecía el ser miembro por el tercio de expertos de la Comisión Asesora de Libertad religiosa. Ana lo intuyó desde el primer momento. Debo confesar que no entiendo la razón por la que algunos se niegan a aceptar la evidencia. La lectura de las leyes por las que los llamados acuerdos son aprobados no admiten otra interpretación ni dejan resquicio para ello, salvo que se pretenda utilizarlos como coartada para blanquear los acuerdos con la Iglesia católica.

Los acuerdos del 92 fueron un ensayo largamente madurado que pretende alumbrar un nuevo modelo de relación del Estado con las confesiones religiosas al que deberían acomodarse las relaciones del futuro con todas ellas y también las relaciones con las demás asociaciones de conciencia no religiosas que pudieran existir dentro del Estado.

Con ello ganaría también el *sistema*.

2.2. Proceso de secularización del Derecho civil

En el universo jurídico, en principio, el término *secularización* alude a un proceso de mimetización entre dos ordenamientos jurídicos, del canónico respecto al civil, con pérdida de alguna de sus características originales propias. Pero con eso no está dicho todo. Porque históricamente lo que ocurre es que tiene como efecto el cambio, no sólo del Derecho canónico, sino también del Derecho secular. El proceso es de ida y vuelta. En efecto, el Derecho secular se confesionaliza y paralelamente se espiritualiza: crece el protagonismo del fuero interno sobre el externo, de lo querido sobre lo manifestado. Eso es lo que ocurre durante los quince primeros siglos.

Pero como consecuencia de la ruptura de la unidad político religiosa y de la presencia del pluralismo político y religioso, así como de la autonomía de los derechos nacionales respecto al derecho común y del fenómeno de la Ilustración, el proceso se invierte y se inicia un proceso de recuperación por parte el Derecho secular de sus señas de identidad propias, lo que implica su desconfesionalización y a partir de aquí comienza a aplicarse el termino secularización a la evolución de reversión de los derechos seculares.

Pues bien, al estudio de este proceso dedicará Ana, incitada por la curiosidad intelectual y su fascinación por ese doble fenómeno se traducirá en una monografía, no en general, sino referida a una figura jurídica concreta, el matrimonio, en un ordenamiento jurídico concreto, el ordenamiento jurídico español.

No debe sorprender, más bien era lo esperable, que a partir del momento en que se ve claro que en el mundo legislativo académico la disciplina de

Derecho Canónico es sustituida por la de Derecho Eclesiástico del Estado, la producción futura de Ana se sitúe en este ámbito, y sea casi exclusivamente eclesiasticista.

Es preciso insistir en que la desconfesionalización no implica necesariamente el cese del movimiento de espiritualización que entraña la preferencia de lo realmente querido sobre lo manifestado o lo que es lo mismo, del protagonismo de la conciencia.

Pues bien, una de las figuras jurídicas seculares en la que se hacía bien visible la confesionalización era el matrimonio. Ana dedicó uno de sus trabajos de investigación, su investigación de habilitación como catedrática precisamente, a este tema. Recuérdese que la institución matrimonial canónica había sido el objeto de su tesis doctoral, no debe sorprender, por tanto, que piense en el matrimonio como figura especialmente apta para observar y estudiar este proceso de reversión y de desconfesionalización o de recuperación de la secularidad (secularización)

Hablar de secularización del matrimonio implica el conocimiento de todo el largo proceso previo que ha conducido a su confesionalización y, en definitiva, al largo proceso que transformó lo que en el Derecho romano no era más que un contrato privado en el que la voluntad de las partes lo era todo, nada menos que en una institución sacramental eclesial en la que el contenido obligacional entre las partes está completamente sustraído a su voluntad. Tiene que ser aceptado por ellas en bloque, sin reservas, ni excepciones. Lo único que las partes pueden decidir es si aceptar o no casarse, pero no el contenido de la relación de obligaciones y derechos entre ellos. Es más, se sustituye la *affectio maritalis (estado de ánimo continuado)* por el *consentimiento puntual,* emitido por ambos contrayentes en el momento mismo del acto de celebración del matrimonio. El principio del consentimiento, además, está subordinado al de la sacramentalidad con todas las consecuencias, entre ellas al de la indisolubilidad. No cabe el divorcio.

En eso consistirá la secularización, en la desconexión con la sacramentalidad, en la desconfesionalización. En revertir el proceso de confesionalización. En recuperar su ser prístino. A partir de ahí queda abierta la puerta para que el matrimonio recupere su ser primordial de contrato, quedando reducida a su esqueleto su configuración como institución social. Más aún, es un contrato que se perfecciona con la expresión del consentimiento en el acto puntual de la celebración, pero es un consentimiento continuado *(affectio maritalis);* de ahí la posibilidad de su interrupción si la *affectio* se interrumpe. Algo que Ana concibe como una exigencia del respeto debido al derecho de libertad de conciencia individual como derecho civil. En palabras de Ana, «el Estado la establece (la secularización, formal y material), en todo caso, como consecuencia de las exigencias del derecho de libertad de conciencia individual derivado del principio personalista». La secularización tiene su fundamento y su límite en la libertad de conciencia. Por eso, «los estados pluralistas y democráticos procuran tener en cuenta el derecho civil de libertad de con-

ciencia de sus ciudadanos, siempre dentro de los límites de su propia laicidad». «El Estado neutral y separado de las Iglesias, deberá actuar en su regulación matrimonial sobre la base del principio personalista, puesto que el individuo y sus derechos inalienables son su objetivo esencial. Entre estos derechos adquiere una especial consideración el derecho de libertad de conciencia individual que, basado en el libre desarrollo de la personalidad, marcará la línea de la legislación en esta materia».

Desde la perspectiva descrita por las coordenadas libertad de conciencia y laicidad hace un estudio minucioso del difícil proceso de secularización del matrimonio en España que se produce muy tardíamente en relación con nuestro entorno, con un resultado efímero y que solo puede considerarse *incoado,* no logrado en el primer intento (ley de matrimonio civil de 1870). Sólo la Constitución de la Segunda República propiciará ese logro, al reconocer el derecho de libertad religiosa a todos los españoles y al mismo tiempo abandonar limpiamente y sin melindres ni complejos cualquier resquicio de confesionalidad: «El Estado español no tiene religión oficial», rezaba su artículo 3.

Porque todo dependía en definitiva del grado de reconocimiento del derecho de libertad de conciencia como un derecho civil y del grado de realización de la laicidad como paraguas de su defensa y realización.

El vergonzante o tímido reconocimiento del derecho de libertad de conciencia y el abandono de la confesionalidad por la Constitución de 1869 abrió la posibilidad del inicio de la secularización del matrimonio, pero nada más. La ley de 1870 fue su alicorta realización. Imponía como obligatorio el matrimonio civil. El religioso no quedaba prohibido, pero no tenía efectos civiles. En todo caso, no era posible el divorcio.

Dicho esto, el matrimonio regulado por la legislación civil reproducía milimétricamente el tipo del matrimonio canónico, incluso los impedimentos propiamente canónicos y, desde luego la indisolubilidad. Lo único que se secularizaba era la competencia jurisdiccional que ahora la recababa para sí en exclusiva el Estado.

En todo caso, expresión de la no confesionalidad y de la separación y autonomía de ambas, la separación de jurisdicciones, se abría paso a partir de la teoría de la separación de contrato y sacramento. Sobre el segundo la competencia le corresponde a la Iglesia, pero la competencia sobre el contrato le corresponde en exclusiva al Estado.

Este tímido avance adolecía de la debilidad de los propios planteamientos de la Constitución del 69. La Constitución de 1876, desvaneció toda nube de esperanza, al optar por la confesionalidad, aunque ahora no doctrinal, sino de signo histórico-sociológica.

La Constitución de 1931, aclarada la relación Iglesia-Estado y reconocido el derecho fundamental de libertad de conciencia, es más expeditiva y sobre todo lleva la solución a sus últimas consecuencias: el matrimonio es una realidad natural de la comunidad política y se impone como obligatorio el ma-

trimonio civil; él es el único al que se le atribuyen efectos civiles. Se funda en la igualdad de ambas partes y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de ellas (art. 43). La regulación civil no tiene para nada en cuenta la legislación canónica. Desaparecen todos los rasgos de confesionalidad. No entra en juego, como argumento ahora no hace falta, la distinción entre sacramento y contrato.

Como subraya Ana, «es verdad que la Constitución republicana cayó en algunos aspectos en el laicismo no neutral, sino en valoraciones negativas de lo religioso, pero nada de esto tuvo lugar con respecto al matrimonio, porque el reconocimiento de efectos civiles del matrimonio religioso no forma parte integrante del derecho fundamental de libertad de conciencia que quedaba perfectamente respetada».

2.3. La cooperación del Estado con las iglesias y confesiones

Uno de los temas que más y más constantemente han preocupado a Fernández-Coronado en su época de mayor madurez ha sido la cooperación del Estado con la Iglesia y demás confesiones que menciona el nº 3 del art. 6 CE y su armonización con la laicidad, garantía de la igualdad en la libertad de conciencia.

Para empezar, es problemático incluso hablar de cooperación. Al menos de cooperación del Estado con las iglesias; más bien habría que hablar de cooperación de las iglesias con el Estado, puesto que se trata de conseguir la realización en su plenitud de un derecho civil de exclusiva competencia de este. Por otra parte, cooperación hace referencia a hacer algo juntos, a actividades conjuntas, lo que corre el riesgo de incurrir en una confusión de sujetos, actividades y fines, religiosos y estatales: algo incompatible con la laicidad a tenor de la jurisprudencia constitucional.

En efecto, no resulta fácil conciliar esa cooperación con el límite de la laicidad como neutralidad, al mismo tiempo con la igualdad y con la libertad, o lo que es lo mismo con la igualdad en la libertad.

Aunque, con la sencillez y facilidad que le caracterizan, encuentra rápidamente Ana una perspectiva en la propia Constitución que le abre el camino. La respuesta está en el art. 9. 2 de la propia Constitución: la cooperación es obligada, que es a la que se refiere el art. 16, siempre que y solo si es necesaria para que la libertad de conciencia (libertad religiosa) sea real y eficaz, o si elimina los obstáculos que puedan impedir o dificultar su plenitud. De otra parte, es evidente que tiene en contenido y forma un límite, la laicidad.

Con esta perspectiva estudiará en varias ocasiones tanto la cooperación económica y fiscal como las distintas modalidades de la cooperación asistencial o distintos aspectos de la protección de la autonomía interna de las confesiones; así como la cooperación en la enseñanza y educación religiosas, tan pródigas en problemas de colisión con la laicidad.

3. Investigación y docencia

Ahora bien, todo este trabajo de investigación tiene un objetivo fundamental, la docencia. Esa es su única razón de ser. Y es que eso es lo que hay que enseñar al discente. A preguntar y a buscar las posibles respuestas. La clase de cada día tiene esta como una de sus funciones fundamentales. La profesora o profesor tiene que hacer constantemente el mismo ejercicio, mostrar el camino que ella o él está recorriendo.

Esa es la mejor lección. No se puede ser una buena profesora o un buen profesor sin hacer investigación. Por eso es habitual que se vayan incorporando a la docencia los logros obtenidos en la investigación propia de cada uno o que determinadas áreas de investigación se conviertan en disciplinas a enseñar. Algo que se acostumbra a hacer en todo caso en los cursos de doctorado.

Ana, aunque formaba parte de las plantillas de la Complutense, participó como profesora en la puesta en marcha de una nueva Universidad, la Rey Juan Carlos y allí creó una disciplina reflejo de un trabajo de investigación sobre el que ya había hecho varias publicaciones, incluso un libro fruto de una investigación colectiva que ella dirigió sobre la *libertad de conciencia en Europa*.

Participó en varios trabajos de investigación colectivos y dirigió otros tantos como investigadora principal y prueba de la unión en ella de su labor investigadora y de su actividad docente son también algunas publicaciones de apoyo a su labor docente, de carácter fundamentalmente didáctico. Además, como miembro activo de la Comisión Asesora de Libertad religiosa en dos largos periodos, del 1989 al 1996 y del 2004 al 2012 elaboró numerosos informes, por encargo del Director General de Asuntos Religiosos.

Ana ocupó sucesivamente todos los escalones de la carrera universitaria: profesora ayudante, profesora titular y finalmente obtuvo brillantemente la cátedra. Siempre en la Universidad Complutense.

Su intensa dedicación a la labor docente le llevará a ocupar los cargos de Secretaria del Departamento de Derecho eclesiástico (de 1983 a 2006), primero, y Directora del mismo (del 2006 al 2009) después, y sin solución de continuidad el Vicedecanato de alumnos y de Ordenación Académica (de 2009 a 2016). Algo que habla elocuentemente de su interés por todo lo referente, problemas y afanes, a la docencia y al alumnado.

Donde aparecen mejor representados los frutos conjuntos de ambas actividades es en los *alumnos* y especialmente en lo discípulos de acuerdo con el lenguaje académico, en los que Ana ha suscitado el suficiente interés como para decidirse por la especialización en esta disciplina y a los que ha iniciado en las técnicas metodológicas propias del Derecho eclesiástico. Ese libro homenaje ha sido inspirado y promovido justamente por sus discípulos en prueba de respeto, aprecio y agradecimiento.

4. Conclusión

El cambio al que se ve obligada como consecuencia de la modificación del Plan de estudios de la Facultades de Derecho en 1984 la fuerza a abandonar el Derecho canónico que tenía por objeto el derecho confesional de las iglesias y confesiones o comunidades religiosas y los derechos de sus miembros en tanto que tales miembros, por un Derecho eclesiástico que tenga como objeto el derecho de libertad de conciencia individual de los ciudadanos en tanto que tales, como derecho civil por tanto, y como el primero de sus derechos fundamentales en el que, como dice Häberle, se fundamentan todos los demás derechos fundamentales del ciudadano.

Porque el texto constitucional sitúa en primer plano a las personas singulares, a las personas y sus derechos; en concreto al derecho fundamental de libertad de conciencia de las personas singulares, consagrado como derecho civil en el art. 16. 1 CE como un único derecho, y sólo como consecuencia obligada la de las organizaciones religiosas en cuanto tales. Lo digo en plural, que es lo que exige la proclamación del pluralismo como uno de los valores superiores del ordenamiento en el art. 1 CE. La relación originaria del Estado con ellas no es de institución a institución, la relación originaria es personalista, la persona como puente de comunicación moduladora de la relación. Dada la redacción del art 16 CE había que colocar en la cima del nuevo sistema a la conciencia y a la conciencia de la libertad, a la libertad de las conciencias. No es algo extraño que quienes nos habíamos formado como estudiosos de un Derecho de la peculiaridad del canónico que tiene la pretensión de bucear en las conciencias (fuero interno) nos sintiéramos atraídos por el nuevo campo de investigación que la nueva Constitución abría preñado de promesas incitando a una profundización de la corriente histórica de su espiritualización, dando un mayor protagonismo a la *convicción,* a lo realmente querido, al fuero interno, en definitiva.

Ana participó activamente en la construcción del Derecho eclesiástico español. En esa tarea colectiva no nos podíamos quedar en el estudio el Derecho de las iglesias y confesiones; porque a lo que nos enfrentábamos, por imperativo constitucional, era al derecho individual de los ciudadanos; al estudio del derecho de libertad de conciencia religiosa o no religiosa, y solo derivadamente al derecho de civil de conciencia también de las Iglesias, confesiones y demás asociaciones de conciencia; un derecho, el de su autonomía interna que el Estado les tenía que reconocer justamente en atención al derecho de sus miembros que al mismo tiempo eran ciudadanos del Estado. Porque la libertad de conciencia como derecho civil individual y colectivo, por este orden, era el verdadero objeto del Derecho Eclesiástico del Estado.

Pues bien, Ana se entregó de lleno, sin reservas, entusiasta y generosamente a ese estudio y a la construcción científica correspondiente.

Como es sabido, nuestro cuerpo es el instrumento de nuestra manifestación y de la comunicación con los demás. Pero no es transparente ni siempre

obedece fielmente a nuestra voluntad. A veces manifiesta lo que quisiéramos ocultar y otras no somos capaces de que exprese fielmente lo que queremos comunicar.

Pues bien, la primera impresión que uno tiene cuando conoce a Ana es que se trata de una persona frágil y quebradiza y con lo que se encuentra luego es con un persona fuerte y recia. Y toda esa fortaleza y reciedumbre la vuelca en su carrera científica. De una capacidad de trabajo verdaderamente sorprendente. Si se me permite utilizar un símil policíaco, cuando olfatea una pista, ya no lo deja hasta toparse con la presa. Y luego, en un alarde de fidelidad a sí misma y de autenticidad, revelará su descubrimiento, sin miramientos, ni cautelas o reservas, tal cual ella lo ha percibido, valientemente, sin arrugarse ante lo «políticamente correcto». Y lo que el lector siempre agradece: con las palabras justas, ni una más de las necesarias. Es la suya una literatura sobria y concisa, pero diáfana y unívoca; todo en aras de la claridad.

Todavía, si se me permite, debo añadir algo más.

En el año 2000 un grupo de eclesiaticistas nos lanzamos a la aventura de crear una revista *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos* con un solo objetivo: servir de altavoz a nuestra manera de concebir el contenido y orientación de Derecho eclesiástico, pero abierta a cualquier otra opinión diferente con la única condición de reunir la calidad científica exigible en este tipo de publicaciones: exquisito respeto por la libertad de expresión de la propia conciencia era el lema de la Revista. También en ese proyecto participó Ana desde el primer momento con entrega y entusiasmo. Se encargó de la función menos lucida y quizá más sacrificada. Ella fue durante 22 años Secretaria de la revista. Algo por lo que, como Director que fui de esa revista durante todo ese tiempo, en representación de todos cuantos participamos en la puesta en marcha de aquella romántica aventura, me considero obligado a expresar nuestro más profundo agradecimiento al trabajo callado pero siempre eficaz de Ana durante todos estos años. A ella se debe que la revista acudiera a cada cita anual sin demora. Gracias Ana.

También debo mostrarle mi agradecimiento personal a Ana por su amistad de tantos años, desde que ella y Gustavo estudiaban segundo curso de Derecho y yo era un mero profesor ayudante. Amiga siempre leal y sincera que le decía al pan pan y al vino vino, y que nunca enmascaró su verdad por más que pudiera resultarle molesta al amigo, incluso corriendo el riesgo de parecer desagradable.

Me he beneficiado de su afán protector durante mis años en la Facultad de Derecho de la Complutense, algo especialmente valioso para un tímido como yo al arribar a lo que teóricamente representaba la élite de la intelectualidad y de la ciencia jurídica. Ana fue mi tutora primero y mi protectora después. Ella me ayudó a desvelar que no todo eran gigantes épicos, sino prosaicos molinos de viento. Gracias, una vez más, Ana.

OBRA CIENTÍFICA DE LA PROFESORA ANA FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ

Salvador Pérez Álvarez y
José Daniel Pelayo Olmedo

1. Libros

1. *Nuevas claves jurídicas de la asistencia religiosa en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. En colaboración con Salvador Pérez Álvarez
2. *Identidad social, pluralismo religioso y laicidad del Estado,* Fundación Alternativas, Madrid, 2013. En colaboración con Gustavo Suárez Pertierra
3. *Elementos para el estudio del Derecho eclesiástico del Estado,* Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, Madrid, 2010. En colaboración con Fernando Amérigo
4. *El proceso de secularización del matrimonio: una reinterpretación histórica según los presupuestos del constitucionalismo español,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
5. *El derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías,* Colex, Madrid, 2002.
6. *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación: (los pactos con las confesiones, leyes 24, 25 y 26 de 1992),* CIVITAS, Madrid,1995.
7. *El abandono malicioso: estudio jurisprudencial,* MONTECORVO, Madrid, 1985.

2. Coordinación de obras colectivas

1. *Integrados. Claves jurídicas: derecho a la educación, diversidad religiosa y cohesión social,* Ministerio de Justicia, Madrid, 2019.
2. *Libertad de conciencia, laicidad y derecho: «liber discipulorum» en homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández,* CIVITAS, Madrid, 2014.

En colaboración con Daniel Pelayo Olmedo, Salvador Pérez Álvarez, Almudena Rodríguez Moya y Gustavo Suárez Pertierra.

3. *La protección de la salud en tiempos de crisis: nuevos retos del Bioderecho en una sociedad plural,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. En colaboración con Salvador Pérez Álvarez.

4. *Código sobre pluralismo religioso,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

5. *El derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías,* COLEX, Madrid, 2002.

2. Artículos en revistas científicas

1. «La nueva regulación del notorio arraigo en el marco de la cooperación constitucional». *Derecho y religión,* 15, 2020.

2. «Régimen jurídico de la asistencia religiosa en los centros de internamiento de extranjeros en el derecho español». *Derecho y religión,* 14, 2019. En colaboración con Salvador Pérez Álvarez.

3. «Evolución del derecho de libertad religiosa en los Estados de la Unión Europea que formaron parte de la Unión Soviética». *Derecho y religión,* 8, 2013.

4. «Marco comparado de la libertad religiosa en Europa». *Bandue: Revista de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones,* 6, 2012.

5. «Marco comparado de la libertad religiosa en Europa». *RDUNED. Revista de Derecho de la UNED,* 11, 2012.

6. «Notorio arraigo de la Federación de Comunidades Budistas de España (Consideraciones jurídicas sobre la evolución del concepto de notorio arraigo)». *BANDUE: revista de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones,* 3, 2009.

7. «Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional,* 85, 2009.

8. «Sentido de la cooperación del Estado laico en una sociedad multireligiosa». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 19, 2009.

9. «Incidencia del derecho de libertad de conciencia en la tutela penal del patrimonio cultural de interés religioso». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 14, 2007.

10. «Valoración jurídica del sistema de cooperación con las confesiones minoritarias en España». *OLIR,* vol. 62, 2006.

11. «Acuerdo con las confesiones y notorio arraigo: ¿Acuerdo de cooperación o norma legislativa?». *Estudios Jurídicos,* 2006, 2006.

12. «La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual». *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales,* 3, pp. 93-112, 2006.

13. «La influencia de la religión en la configuración del Derecho de la Unión Europea». *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones,* 11. Anejos, 2004.

14. «Evolución del desarrollo de la cooperación confesional en el sistema español: balance y propuestas de futuro». *Laicidad y libertades. Escritos Jurídicos,* 3, 2003.

15. «El contenido del derecho de libertad de conciencia en la futura Constitución Europea». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 2, 2003.

16. «Una perspectiva eclesiástica de la protección penal de la libertad de conciencia». Laicidad y libertades. *Escritos Jurídicos,* 1, 2001.

17. «Consideraciones sobre una interpretación amplia del concepto de notorio arraigo». Laicidad y libertades. *Escritos Jurídicos,* 0, 2000.

18. «Posibilidades de un sistema supranacional de derecho eclesiástico en el marco de la Unión Europea». *Revista de Estudios Europeos,* 25, 2000.

19. «Libertad de conciencia, intolerancia y cesaropapismo en el imperio romano (s. I-V)». *Boletín de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones,* vol. 14, 2000.

20. «El contenido de la tutela de la libertad de conciencia en el Código Penal de 1995». *Revista del Poder Judicial,* 52, 1998.

21. «Las comisiones de investigación en Francia». *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,* 8, 1994.

22. «La eficacia civil de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, y su adecuación a los principios constitucionales (a propósito de la STC 328/1993, de 8 de noviembre)». *Derecho privado y Constitución,* 3, 1994.

23. «Acuerdos del Estado Español con la FEREDE, FCI y la FCI». *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* 8, 1991.

24. «La tutela penal de la libertad religiosa». *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* 2, 1986.

25. «La normativa del Estado sobre festividades religiosas». *La Ley,* vol. 2, 1985.

26. «La colaboración económica del Estado con las confesiones religiosas». *Revista de Administración Pública,* 108, 1985.

27. «Principio de Igualdad y técnica de cooperación». *La Ley,* vol. 1, 1983.

3. Colaboraciones en obras colectivas

1. «Libertad religiosa y COVID-19: algunas reflexiones sobre la asistencia religiosa en centros hospitalarios». En *El impacto del COVID-19 en la libertad de conciencia y religiosa,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

2. «La posición del Estado laico ante la secularizacion de la sociedad española». En *El Derecho eclesiástico del Estado: en homenaje al profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

3. «Integrar la diversidad religiosa en la educación: Preservar las convicciones personales y formar en derechos humanos y valores democráticos: Propuestas de la comunidad internacional para un entorno educativo integral». En I*ntegrados. Claves jurídicas: derecho a la educación, diversidad religiosa y cohesión social,* Ministerio de Justicia, Madrid, 2019. En colaboración con José Daniel Pelayo Olmedo.

4. «Marco comparado de la libertad religiosa en Europa». En *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

5. «La conciencia como fundamento de la prestación de servicios sanitarios en una sociedad plural». En *La protección de la salud en tiempos de crisis: nuevos retos del Bioderecho en una sociedad plural,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

6. «El significado del artículo 16 en el contexto constitucional». En *Libertad de conciencia, laicidad y derecho: «liber discipulorum» en homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández,* CIVITAS, Madrid, 2014.

7. «La libre formación de la conciencia del menor a través de internet». En *Menores e Internet,* ARANZADI, Pamplona, 2013. En colaboración con Salvador Pérez Álvarez.

8. «Voz: Implantación (aspecto jurídico)». En Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, 2011.

9. «Sentido de la cooperación del Estado laico en una sociedad multirreligiosa». En *La libertad religiosa y su regulación legal: la Ley Orgánica de la Libertad Religiosa,* IUSTEL, Madrid, 2009.

10. «La Ley Orgánica de Libertad Religiosa en la nueva realidad social española: Funciones de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa». En *Comisión Asesora de Libertad religiosa. Realidad y futuro,* Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

11. «Acuerdo con las confesiones y notorio arraigo. ¿Acuerdo de cooperación o norma legislativa?» En *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España,* Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.

12. «Derecho a la educación, educación en valores y enseñanza religiosa en los sistemas de Iglesia de Estado de la Unión Europea». En *Interculturalidad y educación en Europa,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

13. «Derecho a la educación». En *Comentarios a la Constitución Europea,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

14. «Posibilidades de un sistema supranacional de derecho eclesiástico en el marco de la Unión Europea». En *La armonización legislativa de la Unión Europea (II),* Dykinson, Madrid, 1999.

15. «Los acuerdos con confesiones minoritarias desde una perspectiva histórica. "Iter" de las negociaciones». En *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado,* Marcial Pons, Madrid, 1996.

16. «VOCES: Derecho Confesional; Derecho Eclesiástico; Empresas confesionales; Enseñanza Religiosa; Festividades Religiosas; Financiación de las confesiones, Información Religiosa; Laicidad; Libertad de Conciencia; Libertad de Enseñanza; Patrimonio Histórico Sectas; Sistema de Relación Estado-Confesiones religiosas; Sistema Matrimonial Español; Tutela Penal de la Libertad de Conciencia». En *Enciclopedia Jurídica Básica,* 1994.

4. Dictámanes

1. Dictamen encargado por la Ilma. Directora General de Asuntos Religiosos del Ministerio de Justicia sobre «Notorio arraigo de la Federación de Entidades Budistas de España», 2006.

2. Dictamen encargado por el Ilmo. Director General de Asuntos Religiosos del Ministerio de Justicia sobre «Solicitud de inscripción en el Registro de Entidades Religiosas de la Iglesia de la Unificación», 1992.

3. Dictamen encargado por el Ilmo. Director General de Asuntos Religiosos del Ministerio de Justicia sobre «Notorio arraigo de los Testigos de Jehová», 1990.

4. Dictamen encargado por el Ilmo. Director General de Asuntos Religiosos del Ministerio de Justicia sobre «Notorio arraigo de la religión islámica», 1989.

5. Prólogos

1. Prólogo: Pérez Álvarez, S. *Libertad de conciencia y diversidad en la sanidad pública española contemporáneas,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

2. Prólogo: Pelayo Olmedo, D. *Una nueva regulación del Registro de Entidades Religiosas. Entre el control y la gestión de la libertad en el tratamiento de la diversidad religiosa,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

3. Prólogo: Pérez Álvarez, S. *La libertad ideológica antes los orígenes de la vida y la clonación en el marco de la UE,* COMARES, Granada, 2009.

4. Prólogo: Souto Paz, J. A. *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Estudios en honor del Profesor Víctor Reina,* 2008.

5. Prólogo: Pelayo Olmedo, D. *Las comunidades ideológicas y religiosas, la personalidad jurídica y la actividad registral, ministerio de Justicia,* Madrid, 2007.

6. Prólogo: Pérez Álvarez, S. *Las Sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos en el derecho español: la cuestión del ajuste al orden público constitucional,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

TÁBULA GRATULATORIA

Alberto de la Hera

Catedrático de Historia de América. Universidad Complutense de Madrid.

Ana Gemma López Martín

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad Complutense de Madrid.

Carmen Otero García-Castrillón

Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad Complutense de Madrid.

Concepción Presas Barrosa

Catedrática de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Santiago.

Daniel Tirapu Martínez

Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Jaén.

Esther Souto Galván

Catedrática de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Horacio Oliva García

Catedrático jubilado de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid.

Irene María Briones Martínez

Catedrática de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Complutense de Madrid.

Isidoro Martín Sánchez

Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Autónoma de Madrid.

Javier Escrivá Ivars

Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Valencia.

Jose I. Rubio San Román

Profesor Emérito de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid.

José M.ª Vázquez García-Peñuela

Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Internacional de La Rioja (UNIR).

Juan Antonio Álvarez-Pedrosa Núñez

Catedrático de Lingüística Indoeuropea, Universidad Complutense de Madrid.

Juan Fornés

Catedrático de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Navarra.

Juana María Torres Prieto

Catedrática de Historia Antigua. Universidad de Cantabria.

Julia M. Mendoza Tuñón

Catedrática Jubilada de Lingüística Indoeuropea y Profesora Honorífica. Universidad Complutense de Madrid.

Lourdes Ruano Espina

Catedrática de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Salamanca.

Manuel Alenda Salinas

Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Alicante.

Mar Marcos

Catedrática de Historia Antigua. Universidad de Cantabria.

María Blanco Fernández

Catedrática de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Navarra.

María Moreno Antón

Catedrática de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Autónoma de Madrid.

María Teresa Areces Piñol

Catedrática de Derecho eclesiástico del Estado. Universitat de Lleida.

Miguel Rodríguez Blanco

Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Alcalá.

Rafael Navarro-Valls

Vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Profesor de Honor de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Complutense de Madrid.

Rafael Palomino Lozano

Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Complutense de Madrid.

Ramón Teja Casuso

Catedrático Emérito de Historia Antigua. Universidad de Cantabria.

Raúl Carnosa Usera

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

Ricardo Alonso García

Decano de la Facultad de Derecho. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid.

Ricardo García García

Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Autónoma de Madrid.

Rosa María Moreno Flórez

Catedrática de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid.

Santiago Cañamares Arribas

Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Complutense de Madrid.

Santiago Montero Herrero

Catedrático de Historia Antigua. Universidad Complutense de Madrid.

Ángel López-Sidro López

Profesor Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Jaén.

Beatriz Souto Galván

Profesora Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Alicante.

Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda

Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

Enrique Santos Marinas

Profesor Titular de Filología Alemana y Filología Eslava. Universidad Complutense de Madrid.

Fernando Sequeira de Fuentes

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid.

Isabel Aldanondo Salaverría

Profesora Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Autónoma de Madrid.

Jaime Bonet Navarro

Profesor Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Valencia.

Jesús Bogarín Díaz

Profesor Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Huelva.

José Luis Colino Mediavilla

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid.

M.ª Amelia Ariza Robles

Profesora Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

M.ª Leticia Rojo Alvarez-Manzaneda

Profesora Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Granada.

M.ª Rosa García Vilardell

Profesora Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad CEU Cardenal Herrera.

Marcos González Sánchez

Profesor Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Autónoma de Madrid.

María del Mar Martín García

Profesora Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Almería.

María Jesús Gutiérrez del Moral

Profesora Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universitat de Girona.

Miguel Ángel Cañivano Salvador

Profesor Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Barcelona.

Miguel Ángel Jusdado Ruiz-Capillas

Profesor Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Complutense de Madrid.

Paloma Lorenzo Vázquez

Profesora Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Complutense de Madrid.

Pilar Peiteado

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid.

Rosario Cristóbal Roncero

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

Silvia Meseguer Velasco

Profesora Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Complutense de Madrid.

Victoria Camarero Suárez

Profesora Titular de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Jaume I.

Carmen Peña García

Profesora Propia Ordinaria. Universidad Pontificia Comillas.

Catalina Pons-Estel Tugores

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. Universidad de las Islas Baleares.

Joan Capseta Castella

Profesor Asociado de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Pompeu Fabra.

José Antonio Perea Unceta

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad Complutense de Madrid.

José Jesús Pérez Álvarez

Profesor Asociado de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

José Landete Casas

Profesor Contratado Doctor de Derecho eclesiástico del Estado. Universitat de València.

José Luis Chapado Martín

Profesor Asociado de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Alcalá.

María Cristina Guzmán Pérez

Profesora Propia Adjunta (Jubilada) de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Pontificia Comillas.

Marina Morla González

Profesora Ayudante de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de León.

Matilde Pineda Marcos

Profesora Asociada de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de Alicante.

Miguel Campo Ibáñez

Profesor Propio Adjunto de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad Pontificia Comillas.

Núria Reguart Segarra

Profesora Ayudante Doctora de Derecho eclesiástico del Estado. Universitat Jaume I.

Raquel Martín Hernández

Profesora Contratada Doctora de Filología Clásica. Universidad Complutense de Madrid.

Selene de la Fuente García

Profesora Asociada de Derecho eclesiástico del Estado. Universidad de León.

Instituto Universitario de Ciencias de las Religiones (IUCCRR).
Sociedad Española de Ciencias de las Religiones (SECR).

I

MODELO DE RELACIÓN ESTADO Y CONFESIONES RELIGIOSAS: PRINCIPIOS Y TÉCNICAS

01 LOS ACUERDOS ESTADO-CONFESIONES RELIGIOSAS: HACIA UN NUEVO MODELO DE RELACIÓN

Dionisio Llamazares Fernández
Catedrático emérito de Derecho eclesiástico del Estado.
Universidad Complutense de Madrid

Introducción
1. Estados y asociaciones de conciencia.
2. Los acuerdos con la Santa Sede de 1979.
3. Los acuerdos con las confesiones minoritarias de 1992.
4. Ley de libertad de conciencia, pensamiento y religión.

Introducción

Es un título que copio casi literalmente del que dio a su libro sobre el proceso de elaboración de los acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias (protestantes, judíos y musulmanes) la profesora Fernández Coronado que intuyó desde el primer momento que estábamos, *no ante unos acuerdos nuevos simplemente, sino ante un nuevo modelo de relación del Estado con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas* (1995), un modelo más acorde con el marco de la laicidad, que Suárez Pertierra ha calificado como «gran innovación constitucional» (2002, p. 326).

Para enfocar certeramente el tema es preciso partir de tres premisas:

1.ª Que esa relación del estado con las confesiones no es directa, sino indirecta. Directa es la relación del **Estado** con los ciudadanos miembros de esa confesión o iglesia; lo que le relaciona con las confesiones es que esos ciudadanos suyos sean a la vez miembros de esa confesión. La relación originaria y primordial es la que le vincula con el ciudadano individual y la defensa y garantía de sus derechos, en este caso de su *derecho a la libertad de conciencia como derecho civil,* no la que le vincula con la confesión (personal, no institucional). Solo indirectamente o como consecuencia de esa relación originaria surge la relación derivada con las confesiones en la que ciudadanos suyos se integran como fieles. Bien entendido que al igual que lo que le relaciona con las personas individuales es la obligación de

proteger y promocionar su derecho civil de libertad de conciencia, lo que le vincula con las asociaciones religiosas es proteger a esas asociaciones conformadas al amparo del derecho civil de asociación, como contenido del derecho de libertad de conciencia individual y en la medida en que esa libertad de conciencia individual lo reclame para ser real y efectiva. Y es que para el Estado se trata, no de asociaciones religiosas, sino de *asociaciones civiles* en cuanto insertas en el Estado, puesto que la libertad de conciencia como derecho civil es asunto de su exclusiva competencia.

2.ª Las iglesias, confesiones y comunidades religiosas están dentro del Estado en cuanto integradas por fieles que son ciudadanos del Estado, son, con independencia de su autoconcepción teológica, asociaciones de conciencia, de creencia y convicción, *asociaciones civiles de interés particular* y que, como tales, están sometidas al ordenamiento jurídico de ese Estado.

No es esta una tesis rompedora ni menos heterodoxa. La mantenía ya San_Optato de Milevi en la segunda mitad del siglo IV: *«non respublica enim in Ecclesia, sed Ecclesia in respublica, id est imperio romano»* (Migne, 1844-1855). A finales de ese mismo siglo el Papa Gelasio formulaba esa relación de otra manera: *«Duo quippe sunt, imperator auguste quibus principaliter mundus hic regitur: auctoritas sacrata pontificum et regalis potestas»* (Lo Grasso, 1952, pp. 50-51). Ahora referida solo a la relación entre los respectivos poderes y partiendo de la hipótesis de que en este *mundo* solo existen la Iglesia y la comunidad política. Siglos más tarde el texto gelasiano cobrará nueva vida, pero con una hábil e importante variación; se ha cambiado la palabra *mundus* por *Ecclesia* que implica volver de revés la fórmula de Optato de Milevi. El cambio del que se hace eco Jonás de Orleans, ya aparece en el concilio de París del 829. La curia de Carlomagno se aplicará a difundir una interpretación de la palabra *iglesia* como *cristiandad,* es decir como comunidad política. Esta divergente interpretación dará lugar a dos tradiciones enfrentadas: la carolingia y la carolingia invertida en acertada terminología de Ladner (1954) y los avatares de ese enfrentamiento llenaran todos los siglos siguientes: La Iglesia está dentro del imperio o el imperio dentro de la Iglesia.

Esta dialéctica se va a ver alterada por el pluralismo religioso primero y por la ilustración después, abriendo la puerta al reconocimiento civil de la libertad religiosa, tanto individual como colectiva, como un auténtico derecho, que luego se extendería también a las creencias y convicciones no religiosas (docrinas comprensivas, filosóficas o identitarias), sentándose así las bases (tolerancia) de las modernas democracias.

Se trata de una concepción que se encuadra perfectamente en la comprensión teológica, a la que responde el Código de Derecho ca-

nónico de 1983. En efecto, el canon 368 recogiendo la doctrina del Concilio Vaticano II, en la *Constitución Dogmática sobre la Iglesia* (1965) establece a propósito de las iglesias particulares que son «*en* las cuales y *desde* las cuales existe la iglesia católica una y única»; de manera que en cada iglesia particular se realiza la Iglesia universal: entre iglesia particular e Iglesia universal se da una relación de igualdad, pero no biunívoca. La iglesia particular tiene en si todos los elementos esenciales integrantes de la verdadera iglesia y en ese sentido se puede decir que es igual a la Iglesia universal, pero no vale a la inversa, la Iglesia Universal integra además a todas las Iglesias particulares «desde las cuales» existe la Iglesia universal. Por tanto, una Iglesia particular o un conjunto de iglesia particulares, dentro del territorio de un determinado Estado implican que la Iglesia, la verdadera iglesia, está dentro del Estado sin que sea un obstáculo su universalidad.

4.ª Que un Estado democrático reconoce y respeta la autonomía de las confesiones para decidir sobre sus asuntos internos con la única limitación del orden público, ya que la libertad de asociación es una libertad que forma parte de contenido del derecho de libertad de conciencia como derecho civil. De manera que el Estado no solo garantiza la libertad de conciencia personal de todos sus ciudadanos, cualquiera que sea la confesión de la que sean miembros, sino también la de su iglesia o confesión en la medida en que lo reclame la libertad de conciencia de sus fieles: así que la razón última de esa autonomía es la libertad de conciencia de sus fieles; los asuntos a los que esa autonomía se refiere son vivencias de conciencia (creencias y convicciones); el ámbito de libertad será para todas el mismo; en lo demás estarán sometidas al derecho común. Igualdad en la libertad, por tanto.

A la vista de la realidad española es preciso preguntarse por la conveniencia o no de resolver el problema de la regulación de esa relación bilateralmente o si sería preferible la regulación unilateral por parte del Estado. Eso nos obligará a estudiar las ventajas e inconvenientes de la solución bilateral por la que ha optado el Estado español, que dicho sea de partida, no cubre todo el espectro posible. Entre otras razones porque siempre puede haber confesiones que no deseen tener tal tipo de relación con el Estado, porque lo consideren inconveniente o incluso incompatible con su manera de entenderse a sí mismas. También porque el Estado considere que no reúnen las condiciones adecuadas, desde el punto de vista del orden público: los derechos fundamentales de los ciudadanos, la salud, la seguridad o la moral públicas.

Claro que esa solución bilateral tiene vigentes en España dos formulaciones muy distintas: Acuerdos con la Santa Sede del 79 y Acuer-

dos del 92 con las confesiones minoritarias (protestantes, judíos y musulmanes). ¿qué decir de uno y otros? Y todavía antes, ¿qué decir de los acuerdos del Estado con asociaciones de conciencia?

1. Estado y asociaciones de conciencia en general

La respuesta ha de tener en cuenta un hecho incuestionable: nos estamos refiriendo al derecho de libertad de conciencia de los ciudadanos, es decir al derecho de libertad de conciencia como derecho civil. Lo que tiene importantes consecuencias.

Por lo pronto se trata de algo de competencia exclusiva del Estado y no es fácil imaginarse como la regulación y tratamiento legal de ese derecho pueda ser susceptible de una negociación o pacto en términos de *do ut des.*

La racionalidad del pacto se antoja imposible si tenemos en cuenta que las comunidades de conciencia (confesiones, Iglesias, etc.) suelen tener como una de sus características el *dogmatismo* sobre la base de la fe. «Los intereses transigen, las conciencias no» decía Maurois (1968, p. 934). De manera que el diálogo y la cesión en cuestiones de conciencia no son lo suyo.

De otra parte, el Estado se encuentra en una situación similar en materia de derechos humanos, tampoco puede transigir, si lo hiciera estaría traicionando lo que es su deber fundamental. O se está de acuerdo en cuyo supuesto el pacto es innecesario o se está en desacuerdo. En este segundo caso el diálogo y el acuerdo son imposibles, si ambas partes son fieles a lo que dicen ser.

Esa es la razón por la que, si se quiere que las discusiones políticas lleguen a buen puerto sin que se vean atascadas o enturbiadas por dificultades añadidas e insuperables tenemos que, tácita o expresamente, expulsar de la discusión política las cuestiones de conciencia. La neutralidad religiosa e ideológica de la comunidad política democrática es la base de su propia existencia y viabilidad.

Esto de un lado. De otro, obligación primordial del Estado por disposición constitucional es «promover las condiciones para que la igualdad y 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». De ahí la cooperación. Con más acierto la doctrina alemana de la postguerra se inclinó por considerar las relaciones como de *coordinación,* tesis que ha perdido la fuerza hegemónica que en algún momento llegó a tener. Esa teoría tenía la ventaja sobre la de la interpretar las relaciones entre confesión y Estado como de *cooperación* que no corría el riesgo de confusión entre sujetos, actividades y fines religiosos y estatales, riesgo que si corre la teoría de la cooperación.

Por lo demás, acostumbramos a hablar de cooperación del Estado con las confesiones, cuando sería más propio hablar de cooperación de las Iglesias o confesiones con el Estado, porque recuerdo que nos estamos refiriendo a un

derecho civil, derecho primordial de todos los derechos fundamentales[1], no a la libertad de conciencia como derecho canónico[2]. Con este cambio de perspectiva, las cosas se ven muy diferentes.

Dando por supuestas las vías de participación democrática de los ciudadanos en la política, también en la elaboración de las leyes, lo que es imperativo para el Estado es escuchar a los ciudadanos, también colectivamente (a sus confesiones), para conformar las decisiones que les afecten.

La libertad de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas está plenamente garantizada en una sociedad democrática y laica. Volveré sobre esto más adelante.

Todo otro tipo de colaboración del Estado con las comunidades de conciencia traspasaría la línea roja de la neutralidad, base del pacto mismo constitucional[3].

2. Los Acuerdos con la Santa Sede de 1979

He afirmado en varias ocasiones que una de las causas que han lastrado más la realización en la legislación el principio constitucional de laicidad en el desarrollo de la Constitución ha sido la existencia de unos acuerdos con la

---

[1] La primera de las libertades es la libertad de la conciencia individual, de cada persona, porque la conciencia es el sujeto de toda la corriente de vivencias conscientes cualquiera que sea su contenido: creencias convicciones, ideas u opiniones, emociones y sentimientos, sobre sí mismos sobre los otros o lo otro y consecuentemente de su *querer,* de sus decisiones y de sus actos. De todos los derechos de la persona es titular su conciencia. La libertad de la conciencia, la libertad de su conciencia el primero de sus derechos de libertad; es incluso primero que la vida, no que la vida como hecho biológico, pero sí como un derecho de la persona.

[2] La libertad de conciencia civil no es un calco de la libertad de conciencia canónica por algo tan elemental como que una de las características peculiares del derecho canónico que le diferencia esencialmente del derecho civil: la confesionalidad o, lo que es lo mismo, solo obliga sobre la base de la fe, no obliga a quienes no tienen fe. De manera que obliga en ambos fueros interno y externo. Las normas de derecho secular solo obligan en el fuero externo. El ordenamiento secular solo obliga a reconocer y respetar el derecho de libertad de conciencia en el fuero externo, es decir en sus manifestaciones.

[3] En efecto, el pacto constitucional incluye en realidad dos pactos, el pacto por la convivencia y el pacto por la justicia en palabras de Rawls (1971). El primero es *conditio sine qua non* del segundo y la segunda realización del primero. Ahora bien, el punto de partida y la base del primero es el reconocimiento de la libertad de conciencia a todos los ciudadanos como un derecho real y eficaz que exige el *reconocimiento* y el pleno *respeto* por parte de todos los demás, es decir, la *tolerancia. Garantía de ese respeto (tolerancia) es el Estado que para ello y por ello, debe ser neutral: todos los poderes e instituciones del Estado han de ser neutrales.* El triángulo formado por *libertad de conciencia*, *tolerancia* y *neutralidad* es la base del pacto por la convivencia. El primer compromiso de ese pacto es expulsar de la discusión pública las discusiones sobre temas de conciencia en relación con los que lo previsible es que no se pueda llegar a un acuerdo, «Los intereses transigen, las conciencias no» (Maurois, 1968, p. 934). Esas es la diferencia entre los dos pactos integrados en la constitución, El pacto por la convivencia se refiere a las conciencias (tolerancia de unos por otros), al pacto por la justicia a intereses sobre los que siempre cabe la discusión, el diálogo, la transacción y el acuerdo. Esta posibilidad se vería entorpecida incluso atascada sin la neutralidad del Estado.

Iglesia católica, de carácter internacional y, por tanto, regulados por este derecho. Me refiero claro está, a la vigencia de los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede. Sin entrar por ahora en la alusión a sus contenidos hay ya un primer problema y es la *desigualdad* con las demás confesiones; no es una desigualdad cualquiera y además es una *desigualdad no debidamente justificada,* sobre todo por lo que voy a decir a continuación. Su carácter internacional es fuente de incompatibilidad con la soberanía del Estado. ¿Puede negociarse un derecho fundamental como la libertad de conciencia? A la hora de legislar sobre la libertad de conciencia de los ciudadanos el Estado no puede enajenar sus competencias ni siquiera parcialmente, compartiéndolas, salvo mediante ley orgánica (art. 93 C E) que evidentemente no se dio en este caso.

La incompatibilidad de este sistema con el principio de igualdad es evidente. Los acuerdos con las demás confesiones, por más malabarismos que se hagan, no pasan de ser ni pueden ser otra cosa que acuerdos de derecho público interno, dado que se trata de acuerdos con asociaciones civiles para mejor proteger el derecho civil de libertad de conciencia de sus propios ciudadanos.

Pues bien, unos y otros acuerdos tienen distinto grado de seguridad y garantía. Los Acuerdos con la Santa Sede solo pueden derogarse por el procedimiento previsto por mutuo acuerdo o con arreglo a las normas del Derecho Internacional para la finalización de vigencia de los tratados internacionales (art. 96 CE). No así los Acuerdos con las demás confesiones que, caso de existir, pueden derogarse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes con solo notificárselo a la otra parte con seis meses de antelación (Acuerdos del 92), tal como se establece en su Disposición adicional segunda. Son además susceptibles de modificación unilateral por parte del Estado con una sola condición que lo comunique a la confesión afectada para que exprese su parecer. Tienen, pues. la ventaja de que no ponen en riesgo la soberanía del Estado en el ejercicio de unas competencias que le corresponden a él en exclusiva.

En efecto, los llamados acuerdos del 92 responden a principios esencialmente diferentes. Por lo pronto, no tienen como presupuesto que las confesiones sean en *el acuerdo* iguales al Estado. No es el Estado el que está dentro de la iglesia o confesión, sino la iglesia o confesión dentro del Estado, ni se trata de una *relación de coordinación*[4] entre dos entidades soberanas y, de otra parte, la materia objeto de discusión, que no de negociación, es el desa-

[4] Concepción de la relación Estado-Iglesia que adquirió un gran protagonismo en la doctrina alemana especialmente a partir de 1945 seguramente como consecuencia de estos dos factores: 1) el fuerte incremento del prestigio de las iglesias por su actitud de resistencia frente al nazismo y 2) la evidente debilidad del Estado, derrotado en la guerra y que renace gracias a la benevolencia y ayuda de los vencedores; pero ante la perspectiva de que la privilegiada situación de las iglesias y confesiones fuera reclamada por otros grupos sociales, con la consiguiente amenaza de vuelta a la soberanía nacional fragmentada, recibe un golpe del que no se va a recuperar.

rrollo del *derecho de libertad de conciencia de los ciudadanos españoles como derecho civil* que es competencia exclusiva del Estado y de su parlamento, a la que no puede renunciar, si no es con arreglo a la Constitución (art. 93 CE).

La desigualdad de las confesiones e iglesias minoritarias con la Iglesia católica es palmaria.

Se trata de una desigualdad en la libertad de conciencia objetiva e *infundada,* puesto que en el caso de los acuerdos del 92 goza de la garantía que le proporciona el sistema de posibles recursos, tanto nacionales como internacionales.

Solo es un síntoma, pero que apunta una diferencia esencial desde el punto de vista de sus contenidos. Los Acuerdos con la Santa Sede no citan ni una solo vez a la Constitución, ni en el preámbulo ni en los anexos. Lo que fundamenta la sospecha vehemente de que son materialmente, por sus contenidos, anteriores a la Constitución y solo formalmente por días posteriores a ella.

Los del 92, en cambio, citan en los anexos a la Constitución misma, así como en la Exposición de motivos a la LOLR, desarrollo de la Constitución.

La iglesia, confesión o comunidad religiosa es una comunidad espiritual y en cuanto tal es autónoma e independiente por respeto al derecho de la libertad de conciencia de los ciudadanos simultáneamente miembros de ella, pero con manifestaciones visibles evidentes que, en cuanto puedan afectar, positiva o negativamente, al orden público de la comunidad política, están dentro del Estado y son controlables, en cuanto asociaciones civiles, por él.

En cuanto al acuerdo con la Santa Sede, además, hay mucho que decir a este propósito. Por lo pronto de su elaboración y de su posterior ratificación por las Cortes.

Hay que constatar en primer lugar que se negociaron simultáneamente a las sesiones parlamentarias en que se discutía y se aprobaba el texto constitucional; de manera que lo negociadores del acuerdo no podían saber cuáles eran los términos definitivos en los que se concretaría el texto constitucional[5]. Lo que explica las ambigüedades e incluso contradicciones internas que pueden observarse en los acuerdos. Y es que lo negociadores, sin don de profecía, tenían que optar por fórmulas generales o ambiguas en las que cupieran varias soluciones para eludir la contradicción con el texto constitucional. De otro modo dicho, que no pudieron tener en cuenta la Constitución, de donde se deduce una conclusión evidente: tienen que interpretarse de acuerdo con la Constitución. En resumen, que, desde el punto de vista de sus contenidos es evidente que son anteriores a la Constitución, y solo temporalmente son posteriores a ella; solo formalmente, son posteriores a la Constitución. Esto

[5] La Constitución se promulgó el 27 de diciembre de 1978 y los Acuerdos se firmaron pocos días más tarde, el 3 de enero 1979. Serán aprobados y autorizados por las Cortes el 13 de septiembre de 1979 y entran en vigor con el intercambio de los instrumentos de ratificación el 4 de diciembre de ese mismo año.

tendrá consecuencias nefastas desde el punto de vista de su interpretación, por contradicción entre la pretendida voluntad real de una de las partes y la laicidad constitucional. Lo que convertirá en imposible una interpretación consensuada.

Efectivamente, se va a platear explícitamente el problema de si hay que interpretarlos de acuerdo con la Constitución o si hay que interpretar la Constitución de conformidad con el acuerdo, caso de contradicción.

Dejaré a un lado, por disparada la tesis de que el acuerdo con la Santa Sede es uno de los acuerdos a los que se refiere la propia Constitución en su art. 2 al decir que «Las normas relativas a los derechos fundamentales, y las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por Estaña». Me parece tan evidente e indiscutible lo contrario que no creo que merezca detenerme en su consideración ni siquiera un instante. Por una doble razón: 1.ª) Los acuerdos de los que habla el art. 10.2 CE son evidentemente acuerdos, no bilaterales sino multilaterales, y en segundo lugar, son acuerdos sobre derechos humanos: no que incidentalmente se refieran algún derecho fundamental, sino que la defensa y protección de los derechos fundamentales es su objetivo fundamental. Los acuerdos con la Santa Sede son bilaterales, de un lado y de otro, su objetivo fundamental es blindar los derechos de la Iglesia, de la institución en cuanto tal y, solo *per accidens,* encontramos en ellos alguna referencia a un derecho fundamental individual.

Retomaré el hilo de mi discurso. Volvamos al problema de la interpretación de los acuerdos y de la Constitución.

Hay un hecho innegable. El Acuerdo se incorpora al ordenamiento jurídico con posterioridad a la promulgación de la Constitución, aunque hay que señalar que el espacio de tiempo entre la promulgación de la Constitución y la firma de los acuerdos en el Vaticano fuera solo de seis días. Si hubiera sido anterior el Acuerdo, si fuera el acuerdo el primero en entrar en vigor, podía valer el principio de Derecho Internacional de que el acuerdo internacional no puede ser derogado por la legislación interna posterior, ni siquiera por la Constitución como norma suprema. No procedería su derogación previa su denuncia, porque no existe nada que el Tratado Viena tipifique como base suficiente para la denuncia. Pero no es ese el caso: ha entrado en vigor con posterioridad.

Si nos situamos en este supuesto de que sea temporalmente posterior, está previsto en el texto constitucional que. si hay la menor sospecha de inconstitucionalidad del acuerdo por chocar frontalmente con la Constitución, la consulta previa al Tribunal Constitucional es obligada, y solo si este no aprecia la existencia de tal contradicción procedería su ratificación y su incorporación al ordenamiento. (art.95). Insisto, esa consulta es obligada: *exigirá la previa revisión constitucional.*

Pero, de hecho, no se elevó tal consulta al Tribunal constitucional. La pregunta de por qué no se hizo solo tendría una respuesta razonable, que no

hubiera duda ni sospecha de que hubiera o pudiera haber tal contradicción o de que se dio por supuesta la ausencia de inconstitucionalidad. Las actas del proceso parlamentario son una prueba palmaria de que sí se alertó de la posibilidad de esa contradicción y todo parece indicar que se aprobaron sobre la base de la presunción de inexistencia de contradicción. De ser así, me parece que lo más razonable es pensar que solo cabe la interpretación de los acuerdos que sortee todo atisbo de contradicción con el texto constitucional. Ese ha de ser el principio interpretativo básico.

En concreto, el Grupo Parlamentario socialista presentó una proposición no de ley (Suárez-Pertierra, 2002), cuando todavía estaba en trámite el proceso de discusión y elaboración del texto del Acuerdo, en la que se proponía que se suspendieran las negociaciones «en tanto no queden definidos en la Constitución que actualmente se está elaborando los principios que deben regir las relaciones entre el Estado y las Iglesias». Obsérvese que se habla no de la Iglesia católica sino de todas las Iglesias, cuando se hace referencia a los principios que han de regir las relaciones con ellas, de un lado, y de otro, de que al menos quienes firman la proposición no de ley tienen la voluntad clara de que los Acuerdos se conformen a lo en ella dispuesto.

El Gobierno escudándose en el compromiso de liberarse cuanto antes del concordato vigente de 1953 y de la confesionalidad de la que adolecía, y en que las negociaciones eran especialmente de carácter técnico (argumento que no deja de ser curioso porque su lectura no corrobora tamaña afirmación), no encuentra razonable suspender las negociaciones y al propio tiempo se compromete a que las negociaciones «*esencialmente políticas deberán tener en cuenta los criterios y principios que las Cortes deseen hacer patentes al Gobierno*». Por cierto, no deja de tener su ironía los dos adjetivos empleados por el Gobierno para designar a las conversaciones «técnicas» y «políticas».

Cuando nuevamente se discute el tema en la Comisión de Asuntos Exteriores los proponentes abandonan la pretensión de suspensión de las negociaciones, pero insisten en que «las negociaciones en curso *no condicionen en ningún caso el contenido de la Constitución* y que cualquier acto que se acuerde entre las dos partes, regulando las relaciones entre la Iglesia y el Estado, *estará en función de lo que establezca la Constitución, y, en consecuencia, la voluntad del Estado no podrá obligarse antes de la entrada en vigor de la misma*». Se trataba de evitar el hecho consumado y la imposibilidad de su denuncia como forma de rescisión o modificación. Probablemente la formal posterioridad de los Acuerdos a la Constitución no sea casual, sino obligada por la voluntad expresada por las Cortes, aunque lo es más que la intención del Gobierno fuera otra. Pero caso de ser así, ese hecho no sana los vicios de inconstitucionales de los que el acuerdo acaso adoleciere.

En cualquier caso, ante todo este proceso alguien podría sospechar que todo esto no ha ocurrido por casualidad, que se ha actuado con una cierta voluntad de engañar, pero el hecho de ser aprobados con posterioridad a la

Constitución resuelve, de una vez por todas, que los acuerdos han de interpretarse de conformidad con la Constitución y no a la inversa.

Porque «El resultado final, la aprobación unánime por la Comisión de una fórmula aún más genérica, aunque perfectamente clara en sus términos», como dice Suárez Pertierra: fue «*que las negociaciones en curso no condicionen en ningún caso el contenido de la futura Constitución*».

Quedaba muy clara la voluntad del parlamento y su máxima preocupación de que las negociaciones no condicionaran el contenido de la Constitución, y de la conformidad de los Acuerdos con la Constitución.

La pregunta que sigue urgiendo respuesta es esta. ¿Por qué entonces no pidió el parlamento que el TC se pronunciara antes de ratificar los acuerdos como *exige* el art 95 CE?

De hecho, en la discusión parlamentaria previa a su votación, se dio por supuesta**,** así se afirmó por quienes defendieron su aprobación y que pedían su voto favorable al resto de la cámara, sobre la indubitable y plena constitucionalidad de los acuerdos. Dicho de otra manera, que se aprueban sobre la base de su plena conformidad con la Constitución afirmada y garantizada por la mayoría parlamentaria.

Con los datos que he relatado me parece que hay base sólida y suficiente para formular una presunción: El parlamento dio por sentado que *no había supuesto alguno de contradicción.*

Una razón más que avala la tesis que vengo defendiendo: los acuerdos han de interpretarse plenamente de acuerdo con la Constitución.

Se había producido un doble fenómeno de ambigüedad: los negociadores habían optado por fórmulas amplias y con ambigüedades directamente queridas y lo mismo habían hecho los elaboradores del texto constitucional, para intentar, unos y otros, facilitar la superación de las contradicciones posibles entre el Acuerdo y la Constitución. Pero ese objetivo no se cumplió completamente. No se contaba con que la Constitución tiene vida propia, por cuanto ha de responder a las demandas de la sociedad a la que sirve y dispone de un órgano de interpretación permanente, el TC, que no sin algún que otro zigzag ha ido realizando lentamente y no sin titubeos, pero eficazmente, su cometido (Llamazares, 2004).

Así que la ambigüedad en torno a la laicidad en la Constitución y a la interpretación del art. 16 ha ido desvaneciéndose gracias a las aportaciones del Tribunal Constitucional en su interpretación, con lo que las contradicciones de los acuerdos con la Constitución se hacen más patentes

El ejemplo más palmario de las contradicciones, no ya del acuerdo con la Constitución, sino del mismo TC consigo mismo, nos lo ofrece el Acuerdo sobre Educación y Asuntos Culturales que utilizo a modo de ejemplo. No hay interpretación posible que salve la violación del principio de laicidad como neutralidad.

Es verdad que se deja a salvo la colisión con el derecho de libertad de conciencia de los alumnos, al tipificar como no obligatoria la asignatura de

religión y considerarla completamente voluntaria. Por cierto, dicho sea de pasada, es el primer texto legal posterior a la Constitución en el que aparece por primera vez, (no la mencionaba ni siquiera el art. 16 de la Constitución), la expresión *libertad de conciencia* (art. II, par.2.).

Pero se configura la asignatura como parte del sistema educativo público lo que implica una evidente confusión de sujetos, de actividades y fines, religiosos y estatales, si se tiene en cuenta la jurisprudencia constitucional.

Para que el enredo sea aún mayor se produce una clamorosa contradicción interna en el propio Acuerdo. Entre los arts. II y III.

En efecto, en articulo II se dice que los planes de estudios «incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales», pero dicho esto, en el art III se ponen todas las competencias para nombrar el profesorado o para determinan el contenido de la signatura exclusivamente en manos de la Iglesia salvo el nombramiento meramente formal de los profesores o la aprobación meramente formal de los contenidos. Para asegurar que el Estado se haga cargo del coste económico de esa enseñanza. Resultado el Estado paga, pero la iglesia manda. Porque el tema de fondo es competencia exclusiva de la Iglesia: ella y solo ella puede garantizar lo ortodoxia plena de la doctrina. Ella y solo ella es competente para decidir sobre la idoneidad de la docencia y de los docentes, en atención a esa ortodoxia. Y el Estado sirve a esa ortodoxia. El Estado enseña confesionalmente religión participando activamente en esa enseñanza. ¿Puede concebirse una más flagrante violación de la neutralidad ideológico-religiosa por parte del Estado?

No pueden ser las dos cosas al mismo tiempo: o la enseñanza de la religión no es confesional, es una enseñanza no confesional ni proselitista, plural, objetiva y crítica, y en ese caso no satisface las pretensiones de la Iglesia, o no forma parte del sistema público de enseñanza. *Tertium non datur*.

Lo que dispone el acuerdo implica un *reconocimiento de efectos pleno,* incompatible con la laicidad, en el ordenamiento jurídico civil a los cánones 804 y 805 del CIC, reconociéndose incluso la competencia de los obispos para intervenir en la enseñanza (profesores y materia) de la religión en las escuelas públicas. O lo que es lo mismo, se acepta la doctrina católica sobre la educación y los poderes de los obispos en relación con ella. Los poderes públicos renuncian a lo que son competencias exclusivas suyas en favor de la Iglesia en materia de derechos fundamentales, de los profesores, por ejemplo, y no solo en la educación, despreciando lo dispuesto en el art. 93 CE. Se trata de una *remisión material* (Llamazares, 2011, p. 45) al ordenamiento canónico puesto que el acuerdo reproduce los referidos cánones, aunque sin citarlos.

Porque el objetivo y el fin es eclesial no estatal; de manera que se produce inevitablemente la confusión entre lo religioso y lo estatal y se viola por parte del Estado su neutralidad ideológico-religiosa. La confusión es clamorosa; hace falta ser muy ciego para no verlo.

Se riza el rizo de la contradicción cuando por decisión del Obispo de la diócesis correspondiente se despide injustamente a un profesor; y quien responde judicialmente no es la iglesia sino el Estado, por más irónico que parezca.

No debe sorprender que, ante la previsibilidad de este panorama, el grupo parlamentario socialista, negara a este Acuerdo el voto afirmativo. La Historia del proceso parlamentario que he descrito muestra bien a las claras que el parlamento no hubiera dado el visto bueno a los acuerdos de no ser sobre la base de que los Acuerdos se interpretarían de conformidad con la Constitución.

Así las cosas, para resolver los problemas de interpretación hay que partir de un hecho incuestionable: la incorporación del Acuerdo en el seno del ordenamiento tiene lugar con posterioridad a la promulgación del texto constitucional con todas las consecuencias: no es la Constitución la que hay que interpretar conforma al Acuerdo, sino el Acuerdo de conformidad con la Constitución. Porque la duda se referirá al Acuerdo, ya que la Constitución tiene un órgano supremo, el Tribunal Constitucional, al que corresponde la interpretación de la Constitución. El acuerdo consensuado deviene imposible. Porque la duda se da no en la interpretación de la Constitución sino en la del acuerdo que debe interpretarse de acuerdo con ella.

Porque repito, donde se produce el problema de difícil por no decir de imposible solución es en la interpretación de los Acuerdos. De hecho, ahí es donde el proceso se atasca. Porque la Iglesia, seguramente dejándose llevar por sus maneras y sus contenidos dogmáticos sobre la educación, que debe defender en todo caso, dogmáticamente, no admite más interpretación que la que le resulte favorable a sus pretensiones, olvidando que aquí hay que interpretar el Acuerdo de conformidad con la Constitución y no al revés. Y el órgano supremo interprete de la Constitución es el Tribunal Constitucional. Estamos en el ordenamiento secular, estatal, no en el canónico.

La jerarquía de fuentes así lo reclama. Quiere decirse que el parlamento puede desarrollar los principios correspondientes de la Constitución unilateralmente, si no queda otra salida para obviar el muro de la laicidad, tal como lo ha ido interpretando el propio TC. Porque una cosa son las dudas objetivas que puedan plantarse sobre el Acuerdo y otra muy diferente los supuestos en que estemos ante una interpretación del Acuerdo contraria a la Constitución. A las primeras se puede responder aplicando el recurso al mutuo acuerdo, como indica el mismo texto acordado. En ese último caso, conforme dicen los Acuerdos, hay que intentar buscar de mutuo acuerdo una interpretación consensuada, pero no una interpretación cualquiera, sino la que más se acomode a la Constitución; en ningún caso a costa de la contradicción con la Constitución; esa interpretación no puede chocar con la interpretación de la Constitución. Es esto especialmente relevante en el caso de la laicidad cuyo sentido trabajosa y lentamente ha desarrollado el TC. Porque este principio es clave a la hora de apreciar o no inconstitucionalidad en los Acuerdos y lo mismo

cabe decir con la interpretación de todo el art. 16 y en concreto con la concepción del derecho de libertad de conciencia.

Otra cosa bien diferente sería que se paralice el proceso de desarrollo legislativo, porque una de las partes no acepte ninguna de las interpretaciones posibles de la cláusula correspondiente del Acuerdo que sea compatible con la Constitución. Otra cosa sería tanto como reconocerle a la Iglesia un derecho de veto que supondría un auténtico atentado contra la *soberanía legislativa* del Estado.

Así las cosas, la única solución posible y viable, es la de que el Estado, en el ejercicio de su soberanía legislativa, legisle, democráticamente por supuesto, lo que considere más acorde con la Constitución, aunque la Iglesia no lo acepte. Que sea ella quien recurra a la justicia internacional.

Estamos refiriéndonos a la *legislación del derecho de libertad de conciencia como derecho civil que es de competencia exclusiva del Estado,* una competencia a la que no puede renunciar ni enajenar, salvo en el único caso y en la única forma prevista por la propia Constitución: «Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». Pero tal cosa no se ha hecho en relación con la Iglesia católica. Es, además, más que dudoso que entre esas organizaciones o instituciones internacionales se aluda también a la Iglesia católica.

El carácter internacional de la personalidad de la Iglesia católica ha conducido a un resultado sorprendente. La Iglesia realidad visible con efectos en la comunidad política está dentro del Estado en la medida en que son ciudadanos del Estado los españoles miembros de la Iglesia, y, consecuentemente, sometida a al ordenamiento estatal: con independencia de su autoconcepción teológica, irrelevante para el Estado y, para él, por tanto, no pasa de ser una asociación privada de convicción, pero de interés particular.

Ahora bien, debido al principio de laicidad al servicio de la libertad de conciencia de sus fieles en tanto que ciudadanos del Estado, este la reconoce plena autonomía para sus asuntos meramente internos: «Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de personal» (LOLR, art. 6.1). Es una norma que es común para todas ellas, también para la Iglesia católica.

Al amparo de dicha autonomía, el Estado nada tiene que decir sobre la vinculación de la Iglesia española con la Santa Sede (es un asunto interno objeto de convicción), pero de pronto se encuentra que con quien negocia no es con la Iglesia española, sino con quien, *de acuerdo con su fe,* es superior (can. 333) y la representa ante el Estado. Y ahora se produce la *mutación*. Porque la Santa Sede tiene reconocida personalidad jurídica internacional. Y el Derecho Internacional le reconoce, sin inmutarse, la internacionalidad a un acuerdo que realmente es un acuerdo meramente interno del Estado ante

quien representa a parte de sus ciudadanos. La Iglesia utiliza la internacionalidad como un burladero frente al Estado.

Y para redondear el disparate resulta que el acuerdo no tiene sentido, si es que la Iglesia es lo que dice ser. Porque lo único que puede pedirle y exigirle incluso al Estado, es la defensa, promoción y garantía del derecho civil de libertad de conciencia de sus miembros que son al mismo tiempo ciudadanos del Estado y la autonomía de las iglesias, confesiones, y comunidades religiosas en la gestión de sus asuntos internos, con la única limitación de la propia Constitución y del orden público (art. 16.1). Porque esa es la función y tarea fundamental del Estado social y democrático de Derecho y esa es competencia exclusiva suya.

Pues bien, como reza el art.9.2 de la CE, «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integran sean reales y eficaces», así como «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y participación de todos los ciudadanos, en la vida política, económica y social» del que no pasa de ser una concreción-explicitación el art. 16.3.

De manera que el derecho civil de libertad religiosa de cualquier confesión o iglesia, y de sus fieles, está debidamente protegido por la Constitución sin que sean necesarios los acuerdos. De manera que como dice Hesse (1964-1965), la Iglesia no necesita ninguna garantía pública, —y mucho menos una garantía supraestatal— de su libertad; a la iglesia le debe bastar la libertad real, la libertad de existir en «el mundo» y «para el mundo» en las coordenadas políticas de un estado democráticamente libre (Rouco, 1971, p. 132).

De otra parte, este modelo de relación bilateral comprometería seriamente la existencia misma del Estado, como descarnadamente dice Quaritsch: «supondría, no solo un cambio del Estado, sino el fin del Estado» (Mikat, 1974, p. 111)

El ejercicio de esas competencias está sometido tanto a controles internos (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) como externos (TEDHU) y nada le añaden a su eficacia los acuerdos con la iglesia católica. No añaden nada nuevo, salvo el privilegio y la desigualdad con respecto a las demás confesiones y, en definitiva, la inconstitucionalidad.

Los concordatos siempre respondieron, de un modo u otro, a la dialéctica del *do ut des*. Los dos poderes, eclesiástico y secular, se intercambiaban competencias que consideraban exclusivas. Esa dialéctica hoy no tiene sentido. De hecho, el proceso que se pone en marcha con el acuerdo de 1976, con la renuncia mutua a privilegios, parecía apuntar en otra dirección. Pero se ha quedado sin llegar a su destino lastrada por el principio informador de la confesionalidad histórico-sociológica, tal como se formula en el preámbulo del acuerdo como un reconocimiento por parte del Estado: «En el ordenamiento debe haber normas adecuadas al hecho de que la mayoría del pueblo español profesa la religión católica». A menor escala, pero esa dinámica es la que sigue animando los Acuerdos del 79; solo que ahora los contenidos son

distintos: económicos, fiscales, jurídicos, enseñanza, morales (matrimonio), etc. Los contenidos de los Acuerdos contribuyen a incrementar las desigualdades en atención a las creencias y terminan en la discriminación por razones religiosas.

Sobre los derechos fundamentales y sobre el derecho de libertad de conciencia, por tanto, no se negocia: tampoco sobre las competencias legislativas acerca de ese derecho. No son susceptibles de negociación. Es de competencia exclusiva del Estado y solo cabrían acuerdos de ejecución, con el ejecutivo central, con las autonomías o, incluso con los ayuntamientos. Pero no la competencia legislativa.

Puesto que nada añaden, salvo desigualdad los acuerdos son innecesarios e inútiles, y lo que es peor, son contraproducentes y perjudiciales. El profesor Pardo Prieto lo ha mostrado palmariamente (2008). No solo en las conclusiones de su libro, sino con la minuciosa argumentación que le ha conducido a esas conclusiones.

Son dos consecuencias que se deducen de la propia laicidad como guardiana de la igualdad en el ejercicio y titularidad de la libertad de conciencia. De manera que la colisión con la Igualdad de los acuerdos se traduce automáticamente en una colisión frontal con la laicidad. Esto de un lado. De otro, la laicidad convierte los acuerdos en algo completamente innecesario, ya que su autoexigencia de reconocerles a las confesiones religiosas plena autonomía para normar sus asuntos internos, implica una separación nítida de ambas esferas sin que quede sitio para lo que se denominaban materias mixtas que exijan un acuerdo consensuado de ambas esferas. El Estado se limita a cumplir con su función de regular, proteger y fomentar el ejercicio del derecho civil de libertad de conciencia de sus ciudadanos. La relación es originaria y primordialmente una relación del Estado con los ciudadanos y no con la institución; con esta solo en la medida en que lo reclame la protección del derecho de los ciudadanos.

Claro que las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas tienen visibilidad y todo el derecho a participar en el tráfico jurídico con relevancia jurídica secular, pero tendrán que someterse en esto, como regla general, al derecho común y al principio de *igualdad en la libertad* y las excepciones deberán estar expresamente previstas y justificadas en necesidades de proteger el derecho de libertad de conciencia en condiciones de igualdad de todos los demás ciudadanos españoles.

En este marco pueden encontrar solución razonable todos los casos particulares que se puedan plantear. El ordenamiento puede resolverlos satisfactoriamente, sin muletas ni andadores, con solo tener pronto el mecanismo de la *consulta previa a los interesados.*

La existencia de concordatos solo tiene razón de ser en caso de que sea necesaria para conseguir un mínimo de libertad para los ciudadanos y para las asociaciones en les que se integren como fieles, es decir en estados laicistas (laicos es otra cosa) y confesionales. Estos últimos porque los únicos que

gozan teóricamente de libertad son los ciudadanos miembros de la confesión oficial y la confesión en cuanto tal, pero con la contrapartida de ser utilizada instrumentalmente por el poder político. El grado de utilización será más o menos intenso según que estemos ante una confesionalidad doctrinal o solo histórico-sociológica. Donde no tiene ningún sentido es en un estado laico. De ahí que ninguno de los dos Estados prototipos de las dos formas de laicidad existentes, la *republicana* y la *liberal-pluralista* (Naclure-Taylor, 2011, p. 50), Francia y Estados Unidos, no tengan concordato lo que debería ser un buen aviso para navegantes.

3. Los Acuerdos del 92

En los preámbulos de todos los acuerdos del 92 encontramos tres afirmaciones de consecuencias de largo alcance:

1.ª Los acuerdos responden a la necesidad de desarrollar y garantizar los derechos de igualdad y libertad religiosa como derechos civiles.
2.ª Estos derechos concebidos originalmente como *derechos individuales de los ciudadanos*, alcanzan también, *por derivación* a las comunidades o confesiones en cuanto tales, *sin necesidad ni de autorización previa ni de su inscripción en ningún registro público.*
3.ª Una de las razones que dan vida al acuerdo es el cumplimiento del mandato constitucional de *cooperación con las confesiones*, «pudiendo (el Estado) hacerlo en *formas diversas* con las Confesiones o Comunidades inscritas en el registro de entidades religiosas».

¿Realmente alguien en su sano juicio y con sentido común puede creer que un derecho fundamental como la libertad de conciencia pueda ser objeto de negociación o que pueda serlo la elaboración y aprobación de la correspondiente legislación interna sustrayendo esa competencia al parlamento en detrimento de la soberanía nacional?

El Estado conversa, escucha, discute, pero no puede razonablemente negociar sobre este tema: los derechos fundamentales no son negociables. En virtud del principio de participación está obligado a escuchar, (lo que los administrativistas llaman informe preceptivo, pero no vinculante). Está obligado a pedirlo a los interesados para mejor decidir, para decidir mejor informado y tener en cuenta la voluntad real del sujeto pasivo de la ley que de ese modo se sentirá coautor de la ley, pero nada más, no está vinculado por el informe; ni podría estarlo.

Pues bien, ese es el punto de partida el *modelo nuevo de relación* que proponen los nuevos acuerdos. Son acuerdos como punto de partida, pero pierden la bilateralidad a partir del momento mismo de su nacimiento (Disposición Adicional segunda, de todos los acuerdos).

Dos observaciones que lo ponen en evidencia: La posibilidad de su pérdida de vigencia por decisión unilateral de cualquiera de las partes, de un lado y, de otro, la afirmación rotunda de que la fuente de los derechos contenidos en el acuerdo, no es el acuerdo mismo, sino la ley que lo aprueba (art.1 de todos los acuerdos). No se trata de acuerdos ratificados por el Parlamento, sino de acuerdos aprobados por ley aprobada por el parlamento que no es exactamente lo mismo.

A quienes siguen defendiendo la bilateralidad de los acuerdos debo recordarles algo como lo siguiente: El acuerdo firmado por las partes incluye el articulado, la exposición de motivos y las disposiciones adicionales. Todo eso es lo que firman ambas partes, ministro de Justicia y el o los representantes de la confesión titular del acuerdo. Lo que firman es literalmente sin adiciones ni enmiendas lo que el Consejo de ministros envía a las Cortes como proyecto de ley.

De todas maneras, el contenido de los acuerdos del 92 demuestra con diáfana evidencia dos cosas: que todos los acuerdos se parecen entre sí como dos gotas de agua, primero, y, segundo que son innecesarios y que si es fiel a su compromiso con los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, es algo que el Estado está obligado a cumplir sin necesidad de ningún acuerdo, con la vía abierta al recurso a instancias superiores de control que le obliguen a cumplir el compromiso del art. 9.2 CE. Solo, lo repito, caben acuerdos de ejecución.

Hasta tal punto es esto así que todos los actuales contenidos de los acuerdos podrían integrarse en una futura ley de Libertad de Conciencia, Pensamiento y Religión.

4. Ley de Libertad de Conciencia, Pensamiento y Religión

La jurisprudencia constitucional ha dejadas claras algunas cosas en relación con la adecuada interpretación del art. 16. 1 de la Constitución.

Lo que aquí se consagra, no son varios derechos, sino uno y único derecho, el de libertad de conciencia que el TC ha equiparado a la libertad ideológica en las que está incluida la libertad religiosa y la libertad de pensamiento.

Es importante la consecuencia, porque la conciencia primordial no son las creencias o las convicciones, ni las ideas u opiniones; lo primordial es la percepción de sí mismo y la conciencia de la mismidad incluye tres cosas en este orden: la conciencia del yo como centro unitario de la corriente de vivencias contenido de la conciencia, de eso que cambia constantemente sin dejar de ser el mismo (identidad), conciencia del otro como tal otro y simultáneamente de mí mismo como otro, sin cuyo reconocimiento no alcanzo la autoconciencia (alteridad), y finalmente me descubro a mí mismo tomando la decisión del acto de reflexión sobre mí mismo preguntándome qué soy, el más previo

a la autoconciencia, es decir, decidiendo libremente: o lo que es lo mismo, me descubro a mí mismo simultáneamente como *idéntico a mí mismo (identidad)*, como *otro y diferente* (alteridad y derecho a la diferencia), y como *libre*, como libertad: porque eso es lo que somos. Solo a partir de ese momento la conciencia se hace autoconciencia que entraña una doble percepción: que somos, que existimos en el mundo y con los otros y que somos libertad. No solo que somos, que existimos como seres singulares, sino también qué somos. Propiamente hablando no tenemos libertad, ni siquiera somos libres, es que somos libertad. La respuesta a la pregunta qué somos es libertad; somos *querer*. No estamos condenados a ser libres es que o somos libres y nos realizamos como libertad o sencillamente no somos.

Este es el fenómeno primordial de conciencia. De ahí su importancia. Y es que, en torno a él, como cascos de cebolla se van a ir adhiriendo las creencias y convicciones, las meras ideas y opiniones, los sentimientos y las emociones. Para ser más exactos, esas son nuestras creencias, convicciones, ideas y opiniones primordiales, vividas y sentidas como ingrediente de nuestra mismidad. El derecho de libertad de conciencia no es solo la libertad de creencias y convicciones (sentido estricto), ni de ideas u opiniones (sentido amplio), sino libertad de conciencia de uno mismo, como idéntico a sí mismo, como otro (alteridad) y como libertad. Somos simultáneamente Yo y Tú. Y a la postre, somos libertad. Eso que cambia, sin dejar de ser él mismo no es otra cosa que libertad.

La libertad es la fuente de nuestra singularidad; por eso cada uno de nosotros somos un modelo distinto o una forma distinta e irrepetible de ser humanos. No de ser esto o aquello (carpìntero, ferretero o profesor), sino modelo de ser humano. Es también la fuente de la moral: somos sujetos morales, responsables de nuestros actos, porque somos libertad. Y es que a la vista de las posibilidades de ser humano que la observación de nuestro entorno, lo otro y los otros, nos ofrece, somos nosotros quienes con nuestras decisiones vamos diseñando y cincelando, modificándolo siempre que lo consideremos necesario, nuestro modelo. La libertad es la fuente de la *autenticidad,* porque el secreto del acierto no es otro que la autenticidad: que elijamos siempre de acuerdo con nuestras creencias y convicciones o, lo que es lo mismo, con plena fidelidad a nosotros mismos.

Al intentar describir el contenido del derecho de libertad de conciencia no podemos obviar lo que constituye este núcleo original de donde emana todo lo demás y depende todo lo demás.

Lo repito una vez más, antes que libertad de creencias y convicciones, de ideas u opiniones, de sentimientos y emociones, la libertad de conciencia es libertad para descubrirse a sí mismo como «yo» que unifica todas las vivencias de conciencia, que siempre es el mismo, aunque cambie constantemente y nunca sea lo mismo, como alteridad y como libertad.

Si no queremos descuartizar antinaturalmente la realidad privándola de su fundamento, no podemos ignorar este primer estrato de la libertad de con-

ciencia, sin arriesgarnos a que nuestro sistema cojee constantemente. De ahí mi insistencia, una y otra vez en la urgente necesidad de que el Derecho considere como foco primero de atención la libertad para la formación de la conciencia.

Y es ese fundamento común lo que impide, creo yo que sería un acto sublime de inconsciencia y de imprudencia, separar, descoyuntándolas de su base común, la libertad de conciencia, a la libertad de pensamiento y a la libertad religiosa, al regularlas jurídicamente.

Hace algún tiempo que vengo insistiendo en la necesidad de la promulgación de una ley de libertad de conciencia en sustitución de la vigente LOLR. Si tenemos en cuenta que la libertad de conciencia incluye en su seno a la libertad de pensamiento y a la libertad religiosa, nada impediría adoptar un título que coincidiera con la expresión de la DUDH, del PIDCP y de la CEDH: *Ley de Libertad de Conciencia, Pensamiento y Religión*. Es más, sería lo congruente y lo demandado por el compromiso constitucional del art. 10.2 de la CE, ya que el TC considera equivalentes la libertad ideológica (expresión utilizada en el 16.1) y la libertad de conciencia (expresión que aparece en los textos internacionales sobre derechos humanos) y en la que se contienen la libertad de pensamiento y la libertad de religión.

Esta ley desarrollaría plenamente el único derecho consagrado en los números 1 y 2 del art. 16 de la CE, excluyendo explícitamente los supuestos de conciencia en sentido no estricto, libertad de meras ideas u opiniones, remitiendo su regulación al derecho común (art. 20 CE). Esta ley regularía, por tanto, la libertad de conciencia o libertad ideológica en sentido estricto en sus dos modalidades: libertad de pensamiento y libertad de religión.

Pero en este marco encajarían todos los supuestos ahora contemplados en los acuerdos que resultarían innecesarios. Bastaría la ley, sin la muleta de los acuerdos y sin poner en riesgo la soberanía legislativa del Estado, para garantizar el respeto, defensa y promoción del derecho de libertad de conciencia (de pensamiento o religiosa) de los ciudadanos como derecho civil.

Es más, concebida la libertad de conciencia como igual a libertad ideológica esta ley sería también el marco más adecuado para regular las distintas modalidades de objeción de conciencia, religiosa o no religiosa. Saldría ganando el sistema.

El análisis comparado de los contenidos de todos los acuerdos vigentes, con independencia de las diferencias en el tratamiento y solución que reciban los distintos temas, nos lleva a una conclusión evidente que esos temas son los mismos. Podrían agruparse en cinco bloques:

1. Estatuto jurídico civil de las confesiones.
2. Estatuto económico y fiscal de las confesiones.
3. Educación y asuntos culturales.
4. Cooperación del Estado con las confesiones.
5. Tratamiento jurídico civil de las distintas objeciones de conciencia.

Los acuerdos del 92 han demostrado negro sobre blanco que las diferencias de las exigencias de conciencia entre ellas son mínimas y no justifican en absoluto

la multiplicación de los acuerdos, y que la posibilidad de esas diferencias puede estar prevista con carácter general en la ley o en todo caso en un acuerdo de mera ejecución. Tanto desde el punto de vista sistemático como del principio de economía legislativa sería una solución más razonable. Decididamente los acuerdos individualizados *no son necesarios* para conseguir el mismo objetivo.

Pero hay algo más: *son peligrosos* para la propia *libertad en la igualdad de conciencia de los ciudadanos.* Ya hemos señalado los riesgos que corre la igualdad en la titularidad y disfrute del derecho de libertad de conciencia; pero es que a esos riesgos hay que añadir los que corre el propio derecho de libertad de conciencia al admitirse la posibilidad de su negociación con una comunidad con propensión interna al dogmatismo que no puede admitir, ni menos propiciar en su ámbito el Estado. El acuerdo-tratado propende, (de lo que son un ejemplo palmario los acuerdos con la iglesia católica), a la institucionalización de la relación del Estado con las confesiones haciéndola prevalecer sobre la relación personalizada con sus ciudadanos que es la original y primordial.

Porque todos esos temas han de regularse desde la perspectiva de las exigencias del respeto, defensa y promoción y defensa del derecho de libertad de conciencia de todos los ciudadanos como derecho civil individual en condiciones de igualdad. Implica la obligación universal de la tolerancia mutua. Y eso le corresponde hacerlo al Estado y a sus órganos de decisión legislativa unilateralmente, siempre con arreglo a las reglas democráticas. La democracia sería inviable si se le exigiera al Estado contar siempre con el consentimiento de los destinatarios de la norma, salvo el respeto de las reglas democráticas en su elaboración. En todo caso los ciudadanos tienen asegurada esa participación a través de su representación democrática en los órganos estatales y en la dinámica del sistema. En cuanto a las asociaciones de conciencia en las que se integran hay que decir que lo que el Estado está obligado a hacer es a comunicarles el cambio legal previsto si les afecta y a pedirles un informe antes de hacer definitiva su decisión. *Informe preceptivo sí, pero en ningún caso vinculante* que pondría en entredicho la soberanía del Estado en materia de su exclusiva competencia interna.

Debo añadir algo en relación con esa soberanía porque no es absoluta. En materia de derechos humanos, siempre estará por encima, como consecuencia de los correspondientes tratados internacionales, esos tratados firmados por España y las instituciones judiciales a las que esos tratados encomienden el control de su cumplimiento. Pero este hecho pone de relieve la no necesidad de los acuerdos con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas. No añadiría ninguna garantía a la libertad de conciencia de esos colectivos ni de sus miembros. Como he repetido ya en varias ocasiones solo

tienen sentido y son posibles los acuerdos de mera ejecución que en realidad son acuerdos de cooperación de las confesiones. con el Estado para que mejor cumpla con su deber de conseguir las mejores condiciones para que el derecho de libertad de conciencia de sus ciudadanos sea real y eficaz.

En todo lo demás que no sean cuestiones que afecten a las conciencias de los ciudadanos o a la autonomía a la que las confesiones tienen derecho en pro de la de sus fieles, lo justo y lo exigido por la igualdad en la libertad es que se sometan al derecho común.

BIBLIOGRAFÍA

CONCILIO VATICANO II (1965). *Constituciones. Decretos. Declaraciones, BAC.* Madrid, cap. III, n.º 18-27.

Fernández-Coronado, A. (1996). *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación.* Civitas, Madrid.

Hesse, C. (1964-1965). Free Kirche im demokratischen Gemeinwessen. En *Zeitschrift fü revangelisches Kirchen Recht,* 11.

Ladner (1954). *De conceps of «Ecclesia» and «Christianitas» and their relation to the idea of papal plenitudo potestatis from regory VII to Boniface VIII.* Roma.

Llamazares Fernández, D. (2004). La cuestión religiosa en la Constitución españolade 1978. En *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después.* Marcial Pons, Madrid.

Llamazares Fernández, D. (2011). *Derecho de la libertad de conciencia I. Conciencias, tolerancia y libertad* (4.ª ed.). Civitas, Madrid.

Lo Grasso (1952). *Ecclesia et Status. fontes selecti historiae iuris publici ecclesiatici,* 108. Roma.

Maurois, A. (1968). Historia de Inglaterra. En *Obras completas, Historia.* Plaza y Janés, Barcelona.

Migne, J. P. (ed.) (1844-1855). *Patrologia latina,* vol. 11.

Mikat, P. (1974). Die Religiosrechtliche Ordnungsproblematik in der Bubdesrepublik Deutschland. En *Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deuschland,* T.I Berlín.

Naclure, J.-Taylor, C. (2011). *Laicidad y libertad de conciencia.* Alianza Editorial, Madrid.

Pardo Prieto, P. (2008). *Laicidad y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas.* Tirant Lo Blanch, Valencia.

Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice.* Harvard University Press, Cambridge MA.

Rouco Varela, A. (1971). Los tratados de las Iglesias protestantes con Estados». En *La institución concordataria en la actualidad.* Salamanca.

Suárez-Pertierra, G. (2002). «La recuperación del modelo constitucional. La cuestión religiosa a los veinticinco años de la Constitución. En *Laicidad y Libertades, Escritos jurídicos,* 2.

02 TREINTA AÑOS DESPUÉS: BALANCE CRÍTICO DEL ACUERDO DE COOPERACIÓN CON LOS MUSULMANES EN ESPAÑA

Fernando Amérigo.
Profesor Titular de Derecho eclesiástico del Estado.
UCM-IUCCRR.

1. Introducción.
2. El modelo español de protección de la libertad de conciencia y de relación con las confesiones religiosas y sus principales normas de desarrollo.
3. El acuerdo con la Comisión Islámica de España de 10 de noviembre de 1992 y su valoración.

1. Introducción

Cuando esta publicación vea la luz, habrá pasado poco tiempo desde que se conmemoren los treinta años de la firma del Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Comisión Islámica de España[1] que se plasmó en la Ley 26/1992, de 10 de noviembre (*BOE,* núm. 272, de 12 de noviembre) Tiempo suficiente para hacer un balance de la repercusión que tal firma tuvo en nuestra sociedad y en nuestro Derecho. Dicho análisis lo haremos desde una doble perspectiva: tanto desde el punto de vista del modelo de relación entre el Estado y las confesiones religiosas vigente en España (un modelo de laicidad positiva bastante consolidado en una sociedad más secularizada plural y diversa que cuando se redactó la Constitución y se alcanzó el Acuerdo) cuanto del significado que debe, a nuestro juicio, tener la cooperación constitucional en nuestro modelo y que no es otro que el de promover condiciones y remover obstáculos para que el ejercicio de la libertad religiosa de los individuos y los grupos en que se integra sea real y efectiva, según establece el artículo 9.2 de nuestra Constitución. Sentido de la cooperación que ha sido refrendado por el Tribunal Constitucional cuando afirma que «hunde sus raíces en el artículo 9.2 del texto constitucional, conforme al cual se impone a los poderes públicos una directriz de actuación favorecedora de la libertad del

[1] En adelante CIE.

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» (*SSTC* 46/2001, de 15 de febrero y 101/2004, de 2 de junio).

Partiremos de una descripción del modelo constitucional español de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, así como de las normas de desarrollo de dicho modelo: acuerdos con la Iglesia católica, Ley Orgánica de Libertad Religiosa y acuerdos de cooperación con las que se denominaron confesiones religiosas minoritarias. Establecido el marco legal, realizaremos una breve síntesis del contenido del acuerdo firmado con la CIE, lo que nos permitirá realizar una valoración del mismo, resaltando tanto los aspectos positivos que tuvo la plasmación del Acuerdo como sus carencias y deficiencias.

2. El modelo español de protección de la libertad de conciencia y de relación con las confesiones religiosas y sus principales normas de desarrollo

Los principios que informan la protección de la libertad de conciencia y la relación del Estado con las confesiones religiosas, a tenor del texto constitucional, serían los siguientes (Sin ánimo exhaustivo sobre el modelo español ver: Llamazares, D. 2011; Contreras, J. M. 2011; Souto, J. A. 2007; Suárez Pertierra, G. 2012):

— El principio de libertad de conciencia, consecuencia del art. 1.1 CE como valor superior y del art. 16.1 CE, que reconoce la libertad ideológica, religiosa y de culto. El principio de igualdad (art. 1.1 CE, igualdad como valor superior, art. 14 CE igualdad formal y art. 9.2 CE igualdad material).

— El principio del personalismo (art. 10.1 CE), que establece que *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la persona, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social.* Lo que significa que los individuos son sujetos primarios de los derechos fundamentales, en tanto que los grupos serán sujetos secundarios.

— El principio de laicidad del Estado (art. 16.3 CE), laicidad que se sustenta en dos principios: la neutralidad, concebida como la imparcialidad de los poderes públicos frente a las convicciones y creencias de los ciudadanos, convirtiéndose «en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas confesiones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática» (*STC 177/1996,* de 11 de noviembre); y la separación, que tiene como objetivo asegurar la mutua independencia entre el Estado y las confesiones religiosas. Por tanto, se «veda cualquier confusión entre funciones religiosas y funciones estatales»

(*STC 24/1982,* de 13 de mayo), y «las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica.»(*STC 340/1993*, de 16 de noviembre).

— El principio de cooperación (art. 16.3 CE), por el que: *Los poderes públicos tendrán en cuanta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones.* Como hemos afirmado su objetivo es hacer real y efectivo el derecho de libertad religiosa de los individuos y los grupos en que se integra. Por ello técnicamente la cooperación sería un principio derivado del sistema al servicio de los principios de libertad e igualdad y teniendo como límite el principio de laicidad. (Llamazares, D. 1989).

El desarrollo constitucional fue muy rápido. Cronológicamente primero se firmaron los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979 (al que se une el de 1976). Se trata de acuerdos internacionales que sustituyen al Concordato de 1953. Son formalmente postconstitucionales: redactados antes de la finalización de la Constitución se esperó a la aprobación de la misma para publicarlos el 3 de enero de 1979. Como se ha afirmado, «se trata de inaugurar un modo de cooperación vinculada al pacto que se va a convertir en una verdadera referencia del nuevo modelo español, hasta el extremo que el sistema resultante no puede entenderse sin el componente "acuerdos". (...) La presión del componente pacticio acaba produciendo una sólida concreción de la cooperación constitucional, de modo que a partir del primer momento va a entenderse que la cooperación constitucional se concreta en el pacto con las confesiones». (Suárez Pertierra; G. 2011, 48) Se identifica, por tanto, cooperación y acuerdos, a pesar de que nada obliga en la Constitución a cooperar mediante acuerdos a diferencia de lo que ocurre en Italia.[2]

La segunda norma de desarrollo fue la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980. Se trata de la primera norma orgánica que desarrolla un derecho fundamental. Aprobada sin votos en contra, su contenido se centra solo en un aspecto del art. 16. CE, la libertad religiosa. Como se ha señalado, su preocupación fundamental es el sujeto colectivo del derecho de libertad religiosa y en concreto la cooperación (Suárez Pertierra 2011, 49). La Ley Orgánica preveía en su artículo 7 la posibilidad de firmar acuerdos con aquellas confesiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas que hubieran alcanzado *notorio arraigo* en España. Surgieron así los acuerdos de 10 de noviembre de 1992, firmados con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España. (Para un análisis del proceso de elaboración de los acuerdos Vid. Fernández-Coronado, A. 1995).

[2] Artículos 7 y 8 de la Constitución de la República Italiana de 27 de diciembre de 1947.

Como se ha señalado, «el contenido de los acuerdos venía a reiterar el derecho especial que ya estaba contenido en la Ley Orgánica. No hay que olvidar que se trataba de Acuerdos que no concedían privilegios, como los suscritos con la Iglesia católica, sino que nacían para desarrollar el derecho fundamental de libertad religiosa, ya contenido en la Ley.» (Fernández-Coronado, A. 2009, 6)

El resultado del desarrollo del sistema ha producido la configuración de un modelo piramidal respecto de la situación en la que se encuentran las diferentes confesiones. Así, en primer lugar, se situaría la relación con la Iglesia católica, cuya regulación, básicamente, vendría contenida en los acuerdos internacionales firmados en enero de 1979. El segundo escalón estaría constituido por las confesiones religiosas que firmaron Acuerdos de cooperación con el Estado en el año 1992: FEREDE, FCI y CIE. En tercer lugar, se situarían las confesiones que han alcanzado la calificación de «notorio arraigo» en España, pero que no han firmado acuerdos (ni existen visos de que lo vayan a hacer) con el Estado: Comunidades budistas, Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (mormones), Iglesia Ortodoxa y Testigos de Jehová. El cuarto escalón lo ocuparían las confesiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, pero que no han conseguido la calificación de «notorio arraigo». Por último, quedarían aquellos grupos inscritos en el Registro general de asociaciones, no en el de Entidades religiosas, pero que se consideran como grupos religiosos. Este sería el resultado de equiparar cooperación y pactos.

3. El acuerdo con la Comisión Islámica de España de 10 de noviembre de 1992 y su valoración

Como se ha dicho: «La firma de este texto respondía a una dinámica de transformación social y cultural producida por la incipiente pero ya asentada aparición y organización de comunidades musulmanas en distintos puntos de la geografía española» (López Chivas, P. 2011, 176).

El modelo de la Ley Orgánica y la influencia de los Acuerdos con la Iglesia católica provocaron una tendencia hacia el factor sociológico como elemento estructural del pacto confesional. Ello tuvo un claro exponente en la introducción de un concepto jurídico indeterminado como era el del *notorio arraigo* (la ley hacía mención al ámbito y el número de creyentes). Notorio arraigo que se establecía como requisito necesario, junto a la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, para poder firmar acuerdo con el Estado. El 23 de julio de 1989 la Comisión asesora de Libertad Religiosa, por unanimidad, concedió la calificación de notorio arraigo al Islam. (Tatary Bakry, R. 2006, 146). Existían dos grandes federaciones de comunidades islámicas: la FEERI, registrada en 1989 y dirigida por Mansur Escudero, y UCIDE, inscrita en 1991 y liderada por Riay Tatary. El problema surgía por componer en uno

solo las diferentes partes que presentaban dos demandantes no muy bien avenidas (López Chivas, P. 2011, 182). La administración española intervino, induciendo la creación de un único ente la Comisión Islámica de España (inscrita en el Registro el 19 de febrero de 1992). Esta intervención ha tenido notorias críticas: así, se ha hablado de proceso de «institucionalización desde arriba», calificándolo de injerencia del Estado (Jiménez-Aybar, I. 2005) y de paternalismo por parte del Estado con la anuencia de las confesiones (Fernández-Coronado, A. 2009). Así, se hizo necesario acotar los perfiles étnicos, doctrinales y religiosos de los musulmanes, ocultando las importantes diferencias entre el islam de los conversos, poco numerosos pero influyentes, y el de los musulmanes procedentes de tradición islámica, dificultado, a su vez, por diferencias como el origen geográfico, las escuelas jurídicas dominantes, el contexto de cada comunidad y otros tantos elementos que han configurado el islam en nuestro país. (Arigita Maza, E. 2006, 569)

Finalmente, el 10 de noviembre de 1992 se aprobaba el Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Comisión Islámica de España. El contenido del acuerdo resumidamente era el siguiente:

a) Art. 1 ámbito de aplicación. Comunidades inscritas en el RER y que pertenezcan a la CIE.
b) Art. 2. Lugares de culto y enterramientos.
c) Art. 3, 4 y 5. Los Imanes. Secreto profesional. Servicio militar. Formación. Seguridad Social.
d) Art. 6. Fuentes de la práctica religiosa (Corán y Sunna).
e) Art. 7. Efectos civiles del matrimonio islámico.
f) Art. 8 y 9. Asistencia religiosa en centros públicos: militares, penitenciarios y hospitalarios.
g) Art. 10. Enseñanza de la religión islámica.
h) Art. 11. Régimen económico.
i) Art. 12. Descanso laboral y festividades.
j) Art. 13. Patrimonio histórico-artístico islámico.
k) Prescripciones alimentarias.

Su contenido desarrollaba los derechos reconocidos en la Ley Orgánica, era prácticamente igual al de evangélicos y judíos, con las lógicas particularidades (alimentación, patrimonio histórico), y, a diferencia de los firmados con la Iglesia católica, no contenía privilegios. Se trataba del primer acuerdo alcanzado con la comunidad islámica en el ámbito europeo. Por ello se llegó a considerar como el marco institucional en materia de colaboración con las comunidades islámicas más avanzado de Europa (Moreras, J. 2005, 1). Es necesario reconocer que el Acuerdo ha contribuido a la visibilidad del islam en España y al reconocimiento y desarrollo de los derechos de los musulmanes en España. No obstante, se pueden detectar algunas deficiencias. En primer lugar, los problemas derivados de su aplicación por la obligación de perte-

nencia a la CIE. Fracasado el intento del Consejo Islámico Español, la cuestión parece resuelta a través del real Decreto 1384/2011, de 14 de octubre (*BOE* núm. 255 de 22 de octubre) que trata de resolver el problema de las comunidades que no querían adherirse a las dos grandes federaciones. En segundo lugar, se deberían depurar algunas cuestiones técnicas referidas a la figura del imán o al concepto de lugar de culto (López Chivas, P. 2011, 187-188). Con todo, los mayores problemas son aquellos que afectan a todo el modelo y que, por tanto son extensivos a las otras confesiones —con excepción de la católica— y que, a nuestro juicio, son la falta de acomodo a una nueva realidad social, más plural y diversa en una sociedad en la que se ha producido un acusado proceso de secularización (vid. Suárez Pertierra, G. y Fernández-Coronado, A.2013) y las asimetrías y desigualdades entre el régimen aplicable a las diferentes confesiones, de forma que «la libertad religiosa es un derecho reconocido por el Estado y con amplio arraigo social, pero su ejercicio es más complicado para unas comunidades religiosas que para otras y más para unas creencias que para otras» (Contreras, J. M. 2013, 6). A estos problemas se añade el de la dispersión normativa, que en un modelo de profunda descentralización como el español provoca que en ocasiones no se haya producido una adecuada traslación del contenido de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y de los Acuerdos con las confesiones religiosas distintas de la católica, a las comunidades autónomas o al ámbito municipal, lo que ha provocado problemas respecto de enterramientos o licencia de apertura de lugares de culto, por ejemplo (Contreras, J. M., 2013, 21y ss.). El último de los problemas es la carencia de una cultura adecuada de la gestión de la diversidad religiosa y cultural, carencia que se hace evidente en algunas decisiones administrativas y judiciales, como por ejemplo el uso de símbolos religiosos en el ámbito escolar o la alimentación por razón de convicción. (Sobre estas cuestiones vid. Amérigo, F. 2019; Id 2016).

Así las cosas, resulta necesario recuperar el papel central que el individuo debe tener como titular primario de los derechos fundamentales (Suárez Pertierra y Fernández-Coronado, A. 2013, 59 y ss.) y atender al objetivo central de la cooperación constitucional: hacer real y efectivo el derecho de libertad de conciencia de los ciudadanos. Por ello, entendemos obligada la elaboración de una nueva Ley Orgánica de Libertad de Conciencia, que supere los problemas derivados de una interpretación de la cooperación constitucional en clave pacticia, sociológica e institucionalizada, para atender a los problemas reales de los ciudadanos en una sociedad diversa y plural como la española en 2021. De esta forma, los acuerdos solo tendrían sentido para regular cuestiones puntuales y específicas de las confesiones religiosas, en tanto que habría que establecer la exigencia para las Administraciones Públicas de respetar y promover el ejercicio del derecho fundamental de libertad de conciencia.

Es necesario recuperar el sentido de la cooperación constitucional e incidir en lo sustancial de la misma, el desarrollo del derecho de libertad religio-

sa de la ciudadanía española, hacer real y efectivo su contenido esencial. De ahí, que la reforma de la Ley Orgánica de libertad religiosa y su sustitución por una nueva Ley Orgánica de libertad de conciencia supere las carencias de un modelo, el de acuerdos de cooperación con las confesiones, que parece haberse agotado. En el caso concreto del acuerdo con la Comisión islámica de España es necesario superar algunas carencias que se han visto reflejadas en estos treinta años. Son patentes en el caso de la asistencia religiosa, pues el acuerdo no ha conseguido que exista una regulación de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas de la confesión musulmana —lo mismo puede decirse de cualquier otra confesión con excepción de la católica—. En el ámbito hospitalario, tampoco resulta adecuado que el ejercicio de la asistencia religiosa dependa de la buena voluntad de los gerentes de los hospitales públicos o privados[3] o del hecho de que las confesiones religiosas hayan suscrito convenios con hospitales. Mejor ha funcionado, sin duda, la asistencia religiosa en centros penitenciarios (Rodríguez Blanco, M. 2015) en los que La Comisión Islámica de España, tiene firmado un convenio a nivel estatal con la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, así como un convenio autonómico con el Departamento de Justicia de Euskadi, para garantizar la atención a internos en centros penitenciarios, por parte de imames designados por la Comisión Islámica de España; también tiene firmado un convenio estatal con el Ministerio del Interior para la asistencia religiosa en centros de internamiento de extranjeros. En materia de asistencia religiosa parece evidente que funcionan mejor los acuerdos específicos en cada ámbito que el acuerdo genérico.

También parece necesario superar algunas disfunciones en otros aspectos que afectan al contenido esencial del derecho a la libertad religiosa de los ciudadanos musulmanes. Es el caso de los enterramientos que, si bien son competencia municipal, una nueva Ley de Libertad de conciencia habría de sentar las bases comunes para asegurar el ejercicio del derecho, promoviendo la firma de convenios entre ayuntamientos y comunidades religiosas locales. En materia de alimentación religiosa sería bueno la introducción a través de la nueva ley de la figura de los acomodos razonables en el ámbito educativo, hospitalario, penitenciario y laboral (Amérigo, F. 2019; Id. 2016)

Lógicamente habría que abordar el uso de símbolos religiosos en el espacio público mediante una regulación clara que partiera de su consideración como elemento del derecho esencial a la manifestación de las creencias religiosas (Amérigo, F. y Pelayo J. D., 2013).

A modo de conclusión. El acuerdo entre el Estado español y la Comisión Islámica de España, tuvo una incidencia positiva desde el punto de vista del reconocimiento de la diversidad religiosa en la sociedad española y de la vi-

[3] Si bien en el caso de alguna comunidad autónoma como la de Madrid, la Comisión Islámica ha firmado un convenio con la Consejería de Sanidad para la prestación de asistencia religiosa musulmana en hospitales.

sibilidad del Islam en España. Ello supuso un avance en el reconocimiento de los derechos de libertad religiosa de los ciudadanos musulmanes. Pasados treinta años, nadie discute que nos encontramos ante una sociedad notablemente secularizada y ciertamente diversa en materia religiosa. Hoy no parece necesario visibilizar la presencia de musulmanes en la sociedad española, pero sí parece necesario y es constitucionalmente un deber promover condiciones y remover obstáculos para que el derecho de libertad religiosa de los musulmanes y de otras minorías religiosas en España sea real y efectivo. Para conseguir ese objetivo parece que el sistema ideado por la Ley Orgánica de Libertad religiosa de 1980 ya no es suficiente. Parece pertinente que el Estado asuma una cooperación unilateral, lo que no significa que actúe de espaldas a las confesiones religiosas, que asumiendo el marco competencial fijado en nuestra Constitución siente las bases para un reconocimiento más efectivo del derecho de libertad religiosa de todos y cada uno de los ciudadanos, cumpliendo de esa manera el mandato dirigido a los poderes públicos en el artículo 9.2 de nuestra Carta Magna.

BIBLIOGRAFÍA

Arigita Maza, Elena (2006). Representing Islam in Spain. Muslim identities and the contestation of Leadhership. En *The Muslim World,* 96 (octubre de 2006) pp. 563-584.

Amérigo, Fernando y Pelayo, José Daniel (2013). *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*. Documento de trabajo 179/2013. Fundación Alternativas Madrid.

Amérigo, Fernando (2016). La problemática de la alimentación religiosa y de convicción en los centros educativos. En *Revista de Derecho Político,* 97, 141-178.

Amérigo, Fernando (2019). Gestión de las manifestaciones prácticas de la diversidad religiosa en los centros docentes: símbolos religiosos y alimentación religiosa. En Fernández-Coronado, Ana (coord.). *Integrados. Claves jurídicas. Derecho a la educación, diversidad religiosa y cohesión social* (pp.207-241). Ministerio de justicia, Madrid.

Contreras, José María. (2011). *Marco jurídico del factor religioso en España*. Observatorio del Pluralismo Religioso en España. Documento número 1. Madrid.

Contreras, José María (2013). *Gestión pública del hecho religioso en España*. Fundación Alternativas, Documento de trabajo 181/2013, Madrid.

Fernández-Coronado, Ana (1995) *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación. Los pactos con las confesiones: Las Leyes 24, 25 y 26 de 1992*. Civitas, Madrid.

Fernández-Coronado, Ana (2009). Sentido de la cooperación del estado laico en una sociedad multireligiosa. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 9, 1-19.

Jiménez-Aybar, I. (2005). La estructura orgánica del Islam en España y la aplicación del acuerdo de Cooperación de 1992: situación actual y propuestas de

futuro. En Ferrán Izquierdo Brichs y Thierry Desrues (coords.). *Actas del Primer congreso del foro de Investigadores sobre el Mundo Árabe y musulmán/ FINAM).* Finam, Barcelona

Llamazares, Dionisio (1989). El principio de cooperación con las confesiones religiosas. Fundamento, alcance y límites. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* 5, 69-102.

Llamazares, Dionisio (2011). *Derecho de la libertad de conciencia I.* (4.ª ed.). Civitas Thomson Reuters, Cizur menor (Navarra).

López Chivas, Pablo (2011). Libertad religiosa y cooperación en el estado español. El caso de las comunidades musulmana. *Biblid*, 60, 175-198.

Moreras, Jordi (2005). «Accords et Désaccords. La régulation publique de l'islam en Espagne et en Catalogne dans sa dimensión locale. En Izquierdo Brichs, Ferrán y Desrues, Thierry (coords.). *Actas del Primer congreso del foro de Investigadores sobre el Mundo Árabe y musulmán/FINAM).* Finam, Barcelona.

Rodríguez Blanco, Miguel (2015). La presencia de la religión en los establecimientos públicos como exigencia del derecho fundamental de libertad religiosa. El ejemplo de la asistencia religiosa en centros penitenciarios conforme al Derecho internacional. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* vol. XXI, 103-124

Souto, José Antonio (2007). *Comunidad políticas y libertad de creencias.* Marcial Pons, Madrid.

Suárez Pertierra, Gustavo (2011). Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso). *Revista Española de Derecho Constitucional,* 92 (mayo-agosto), 41-64.

Suárez Pertierra, Gustavo (2012). Libertad religiosa, ideológica y de culto. Los principios informadores del derecho Eclesiástico del Estado. En Suárez Pertierra, Gustavo et al. (2012) *Derecho Eclesiástico del Estado.* Tirant Lo Blanch, Valencia.

Suárez Pertierra, Gustavo y Fernández-Coronado, Ana (2013) *Identidad social, pluralismo religioso y laicidad del Estado.* Fundación Alternativas. Documento de trabajo 180/2013, Madrid.

Tatary Bakry, Riay (2006). El islam en España hoy. En AA. VV. (2006) *La nueva realidad religiosa española 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa* (pp. 131-158). Ministerio de Justicia, Madrid.

03 LAICIDAD, PLURALISMO Y LIBERTAD. VARIACIONES EN TORNO AL PENSAMIENTO DE NORBERTO BOBBIO[1]

Arturo Calvo Espiga.
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado.
Universidad de Málaga.

1. Introducción o sobre el motivo de esta reflexión.
2. Razón *adversus* ideología o ideología *adversus* razón.
3. En torno al pensamiento de Norberto Bobbio.
   3.1. La laicidad, encrucijada de democracia, tolerancia y libertad.
   3.2. La infeliz oposición entre tolerancia y verdad.
   3.3. Sobre la tolerancia del intolerante.
4. Esbozo de la laicidad desde un horizonte bobbiano.

En tiempos de engaño universal, decir la verdad se convierte en un acto revolucionario

(G. Orwell)

Hace años que, con cariño, cercanía y respeto, sigo la obra de la Profa. Fernández-Coronado. A nadie que conozca obra y pensamiento de la Profa. Fernández-Coronado le resultará extraño o ajeno que el término laicidad encabece el título y sentido de esta reflexión. Y otro tanto podría decirse del pluralismo o la tolerancia y la libertad, puesto que difícilmente puede hablarse con propiedad de laicidad en una sociedad o ámbito político inanes de libertad y pluralismo[2]. Hilván de mi exposición será la obra de Bobbio quien dedicó la mayor parte —quizás podría decirse la totalidad— de su dilata vida académica al estudio y perfilamiento de estos conceptos que vistos desde la arena jurídica son fundamentales a la hora de conformar sociedades y regímenes auténticamente libres y democráticos[3], sobre

[1] Estudio realizado con la ayuda del Centro de Estudios anejo a la Iglesia Nacional Española en Roma.

[2] Si bien Bobbio se refiere con más frecuencia a la tolerancia que al pluralismo, del conjunto de su obra se deduce que solo en una sociedad pluralista y libre cabe la práctica de la tolerancia descrita por Bobbio.

[3] Como inicial acercamiento al estudio de la simbiosis de estas dos categorías en el pensamiento del Maestro turinés, puede verse Bobbio (1989) passim.

todo en unos momentos en que ideologías y movimientos *derivados de* o *conectados con* la, cada vez más dramática, *geopolítica del caos* amenazan conquistas sociales y políticas regadas en el siglo pasado con la sangre de millones de personas. Y, ¿por qué no decirlo? Porque la obra de Bobbio siempre me ha recordado una frase de San Gregorio de Nisa (s. IV), Padre de la mística cristiana, que leí en años de juventud en que me asomé al sorprendente mundo de la Patrología y la Patrística: *Conmigo siempre estarás recorriendo comienzos*.

1. Introducción o sobre el motivo de esta reflexión

¿Qué razón y sentido tiene hoy —podemos preguntarnos— volver a reflexionar o seguir presentándonos interrogantes sobre ideas o viejos postulados como la libertad o la capacidad de raciocinio del hombre y que, para muchos, se barajan hoy como realidades definitivamente consolidadas o bien se reputan obsoletas por otros? Sin embargo, el vértigo que producen la aparición y anonadamiento de conceptos o teorías que, en principio, se habían asumido como diagnósticos definitivos nos hace reorientar nuestra inquietud a realidades que, tanto personal como socialmente, siguen siendo piedras miliares de humanidad. Primero fue la globalización, arrumbada por dramáticos acontecimientos como el atentado a las Torres gemelas, la Covid o la gran crisis protagonizada por Lehman Brothers. Después, hemos experimentado cómo el generalizado furor que puso tan de moda la teoría de la sociedad líquida se muestra hoy incapaz —más allá de su acertado diagnóstico de un determinado momento/proceso de la sociedad— no solo de ofrecer respuestas satisfactorias sino incluso de cohonestar los efectos de una sociedad que se rinde a los encantos de una especie de contemporáneo paradigma técnico/digital con el intento —por otra parte, arriesgado por desconocido en sus efectos y consecuencias— de construcción de un nuevo orden mundial en que el ser humano, el individuo, la persona tienden a ser diluidos en el ara de inconfesados intereses. Y no se puede olvidar que la exigencia de complejidad estructural que requiere el necesario o, más bien, impuesto alumbramiento de un nuevo orden mundial resulta, por necesidad, inversamente proporcional a la relevancia de la persona y sus derechos en el ámbito de esa pretendida nueva sociedad universal.

Como recientemente se ha puesto de relieve[4], estamos caminando —o, quizás, siendo determinados— hacia una especie de *supersociedad* que se caracteriza, como resultado de una serie de procesos sociales previos, por la convergencia de tres dimensiones o coordenadas básicas: la férrea y rigurosa interdependencia técnica y económica a escala mundial; el supuesto inex-

[4] Puede verse, al respecto, Gioccardi y Magatti (2022).

tricable nexo entre la acción humana y la biosfera[5] y la absorción —cada vez más voraz y pronunciada— de la subjetividad personal en el proceso de un hipertrófico protagonismo de lo sociopolítico. A medida que precisiones y diagnósticos que se vendieron como definitivos han demostrado su falibilidad a causa de su nula perdurabilidad, tanto por lo que afecta a su capacidad de análisis y diagnóstico como por lo que se refiere a la efectividad y acierto de sus soluciones, cabe preguntarse si los modelos que hoy se ofrecen como panacea de progreso y sostenibilidad no acabarán proyectándonos a un mundo distópico, burocratizado y centralizado —¿acaso no es éste el camino de la Unión Europea, siquiera en la intención de la mayor parte de sus dirigentes?— orientado a la generación de una especie de estupidez de masa donde la libertad queda reducida exclusivamente al ámbito de la diversión como, por otra parte, ocurre ya en tantas sociedades. Y aunque ya hoy se perciban inequívocas señales de tal distopía, ¿podemos albergar alguna esperanza o atisbar posibilidades de aspirar a la formación de una sociedad más humana y deseable en que la libertad siga siendo quicio fundamental que trabe indisolublemente desarrollo económico, crecimiento personal y democracia?

Me ha parecido oportuno hilvanar mi exposición sobre el cañamazo del pensamiento de Norberto Bobbio no solo por la fundamentalidad y protagonismo que en su obra adquiere el binomio libertad-laicidad sino porque, en cierto modo, la dinámica evolutiva de su propio pensamiento puede constituir paradigma de la dialéctica, a veces aparentemente contradictoria, en que nos movemos hoy quienes, en el más profundo respeto a los sistemas democráticos —siempre a partir de actitudes de tolerancia y respeto por el ser humano—, quizás añoremos los verdes retoños de libertad que determinaron la ilusionada entrega a arriesgados compromisos juveniles. 1972 fue un año crucial en la obra de Bobbio. En aquella fecha el Maestro turinés abandona la Cátedra de Filosofía del Derecho, en la Facultad de Jurisprudencia, para regentar la de Filosofía Política en la recién creada Facultad de Ciencia Política[6]. Decisión que posibilitó a Bobbio encontrar, en su nueva disciplina, el

---

[5] Nótese la *líquida* variabilidad del discurso en relación al actualmente denominado cambio climático. Hace años, quizás cincuenta, se hablaba del peligro de *glaciación* a que la descontrolada actividad humana abocaría a la tierra (fenómeno que quizás llegue a ocurrir después de unos cuantos millones o trillones de años). Como su inmediatez parecía indemostrable, se recurrió a los desastres que asolarían la tierra a consecuencia del deterioro de la *capa de ozono.* Ante la evidencia de que la propia naturaleza parece que solventaba los exagerados destrozos, se acuñó el mágico *calentamiento global* y, cuando se ha ido viendo que tampoco esta amenaza tenía visos de ser real o inminente, aparece el tópico *cambio climático…* realidad indiscutible puesto que los cambios climáticos forman parte de la propia realidad de la tierra y de su supervivencia: podríamos preguntarnos por qué denominamos *Groen-landia (Green-land)* a un inmenso territorio cubierto de hielo en prácticamente el 80% de su superficie (2.166 millones km^2). Puede verse al respecto las interesantes gráficas de las series históricas de temperaturas, precipitaciones, etc., desde 1894 hasta 2020 elaboradas a partir de los datos ofrecidos por la propia AEMET https://javiersevillano.es/f-Clima-Anual.php.

[6] Zagrebelsky (2005, pp. 3-15).

espacio científico y académico propio y legítimo para el tratamiento de aquellos valores cuya consideración y estudio había estimado, hermenéutica y dogmáticamente, impropios del ámbito y las coordenadas metodológicas de los afanes del derecho en cuanto dato positivo.

Sin abandonar sus postulados respecto a la naturaleza del derecho y a los presupuestos que él consideraba fundamentales en su estudio, Bobbio optó por asumir los valores como arquitrabe y cimiento de la sociedad. Principio inasumible, para él, en una concepción científico-positiva del Derecho. Decisión de Bobbio que, quizás, ya venía preanunciada desde el año 1965 cuando declaró abiertamente que, al pertenecer los derechos humanos al ámbito de los valores, más que la cuestión de su justificación, había de preocupar al estudioso el análisis de su observancia y efectividad, es decir, el de las políticas necesarias para hacerlos efectivos[7]. A partir del momento en que decae el interés de Bobbio por el cultivo del derecho positivo, aun realizado desde una hermenéutica filosófica, toman protagonismo en su obra los grandes temas intelectuales y las implicaciones y raíces morales de la justicia y de las injusticias en la conciencia humana o, lo que es lo mismo, lo que afecta y se refiere al *deber ser* y al *deber no ser* del individuo y de la sociedad[8]. Quizás también, sobre todo en orden a comprender y justificar la decisión de haber asumido a Bobbio como guía de esta reflexión, estribe en el hecho de que, como él mismo indica, es hombre fiel a la razón y, en consecuencia, siempre en estado de alerta respecto a los límites de ésta que, por otra parte, determina su actitud dualista a la hora de la posible confrontación entre iusnaturalismo y positivismo[9].

---

[7] Bobbio (1965b, pp. 302-309).

[8] Zagrebelsky (2005, p. 9). Y respecto a la importante cuestión del positivismo jurídico de Bobbio y de su actitud crítica tanto a los mecanicismos iusnaturalista o positivista una, quizás extensa pero muy reveladora, cita de Zagrebelsky: «Ho parlato più sopra del positivismo di Bobbio come di un "positivismo critico". Ora aggiungo: negli ultimi tempi, anche "inquieto", come ebbe a dire egli stesso. Questo nuovo atteggiamento, appena abbozzato, derivava dalla percezione che il diritto positivo, per come è andato sviluppandosi negli ultimi tempi, non è più esattamente quello di un tempo, quello al quale la sua riflessione teorica si era dedicata nella fase della sua attività di filosofo del diritto. Il diritto positivo è stato oggetto di un'importantissima "rimoralizzazione". I principi di giustizia, un tempo collocati nella sfera del diritto naturale, sono stati incorporati nel diritto positivo, per mezzo delle constituzioni. La dignità umana, i diritti fondamentali, l'uguaglianza, la pace ecc. sono parte del diritto positivo e ne occupano il posto più elevato. I tribunali, in primo luogo i tribunali costituzionali, li hanno tratti dalla sfera fumosa delle mere aspirazioni morali, facendoli valere direttamente e applicandoli come norme giuridiche di principio. A me pare una novità di capitale importanza.

Con questa osservazione, riprendo dall'inizio con una domanda: La teoría generale del diritto, elaborata a partire da una percezione dell'ordinamento giuridico che, di fatto, ignorava questa funzione moralizzatrice del diritto svolta dai principi costotuzionali di giustizia, è all'alteza del suo compito, in questo nuovo contesto? Lascio in sospesso la risposta e osservo soltanto: Bobbio manifestava inquietudine» (Zagrebelsky, 2005, pp. 12-13). Sobre este proceso de positivización constitucional de los derechos humanos, puede verse Calvo Espiga (2017, pp. 61-64).

[9] Bobbio (1965a, pp. 9 y pp. 114-140); Guastini (2005, pp. 56-60) y Margiotta Broglio (2000, pp. 387-425).

2. Razón *adversus* ideología o ideología *adversus* razón

Aunque, rememorando a Locke, la calificara de *lamparilla* o de *lucecita* es indudable que la razón fue quicio y norte tanto en su vida como en la obra de Bobbio. Lamparilla porque sus capacidades la tornan deficiente a la hora de abordar la hondura y extensión de todos y cada uno de los interrogantes a los que ha de responder. Lucecita porque, al margen y por encima de cualquier otra cualidad, es la única común a todos los seres humanos y capaz de iluminar sus penumbras personales. Además, no cabe sino reconocer que razón e ideología se erigen en coordenadas determinantes de la autenticidad, sentido e incluso validez del papel de la laicidad en las sociedades democráticas.

El hecho de que Bobbio se entregase con absoluta fidelidad a la *lamparilla de la razón* evidencia no solo la radical confianza en la capacidad lógico-discursiva de la mente humana sino, de manera especial, la modestia y sinceridad vital e intelectual del Maestro turinés, amén de la asunción del riesgo de la siempre posible y tantas veces segura falibilidad de sus conclusiones[10]. Modestia y sinceridad que, probablemente, no fueran ajenas a la conciencia y convencimiento de que tanto la filosofía como el derecho —si bien por motivos diferentes—, siempre que se mantengan en el respeto a la libertad propio de las sociedades y regímenes democráticos, no tienen otro remedio que caminar detrás de la vida de individuos y sociedades: sólo en los totalitarismos la filosofía transfundida en ideología y el Derecho en fuerza legal del Estado ahorman, anticipándose a cualquier opción personal o colectiva, la vida de individuos y pueblos. A pesar de las limitaciones que Bobbio reconoce a la filosofía en orden a influenciar en el desarrollo de la política y de la sociedad, en ningún momento renunció a lo que, en terminología kantiana, se reconoce como *uso público de la razón* incluso en medio del irónico sarcasmo que supone —hoy con mayor evidencia que en los años de Bobbio— argumentar a favor de un *uso público de la razón* cuando, progresivamente, sociedad e individuo —sin duda alguna, con el mal disimulado e interesado aplauso de políticos y profesionales de la manipulación— prescinden cada vez con mayor complacencia incluso del todavía más necesario *uso privado* de la capacidad de razonar.

La radical confianza de Bobbio en la débil *llamita* de su razón lo llevó a ser un ejemplo o, al menos, un caso típico de actitud crítica permanente de

[10] Perspectiva y experiencia que, sin duda alguna, determinan esta confidencia: «He aprendido a respetar las ideas de los demás, a pararme ante el íntimo secreto de toda conciencia, a comprender antes de discutir, a discutir antes de condenar... y ya que estoy en actitud de confesiones haré otra, quizás superflua: detesto a los fanáticos con toda mi alma» (Bobbio, 1986, pp. 11-12). Afirmación que adquiere sentido si se la considera desde el conjunto de la obra de Bobbio y se interpreta desde el primado que él siempre atribuyó a la razón y a su tenue fragilidad. Las ideas, como tales, no son ni respetables ni perseguibles... realmente sólo han de ser respetadas las personas y, derivadamente, las razones en las que se fundan o sostienen aquellas.

la actividad intelectual, en primer lugar de la suya propia y, como consecuencia lógica, de la de los demás[11]. Quizás esta misma actitud crítica, no lejana a la experiencia de la aporía que entraña la afirmación sin fisuras de la ineludible necesidad de la razón para el desarrollo armónico del ser humano y la constante verificación que, tozuda, nos recuerda como su luz está más próxima a la inconsistencia del resplandor de una cerilla —que acabará quemando nuestros dedos— que al fogonazo que perfila la realidad de las cosas, explique el protagonismo que Bobbio reconoce a la laicidad en el ámbito de las sociedades libres. Y, consecuentemente, cabe preguntarse si este bucle determinado por la razón, su debilidad y la necesidad de explicar la realidad y de orientar o delimitar unos valores que protejan la libertad de lo que hemos denominado *uso público de la razón* convergen en la necesidad de la laicidad como ámbito necesario para garantizar libertad, raciocino e igualdad. O, dicho de otro modo, ¿puede existir un pensamiento —y, en cuanto tal, anclado firmemente en la razón— cortesano y contemporizador con el poder? Decir *pensamiento* es incluir necesariamente la dimensión crítica ínsita a todo efecto del ejercicio libre de la actividad racional. La cortesía ceremoniosa con el poder es una de las trampas más groseras en que puede enredarse la razón. La función esencial de la razón o del pensamiento es la de juzgar: juzgar para legitimar/fundamentar o condenar/rechazar. En esto radica el auténtico progreso. Y, en la medida en que el pensamiento no se vea adulterado por intereses espurios —ajenos— a la razón, ser crítico ha de ser siempre equivalente a ser *pensante*. La propia raíz etimológica griega del adjetivo crítico o del substantivo crisis significa juzgar (κρὶυω) o juicio (ἡ κρὶσι).

Bien en relación o, tantas veces, en oposición o confrontación con la razón, la ideología ha irrumpido con fuerza desconocida en otras épocas —probablemente a causa de la mutación de los sistemas de comunicación— en las sociedades contemporáneas. Tanto por lo que se refiere a la racionalidad como por cuanto interesa a las ideas o ideologías no se debe perder de vista que también en lo que afecta al pensamiento y al comportamiento humanos podríamos aplicar, siempre de forma analógica, los principios y leyes del indeterminismo de la física pues tampoco las ciencias humanas son inmunes al principio de que el observador debe esforzarse por separar y superar cualquier apriorismo o idea preconcebida con respecto a las conductas observadas. Del mismo modo que el mito del *buen salvaje,* tan de moda a lo largo del siglo XVIII y en buena parte del XIX, influyó muy negativamente en los primeros pasos e inicial desarrollo de la etnología e, incluso, en no pocos planteamientos filosóficos y de la antropología, algo parecido podría decirse hoy de la supuesta fiabilidad de encuestas o estudios de opinión realizados

[11] «Mi rendo conto di sollevare problemi filosofici immensi, che mi sono proposto e riproposto infinite volte, ma non essendone mai venuto a capo, ho smesso di pensarci da tempo, considerandomi un filosofo che ha intrapreso un camino di cui non è mai arrivato alla fine. Figurarsi a novant'anni» (Bobbio, 2000, p. 85).

desde unas ideas preconcebidas y, además, asumidas como únicas en la mayoría de los casos. En ambos supuestos, y por distintos motivos, nos hallamos ante la ideología asumida como un (pseudo)-sistema o conjunto de ideas transmutadas en objeto de creencia o bien —dada su acrítica imperatividad social— ofrecidas a la consideración personal como creencias. La ideología, pues, podría ser definida, siempre asumiendo el riesgo de la delimitación de una realidad tan compleja, como el resultado de un proceso mediante el que se vacía de *racionalidad* una determinada idea o conjunto de ideas que, en consecuencia, acaban siendo presentadas, asumidas o impuestas como creencias. Quizás su relación o comparación con la *mentalidad* pueda ayudar a perfilar mejor mi comprensión de la ideología. Suele entenderse por mentalidad el conjunto de ideas y de actitudes intelectuales que, integradas en cada individuo y unidas entre ellas por *relaciones lógicas* y *entramados de creencias,* facilitan su inserción en un determinado grupo social. La mentalidad deriva en ideología cuando ideas y actitudes intelectuales renuncian a la lógica o racionalidad transformando, de este modo, las ideas en creencias al margen de toda actitud lógica y racional.

Tanto por su propia naturaleza como atendiendo a sus fines, cada ideología —que es lo mismo que decir *toda ideología*— exige su específico panteón de personajes ejemplares —que si no existen se crean mediante una reversión de los hechos o bien transformando la historia en relato de ficción[12]—, especialmente relevantes por su conformidad y defensa de los principios o postulados sobre los que aquella se asienta. Lógicamente, el modelo más conspicuo de una ideología es el de quien ha sido sacrificado por ella o bien el de aquellos que han seguido sus principios y consignas hasta el extremo de ofrecer su vida por ellos.

Otro de los elementos constitutivos o necesarios en toda ideología es la construcción de un *relato*. En su sentido genuino el relato no es otra cosa que el hecho de *hacer relación* o *dar cuenta de algún hecho, suceso o acontecimiento;* es decir, sería el hecho de contar, narrar o referir algo. Característica esencial del relato habría de ser, por tanto, la objetividad y contrastabilidad de lo narrado o referido con lo sucedido, echando mano —si necesario fuera— de todos los medios que posibiliten la efectiva neutralidad de cualquier subjetivismo distorsionante de la realidad. El relato, en este caso, se construiría de abajo hacia arriba, dando absoluta prioridad a lo *realmente* acontecido que, una vez conceptualizado, podría ser contrastado con el sistema de ideas que conforma el común denominador del acerbo ideológico personal o social.

Pero el relato también puede construirse de arriba hacia abajo. En este segundo caso, la relación o narración de lo acaecido es el resultado de una evaluación o juicio de lo acontecido desde los supuestos o principios ideológicos que cada uno asuma o defienda. Una de las manifestaciones históricas

[12] Proceso utilizado en todos los regímenes de apariencia democrática que, abierta o subrepticiamente, tienden al totalitarismo.

más genuinas y típicas de este segundo modelo es, respecto a los individuos, la práctica de la *damnatio memoriae* en un doble sentido, ya se entienda *damnatio* como muerte/desaparición o bien se asuma *damnatio* como lesión/herida/manipulación; y, respecto a las sociedades, le generación de *sociedades cerradas* en terminología de Bergson. Modelo ideológico —el de la *damnatio memoriae*— practicado con frecuencia en siglos pasados, desde el mismo nacimiento de la civilización, y que se ha generalizado con gran notoriedad e intensidad en la sociedad actual. Fenómeno que, sin duda, ha sido favorecido por los medios de comunicación y la manipulación ejercida a través de encuestas pseudocientíficas en las que, amén del incremento indiscriminado de la ausencia de matices, se suele simplificar —por el propio planteamiento de su contenido y la mixtificada formulación de sus ítems— hasta el paroxismo la capacidad de nuestras facultades intelectuales[13]. La ideología elevada al rango de principio político y, derivadamente a postulado o axioma de estructuración social y jurídica responde necesariamente a una visión o concepción monista de las ideas o, dicho de otro modo, a un *monoideismo social*[14] que, en última instancia, supone una especie de momificación del pensamiento[15].

La aceptación o utilización del binomio razón —ideología o idea— creencia como método de descripción o comprensión de una determinada situación social, jurídica o personal no significa que se trate de realidades opuestas de tal modo que no quepa en ellas ninguna clase de relación o interacción. Puede perfectamente darse la situación en que una creencia sea resultado de la profundización lógica y racional en una determinada idea llegándose al punto en que la convicción se torna tan clarividente que opera en el sujeto a modo de creencia. Desde la perspectiva de su eficacia social y personal, puede aseverarse que cada idea, una vez asumida, se caracteriza por un cierto grado de creencia relacionado con el grado de certidumbre de la verdad de la idea. En este sentido la interactiva relación entre creencia e idea puede abocar desde la más exquisita neutralidad lógica e ideológica hasta el fanatismo más radicalizado como, por ejemplo, acontece en el nazismo o el comunismo en sus distintas versiones históricas o contemporáneas. De modo semejante, en una sociedad determinada o en un momento concreto de la vida social, pueden existir ideas que sean una potencia objetiva considerable cuando, por su valor místico y su excepcional credibilidad, han sido aceptadas por todos[16].

---

[13] Solo hay que asomarse a las programaciones de las cadenas de televisión y al contenido de sus servicios informativos para observar la paz e impunidad con que gran parte de los ciudadanos se someten a un diario lavado de cerebro *orweliano*. Sirva como ejemplo, entre los muchos que podrían aducirse, la prolongada y cuasicriminal desinformación a que fuimos sometidos los ciudadanos —y lo seguimos estando— a propósito de la COVID19, sobre todo si se contrasta con el abanico de distintos medios de información internacionales.

[14] Bouthoul (1966, pp. 101-104).

[15] Preve (2022², pp. 18-20).

[16] Bouthoul (1966, pp. 55-59).

3. En torno al pensamiento de Norberto Bobbio

Como se ha apuntado más arriba, el quehacer de Bobbio —y quizás hasta su misma vida— estuvo marcado por la dialéctica fraguada entre o desde las dudas y las preguntas. Experiencia y actitud de sinceridad de una exquisita metodología conscientemente alejada del prejuicio. Alejamiento que le indujo a perfilar con tal primor y esmero pensamiento e ideas que, a veces, puede dar la impresión de incertidumbre en algunas conclusiones modificadas o perfeccionadas con el paso de los años. Me ha animado a optar por la laicidad como cañamazo del contenido de estas páginas, a pesar de lo mucho que en las últimas décadas se ha escrito sobre esta cuestión, el convencimiento de que cualquier reflexión sobre asunto tan controvertido —quizás por su trascendencia personal, social y política— está condenada a la *parcialidad*. Parcialidad que, sin entrar en otras consideraciones, viene provocada por el hecho de que la idea y el hecho de la laicidad solo se ha planteado y, siendo realistas, únicamente se sigue planteando en sociedades occidentales influidas durante siglos por el Cristianismo y en las que libertad y democracia han constituido en los últimos doscientos cincuenta años quicio de los modernos Estados de derecho. Reducir el nacimiento de las libertades públicas, de los derechos humanos, de la laicidad y de los movimientos secularizadores de la sociedad a los principios e ideas de la Ilustración no deja de ser una artificiosa falacia, sobre todo porque suele acontecer que quienes esto defienden han de reconocer que solo en sociedades deudoras a valores cristianos se puede hablar de Ilustración[17].

3.1. La laicidad, encrucijada de democracia, tolerancia y libertad

No cabe duda de que principios y necesidades sociales y personales que generaron y configuraron estructuras jurídicas y políticas protectoras de libertades y de participación de la comunidad humana en las distintas instancias de gobierno viven —en la actualidad— un proceso de dilución entre la ignorancia y pasiva comodidad de unos ciudadanos sin conciencia de sus compromisos sociales y el apetito incontrolado de poder por parte de unas advenedizas élites, ebrias de soberbia —unas veces— y —siempre— manipuladoras de la autoridad y su ejercicio, de cuyo horizonte político ha desaparecido el compromiso del servicio a la libertad. Sirva como inequívoca prueba indirecta de lo dicho la desaparición del término *derechos* y sus sustitución por el de *empoderamiento* del lenguaje reivindicativo de determinados colectivos sociales o grupos políticos. Al leer la obra de Bobbio y, sobre todo, al analizar las numerosas páginas que a lo largo de su firme compromiso intelectual dedica

[17] Por ello, acertadamente ha sido calificado el Cristianismo como la religión de la razón (Vannini, 2007, passim: sobre todo, pp. 3-44 y 115-145).

a la cuestión de la laicidad no podemos abstraernos de las tres coordenadas[18] que perfilan y, en Bobbio, clarifican su idea y comprensión de la laicidad: *libertad*, *democracia* y *tolerancia*.

La perseverancia de Bobbio en la necesidad de la democracia y en la inexcusable insistencia en las reglas y principios del juego democrático no brotaban de una concepción ideal de la democracia que, posteriormente, se concretaría en la coyuntura social de cada momento. No. Para él, la democracia con sus reglas y formalidades se ordenaba, sobre todo, a complicar las aspiraciones de los poderosos y, de este modo, frenar y encauzar los más dañinos instintos de la bestialidad humana[19]. Quizás no sea aventurado sugerir que tanto su concepción de la democracia como su característica de límite o barrera a la ferocidad del poder fueran consecuencia del empirismo *realista* que le impedía aceptar la existencia *empírica* del Bien absoluto aun cuando racionalmente pudiera ser demostrado[20]. Y probablemente haya que buscar en esta fuente la causa de que Bobbio defendiera que la tolerancia es el único principio que, con toda propiedad, puede considerarse netamente laico[21]. Si la última razón de la tolerancia ha de buscarse en el realismo que, aún admitiendo la posibilidad racional de aceptar un Bien absoluto, impide el recurso a cualquier absoluto en el ámbito de las relaciones humanas, parecido discernimiento ha de aplicarse a todo lo relacionado con la laicidad comenzando por la propia comprensión de la misma y por sus concreciones sociales, jurídicas y políticas porque, por ejemplo, ¿quién puede dudar hoy del laicismo anticlerical de Mussolini[22]? Pero, ¿alguien se atrevería hoy a equiparar el laicismo y anticlericalismo de Mussolini —e, incluso, del propio Hitler[23]— con el de, por ejemplo, Calamandrei[24]? ¿Podría equipararse el vacuo historicismo de Mussolini con el razonado respeto a las creencias religiosas de los demás de Piero Calamandrei? Si reconocemos como una evidente obviedad el contraste entre aquel y éste, con más razón se debe aguzar el bisturí a la hora de analizar y precisar las distintas profesiones de laicismo con que hoy

---

[18] Del mismo modo que dos coordenadas determinan en el plano un espacio tridimensional, tres delimitarán una realidad que trasciende las tres dimensiones y, en este sentido, cabría decir que la laicidad viene necesariamente determinada por las coordenadas que la delimitan y definen.

[19] Bobbio (1989, pp. 7-44 y 61-79) y Pecora (2021, pp. 6-7).

[20] «L'empirista al quale nessuno spirito santo o profano ha mai detto dove vada il mondo deve essere disposto a riconoscere di aver sbagliato, e quindi deve essere tolerante delle idee altrui, e cedere il passo agli altri quando ha riconosciuto di aver torto. L'unica forma di governo che gli si confà è quella fondata sul principio della tolleranza, che può avere torto oggi ma ragione domani, sul concetto della verità relativa e sempre rivedibile» (Bobbio, 1984, p. 58). Respecto a lo que podríamos denominar relatividad o relativismo de la verdad, véase lo que se dice más adelante.

[21] Bobbio (1994b, pp. 188-190).

[22] Acquarelli (2022, pp. 143-149); Gentile (2021[3], pp. 219-245) y Sale (2009, pp. 35-82 y 177-189).

[23] Pío XI (1937, pp. 145-167); Messineo (1937, pp. 217-218); Passelecq y Suchecky (1995) y Sale (2009, pp. 35-82 y 177-189).

[24] Calamandrei (2018, pp. 47-126). Interesante la Introducción que bajo el título «Calamandrei e le libertà» realiza Enzo Di Salvatore a la presente edición de lo que en su momento constituyó la Introducción a la edición realizada de la obra de Franceso Ruffini, *Diritti di libertà* (1926) publicada por La Nuova Italia de Florencia el año 1946.

nos inundan políticos, comunicadores, docentes o cualquier espontáneo estúpido de tertulia televisiva.

Aún profesándose laicista, jamás Bobbio escarneció —sino todo lo contrario[25]— las creencias religiosas o vertió sospecha alguna respecto a la fe. Es más, con mucha frecuencia —como ha sido puesto de relieve por distintos autores— ha celebrado y ensalzado la potencia moral o, dicho de otro modo, la capacidad de elevar el ánimo de los infelices y, sobre todo, la de brindar la respuesta definitiva que apacigua y reconforta a quienes buscan desesperadamente «ser consolados a causa de la enormidad e *insoportabilidad* del mal que los atenaza»[26]. Y, de nuevo, en Bobbio, nos topamos con la perplejidad del contraste generado por la razón, una duda que me atrevería a calificar de escatológica —ya sí, pero todavía no— y quizás la ausencia —como él mismo reconoce— de la sensibilidad precisa para conectar con un don de más allá de la tozuda realidad en que el filósofo puso su tienda[27]. Estimo que el laicismo de Bobbio, sin duda alguna como consecuencia necesaria de su específica actitud tolerante, le condujo a la perplejidad de vivir su relación personal con la fe —o con la religión, si se prefiere— siempre en el *filo de la navaja*[28]: si bien nunca se reconoció ateo, sin embargo tampoco cedió jamás a experimentar o probar en el ámbito de lo que él consideraba *certezas del creyente*. Postura acorde con su convencimiento de que el creyente, en su búsqueda, parte de lo que ya ha encontrado, mientras que el hombre que opta radical y *absolutamente* por la desnudez de la razón vive siempre en la incertidumbre de no encontrar jamás lo que con mayor compromiso e intensidad busca[29].

La laicidad constituye, para Bobbio, elemento jurídico clave de la *democracia liberal*. Democracia en la que se reconoce a todos, sin diferencia alguna entre creyentes o ateos, agnósticos o indecisos, católicos o protestantes, las mismas libertades políticas y civiles. Ámbito en el que cada uno buscará el remedio a sus necesidades o a sus inquietudes. Aquí radica la clave del laicismo bobbiano: la libertad o es igual para todos o deja de ser libertad. Si el criterio último es la defensa de la libertad para todos, difícilmente y por principio se podrá, invocando la laicidad, anteponer la razón de Estado fren-

---

[25] Bobbio (1999, pp. 123-134).

[26] Bobbio (1994b, p. 188).

[27] «Ho sempre avuto un grande rispetto per i credenti ma non sono un uomo di fede. La fede, quando non è un dono, è un'abitudine; quando non è né un dono né un'abitudine, deriva da una forte volontà di credere. Ma la volontà comincia dove la ragione finisce: io mi sono sinora arrestato prima» (Bobbio, 1994b, p. 187).

[28] Quizás la formulación italiana de este dicho sea más precisa e intensiva en cuanto a la fuerza dramática de la experiencia vital e intelectual de Bobbio. El italiano versiona la expresión al filo de la navaja o en el filo de la navaja como *sul filo del rasoio*. Así como en español *navaja* puede significar indistintamente navaja de afeitar o cuchillo pequeño, en italiano *rasoio* significa exclusivamente navaja de afeitar. A la dificultad de mantener el equilibrio en la nimiedad del filo de una navaja, el italiano añade el dramatismo de desnudar la propia garganta ante el finísimo y afilado corte del *rasoio*.

[29] Bobbio (1994a, p. 61).

te a las prerrogativas —en su sentido de ejercicio de un determinado derecho de libertad— de la Iglesia; o bien disfrazar aquella de garante de igualdad. También aquí la finura del estilete analítico de Bobbio desarma el prejuicio y clarifica la argumentación. Si por medio —o como exigencia— de la laicidad se estuviese defendiendo la supremacía axiomática y de principio del Estado sobre la Iglesia, deberíamos inmediatamente preguntarnos a que Estado nos estaríamos refiriendo. ¿Cabría, por ejemplo, aplicar este axioma al supuesto de un Estado que conculcase la libertad de conciencia de sus ciudadanos u otros derechos y libertades jurídicamente relacionados con aquella? La dureza y rechazo por parte del Estado de determinados derechos y libertades de los individuos ¿no implicaría la metamorfosis de un Estado laico en *estatolátrico*? O ante las sutiles o descaradas persecuciones blancas —hasta ahora— que actualmente padecen los católicos en regímenes de corte totalitario bajo formalidades democráticas, ¿podría aceptarse en razón de la laicidad la supremacía de los planteamientos estatales —formalmente democráticos en los que el Ejecutivo controla y domina el resto de Poderes— sobre los derechos y libertades —tanto en su dimensión pública como privada— de los creyentes?

La laicidad o el laicismo —siempre en el respeto a la terminología bobbiana— no se erige en medio de defensa del Estado o de la Iglesia. Sólo cuando la sobreactuación de la Iglesia o la tendencia usurpadora/totalitaria de las autoridades del Estado provocan la negación o recorte de derechos individuales o bien afectan con sus decisiones a principios básicos de la estructura democrática del propio Estado, el laico defiende sin ambages la libertad de los individuos —sobre todo y de manera especial la libertad religiosa— tanto de la sobreactuación de unas como de la intromisión del otro[30]. Intromisión que, con mucha frecuencia, se justifica invocando —siempre de forma unilateral y predeterminada— la protección de la sensibilidad de alguien que pueda sentirse ofendido ante la exposición pública de determinados signos o símbolos religiosos. Una breve referencia a la cuestión de la laicidad en la escuela pública puede iluminar sobradamente el sentido y papel de la laicidad y del laico en la política y en la sociedad, sobre todo por la adecuación o *equivalencia* subyacentes al binomio laicidad-libertad. Hace muchos años que, refiriéndose a la escuela pública, Bobbio decía:

> «Cabe aclarar, de una vez por todas, que escuela libre no quiere decir escuela indiferente, ni por parte del docente que debe tener sus propias convicciones, ni por parte del alumno que no debe ser un receptáculo pasivo de lo que lee y escucha. El principio ético sobre el que se funda la

[30] Cabe recordar la firme oposición que reconocidos *laicistas* manifestaron en su tiempo ante la decisión del Consejo de Estado francés de prohibir a las musulmanas el uso del velo en la escuela pública o la más reciente prohibición en Quebec de llevar ostensiblemente objetos personales —cruces, medallas o cualquier otro objeto de devoción religiosa— representativos de una determinada Confesión religiosa.

libertad en la escuela es la tolerancia. La tolerancia no es indiferencia... Tolerancia significa que es lícito; más, incluso necesaria la confrontación»[31].

Contraste o discrepancia que no se reduce al mero entorno personal de las ideas sino que ha de extenderse a la confrontación, en el ámbito de las sociedades plurales, de los distintos estilos de vida, de ideales, de actitudes e incluso, llegado el caso, hasta de la forma de vestir. La tolerancia, lejos de ser considerada como una descomprometida versión de la indiferencia, debe ser asumida como un útil instrumento de confrontación en libertad. Si, por ejemplo, asumimos el principio de que la escuela pública debe ser laica, ello significa, en primer lugar, que la escuela es *del público* o, dicho de otro modo, de la *sociedad*. El caso de la Escuela resulta paradigmático a la hora de clarificar tanto el sentido de la laicidad como el apetito invasivo del Estado hacia el dominio y control de los ámbitos de gestión pública. Que, como se ha señalado, la escuela pública ha de tender a ser laica sólo significa que ha de ser una *escuela del público,* es decir, del común de los ciudadanos —no de privado alguno— e ideológicamente plural: ni mía, ni tuya, ni de ningún colectivo, ni mucho menos del Estado, pues en la medida en que alguno de éstos se apropie de ella la privatizará —aunque sea el Estado quien se adueñe de ella— y *dejará de ser del público,* del común de los ciudadanos.

Ni es del Estado, ni mucho menos del Gobierno y, en la medida en que se tome en serio su realidad pública y laica, habrá que concluir que nadie —ni Estado o Gobierno, ni tal o cual grupo, ni esta o aquella ideología, ni cualquier persona próxima o lejana— puede capitalizar en exclusiva la institución docente. Y si esto es así, ¿en razón de que principio se puede prohibir a este o al otro docente o alumno la manifestación pública de los signos de su confesión religiosa en un espacio que por ser público pertenece a todos? ¿Quién, cómo y con que criterio decide eliminar el contraste o la pacífica confrontación social, uno de los criterios que con mayor precisión define e identifica la tolerancia y, consecuentemente, la laicidad? Al margen de aquellas situaciones que pudieran afectar a la seguridad colectiva o a la propia identidad del alumno o del docente, ¿con que canon de laicidad o tolerancia se puede impedir, por ejemplo, que una musulmana vaya con la cabeza cubierta, una católica con una medalla de la Inmaculada Concepción, un judío con la Estrella de David o un ateo con el emblema del Círculo ateo al que todos los fines de semana acude con sus padres? En una sociedad libre, plural y democrática, ¿cabría que, en nombre de la laicidad, cualquiera de estas personas o colectivos impidiera a otros la manifestación pública de sus pertenencias religiosas o ideológicas? Y si esa acción fuese llevada a cabo por una institución de carácter público, ¿cómo habría de calificarse tal acción?

[31] Bobbio (1985, p. 355).

3.2. La infeliz oposición entre tolerancia y verdad

Dada la necesaria relación establecida por algunos entre la tolerancia y la ausencia de creencias por parte del tolerante, Bobbio también se planteó la hipótesis de compatibilizar una actitud tolerante con el reconocimiento y aceptación de la existencia de la verdad como una realidad objetiva y objetivable. O dicho de otro modo, el meollo de la cuestión radicaría para Bobbio en preguntarse si la tolerancia plena y desnuda se considera característica o prerrogativa del *auténtico tolerante* que, lógicamente, siempre estaría dispuesto a tolerar todo al no creer en nada. El Maestro turinés se manifiesta de manera clara y tajante respecto a esta cuestión: cuando se considera que la verdad y la justicia no existen como realidades objetivables y se reducen a meras teorías o simples entes de razón, lo lógico es aceptar que, puesto que no se puede mandar u ordenar lo justo y verdadero porque todo —al no existir ni, en consecuencia, aceptar auténticos tipos de justicia y veracidad— sería igualmente verdadero y justo, únicamente será verdad lo que se manda, lo que determine quien en cada momento ostente o detente el poder[32]. Como necesaria consecuencia, el poder político consigue el objetivo que siempre pretendió desde sus mismos orígenes: su sacralización; es decir, la sustitución del *fanum* por el *pro-fanum*. De este modo, el escéptico en asuntos tan directa y radicalmente relacionados con la vida en sociedad y con la propia organización de la *res publica* puede convertirse en el peor de los manipuladores, defensor de la fuerza como razón última de actuación política y seguidor ciego del poder, de cualquier tipo de poder por muy salvaje y odiosa que pudiera ser su brutalidad.

Existe, sin embargo, otra forma de vivir la tolerancia más allá de una falsa neutralidad que, por inactiva, acaba siempre favoreciendo y, en última instancia, apoyando la arbitrariedad del poderoso al margen de la justicia de sus decisiones. Se trata de lo que, si se me permite, me atrevería a llamar *tolerancia machadiana*. Tolerancia que parte de la centralidad de la persona y que exige en toda sociedad plural y en todo régimen democrático la definición de un ámbito de verdad y, en lógica consecuencia, la aspiración a la verdad como finalidad y sentido último del propio *pluralismo social*[33]. Reconocer tal protagonismo a la verdad y su búsqueda, aceptar la centralidad de

---

[32] «Qui non crede alla verità sarà tentato di rimettere ogni decisione, ogni scelta alla forza, secondo il principio che, siccome non si può comandare ciò che è giusto, è giusto ciò che si comanda» (Bobbio, 1994a, p. 65).

[33] Hayner (2000). Interesantes también las publicaciones, bajo el mismo título, realizadas en años sucesivos. Incluso en el mundo de la creación artística, que frecuentemente ha de disfrazarse de mentira, se busca radicalmente la verdad. Así se expresaba Picasso, en agosto de 1997, remedando, aunque quizás el propio pintor lo ignorase, la doctrina de Dante sobre *la verdad enmarañada bajo una hermosa mentira:* «Todos sabemos que el arte no es verdad. El arte es una mentira que nos enseña (estimula) a aferrar la verdad, al menos aquella verdad que los humanos somos capaces de aferrar. El artista debe saber cómo ha de convencer a los demás de la veracidad de sus mentiras» (Frankfurter Allgemeine Zeitung, 23-8-1997). Cf. también Saunders y Southey (2001, p. 177).

la verdad equivale en cualquier democracia a asumir que la búsqueda de lo verdadero supone la aceptación de que las realidades, sobre todo, personales y sociales, así como los valores en ellas implicados y con ellas conexos, son más y van más allá de lo que nuestras ideas, convicciones, intuiciones y razones puedan proyectar o justificar en un determinado momento[34]. Muchos años antes de que Bobbio pusiera de relieve el paradójico riesgo y compromiso que entraña buscar la verdad, Machado esculpía en un sencillo verso no solo la autenticidad de la búsqueda de la verdad sino la responsabilidad de estar siempre abierto al otro en esta misión: «¿Tu verdad? No, la *Verdad,/y ven conmigo a buscarla./La tuya, guárdatela*»[35].

Nos hallamos, pues, ante la tolerancia que deriva del radical convencimiento de la existencia de la verdad asumida en la certeza de que no existe un único camino para llegar a alcanzarla. Habitualmente, el escepticismo deriva en la ausencia de compromiso y, finalmente, en la adhesión por inacción al poder que con más radicalidad o sutileza se imponga en la sociedad al margen de cualquier contraste con la realidad de la verdad o la justicia reducidas, en última instancia, a meros entes de razón. El convencimiento, por el contrario, de que verdad, justicia, libertad, honradez... existen y son asequibles al ser humano exige una actitud de búsqueda comprometida por unos caminos en que el encuentro con otros buscadores nos llevará a escuchar, vigilar, dialogar, razonar... así como a corregir y superar los propios errores y dificultades. La primera norma de esta *machadiana* peregrinación es, precisamente, el contraste continuo de las propias convicciones tanto con las ajenas como con su propio fundamento lógico pues, como Bobbio recuerda, «de la confrontación —*auténtica, racional y sin prejuicios,* añadiría por mi parte— puede brotar, tanto de una parte como de otra, una convicción distinta de aquella de la que habíamos partido»[36]. Se trata, en definitiva, de abandonar cualquier emulación de la propia vanidad para asumir como principio hermenéutico la razón y la razonabi-

---

[34] Considero importante en este momento aclarar el equívoco que suele rodear toda actitud de relativización de la verdad a partir de su privatización. Equívoco que nace de la confusión entre *verdad* y *sinceridad*. La segunda es una cualidad o virtud personal y subjetiva y se mueve en el ámbito de la ética o de la moral: *decir la verdad,* que mi palabra sea reflejo perfecto de lo que pienso, queda en el ámbito de la sinceridad. La verdad, por el contrario, se sitúa en el plano de la ontología, del ser o de la realidad objetiva de las cosas: responde a la esfera en que nos movemos cuando, por ejemplo, decimos realmente es un *verdadero pan*. Por ello, cuando se afirma que cada uno tiene su verdad, en realidad se está diciendo que una determinada afirmación es personalmente sincera aunque discrepe totalmente de la afirmación de otra persona que puede ser igualmente sincera aun cuando ninguna de las dos sean verdaderas.

[35] Machado (2003) LXXXV, dedicados a José Ortega y Gasset. La misma idea, aunque desde lo que podríamos considerar como perspectiva operativa del sujeto, la expresa el poeta en otros dos lugares de sus *Proverbios y cantares:* «El ojo que ves no es/ojo porque tú lo veas;/es ojo porque te ve» (I) y «Los ojos porque suspiras,/sábelo bien,/los ojos en que te miras/son ojos porque te ven» (XL). Años antes, en otro conjunto de poemas titulado también *Proverbios y cantares,* esta vez sin dedicatoria alguna, había escrito: «El que espera desespera,/dice la voz popular./¡Qué verdad tan verdadera! La verdad es lo que es,/y sigue siendo verdad/aunque se piense al revés» (XXX).

[36] Bobbio (1985, p. 355).

lidad del otro[37]. Único principio que posibilitará sacar provecho de la crítica ajena saliendo al paso del miedo o vértigo que pudiera llegar a producir la verdad y bondad de un razonamiento en nuestra acomodaticia ideología. Siempre que se obscurece u olvida el empeño por la verdad, las relaciones humanas y la convivencia social derivan, en el mejor de los casos, en simple cortesía o frívola y superficial condescendencia, cuando no en sutiles formas de explotación y poder, casi siempre antesala de reacciones irracionales, fanáticas y egoístas. Por el contrario, cuando se busca la verdad con honradez y fiados en la propia libertad y en la de los otros, la auténtica concordia de proyectos y personas se genera y se basa *«en el reconocimiento de una verdad objetiva, es decir, independiente de las preferencias subjetivas»*[38].

3.3. Sobre la tolerancia del intolerante

Ahora bien, de la propia experiencia de Bobbio surge una lacerante pregunta que algunos han llegado a formular de forma más drástica y punzante: ¿cómo ser tolerante con el intolerante? O, dicho de otro modo, ¿cómo puede convivir en paz alguien abierto siempre a sus propias razones y al reconocimiento y valoración de las críticas ajenas cuando el otro ha declinado su razón a favor de la ideología? ¿Cómo integrar o cohonestar esta radical tolerancia con una mayoría social más propensa a asumir cómodas certezas —aunque dimanen de la interesada absolutización de lo relativo— que a vivir en la continua revisión y sometimiento de sus propias convicciones y certidumbres a la crítica ajena, máxime cuando ésta se fundamente en la razón antes que en la ideología? La cuestión se torna más aguda, e incluso angustiosa, cuando más allá de la pregunta por la tolerancia con el intolerante se plantea el dilema absoluto-tolerancia. No me refiero a la aceptación o creencia en el absoluto —como, por ejemplo, acontece hoy en gran parte de las sociedades contemporáneas— de la afectivización totalizadora de ideologías o convicciones que poco o nada tienen que ver con la racionalidad, apunto a quien *razonadamente* está convencido de la existencia de *absolutos* como verdad, justicia o libertad y de la trabajosa dificultad que supone descubrir los perfiles de su realidad. En definitiva, ¿cabe aceptar determinados principios o fundamentos como absolutos y, al mismo tiempo, ser tolerante o aceptar la convivencia con personas que no manifiestan tal actitud o convencimiento?[39] Quizás la raíz de la solución se oculte en la ruptura o clarificación de la confusión o identificación entre lo que podríamos denominar tolerancia o intolerancia *jurídica* y tolerancia o intolerancia *intelectual*.

Estimo que, sin ningún género de duda, puede adelantarse que a la raíz de esta distinción nos toparemos con un personalismo radical y de principio

---

[37] Bobbio (1990, p. 141).
[38] Sahel (1993, p. 12) y Bilbeny (1993, pp. 56-72).
[39] Vannini (2007, pp. 7-8; pp. 49-60 y pp. 147-148).

que asume a la persona como verdadero y único quicio de la vida social. En la esfera intelectual toda persona tiene la capacidad de sostener y mantener, frente y ante quien sea, sus ideas, principios y convicciones sobre el sentido y razón de ser de la vida, sobre la verdad, sobre el bien, sobre el mal, sobre la misma esencia del ser humano. En este ámbito sólo cuentan las razones y los argumentos en que se fundamentan las propias ideas o convicciones. Es el escenario donde constantemente contemplamos las *intolerancias* del ateo que mantiene sus convicciones frente al creyente o del creyente que roza e incluso choca con el ateo y, en tantas ocasiones, ambos con el agnóstico… la intolerancia, en este supuesto, se manifiesta en el rechazo de unas determinadas ideas o convicciones por estimar que esas posturas rechazadas carecen de avales racionales suficientes para su fundamentación. Se respeta radicalmente a la persona pero, con firmeza semejante, se rechazan sus ideas. Respeto que se manifestará, sobre todo, en la aceptación de la *libertad del otro* no solo para asumir unas concretas ideas o para profesar una determinada fe sino para manifestar, exponer y defender públicamente sus convicciones siempre que no se utilice la fuerza o se coarten las libertades de los demás.

Tomada en este sentido, la tolerancia intelectual es garantía de libertad pues el auténtico tolerante jamás aceptará imponer a alguien mediante la fuerza o la coacción las ideas de otro aún cuando mantenga las propias con la inflexible integridad que derivan de la honradez intelectual en que fundamenta sus convicciones. Lo que venimos denominando *intolerancia intelectual* se mantiene siempre en el ámbito de la palabra, en su más radical sentido de *logos*, es decir, en la lógica y en la racionalidad. En cierto modo, podría decirse que la intolerancia intelectual es indicio indiscutible de una situación determinada por verdaderos tolerantes convencidos de sus ideas, creencias y convicciones. La *intolerancia jurídica,* —o, quizás, resultara más adecuada calificarla como *legal*— por el contrario, no se agota en el dominio de la palabra sino que el impedimento a las ideas o convicciones del otro salta el límite del diálogo mediante el recurso al hecho e incluso a la fuerza o hipertrofiada coactividad legal: me refiero, por ejemplo, al momento en que la ley deja de ser un enunciado vinculante razonable que tiende a la consecución del bien común para erigirse en medio impositivo de una determinada ideología a través de la utilización del ordenamiento como *mero hecho*. La intolerancia legal, avalada por la fuerza coactiva del poder constituido, llega a invadir espacios íntimos y jurídicamente fundamentales de la persona por medio de la injerencia coartadora del ejercicio de los *derechos-libertad*.

4. Esbozo de la laicidad desde un horizonte bobbiano

En la dilatada y, quizás por ello, compleja obra de Bobbio no es fácil encontrar una concepción rectilínea de los términos o conceptos básicos que maneja. Quizás el estilo afilado y refinado con que pule los términos y su

significado —que él considera pilares de su pensamiento— le lleva no solo a precisar constantemente los conceptos con los que opera sino que el conjunto de sus razonamientos conforman más un bucle o espiral que un trazo rectilíneo. Si bien no es imprudente afirmar que para Bobbio resulta indiferente hablar de laicidad o de laicismo, ello no significa que para él laicismo tenga una significación unívoca idéntica, por tanto, al sentido que otros autores atribuyen a este lexema. Quizás —y sobre todo— los últimos años de su vida académica estuvieron, en buena manera, marcados por los esfuerzos que Bobbio realizó en orden a precisar y clarificar —misión que caracteriza el nervio fundamental de su obra— el sentido del laicismo y de la laicidad ante la deriva que estas realidades habían seguido entre antiguos discípulos, algunos jóvenes colegas y otros académicos[40]. Y Bobbio retoma la siempre móvil espiral hermenéutica de la razón y de la libertad para, con un convencimiento no exento de frenesí, precisar en la recta final de su trabajo académico —mediante una especie de confesión laica— su postura ante la laicidad. Al explicar, con exquisita sinceridad y transparencia, su negativa a sumarse a los firmantes del *Manifesto laico,* Bobbio volvía de nuevo a perfilar, por contraste, su comprensión de la laicidad. Respuesta intensa, sincera, cuidada y humilde, a pesar del en algunos momentos vehemente carácter del Maestro, de Bobbio a sus discípulos que, a su vez, constituye ejemplo paradigmático de cómo se puede formular un concepto claro y generalmente válido de laicidad, librándolo de las aristas no laicas y laicista-clericales con que algunos suelen reforzar su profesión de laicidad[41].

El Maestro turinés aprovecha la ocasión para denunciar la actitud apologética, *anti*, de lucha y confrontación, más allá de los límites estrictamente académicos, que todavía hoy mantienen muchos e importantes epígonos de la laicidad. Por ello, cuando Bobbio asegura que es laico pero no laicista está denunciando un laicismo —tan presente en nuestras sociedades actuales— muy lejano ya desde su lenguaje insolente, de viejo anticlericalismo, irrespetuoso, de la laicidad. Al mostrar públicamente su desacuerdo con el talante y formas del *Manifesto laico,* Bobbio denuncia que este escrito —como con tanta frecuencia acontece entre no pocos laicos— no se expresa por medio de argumentos, es decir, no razona y, en consecuencia, parece rechazar cualquier forma de diálogo, en definitiva, de racionalidad[42]. El laico, pues, en cuanto hijo de la tolerancia y fiel al principio de libertad, fundamento básico de la laicidad, está obligado a respetar sin cortapisa alguna a quienes profesan cualquier religión o bien mantengan una cosmovisión distinta de la propia. Actitud que no es otra cosa que consecuencia necesaria del protagonismo que el laico reconoce a la conciencia

---

[40] Es, por ejemplo, el caso de los autores y firmantes del *Manifesto laico,* ante el que Bobbio expresó una razonada postura de claro rechazo. Rechazo que fue duramente contestado, más desde la afectividad que desde la racionalidad, por varios autores incluso cercanos al pensamiento del Maestro. Puede verse, a este respecto, Bonetti (2008, p. 180).

[41] Veronesi y Elkanu (2007/2008); Viano (2006, pp. 8-15 y pp. 101-116).

[42] Bobbio (2005, pp. 147-148).

personal. Con ello nos acercamos a una de las rupturas más profundas entre los partidarios de la laicidad-razón-pluralismo y los promotores de un laicismo igualitario. O, dicho de otro modo, entre los partidarios de una laicidad ascendente, de la sociedad al poder político, en la que éste asume una función meramente coordinadora y reguladora de la diversidad social; y los defensores de una laicidad descendente, del poder-Estado a la sociedad, en la que aquel impone a la sociedad una uniformidad excluyente de carácter ideológico. En la primera opción se prima la libertad de la conciencia personal y se respeta, en igualdad de condiciones con cualquier otra persona, su incidencia jurídico-social; en la segunda, por el contrario, la libertad viene relegada a un papel secundario y dependiente de la igualdad definida, impuesta y tutelada por el poder político. La conciencia personal es privada de su dimensión y relevancia sociojurídica sustituyéndose la libertad personal por la uniformidad totalizante del aparato del Estado.

En todo sistema democrático en que se respeten formal y materialmente los derechos humanos, de manera especial los que se califican como derechos-libertad, jamás puede ser invocada la laicidad como coartada limitadora de derechos a favor del poder. Antes al contrario, en este supuesto, la laicidad constituye un auténtico y firme límite a la voracidad totalizante del Estado en orden a garantizar el ejercicio de la libertad personal y de los derechos que de ella derivan y simultáneamente la protegen. En la medida en que la laicidad deja de ser medio instrumental a favor de la razón y la libertad deriva en principio-icono ideológico que, mediante sofismas liberticidas, convierte al ciudadano en súbdito. Así pues, la laicidad o bien parte de la libertad radicada en la conciencia o acaba convirtiéndose en principio generador de totalitarismo ideológico[43].

BIBLIOGRAFÍA

Acquarelli, L. (2022). *Il fascismo e l'immagine dell'Impero.* Donzelli Editore.

Bilbeny, N. (1993). *El idiota moral. La banalidad del mal en el siglo XX.* Anagrama.

Bobbio, N. (1965a). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico.* Edizioni di comunità.

Bobbio, N. (1965b). Sul fondamento dei diritti dell'uomo. *Rivista internazionale di filosofía del diritto,* 42 (2) 302-309.

Bobbio, N. (1984). Salvemini e la democracia. En Idem, *Maestri e compagni* (pp. 49-76). Passigli.

Bobbio, N. (1985). Libertà nella scuola e libertà della scuola. *Belfagor,* 40 (3) 353-362.

Bobbio, N. (1986). *Italia civile. Ricordi e testimonianze.* Passigli.

Bobbio, N. (1989). *Liberalismo y Democracia.* Fondo de Cultura Económica.

[43] Bobbio (1999) p. 126; Calvo Espiga (2019) pp. 241-245.

Bobbio, N. (1990). Lode della toleranza. En Idem, *L'utopia capovolta*. La Stampa.
Bobbio, N. (1994a). Verità e libertà. En Idem, *Elogio della mitezza e altri scritti morali* (pp. 55-66). Linea d'ombra.
Bobbio, N. (1994b). Morale e religione. En Idem, *Elogio della mitezza e altri scritti morali* (pp. 187-194). Linea d'ombra.
Bobbio, N. (1999). Perchè non ho firmato il Manifesto laico. En Marzo, E. y Ocone, C. (ed.). *Manifesto laico* (pp. 123-134). Editori Laterza.
Bobbio, N. y Bonetti, O. (2000). Dialogo sul laicismo. *Critica Liberale,* giugno, p. 85.
Bobbio, N. (2005). Cultura laica e laicismo. *Iglesia Viva,* 222, 147-149.
Bonetti, P. (2008). *Il purgatorio dei laici*. Dedalo.
Bouthoul, G. (1966). *Les mentalités*. PUF.
Calamandrei, P. (2018). *L'avvenire dei diritti di libertà* (pp. 47-126). Gallad Edizioni.
Calvo Espiga, A. (2017). Libertad religiosa y laicidad en el Estado de derecho. En Asensio Sánchez, M. A., Calvo Espiga y A., Meléndez Valdés-Navas M. *Fenómeno religioso y ordenamiento jurídico* (pp. 49-90). Tecnos.
Calvo Espiga, A. (2019). *Conciencia, persona y ordenamiento jurídico. Elementos para una syneidética jurídica*. Tirant lo Blanch.
Di Salvatore, E. (2018). Calamandrei e le libertà. En Calamandrei, P., *L'avvenire dei diritti di libertà* (pp. 9-43). Gallad Edizioni.
Gentile, E. (2021[3]). *Fascismo. Historia e interpretación*. Alianza Editorial.
Gioccardi, Ch. y Magatti, M. (2022). *Supersocietà. Ha ancora senso scommettere sulla libertà?* Il Mulino.
Guastini, R. (2005). La teoría generale del diritto. En Rossi, P. (ed.). *Norberto Bobbio tra diritto e política* (pp. 51-78). Laterza.
Hayner, P. B. (2001). *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocities,* Routledge.
Machado, A. (2003). Proverbios y cantares. Diario *El País,* S. L.
Margiotta Broglio, C. (2000). Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci. *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 30 (2), 387-425.
Messineo, A. (1937). La via dolorosa della Chiesa in Germania. *La Civiltà Cattolica,* 88 (2), 217-218.
Passelecq, G. y Suchecky, B. (1995). *L'Encyclique cachée de Pie XI*. Éditions La Découverte.
Pecora, G. (2021). *Il lumicino della ragione. La lezione laica di Norberto Bobbio*. Donzelli Editore.
Pío XI (1937). Mit brenender Sorge. *Acta Apostolicae Sedis,* 29, 145-167.
Preve, C. (2022). *Le contradizzioni di Norberto Bobbio. Per una critica del bobbianesimo cerimoniale*. Petite Plaisance.
Sahel, C. (1993). Prefacio. En Idem (ed.), *La tolerancia. Por un humanismo herético* (pp. 5-19). Cátedra.
Sale, G. (2009). *Le leggi razziali in Italia e Il Vaticano*. Jaca Book.
Saunders. Ch. y Southey, N. (2001). *A dictionary of South African History*. D. Philip. Cape Town/South Africa.

Vannini, M. (2007). *La religion della ragione.* Pearson Paravia Bruno Mondadori S. p. A.

Veronesi. U. y Elkanu, A. (2007-2008). *Essere laico.* Bompianti.

Viano, C. A. (2006). *Laici in ginocchio.* Laterza.

Zagrebelsky, G. (2005). Bobbio e il diritto. En Rossi, P. (ed.). *Norberto Bobbio tra diritto e política* (pp. 3-15). Laterza.

04 CERTIFICACIONES DE LAS CONFESIONES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. ENTRE LA COOPERACIÓN Y LA LAICIDAD

Luis Mariano Cubillas Recio.
Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado.
Universidad de Valladolid.

1. Introducción.
2. Certificaciones confesionales con efectos civiles.
3. Certificaciones de la condición de ministro de culto.
4. Certificaciones confesionales relativas al matrimonio.
   4.1. La certificación que acredita la condición de ministro de culto asistente.
      4.1.1. Ministros de culto católico.
      4.1.2. Ministros de culto evangélicos, judíos e islámicos.
      4.1.3. Ministros de culto de las Confesiones con notorio arraigo.
   4.2. La certificación que acredita la propia celebración del matrimonio.
      4.2.1. Certificación del matrimonio canónico.
      4.2.2. Certificación de los matrimonios de las minorías religiosas.
         4.2.2.1. Minorías con Acuerdos.
         4.2.2.2. Minorías con notorio arraigo.
5. Certificaciones confesionales relativas a los lugares de culto.
   5.1. Lugares de culto católico.
   5.2. Lugares de culto de evangélico, judío e islámico.
   5.3. Lugares de culto de otras Confesiones.
   5.4. Referencia a nivel autonómico de lugares y centros de culto.
      5.4.1 Ley 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto, de Cataluña.
      5.4.2. Proyecto de Ley, de 6 de julio de 2021, de lugares o centros de culto y diversidad religiosa en la Comunidad Autónoma del País Vasco.
6. Certificaciones confesionales relativas a la seguridad social de los ministros de culto.
   6.1. Inclusión en la Seguridad Social por medio de la asimilación a los trabajadores por cuenta ajena, sin que comporte una equiparación total.
   6.2. Hacia la equiparación con los trabajadores por cuenta ajena.

1. Introducción

Después del nivel de desarrollo constitucional logrado, y conviniendo con un sector doctrinal cualificado, a nadie le puede parecer extraña la afirmación de que el Estado español ha venido a configurarse como un Estado laico, de entre cuyos principios informadores se encuentra el de igualdad en la libertad de todos, en particular, el de la igual libertad religiosa. Y tampoco puede parecernos extraño que, en relación con la emisión de una certificación confesional de la que se deriven efectos civiles, operen sobre este acto confesional, aparte de la libertad religiosa, los principios de laicidad y de cooperación del Estado con las Confesiones y que cada uno de estos principios lo haga proyectando su incidencia.

Sentada la premisa constitucional, intentaré mostrar que, la relevancia estatal de las certificaciones confesionales solo tiene sentido cuando la relevancia del hecho o acto confesional acreditado traiga causa de su necesidad para el pleno ejercicio de aquella libertad religiosa, necesidad que subsume la que representa la propia certificación. Pero no solo, porque, al mismo tiempo, habrá que poner de relieve si la relevancia civil de esas certificaciones es o no coherente, o en qué grado, con los principios de igualdad y laicidad del Estado. Aún más, si dicha relevancia llega, o no, a suponer la atribución de un poder certificativo civil a Autoridades religiosas, lo que pondría en riesgo, o si se quiere, entraría en contradicción, con dichos principios, aparte de poner en cuestión la concesión del ejercicio de una potestad administrativa que corresponde exclusivamente al Estado.

Finalizo estas breves notas introductorias con otra no menos breve relativa a la delimitación de este trabajo. Ante el elevado número de certificaciones confesionales, me he permitido seleccionar algunos de los supuestos bastante representativos de su eficacia civil en general, en concreto, certificaciones confesionales relativas a la condición de ministro de culto, a los matrimonios religiosos con efectos civiles, a los lugares de culto de diversas confesiones y a los ministros de culto incluidos en la Seguridad Social. Certificaciones, por

lo demás, ubicadas en la clasificación de las certificaciones confesionales que tienen atribuidos efectos civiles, unas referidas a actos, situaciones o lugares, otras, a la condición o estatus personales y profesionales. Serán pues las que tome como referencia para mis reflexiones sobre el tema propuesto, sin perjuicio, claro está, de reconocer la importancia de las demás certificaciones confesionales[1].

2. Certificaciones confesionales con efectos civiles

El diccionario de la RAE, define la certificación, en su acepción segunda, como «Documento en que se asegura la verdad de un hecho», y creo que es la que mejor se acomoda a la función que cumplen las certificaciones confesionales con efectos civiles. Una acepción que apunta hacia un carácter probatorio del hecho referido documentalmente, dejando a salvo otros medios probatorios, admitidos en Derecho, del hecho acontecido. En este sentido, por regla general y por la función que les atribuye el Derecho, las certificaciones vienen considerándose como el medio mediante el que se acreditan hechos, actos, negocios, condiciones o estatus.

Nada impide, pues, que las certificaciones puedan ser requeridas en el ordenamiento estatal cuando se prevea que, de determinados hechos, actos, etc., se deriven efectos civiles, como ocurre con particulares certificaciones confesionales, entre otras, las referidas al matrimonio religioso y al estatus de ministro de culto. Estas certificaciones son actos emitidos por un órgano confesional que, como digo, solo tienen como objeto acreditar hechos, actos y relaciones producidos en el ámbito de un Derecho confesional, pero, en modo alguno, pueden ser consideradas en el ordenamiento español ni como actos administrativos, ni como documentos públicos y no lo pueden ser, porque se requiere que su emisión la haga un órgano administrativo o un funcionario público designado a tal efecto y es obvio que, el emisor de una certificación confesional ni es un órgano administrativo secular, ni se trata de un funcionario público[2].

Es más, ese tipo de certificación tampoco posee el carácter de documento público, a que se refiere el art. 1218 del Código Civil, puesto que exigiría la cualificación de funcionario público en el emitente o emisor de dicha certificación, algo de difícil conjugación con la definición jurídica de funcionario

---

[1] Vid. Chizzoniti (2000); Ramírez Navalón (1996, pp.133-155) y Sánchez Llavero (2021). Y, para una de las certificaciones que más polémica suscitó, la destinada a la inmatriculación de bienes eclesiásticos, vid., por todos, Torres Gutiérrez (2022, pp. 447-533).

[2] En el mismo sentido, Torres Gutiérrez, al ocuparse de la atribución de los diocesanos católicos sobre la inmatriculación de bienes inmuebles de titularidad eclesiástica (Torres Gutiérrez, 2012, pp. 532 y 542, en particular). También, para el caso de asistente al matrimonio, Durán Rivacoba (1988, pp. 49 y 50), que fuerza su posición con la cita de una sentencia de 7 de septiembre de 1985 —sin más datos de esta—. Para distintos planteamientos: Sánchez (pp.44, 304 y 315-316, ppalmente); Cuerva Romero (2022, p.315) y Jiménez Vacas (2021, pp. 177 y 234-235).

público y, desde luego, con la laicidad del Estado, aunque esta, todavía, no haya alcanzado, sobre la base de la progresiva secularización que se viene produciendo en los últimos tiempos, el nivel de *laicidad plena*[3]. Otra cosa es que el documento continente de la certificación confesional pueda operar, a efectos probatorios en el ordenamiento estatal, como documento privado reforzado o cualificado[4].

En cualquier caso, parece estar fuera de toda duda que las certificaciones confesionales con efectos civiles operan como presupuestos de normas civiles y, por ende, de derechos y obligaciones[5]. Distinta es la cuestión de su congruencia o no con los principios de igualdad y laicidad, pero en tanto se mantenga en el ordenamiento la atribución de efectos civiles a determinadas certificaciones confesionales, habrá obligaciones y derechos relativos a su emisión en el ámbito confesional y a su recepción en el ámbito secular; eso sí, dejando siempre a salvo que las certificaciones no crean o modifican situaciones jurídicas precedentes, sino que se limitan a operar como documentos probatorios de una realidad.

Dicho lo cual, conviene traer, aquí, algunas reflexiones sobre la propia potestad confesional para emitir certificaciones con efectos civiles.

Habida cuenta de que el objeto capital de la certificación sea el de dar fe de un hecho, supone, en principio, el ejercicio de una *función pública* que el Estado atribuye a funcionarios específicos como es, por ejemplo, el Encargado del Registro Civil en orden a los matrimonios inscritos en dicho Registro. Estos funcionarios poseen lo que la doctrina viene denominando *potestad*

---

[3] Fernández-Coronado (2002, p. 88 ppalmente). Asimismo, Llamazares Fernández y G. Suárez Pertierra (1980, pp. 7-34); Suárez Pertierra (2002 pp.328-329); Castro Jover (2003, pp. 14 y ss.); Suárez Pertierra (2006, p. 34); Suárez Pertierra (2011, pp. 59 y ss.); Llamazares Calzadilla (2015, p. 71, ppalmente); Fernández-Coronado y Suárez Pertierra (2013, pp. 71-72) y Fernández-Coronado y S. Pérez Álvarez (2018, pp. 28-30).

[4] M. Rodríguez Blanco, parece apuntar en otro sentido cuando, refiriéndose a las certificaciones que emitan la Iglesia católica y las Confesiones sin acuerdos, les otorga fuerza probatoria directa, y cuya eficacia probatoria es la misma que poseen los documentos públicos (Rodríguez Blanco, 2000, p. 53, nota 71). P. Sánchez Llavero ve como excesivo que determinados documentos sean considerados como documentos públicos y pone el ejemplo de la expedición de la Declaración Eclesiástica de idoneidad (DEI) para los profesores de religión católica; en las marcas de garantías *kasher* o *halal;* para los certificados de pertenencia confesional; en la acreditación de ministro de culto; entre otros, no se podrían incluir dentro de la categoría de documentos públicos, y, en cambio, respecto de otras situaciones afirma que: «Las certificaciones confesionales se podrían asimilar a los documentos administrativos públicos» (Sánchez Llavero, 2021, p. 318). En otro orden, el art. 24.2 del Código Penal dice: «Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas». En el art. 317 de la LEC de entre la enumeración de las clases de documentos públicos no se encuentran las certificaciones confesionales, sino que la referencia lo es, prácticamente, a quienes ejercen una función pública o a los que de alguna forma la propia norma señala como es el caso de los documentos «intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados (...)». Y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el art. 26.1, recoge: «tienen la consideración de documento público administrativo los documentos válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas».

[5] Vid. Chizzoniti (2000, p. 52) y Sánchez Llavero (2021, pp. 44 y ss).

certificadora[6]. Al respecto, algunos autores, sin dejar de reconocer que la actividad certificante es propia del Estado, mantienen que dicha actividad puede ser cedida a órganos no estatales, a modo a como ha sucedido históricamente con los párrocos de la Iglesia católica, en relación con determinados actos confesionales[7]. Ahora bien, si convenimos en que esa actividad certificante resulta del ejercicio de una función pública o propia del Estado, resulta difícil justificar su cesión o delegación en el marco de un Estado laico o no confesional para que la ejerzan las Confesiones, incluso cuando estas puedan realizar, en algunos casos, acciones de interés general o público, diría más, una tal función o potestad administrativa encontraría una débil fundamentación en el principio de cooperación frente al principio de laicidad[8].

Aun así, debido a una escasa claridad tanto en los Acuerdos como en la legislación, respecto de los encargados de emitir certificaciones confesionales, nada impide que se apliquen algunas de las reglas que se siguen en el ejercicio de la potestad administrativa, por ejemplo, cuando en el Derecho se atribuye a un funcionario la potestad administrativa de emitir certificaciones, el funcionario que conforma la certificación, una vez se cumplan los requisitos requeridos para que se emita, tiene que emitirla, porque es lo que espera el Derecho que haga. Se trata, pues, de un acto reglado, esto es, si se aprecia el cumplimiento de los requisitos o, dicho de otra forma, si se da el supuesto base para la certificación esta ha de emitirse. Ciertamente, esto supone que la autonomía de la voluntad del emisor queda totalmente al margen, no puede no emitirla, porque derivaría, en otro caso, la responsabilidad respectiva. Pues bien, entiendo que la misma regla ha de aplicarse en relación con las certificaciones confesionales de las que se deriven efectos civiles y su emisor, es decir, el órgano o autoridad confesional determinado, o determinable, cuando se cumplan los requisitos civiles previstos a tal efecto, debe emitir la correspondiente certificación confesional.

3. Certificaciones de la condición de ministro de culto

Mayormente, las Confesiones no utilizan la denominación de ministro de culto para referirse a sus ministros o representantes, ni estos se equiparan en el correspondiente ámbito confesional, tanto por lo que concierne a su estatus confesional, como a las funciones que ejercen. Difícilmente, pues, podrá darse y entenderse una definición del concepto de ministro de culto que pueda aplicarse a todas las confesiones, habida cuenta de que cada una de ellas utiliza distintas categorías para referirse a sus autoridades religiosas o a quienes ejer-

[6] Vid. Sánchez Llavero (2021, p. 70).

[7] Vid. Chizzoniti (2000, p. 52, con singular cita de Romano, 1912); Sánchez Llavero (2021, p. 70) y González Sánchez (2003, pp. 284-287).

[8] Para una distinta visión, vid. Ramírez Navalón (1996, pp. 152 y 155); Garrido Falla (1986, pp. 273-274, 276 y 278) y Fernández Díaz (2022, pp. 145-151).

cen una posición preeminente respecto de sus miembros en general, para el gobierno y representación de la confesión misma o de sus instituciones[9].

Ni siquiera la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR), habla de ministros de culto cuando se refiere, precisamente, al derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas *a designar y formar a sus ministros,* según dispone el art. 2.2 de la LOLR, aplicable a todas las Confesiones, lo que se refuerza con el reconocimiento de plena autonomía organizativa, a que se refiere el art. 6 de la misma Ley. Habría que remontarse, para verificar la utilización de dicha expresión a la Ley 44/1967, de 28 de junio (arts. 25 a 27) y a la Orden de 5 de abril de 1968 (arts. 7.2 y 13), en cuanto se referían a los ministros de los cultos no católicos[10]. Serán, como veremos, los Acuerdos de 1992 con la FEREDE y FCJE los que, precisamente, usen la expresión «ministros de culto». Eso sí, la LOLR deja clara la autonomía confesional por lo que atañe a la competencia sobre aquellas dos funciones, cuyo ejercicio, en principio, tendrá efectos confesionales, lo cual no impide que el Estado exija que en los ministros de las Confesiones se den determinados requisitos o características para que se deriven concretos y específicos efectos civiles.

Con todo, será en el ámbito estatal donde se pretenda adoptar un criterio uniforme para los ministros de culto, a partir de su estatus confesional, ya sea clérigo, sacerdote, pastor, anciano, imán, rabino o representante de la Confesión. En efecto, salvo en el caso de la Iglesia católica, será en los Acuerdos de cooperación con las Confesiones y disposiciones estatales posteriores donde nos encontramos con una denominación de ministros de culto que va más allá de la definición estrictamente confesional de ministros sagrados, religiosos, clérigos o representantes confesionales, según la nomenclatura utilizada por unas u otras Confesiones, y ello porque para tener tal consideración a efectos civiles deben cumplir una serie de características o requisitos. Es más, estos no serán los mismos para todos los casos. No serán los mismos, por ejemplo, los que se exijan para celebrar determinados actos confesionales, como el matrimonio, que los requisitos requeridos para lograr una prestación de la Seguridad Social.

En el caso de los ministros católicos, ha estado siempre tan claro que ni siquiera aparece un atisbo de definición en los Acuerdos celebrados con la Iglesia católica, se da por supuesta la que proporcione el ordenamiento canónico, por otra parte, tan conocida por todos y, en cualquier caso, de tan fácil acceso a la misma habida cuenta de la publicidad de la normativa canónica sobre el particular, siendo la fundamental fuente el propio Código de Derecho Canónico de 1983 (CIC). No obstante, aunque no se defina o se exprese en el

---

[9] Sobre la definición del concepto de ministro de culto hay una abundante bibliografía, entre otros, pueden verse: Álvarez Cortina (1994, pp .865-894); Vázquez García-Peñuela (1997, pp. 261-272); Rodríguez Blanco (2002, pp. 303-328) y Ramírez Navalón (1999, pp. 771-777).

[10] Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa y la Orden, de 5 de abril de 1968, conteniendo normas complementarias para la ejecución de la Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa.

Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos (AAJ), entra de lleno en la autonomía organizativa reconocida a la Iglesia en el art. I, apartados 1 y 2, de dicho Acuerdo y en el art. 6 de la LOLR. Una muestra de lo que se dice puede verse reflejada en el celo competencial de la Iglesia respetado en el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español de 28 de julio de 1976 y en la organización específica castrense recogida en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el Servicio Militar de clérigos y religiosos. No hay duda de que las figuras de sacerdote, obispo, vicario, capellán, etc., cubren perfectamente la categoría de ministro de culto.

Ha sido en los Acuerdos con FEREDE y FCJE, en su art. 3 respectivo, donde primero se alude al ministro de culto que interesa a efectos civiles, después, otras normas relativas a materias concretas tendrán en cuenta esa condición de ministro de culto y establecerán requisitos o circunstancias que deban concurrir para que puedan derivarse determinados efectos civiles. Y si bien no se menciona dicha denominación en el Acuerdo con la CIE, en su art. 3 se alude a «dirigentes religiosos islámicos e Imanes de las Comunidades Islámicas», categorías estas que se han venido asimilando a efectos civiles a los ministros de culto.

En cuanto a las minorías religiosas que no tienen acuerdos, hay normas estatales sobre determinadas materias para las que se tiene en cuenta la condición de ministro de culto en orden a determinados efectos civiles, es el caso destacado de las Confesiones que han alcanzado notorio arraigo, cuyos ministros pueden celebrar matrimonios religiosos con efectos civiles, de conformidad con el art. 60.2 del Código Civil.

Y las Confesiones meramente inscritas, entre otros efectos, pueden proceder a la anotación de la condición de ministro de culto, cuya acreditación solo exige presentar la certificación confesional de la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa a la que pertenezca; de modo que, a partir de dicha anotación registral el ministro puede acreditar su condición de tal, a efectos civiles, mediante el correspondiente certificado del Encargado del RER.

Con todo y con eso, conviene subrayar que, aunque las confesiones no utilicen explícitamente la categoría de *ministros de culto,* hay razones más que suficientes para adoptar, a efectos civiles, esta denominación que puede muy bien ser aceptada por todas ellas, como ha venido demostrándose hasta el momento. Por lo demás, ministros *de culto* hace referencia a una función identificadora de la propia confesión. Las demás funciones pueden darse, o no, en una medida o en otra, pero la de culto es, en general, consustancial a las confesiones. Un término, pues, que el Estado acabará aplicando a todas las Confesiones religiosas. Lo que no puede hacer el Estado es definir la figura de ministro de culto, prescindiendo de la definición que cada una de las Confesiones tengan de sus ministros y pretender su sustitución por otra, aunque sea acordada entre ambas entidades, sencillamente, porque produciría una cierta confusión entre lo religioso y lo secular, cuando no, una contradic-

ción con la laicidad del Estado que, no olvidemos, garantiza la libertad religiosa y, por ende, la autonomía organizativa de las confesiones.

De ahí lo razonable de que en los Acuerdos con la FEREDE y con la FCJE aparezca la expresión: «a todos los efectos legales son ministros de culto». Está claro que no se ha querido acoger la definición confesional sin más o en cada caso, sino que se ha optado por una definición *acordada* entre el Estado y la Confesión, que suma a la definición confesional de *ministros de culto,* y únicamente a efectos legales, el cumplimiento de unas condiciones o requisitos. Así mismo, cuando la denominación de ministro de culto es totalmente ajena a una Confesión, como es el caso de la CIE y se recurre a categorías confesionales, también se adopta una definición acordada, como aparece en el Acuerdo entre el Estado y esta confesión en los siguientes términos: «a los efectos legales, son dirigentes religiosos islámicos e imanes». Lo cual no solo es indicativo de la diversidad de términos utilizados para referirse a una categoría y posición confesional, sino que además pone de relieve el reconocimiento de que las funciones de unos y otros pueden ser diversas, como así es, en los distintos ordenamientos confesionales.

En dichas normas no se está, pues, definiendo el concepto de *ministro de culto* para la confesión religiosa, no hay aquí ninguna injerencia en el ámbito de la autonomía confesional, lo que se está estableciendo es que tendrán esa condición operativa de ministro de culto cuando se trata de derivar, para los que alcancen esa consideración unos determinados efectos civiles, sin perjuicio de los que tengan en el ámbito confesional de acuerdo con la denominación y posición que el ordenamiento confesional les otorgue. Las Confesiones pueden seguir con sus categorías y denominaciones puesto que éstas no son afectadas para nada en lo que se refiere a su regulación confesional, ni el Estado participa en la definición de una categoría confesional, algo que no convendría bien con la laicidad.

En suma, el punto de partida, también para el Estado, será, en general, quién tiene el estatus de ministro de culto, ministro sagrado, autoridad religiosa, representante religioso o quien haga funciones de tal, en el ámbito normativo confesional[11]. Pero para aquellos supuestos en que se prevea que, o bien de su estatus, o bien de su actividad, se deriven efectos civiles, las certificaciones confesionales requeridas, en su caso, no se limitarán a acreditar su estatus confesional, sino que han de extenderse, en su contenido y forma, a los requisitos o condiciones establecidos, bien mediante acuerdo con las Confesiones, bien por normativa unilateral del Estado, para que se produzcan aquellos efectos civiles. Resulta, pues, congruente el hecho de que la jurisdicción estatal no se extienda a la calificación del estatus confesional, sino que se limite a juzgar sobre los requisitos o condiciones explícitamente añadidas a efectos civiles para cada caso en particular y sobre los que, así mismo, recae la certificación confesional sometida a verificación civil.

---

[11] Vid. González Sánchez (2003, pp. 33-34).

4. Certificaciones confesionales relativas al matrimonio

Hay tres tipos de certificaciones confesionales que se relacionan con el matrimonio religioso que tiene atribuidos efectos civiles: la certificación que acredita la condición de ministro de culto, salvo en el caso de ministro católico; la certificación que acredita la propia celebración del matrimonio, a la que se suma, en el matrimonio católico, el acta del párroco y, en cuanto a este matrimonio, el testimonio-certificación de las resoluciones eclesiásticas sobre nulidad canónica del matrimonio y sobre dispensa pontificia por matrimonio rato y no consumado. Aquí trataré de las dos primeras, por haberlo hecho, acerca de la última, en otro lugar.

4.1. La certificación que acredita la condición de ministro de culto asistente

4.1.1. *Ministros de culto católico*

La certificación relativa a la necesidad de acreditar la condición de ministro de culto, en relación con su asistencia al matrimonio, no opera para el matrimonio canónico de la Iglesia católica, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el art. VI.1 del AAJ, se produce una recepción de la forma canónica en el Derecho civil, la cual incluye el ministro de culto asistente a quien competa de acuerdo con lo dispuesto en el Derecho canónico. Algo que no ocurre con los demás matrimonios religiosos que tienen atribuidos efectos civiles, ni para los de las Confesiones que tienen Acuerdos con el Estado —FEREDE, FCJE, CIE— cuyo art. 7 regula la exigencia de aquella acreditación, ni para los matrimonios de las Confesiones con notorio arraigo para las que la exigencia viene regulada en el art. 60 del Código Civil y art. 58 bis de la LRC.

En efecto, la recepción de la forma canónica se acoge, en el art. VI, apartado 1, del AAJ, en los siguientes términos: «El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico»; y en este mismo texto, se alude solo «a la certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio»; se insiste sobre esta certificación en el Protocolo Final en relación con el art. VI.1) y se añade la obligación de transmitir al Encargado del Registro Civil «el Acta del matrimonio canónico». Ciertamente, se menciona el sacerdote ante el cual se celebró el matrimonio y el párroco en cuyo territorio parroquial se celebró, pero nada se dice sobre la acreditación de estos ministros, lo cual concuerda con el hecho de aquella recepción de la forma canónica. Otra cosa es que al hablar de *sacerdote* y de *párroco,* se cuestionase la competencia de otros oficiantes como, por ejemplo, diáconos, que el ordenamiento canónico prevea para oficiar también válidamente el matrimonio e, inclusive, se extienda el cuestionamiento a la recepción, o no, de la

forma canónica extraordinaria del matrimonio[12]. Aquí me limitaré a decir que no veo inconveniente en equiparar, a tal efecto, el diácono al sacerdote y admitir, en su caso, la certificación confesional del diácono, y se debería hacer por tres razones: una, porque ejercen la misma función confesional; dos, porque el canon 1108 del CIC, al que nos lleva necesariamente el propio texto del art. VI.1 del AAJ, con la recepción implícita de la forma canónica, los equipara en cuanto a la necesidad de una delegación del ordinario del lugar o del párroco para asistir al matrimonio; y tres, porque con esa equiparación se cumpliría mejor con la plena autonomía confesional.

A todo esto, se suma la duda acerca de si se extiende, o no, a los ministros católicos la anotación registral obligatoria en el Registro de Entidades Religiosas (RER) prescrita en el art. 18 del RD 594/2015 para los ministros de culto que estén habilitados para realizar actos religiosos con efectos civiles[13]. La razón del interrogante se debe a que el AAJ no contempla dicha obligación para los ministros católicos y el citado RD tampoco prevé ninguna excepción en este aspecto[14]. La cuestión se complica aún más cuando, al parecer, numerosos ministros católicos han procedido a su anotación registral[15]. Pues bien, en mi criterio, no cabe esta anotación registral como obligatoria para los ministros católicos, en tanto se mantengan los términos antedichos del AAJ, ya que estamos, como es sabido, ante una norma jerárquicamente superior a un RD.

4.1.2. *Ministros de culto evangélicos, judíos e islámicos*

En cuanto a los matrimonios religiosos evangélicos, judíos e islámicos, el Acuerdo con las respectivas Confesiones, FEREDE, FCJE y CIE, dedican su art. 3.1 a decir quiénes son ministros de culto a todos los efectos legales estableciendo como características la cualificación de su función, esto es, que las personas físicas que estén dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa *y acrediten el cumplimiento de estos requisitos, mediante certificación expedida por la Iglesia respectiva, con la conformidad de la Comisión Permanente de la FEREDE.* En similares términos se recoge para los judíos en el Acuerdo con la FCJE, salvo que en este se añade la exigencia de que el ministro de culto se halle en posesión de la titulación de Rabino. Y para los islámicos, lo destacable es que se habla de «dirigentes religiosos islámicos e Imanes de las Comunidades islámicas», en vez de utilizar la expresión *ministros de culto,* por mayor acomodo a su organización confesional.

---

[12] Sobre este tema, vid. Cubillas Recio (1985, p. 219 ppalmente) y Cubillas Recio 2000, p. 979).

[13] Sobre esta norma, vid. Pelayo Olmedo (2017).

[14] Vid. Ramírez Navalón (2016, pp. 57-58).

[15] En una respuesta del Gobierno a una pregunta escrita del Congreso, de 19 de marzo de 2018, aparece entre el número de ministros de culto inscritos: 622 católicos, mientras que ministros de otras Confesiones: budistas 11; evangélicos 35; musulmanes 15; ortodoxos 98; y Testigos de Jehová 396. Se advierte, además, que al tratarse de un Registro de reciente implementación, se está en la fase en la que se está presentando un elevado número de solicitudes [e_0080633_n_000.pdf (congreso.es) (consultada 28-10-2022)].

4.1.3. *Ministros de culto de las Confesiones con notorio arraigo*

Por lo que se refiere a los matrimonios de las Confesiones que han obtenido notorio arraigo en España, el texto del apartado 2, in fine, del art. 60 del Código Civil, requiere que la condición de ministro de culto se acredite mediante certificación de la Confesión[16]. Y el art. 58 bis, apartado 2, párr. segundo, de la LRC, viene a recoger en similares términos a los que hemos visto para los matrimonios de las Confesiones con Acuerdos, en orden a quienes deban considerarse ministro de culto, la exigencia de certificación confesional que acredite su dedicación estable a las funciones de culto o asistencia religiosa. De cualquier modo, el RD 594/2015, en su art. 18.1, establece, como hemos visto, la obligación de anotar en el RER a los ministros de culto que estén habilitados para realizar actos religiosos con efectos civiles y, de acuerdo con el apartado 5 del mismo artículo, debe ser suficiente dicha anotación registral para, en tanto esté vigente, servir también a efectos de mostrar su condición de ministro en relación con el matrimonio, siempre, claro está, que dicha condición no haya decaído en el ámbito confesional correspondiente[17]. Esto estaría en concordancia con lo dispuesto en ese mismo texto legal, ya que para efectuar aquella anotación se requiere la certificación de la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa a que pertenezcan que acredite tal condición, según el apartado 2 del mismo art. 18 del RD antedicho.

4.2. La certificación que acredita la propia celebración del matrimonio

4.2.1. *Certificación del matrimonio canónico*

Se ha insistido mucho en la certificación confesional del matrimonio atribuyendo a esta la fuerza determinante de la práctica de la inscripción, cuando en realidad el contexto jurídico no parece otorgarle esta función. Veamos.

El AAJ establece que se practicará la inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio, certificación que deberá contener los datos exigidos para su inscripción en dicho Registro (art. VI, apartado 1 y Protocolo Final en relación con este artículo y apartado).

Dicho lo cual, en el art. 63 del Código Civil, dedicado a la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, tras la redacción de este artículo por la Ley 15/2015 de 2 de julio, Disposición final uno, punto catorce, se sigue manteniendo, ciertamente, aquella expresión de la *simple presentación* de la certifi-

[16] Vid. Cubillas Recio (2022, p. 66).
[17] Vid. Pelayo Olmedo (2015, p. 56).

cación pero, a la vez, en el mismo texto, persiste la denegación de la práctica registral «cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez» se exigen en el propio Código Civil.

La redacción del Código Civil, a diferencia de la del Acuerdo, parece bastante clara en el sentido de que aquella *simple presentación* de la certificación eclesiástica solo puede referirse a que no se exige otro documento, de parte de los contrayentes, que dicha certificación. Al respecto, conviene recordar que, para la celebración del matrimonio canónico, no se requiere expediente civil previo, como en el caso del matrimonio de otras Confesiones, y, consiguientemente, no habrá certificación civil de la capacidad de los contrayentes. Tendrán, eso sí, que añadirse, en la certificación confesional, algunos datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil, como ordena el Protocolo Final en relación con el art. VI, apartado 1, del AAJ. Dichos datos son: la filiación de los contrayentes, lugar y fecha del nacimiento, así como lo relativo a su inscripción en el Registro Civil, localidad o demarcación, Tomo, página, estado civil, domicilio y nacionalidad, de los contrayentes. Datos estos que, en su mayoría, ya se han demandado en el expediente canónico previo a la celebración, solo con la particularidad de que este trámite puede no haberse seguido, ya que el Derecho canónico no lo prevé como un requisito de validez del matrimonio y tampoco se contempla ni en el AAJ, ni en el Código Civil, ni en la legislación del Registro Civil.

Se puede afirmar, en fin, que la certificación confesional se constituye en documento o título que legítima la inscripción, documento al que no se le puede calificar de documento público producido por el ejercicio de una función pública del asistente al matrimonio, ni siquiera, en su lugar, el acta del párroco, porque ni el Acuerdo lo reconoce explícitamente así, ni podría hacerlo en contra de la reserva competencial del Estado sobre la función pública, que vendría a poner en riesgo el principio de laicidad[18]. Refuerza lo antedicho, el hecho de que aquel documento, por sí solo, no sea suficiente para llevar a cabo la práctica real de la inscripción, y no lo es, por el control de legalidad previo a la inscripción que deben soportar todos los matrimonios de acuerdo con lo dispuesto en el art. 63, in fine, del Código Civil.

Las consideraciones precedentes nos llevan, en apretada síntesis, a deducir que la función capital de la certificación confesional del matrimonio es la de servir de medio probatorio de la celebración del mismo. La certificación operará, en su caso, como presupuesto no determinante de la práctica de su inscripción en el Registro Civil y no es determinante debido a que la inscripción deriva, en última instancia, de un reconocimiento civil previo del acto a que se refiere la propia certificación. La realidad del hecho y su efecto esen-

[18] En tal sentido, vid. Durán Rivacoba (1988, p. 50) y Pérez Álvarez (2015, pp. 254-255).

cial propio, esto es, el vínculo matrimonial, además de otros efectos —sin incluir el de perjudicar a nadie de buena fe que lo desconozca— no dependen de la certificación, ya que esta podría faltar y aquellos efectos subsistirían, aunque fueran otros los medios probatorios de los mismos sin que, por supuesto, contasen con el privilegio de prueba que asiste a la certificación. Solo así, entiendo, nos podemos acercar a una conciliación jurídica entre una certificación confesional con relevancia civil de documento probatorio de un hecho o acto previo y la laicidad del Estado, incluso, sobre la base de la autonomía confesional[19].

4.2.2. *Certificación de los matrimonios de las minorías religiosas*

4.2.2.1. Minorías con acuerdos

También los Acuerdos con FEREDE, FCJE y CIE, en su respectivo art. 7, se establece que, una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto 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 acta o expediente previo, debiendo remitirla por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine (art. 7.5 de FEREDE y de FCJE y art. 7.3 de CIE). Una certificación que, en el caso de estas minorías religiosas, deberá venir acompañada de la certificación acreditativa de la capacidad de la condición de ministro de culto o si se trata de matrimonio islámico, certificación acreditativa de la capacidad del representante de la Comunidad islámica para celebrar matrimonio. Igualmente, para la inscripción tardía, a que se refiere el apartado 6 del mismo artículo, se exige la presentación de la certificación diligenciada del mismo modo, es decir, con los mismos datos y junto a la misma certificación acreditativa respecto al ministro de culto o representante de la Confesión.

Lo mismo que he dicho supra, en relación con el matrimonio canónico, esta certificación confesional de las minorías religiosas con Acuerdos no puede considerarse un documento público, sino documento o título que también legitima la inscripción registral del matrimonio, siempre que venga acompañada de los documentos indicados. Y, en este caso, la consideración antedicha

[19] En relación con la autonomía confesional y para el ordenamiento italiano, vid. Chizzoniti (2000, pp. 113 y ss. y p. 182), y con referencia al Derecho español, por todos, Sánchez Llavero (2021, p. 321). Entiendo, no obstante, que la autonomía de las confesiones se restringe, en principio, a las certificaciones confesionales propias, decir, a las que tienen relevancia confesional exclusivamente por afectar solo a asuntos estrictamente religiosos, pero no a las que tienen reconocimiento de efectos civiles cuya fundamentación hay que traerla del derecho a la libertad religiosa, concretamente, del mandato dirigido a los poderes públicos de remover los obstáculos y establecer condiciones para que esa libertad sea real y efectiva (art. 9.2 CE).

viene avalada por la exigencia de expediente matrimonial civil, sobre la que se insiste en la nueva redacción del art. 65 del Código Civil para cuando, siendo necesario, no se haya tramitado antes de la celebración del matrimonio llevada a cabo ante el ministro de culto o autoridad religiosa competente. Lo que no solo infravalora la exigencia de expediente civil previo a la celebración del matrimonio, sino que también, por lo que aquí concierne, minimiza el valor de la certificación confesional.

4.2.2.2. Minorías con notorio arraigo, sin acuerdos

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en su Disp. final primera Doce, da una nueva redacción al art. 60 del Código Civil en el que se acoge, por primera vez, el reconocimiento de efectos civiles de los matrimonios celebrados en la forma religiosa prevista por las Iglesias, Confesiones, Comunidades religiosas que, inscritas en el RER, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España. Tal reconocimiento se condiciona, según el texto legal, a que se cumplan dos requisitos: la tramitación de un acta o expediente civil previo de capacidad matrimonial y que los contrayentes manifiesten libremente su consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad. Se trata pues, de una *forma mínima* legalmente exigida para la validez del matrimonio solemnizada, eso sí, de forma religiosa.

Además, serán necesarias dos certificaciones confesionales: la certificación relativa a la necesidad de acreditar la condición de ministro de culto, de la que hablamos en otro apartado de este trabajo, y la certificación referente a la celebración del matrimonio en forma religiosa. Sobre esta certificación poco podemos añadir a lo que hemos ya dicho respecto de las otras Confesiones, salvo señalar su inclusión en la fórmula general que utiliza el art. 63 del Código Civil cuando exige, para la práctica de la inscripción registral del matrimonio, la simple presentación de la certificación de la iglesia o confesión, comunidad religiosa o federación respectiva. Igual en lo concerniente a las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil, que deberán constar en dicha certificación, las mismas que para los matrimonios de las otras Confesiones, según el Anexo I a la Orden JUS/577/2016, de 19 de abril[20].

[20] La enumeración de estas circunstancias viene facilitada por el modelo al que deberán de adecuarse las certificaciones y que viene incorporado como Anexo I a la Orden JUS/577/2016, de 19 de abril, a saber, datos relativos a la identificación del ministro de culto oficiante o representante; datos relativos al Encargado/a del Registro Civil/Notario o Letrado de la Administración de Justicia que haya, en su caso, extendido el certificado anterior de capacidad matrimonial; datos relativos a la identificación de los cónyuges; confirmación de la celebración del matrimonio, así como ante quien lo han celebrado; identificación de los dos testigos mayores de edad; lugar de celebración, fecha y día, así como la firma de oficiante, contrayentes y testigos.

5. Certificaciones confesionales relativas a los lugares de culto

El fundamento primero del derecho de las Confesiones a constituir lugares de culto puede deducirse ya del propio texto constitucional del art. 16.1 de la CE, en concreto, del principio y derecho de libertad religiosa, ideológica y de culto allí consagrados, ya que, de otra forma, «no se podría ejercer la dimensión que caracteriza y diferencia a la libertad religiosa de las demás libertades»[21]. Después, en desarrollo de ese texto constitucional, la LOLR, integra en el derecho de libertad religiosa el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos (art. 2.2 de la LOLR)[22]. Lo que no hace la LOLR es definir el concepto de *lugar de culto,* lo cual parece bastante coherente con el principio de laicidad. Lo que sí hace la LOLR, en ese texto, cuando agrupa en el mismo derecho *lugares de culto* y *lugares de reunión* con *fines religiosos,* es dar a entender que esta finalidad religiosa es la que no puede faltar para cualificar un lugar como lugar de culto[23]. Lo cual, dicho sea de paso, los lugares de reunión admiten un concepto más amplio que los lugares de culto[24].

Parece claro, pues, que la definición de lugar de culto compete a las Confesiones y, por ende, emitir las certificaciones primeras que acrediten su existencia, lo cual es bastante congruente con la particular importancia que tienen para ellas los lugares de culto hasta poder considerar que forman parte de su estructura funcional[25]. Distinto es que esas certificaciones produzcan efectos civiles, puesto que la atribución de estos efectos incumbe al Estado y son estos efectos los que legitiman al Estado para establecer requisitos o exigencias para su consecución, siempre que no impidan el ejercicio de la libertad

---

[21] Castro Jover (2007, p. 12). La autora distingue las competencias que corresponden al Estado, de las que compete a las comunidades autónomas y a las administraciones locales, para la regulación de los lugares de culto, en cuanto manifestación de la libertad religiosa (Castro Jover, 2007, p. 13).

[22] Una interpretación amplia de este derecho, en Llamazares Fernández (2019, p. 29). El autor incluye, en este derecho, la competencia exclusiva de las confesiones para la creación de lugares de culto, su configuración y clausura, precisando que, tanto para su ubicación, como para su construcción, deban tenerse en cuenta el interés público y las leyes urbanísticas, es más, entiende que no se necesita licencia municipal de apertura, salvo en defensa del interés público y a los solos efectos de poder controlar que respetan y se acomodan, en zona dotacional, al PGOU. En la jurisprudencia, ya La STS de 18 de junio de 1992, en su FJ. Segundo, decía: «La precisión de si un local es o no lugar de culto corresponde a la propia Entidad religiosa, que es titular del derecho a establecerlos con fines religiosos (art. 2.2 de la LO 7/1980, de 5 julio) y, por consiguiente, del de manifestar cuáles son los que ostentan dicho carácter (...)».

[23] Sobre el tema, Rodríguez Blanco (2000, pp. 21 y ss.). También, a nivel jurisprudencial, STSJ de Andalucía 147/1997, de 10 febrero (FD segundo); STSJ de Valencia 995/1996, de 14 octubre (FD Tercero).

[24] Llamazares considera que, en los Acuerdos con protestantes, judíos y musulmanes se ha optado por una definición estricta de los lugares de culto (Llamazares Fernández, 2011, p. 568).

[25] Pelayo Olmedo (2015, p. 39).

religiosa proyectada, en este caso, al derecho de las Confesiones de establecer lugares de culto, y se tengan en cuenta el interés público y la legislación urbanística[26].

A los lugares de culto de las distintas Confesiones se han referido, aunque no de la misma forma, Acuerdos, normas reglamentarias y autonómicas. Veamos.

5.1. Lugares de culto católico

En relación con los lugares de culto católicos, el AAJ regula su inviolabilidad, su demolición y su posible expropiación forzosa (art. I.5 del AAJ), pero ni da una definición del concepto de *lugar sagrado* o de *lugar de culto,* ni establece requisitos para su consideración a efectos civiles, dando así por supuesto que, en el ordenamiento español, se acoge, implícitamente, la definición canónica del mismo, en otras palabras, se tendrá por *lugar de culto* el que así sea considerado en el Derecho canónico, aunque su denominación sea otra[27].

Sentada esa interpretación generalizada, yo diría que, más que una definición, lo que aquí debería interesar es el acto administrativo canónico que constituya un edificio, templo, capilla o lugar, en un lugar sagrado o de culto. Y, ya sea definición, ya acto canónico, lo relevante civilmente es que, una u otro operará, en su caso, como referencia o presupuesto de la norma civil que les atribuya efectos civiles, esto es, que les considere a estos efectos lugares de culto católico. Es más, el acto administrativo-canónico que constituya un lugar en *lugar de culto,* en buena lógica, debe comunicarse a la autoridad civil que corresponda en función de los efectos civiles derivados del mismo, comunicación que bien puede ser entendida como certificado o certificación de la existencia del lugar de culto de que se trate.

5.2. Lugares de culto evangélico, judío e islámico

Los Acuerdos con la FEREDE, FCJE y la CIE, en su respectivo art. 2, contienen una referencia explícita a sus lugares de culto y lo hacen con una definición similar en los tres Acuerdos. Así, viene a decirse que a todos los efectos, o efectos legales, son lugares de culto los edificios o locales que estén

---

[26] Castro Jover y M. Uriarte Ricote (2021, pp. 11 y 24-29, ppalmente, así como jurisprudencia allí citada). AsImismo, sobre el tema, vid. STS de 24 junio 1988; STS de 18 junio 1992 (FD Tercero); STSJ de Madrid 351/2002, de 9 de abril.

[27] Vid. Castro Jover (2007, p. 15); Castro Jover y M. Uriarte Ricote (2021, pp. 13 y 15); Llamazares Fernández (2011, p. 568); Rodríguez Blanco (2000, p. 35); Vázquez García-Peñuela (2012, pp. 9-11) y Aznar García (2022, p. 28).

destinados de forma *permanente y exclusiva* a las funciones de culto o asistencia religiosa[28].

Se trata de una *definición acordada* de lugares de culto que, en mi criterio, no deja suficientemente clara la *participación* del Estado en la misma, en concreto, la duda consiste en saber, si el Estado, mediante el Acuerdo, está asumiendo la definición confesional y solo implementa requisitos a efectos civiles o si construye conjuntamente con la Confesión una definición civil-confesional de lugar de culto. Se entienda como se entienda y sin perjuicio de que la una sea más coherente, que la otra, con la laicidad del Estado, lo que el texto acordado deja meridianamente claro es que no es suficiente la definición de la Confesión de sus lugares sagrados o de culto para que automáticamente sean considerados como tales a efectos civiles, y no lo es porque, para que estos efectos se produzcan, tienen que concurrir los requisitos que se establecen en el art. 2 de dichos Acuerdos, entre los que se encuentra, recordemos, la certificación confesional de los mismos[29].

Por tanto, la sola calificación confesional de un edificio o local como lugar de culto no pasaría de su equiparación a cualquier otro edificio o local civil, y tal edificio o local no se constituiría en el presupuesto de una norma estatal específica que otorgase efectos civiles en atención a su especificidad de lugar de culto. Para que tenga lugar ese presupuesto debe cumplirse la exigencia, concordada y añadida, de la certificación confesional de que el edificio o local se dedicará permanente y exclusivamente a los fines que se especifican. Y si no queda suficientemente claro, en los textos concordados, que algunos de esos fines sean estrictamente religiosos, lo que sí dejan entrever es que deben ser los predominantes para el lugar de culto. De cualquier modo, sería al Estado a quien incumbiría, en su caso, juzgar y probar lo contrario[30].

Son, pues, dos los requisitos concordados —destino y certificación confesional— cuyo cumplimiento hará que determinados edificios o locales sean

---

[28] Esas funciones aparecen en el art. 2.1 del Acuerdo con la FEREDE, a las que se añade «formación» en el Acuerdo con la FCJE, art. 2.1, y en el Acuerdo con la CIE, art. 2.1, se precisa que son «Mezquitas o lugares de culto de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la «Comisión Islámica de España» los edificios o locales destinados de forma exclusiva a la práctica habitual de la oración». No obstante, a este respecto, A. Fernández-Coronado señala que, no siempre estuvieron en la mente de las Confesiones aceptar la dedicación exclusiva de los lugares de culto, sino que los propios Proyectos de los Acuerdos hablaban de »permanente y vigente», pero prevaleció el mantenimiento del carácter »exclusivo», para evitar su posible confusión con los domicilios particulares y para hacer posible la concesión de un régimen jurídico especial a los mismos (Fernández-Coronado, 1995, pp. 85 y 96).

[29] La definición de lugar de culto es sumamente importante, no solo para autorizaciones y licencias urbanísticas para su construcción, apertura, etc., sino incluso para su protección frente a los ataques que pudieren sufrir determinados lugares de culto, además de los dirigidos a los miembros de las Confesiones que se encuentren eventualmente en los mismos. Vid. Castro Jover y M. Uriarte Ricote (2021, pp. 18-20), donde se encuentra una particular referencia al *Plan de Acción de Naciones Unidas* para la salvaguarda de los lugares de culto; Murillo Muñoz (2014b, pp. 885-888) y Murillo Muñoz et al. (2016, pp. 70 y ss.).

[30] Vid., en este sentido, Llamazares Fernández (2011, pp. 597-598).

considerados como lugares de culto y se deriven, en el ordenamiento español, los efectos que se detallan en los correspondientes apartados del mismo art. 2 de los respectivos Acuerdos. En los tres Acuerdos se habla de los efectos referentes a la inviolabilidad de los lugares de culto; a los supuestos de expropiación forzosa y a la posibilidad de ser demolidos. Y en los Acuerdos con la FCJE (art. 2.5) y con la CIE (art. 2.4), se añaden referencias a su posible anotación en el RER, cuya certificación registral podrá, así mismo, dar fe de su cualidad de lugares de culto a efectos civiles y administrativos ante las Administraciones en general.

Así y todo, la mención concordada de aquellos requisitos, como digo, se acomodará en la mayoría de los casos a la concepción que tiene cada una de las Confesiones acerca de sus lugares de culto, lo que no incluirán en su definición es la garantía sustancial y formal que pretende, a este respecto, el Estado. Recordemos. El Acuerdo con la FEREDE establece que los edificios o locales, para tenerlos a todos los efectos como lugares de culto, estén determinados de forma permanente y exclusiva a las funciones de culto o asistencia religiosa y que así se certifique por la Iglesia respectiva con la conformidad de la Comisión Permanente de la FEREDE[31]. El Acuerdo con la FCI, simplemente añade a las funciones de culto o asistencia religiosa la de formación, y que la certificación lo sea por la Comunidad respectiva con la conformidad de la Secretaría General de la FCJE. Y en el Acuerdo con la CIE se amplía la especificidad y se habla de Mezquitas o lugares de culto y de edificios o locales destinados de forma exclusiva a la práctica habitual de la oración, formación o asistencia religiosa islámica, y que ello se certifique por la Comunidad respectiva, con la conformidad de dicha Comisión.

De modo que, los lugares de culto de estas Confesiones están abiertos para celebrar actividades no calificables como estrictamente religiosas, pero sí dejan muy claro que la finalidad fundamental de sus templos o locales de culto lo es el culto, la oración o el rezo[32]. Es más, el RD 594/2015, en su art. 17, dedicado a la anotación de lugares de culto, al exigir como uno de los requisitos, para proceder a esta anotación registral, la aportación de certificado que acredite su condición de lugar de culto, precisa «por su dedicación

[31] Sobre la introducción de la expresión «dedicación permanente y exclusiva» en los Proyectos de los Acuerdos con FEREDE y FCI y su mantenimiento, a pesar de la pretensión de la FEERI de eliminar el carácter exclusivo, así como su fundamento, vid. Fernández-Coronado (1995, pp. 85 y 96).

[32] En el *islam* se deja muy claro que la actividad principal en las mezquitas son el culto, la oración o el rezo, si bien se enuncian otras como charlas sobre diversos temas, lectura y enseñanza del Corán y del árabe, además de otras, como actividades sociales y comunitarias, destacando, entre estas, servir como punto de encuentro y de intercambio para los miembros de la Comunidad religiosa. Así aparecen en: https://ucide.org/federacion/actividades/ y en Elementos de una Mezquita (lamercedmigraciones.org) (consultadas 28-10-2022). En el caso de los *evangélicos,* también señalan como actividades principales realizadas en sus locales de culto, el culto, la oración y el estudio bíblico, pero además se abren, entre otras, para reuniones y encuentros. Y para los *judíos,* la sinagoga es un lugar de reunión, de enseñanza, de estudio y, sobre todo, de oración y lectura de la Torá, formación religiosa y moral (vid., Pérez Álvarez, 2010, pp. 197 y 200).

principal y permanente al culto y la asistencia religiosa», sin insistir, pues, en la exclusividad.

De ahí que la eficacia civil de esta certificación pende siempre del cumplimiento de aquellos requisitos y que, cuando no se den estos, decline su eficacia y, por ende, la cualificación de un edificio o local como lugar de culto a efectos civiles[33]. Algo que, por otra parte, da a entender lo dispuesto en el art. 17.3 del RD 594/2015, en cuanto a la cancelación de la anotación de lugares de culto, cuando mediante certificado confesional se acredite su desafección como lugar de culto de la entidad religiosa de que se trate.

5.3. Lugares de culto de otras confesiones

Lo primero que debemos decir es que el establecimiento de lugares de culto no puede condicionarse a si las Confesiones tienen o no acuerdos con el Estado, precisamente, por responder al ejercicio de la libertad religiosa, y si esto es así, ni qué decir tiene que la igualdad de todos en el ejercicio de este derecho impide que la ausencia de acuerdos obstaculice el derecho de las Confesiones a establecer sus lugares de culto. De modo que este derecho, a tenor del propio artículo 2.2 alcanza a todas las confesiones religiosas inscritas y no inscritas en el RER y, por consiguiente, tengan o no tengan personalidad jurídica[34]. Otra cosa es que la inscripción de las Confesiones y la anotación registral de los lugares de culto sean exigidas para obtener determinados efectos civiles o beneficios sociales, por ejemplo, los relacionados con la declaración de notorio arraigo o los referidos a su establecimiento o apertura en concretas ubicaciones urbanas.

Con el primer ejemplo, me refiero al supuesto en el que las Confesiones inscritas soliciten el certificado de notorio arraigo, en cuyo caso la condición de lugares de culto cuenta como uno de los elementos favorables recogido entre los requisitos establecidos en el art. 3 del RD 593/2015, para lograr la

[33] Los Acuerdos no lo recogen exactamente con idénticas expresiones, pero en la práctica vienen a ser los mismos requisitos, en particular, que los edificios o locales para que sean considerados lugares de culto tengan un destino permanente y exclusivo a las funciones que se indican. Así, el art. 2.1, de los respectivos Acuerdos, dice: «edificios o locales que estén destinados de forma permanente y exclusiva a las funciones de culto o asistencia religiosa» (FEREDE); «edificios o locales que estén destinados de forma permanente y exclusiva a las funciones de culto, formación o asistencia religiosa» (FCJE); y «edificios o locales destinados de forma exclusiva a la práctica habitual de la oración, formación o asistencia religiosa islámica» (CIE). En cambio, el RD 594/2015, de aplicación general y de forma más suave, prescinde del término *exclusividad* y se refiere a «dedicación principal y permanente», en estos términos: «La solicitud de anotación se presentará por el representante de la entidad o persona debidamente autorizada a la que se acompañará: (...) *b*) Certificado que acredite su condición de lugar de culto por su dedicación principal y permanente al culto y la asistencia religiosa (...)» [art. 17.2 b)].

[34] Vid., por todos, Castro Jover (2007, pp. 13-14 y 46-47); Castro Jover (2020, pp. 944-945) y Castro Jover y M. Uriarte Ricote (2021, p. 12).

declaración de ese notorio arraigo. Se cuenta, así mismo, con la ventaja de que el RD 594/2015, art. 17.2 *b*), prevé menos exigencias para adquirir la condición de lugares de culto que las previstas para las Confesiones minoritarios que tienen Acuerdos con el Estado, en concreto, se exige dedicación principal y permanente al culto y asistencia religiosa, pero no la exclusividad a que aluden los Acuerdos. También, en este caso, hay que insistir en la competencia del Estado para juzgar sobre esa dedicación principal y permanente y en que el contenido de la certificación se reduce a la acreditación de que el lugar de culto tiene esa dedicación al culto y a la asistencia religiosa.

Con el segundo ejemplo, me refiero al hecho de que la inscripción de la Confesión en el RER y la anotación registral de los lugares de culto se hacen prácticamente necesarias, principalmente, cuando se trata de locales o edificios, puesto que el certificado de la inscripción en este Registro vendrá a ser requerido en cuanto a la apertura de un lugar de culto, porque así lo exijan distintos tipos de normas, incluidas ordenanzas municipales[35].

De ahí la importancia de lograr para el lugar de culto su consideración como tal a efectos civiles, una consideración que, por mor de la laicidad, deberá tener como presupuesto inexcusable la definición confesional del lugar de culto[36]. Indudablemente que pueden exigirse, además, una serie de requisitos a los solos efectos civiles, entre otros, precisamente la certificación de la autoridad religiosa competente para su emisión, pero en ningún caso requisitos que puedan obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho de las confesiones a establecer lugares de culto cuando no se ponga en riesgo el interés público o el orden público, de otra forma, en la generalidad de los casos, aquel derecho de las Confesiones a establecer lugares de culto quedaría, fácilmente, vacío de contenido.

5.4. Referencia a nivel autonómico de lugares y centros de culto

5.4.1. *Ley 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto, de Cataluña*

Esta Ley es el primer texto a nivel autonómico que regula los *centros de culto* y que ha tenido su desarrollo reglamentario con el Decreto 94/2010, de

[35] A título de ejemplo, podemos traer la exigencia legal de acreditar la inscripción en el Registro estatal de Entidades Religiosas, a nivel estatal y para la apertura de lugares de culto, la Disp. adicional decimoséptima de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y a nivel autonómico, la establecida en la Disp. adicional segunda de la citada Ley 16/2009, para poder solicitar la licencia urbanística y la licencia municipal de apertura y uso de centros de culto o la cesión o autorización para el uso esporádico de equipamientos o espacios de titularidad pública con finalidades religiosas. Sobre el tema, Castro Jover (2007, pp. 9-48); Castro Jover y M. Uriarte Ricote (2021, p. 12); Rodríguez García (2003); Rodríguez García (2020, pp. 237-258) y Rodríguez García (2022, pp. 241-272).

[36] En el mismo sentido, Castro Jover y M. Uriarte Ricote (2021, pp. 14 y 15).

20 de julio[37]. La ley tiene como referente superior los Acuerdos con las Confesiones, según el tenor de su Disp. adicional primera[38].

Algo que conviene aclarar antes de seguir, es que si bien la Ley, a diferencia de los Acuerdos, opta en la propia intitulación por la denominación de *centros de culto,* en la práctica, parece razonable que se equiparen las dos denominaciones, puesto que la propia Ley utiliza lugares o lugar de culto en sus arts.2, 5, 8 y 12.

En la misma línea, habría que salvar el hecho de que esta Ley acoja en su texto una definición de *centros de culto* que ni coincide exactamente con la definición de *lugares de culto* que pudiera desprenderse de la LOLR, ni con la deducida de los textos de los Acuerdos suscritos con la FEREDE, FCJE y la CIE (1992). Vendría a coincidir con la que se desprende del RD 594/2015, si no fuera por la precisión que se hace en la Ley para entender por centro de culto el edificio o local de *concurrencia pública,* de titularidad pública o privada, es decir, abierto, en cualquier caso, al público.

Aparte del comentario crítico que nos merezca esta Ley[39], aunque sea de forma muy sintética dejaré, aquí, dos consideraciones acerca de la definición que recoge de *lugares de culto*[40].

1. La definición de la Ley, a diferencia de los Acuerdos, integra en su alcance, incluso, fenómenos culturales, ya que no hace referencia a que los edificios o locales estén destinados de forma permanente y *exclusiva* a las actividades de culto. No se requiere, pues, la exclusividad que aparece en aquellos Acuerdos, por consiguiente, tal definición resulta bastante más abierta a la diversidad del fenómeno religioso colectivo.
2. La Ley entiende por *centro de culto,* el edificio o local reconocido, *declarado o certificado* por la respectiva iglesia, dando así al certifica-

[37] Deberán tenerse en cuenta, también, el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo catalana, así como la Ley 27/2013, por la incidencia que tiene sobre la Ley 16/2009, ya que sus disposiciones son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas. Vid., a este respecto, Rodríguez García (2014, p. 515). Del mismo autor, sobre la regulación catalana de los centros de culto, Rodríguez García (2011a, pp. 54-60, ppalmente); Rodríguez García (2009, pp. 403-441); Rodríguez García (2011a); Rodríguez García (2011b, pp. 147-176); Rodríguez García (2011c, pp. 157-186) y Rodríguez García (2011d, pp. 58-74).

[38] La disp. adicional primera se expresa en los siguientes términos: «Lo establecido por la presente ley se entiende sin perjuicio de los acuerdos suscritos con la Santa Sede y de las normas con rango de ley que aprueban los acuerdos de cooperación firmados con las iglesias, las confesiones y las comunidades religiosas».

[39] Vid., por todos, una extensa crítica de esta Ley en Rodríguez García (2011a, y, de forma sucinta, pp. 157 y ss.).

[40] El art. 3 de la Ley catalana da una definición de *centro de culto* en los siguientes términos: «A los efectos de lo establecido por la presente ley y las disposiciones normativas que la desarrollen, se entiende por centro de culto el edificio o local de concurrencia pública, de titularidad pública o privada, reconocido, declarado o certificado por la respectiva iglesia, confesión o comunidad religiosa reconocida legalmente de acuerdo con la Ley orgánica de libertad religiosa, y destinado principalmente y de forma permanente al ejercicio colectivo de actividades de culto».

do o certificación confesional el mismo valor que al reconocimiento o declaración de centro de culto. Lo que distancia, en mi criterio, esta certificación de la que se prevé en aquellos Acuerdos.

Por cierto, en el mismo sentido que la citada Ley, el RD 594/2015, en lo concerniente a la anotación de lugares de culto en el RER, en su art. 17.2 b), como vimos supra, exige, para practicar dicha anotación, entre otros requisitos, que acompañe a la solicitud «certificado que acredite su condición de lugar de culto por su dedicación *principal* y permanente al culto y la asistencia religiosa». Luego, en esta norma estatal no se exige, tampoco, que dicha dedicación sea *exclusiva*. Quiere esto decir, que la certificación no tiene que recaer sobre la exclusividad, sino sobre algo más general.

5.4.2. *Proyecto de Ley, de 6 de julio de 2021, de lugares o centros de culto y diversidad religiosa en la Comunidad Autónoma del País Vasco*

A diferencia de la Ley catalana, este Proyecto usa explícitamente ambas denominaciones como equiparadas ya en su propia intitulación[41].

Así mismo, por resaltar aquí algún otro aspecto, el Proyecto, en su art. 4[42], contiene una definición de lugar o centro de culto, donde se exige el requisito de que haya un reconocimiento expreso como tal centro o lugar de culto por parte de la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa exigiendo, a la vez, que tenga personalidad jurídica de acuerdo con la LOLR.

De forma que será necesario un documento certificativo por parte de la Confesión, en tal sentido, así como necesaria su comunicación previa ante el Ayuntamiento para la apertura de un lugar o centro de culto, que deberá ir acompañada del certificado emitido por el RER que acredite dicha personalidad y en el que conste la ubicación del centro de culto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8 del Proyecto[43].

---

[41] El texto de este Proyecto Ley, todavía en su recorrido parlamentario, puede verse en BO del Parlamento Vasco, núm. 49, de 9 de julio de 2021. Vid., sobre el tema, Castro Jover, A. y Uriarte Ricote (2021, p. 7).

[42] Los términos en los que se expresa son los siguientes: «Se entiende por lugar o centro de culto el edificio, local o dependencia aneja de pública concurrencia, sea cual fuere su titularidad, pública o privada, destinado, principalmente y de forma permanente, a la práctica del culto, a la realización de reuniones de finalidad religiosa, y a la formación o la asistencia de tal carácter, siempre y cuando haya sido reconocido expresamente como tal centro por la correspondiente iglesia, confesión o comunidad religiosa con personalidad jurídica, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa».

[43] El art. 8 del Proyecto establece: «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

6. Certificaciones confesionales relativas a la Seguridad Social de los ministros de culto

6.1. Inclusión en la Seguridad Social por medio de la asimilación a los trabajadores por cuenta ajena, sin que comporte una equiparación total

En la regulación de este tema podemos decir que se ha pasado desde la exclusión a la inclusión de los ministros de culto en el Régimen General de la Seguridad Social, y se ha hecho con una cobertura próxima a la prevista para los trabajadores por cuenta ajena, sin que esto vaya a significar su calificación como trabajadores o asalariados, ni que su relación con la Seguridad Social traiga causa, necesariamente, de un contrato de trabajo[44].

En efecto, en la anterior legislación, el Decreto 907/1966, de 21 de abril, parecía excluir, implícitamente, a los ministros de culto de su inclusión en la Seguridad Social, ya que se refería, a efectos de su inclusión, solo a los laicos o seglares que prestasen servicios retribuidos en los establecimientos o dependencias de las Entidades o Instituciones eclesiásticas, según su art. 61, exigiendo, a la vez, un acuerdo especial con la Jerarquía Eclesiástica en orden a la situación de los trabajadores laicos o seglares que prestasen sus servicios retribuidos a organismos o dependencias de la iglesia y cuya misión primordial consista en ayudar directamente en la práctica del culto.

De modo que no podemos hablar de aquella inclusión de los ministros de culto en la Seguridad Social hasta el RD 2398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del Clero, el cual se ocupa de extender la cobertura de la Seguridad Social a los Ministros de la Iglesia católica y demás Iglesias y Confesiones religiosas, disponiendo su inclusión en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen (art. 1.1). Solo que a pesar de esa referencia general a las Confesiones, el RD únicamente contempla como ya incluidos en ese régimen, y por medio de su asimilación a trabajadores por cuenta ajena, a los Clérigos diocesanos de la Iglesia católica, dedicando a estos una primera regulación[45].

En consonancia con lo dicho, el primer desarrollo de ese RD, tuvo lugar con la Orden de 19 de diciembre de 1977, precisamente, por la que se regulan

---

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».

[44] En el mismo sentido, ver el apartado V del Dictamen del Consejo de Estado 690/2005, de 11 de mayo; y el apartado III del Dictamen del Consejo de Estado 2198/2007, de 22 de noviembre.

[45] El RD citado en el texto traía su legitimación del entonces vigente Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que aprobaba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social [art. 61.1 que se remitía a lo dispuesto en el art. 7.1 *a*)], sustituido, después, por RDL 1/1994, de 20 de junio [arts. 97.1 y 7.1 *a*)]; y actualmente por RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social [artículos 136.1 y 7.1 *a*)].

determinados aspectos relativos a la inclusión del Clero Diocesano de la Iglesia Católica en el Régimen General de la Seguridad Social. Después, el propio RD sufriría una modificación, por el RD 1613/2007[46], centrada en el tema de las exclusiones sociales relativas a los Clérigos diocesanos de la Iglesia católica.

A estas normas, les seguirán otras referidas a los ministros de otras Confesiones: adventistas (Orden de 2 de marzo de 1987, derogada por RD 369/1999[47]), evangélicos (Acuerdo de 1992, RRDD 369/1999 y 839/2015), judíos (RD 2398/1977 y Acuerdo de 1992), islámicos (Acuerdo de 1992 y RD 766/2006), ortodoxos (RD 822/2005) y testigos de Jehová (RD 1614/2007)[48].

Todos esos textos vienen a conformar, digámoslo así, una regulación específica en atención a las peculiaridades de los distintos colectivos, sin que ello impida ver una «progresiva equiparación» entre los ministros de distintas Confesiones[49]. Una regulación que pone de manifiesto la importancia de las certificaciones confesionales en el ámbito de la Seguridad Social de los ministros de culto. Veamos.

En cuanto a los *ministros católicos,* procede su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, por asimilación a trabajadores por cuenta ajena, cuando concurren los siguientes circunstancias: que se trate de Clérigos diocesanos que desarrollen su actividad pastoral al servicio de Organismos diocesanos o supradiocesanos; que hayan sido designados por el Ordinario competente y que perciban por ello una dotación base para su sustentación (art. 1 del RD 2398/1977 y de la Orden de 19 de diciembre de 1977). Pero no sólo, porque, aunque no se diga expresamente, la confluencia de tales circunstancias deberá acreditarse, ante la Administración de la Seguridad Social.

Nada se establece en lo atinente a *certificaciones, certificados o comunicaciones de los ministros de culto católicos.* Debemos, pues, entender que corresponderá al Ordinario competente —en general, Obispo, o en su lugar, Vicario general o Vicario episcopal— emitir la certificación acreditativa del cumplimiento de aquellos requisitos exigidos para la asimilación del clérigo a trabajador por cuenta ajena, de acuerdo con lo dispuesto en el RD 2398/1977 y en la Orden de 19 de diciembre de 1977 por las que se establecen su inclusión y las prestaciones excluidas. La certificación, por lo demás, supone la responsabilidad de las diócesis o, en su caso, Organismos supradiocesanos, de asumir los derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social, que deberán estar inscritos en dicho Régimen (arts. 4 y 5 de la citada Orden).

---

[46] RD 1613/2007, de 7 de diciembre, que modifica el RD 2398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del Clero.

[47] Una vez integrados los adventistas en la FEREDE, recibirán la misma protección que reciben todos los evangélicos pertenecientes a esta Federación.

[48] Sobre estas normas, vid. Vidal Gallardo (2007, pp. 819-844); Vidal Gallardo (2020, pp. 147-170) y Vidal Gallardo (2022, pp. 359-386).

[49] Vid., al respecto, Vidal Gallardo (2015, pp. 615-631); Vidal Gallardo (2018, pp. 287-297) y Vidal Gallardo (2016, pp. 207-222).

Mención aparte, merece la situación de los *ministros y religiosos secularizados de la Iglesia católica,* en lo atinente a los períodos cotizados reconocidos en la Seguridad Social, para los cuales aparece la exigencia de certificación confesional, en orden a lograr su pensión de jubilación (arts. 2.2 y 2.4 de los RRDD 487/1998, de 17 de marzo, y RD 2665/1998, respectivamente), expedida por el Ordinario correspondiente o respectivo.

Prácticamente, las condiciones previstas para los ministros católicos son las que, por disposición del art. 5 del Acuerdo con la FCJE, van a regir para los *ministros judíos*, en orden a su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante asimilación a trabajadores por cuenta ajena. Solo que, a diferencia de lo que ocurre con la Iglesia católica, que parece darse por supuesta una remisión a su ordenamiento para determinar los ministros o clérigos destinatarios, en el caso de los judíos hay que estar a lo dispuesto en el art. 3 del Acuerdo, es decir, ha de tratarse de Rabino que desempeñe funciones religiosas con carácter estable y permanente. Cualidades estas que han de acreditarse mediante certificación expedida por la Comunidad a la que pertenezcan, con el Visado de la Secretaria General de la FCJE. Ahora bien, como cabe la posibilidad, según prevé el mismo texto, de que esta certificación confesional haya sido incorporada al RER, una certificación registral de este Registro será suficiente a efectos, también, de Seguridad Social del Rabino, puesto que aquella certificación confesional incorpora la acreditación del carácter estable y permanente de sus funciones religiosas junto a la acreditación de su condición de Rabino, según se desprende de los arts. 3 y 5 del propio Acuerdo.

En el caso de los *ministros evangélicos*, además de la estabilidad en el desempeño de las funciones de culto o asistencia religiosa, de conformidad con los arts. 3 y 5 del Acuerdo con la FEREDE, se les exige, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, según art. 2 del RD 369/1999, que no se lleve a cabo a título gratuito. La concurrencia de ambas cualidades, que deberán acreditarse mediante certificación confesional —emitida por la Iglesia o Federación de Iglesias respectiva—, es esencial para la inclusión de dichos ministros en la Seguridad Social, como viene poniéndose de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Supremo (TS)[50].

A tal certificación acompañará certificación emitida por el RER, que acredite la inscripción de la entidad religiosa a la que pertenezca el ministro de culto, así como la anotación registral de dicho ministro, si así constara (art. 2 del RD 369/1999)[51]. Recuérdese, a este respecto, lo dispuesto en el art. 18 del RD 594/2015, sobre la posibilidad de las Entidades religiosas inscritas de anotar a sus ministros de culto en el RER y, en todo caso, la obligación de hacer-

[50] Ver STEDH de 3 de abril de 2012 (caso Manzanas Martín c. España); STC 74/2020, de 29 de junio de 2020; ATS de 23 de enero de 2019. Sobre la STC, vid. Fernández Collados (2021, pp. 265-273) y Rivas Vallejo (2020, p. 5, ppalmente).

[51] Ver el art. 2 del RD 369/1999, en su nueva redacción dada por RD 839/2015.

lo cuando se trate de ministros que estén habilitados para realizar actos religiosos con efectos civiles, para lo cual se requerirá certificación confesional que acredite tal condición. Certificación que, después, de acuerdo con el apartado 5 de mismo art. 18, servirá como prueba suficiente para acreditar dicha cualidad la propia certificación registral de la anotación del ministro de culto[52]. Solo que no será bastante esta certificación a efectos de Seguridad Social, si no se complementa con aquella certificación acerca de la no gratuidad de las funciones del ministro de culto. Sería, pues, conveniente y práctico que la propia Confesión integrase esta cualidad en la primera certificación confesional, y lo mismo habría que propugnar para las demás Confesiones.

De forma muy similar, en cuanto a los *ministros islámicos* —dirigentes religiosos islámicos e imames— además de su dedicación, con carácter estable, a la dirección de las Comunidades islámicas, a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica, según los arts. 3.1 y 5 del Acuerdo con la CIE, el art. 2 del RD 176/2006, de 10 de febrero, exige, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, que estas funciones no se realicen a título gratuito. Así mismo, la acreditación de estos extremos se hará mediante certificación expedida por la comunidad respectiva, debidamente inscrita en el RER, con la conformidad del secretario general de la CIE.

En parecidos términos, el art. 2 del RD 822/2005, de 8 de julio, a los *Ortodoxos Rusos del Patriarcado de Moscú en España* también les exige que su dedicación, además de estable y *exclusiva,* sea remunerada y que así se acredite mediante certificación confesional expedida por el Patriarcado de Moscú en España.

En cambio, a diferencia de los anteriores, a los *Testigos de Jehová,* el art. 2 del RD 1614/2007, de 7 de diciembre, si bien mantiene la exigencia de que su dedicación sea de forma permanente a funciones misionales, pastorales o de formación religiosa, no requiere que tales funciones no se ejerzan a título gratuito. Lo cual supone un trato específico para con los Testigos, en atención a la peculiaridad de no tener ánimo de lucro y ser *mantenidos* y *alojados* por la Orden[53]. Asimismo, se regula que de forma complementaria puedan dedi-

---

[52] En el mismo sentido, con anterioridad a la citada norma y siendo la inscripción potestativa (Murillo Muñoz, 2014, p. 468). La autora ya señalaba, entonces, que la inscripción de los representantes legales terminaba siendo regla general, lo que ahora viene a reflejar el art. 18.5 del citado texto en cuanto a la anotación registral del ministro de culto, bien es cierto que, señalando una vigencia, para el certificado de dos años pudiendo ser renovado por iguales períodos. Sobre este tema, vid. Pelayo Olmedo (2015, p. 56).

[53] Dicha peculiaridad fue expuesta por la propia Confesión respecto del texto del proyecto del RD, de 9 de octubre de 2007, y fue resaltada por el propio Consejo de Estado en su Dictamen 2198/2007, relativo a ese RD, como posible dificultad para la aplicación del texto reglamentario, proponiendo, a su vez, seguir el criterio, recogido en el inciso final del art. 1 del RD 3325/1981, de 29 de diciembre, utilizado para la inclusión de los religiosos y religiosas de la Iglesia católica en la Seguridad Social, en el que se hace referencia a desarrollar su actividad bajo las órdenes de sus superiores respectivos y para la Comunidad religiosa a la que pertenecen. No obstante, se ha apuntado que el mantenimiento y alojamiento por parte de la Orden suponen una «retribución en especie que eliminan cualquier atisbo de gratuidad en la prestación de la actividad religiosa» (Cañamares Arribas, 2021, nota 31, p.12).

carse a otras actividades que resulten necesarias para el cumplimiento de los fines de la Confesión religiosa en las que están integrados. La acreditación de tales extremos se realizará mediante certificación confesional expedida por la Junta Directiva de los Testigos Cristianos de Jehová en España.

6.2. Hacia la equiparación con los trabajadores por cuenta ajena

La equiparación de los ministros de culto con los trabajadores por cuenta ajena puede encontrar algún obstáculo en aquellas Confesiones que, como la Iglesia católica, no han considerado a sus ministros incluidos en esta categoría, o ni siquiera la actividad que realizan como una actividad laboral, habida cuenta de la espiritualidad que entraña su desarrollo. No así, las Confesiones que no han tenido ningún problema en presentar a sus ministros de culto como trabajadores en orden a su filiación a la Seguridad Social, cubriendo las notas de asalariados y ellas mismas como empleador o empresario, en definitiva, «trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona», como ha venido requiriendo el Estatuto de los Trabajadores (ET), art. 1, en sus distintas redacciones (1980, 1995, 2015), sin contemplar a los ministros de culto en ninguna de las exclusiones previstas en el art. 2 de ese ET[54]. A mayor abundamiento, recuérdese que con anterioridad al RD 369/1999 la mayor parte de los ministros evangélicos estaban afiliados y en alta al Régimen General de la Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena[55].

De otra parte, una vez asimilados, según Acuerdos y normativa específica, los ministros de culto a los trabajadores por cuenta ajena y las Confesiones a los empresarios laborales, no deberían de presentarse, por mor de los principios de igualdad y no discriminación y laicidad, graves dificultades para transitar, en un futuro próximo, a la aplicación del Régimen General de la Seguridad Social equiparando en su totalidad a los ministros de culto con los trabajadores por cuenta ajena y más cuando el propio ministro y su respectiva Confesión así lo soliciten y justifiquen[56]. Lo que comportaría, así mismo, igualdad en cuanto a todo lo concerniente a las reglas de Seguridad Social

[54] Ver STS de 14 mayo 2001, y con anterioridad, entre otras, STSJ de Cantabria 887/1993 de 17 noviembre y STC 63/1994 de 28 febrero.

[55] Vid. Fernández Collados (2021, p. 6).

[56] No resultan muy positivas, al respecto, las argumentaciones esgrimidas en la STS de 14 de mayo de 2001 y, en particular, de su FD 3.º y 6.º, donde viene a exigir, prácticamente, que la calificación como trabajador por cuenta ajena exige que los ministros del culto desempeñen funciones ajenas a las propias del culto y asistencia religiosa y otras inherentes a su status; argumentaciones cuya base se encuentran en la idea de que la declaración de «asimilados a trabajadores por cuenta ajena» solo responde a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, sin que ello convierta a los ministros de culto a trabajadores por cuenta ajena, puesto que para obtener esta calificación sería necesario que su actividad se subsuma dentro de la participación en la actividad productiva a que se refiere el ET.

sobre cotizaciones sin necesidad del acomodo jurídico que ahora se produce, en función de la acción protectora o prestaciones, atendiendo a la singularidad de cada Confesión[57]. La jurisprudencia no ha seguido esta línea, pero los tiempos marcan otro paso, sobre todo, porque el fenómeno religioso colectivo resulta hoy día tan diverso[58].

Con todo, las Confesiones religiosas deberían esperar menos de los Acuerdos con el Estado y del principio de cooperación y transitar hacia la normativa para todos, precisamente, para no convertir lo que, en su día, suponía un privilegio o favor, en un perjuicio o disfavor del ministro de culto[59]. El camino en esa dirección está casi recorrido, después de que la actividad del ministro de culto ya se asimila a la actividad laboral y su compensación o remuneración a la remuneración del trabajador. El último tramo se cumplirá cuando la asimilación pase a ser equiparación total. Esto ocurrirá para todos aquellos ministros de culto que realicen una actividad con características, *mutatis mutandis,* a las que realizan los trabajadores en general, pero también cuando la actividad «espiritual religiosa» sea considerada, a efectos legales, producto de un esfuerzo intelectual, independientemente del significado propiamente religioso. En cuyo caso, ya no procederían exclusiones, ni diferencias en cuanto a las prestaciones, ni distintas tablas de cotizaciones.

Si esto sucediese, la relación del ministro de culto con la Seguridad Social ya no dependería tanto de la certificación confesional, como de la actividad misma, en orden a su afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 16 del RDL 8/2015, de 30 de octubre. Para empezar, la propia afiliación podría practicarse a instancia, aparte de las Confesiones, de los ministros de culto o de oficio por la Administración de la Seguridad Social, y la actividad de los mismos quedaría sometida, en última instancia, a la verificación secular del cumplimiento de las características legalmente exigidas para establecer la relación de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena. Lo que no puede faltar, a modo de cualificación profesional, es la condición de ministro de culto en el ámbito confesional, condición ministerial que opera como presupuesto esencial para pasar a las circunstancias concurrentes que se exijan respecto de la actividad que efectivamente realicen.

En esta línea, cuando procediese la petición de parte de la Confesión, para la Administración de la Seguridad Social debería de ser suficiente la certificación de la autoridad o representante de la Confesión, sobre el que recaiga el

---

[57] En cuanto a exclusiones, ver art. 2.1 del RD 2398/1977; art. 3.1 de los RRDD 369/1999, 822/2005, 176/2006 y 1614/2007. Y en lo referente a cotizaciones, ver art. 3 del RD 2398/1977; art. 4 del RD 369/1999, 822/2005, 176/2006 y 1614/2007.

[58] Vid. Castro Argüelles y M. Rodríguez Blanco (2004, pp. 177-179, ppalmente).

[59] Vid. Pardo Prieto (2021, pp. 73-95). El autor muestra el difícil encaje de los Acuerdos con la Iglesia católica en el sistema constitucional, algo que bien puede proyectarse, incluso con mayor facilidad, a los Acuerdos con otras Confesiones, poniendo de relieve las pocas ventajas que se alcanzan comparativamente con el Derecho común. Asimismo, vid. García Ruiz (2019, pp. 65-68, ppalmente) y Celador Angón (2013, p. 61).

poder de dirección o por quien lo sustituya con autoridad para acreditar aquella condición de ministro de culto y su actividad concreta, aquella que pueda servir de base para constituir, en su caso, la relación de Seguridad Social del clérigo, ministro o dirigente religioso[60]. Lo demás deben ser características o requisitos civiles exigidos para constituir esta relación, sometidos a verificación por parte de la Administración —Tesorería— de la Seguridad Social.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cortina, A. C. (1994). Ministros de culto. En AA. VV., *Tratado de Derecho Eclesiástico* (pp. 865-894). Ed. EUNSA, Pamplona.

Aznar García, S. (2022). *Libertad de culto y Estado. Un estudio transversal del régimen jurídico de los lugares de culto.* Ed. Publicacions de la Universitat d'Alacant.

Ballarín Hernández, R. (1984). Rectificaciones constitucionales a la vigencia actual de la certificación de dominio público como medio inmatriculador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Registral*, 563, 843-867.

Cañamares Arribas, S. (2021). Pensión de jubilación e igualdad de los ministros de culto ante la Seguridad Social. A propósito de la reciente sentencia 74/2020, del Tribunal Constitucional. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 55, 1-34.

Carrillo Salcedo, J. A. (1983). *Derecho internacional privado* (3.ª ed.). Tecnos, Madrid.

Castro Argüelles, M. A. y Rodríguez Blanco, M. (2004). Seguridad Social de los ministros de culto y religiosos. *Ius Canonicum*, 87, 153-196.

Castro Jover, A. (2003). Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos. *Revista General de Derecho Canónico y eclesiástico*, 3, 1-32.

Castro Jover, A. (2007). Los lugares de culto en el derecho urbanístico: un análisis desde la igualdad material. *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, 7 (ejemplar dedicado a: Artículos e informes), 9-48.

Castro Jover, A. (2020). El establecimiento de lugares de culto entre derecho y ejercicio del derecho. En *El Derecho Eclesiástico del Estado: en homenaje al profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra* (pp. 937-958). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

[60] A veces, no ha importado tanto el tipo de comunicación o prueba para lograr que un colectivo de ministros —sacerdotes— sea incluido en el Régimen de la Seguridad Social aplicado a clérigos sobre la base de entender que la actividad docente que realizan es una actividad pastoral y, por tanto, de aplicación del RD 2398/1977, de 27 de agosto y desarrollado por la OM de 19 de diciembre de 1977. En este caso se trataba de un documento de la Conferencia Episcopal Española, enviado el 3 de julio de 1998, al Director General de Asuntos Religiosos, mediante el que se solicita dicha inclusión, obteniendo por respuesta una Resolución favorable, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 27 de septiembre de 1998. Ver Documento y Resolución en *Boletín oficial de la Conferencia Episcopal Española,* núm. 59, de 31 de diciembre de 1998, pp. 151-153.

Castro Jover, A. y Uriarte Ricote, M. (2021). *La situación urbanística de los lugares de culto.* Observatorio del Pluralismo Religioso en España, Madrid.

Celador Angón, C. (2013). Dimensión institucional, jurídica y constitucional de los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979. *Bandue: Revista de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones,* 7, 59-82.

Chizzoniti, A. G. (2000). *Le certifizioni confessionali nell 'ordinamento giuridico italiano.* Vita e Pensiero, Milano.

Cubillas, L. M. (1985). *El sistema matrimonial español y la cláusula de ajuste al Derecho del Estado.* Secretariado de Publicaciones e Intercambio científico. Universidad de Valladolid-Caja de Ahorros y M. P. de Salamanca.

Cubillas, L. M. (2000). El ajuste al Derecho español de determinadas causas matrimoniales canónicas. En AA. VV., H*ominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Profesor Díaz Moreno* (pp.959-987). Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

Cubillas Recio, L. M. (2022). «Informe sobre reconocimiento del matrimonio religioso de las confesiones minoritarias. En A. Torres (coord.). *Libro blanco sobre el estatuto de las confesiones religiosas sin acuerdo de cooperación en España* (pp. 61-97). Ed. Dykinson, Madrid.

Cuerva Romero, R. M.ª (2022). La potestad de dación de fe pública, certifical y de constancia fehaciente de las universidades públicas. *Revista Aragonesa de Administración Pública,* 58, 314-351.

De la Haza Díaz, P. (1995). Inmatriculación de bienes de la Iglesia mediante certificación expedida por el Diocesano. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 630 (set-oct), 1587-1600.

Durán Rivacoba, D. (1988). *La inscripción en el Registro civil del matrimonio canónico.* Ed. Montecorvo, Madrid.

Fernández Collados, M. B. (2021). A vueltas con el tratamiento jurídico otorgado en la Seguridad Social a los ministros de culto evangelistas. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 243, 265-273.

Fernández-Coronado, A. (1995). *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación: (los pactos con las confesiones: leyes 24, 25 y 26 de 1992).* Ed.Civitas, Madrid.

Fernández-Coronado González, A. (2002): El derecho de libertad de conciencia en los países miembros de la Unión Europea (II). En A. Fernández-Coronado González (dir.). *El derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías* (pp. 83-94). Ed. Colex, Madrid.

Fernández-Coronado, A. y Suárez Pertierra, G. (2013). *Identidad social, pluralismo religioso y laicidad del Estado* (pp. 1-87). Documento de trabajo 2013/180. Fundación Alternativas, Madrid.

Fernández Díaz, A. (2022): La inmatriculación por certificación eclesiástica. *Revista Española de Derecho Canónico,* vol. 79, núm. 192, 113-160.

García García, J. M. (1990). *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil* (2.ª ed.). Madrid.

García Ruiz, Y. (2019). Autonomía de las confesiones religiosas y Seguridad Social de los ministros de culto en España algunas propuestas para supuestos pen-

dientes. En A. Castro Jover (dir.). *Los límites a la autonomía de las confesiones religiosas* (pp. 43-68). Thomson Reuters Aranzadi.

Garrido Falla, F. (1986). La Personalidad Jurídica de la Iglesia Católica en el Derecho Español. *Estudios Eclesiásticos,* 61/238, 269-278.

González Sánchez, M. (2003). *Los Ministros de culto en el ordenamiento jurídico español.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Grassi, L. (1960). Lineamenti di una tesi di rinvio mediato tra l'ordinamento statuale e quello canonico in materia matrimoniale. *Rivista del Diritto matrimoniale e dello Stato delle persone,* enero-febrero, 24-43.

Jiménez Vacas, J. J. (2021). *Función certificante del secretario de los órganos colegiados de las distintas administraciones públicas y su resultado en el acto administrativo de* certificación. Salamanca. Puede verse en: https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=Tb3ko3s9ywo%3D (consultada 28-10-2022).

Larrondo Lizarraga, J. M.ª (2012). Reflexión sobre la constitucionalidad del procedimiento inmatriculador de los bienes de la Iglesia del artículo 206 de la Ley Hipotecaria. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 29, 1-40.

Llamazares Calzadilla, M.ª C. (2015). *Ritos, signos e invocaciones. Estado y simbología religiosa.* Ed. Dykinson, Madrid.

Llamazares Fernández, D. y Suárez Pertierra, G. (1980). El fenómeno religioso en la nueva Constitución española: bases de su tratamiento jurídico. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* 61, 7-34.

Llamazares Fernández, D. (2011). *Derecho de la libertad de conciencia. II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad* (4.ª ed.). Ed. Civitas, Madrid.

Llamazares, D. (2019). Autonomía de las confesiones religiosas. En A. Castro Jover (dir.). *Los límites a la autonomía de las confesiones religiosas* (pp. 19-42). Thomson Reuters Aranzadi.

Murillo Muñoz, M. (2014a). Gestión pública del hecho religioso: ¿para qué? En A. Fernández-Coronado González, D. Pelayo Olmedo, S. Pérez Álvarez, A. Rodríguez Moya y G. Suárez Pertierra (coords.). *Libertad de conciencia, laicidad y derecho «liber discipulorum»: en homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández* (pp. 461-478). Ed. Civitas, Madrid.

Murillo Muñoz, M. (2014b). Reseña legislativa: Disposición adicional decimoséptima de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Modificación legal en materia de lugares de culto. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* 30, 885-888.

Murillo Muñoz, M. et al. (2016). *Manual para la gestión municipal de la diversidad religiosa* (2.ª ed. revisada). Ed. VV. AA. Fundación Pluralismo y Convivencia.

Pardo Prieto, P. C. (2021). En defensa de la Constitución ante algunas previsiones de los vigentes acuerdos con la Iglesia Católica. *Revista Jurídica de la Universidad de León,* 8, 73-95.

Pelayo Olmedo, D. (2015). *Una nueva regulación del Registro de Entidades Religiosas: entre el control y la gestión de la libertad en el tratamiento de la diversidad religiosa.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Pérez Álvarez, S. (2010). «Espejismos del pasado en el Régimen jurídico de la enseñanza religiosa judía en la España de hoy. En I. Martín-M. González (coords.). *Los judíos en España. Cuestiones del Acuerdo de cooperación con la FCJE DE 1992* (pp. 197-231). Delta publicaciones, Madrid.

Pérez Álvarez, S. (2015). La laicidad positiva como garantía institucional del sistema matrimonial español. *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 15, 187-226.

Pérez Álvarez, S. (2018). *Nuevas Claves Jurídicas de la Asistencia Religiosa en España*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

Ramírez Navalón, R. M.ª (1996). Las certificaciones eclesiásticas en la nueva disciplina pacticia. *Revista Española de Derecho Canónico,* vol. 53, núm. 140, 133-155.

Ramírez Navalón, R. M.ª (1999). El concepto de ministro y lugar de culto en las leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte,* tomo II (pp. 771-779). Ed. Diputación de Castellón, Castellón.

Ramírez Navalón, R. M.ª (2016). El RD 594/2015, de 3 de julio por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas. Una reforma necesaria. *Revista Boliviana de Derecho,* 22, 34-63.

Rivas Vallejo, P. (2020). La supuesta discriminación de ministro de culto evangelista en la protección de la Seguridad social, una cuestión de legalidad ordinaria. *Revista de Jurisprudencia Laboral,* 8, 1-12-

Rodríguez Blanco, M. (2000). *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto.* Ed. BOE, Madrid.

Rodríguez Blanco, M. (2002a). Las actividades de los ministros de culto y de los religiosos ante los tribunales. *Revista Español de Derecho Canónico,* 59, 197-246.

Rodríguez Blanco, M. (2002b). Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de la Seguridad Social. *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 303-328.

Rodríguez García, J. A. (2003). *Urbanismo y Confesiones religiosas.* Ed. Montecorvo, S. A., Madrid.

Rodríguez García, J. A. (2009). La ley catalana de centros de culto y la laicidad. *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos,* 9, 403-441.

Rodríguez García, J. A. (2011a). *El régimen jurídico de los centros de culto en Cataluña ¿un ejemplo a seguir?* Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid.

Rodríguez García, J. A. (2011b). La normativa catalana sobre centros de culto (I) planeamiento urbanístico. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* Año núm. 45, núm. 266, 147-176.

Rodríguez García, J. A. (2011c). La normativa catalana sobre centros de culto (II) licencias urbanísticas y otras materias urbanísticas. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* Año núm. 45, núm. 268, 157-186.

Rodríguez García, J.A. (2011d). Las innovaciones urbanísticas en la legislación catalana sobre centros de culto. *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo,* 106, 58-74.

Rodríguez García, J. A. (2014). La vinculación negativa en la gestión municipal de la diversidad religiosa. En A. Fernández-Coronado González, D. Pelayo Olme-

do, S. Pérez Álvarez, A. Rodríguez Moya y G. Suárez Pertierra (coords.). *Libertad de conciencia, laicidad y derecho «liber discipulorum» en homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández* (pp. 499-519). Ed. Civitas, Madrid.

Rodríguez García, J. A. (2020). Lugares de culto y planificación urbanística (con especial mención a algunos de los problemas de los lugares de culto de las Iglesias Ortodoxas en relación con el urbanismo). En A. Torres (coord.). *Estatuto jurídico de las iglesias ortodoxas en España: autonomía, límites y propuestas de «lege ferenda»* (pp. 237-258). Ed. Dykinson, Madrid.

Rodríguez García, J. A. (2022). Informe sobre lugares de culto y planificación urbanística. En A. Torres (coord.). *Libro blanco sobre el estatuto de las confesiones religiosas sin acuerdo de cooperación en España* (pp. 241-272). Ed. Dykinson, Madrid.

Romano, S. (1912). *Principii di Diritto amministrativo italiano.* Società editrice Libraria, Milano.

Sánchez Llavero, P. (2021). *Las certificaciones de las confesiones religiosas.* Ed. Comares, Granada.

Suárez Pertierra, G. (2002). La recuperación del modelo constitucional. La cuestión religiosa a los veinticinco años de la Constitución. *Laicidad y libertades. Escritos juridicos,* 2, 313-348.

Suárez Pertierra, G. (2006). Estado y religión: la calificación del modelo español. *Revista Catalana de Dret Public,* 33 (noviembre de 2006), 15-42.

Suárez Pertierra, G. (2011). Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso). *Revista Española de Derecho Constitucional,* 92, 41-64.

Torres Gutiérrez, A. (2012). En torno a la inconstitucionalidad del proceso inmatriculador de fincas de los artículos 206 de la Ley hipotecaria y 304 de su Reglamento. En Vega, A. M.ª, Vázquez, J. M.ª, Martín, M.ª M. y Rodríguez, M. (coords.). *Protección del patrimonio cultural de interés religioso. Actas del V Simposio Internacional de Derecho Concordatario. Logroño, 19-21 de octubre de 2011* (pp. 529-544). Ed. Comares, Granada.

Torres Gutiérrez, A. (2022). 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. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* vol. XXXVIII, 447-533.

Vázquez García-Peñuela, J. M.ª (1997). Los ministros de culto. En D. García Hervás (coordª.). *Manual de Derecho Eclesiástico del Estado* (pp. 261-272). Madrid.

Vázquez García-peñuela, J. M. (2012). La noción de lugar de culto y las certificaciones confesionales. En J. M. Vázquez García-peñuela y P. Sánchez Llavero (coords.). *La religión en la ciudad. Dimensiones jurídicas del establecimiento de lugares de culto* (pp. 1-18). Ed. Comares, Granada.

Vidal Gallardo, M. (1998). El reconocimiento de la cotización a la Seguridad Social de los sacerdotes y religiosos de la Iglesia católica secularizados. *Revista Española de Derecho Canónico,* 5, 265-294.

Vidal Gallardo, M. (2001). Medidas complementarias para el reconocimiento de la cotización a la Seguridad Social de los sacerdotes y religiosos de la iglesia católica secularizados. *Revista Española de Derecho Canónico,* 58, 311-329.

Vidal Gallardo, M. (2007). Comentarios a tres RD de 2007 sobre Seguridad social de los ministros de culto. Acceso del clero católico a las prestaciones familiares de la seguridad social en su modalidad no contributiva (Real Decreto 1613/2007, de 7 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del Clero). *Revista Española de Derecho Canónico,* 64, 819-844.

Vidal Gallardo, M. (2015). Progresiva equiparación del clero diocesano y los ministros de culto de otras confesiones religiosas en el régimen de cotización a la seguridad social. *Revista Española de Derecho Canónico,* vol. 72, núm. 179, 615-631.

Vidal Gallardo, M. (2016). El principio de igualdad y no discriminación por razones religiosas en el régimen de cotización a la seguridad social de los ministros de culto. *Revista Aranzadi Doctrinal,* 2, 207-222.

Vidal Gallardo, M. (2018). El tratamiento jurídico otorgado por la Seguridad Social a los ministros de culto de confesiones no católicas: una cuestión por resolver. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de noviembre de 2017. *Revista Española de Derecho del Trabajo,* 206, 287-297.

Vidal Gallardo, M. (2020). «Propuestas en materia de Seguridad Social de los ministros de culto de la Iglesia ortodoxa en España. En A. Torres Gutiérrez (coord.). *Estatuto jurídico de las Iglesias ortodoxas en España: autonomía, límites y propuestas de «lege ferenda»* (pp. 147-170). Ed. Dykinson, Madrid.

Vidal Gallardo, M. (2022). Informe sobre régimen de la Seguridad Social le los ministros de culto y religiosos de las Confesiones sin acuerdo en España. En A. Torres (coord.). *Libro blanco sobre el estatuto de las confesiones religiosas sin acuerdo de cooperación en España* (pp. 359-386). Ed. Dykinson, Madrid.

05 SECULARIZACIÓN. COOPERACIÓN

Iván C. Ibán.
Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado.
Universidad Complutense de Madrid.

En el escrito mediante el cual se me invitaba amablemente a participar en este volumen en honor de Ana F-C., se me indicaba: «hemos considerado oportuno organizar la obra entorno a las dos grandes temáticas que han venido marcando el trabajo científico de Ana [...:] "Secularización, cooperación y Derecho"». Me parecía que un modo de atenerme estrictamente a lo que se me sugería era, precisamente, atender a los dos términos, «secularización» y «cooperación» (imagino que «Derecho» se daba por sentado que no era, en la terminología de los convocantes, una «temática»), que figurarán en el título de la obra. Pretender precisar su significado me parecía no solo pretencioso por mi parte, si no tarea perfectamente inútil. Hace mucho tiempo que creo (se) que en Derecho (en realidad, en general) las palabras carecen de un significado preciso. Pero intento dar un pequeño paso en ese sentido en las líneas que siguen.

Soy el primero en considerar inadecuado el método que voy a seguir. Aunque podría (solo podría; en realidad pienso que no es así) tener un apoyo en uno de los artículos iniciales del Código civil español, considero que acudir a los diccionarios para tratar de inferir el significado de un término es una solución inadecuada. De hecho, cuando algún estudiante lo hace en algún trabajo así se lo hago saber. (Por cierto, seguro que alguna vez lo he hecho en alguna de mis publicaciones). Pues bien, acudiré a los diccionarios. Más en concreto, a diccionarios de las cuatro lenguas que me considero mínimamente capaz de comprender: español, italiano, francés e inglés. Subjetivismo puro, una vez más, pues.

Vayamos con los diccionarios utilizados y la explicación de porque esos y no otros. La primera regla que me impuse es que fueran accesibles «en línea» gratuitamente (me trataba de situar en la posición de un «lector normal»; sin acceso a bases de datos de pago, etc.).

El caso español no ofrecía para mi ninguna duda, había que acudir al diccionario de la Academia (sé que hay más de una)[1]. Menores dudas, si cabe, para el francés, «La» Academia[2].

Mi opción primera, y creo que poco discutible, para la lengua inglesa era acudir al Oxford. Ocurre, sin embargo, que este solo tiene acceso gratuito en línea a su «learners»[3]. Al acudir a la definición de «secularization» me pareció claramente insuficiente; por lo que acudí al Cambridge[4] y al MacMillan[5]. Tuve la misma impresión, con lo que consulté el Collins[6].Me parece que había que combinar la definición de este último con los restantes.

Extraordinariamente discutible es la opción adoptada para el italiano. No existe nada parecido a los diccionarios de l'Académie o de la Academia; ni siquiera, creo, algo parecido al Oxford. Sencillamente tecleé en Google, y en italiano, cuáles eran los mejores diccionarios en esa lengua, y de los propuestos opté por el de un excelente periódico, «Corriere della Sera»[7], que ofrecía definiciones de nuestros términos suficientes para intentar una comparación.

Acotadas mis fuentes para tener el material necesario para este breve escrito, procedía buscar el resultado que se obtenía. Comencemos por el primer término.

Secularización[8]

Español

Secularización

— Acción y efecto de *secularizar*[9].

Secularizar

— Hacer secular lo que era eclesiástico.
— Autorizar a un religioso para que pueda vivir fuera de clausura.
— Reducir a un sacerdote católico al estado laical con dispensa de sus votos por la autoridad competente.

---

[1] https://dle.rae.es/
[2] https://www.dictionnaire-academie.fr/
[3] https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/
[4] https://dictionary.cambridge.org/
[5] https://www.macmillandictionary.com/
[6] https://www.collinsdictionary.com/
[7] https://dizionari.corriere.it/dizionario_italiano/index.shtml.
[8] No transcribo íntegramente los textos. No he añadido nada, pero si he suprimido varias referencias que, entiendo, carecían de utilidad a los efectos pretendidos.
[9] Cuando el diccionario remite a otra palabra, incluyo también el significado de esta.

Secular

— Seglar.
— Que sucede o se repite cada siglo.
— Que dura un siglo, o desde hace siglos.
— Dicho de un sacerdote o del clero: que vive en el siglo, a distinción del que vive en clausura.

Italiano

Secolarizzazione

— Sottrazione di istituzioni o di beni alla giurisdizione ecclesiastica in favore di quella civile.
— Riduzione di un religioso allo stato laicale.
— Disinteresse per i valori religiosi.

Francés

Sécularisation

— Action de *séculariser.*
— Passage dans le domaine séculier d'un bien, d'un territoire appartenant à l'Église.
— Action par laquelle on fait entrer dans les attributions de l'État des fonctions, des établissements qui ressortissaient au pouvoir du clergé
— Évolution générale de certaines sociétés modernes dans lesquelles le rôle, l'influence de la religion diminuent progressivement.

Séculariser

— Rendre à la vie laïque un religieux, une religieuse ou une communauté; autoriser un religieux à devenir séculier.
— Transférer la propriété d'un bien, d'un territoire de l'Église à un État.
— Faire entrer dans les attributions de l'État des fonctions, des établissements qui ressortissaient au pouvoir du clergé.
— Soustraire une société à l'influence de la religion, limiter le rôle de celle-ci.

Inglés

Secularization

Oxford:

— The process of removing the influence or power that religion has over something.

Cambridge[10]:

— *Secularize*: When something is secularized, religious influence, power, or control is removed from it

MacMillan[11]:

— *Secularize:* to make something less religious, or to stop it from being controlled by religion

Collins[12]:

— To change from religious or sacred to secular functions, etc.
— To dispense from allegiance to a religious order.
— To transfer (property) from ecclesiastical to civil possession or use
— To transfer (an offender) from the jurisdiction of the ecclesiastical courts to that of the civil courts for the imposition of a more severe punishment.

Prácticamente lo único que hay en común en este conjunto de definiciones es que, de un modo u otro, todas ellas hacen referencia a la religión. Y ahí acaban las coincidencias.

Si tomamos las anteriores definiciones, creo que las podemos reconducir a tres grandes grupos. De una parte, lo que yo llamaría referencias estrictamente jurídico-canónicas. Estoy pensando en el Derecho canónico de la Iglesia romano católica[13], pero no solo de ella. Simplificadamente: aquellos supuestos en que afectan al estatuto jurídico personal de un ministro o religioso de la correspondiente iglesia (vg: autorizar a un religioso para que pueda vivir fuera de clausura; riduzione di un religioso allo stato laicale; dispense from allegiance to a religious order; etc.).

Un segundo grupo, vendría referido a «actuaciones jurídicas», por parte del poder político (Estado, hoy en día), para «transferir poderes» del ámbito de una iglesia —seguimos en el ámbito de las iglesias— (vg: hacer secular lo que

[10] Secularization isn't in the Cambridge Dictionary yet. You can help! Es lo que se lee al introducir la palabra.

[11] Al buscar secularization lleva directamente a *secularize*.

[12] Ídem.

[13] Por cierto, en una relativamente reciente recensión, redactada por un catedrático jubilado (como yo), de un volumen colectivo en el que yo publicaba un trabajito perfectamente irrelevante, se hacía notar con gran sorpresa que siempre utilizase esos términos («Iglesia romano católica»), lo que, para él, ciertamente, es sencillamente Iglesia o, como mucho, Iglesia católica. En realidad, no era sorpresa, sino desacuerdo (por lo demás, en todo caso, el prefería invertir el orden «católica romana»). Pertenezco a la generación española en que se nos hizo identificar a la religión con la Iglesia romana. Luego, en el lenguaje coloquial, pero no solo en él, se pretendió que todo el cristianismo fuera «representado» por esa misma iglesia. Tal vez ahora se conforman con «subsumir» en ella a toda la catolicidad: pues no, no es así.

era eclesiástico; faire entrer dans les attributions de l'État des fonctions, des établissements qui ressortissaient au pouvoir du clergé; to transfer [property] from ecclesiastical to civil possession or use).

Por último, y ya fuera del ámbito del Derecho, la perdida de importancia de la religión en la sociedad (vg: disinteresse per i valori religiosi; évolution générale de certaines sociétés modernes dans lesquelles le rôle, l'influence de la religion diminuent progressivement; to make something less religious, or to stop it from being controlled by religión; etc.).

En el primer bloque se están utilizando categorías propiamente jurídicas, pero, en principio, de Derecho eclesial. Es de señalar que la práctica totalidad de las opciones propuestas en español son reconducibles a ese grupo[14]. También me parece destacable que en los diccionarios ingleses en una sola ocasión (Collins) se utilice el término con ese alcance[15]. Especular acerca de las razones de ello sería fácil (vg: práctico monopolio de la «religiosidad» por parte de la Iglesia romano católica, durante siglos, en España; importancia jurídico-política de la Iglesia de Inglaterra [Comunión anglicana, si se quiere. Inclúyase las restantes iglesias integrantes de la misma en el Reino Unido] y muy corta presencia del fenómeno de «comunidades religiosas» —monjes, etc.— en la misma): pero no pasaría de ser eso, una especulación.

El segundo bloque, si se me permite, tiene un marcado «tono desamortizador» y regalista. Nos estamos moviendo en el ámbito del Derecho público estatal. Todo ese bloque hace referencia, o bien al ejercicio por parte de los poderes «estatales» de ciertas funciones que hasta entonces venía desarrollando la Iglesia (probablemente antes de la Reforma, antes de Enrique VIII. Mejor: simultáneamente), o bien de la apropiación de los bienes eclesiásticos[16].

Sin duda, los que titulaban el volumen al que pretendo contribuir con estas líneas, al utilizar el término «secularización» no estaban pensando en los dos tipos de significados a los que acabo de referirme, sino al tercero. Me refiero a él ahora.

Creo que allí nos estamos moviendo de una parte en el ámbito de lo que podríamos llamar sociología[17], en el sentido de una sociedad que da menor

---

[14] Queda aún más clara la concepción de la Academia cuando acudimos a su Diccionario panhispánico de español jurídico (https://dpej.rae.es/). *Secularización* remite a *indulto de secularización:* indulto de salida de un instituto religioso. Supone el fin de la vinculación del religioso con su instituto de modo permanente. (CIC [Codex Iuris Canonici], c. 688). Aquí se remite directamente al Código de Derecho canónico. El canon al que se refiere versa, básicamente, acerca de la exclaustración de religiosos con votos perpetuos.

[15] He acudido a más de un diccionario inglés, ante mi sorpresa de que en mis primeras opciones no aparecieran referencias de esa naturaleza «canónica».

[16] Son muy significativos los ejemplos que da al respecto l'Académie: On sécularisa de nombreux hôpitaux religieux. En 1648, les traités de Westphalie sécularisèrent, en Allemagne, des biens de l'Église au profit de certains États protestants. Le 2 novembre 1789, l'Assemblée constituante décida de séculariser les biens du clergé

[17] Me parece claro en el caso italiano: Disinteresse per i valori religiosi; y en una de las definiciones francesas: Évolution générale de certaines sociétés modernes dans lesquelles le rôle, l'influence de la religion diminuent progressivement.

importancia a los valores religiosos, o que simplemente los ignora. No parece que en esas definiciones se de por implícita una actuación de los poderes públicos estatales; es la sociedad quien «se seculariza». No nos movemos, creo que, en lo absoluto, en el mundo del Derecho. Pero, aunque con diferencias, creo que también se puede incluir en este tercer bloque un conjunto de definiciones que no hacen referencia a «la sociedad», sino que implican una determinada acción. Me parece que es el caso de alguna definición francesa[18] y de todas las inglesas[19]. En este «subgrupo» no se trata de que la sociedad pierda interés a propósito de la religión, sino que hay una actuación para que la religión deje de ejercer un poder que ostentaba hasta entonces; pero no hay una referencia clara (explícita o implícita) a que esa actuación lo sea de los «poderes públicos», como me parece que es el caso en el bloque anterior (aquel en el que señalé que había un «tono desamortizador»).

Creo que es reseñable (al menos a mí me ha sorprendido) que el diccionario de la Academia no haya ninguna referencia a este tercer significado del término. Los organizadores de este volumen lo utilizan con ese alcance —estoy plenamente convencido que en modo alguno piensan que los escritos de A. F-C. hayan «venido marcando[s]» por los significados que da la Academia—, y es con el que el hablante de español lo utiliza habitualmente.

Vayamos ahora con el otro término:

Cooperación

Español

Cooperación

— Acción y efecto de *cooperar*

Cooperar

— Obrar juntamente con otro u otros para la consecución de un fin común.
— Obrar favorablemente a los intereses o propósitos de alguien.

Italiano

Cooperazione

— Apporto del proprio lavoro a un'impresa comune.
— Sistema economico basato sulle cooperative.

---

[18] Soustraire une société à l'influence de la religion, limiter le rôle de celle-ci.

[19] Baste un ejemplo: The process of removing the influence or power that religion has over something.

Francés

Coopération

— Action de *coopérer.*
— Œuvre collective fondée sur l'association dans le travail et la répartition des bénéfices entre les producteurs.

Coopérer

— Opérer conjointement avec quelqu'un ; concourir à une œuvre ou à une action commune.

Inglés[20]

Cooperation

— The act of working together with someone or doing what they ask you.

Un primer significado que encontramos tanto en francés como en italiano hace referencia a un modo de organización de la producción (cooperativas). En todo caso, poco tiene que ver con nuestro argumento.

El resto de las definiciones parecerían prácticamente intercambiables, pero me parece que hay diferencias algo más que de matiz. En un primer bloque yo situaría a aquellas que hacen referencia a una actuación para favorecer a alguien o a algo, sería el caso de una de las españolas[21] y la inglesa[22]. En el ámbito en el que nos estamos moviendo, ello no puede significar otra cosa que el Estado ayudará a las confesiones para que logren sus intereses (español), o más directamente haga lo que estas pidan (inglés).

De sumo interés, a nuestros efectos, creo, son las restantes definiciones, aquellas que hacen referencia a la comunidad de intereses, si se quiere, a la identificación de los fines. En el caso español indubitadamente, cuando se refiere a un «fin común»[23], y no de modo muy distinto cuando en italiano se alude a una «impresa comune»[24], o en francés a una «œuvre commune»[25].

Al leer estas últimas definiciones, inevitablemente mi pensamiento ha ido hacia esos debates de hace medio siglo (y anteriores, pero parece que ha

[20] He considerado suficiente con utilizar el Oxford learners.
[21] Obrar favorablemente a los intereses o propósitos de alguien.
[22] The act of working together with someone or doing what they ask you. En realidad, la parte final de un modo evidente; menos claro en el inicio.
[23] Obrar juntamente con otro u otros para la consecución de un fin común.
[24] Apporto del proprio lavoro a un'impresa comune.
[25] Opérer conjointement avec quelqu'un; concourir à une œuvre ou à une action commune.

transcurrido mucho más tiempo), relativos al Ius publicum ecclesiasticum externum y la potestas indirecta in temporalibus. Me ha recordado el Concordato de 1953. Al principio II de los del Movimiento Nacional. En definitiva, si se pretende ser técnico (y en todo cabe ser técnico), la identificación de los fines del Derecho canónico (de la Iglesia romano católica) y del Estado y, en último extremo, la subordinación de los fines estatales a los eclesiales.

En modo alguno —mi grado de histrionismo tiene un límite— pretendo decir que el uso del término cooperación implique la subordinación de los fines estatales a los religiosos, pero de un modo tan indirecto como se quiera, el cooperar con alguien, o con algo, implica ayudar a la consecución de los fines de quien se ayuda y, en definitiva, en algún modo los fines de aquel a quien se ayuda se transforman en fines propios.

Así como en el caso del término «secularización», me parece que la definición española y el alcance que los convocantes de este volumen quieren dar al término no coinciden, no es tal el caso en lo que toca al término «cooperación». Inevitablemente, la cooperación implica el ayudar a alguien —o a algo— a conseguir sus fines. No necesariamente (aunque cabe) a transformarlos en fines propios. ¿Estoy insinuando que el Estado español en la actualidad está ayudando a las confesiones religiosas a que estas alcancen sus fines, sean cuales fueren estos?, sencillamente: sí. Todo ello requiere múltiples matizaciones, que prácticamente ni apuntaré.

Ya sé que «cooperación» se ha articulado en nuestro Derecho eclesiástico como un principio[26], y que el Tribunal constitucional —e instancias jurisdiccionales de todo rango— lo utilizan, dándole un alcance que viene, naturalmente, «limitado», por otros principios, valores, etc., constitucionales. Pero ello no obsta, a mi parecer, a que algo de verdad haya en mi sugerencia, sugerencia, por lo demás, que ya planteé hace casi medio siglo, cuando con juvenil insistencia, ponía de relieve mi creencia de que nuestro sistema de Derecho eclesiástico (el sistema de Derecho eclesiástico de una inmensa mayor parte de los modelos estatales de «libertad religiosa» —en los restantes es evidente—), traía como consecuencia un trato desfavorable a aquellos que no estaban integrados en una confesión religiosa. Si hace (casi) medio siglo eso suponía un trato desfavorable a una minoría de la población española, como consecuencia de la «secularización», hoy en día la «cooperación» con las confesiones religiosas supone dar un trato desfavorable a la mayor parte de la misma.

[26] Exitosa construcción doctrinal al poco de promulgarse la Constitución. Pero me gusta recordar, de vez en cuando, que tomada —la idea— de un autor no citado entonces, que la había planteado muy antes de promulgarse la Constitución.

06 ACUERDOS IGLESIA-ESTADO, DERECHOS FUNDAMENTALES Y SOBERANÍA

Maricruz Llamazares Calzadilla.
Profesora Titular de Derecho eclesiástico del Estado.
Universidad Carlos III de Madrid.

1. Algunas pinceladas históricas sobre el origen del problema.
2. Las piedras de toque.
   2.1. Libertad de conciencia y tolerancia.
   2.2. El principio del personalismo como pilar del sistema.
   2.3. La competencia exclusiva del Estado en la defensa y protección de los derechos fundamentales.
   2.4. Principio democrático y ética religiosa (y, por tanto, privada).
   2.5. Cooperación, acuerdos con las confesiones y derechos fundamentales.
3. Los acuerdos con la Iglesia católica.
4. En conclusión.
5. Breve propuesta *de iure condendo*.

1. Algunas pinceladas históricas sobre el origen del problema

Cuando escribo estas líneas se cumplen nueve siglos de la firma del que puede considerarse el precedente más significado de los acuerdos entre Iglesia católica y Estados: el concordato de Worms[1]. El concordato, suscrito en 1122 entre el papa Calixto II y el emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, Enrique V, puso fin a la disputa conocida como querella de las investiduras[2] sobre la competencia del Imperio para nombrar cargos eclesiásticos (los obispos y abades eran al mismo tiempo señores feudales unidos por un vínculo de vasallaje con el emperador). En él se estipula el siguiente reparto de potestades:

[1] Firmado el 23 de septiembre de 1122, fue ratificado un año después por el I Concilio de Letrán. El texto puede consultarse en Artola, M. (1978). *Textos fundamentales para la historia* (2.ª ed.), pp. 99-100. Alianza, Madrid.

[2] Sobre la querella de las investiduras y, en general, los antecedentes del Concordato de Worms, vid. García de Cortázar, J. A. (2012). *Historia religiosa del Occidente medieval (años 313-1464)* (pp. 257-277). Akal, Madrid.

— Al pontífice se le atribuye la consagración del elegido por el cabildo para el cargo eclesiástico. Le corresponde, en definitiva, la investidura como obispo o abad mediante la entrega del anillo y el báculo.
— Al emperador, por su parte, se le atribuye la investidura de la regalía mediante la entrega del cetro. Además, el papa «concede»[3] la potestad de decidir en caso de que el cabildo no llegue a un acuerdo sobre quién deba ser designado[4].

En ese sentido, el Concordato nace como un instrumento de pacificación que pone fin, coyunturalmente al menos, al atávico conflicto en torno a la supremacía entre poder temporal y poder espiritual[5]. En cambio, en el largo plazo no resuelve —y desde esa perspectiva puede calificarse de fracaso— los problemas de fondo que se escondían en la fórmula gelasiana[6] y que darían lugar a las que LADNER denominó[7] tradición carolingia (cesaropapista)[8] y tradición carolingia invertida (hierocrática)[9]: el problema de la delimitación de la frontera entre asuntos espirituales y asuntos temporales, entre religión y política, por un lado; y el de cuál de los dos poderes detentaba la soberanía suprema, por otro.

Si la tradición carolingia se inaugura con Carlomagno, la tradición carolingia invertida se impone definitivamente con Gregorio VII (1073-1085) y su *Dictatus Papae* (1075) en que el pontífice adopta para sí los principios de

---

[3] La aceptación de estas condiciones por el emperador se explica en parte por el acontecimiento históricamente conocido como «la humillación de Canosa», que tuvo lugar entre Enrique IV y Gregorio VII, y que supuso la inversión de la relación entre reino y sacerdocio vigente durante la alta Edad Media. Sobre el episodio de Canosa, vid. Jedin, H. (1970). *Manual de Historia de la Iglesia,* tomo III (pp. 588-589). Herder, Barcelona.

[4] Sobre el nombramiento de obispos en distintas etapas de la historia, vid. Schatz, K. (1989). Bischofwahlen. Geschichtlisches und Theologisches. *Stimmen der Zeit,* 207, 292-307 (puede consultarse una versión traducida y resumida por Mario Sala en https://seleccionesdeteologia.net/selecciones/llib/vol30/118/118_schatz.pdf).

[5] Llamazares Fernández, D. (2011). *Derecho de la libertad de conciencia (I). Conciencia, tolerancia y laicidad* (p. 77). Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor.

[6] El dualismo gelasiano que reproduce se enuncia como fórmula de separación de poderes en reacción al modelo cesaropapista de relaciones entre la Iglesia y el Estado. Aparece por primera vez expuesta en una carta que el Papa Gelasio I dirigió al emperador bizantino Anastasio I en el año 494. En ella el pontífice distinguía entre el poder pontificio y el poder real. El poder pontificio ejercería la suprema autoridad en asuntos relativos a la religión, y el poder real sería el competente en asuntos de disciplina pública. El primero correspondería al Papa, al que incluso el Emperador debía someterse en asuntos espirituales; el segundo, al Emperador, bajo cuya autoridad quedaban los sacerdotes en lo relativo a asuntos terrenales. El texto del a carta puede encontrarse en latín en Lo Grasso, I. (1952). *Ecclesia et status: fontes selecti historiae iuris publici ecclesiastici* (p. 51). Pontificia Università Gregoriana, Roma.

[7] Ladner, G. B. (1954). *The Concepts of «ecclesia» and «christianitas» and Their Relation to the Idea of Papal «plenitudo Potestatis» from Gregory VII to Boniface VIII* (pp. 49-77). Pontificia Universitas Gregoriana, Roma.

[8] Cesaropapismo: modelo de relaciones Iglesia-Estado caracterizado por la superioridad del poder temporal frente al poder espiritual, y que en la práctica implica la competencia del poder temporal en asuntos de exclusiva naturaleza religiosa. En su versión más rigurosa es lo opuesto a la teocracia.

[9] Hierocratismo: modelo de relación en el que la clase sacerdotal legitima el poder temporal, a diferencia de lo que sucede en la teocracia propiamente dicha (donde el jefe sacerdotal detenta el poder supremo en lo espiritual y en lo temporal).

Derecho público romano que convierten en Ley lo que mande el emperador (léase papa), al tiempo que excluyen al emperador (léase papa) del imperio de la Ley, y encontrará su máxima expresión en la bula *Unam Sanctam* (1302) de Bonifacio VIII (1294-1303) y su afirmación radical de la *plenitudo potestatis* del pontífice sobre toda la cristiandad, incluidos los soberanos temporales (emperador y reyes), cuyas bases doctrinales había puesto ya Inocencio III (1198-1216). Según la tradición carolingia invertida, como vicario de Cristo en la Tierra al pontífice corresponde todo el poder, sea temporal o espiritual. Y, por tanto, en cuanto que en Derecho le corresponde, puede en circunstancias extraordinarias avocar para sí el poder temporal y pasar a ejercerlo directamente. Afirma, en definitiva, la plena soberanía de la Iglesia sobre el Imperio.

Pues bien, desde un punto de vista temporal, el concordato de Worms se ubica históricamente a mitad de camino entre esos dos momentos. De una lectura detenida de su texto se extraen sin violencia al menos tres conclusiones:

1. Se trata de una relación entre poderes e instituciones. Los súbditos/fieles no aparecen ni explícita ni implícitamente en el acuerdo, y mucho menos lo hacen sus derechos.
2. Como lo secular (el feudo) y lo espiritual (la función eclesiástica) constituyen una misma realidad, la solución aportada por el concordato es más formal que real. Porque, si bien conceptualmente se distingue entre lo secular y lo espiritual, en esa etapa son, de hecho, una misma cosa. El obispo se debe al poder espiritual, pero es al mismo tiempo señor feudal y por tanto vinculado al emperador por vasallaje. La confusión de sujetos, actividades y fines es muy poderosa. El hierocratismo medieval está, en ese sentido, más cerca de un modelo monista que de un modelo dualista tal como lo concebimos hoy en día. Por eso el concordato no puede ofrecer una solución definitiva a la tensión entre ambos poderes, sino solo una solución de compromiso que mitigue las tiranteces entre ellos.
3. El concordato se enmarca en la tesis de la Curia romana de la supremacía del pontífice sobre cualquier otro poder.

Y esa, la de la vinculación confesionalidad-concordato, es la realidad que se va a mantener hasta nuestros días. Los concordatos, los acuerdos con la Iglesia católica, nacen siempre en ese contexto: un contexto de estado confesional católico (doctrinal, histórica o sociológicamente). Por razones evidentes (en los modelos de Iglesia de Estado no cabe una relación Estado-Iglesia entre iguales), no se usa la técnica del concordato en los países de órbita protestante hasta el primer cuarto del siglo XX en Alemania[10]. Como tampoco

[10] Rouco Varela, A. (1971). Los tratados de las Iglesias protestantes con los Estados. En AA. VV., *La Institución Concordataria en la actualidad. Trabajos de la XIII Semana de Derecho canónico* (p. 105). CSIC-Instituto San Raimundo de Peñafort, Salamanca.

existen en los dos estados estandarte de la laicidad y el secularismo: Francia, donde desaparecen a partir de la Ley de separación de 1905[11], y Estados Unidos, donde nunca existieron[12].

2. Las piedras de toque

Trataré ahora de despejar, siquiera sea telegráficamente, las cuestiones más importantes que enmarcan mi objeto de estudio.

2.1. Libertad de conciencia y tolerancia

El derecho civil de libertad de conciencia no solo es un derecho fundamental. Es el primero de los derechos fundamentales, ya que está en la base misma del nacimiento del pacto por la convivencia que es toda Constitución. Y es que, desde el punto de vista de la lógica, el primer consenso a alcanzar en el surgimiento de la comunidad política es justamente el respeto hacia todos los ciudadanos, hacia todas las personas que la componen, con independencia de cuáles sean sus ideas o convicciones. El respeto escrupuloso de ese derecho es esgrimible por los ciudadanos tanto frente a los demás como ante los poderes e instituciones del Estado. La libertad de conciencia, la libertad de pensamiento si se prefiere esa denominación, se convierte así en uno de los principios básicos del pacto. La razón es obvia: si no se quiere empañar la discusión política, si no se quiere enturbiar la convivencia, ese reconocimiento del derecho del otro es, como muy bien ha visto Rawls[13], imprescindible.

Por otro lado, la vida política gira en torno a las cuestiones debatibles, discutibles si se quiere, entendiendo la discusión como el paso previo al diálogo y a la posibilidad de llegar a un acuerdo. Sin embargo, parafraseando a André Maurois[14], los intereses transigen pero las conciencias, no. Eso obliga expulsar de la discusión política las creencias y convicciones (por definición

---

[11] Vid. Torres Gutiérrez, A. (2014). *La ley de separación de 1905 y la génesis de la idea de laicidad en Francia* (pp. 25 y ss.). Dykinson, Madrid; del mismo, «Conciencia y libertad: La respuesta de la Iglesia Católica a la Ley de separación francesa de 1905», en AA. VV. (2021). *El Derecho eclesiástico del Estado: en homenaje al profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra* (pp. 215-242). Tirant lo Blanch, Valencia.

[12] Celador Angón, O. (2021). Definición de religión y organización con fines religiosos en el ordenamiento jurídico estadounidense, en *Ius Canonicum,* vol. 61, núm. 122 (diciembre), 595-634; del mismo, *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento jurídico estadounidense,* Dykinson, Madrid, 1998.

[13] Rawls, J. (1995). *Liberalismo político* (trad. de Sergio René), p. 31. Fondo de Cultura Económica, México.

[14] Maurois, A. (1968). Historia de Inglaterra. En *Obras completas* (vol. II, p. 934). Plaza y Janés, Barcelona (también en *Carta abierta a la juventud de hoy,* trad. de Lila Mora y Araujo, Ultramar, Madrid, 1976, donde lo expresa como «Los intereses transigen siempre, las pasiones nunca»).

dogmáticas e irrenunciables por quien las ostenta) si se quiere que aquélla sea fluida y eficaz, y, por tanto, ese será el primer consenso a adoptar. Y de ahí que otro principio básico del pacto por la convivencia sea justamente el principio de neutralidad ideológico-religiosa de los poderes e instituciones del Estado. Porque la libertad de conciencia de cada uno no solo debe ser respetada por los otros, sino también por el propio Estado. Y no solo eso: el Estado es a la vez el garante de ese obligado respeto por parte de los ciudadanos a la libertad de conciencia de los demás.

En conclusión, principios básicos de la constitución política serán los de libertad de conciencia y tolerancia.

2.2. El principio de personalismo como pilar del sistema

La relación del Estado con las comunidades religiosas no es una relación inmediata, primaria u originaria, sino secundaria o derivada de la relación del Estado con sus ciudadanos. El Estado se relaciona con ellas en la medida, y solo en la medida, en que algunos de esos ciudadanos, miembros de la comunidad política, son al mismo tiempo miembros de la comunidad religiosa. Y lo hace porque así lo exige la debida defensa y protección del derecho civil de libertad de conciencia (art. 16 CE), como he señalado más arriba. El Estado es responsable de que la libertad de conciencia de sus ciudadanos sea real y efectiva y de eliminar los obstáculos que acaso dificulten o se opongan a esa eficacia (art. 9.2 CE).

2.3. La competencia exclusivamente pública en la defensa de los derechos fundamentales

Además, puesto que se trata de un derecho fundamental, la competencia sobre el desarrollo del derecho de libertad de conciencia le corresponde en exclusiva al Estado (art. 81.1 CE). A eso se añade que, cuando se trata de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el contenido esencial o en el ejercicio de la libertad de conciencia, entra en juego la competencia exclusiva del Estado establecida en el art. 149.1.1ª CE[15], dado que, en palabras del Tribunal Constitucional, «se proyecta de un modo genérico sobre todos los derechos fundamentales»[16].

Por otro lado, la soberanía nacional supone que, en el ejercicio de los poderes derivados de la Constitución, haya competencias que el Estado no comparte y en relación a las cuales tiene, al menos en el marco de su territorio, un poder supremo. Así sucede con las competencias referidas a la pro-

[15] STC 207/2013, FJ 5.
[16] STC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 6; y 111/2012, de 24 de mayo, FJ 5.

tección de los derechos fundamentales. Puede compartirlas con organizaciones internacionales, pero solo si así está previsto en el texto constitucional y siempre que se cumpla para ello con el procedimiento y las condiciones constitucionalmente establecidas (art. 93 CE)[17]. La soberanía no es por tanto un dogma. Pero la cesión que implica compartirla no puede realizarse en cualquier caso, ni de cualquier manera.

2.4. Principio democrático y ética religiosa (y, por tanto, privada)

Los problemas son aún mayores ante la posibilidad de compartir la competencia sobre el derecho civil de libertad de conciencia con organizaciones que, como las religiosas, tienen, por decirlo con suavidad, cierta propensión al dogmatismo y a la dictadura de las conciencias, porque estaríamos introduciendo un elemento distorsionante del propio sistema y del ordenamiento democrático. Porque, si esas organizaciones quieren ser consecuentes con sus convicciones y con su misión, intentarán utilizar su dominio de las conciencias para imponer, mediante el condicionamiento religioso del voto democrático, su moral religiosa, la de sus fieles, como obligatoria para todos, vulnerando así el derecho de libertad de conciencia de quienes no la comparten, sean creyentes o no. Se altera, en definitiva, el orden democrático constitucional.

Materias como la interrupción voluntaria del embarazo, la eutanasia y el suicidio asistido o la configuración civil del matrimonio entre personas del mismo sexo ilustran bien lo que trato de decir. Cuando una ley aprobada por las Cortes Generales, sede de la soberanía popular (art. 62.1 en relación al art. 1.2 CE), autoriza alguna de esas conductas, a nadie se obliga a hacer uso de ese derecho de libertad. Si, por el contrario, las prohíbe, se cercena el derecho de libertad de unos sometiéndolos a la moral, por lo demás perfectamente legítima, de los otros. Rechina así el forjado del sistema democrático que, si quiere ser fiel a su cometido, no puede traducirse en una simple regla de las mayorías que actúe como palanca para limitar la libertad de conciencia de sus ciudadanos.

2.5. Cooperación, acuerdos con las confesiones y derechos fundamentales

Consecuencia de todo lo anterior, el Estado no puede desproteger el derecho de libertad de conciencia cuando pacta con los grupos religiosos. Podrá tener en cuenta su opinión antes de tomar decisiones que puedan afectarles

[17] «Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución».

(como por otro lado se hace con otros colectivos), pero nunca conceder nada que suponga una merma en la libertad de conciencia de los ciudadanos o que dificulte el despliegue y proyección del principio de tolerancia. Se puede acordar con las confesiones, se puede cooperar con ellas, pero solo en el marco de la cooperación constitucionalmente prevista (art.16.3 CE)[18].

Cuando de derechos fundamentales se trata, el Estado no puede hipotecar o condicionar su obligación de respetarlos, defenderlos y promocionarlos mediante ningún tipo de acuerdos. En esta materia el Estado debe escuchar a los grupos y, si se trata de la libertad religiosa, también a las Iglesias, pero una cosa es consultar y pedir su parecer y otra cosa muy distinta convertirlos en colegisladores.

Y ese es el peligro de los acuerdos, salvo que se limiten a establecer cauces institucionalizadores del diálogo para que el legislador conozca de voz autorizada las obligaciones en conciencia de cada una de las creencias, y poder así tenerlas en cuenta, en la medida en que lo permita el más escrupuloso respeto del orden público (tal y como aparece descrito en el art. 3.1 de la LOLR) y del principio de laicidad recogido en el artículo 16.3 CE (tal y como es interpretado por el TC)[19]. Cualquier otra fórmula pone inexorablemente en peligro la soberanía legislativa del Estado nada menos que en materia de derechos fundamentales.

3. Los actuales acuerdos con la Iglesia católica[20]

Las relaciones del Estado español con la Iglesia católica se regulan en los acuerdos firmados en 1979, y si algo resulta evidente a la vista de nuestra historia jurídica más inmediata es que estos acuerdos, más que dificultar, impiden que nuestro Derecho ordinario responda a la laicidad consagrada en el texto constitucional entendida ésta, muy lejos de estridencias laicistas, de acuerdo con la interpretación que del artículo 16.3 ha hecho nuestro Tribunal Constitucional[21]. Porque esa es la situación: una Constitución laica según interpretación

---

[18] Sobre el alcance de la cooperación con las confesiones religiosas y su congruencia con el modelo de laicidad definido en la Constitución española de 1978, vid. Suárez Pertierra, G. (2011). Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso), *Revista Española de Derecho Constitucional,* 92 (mayo-agosto) 59-64; también Fernández-Coronado González, A. (2009). Sentido de la cooperación del Estado laico en una sociedad multirreligiosa, *Revista general de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado,* 19, 1-19.

[19] Sentencia 46/2001, de 15 de febrero de 2001, F.J. 4.

[20] Sobre las incongruencias de esto acuerdos con el principio de laicidad, vid. Llamazares Calzadilla, M. C. (2014). En busca de la laicidad: la yincana de los acuerdos con la Santa Sede, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad,* 6, 72-97.

[21] Un estudio sistemático sobre esta cuestión puede consultarse en Pardo Prieto, P. (2008). *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas,* Tirant lo Blanch, Valencia; y, para un tratamiento más esquemático, del mismo autor, «Laicidad y Acuerdos vigentes con la Iglesia católica», en *Laicidad y Libertades: Escritos jurídicos,* 5, 317-352.

del TC, y no pocas disposiciones de Derecho infraconstitucional que responden a principios confesionales; principios propios, si se quiere, de una confesionalidad histórico-sociológica, pero principios, al cabo, confesionales.

Los concordatos de los dos últimos siglos responden siempre al intento de la Iglesia de defenderse frente a las ideas de progreso, democracia y reconocimiento de los derechos humanos, en especial el de libertad de conciencia y su *conditio sine qua non,* la laicidad del Estado. A partir del Vaticano II cambian las formas, pero subsisten no pocas actitudes de fondo. En todo caso, en los acuerdos, incluso en los de 1979, es protagonista la defensa de los derechos de la Iglesia como institución y no tanto de los derechos de libertad religiosa y libertad de conciencia de los fieles/ciudadanos, con el riesgo asociado de sacrificar estos últimos a los primeros[22].

Los acuerdos de 1979 sustituyeron al Concordato de 1953. No se optó por otro acuerdo del mismo cuño (otro concordato como instrumento jurídico único), sino por varios acuerdos diferenciados por razón de la materia[23]. Se hizo así para facilitar su posible revisión separada sin que la revisión referida a unos asuntos afectara necesariamente a los demás[24] y sin que, a la inversa, el temor a tocar algunos temas pudiera imposibilitar la reforma de otros.

Las partes en cada acuerdo son, de un lado, el Estado español (y en su nombre el Gobierno) y, de otro, la Iglesia católica (representada por los órganos supremos de la soberanía eclesiástica: la Santa Sede[25] y el Concilio Ecuménico)[26], pero no es parte el Estado Vaticano. No son, por tanto, acuerdos entre Estados sino acuerdos entre un Estado y una organización confesional no territorial de carácter internacional. Tampoco figuran expresamente[27]

---

[22] Pardo Prieto, P., *Libertad de conciencia y sistema concordatario histórico español,* Universidad de León, León, pp. 336-337; del mismo autor, *Laicidad y acuerdos...,* cit., pp. 436-439.

[23] Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, Acuerdo sobre asuntos jurídicos, Acuerdo sobre asuntos económicos y Acuerdo sobre asistencia religiosa a las FFAA y el servicio militar de clérigos y religiosos; todos ellos firmados el de 3 de enero de 1979 y ratificados el 4 de diciembre del mismo año (BOE núm. 300 de 15 de diciembre de 1979). Además, ya antes de la promulgación de la Constitución se había firmado el Acuerdo de 28 de julio de 1976 sobre renuncia a la presentación de obispos y al privilegio del fuero, (BOE núm. 230, de 24 de septiembre de 1976). A esos cinco habría que añadir el plenamente franquista Convenio de 5 de abril de 1962 entre la Santa Sede y el Estado Español sobre el reconocimiento a efectos civiles de los estudios de ciencias no eclesiásticas realizados en España en Universidades de la Iglesia (ratificado el 10 de mayo de 1962, BOE de 20 de julio de 1962), sobre cuya vigencia existe cierta discusión doctrinal.

[24] Sobre las distintas soluciones que la doctrina planteó como posibles fórmulas de revisión del Concordato de 1953, vid. Giménez y Martínez de Carvajal, J., «Temática general de la revisión del Concordato español», en AA.VV., *La Institución Concordataria...,* cit., pp. 467-510.

[25] C.I.C., canon 361: «En este Código, bajo el nombre de Sede Apostólica o Santa Sede se comprende no solo al Romano Pontífice, sino también, a no ser que por su misma naturaleza o por el contexto conste otra cosa, la Secretaría de Estado, el Consejo para los asuntos públicos de la Iglesia y otras instituciones de la curia romana».

[26] Wagnon, H., «L'Institution concordataire», en AA.VV., *La Institución Concordataria...,* cit., pp. 13 y 15.

[27] Artículo 3 de la Convención, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969, y vigente desde el 27 de enero de 1980 (U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980).

entre los convenios y tratados internacionales sometidos al Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados[28]. Y, sin embargo, son acuerdos que tienen la consideración jurídica de tratados internacionales, aunque su encaje en el Derecho Internacional sea más que cuestionable[29] y, a mi entender, sea preferible la tesis de HOLLERBACH[30] de considerarlos como un *tertium genus,* no de carácter internacional, pero sí de carácter externo y superior a los dos ordenamientos que los legitiman[31].

Por último, en los cuatro acuerdos de 1979 está previsto el mismo procedimiento para su interpretación y aplicación: «común acuerdo» inspirándose en los principios que los informan[32]. No está prevista, en cambio, la revisión. Y **ésta** se torna inviable si una de las partes no cede en sus posiciones maximalistas, ya que, de hecho, ambos sujetos se apoyan en principios informadores diferentes: la Santa Sede, solo en los principios contenidos implícita o explícitamente en el Acuerdo concreto, quedando al margen del resto del ordenamiento del Estado; el Estado, en los principios supremos consagrados en la Constitución de 1978. Y eso es lo que ha venido ocurriendo a lo largo de todos los años de vigencia de la Constitución: las escasas perspectivas de éxito han hecho que hasta ahora se haya ido soslayando su revisión.

4. En conclusión

Constitucionalmente no es obligada ni necesaria para la protección de la libertad de conciencia de los ciudadanos la existencia de acuerdos Estado-Iglesia y menos aún que estos tengan que tener unas determinadas características. Desde el punto de vista de los derechos, del Estado y de su ordenamiento, los acuerdos solo son obligados en la medida en que sean imprescindibles y estén al servicio de la más plena realización de los derechos de sus ciudadanos. Solo es obligada la cooperación con la Iglesia católica, lo mismo que con otras confesiones y con cualesquiera otros grupos, sean o no religiosos, en la medida, y solo en la medida, en que sea necesaria esa coo-

---

[28] Vid. arts. 1 y 3 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969 (Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, BOE, núm. 142 de 13 de junio de 1980).

[29] Catalano, G., «Natura giuridica dei concordati nella moderna dottrina»., en AA.VV., *La Institución Concordataria...,* cit., pp. 28 ss)

[30] Hollerbach, A., *Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland,* Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1965, pp. 96 ss; del mismo autor, «Die Vertragsredlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts», en Friesenhahn, E.; Scheuner, U.; Listl, J. (coords.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1.ª ed.), Dunker und Humblot, Berlín, 1974, p. 284.

[31] Una crítica de esta posición puede leerse en AYMANS, W., «Los acuerdos con los países de Centroeuropa», en AA. VV., *La Institución Concordataria...,* cit., pp. 219 y ss.

[32] Art. VII del AAJ; XVI del AEAC; VI del AAE; y VII del AAR: «La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan».

peración para hacer reales y efectivas la igualdad y la libertad o para eliminar los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art 9.2 CE). La decisión sobre el cómo garantizar esa libertad y esa igualdad corresponde enteramente al Estado.

El Estado no puede enajenar ni transferir a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución salvo que medie autorización de las Cortes Generales concedida a través de ley orgánica (art. 93 CE). No puede por tanto transferir competencias en materia de derechos fundamentales de sus ciudadanos mediante tratados internacionales en tanto estos no sean autorizados por esa vía. Tampoco a la Iglesia católica. Y los vigentes acuerdos Iglesia-Estado no han cumplido con ese trámite.

Por otro lado, el carácter de tratados internacionales de estos acuerdos se fundamenta en una ficción jurídica. Con independencia de que convencionalmente se les atribuya un valor jurídico similar a ellos, ni son acuerdos entre Estados ni se incluyen expresamente en el ámbito de aplicación del Convenio de Viena. Es más, difícilmente se pueden considerar como una relación jurídica sometida a control jurisdiccional cuando una de las partes no acepta una tercera instancia que, caso de conflicto, decida sobre la misma. Porque el canon 1404, repitiendo el eslogan del Medievo *ecclesia a nemine iudicatur* («la Iglesia por nadie puede ser juzgada») sigue aplicando esa misma máxima al papa, suprema autoridad de la Santa Sede: *prima sedes a nemine iudicatur*[33]. Eso explica que no se conozca ni un solo caso, por más graves que hayan sido las violaciones de lo acordado, en que la Iglesia haya denunciado un concordato.

5. Breve propuesta de *iure condendo*

Visto que tanto desde su contenido como desde su forma pueden ser tachados de posible inconstitucionalidad[34], se impone una revisión a fondo de los acuerdos con la iglesia católica, su sustitución por otros nuevos de naturaleza jurídica distinta o, incluso, su desaparición por innecesarios en una sociedad plural, multicultural incluso, en la que los principios de laicidad y tolerancia[35] garantizan la plena protección de la libertad de conciencia de individuos y comunidades e incluso el control de esa protección por órganos internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

---

[33] Sobre la evolución histórica de este principio eclesiástico, vid. Vacca, S. (1993). *Prima sedes a nemine iudicatur. Genesi e sviluppo storico dell'assioma fino al Decreto di Graziano,* Ed. Pontificia Università Gregoriana, Roma.

[34] Sobre esto he escrito en «En busca de la laicidad: la yincana de los acuerdos con la Santa Sede», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* 6 (marzo-agosto, 2014), 72-97.

[35] Sobre el principio de tolerancia y su relación con el de laicidad en nuestro modelo constitucional, vid. Llamazares Fernández, D., *Derecho de la Libertad de conciencia...,* cit., pp. 32 y 340 y ss.

Porque en una democracia pluralista, en que rigen los principios de tolerancia y laicidad, las confesiones, también la Iglesia católica, son simplemente asociaciones voluntarias que, en principio, han de someterse a la legislación común del Estado. No parece haber sitio aquí para relaciones internacionales, sino para relaciones de esas asociaciones con el Estado como meras asociaciones internas, sometidas al Derecho común[36]. Como afirma Pardo Prieto, «concordato tradicional y democracia nunca han sido buenos compañeros de viaje. O lo uno o lo otro, las dos a la vez, no»[37].

Llegados a este punro, entiendo que son posibles dos alternativas, ambas válidas por separado: la denuncia de los acuerdos en su totalidad, o la revisión parcial de mutuo acuerdo de los ya existentes, complementadas ambas fórmulas con la correspondiente legislación unilateral de desarrollo que deberá respetar escrupulosamente los principios constitucionales.

La denuncia debería hacerse de conformidad con el Derecho internacional, tratando de buscarle acomodo en el artículo 56 del Convenio de Viena y comunicando a la Santa Sede que, dada la reiterada imposibilidad de llegar a pactos interpretativos que permitan al Estado adecuar el contenido del tratado a su normativa constitucional, por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*[38], en el plazo de doce meses el Estado español se considerará libre de los compromisos contenidos en los acuerdos, manifestando su propósito de proceder, a partir de ese momento y de no haber objeción de la otra parte, a legislar unilateralmente sobre todos los temas contenidos en ellos, sometiéndolos, como regla general y en aras del principio de igualdad, al Derecho común.

Renuncia o revisión los únicos caminos que le quedan al Estado para superar la situación a la que nos ha conducido la inflexible y, si se me permite, cerril actitud de la Iglesia en la aplicación del principio del mutuo consentimiento para resolver los problemas de interpretación y aplicación de los acuerdos vigentes, actitud que se ha traducido casi siempre en no moverse ni un ápice de su posición inicial, imposibilitando así una solución más acorde

---

[36] Cosa distinta son los acuerdos que pudieran establecerse con la Santa Sede para cooperar a la consecución de fines tales como la protección de los derechos humanos, la paz y la tolerancia, la erradicación de la enfermedad, de la pobreza o del hambre, etc. La Santa Sede tiene firmados varios acuerdos de este tipo con diferentes Estados; sirvan como ejemplo el Acuerdo Fundamental entre el Estado de Israel y la Santa Sede de 30 de diciembre de 1993, cuya versión en inglés se puede encontrar en la dirección electrónica: http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19931230_santa-sede-israele_en.html (fecha de consulta: 20 de julio de 2022). O el Pacto entre la Organización para la Liberación Palestina y la Santa Sede de 15 de febrero de 2000, cuya versión en inglés está disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2000/documents/rc_seg-st_20000215_santa-sede-olp_en.html (fecha de consulta: 20 de julio de 2022). Con base en este último está próxima la firma de un nuevo Acuerdo más amplio entre la Santa Sede y el Estado Palestino.

[37] «En defensa de la Constitución ante algunas previsiones de los vigentes acuerdos con la Iglesia Católica», en *Revista Jurídica de la ULE,* 8 (monográfico, 2021), p. 94.

[38] Wagnon, H., «L'Institution concordataire», cit., p. 21; Catalano, G., «Natura giuridica dei concordati...», cit., p. 39.

a los principios constitucionales que permitiera al Estado ejercer sus competencias.

Por último, tanto si la opción es denunciar los acuerdos en su totalidad como si es proceder a su revisión bilateral parcial, es absolutamente necesaria la transformación de su naturaleza jurídica: deben perder su condición de tratados de Derecho internacional y transformarse en tratados o *acuerdos de Derecho público interno,* de naturaleza jurídica semejante a los acuerdos de 1992 con las confesiones minoritarias[39], como única forma de sortear el riesgo de lesionar la soberanía del Estado (lo que en el caso de la revisión bilateral exigiría una renovación del acuerdo también en aquellos contenidos que se fueran a mantener). Esos nuevos acuerdos de naturaleza legal deberían contener, como punto de partida, el estatuto reconocido a las confesiones firmantes y, al mismo tiempo, la fórmula para su revisión, sin cercenar ni lesionar la soberanía legislativa del Parlamento: esto es, previo el informe preceptivo, *pero no vinculante,* de la confesión o confesiones a cuyo estatuto pudiera afectar.

[39] Sobre la fórmula utilizada para estos acuerdos, vid. Fernández-Coronado González, A. (1995). *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación (los pactos con las confesiones: leyes 24, 25 y 26 de 1992).* Civitas, Madrid.

07 SECULARIZACIÓN, MODERNIDAD Y ¿POSTSECULARIDAD?

José Antonio Parody Navarro.
Profesor Contratado Doctor.
Universidad de Málaga.

Introducción.
1. El proceso de secularización.
   1.1. Un breve acercamiento histórico
   1.2. El proceso secularizador en España
2. Modernidad y postsecularización.

Introducción

El fenómeno de la secularización en Europa es un hecho incuestionable; pero a escala global lo que ocurre allí es una singularidad. Con esta afirmación comenzaba Casanova su intervención en una conferencia sobre «Dinámicas globales: religiosas y seculares»[1] para posteriormente incidir en que el proceso de construir una dinámica binaria entre lo religioso y lo secular en Europa ha llevado a la secularización, sin que surja pluralismo religioso; mientras que en el resto del mundo vive un proceso de pluralismo religioso, sin secularización. Rubio Ferreres en el mismo sentido afirmó al finalizar el pasado siglo que el fenómeno de la secularización traía causa en el intento de interpretar un proceso que caracteriza al mundo moderno, y que buscaba «la emancipación de la cultura occidental no solo frente a la tutela de la Iglesia, sino frente a toda forma religioso histórica»[2], siendo, por tanto, algo más que un simple proceso socioestructural. En realidad, el proceso de secularización según el señalado autor «tiene algo que decir, en términos totalmente globales y dentro de una generalización absoluta, sobre el proceso genético y la situación de la cultura y sociedad moderna en relación al cristianismo». Es decir, de forma esencial lo circunscribía a la Europa Occidental.

Sirvan estas primeras líneas para llamar la atención sobre una cuestión que considero esencial en el estudio del proceso de secularización; a saber, su

[1] Organizada en el marco del Máster Universitario en Sociología Aplicada que oferta la Universidad de Málaga.

[2] Rubio Ferreres, J. M.(1998). ¿Resurgimiento de lo religioso versus secularización? *Gazeta de Antropología,* 14, artículo 3.

contenido y su alcance. En este sentido Álvarez Tardío[3] siguiendo las tesis de Weber en relación a que la secularización venía dada dentro del proceso de modernización en que el Estado y el mercado desplazaban por completo a la institución eclesiástica de sus funciones clásicas, diferenció entre la secularización política y la secularización de las conciencias y los referentes morales del individuo y sus creencias personales, pues solo si se era consciente de ésta diferenciación se podía realizar un estudio riguroso del contenido y alcance del proceso secularizador.

Hemos tenido ocasión de señalar en anteriores publicaciones[4] una premisa que considero esencial para comprender la evolución del proceso secularizador, tanto de la conciencia como de los Estados. Y este presupuesto consiste en aceptar que la evolución que se ha producido no es más que constatar la vigencia de un modelo consecuencia del sentido histórico de la secularización y que consiste en el proceso por el que una realidad unida estrechamente a Dios y a la religión retorna al mundo profano, a lo secular. Se debe asumir que la secularización no supone el fin de la religión en la sociedad, sino que lo que hace es reconocer al hombre su realidad plena. En este contexto la secularización pasa a ser una verdadera garantía del pluralismo, no solo religioso; pluralismo que como sabemos actúa como principio informador, garantía y sostén de los Estados democráticos.

Desde este prisma es como podemos entender todo el largo y a veces tortuoso camino del proceso secularizador, que no aparece de forma espontánea en un momento concreto y determinado, pero que sí es cierto que con la Ilustración y sus aires renovadores va a tomar un impulso decisivo.

1. El proceso de secularización

Nos permitimos incidir en algunas cuestiones que ya adelantábamos en una colaboración publicada en la revista *Lumen*[5] acerca del proceso secularizador de la conciencia y el Estado. Allí afirmábamos que es cierto que a partir del siglo XVIII se acentúa, por un lado, la pérdida del carácter religioso del poder político[6] y, de otro, la fe deja de ser criterio de contrastabilidad científi-

---

[3] Álvarez Tardío, M. (1998). Política y secularización en la Europa contemporánea. *BIBLID,* 16, 143-166.

[4] Parody Navarro, J. A. (2007) *La Ilustración y los aires secularizadores en la enseñanza,* en Religión y Poder, SECR, p. 379-389; (2014) *La libertad de cátedra y la secularización del derecho en España, en Anuario de Derecho a la educación*. Dykinson p.141-155; (2012) «Antecedentes y evolución histórica del derecho de libertad de cátedra. Una consecuencia del proceso secularizador de los Estados», en *Anuario del derecho a la educación* (p. 251-279), Dykinson.

[5] Parody Navarro, J. A. (2004). «El proceso secularizador de la conciencia y del Estado: acercamiento al problema en los siglos XVII, XIX y XX», en *Lumen,* 53, 439-465.;

[6] Redondo, E. (1997). «Alcance y límites el proceso de secularización», en *Estudios sobre secularización docente en España* (p. 33). Ed. J. Vergara Ciordia, Madrid.»

fica, secularizándose el poder político[7]. En consecuencia, el fundamento del poder deja de ser religioso[8]. A este respecto Calvo Espiga afirma que «el fundamento de ese poder no hay que buscarlo en Dios (fundamento religioso), sino en el contrato social con el fin de conseguir, no la salvación eterna (fin religioso) de los ciudadanos, sino su pacífica y fecunda convivencia en libertad: la libertad individual se convierte en la razón de ser de la sociedad y pasa a ocupar el papel de protagonista, porque el progreso continuo e indefinido predicado por la Ilustración es progreso de la libertad en libertad». Y esto conlleva también que se seculariza también el Derecho, produciéndose un cambio en el fundamento de la intervención de los príncipes en los asuntos de la Iglesia, tanto en los países católicos como no católicos[9].

Pero como he dicho, estos cambios no aparecen de forma espontánea, sino que son fruto de un largo, complejo y, sobre todo, lento devenir histórico que se inicia tras el Edicto de Milán y que es conocido como «el proceso de secularización del Derecho Canónico», proceso que fue en un principio más formal que material y que trascurrió paralelo a una espiritualización del ordenamiento secular

1.1. Un breve acercamiento histórico

Efectivamente, con el Edicto se instaura una nueva época, elevándose al plano del derecho la tolerancia imperial al cristianismo, por lo que al menos en la práctica, quedan equiparadas todas las religiones coexistentes en ese momento, aunque bien es cierto que el cristianismo, poco a poco, va convirtiéndose en religión preeminente, hasta que se produce la declaración como religión oficial. La constitución Cunctos Populos del Emperador Teodosio inaugura lo que se ha venido en llamar «matrimonio definitivo del Imperio Romano y la Iglesia Cristiana». Durante este período los límites jurídicos frente al poder civil sufren un profundo cambio llegando a una integración jerarquizada de poderes. Partiendo de esta nueva realidad resulta evidente que el derecho del Estado se confesionaliza. Por tanto, el derecho

---

[7] Contribuirán de forma decisiva a la secularización del Derecho los postulados de la Escuela histórica de Savigny: el fundamento del Derecho no es la divinidad, sino el espíritu del pueblo

[8] Calvo Espiga, A. (1984). *Implicaciones jurído-canónicas de la relación entre la Iglesia y la Comunidad Política* (p. 83-84). Vitoria.

[9] Llamazares Fernández, D. (1997) *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de Conciencia y Laicidad* (p. 84-85), Civitas, dice: «Ahora en ambos esa intervención pasa a estar legitimada por el mismo fundamento: el jurisdiccionalismo territorial. Esa intervención no está legitimada ni por el origen divino del poder temporal de los reyes, ni por el fin espiritual, si quiera indirecto, del ejercicio de ese poder, sino por razones políticas y en función de los fines políticos del poder temporal. La actividad de las Iglesias, o al menos de algunas, se considera beneficiosa para la sociedad y para la formación moral de los ciudadanos. De ahí que se las considere como corporaciones de Derecho público a las que se aplica un Derecho especial favorable, tanto en los países con el modelo de Iglesia de estado como en los confesionales, tanto doctrinales como histórico-sociológicos, y en los pluriconfesionales».

del Estado, en palabras de Llamazares, «tiene en última instancia su fundamento en la autoridad divina y, por tanto, en la Fe». Pero junto a ese proceso de canonización del Estado es lo cierto que también se produce una notable influencia de lo temporal en el ordenamiento confesional, lo que se llamó la secularización del Derecho canónico. Ahora bien, lo cierto es que la imperatividad de las normas que afectaban a uno u otro ordenamiento era simplemente formal, por cuanto «venía referida fundamentalmente a la influencia de los principios informadores de uno de los ordenamientos sobre el otro». No obstante, esta colaboración entre el poder civil y el espiritual fue efímera pues rápidamente se produjeron intromisiones entre ambas potestades. Y consecuencia de ello fueron las luchas que se dan entre ambas instituciones. Nace, en ese momento, el llamado dualismo gelasiano que es fruto del planteamiento del Papa S. Gelasio, con motivo de una de las primeras disputas entre el poder civil y la Iglesia configurando la teoría de los dos poderes, otorgando a cada poder determinadas potestades. El problema será determinar la línea fronteriza entre los asuntos espirituales y los materiales. Es decir, quedarán sentadas las bases de la alternancia entre cesaropapismo y teocracia.

Traído lo anterior al campo de la libertad de conciencia, es de destacar que la religión católica goza de privilegios sobre los demás credos religiosos, siendo considerados herejes los no católicos. «En esta concepción totalitaria los disidentes quedan excluidos de la comunidad: los emperadores paganos persiguen a los cristianos por no respetar al imperio; los emperadores cristianos persiguen a los paganos por no aceptar el culto cristiano y los emperadores ortodoxos persiguen a los herejes por no aceptar la ortodoxia de Nicea y Calcedonia. En todo caso con una finalidad bien clara y expresa: el bien común, o lo que es lo mismo, lo útil a la sacrosanta Iglesia Católica»[10]. Resulta, por tanto, evidente que aunque se intente hablar teóricamente de una independencia entre lo espiritual y lo religioso, lo cierto es que la debilidad del poder secular es notable[11].

Tras la caída del Imperio de Occidente, Europa se ve ante una situación caótica en todos los aspectos: cultural, económico, y desde luego político. La Iglesia asume realizar una labor supletoria, atribuyéndose funciones propias

---

[10] Calvo Espiga, A. (1997). «De nuevo sobre la naturaleza y lugar del derecho canónico», en *Scriptorium Victoriense,* p. 48, dice: «Bien común se identifica con bien de la Iglesia

[11] Parody Navarro, J. A. *El proceso secularizador,* op.cit.: «En esta época la relación entre los ordenamientos sigue bajo un esquema de unidad. Pero esta relación de unidad es «sui generis». Aprovechando la debilidad de los sucesores de Carlomagno, los Papas intentan formular la teoría de la superioridad de la Iglesia sobre lo temporal, como se desprende por ejemplo de la reforma llevada a cabo por Gregorio VII que permite a la Iglesia regular materias de tipo no religioso, produciendo una secularización material del derecho canónico. Merecen ser destacados dos hechos de trascendencia en la relación Derecho Canónico-Derecho Secular. Por un lado, las Decretales de Gregorio IX (1234) y el Liber Sextus (1298) de Bonifacio VIII, donde aparecen criterios de sistematización absolutamente jurídicos y, por otro lado, la influencia del pensamiento de Santo Tomás en cuanto a la distinción entre derecho divino natural y derecho divino positivo».

de la esfera civil[12]. En principio podríamos afirmar que en el medievo el poder papal afecta a los asuntos espirituales, mientras que el poder del emperador está referido a los asuntos terrenales o del cuerpo. Sin embargo, la realidad es otra, pues la dificultad se encuentra en establecer los límites de uno y otro poder[13]. Según Calvo Espiga[14] «esta tensión va a determinar, además, las principales teorías que se elaboraron tanto sobre la naturaleza del poder regio y del poder papal en torno a la relación existente entre ambos»[15]. Por tanto, podemos afirmar que, al tiempo de espiritualización del Derecho Imperial producida en la época carolingia y en la del Sacro Imperio romano-germánico, le sucederá otra fase de secularización material del derecho canónico, que sienta las bases de lo que hoy conocemos como derecho común. Todo lo anterior nos lleva a concluir que durante la Edad Media el factor determinante respecto a la libertad de conciencia es la intolerancia[16].

Como consecuencia, en parte, de los cambios sociales acaecidos en Europa a partir de la Reforma Protestante, nacen los nuevos estados absolutos y los soberanos intentan la sumisión de lo eclesial a lo político, si bien es una sumisión un tanto peculiar, ya que aunque oficialmente y en teoría, los gobernantes respetaban plenamente la independencia y el papel de la Iglesia en la vida social, poco a poco se tiende a integrar a la Iglesia en los esquemas jurídico-políticos de los nuevos Estados absolutos, intentando de este modo la sumisión de lo eclesial a lo político por cuanto el poder político reconoce a la religión un papel importante en la vida social pero con la finalidad de aumentar la cohesión de sus reinos, llegando en ocasiones a establecerse Iglesias Nacionales[17].

---

[12] Y así va tomando cuerpo una nueva concepción del mundo que no es otra que la «respublica christiana», que es una única realidad histórica constituida por dos espadas, la del emperador y la del Papa.

[13] En tal sentido Llamazares Fernández, D., *Derecho de la libertad de conciencia I,* op. cit., destaca que la nueva situación del derecho canónico respecto al romano imperial viene determinada por los siguientes principios: 1.º) Al ordenamiento eclesiástico o canónico le corresponde la regulación en exclusiva de lo temporal y lo espiritual. 2.º) Por lo general el pontífice no hace uso de estas prerrogativas, lo que no significa que no pueda hacerlo. 3.º) Ambos derechos, romano y canónico, son subsidiarios en los territorios donde no funcionen como ordenamiento principal, pero la validez de la subsidaridad del derecho romano al canónico está condicionada a su no contradicción con él. 4º Para que las leyes imperiales tengan eficacia universal, también en los reinos no feudatarios del Imperio, es necesario que hayan sido aprobadas por el Pontífice.

[14] Calvo Espiga, A. *Implicaciones...* (op.cit., p. 32), afirma que la lucha de las dos espadas desemboca, de una parte, en la teoría de la potestas directa *in temporalibus,* según la cual el Papa sería el jefe espiritual y temporal de la humanidad asistido en el desarrollo de su cometido por el Emperador, quien actúa a modo de ministro o instrumento del papado. Por otro lado, la separación entre sacerdocio y reino será el punto de partida de la actitud de algunos monarcas que (...) reivindicarán la autonomía e independencia de las funciones regias frente a las sacerdotales.

[15] Latreille, A. (1962). La Iglesia Católica y el laicismo. Madrid.

[16] Llamazares Fernández, D., *Derecho a la libertad de Conciencia I,…,* op. cit.

[17] Calvo Espiga, A. *Implicaciones…* op.cit.: «La misma lógica interna de las ideas y estructuras políticas renacentistas abocaba a los gobernantes y monarcas, de manera casi inexorable, a intervenir cada vez más en los distintos aspectos de la vida de la Iglesia, llegándose en algunos casos a una intervención directa de la autoridad política en asuntos que afectaban directamente a la estructura jurídica fundamental de la Iglesia y no solo a aspectos periféricos o accidentales de la misma».

Fue, precisamente, la situación creada con la Reforma la que dio lugar a la distinción entre *ius canonicum* y *ius ecclesiasticum*[18], que a su vez supuso un cambio en la concepción del Derecho Eclesiástico del Estado, motivado por todo este cúmulo de circunstancias que propiciaron el nacimiento de una nueva concepción del mundo que, de forma eminente, se concretó en el denominado humanismo renacentista, concepción o movimiento basado esencialmente en el intento de afirmar los valores humanos independientemente de cualquier radicación trascendente .

El periodo comprendido entre los siglos XVI y XVII supone el paso de la intolerancia entre los miembros de diferentes corrientes doctrinales surgidas por la división que en la Iglesia produce la reforma a una época de tolerancia religiosa en algunos lugares concretos. Por ello, podemos concluir que la Reforma fue el precedente que sirvió, de un lado, para sentar las bases sobre las que se desarrolló la tendencia a la concentración del poder en manos del soberano y que alcanzará su máxima expresión en las monarquías absolutas del XVII-XVIII. De otro lado, en los países en que triunfó la contrarreforma católica, la experiencia de la Reforma y el nuevo orden surgido en Europa, facilitaron el paso a nuevos sistemas de relación entre el orden religioso y el civil, manifestado en la práctica de la denominada potestas indirecta *in temporalibus.* Situación que, en un segundo momento, finales del XVII y XVIII, con la consolidación de las monarquías absolutas, abocó al fenómeno del jurisdiccionalismo, de carácter confesional en un primer momento, y luego agnóstico.

En la primera mitad del siglo XIX se produce una ralentización tanto del proceso de reconocimiento de la libertad religiosa como de la separación Iglesia-Estado. Este proceso recibirá un decisivo impulso con los movimientos revolucionarios de mediados de siglo y de la consecuente pujanza del liberalismo. Sirva a modo de ejemplo lo ocurrido en Francia en donde el régimen napoleónico instaura un estado pluriconfesional, avanzando en la secularización de las instituciones. Las Constituciones posteriores sufrieron los vaivenes lógicos de las tensiones políticas de la época hasta terminar imponiéndose las tesis liberales de considerar la religión como un asunto privado, y la consideración de las confesiones religiosas como asociaciones de derecho privado sometidas al derecho común.

1.2. El proceso secularizador en España

El ya citado Álvarez Tardío ha venido a señalar que «la acción del liberalismo español respecto a la Iglesia católica en la primera mitad del siglo XIX

[18] Calvo Espiga, A. (1990). «¿El derecho en la Iglesia: ¿conveniente o necesario?», *Lumen,* 39, 54 y 61-64, dice: «... a consecuencia del movimiento protestante, se instaura en los territorios de la Reforma, el principio *cuius regio eius et religio,* en cuya virtud los súbditos quedaban obligados a seguir la religión de su príncipe».

observó una ortodoxia reformista que careció de una formulación, de un programa sistemático que se denominase secularizador[19]». Bien es sabido que, en realidad, en España las luces penetraron a comienzos del siglo XVIII gracias a la obra, prácticamente aislada y solitaria, pero de gran enjundia del fraile benedictino Benito Jerónimo Feijoo, el pensador crítico y divulgador más conocido durante los reinados de los primeros reyes Borbones. Los aires secularizadores introducidos por los Ilustrados van a traer consigo que se comience a hablar de la libertad en sus múltiples acepciones. Como hemos adelantado, durante el siglo XIX y como consecuencia de ese tenue proceso renovador o reformista se va abriendo paso la libertad de conciencia a través de la tolerancia que llega a consagrarse como principio constitucional aunque, en realidad, no se trata en último extremo de cuestionar la confesionalidad del Estado. Prueba de ello es el paso del confesionalismo doctrinal excluyente de las Constituciones de 1812 y de 1845 al sociológico de la de 1876 matizado por el principio de tolerancia de cultos[20].

Ya entrados en el siglo XX se producen dos acontecimientos de signo contradictorio pero de especial relevancia:

1.º El reconocimiento del derecho a la libertad de conciencia en su dimensión individual y colectiva, así como la separación Iglesia-Estado;
2.º En segundo lugar, la experiencia de las dictaduras en las que dicho derecho era negado o limitado.

Asistimos, en esta época a los primeros modelos de separación: la Ley francesa de separación de 1905 y la Constitución de Weimar de 1919[21]. Sin embargo, ni uno ni otro proyectos calaron de inmediato en una sociedad como la española de primeros del siglo XX[22] que venía condicionada por la propia estructura societaria de la época en la que las élites liberales prefirieron que la doctrina y moral católica influyera en la educación y formación de la propia sociedad, probablemente con la finalidad de evitar los peligros de

---

[19] Álvarez Tardío, M. *Política y secularización en la Europa contemporánea* (op. cit., p. 148).

[20] Contenido en el párr. 2.º del art.11, este precepto que tendrá importantes consecuencias en materia de enseñanza, por ejemplo, permitiendo diversas soluciones a la libertad de enseñanza según estuviesen en el poder los conservadores o los progresistas. Concretamente el citado precepto constitucional relaciona íntimamente la libertad de enseñanza con la libertad ideológica y religiosa.

[21] Llamazares Fernández, D., *Derecho a la libertad de conciencia* I. (op.cit., p. 95-96): «en la Ley francesa de 1905, de acuerdo con la consideración liberal de las creencias religiosas como asunto privado, esa separación se basa en la consideración de las Confesiones como meras asociaciones privadas a las que les es aplicable, sin más, el Derecho común y sin más limitaciones a su autonomía que las derivadas del orden público. En la Constitución alemana, en cambio, se conserva la distinción entre reconocidas y no reconocidas; las primeras son corporaciones públicas que se someten a un Derecho público especial favorable, en tanto que a las segundas son asociaciones privadas a las que se aplica el Derecho común, al tiempo que se consagran tanto el principio de separación, mitigado por los de paridad y coordinación, como el de autonomía de las Iglesias.»

[22] Sobre el proceso de secularización en la sociedad española en el siglo XX, ver Pérez-Argote, A., «El proceso secularizador en la sociedad española» *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*,77, 65-82.

la posible radicalización de la misma. No es hasta 1931 cuando triunfan los postulados secularizadores próximos al modelo francés

Efectivamente la Constitución republicana de 1931, como señala LLAMAZARES, es el resultado de la confrontación parlamentaria de esos dos modelos. La Comisión constitucional propone el modelo alemán y a través de la discusión parlamentaria el modelo que termina imponiéndose es el francés, endurecidas algunas características laicistas que recuerdan al modelo soviético de la Constitución de 1926.

Por primera vez «el postulado liberal de una secularización política que afectase exclusivamente a las instituciones quedó superado. Por eso el cambio republicano se definió más allá de sus consecuencias políticas. La revolución republicana era, para muchos sectores, la puerta abierta al cambio de la sociedad y la cultura»[23]. Sin embargo, que la Segunda República no culminó el proceso de secularización es un hecho evidente, es más, probablemente sería más correcto afirmar que dicho proceso durante ese corto periodo no alcanzó un empuje y avance especialmente significativo lejos de confrontaciones y disputas.

En nuestra opinión en este periodo republicano se trató de secularizar no solo el estado sino también las conciencias, lo que lo diferenció del proceso secularizador en otros países de nuestro entorno como Italia o la propia Francia. En el caso francés es significativo señalar que a pesar de ser protagonista del proceso de secularización, sin embargo, el Estado fue consciente de la necesidad de limitar su proceder contra la Iglesia.

En los años posteriores a la Guerra mundial se produce un paso atrás en el reconocimiento de la libertad de conciencia por la instauración de los regímenes comunistas, caracterizados por el laicismo, y los regímenes fascistas en los que la religión es una cuestión pública, bien se opte por la pluriconfesionalidad como Alemania, bien por la confesionalidad doctrinal con mera tolerancia de los demás cultos (España e Italia). Tras la segunda guerra mundial se produce en occidente un resurgimiento y preocupación por los derechos y libertades fundamentales, reconociéndose el derecho a la libertad de conciencia y la progresiva instauración de modelos de separación entre Iglesia y Estado en las Constituciones europeas promulgadas tras la posguerra[24].

En España la trasformación del binomio Iglesia-Estado se acompaña de la trasformación radical en la población a través de una masiva y creciente indiferencia ante el fenómeno religioso debido a un nuevo marco existencial. Se intensifican formas secularizantes anteriores y aparece la llamada era de la autenticidad que se consolida en toda la Europa Occidental como un movimiento en conflicto con los espacios en los que la Iglesia había jugado un papel importante en las décadas anteriores[25]

---

[23] Álvarez Tardío, M. *Política y secularización en la Europa contemporánea* (op. cit., p. 149-150).

[24] Llamazares Fernández, D., *Derecho a la libertad de conciencia* I.

[25] Ruiz Andrés, R. (2017). «El proceso de secularización de la sociedad española (1960-2010): entre la historia y la memoria», en *Pasado y memoria. Revista de historia contemporánea,* 16, 208.

2. Modernidad y postsecularización

Decía Pérez-Argote[26] citando a su vez a Eisensadt[27] que los caminos a través de los cuales se alcanza la modernidad pueden ser diversos. Las pautas de la llamada modernidad llegan a los Estados de forma muy diferente, desarrollándose e implantándose en los mismos también de manera distinta.

Algunos autores consideran que el concepto modernidad va íntimamente unido a los de religión y secularización, e incluso parte de ellos estiman que la modernidad es la que da origen a tales conceptos, estableciendo que: «las religiones han de ser consideradas desde una perspectiva social, política, económica, de género... pues también funcionan como marcadores sociales, como trasmisores de una tradición, como indicadores de pertenencia a grupo o comunidades»[28].

Quienes así opinan niegan la posibilidad de una nueva era de expansión religiosa o, aunque ésta ocurriera, los fundamentos religiosos resultantes serían grandes productores de secularidad[29], basan su argumentación en que el proceso de secularización ha supuesto la subordinación de las Iglesias al Estado y que ese proceso es irrenunciable. En este sentido la secularización es un proceso completo mientras que la religión sería algo «meramente» identificable.

Con independencia de que ésta última hipótesis no sea compartida es lo cierto que el discurso de la secularización desde antiguo comenzó a articularse como no simplemente un traspaso de bienes y personas del estado civil al eclesiástico (definición primitiva o canónica) sino a toda una dinámica de la modernidad, que permitiría centrarla y, explicaría las teorías del desencantamiento del mundo o la evaporación del marco religioso tradicional[30].

En las sociedades modernas se ha producido, como consecuencia de ese lento devenir histórico del que hablábamos en páginas anteriores una descomposición, disgregación, desacoplamiento de las instituciones sociales, que lógicamente ha tenido su reflejo en la descomposición de las instituciones religiosas hasta el extremo de que muchas de éstas han perdido la legitimidad

---

[26] Perez Argote, A. *El proceso de secularización en la sociedad española* (op. cit., p. 65-82).

[27] Eisensadt, S. N., en los últimos años de su vida se ocupó del estudio y explicación de la modernidad. Así destacan en (2000) *Multiple Modernities,* (2002) *Le Retour des Juifs dans l'Histoire,* trad. de Madeleine Martínez-Ubaud et Constanze Villar, éditions Complexe, coll. «Théorie politique» (2003) *Comparative Civilizations and Multiple Modernities,* Brill (2004) *Explorations in Jewish Historical Experience : The Civilizational Dimsension*, Brill (2005) *Axial Civilizations and World History, Die Antinomien der Moderne, Die Vielfalt der Moderne* (2006) *The Great Revolutions and the Civilizations of Modernity* (2006) *Theorie und Moderne.*

[28] Zazo Jiménez, E. «Dos conceptos de la modernidad; religión y secularización», en *Bajo Palabra,* II época, núm. 19, p. 166

[29] Roy, O. (2004). *La santa ignorancia. El tiempo de la religión sin cultura* (p. 19): «No hay retorno a lo religioso, hay una mutación. Y sin duda esa mutación es pasajera; no conduce necesariamente a una nueva era religiosa».

[30] Ruiz Andrés, R. (2017). *El proceso de secularización de la sociedad española* (1960-2010) (op. cit., p. 208).

para orientar la vida de los individuos. Decía Hervieu-Léger que en la sociedad moderna «aparece un proceso de perdida de la legitimación institucional mediante la cual las instituciones sufren un vacíamiento de sentido… En las sociedades modernas resulta evidente la fragmentación histórica del modelo único de socialización religiosa llevado a cabo en estas sociedades por la religión tradicional»[31].

La autora francesa, como explica Martin Huete, realiza una apropiación a una significación del término secularización que ya en el siglo XIX hace su aparición. Este nuevo significado está relacionado con la emancipación de la sociedad burguesa. Esto es, «desde mediados del siglo XIX el término secularización es utilizado para designar el hecho de que la cultura moderna, por una parte; su génesis y su pasado por otra, se presentan como opuestos que se excluyen y enfrentan entre sí. A partir de ahora, se habla de la sociedad moderna secularizada, tanto para exaltar el presente de la sociedad a costa de su pasado religiosamente constitutivo (Comte) o, por el contrario, para exaltar el pasado religioso en función de sus realizaciones culturales y sociales. Esta influencia de Comte y su positivismo científico en Hervieu-Léger, a la hora de definir la secularización, hace que ésta conecte con el enfoque negativo de la secularización que contrapone el mundo secular con el mundo sagrado»[32]

Debemos recordar que la teoría de la secularización predecía la debacle de la religión y la pérdida de su importancia social. Como señaló Beck esta teoría permitió no solo el descrédito de la religión, sino que facilitó la construcción «de una genealogía secularista, entendida como emancipación triunfal de la racionalidad y la libertad de las intrusiones, y la presunta cerrazón de las religiones»[33]. Este mismo autor a la hora de identificar esta teoría de la secularización la hace basar siempre en relación a la modernidad o modernización como él la define. La secularización y la modernidad avanzan de forma imparable. Cuanto más avance esta última «más ostensible se desapodera a los dioses».

Quienes así piensan presagiaban la pérdida de relevancia de la religión o, incluso, su desaparición. «Cuando se supere la pobreza escandalosa, se universalice la educación, se erradiquen las desigualdades sociales y la opresión política sea cosa del pasado, la religión adquirirá el rango de pasatiempo personal»[34]. En páginas posteriores tendremos ocasión de referirnos a como éste y otros autores apartándose de ésta teoría, o por mejor decir superándola, comienzan a hablar de una época de postmodernidad en la que se favorecerá la existencia de las religiones distanciadas de vínculos o aspiraciones monopolizadoras

---

[31] Hervieu-Léger, D. (1985). Sécularization et modernite religieuse. *Societes,* 4, 62.

[32] Martín Huete, F. (2015). *La persistencia de la secularización en la era de la desecularización* (p. 132). Tesis doctoral, Pamplona.

[33] Beck, U. (2009). *El Dios personal, la individualización de la religión y el «espíritu» del cosmopolitismo.* Barcelona. Paidos

[34] Ídem.

Retomando de nuevo al binomio secularización-modernidad nos gustaría llamar la atención sobre una teoría expuesta por Garzón Vallejo[35] consistente en considerar que la confusión sobre el término secularización encuentra su origen o fundamento en la no distinción entre los tres procesos que operan en la secularización moderna, sino que por el contrario lo hacen coincidir en una única razón y que no es otra que la que conduce a la progresiva irrelevancia pública de la religión.

Y esto probablemente sea consecuencia de entender la secularización desde la perspectiva de cómo ha sido considerada especialmente desde la Ilustración, que desplaza los sentidos jurídico-canónicos-políticos originarios del concepto y asume una nueva categoría que pretende explicar la historia de la modernidad. Existe, por tanto, un olvido del análisis histórico y sociológico del proceso secularizador que es necesario e imprescindible.

Retomando la búsqueda de un análisis desde la perspectiva que consideramos más correcta, nos hemos encontrado con una asimilación de conceptos que inducen a la confusión. Por un lado, se ha asimilado el término laico a lo secular; por otro, se identifica laicidad y secularización, y, por último, laicismo con secularismo. Nos parece muy acertada la distinción que Fernández-Coronado[36] realiza entre secularización y laicidad a los que califica como dos conceptos distintos y a veces distantes, que además se corresponden con dos ámbitos diferentes. La secularización es esencialmente una condición de la sociedad que dispone de cierta extensión política suponiendo un proceso transformador en relación con los valores religiosos que pretende la restauración de la autonomía entre la esfera civil y la religiosa. La laicidad, por el contrario, es un principio político que afecta al ámbito público y se concreta en el compromiso jurídico del Estado separado y neutral de garantizar los derechos fundamentales de manera igualitaria para todos los ciudadanos. En base a esta distinción establece una primera hipótesis de trabajo consistente en que «es un hecho objetivo que la sociedad occidental, sobre todo en el espacio europeo, ha alcanzado un importante nivel de secularización. Sin embargo, esto no permite afirmar con carácter general que la religión se encuentre en una situación de claro declive... sin que ello tampoco suponga que la secularización esté remitiendo»

Algunos autores, al hilo de esta posible identificación entre laicidad y secularización han venido afirmando que quizás lo que se ha producido en Europa fundamentalmente —y dentro de ella diferenciando a los países latinos de los del norte— más que una completa secularización es una desconfesionalización. Este debate aun siendo de especial interés y trascendencia excede de los límites de este trabajo, pero queremos dejar constancia del

---

[35] Garzón Vallejo, I. (2014). «Postsecularidad: ¿un nuevo paradigma de las ciencias sociales?». *Revista de estudios sociales,* 50, 105-106. Bogotá, septiembre-diciembre 2014.

[36] Fernández-Coronado González, A. (2021). *La posición del Estado laico ante la secularización de la sociedad española* (p. 399). El Derecho eclesiástico del Estado en homenaje al Prf. Llamazares Fernández. Valencia.

mismo como posible vía a la hora de entender el complejo proceso sufrido por los estados nacionales a partir del siglo XVI.

Sentadas las bases del proceso secularizador en relación no solo a los estados sino también a las conciencias y la religión y, con respecto a las ideas y planteamientos expuestos, deseamos analizar otra cuestión relativa a si la modernidad es un concepto todavía vigente o, si por el contrario ha perdido todo o parte de su vigor y cual es su relación última con la secularización.

Para intentar dar respuesta a esta cuestión partimos de la afirmación compartida por todos de que el proceso de secularización es y ha sido una realidad y que todos somos seculares en el sentido de que no es posible hoy en día concebir un mundo no secular. La cuestión radica en si esa visión o realidad secular significa o justifica un mundo sin religión, o dicho de otro modo si la modernidad presente necesita de una secularización absoluta tanto de los Estados como de los individuos.

Se ha venido manteniendo, quizás de forma un tanto ligera, que la secularización producía modernidad y la construía o ayudaba a su construcción estableciendo principios básicos de desarrollo. Este modelo se analizaba desde y por Europa y, desde siglos atrás se concibió como un modelo expandible a todos los territorios. Cuando existían lugares en donde no se cumplían expresamente estos presupuestos se hablaba de excepcionalidad. Concretamente me refiero en primer lugar a la experiencia norteamericana. Sin embargo, fuera del marco de la Europa Occidental y de los Estados Unidos, el resto del mundo ha culminado el proceso de modernización o en todo caso se ha iniciado, con mayor o menor éxito en el resto de países, y se puede afirmar sin tenor a errar que la modernización fuera de Europa casi nunca conlleva íntimamente aparejada el fenómeno de la secularización; al contrario la modernización ha supuesto en la mayoría de los lugares que resurjan, renazcan, florezcan movimientos religiosos, es decir produce el auge de los mismos. Por tanto, sería posible argumentar que la modernización no explica la secularización ni en Europa ni en el resto del mundo, por lo que se hace necesaria una nueva teoría a tal fin. Como decíamos en líneas anteriores quizás la clave se encuentre en la desconfesionalización más que en la secularización, pero como hemos indicado esto será objeto de posterior estudio[37].

¿En qué forma es posible hablar, entonces, de modernidad y proceso de secularización? Blumenberg[38] ha llegado a afirmar que la modernidad no requiere del proceso de secularización ni de la humanización de los ritos religiosos. Recordaba este autor que la secularización es un proceso en el cual se genera una mundanización de los contenidos religiosos que se trasladan del mundo de la teología hacia el mundo secular y, precisamente por eso, no puede ser el proceso que justifique la modernidad. Incluso Berger cuyas teorías han sido objeto de revisión crítica por muchos otros, ya vino a establecer

[37] Tesis mantenida entre otros por Casanova, J.

[38] Blumenberg, H. (2008). *La legitimación de la Edad Moderna*. Valencia.

en el pasado siglo que modernidad y secularización vinculan un universo simbólico y una cosmovisón anatómica en la vida cotidiana de las sociedades modernas a las que presenta dentro de un universo desintegrador. En definitiva, es el sentir de muchos y que sintetizamos en el pensamiento de Garzón[39] cuando afirma que la teoría de la secularización tal y como se ha presentado parece agotada, aunque sea prematuro «darle sepultura», pues todavía es útil para ofrecer explicación a la decadencia de la religión en las sociedades tardomodernas desarrolladas[40].

A modo de conclusión nos permitimos citar de nuevo a CASANOVA[41], que con motivo de un análisis retrospectivo de su obra llega en la actualidad a plantear sus dudas sobre si es conveniente separar la religión de la sociedad política o incluso del estado en el sentido «que sean condiciones necesarias o suficientes para la política democrática»; es más, afirma que con la actuales tendencias como son la creciente globalización, migraciones trasnacionales, el creciente multiculturalismo, la revolución biogenética y la persistencia de la flagrante discriminación por género, el número de asuntos religiosos aumentará, lo que provocará que la república de ciudadanos se vuelva cada vez más diversa y fragmentada, lo que conllevará a la penetración de las políticas públicas en todas las esferas de la vida, incluyendo las más privadas, por lo que todos los asuntos trascendentes continuarán asaltando a la religión y provocarán respuestas religiosas.

En definitiva, quizás la separación absoluta entre religión y política no sea un requisito esencial para que las libertades y los derechos humanos tengan plena vigencia, es decir, que el secularismo sea un requisito sin el cual no exista la democracia.

Como bien han señalado autores tan dispares como Habermas[42], que defiende la recuperación crítica de los valores e ideales de la modernidad; Taylor que defiende la construcción de un marco secular del ser sin religión —acorde con su clásica división del orden en cósmico, social y moral; en función de la ciencia, la esfera o los individuos— constituyendo ese marco secular el mundo del hombre que vive y se desarrolla sin religión. El propio TAYLOR de acuerdo con su concepción considera, en una afirmación discutible para muchos, que una de las claves de una nueva era será la necesidad de que los parlamentos, los tribunales y los órganos administrativos sean capaces de explicar en clave secular cualquier referencia directamente religiosa. Y, por último, el propio Casanova, defensor de la teoría ya expuesta. Todos ellos y otros muchos consideran que quizás sería necesario pensar ya, sin ambages, en un concepto alternativo a la teoría de la secularización. Y ese concepto podría ser la postse-

---

[39] Garzón Vallejo, I. (2014). «Postsecularidad: ¿un nuevo paradigma de las ciencias sociales?» (op, cit.).

[40] Así la definió Bruce, S. (2011). *Secularization. In Defence of an Unfashionable Theory.* Oxford.

[41] Casanova, J. (2007). «Reconsiderar la secularización: Una perspectiva comparada mundial». *Revista Académica de Relaciones Internacionales,* 7 (noviembre), UAM-AEDRI.

[42] Habernas, J. (2008). *El discurso filosófico de la modernidad.* Katz Editores.

cularidad. El éxito de la misma dependerá en gran parte de su capacidad para explicar tanto los procesos de secularización (o desconfesionalización) como los de sacralización del mundo contemporáneo[43].

BIBIOGRAFÍA

Álvarez Tardío, M. (1998). Política y secularización en la Europa contemporánea. *BIBLID,* 16, 143-166.

Beck, U. (2009). *El Dios personal, la individualización de la religión y el «espíritu» del cosmopolitismo.* Barcelona. Paidos.

Blumenberg, H. (2008). *La legitimación de la Edad Moderna.* Valencia.

Bruce, S. (2011). *Secularization. In Defence of an Unfashionable Theory.* Oxford.

Calvo Espiga, A. (1984). *Implicaciones juríco-canónicas de la relación entre la Iglesia y la Comunidad Política.* Vitoria.

— (1997). De nuevo sobre la naturaleza y lugar del derecho canónico. *Scriptorium Victoriense.*

— (1990) ¿El derecho en la Iglesia: ¿conveniente o necesario? *Lumen,* 39.

Casanova, J. (2000). *Religiones públicas en el mundo moderno.* Chicago.

— (2012). *Genealogías de la secularización.* Barcelona.

— (2012). Lo secular, las secularizaciones y los secularismos. *Dialécticas de la postsecularidad. Pluralismo y corrientes de la secularización,* pp. 93-124.

— (2007). Reconsiderar la secularización: una perspectiva comparada mundial. *Revista Académica de Relaciones Internacionales,* 7 (noviembre), UAM-AEDRI.

Fernández-Coronado González, A. (2021). *La posición del Estado laico ante la secularización de la sociedad española. El Derecho eclesiástico del Estado en homenaje al Prf. Llamazares Fernández.* Valencia.

Garzón Vallejo, I. (2014). Postsecularidad: ¿un nuevo paradigma de las ciencias sociales? *Revista de estudios sociales,* 50 (septiembre-diciembre). Bogotá.

Habernas, J. (2008). *El discurso filosófico de la modernidad.* Katz Editores.

Hervieu-Léger, D. (1985). Sécularization et modernite religieuse. *Societes,* 4.

Llamazares Fernández, D. (1997). *Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de Conciencia y Laicidad.* Civitas.

Martin Huete, F. (2015). *La persistencia de la secularización en la era de la desecularización.* Tesis doctoral. Pamplona.

Parody Navarro, J. A. (2007). La Ilustración y los aires secularizadores en la enseñanza. *Religión y Poder, SECR.*

— (2014). La libertad de cátedra y la secularización del derecho en España. En *Anuario de Derecho a la educación.* Dykinson.

— (2012). Antecedentes y evolución histórica del derecho de libertad de cátedra. Una consecuencia del proceso secularizador de los Estados. En *Anuario del derecho a la educación.* Dykinson.

[43] Planteamiento mantenido por Garzón Vallejo.

— (2004). El proceso secularizador de la conciencia y del Estado: acercamiento al problema en los siglos xvii, xix y xx. *Lumen,* 53.

Perez Argote, A. El proceso de secularización en la sociedad española. *Revista CIBOB d'Afers Internacionals,* 77.

Redondo, E. (1997). *Alcance y límites el proceso de secularización en Estudios sobre secularización docente en España*. Ed. Vergara Ciordia, Madrid.

Roy, O. (2004). *La santa ignorancia. El tiempo de la religión sin cultura* (p. 19).

Rubio Ferreres, J. M. (1998). ¿Resurgimiento de lo religioso versus secularización? *Gazeta de Antropología,* 14.

Ruiz Andrés, R. (2017). El proceso de secularización de la sociedad española (1960-2010): entre la historia y la memoria. *Pasado y memoria. Revista de historia contemporánea,* 16.

Zazo Jiménez, E. Dos conceptos de la modernidad; religión y secularización. *Bajo Palabra* (II época), núm. 19.

08 LA TÉCNICA JURÍDICA DE LA COOPERACIÓN: CLAVE DEL MODELO DE RELACIÓN

Salvador Pérez Álvarez.
Catedrático Acreditado de Derecho eclesiástico del Estado.
UNED.

1. Introducción.
2. La cooperación ¿principio o técnica jurídica?
   2.1. La técnica jurídica de la cooperación. Concepto y caracteres.
   2.2. Medios de desarrollo de la técnica jurídica de la cooperación.
3. A modo de conclusión. La técnica jurídica de la cooperación en una sociedad secular y plural como clave del Nuevo modelo de relación.

1. Introducción

El 28 de julio de 1976 tuvo lugar la firma de un Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español (en adelante Acuerdo Básico)[1], en cuya virtud se estableció que, a partir de entonces, ambas entidades respetarían su mutua independencia, al tiempo que entablarían «una sana colaboración» en relación con la ordenación jurídica de las materias Acuerdo se plasmaron unos años más tarde en el art. 16.3 de la Constitución de 1978, que definió las relaciones entre ambas instituciones en base al parámetro constitucional de laicidad estatal consagrado bajo la ambigua fórmula de que ninguna confesión tendría carácter estatal[2]. Al mismo tiempo, los poderes públicos tendrían en consideración las creencias latentes en la sociedad española para mantener las «consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones» religiosas. La fórmula constitucional supuso una clara ruptura del sistema de confesionalidad predominante en la historia del constitucionalismo histórico español y pretendió sentar las relaciones entre el Estado y este tipo

[1] *BOE,* núm. 230, de 24 de septiembre de 1976.

[2] Aunque la Constitución no hace mención a la laicidad estatal, el TC ya en su sentencia 19/1985, de 13 de febrero (FJ. 4) empleó esta expresión para referirse al carácter aconfesional del Estado. Si bien, no sería hasta 2001 cuando el Tribunal se referiría expresa y reiteradamente al principio consagrado en el art. 16.3 con la categoría jurídica de laicidad positiva. (SSTC 46/2001, de 15 de febrero, FJ. 4; 128/2001, de 4 de junio, FJ. 2; 154/2002, de 18 de julio, FJ. 7; 101/2004, de 2 de junio, FJ. 3; 38/2007, de 15 de febrero, FJ. 5; 128/2007, de 4 de junio, FJ. 5; 34/2011, de 28 de marzo, FJ. 3; 51/2011, de 14 de abril, FJ. 3; 31/2018, de 10 de abril, FJ. 6).

de comunidades sobre la base de un nuevo modelo. Como ha apreciado Suárez Pertierra, la técnica empleada por el constituyente no aclara la posición del ente estatal frente a las convicciones de los ciudadanos en que se concreta el ya por aquel entonces el fenómeno social religioso (2006), sino que pone su énfasis en cual va a ser la posición que ocupen las confesiones religiosas frente al propio estado haciendo referencia a un modelo de estatalidad o de Iglesia de Estado que nunca ha estado vigente en nuestro país (Llamazares-Suárez-Pertierra, 1980).

Así las cosas, parte de la doctrina que se ocupó del temprano estudio del art. 16.3 de la Constitución, precisó que tanto la aconfesionalidad o laicidad estatal como la cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas constituían, en realidad, dos de los denominados principios informadores del conjunto normativo regulador del modelo de relación entre el Estado y este tipo de colectividades, que había sido instaurado en 1978 (Viladrich, 1980). Dentro de esta categoría dogmática también se habían incluido otros dos principios más: la libertad ideológica y religiosa de los ciudadanos y de los grupos en que se integren y el de igualdad y de no discriminación por motivos de convicciones. Ambos se encuentran consagrados en los arts. 16.1 y 14 del Texto constitucional e, implícitamente, en el art. 1.1 como valores superiores del orden constitucional en vigor.

La ordenación de este conjunto de principios responde a la dialéctica inherente a la relación entre el Estado y las confesiones religiosas que se caracteriza, entre otros factores, por el hecho de los miembros de estas colectividades son miembros, al mismo tiempo, del propio Estado. Desde la perspectiva del hombre como creyente, su pertenencia a ambas comunidades es un hecho objetivo incuestionable. Al Estado en virtud de las normas del ordenamiento jurídico, y por razones de conciencia a un grupo religioso, más o menos organizado o, en todo caso, a un conjunto de creencias que, incluso, en algunas ocasiones puede entrar en colisión con las consecuencias jurídicas derivadas de su pertenencia a un Estado (Llamazares, 1995, pp. 49 y ss.). La persona, creyente o no, se sitúa en el centro de la relación entre el Estado y las confesiones religiosas a las que, en su caso, pertenezca. En el contexto de un Estado Social de Derecho, como el que fue instaurado en España en 1978, eminentemente personalista, los principios informadores representan:

> «aquellos valores superiores, acerca de la dignidad y libertad de todo ciudadano en cuanto persona y acerca del modo libre y digno de poder vivir el sentimiento y las convicciones... como factor social» (Viladrich-Fornés, 2007, p. 90).

Ello implica que los principios de libertad ideológica y religiosa y de igualdad y no discriminación por motivos de convicciones son los valores básicos y primarios de la ordenación jurídica del modelo de relación instaurado por

obra de la Constitución de 1978[3], en cuyo centro se sitúa la persona o, mejor dicho, sus creencias. Y tan solo instrumentalmente, en el medida en que sea necesario para que puede disfrutar con plenitud de las mismas, los intereses propios de los grupos de convicción en que en su caso se integren, y muy particularmente los fines propios de las confesiones religiosas. Y es precisamente el carácter instrumental de regulación jurídica de los intereses propios de estos colectivos con respecto a los derechos de libertad y de no discriminación de los ciudadanos por motivos de convicciones, lo que determina que los principios de laicidad estatal y de cooperación —que son los que definen la actitud del Estado ante estos colectividades— se encuentren subordinados a los valores superiores de libertad y de igualdad que son inherentes a la dignidad de todos los ciudadanos por el mero hecho de ser personas (Llamazares, 2011) en cuanto «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10 CE)[4].

El mandato de cooperación con las confesiones religiosas constituye en el acervo literario común de la doctrina especializada mayoritaria[5], uno de los principios constitucionales que informan el conjunto de normas que regulan de forma unitaria, sistemática y coherente el modelo de relación entre el Estado y este tipo de colectividades y de éstas con aquél instaurado en 1978. Así las cosas, una de los autoras que ha ocupado parte de su gran y prolífera obra científica al estudio de la cooperación el Estado con las confesiones religiosas ha sido Fernández-Coronado que, a principios de los años ochenta del pasado siglo, formuló junto a Llamazares y a Suárez-Pertierra la hipótesis de que la cooperación no era un principio superior del ordenamiento jurídi-

---

[3] En palabras del TC: «hay dos principios básicos en nuestro sistema político, que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere del individuo; el segundo es el de igualdad, proclamado por los arts. 9 y 14, del que se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos» (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ. 1).

[4] «Derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.». (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ. 3). En sentido similar SSTC 124/1984, de 18 de diciembre, FJ. 6; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ. 2; 242/1994, de 20 de julio, FJ. 4; 130/1995, de 11 de septiembre, FJ.2; 91/2000, de 30 de marzo, FJ. 7; 95/2000, de 10 de abril, FJ. 3; 137/2000, de 29 de mayo, FJ. 1; 13/2001, de 29 de enero, FJ. 7; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ. 3; 212/2009, de 26 de noviembre, FJ. 4; 17/2013, de 31 de enero, FJ. 2; 87/2017, de 4 de julio, FJ. 4.

[5] Entre otros muchos véase: Reina-Reina (1983), Olmos (1989), Destro-Morán (1989), Molano (1989), Ferrer (1989), Souto (1995), Calvo-Álvarez (1998), Leal (2001), González del Valle (2002), Roca (2002), Llamazares Calzadilla (2002), Contreras-Celador (2005), Rodríguez García (2011), González-Varas (2012), Rodríguez Blanco (2013), García (2014), Contreras (2015), Prieto (2016), Celador (2018), Palomino (2020) y Moreno (2020).

co[6], sino que se trataba más bien de una técnica jurídica del modelo (Llamazares-Fernández, 1980 y Fernández-Coronado, 1983). Sobre la base este presupuesto, el presente trabajo trata de recuperar esa hipótesis como humilde tributo a la doctrina que Fernández-Coronado ha sentado sobre la paulatina evolución de la cooperación, como el elemento clave del que ella misma calificaría el «Nuevo modelo de relación» que había sido instaurado por el Texto constitucional de 1978.

2. La cooperación ¿principio o técnica jurídica?

2.1. La técnica jurídica de la cooperación. Concepto y caracteres

Según la Enciclopedia Jurídica (2020)[7] la técnica jurídica consiste en el conjunto de «medios jurídicos (formulación de la norma, aplicación por los prácticos) que permite la realización del derecho con una finalidad determinada». Sobre la base de estas premisas, haciéndonos eco de la propuesta de Fernández-Coronado, la técnica jurídica de cooperación reconocida en el segundo inciso del art. 16.2 CE consistiría en el conjunto de medios utilizados «por el Estado para concretar sus relaciones con la Iglesia católica y las demás confesiones» (1983, p. 80). En el contexto del Estado Social de Derecho instaurado en 1978, donde la dignidad de la personas y los derechos y libertades que le son inherentes se sitúan en el eje del sistema, las relaciones que se entablen entre el Estado y las confesiones religiosas, deben perseguir como fin esencial garantizar el pleno disfrute de la libertad religiosa de los ciudadanos (Suárez-Pertierra, 2006 II) y, solo con carácter instrumental y subsidiario, de los grupos en que se integren por motivos de las creencias[8] a que se refiere expresamente en el segundo inciso del art. 16.2 de la Constitución (Olmos, 1989). De ahí que, en mi opinión, la técnica jurídica de la cooperación puede ser definida como: *el conjunto de medios utilizados por el Estado para concretar sus relaciones con las confesiones religiosas, en orden a garantizar*

---

[6] Aunque posteriormente volverían a concebir a la cooperación como uno de los principios informadores del modelo de relación entre el Estado y las confesiones religiosas instaurado en 1978. Entre otros trabajos véase: Llamazares (1995), Llamazares (2011), Suárez (2006 I), Suárez (2011), Suárez (2016), Fernández-Coronado (2014) y Fernández-Coronado-Suárez (2013).

[7] La *Enciclopedia Jurídica* puede ser consultada en el link: http://www.enciclopedia-juridica.com/inicio-enciclopedia-diccionario-juridico.html (23/09/2022).

[8] Una de las principales contradicciones del modelo de relación instaurado en 1978 consiste en que, por precisión de la alta jerarquía eclesiástica, el segundo inciso del art. 16.3 se refiere a las creencias de carácter religioso, en determinado de las que no lo son y que, sin embargo, se encuentran amparadas por libertad ideológica a que se refiere expresamente el primer párrafo del citado precepto constitucional. De ahí que, actualmente, en el contexto de una sociedad más plural y diversa desde los puntos de vista religioso e ideológico se hace del todo necesario una reforma constitucional que equipare, a todos los efectos, el pleno disfrute de la libertad para tener unas u otras creencias, sean religiosas o no, tanto desde el punto de vista individual como colectivo. (Llamazares, 2000) y Fernández-Coronado, 2014).

el pleno disfrute de la libertad ideológica y religiosa de los miembros que las integran.

En cuanto técnica jurídica, la cooperación es un concepto jurídico indeterminado que parte del presupuesto de que las entidades cooperantes son instituciones independientes, que colaboran entre sí para buscar soluciones de común acuerdo en relación con las materias de interés común. Se caracteriza por las notas de la voluntariedad como «elemento diferenciador de primer orden» de esta técnica jurídica frente a otras similares (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ. 2O)[9]; y por su carácter auxiliar o complementario del interés público que persigue. Así entendida, esta técnica jurídica debe llevarse a cabo con sujeción al conjunto de principios y valores superiores ue sustentan el orden constitucional en vigor (Menéndez, 1994). Sobre la base de estas premisas, la cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas se caracterizaría por las notas siguientes.

El establecimiento de relaciones de cooperación debe ser siempre voluntaria. El Estado no se encuentra en ningún caso obligado a cooperar con las confesiones religiosas ni aquellas con aquel para llevar a cabo la ordenación normativa de todas aquellas cuestiones sobre las que se proyecta desde el punto de vista material la libertad ideológica y religiosa de sus miembros. Las partes cooperantes deberán, por tanto, ponerse de acuerdo para satisfacer las creencias latentes en la sociedad en cada momento dado. No existe, por tanto, ninguna obligatoriedad impuesta por el orden constitucional vigente de cooperar con las confesiones religiosas.

El Estado y las confesiones religiosas, como entidades cooperantes, se encuentran separadas entre sí. Ambas son entidades independientes que gozan de autonomía plena en relación con sus asuntos internos lo que implica, a su vez, la no confusión entre los fines religiosos con los fines públicos propios del Estado (Llamazares, 2006). En el ejercicio de dicha autonomía, a las confesiones religiosas les corresponde la ordenación, entre otros asuntos, del credo y del culto religioso en que se concretan la libre profesión de las creencias de los miembros que las integran (Molano, 1989). Ahora bien, en el orden civil, al Estado le compete en exclusiva la regulación jurídica del ejercicio individual y colectivo de la libertad para tener esas u otras creencias (art. 53.1 CE), en la medida que la regulación de los derechos fundamentales es una de las materias sobre las que se proyecta el orden político propio del Estado Social y Democrático de Derecho instaurado en 1978[10].

---

[9] La imposición es propia de la técnica jurídica de la coordinación que como ha matizado el TC «conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto del coordinado». (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ. 2O).

[10] Lo que constituye, según la doctrina del TC, «el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas» (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ. 4; 169/2001, de 16 de julio, FJ. 6; 184/2003, de 23 de octubre, FJ. 6; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ. 6; 145/2014, de 22 de septiembre, FJ. 7; 66/2018, de 21 de junio, FJ. 5; 76/2019, de 22 de mayo, FJ. 5; 99/2021, de 10 de mayo, FJ. 3).

El fin de interés público que persigue la cooperación entre este tipo de instituciones consiste en facilitar el ejercicio de la libertad ideológica y religiosa de los ciudadanos[11] y de los grupos en que se integran[12] (Fernández-Coronado, 2020). Por ello precisamente, el alcance y sentido de esta técnica debe ser interpretado en relación con este fin público: facilitar el pleno disfrute de esta libertad por parte de los miembros de las confesiones religiosas que cooperan con el Estado, de conformidad con la doctrina del TC[13].

Ahora bien, al tratarse de una técnica jurídica que se caracteriza por ser libre y voluntaria entre las entidades cooperantes, cuyo fin de interés público recae además sobre una competencia exclusiva del Estado, nada impide que los poderes públicos puedan regular esta materia de manera unilateral, sin necesidad de mantener relaciones de cooperación con estas entidades. De hecho, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 9.2 de la Constitución, se encuentran obligados a garantizar y a remover todos los obstáculos que, en su caso, dificulten el pleno disfrute de la libertad ideológica y religiosa de los ciudadanos sin que, por el contrario, deban cooperar necesaria y obligatoriamente con las comunidades religiosas a las que en su caso pertenezcan los mismos para cumplir con este mandato constitucional[14].

---

[11] Que son miembros al mismo tiempo de la comunidad política o Estado y debido a su profesión de fe de la confesión religiosa cooperante o comunidad cultural (Souto, 2007).

[12] En términos del TC: «sin perjuicio de la neutralidad religiosa del Estado ínsita en su aconfesionalidad, se impone un mandato dirigido a todos los poderes públicos para mantener relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones (art. 16.3), que «exige de los poderes públicos una actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa»... de cara a promover las condiciones para que esa libertad fundamental sea real y efectiva (art. 9.2 CE), tanto en su vertiente interna e individual como en la externa y colectiva». (STC 207/2013, de 5 de diciembre, FJ: 5).

[13] SSTC 46/2001, de 7 de febrero, FJ. 4; 128/2001, de 4 de junio, FJ. 2; 101/2004, de 2 de junio, FJ. 3; 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5; 4/2011, de 28 de marzo, FJ. 3; 51/2011, de 14 de abril, FJ. 3; 207/2013, de 5 de diciembre, FJ. 5; 54/2017, de 11 de mayo, FJ. 7; 13/2018, de 8 de febrero, FJ. 3.

[14] Así sucede, por ejemplo, con el derecho a recibir asistencia espiritual y/o religiosa por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas en campaña o quienes se encuentran internados en un centro o un establecimiento público. Las medidas que adopten por parte de las instancias públicas para garantizar su ejercicio deben ser interpretadas como una exigencia derivada de la idiosincrasia propia de un Estado Social de Derecho, garante de la igual libertad ideológica y religiosa de los ciudadanos y de los grupos en que se integran. Buena prueba de ello es que el Estado solo ha cooperado en esta materia con la Iglesia católica y las comunidades pertenecientes a la Federaciones que han firmado los pactos de cooperación de 1992 (Fernández-Coronado-Pérez, 2018).

En cambio, los órganos directivos de este tipo de estancamientos también deben garantizar dicha asistencia a los miembros de las demás confesiones religiosas que no han formalizado relaciones de colaboración en esta materia, por imperativo del art. 9.2 de la Constitución. En este sentido, el TC ha dejado claro que «el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen... pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso... respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional… los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros, bajo su dependencia» (STC 46/2001, de 7 de febrero, FJ. 4).

Finalmente, en el supuesto de que el Estado decide colaborar con estos grupos para la regulación de las materias sobre las que se proyecta la libertad ideológica y religiosa de sus miembros, ya hemos dicho que debe hacerlo con sujeción a las exigencias derivadas del debido respeto de los principios y valores superiores en juego: el principio de laicidad estatal como garantía institucional del disfrute de aquella libertad en condiciones de igualdad reales y efectivas. De conformidad con este principio, la técnica jurídica de la cooperación no puede comprometer, en ningún caso, la mutua independencia entre ellos en sus respectivos ámbitos, ni la neutralidad de los poderes públicos ante los diferentes sistemas de creencias que coexisten en la sociedad española contemporánea (Llamazares, 1989), en tanto en cuanto constituyen los elementos objetivos o estructurales del principio constitucional de laicidad estatal consagrado en el art. 16.3 de la Constitución (Pérez, 2015).

Esta idea de separación que limita la cooperación estatal con este tipo de instituciones implica, a su vez, que su desarrollo no puede dar lugar a ninguna confusión entre los fines religiosos propios de las confesiones cooperantes y los fines propios del Estado. La separación y la no confusión de fines son, a su vez, dos exigencias derivadas del debido respeto a la neutralidad estatal que también caracteriza el carácter laico del Estado consagrado en el primer inciso del art. 16.3 de la Constitución (Roca, 2001). Neutralidad significa la imparcialidad de los poderes públicos ante los diferentes sistemas de creencias que coexisten en la sociedad española que, por ello precisamente, no pueden servir como parámetro para medir la legitimidad de las normas ni la actuación de aquellos, ni pueden concurrir junto a los ciudadanos, a actos o representaciones de signo religioso [15]. El Estado no puede valorar ni positiva ni negativamente las convicciones de los ciudadanos (Llamazares, 2011), debe ser neutral para poder así garantizar que todos ellos puedan disfrutarlas con plenitud en condiciones de igualdad reales y efectivas (Suárez-Pertierra, 2011).

La separación y no confusión de fines y la neutralidad constituyen, en suma, los elementos objetivos del principio constitucional de laicidad estatal que informan pero que limitan, al mismo tiempo, la técnica jurídica de la cooperación del Estado con las confesiones religiosas. Todo ello, en orden a facilitar el disfrute de libertad ideológica y religiosa de los ciudadanos e, instrumentalmente, de los grupos en que se integran sin que, a priori, deban producirse ningún tipo de discriminación entre ellos por motivos de creencias que es, como venimos afirmando, el fin de interés público que persigue esta técnica jurídica.

El cumplimiento de este fin es el factor determinante de que la de la cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas constituya, en realidad, el tercer elemento integrante del principio de laicidad consagrado en el art. 16.3 de la Constitución (Suárez-Pertierra, 2014), que ha introducido en el mo-

[15] STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ.1.

delo una idea de laicidad positiva según la doctrina del TC[16] que «implica una garantía prestacional respecto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa, del que gozan tanto los individuos como las iglesias y confesiones» (STC 31/2018, de 10 de abril, FJ. 6). La técnica jurídica de la cooperación se convierte así en un programa de actuación positiva del Estado, que debe ajustarse a los principios constitucionales de igualdad en la libertad, separación y neutralidad y que debe ser comprensiva de todas las convicciones que integran la diversidad de la sociedad española contemporánea (Fernández-Coronado-Suárez-Pertierra, 2013).

2.2. Medios de desarrollo de la técnica jurídica de la cooperación

La cooperación del Estado con las confesiones religiosas, siguiendo la definición de técnica jurídica que nos brinda la Enciclopedia Jurídica (2020), abarca una serie de medios que pueden ser, a su vez, formales y sustanciales. Los primeros se refieren a las fuentes de producción del Derecho mediante las cuales se pueden formalizar esta técnica. Mientras que los medios sustanciales se identifican con las diferentes manifestaciones del ejercicio individual y colectivo de la libertad ideológica y religiosa que pueden ser regulados a través de la misma, siempre dentro de los límites derivados del debido respeto a los elementos objetivos de la laicidad positiva estatal.

a) Aspectos formales de la técnica de cooperación. Los acuerdos con las comunidades religiosas

Por lo que se refiere a los medios formales, lo primero debe advertirse es que el art. 16.3 de la Constitución no concreta el tipo de fuentes a través de las cuales los poderes públicos pueden cooperar con las confesiones religiosas. Una parte de la doctrina,[17] viene defendiendo desde hacer años que este dato viene concretado en el art. 7.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR) que prevé que el Estado, en su caso (esto es, si así lo decide voluntariamente) podrá celebrar Acuerdos o Convenios de colaboración con aquellas de estas entidades «que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España». Analicemos detenidamente este precepto.

---

[16] SSTC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ. 9; 46/2001, de 15 de enero, FJ. 4; 128/2001, de 4 de junio, FJ. 2; 154/2002, de 18 de julio, FJ. 6; 101/2004, de 2 de junio, FJ. 3; 38/2007, de 15 de febrero, FJ. 5; 128/2007, de 4 de junio, FJ. 5; 34/2011, de 28 de marzo, FJ. 3; 51/2011, de 14 de abril, FJ. 3; 207/2013, de 5 de diciembre FJ. 5; 31/2018, de 10 de abril, FJ. 6.

[17] Entre otros véase: Molano (1989), Ferrer (1989), Calvo-Álvarez (1998), Leal (2001), González del Valle (2002), Roca, 2002), González-Varas (2012), Rodríguez Blanco (2013), García (2014), Prieto (2016), Palomino (2020) y Moreno (2020).

La cooperación debe llevarse a cabo a través de Acuerdos o Convenios que son, por otra parte, los medios formales propio de las diferentes técnicas de cooperación a que se refiere expresamente el Texto constitucional (Menéndez, 1994). Ahora bien, los Pactos a que se refiere el último inciso del art. 7.1 de la Ley que «se aprobarán por Ley de las Cortes Generales», no agotan los medios formales mediante los cuales los poderes públicos pueden desarrollar esta técnica. Ya de entrada, como ha apreciado Fernández-Coronado, esta disposición legal no afecta a los Acuerdos que el Estado pueda formalizar con la Iglesia católica, ya que atendiendo a su personalidad jurídica internacional, estos los Acuerdos poseen naturaleza jurídica de Tratado Internacional. Pero tampoco afecta a los Convenios que puedan formalizar las diferentes Administraciones Públicas de ámbito estatal, autonómico o local con la Iglesia y las demás confesiones religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas (RER), para la ordenación de común acuerdo de aquellas manifestaciones de la libertad religiosa de sus miembros adscritos a su ámbito orgánico competencial (Rodríguez Blanco, 2003).

El art. 7.1 de la LOLR se ha limitado a regular un tipo específico de pacto que, en su caso, puede ser negociado por el Estado, cuya finalidad es constituir un marco normativo general para facilitar el ejercicio de aquellas manifestaciones específicas de la libertad de creencias propias de los miembros de la entidad religiosa cooperante, dentro de los límites impuestos por el debido respeto al principio de laicidad estatal vigente (Fernández-Coronado, 1995). Pero nada impide que las instancias públicas de ámbito estatal o autonómico puedan desarrollar la técnica de cooperación con las comunidades religiosas inscritas en el RER en el marco de sus respectivas competencias, mediante la celebración Convenios sectoriales sobre materias específicas en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 47 ss de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015)[18].

Los Pactos de cooperación que deben ser aprobados por una Ley de las Cortes a que se refiere el art. 7.1 de la LOLR, son los que puede formalizar el Estado —no el resto de Administraciones Públicas— con aquellas comunidades religiosas que ostenten notorio arraigo en España[19]. Como ha precisado Fernández-Coronado, se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance y significado ha sido delimitado paulatinamente por la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, acorde a las exigencias propias de una sociedad

[18] Sirva de ejemplo el Convenio General de Cooperación entre la Comunidad de Madrid y la Provincia Eclesiástica de Madrid, sobre Enseñanza Religiosa Católica que fue aprobado por obra de la Resolución de la Conserjería de Educación de 22 de julio de 1999 (BOCAM de 29 de junio de 1999). O los diferentes Convenios que ha formalizado la Conferencia Episcopal Española con diferentes Ministerios y entidades públicas, para facilitar el disfrute la libertad religiosa de los creyentes católicos (Link: https://documentos.conferenciaepiscopal.es/flora/jsp/opac/win_main.jsp?welcomePage=jsp/everdoc/cee/docus/docus_consulta_simple_anonimo.jsp&success=/jsp/opac/win_main.jsp&profile=anonimo_docus) (07/10/2022).

[19] SSTC 46/2001, de 15 de febrero, FJ. 6; 207/2013, de 5 de diciembre, FJ. 5; ATC 480/1989, de 2 de octubre, FJ. 1.

cada vez más plural desde los puntos de vista religioso y cultural (2000, 2020), hasta que fue regulado de forma expresa por obra el Real Decreto 593/2015, de 3 de julio (*BOE,* núm. 183, de 1 de agosto de 2015).

La Exposición de Motivos de la norma afirma que la finalidad de la misma es fijar unos requisitos precisos para que una confesión pueda obtener esta declaración, reduciendo así el margen de la discrecionalidad de la Administración y aumentando, al mismo tiempo, el grado de certidumbre de las entidades solicitantes de la misma. Los tres primeros se basan en criterios objetivos y cuantificables de presencia estable y permanente en España[20], muy similares a los criterios que fueron empleados por la Administración para el reconocimiento de esta condición a la FEREDE, a la CIE y a la FCJE en la década de los años ochenta del pasado siglo (Fernández-Coronado, 2020). Pero a continuación, el art. 3 del Real Decreto 593/2015 establece dos criterios adiciones de carácter cualitativo e indefinido que conceden a la Administración un amplio margen de discrecionalidad a la hora de valorar si la entidad solicitante obtiene o no esta mención en España (López-Sidro, 2015). Todo ello ha dado lugar a que la regulación del notorio arraigo impida, en la práctica, que aquellas comunidades o nuevos movimientos que no cuenten «con una estructura y representación adecuada y suficiente» o que no acrediten una «presencia y participación activa en la sociedad española» —similar a la que tienen las confesiones de gran tradición histórica en nuestro país—, nunca van a poder obtener esta declaración al amparo de la citada norma (Fernández-Coronado, 2020).

Y en el caso de que una confesión religiosa obtenga esta mención, el Estado no se encuentra obligado a formalizar un Acuerdo global de cooperación de los previstos en el art. 7.1 de la LOLR, pues el desarrollo de esta técnica jurídica siempre es voluntario, pero nunca obligatorio para las entidades cooperantes. La prueba está en que a día de hoy no ha se han firmado este tipo de Pactos globales de cooperación con las últimas confesiones a las que la Administración ha reconocido con notorio arraigo: la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días en 2003, la Iglesia de los Testigos de Jehová en 2006, el Budismo en 2007 y la Iglesia Ortodoxa Rusa en 2010. Y parece que, a corto o medio plazo, no tiene ninguna intención de hacerlo (Fernández-Coronado, 2009 II).

Ahora bien, el hecho de que una confesión religiosa no ostente notorio arraigo en España, no constituye ningún impedimento para que pueda concertar un Convenio sectorial de cooperación con las Administraciones Públicas conforme al procedimiento contemplado en el art. 47 de la Ley 40/2015, para regular de común acuerdo algunas cuestiones específicas de interés co-

[20] Estos requisitos aparecen definidos en los tres primero apartados del art. 3 del Real Decreto 593/2015 y consisten en tener presencia estable en, al menos, diez comunidades y/o ciudades autonómicas, contar con cien lugares o entes inscritos en el RER y llevar inscritas en el mismo al menos 30 años, o 15 cuando se trate de entidades que acrediten un reconocimiento en el extranjero de, al menos, sesenta años de antigüedad.

mún[21]. Sobre todo, si tenemos en consideración que este tipo de Convenios pueden ser firmados con cualquier entidad inscrita en el RER al ser sujetos de Derecho Privado (art. 5 LOLR) de conformidad con lo dispuesto en el art. 47.2.*c*) de la Ley 40/2015, independientemente de que hayan sido reconocidas o no con notorio arraigo en nuestra acerbo socio-jurídico. Y todo ello, sin perjuicio de que los poderes públicos pueden adoptar de manera unilateral todas aquellas medidas que estimen oportunas promover el pleno disfrute de la libertad religiosa e ideológica de sus miembros sin necesidad de colaborar con aquellas entidades, cuya regulación es insistimos competencia exclusiva del Estado[22].

b) Aspectos materiales de la técnica de cooperación. Evolución y alcance en una sociedad secularizada cada vez más plural

Los medios sustanciales de la técnica jurídica de la cooperación se refieren a las concretas manifestaciones individuales y/o colectivas de la libertad ideológica y religiosa que pueden ser regulados a través de la misma dentro de los limites derivados del debido respeto a la garantía constitucional de la laicidad positiva estatal. Estos aspectos materiales han ido evolucionando a la luz de los profundos cambios que han tenido lugar en España desde los puntos de vista cultural y religioso[23], como consecuencia de la profunda secularización de la

---

[21] Sirva de ejemplo el Convenio de colaboración que ha sido celebrado entre la Junta de Andalucía y la Consejería de Educación del Consejo Evangélico Autonómico de Andalucía (CEAA) sobre la enseñanza de la Religión Evangélica en Andalucía, que fue aprobado por la Orden de la Conserjería de Educación de 29 de febrero de 2012 (*BOJA,* núm. 61, de 8 de marzo de 2012). O el reconocimiento de efectos civiles a las comunidades religiosas con notorio arraigo que, sin embargo no han firmado un Acuerdo global de cooperación a los que se refiere el art. 7.1 de la LOLR, por obra de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (*BOE,* núm. 158, de 03/07/2015). Según su Exposición de Motivos, el Estado ha adoptado de manera unilateral esta medida «atendiendo al pluralismo religioso existente en la sociedad española, y teniendo en cuenta que al día de hoy han sido reconocidas con la declaración de notorio arraigo, se contempla en el Código Civil a estos colectivos el derecho a celebrar matrimonio religioso con efectos civiles, equiparándose al resto de confesiones que ya disfrutaban de esta realidad».

[22] Así sucede con la inclusión de los ministros de culto de todas las confesiones religiosas inscritas en el Régimen General de la Seguridad Social que fue regulada por obra del Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto (*BOE,* núm. 224, de 19 de septiembre de 1977). (Vidal, 2019).

[23] Pues como ha afirmado Fernández-Coronado, la cooperación del Estado con las confesiones religiosas «no trasluce, en absoluto, una idea de algo estático e inmutable, al que no afecta la evolución. Por el contrario, es un término que transmite una sensación de movimiento, dinamismo, actitud activa, actuación conjunta. En definitiva, lleva en sí mismo la idea de cambio, aplicado al propio concepto. De ahí que, aunque corresponda a los sujetos implicados en ella, tomar la decisión de llevarla a cabo e, incluso, señalar como premisas de actuación unos parámetros delimitadores y unos objetivos o finalidades determinadas, no será posible que estos sujetos puedan preestablecer o acotar, taxativamente, el desarroll-o último de las acciones que va a implicar tal cooperación. Ello es así, porque lo que determina esas acciones en última instancia es, precisamente, el momento concreto o, mejor aún, las necesidades de la realidad social de cada momento concreto, y esto no se puede prever por adelantado, porque es el resultado de una serie de elementos que convergen sobre él» (2009, pp. 1-2).

sociedad española desde 1978 hasta nuestros días (Fernández-Coronado-Suárez-Pertierra, 2013). Pues como ha afirmado Fernández-Coronado, la cooperación del Estado con las confesiones religiosas:

> «No trasluce, en absoluto, una idea de algo estático e inmutable, al que no afecta la evolución. Por el contrario, es un término que transmite una sensación de movimiento, dinamismo, actitud activa, actuación conjunta. En definitiva, lleva en sí mismo la idea de cambio, aplicado al propio concepto. De ahí que, aunque corresponda a los sujetos implicados en ella, tomar la decisión de llevarla a cabo e, incluso, señalar como premisas de actuación unos parámetros delimitadores y unos objetivos o finalidades determinadas, no será posible que estos sujetos puedan preestablecer o acotar, taxativamente, el desarrollo último de las acciones que va a implicar tal cooperación. Ello es así, porque lo que determina esas acciones en última instancia es, precisamente, el momento concreto o, mejor aún, las necesidades de la realidad social de cada momento concreto, y esto no se puede preveer por adelantado, porque es el resultado de una serie de elementos que convergen sobre él» (2009, pp. 1-2).

En los primeras andaduras del Estado de Derecho instaurado en 1978, aunque la Iglesia católica española expresó su intención de separarse del poder político —lo que era propio del modelo de confesionalidad imperante a lo largo de la historia de nuestro país— quería seguir ejerciendo una fuerte influencia en la regulación de todas aquellas materias sobre las que se proyectaban las creencias de los ciudadanos, al ser la religión mayoritaria por aquel entonces en la sociedad española (Pérez-Agote, 2012). En este contexto social, el Estado celebró con la Iglesia cuatro Acuerdos sectoriales aprobados formalmente el 3 de enero de 1979 —aunque habían sido concluidos con anterioridad a la entrada en vigor del Texto constitucional— que concretaban el marco jurídico general de cooperación entre ambas instituciones. Y a ello se debe que el contenido de estos Acuerdos contienen normas de carácter especial, algunas de las cuales responden, más bien, a una técnica de cooperación propia de un sistema de confesionalidad basada en la consecución de intereses propios de la Iglesia, más que en favorecer el disfrute de la libertad religiosa de sus miembros.

En este sentido, aunque los Acuerdos con la Santa Sede contienen algunas disposiciones de carácter especial, cuya finalidad es facilitar el ejercicio de la libertad religiosa de los creyentes católicos como son, por ejemplo, las normas relativas a la concesión de eficacia civil al matrimonio canónico o a las sentencias eclesiásticas de nulidad o de disolución del matrimonio rato y no consumado siempre que sean interpretadas en clave constitucional (Pérez, 2005). Algunos contienen disposiciones que dan lugar a una confusión entre los fines del Estado y de la Iglesia que exceden las exigencias propias de la garantía institucional de la laicidad positiva estatal que limita el desarrollo de

esta técnica (Suárez-Pertierra, 2014). Así sucede, por citar algunos ejemplos, con lo dispuesto en el Acuerdo Sobre Enseñanza y Asuntos Culturales en relación con la enseñanza religiosa católica de carácter confesional en los centros docentes públicos que es impartida, además, por profesorado elegido y renovado anualmente por la Iglesia pero remunerado por el Estado. O sin ir más lejos, con las disposiciones relativas al modelo de financiación estatal de la Iglesia previsto en el Acuerdo sobre Asuntos Económicos, que si bien fue considerado compatible con el principio de laicidad positiva estatal por el TC atendiendo a su carácter transitorio[24], la consolidación del modelo de asignación tributaria por obra de la Ley 42/2006 de 28 de diciembre, de los Presupuestos Generales del Estado (BOE núm. 311, de 29/12/2006) ha dado lugar a que el ente estatal financie directamente con fondos públicos actividades y fines propias de la Iglesia que no responden al fin de interés general que persigue esta técnica jurídica. El Estado debe depurar estas distorsiones del modelo que introdujeron por reminiscencias históricas los Acuerdos de 1979, no solo en aras a la adecuación de los aspectos sustanciales del marco jurídico de la colaboración estatal con esta confesión religiosa a los principios constitucionales en juego, sino porque su contenido debe incorporar como viene defendiendo Fernández-Coronado, las características propias de la realidad social en la que deba ser, en su caso, libremente desarrollada por parte de las instancias públicas (2021).

La incorporación del dato social al contenido de la técnica de cooperación ya se plasmó en los Acuerdos celebrados en 1992 entre el Estado y la FEREDE, la CIE y la FCJE que fueron aprobados por las Leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992 (*BOE,* núm. 272, de 12 de noviembre de 1992) y que responden al modelo de pacto previsto en el art. 7.1 de la LOLR. El reconocimiento de la liberta ideológica y religiosa como derecho fundamental de todos los ciudadanos, dio lugar al inicio de un profundo proceso de transformación de los diferentes sistemas de creencias latente en la sociedad española. Cuando se estaban negociando estos Pactos, tuvo lugar una primera oleada de secularización de nuestra sociedad que incidió, muy especialmente, sobre los miembros de la Iglesia católica. Como ha destacado Pérez-Agote, por aquel entonces muchos españoles aunque se declaraban creyentes, ya no estaban tan influenciados en sus convicciones y comportamientos por la doctrina social de la Iglesia en general, ni en lo que concernía a la regulación por parte del Estado de materias propias de su competencia pero que, a su vez, eran sensibles a la moral católica como, por ejemplo, la regulación del divorcio civil en 1981 o la despenalización de la interrupción del embarazo en 1985. La religión católica comenzó a ser valorado como un hecho cultural por una gran mayoría de la población, lo que facilitó el tránsito de una país católico a un país de cultura católica (2012). Al mismo tiempo, la incorporación del sistema de libertades al orden constitucional instaurado en 1978 facilito la

[24] En este sentido, el TC había dejado claro que (ATC 480/1989, de 2 de octubre, FJ. 1).

paulatina expansión y crecimiento de las comunidades de practicantes de las religiones que históricamente han ejercido una gran influencia en la conformación de nuestro acervo cultural (Fernández-Coronado-Suárez-Pertierra, 2013). La práctica de todas ellas habían permanecido en la clandestinidad al amparo de la confesionalidad católica imperante en el Régimen Franquista —excepción hecha del Protectorado de Marruecos donde se respetó la práctica en público de los cultos judío y musulmán (Mateo, 2003)— hasta que se toleró el culto en público de la mismas gracias a la promulgación de la Ley 44/1967, de 28 de junio, del derecho civil a la libertad en materia religiosa (BOE, núm. 156, de 1 de julio de 1967): las tradiciones religiosas musulmanas, judías y evangélicas que, en su conjunto considerado y previa su federación corporativa, obtuvieron la declaración de notorio arraigo para poder concluir los Acuerdos de 1992 (Fernández-Coronado, 1995).

El contenido de estos Pactos incorporan el dato sociológico propio de aquel entonces, convirtiéndose en la hoja de ruta de la concreción sustancial de la técnica de cooperación del Estado con las confesiones religiosas. En efecto, a diferencia de lo que sucede con los Acuerdos celebrados con la Iglesia católica, el contenido de los mismos persiguen el fin de interés general de facilitar el disfrute de la igualdad y libertad religiosas de los miembros de las comunidades federadas en la entidades cooperantes, en el contexto propio de una sociedad cada vez más plural (Llamazares, 2006). Los tres Pactos fueron negociados paralelamente en base a una misma estructura y sus disposiciones contienen[25]:

1. Normas que regulan el ejercicio de aquellas manifestaciones de la libertad religiosa que son singularidades propias del culto de las entidades cooperantes como son, por ejemplo, las relativas al disfrute de las festividades propias de caca tradiciones religiosa o el uso de las marcas Kosher y Halal como distintivas de los productos alimenticios judíos y musulmanes respectivamente.
2. Normas de carácter especial o de cooperación entendida en sentido estricto, cuyo fin es favorecer el ejercicio de otras manifestaciones de la libertad religiosa de sus miembros cuyo disfrute, sin embargo, no es una exigencia derivada del debido respeto al contenido esencial de este derecho fundamental. Dentro de esta categoría cabría incluir, a título ejemplificativo, las disposiciones de los Pactos que regulan la eficacia civil a los ritos matrimoniales respectivos o la impartición enseñanza religiosa fuera del horario lectivo ordinario en centros docentes públicos (Fernández-Coronado, 1995) (Pardo, 2008).

[25] Los tres Pactos también contienen normas que regulan el ejercicio de manifestaciones de la libertad religiosa que son comunes al pleno disfrute de esta derecho fundamental por parte de todas las confesiones religiosas inscritas en el RER siendo, incluso, innecesarias como ha resaltado Fernández-Coronado (1995).

Todas estas normas perseguían como finalidad esencial garantizar y, en su caso, favorecer el ejercicio de la libertad religiosa de los miembros de las comunidades religiosas adscritas a la FEREDE, a la CIE o a la FCJE. Ahora bien, solo las entidades protestantes, musulmanas o judías federadas, se benefician del contenido de estos Pactos y de su normativa de desarrollo. Y la principal distorsión que introduce este tipo de Acuerdo en el sistema consiste en que la adscripción o no de una comunidad solicitante al ente federativo, debe ser aprobada por su Comisión Permanente que siempre decide en base a sus propios criterios, sin que el Estado pueda intervenir como consecuencia de la autonomía interna de estas colectividades con respecto aquel[26].

Junto a los Acuerdos celebrados con la Iglesia católica en 1979 y los Pactos globales de cooperación celebrados en 1992 con la FEREDE, CIE y FCJE, la técnica de la cooperación ha sido desarrollada mediante Convenios instrumentales que han sido formalizados con diferentes Administraciones Públicas de conformidad con lo dispuesto en la Ley 40/2015, para la regulación de aspectos específicos propios de la libertad religiosa de los miembros de estas comunidades como, por ejemplo, los que regulan la prestación del servicio de asistencia religiosa en diferentes tipos desvalimientos públicos (Fernández-Coronado-Pérez, 2018). Se trata de Convenios sectoriales que pueden ser firmados con las confesiones religiosas, cuando sea preciso para armonizar los intereses estatales y los de las estas entidades, con el fin de interés público de favorecer la plena realización de los derechos fundamentales de los miembros de estas colectividades sobre sus propias creencias (Fernández-Coronado, 2009 I). La tramitación de este tipo de Convenios es expresión de una técnica de cooperación cada vez más depurada conforme a las demandas de una sociedad cada vez más secular desde el punto cultural, pero al mismo tiempo más plural desde la perspectiva ideológica y religiosa.

---

[26] Para evitar las deficiencias y desigualdades que ha generado la discrecionalidad de este sistema de Pactos, ya propuse hace unos años la creación de Consejos Nacionales de Comunidades Protestantes, Islámicas y Judías, que actuasen como interlocutores de las respectivas religiones ante los organismos públicos encargados de velar por la realización y promoción efectiva de la libertad ideológica en España. Las funciones, cometidos y composición orgánica interna del Consejo podrían delimitarse a través de una norma reglamentara de desarrollo que, en todo caso, debería establecer que el estuviera formado por algunos miembros elegidos por el Gobierno con derecho a voz pero sin voto; y por un representante de cada comunidad protestante, islámica y judía inscrita en el RER y de aquellas otras que, a corto o medio plazo, pudieran acceder al mencionado Registro. Todos ellos serían miembros de pleno derecho de la Asamblea General del Consejo que asumiría, entre otras, la función de nombrar a los miembros de una Comisión Permanente del mismo, de conformidad con lo dispuesto en sus propios estatutos internos. Por razones de operatividad práctica, la Comisión asumiría la función de elevar a las Administraciones Públicas las decisiones acordadas, para que de este modo obtengan los criterios necesarios que les permiten adoptar todas las medidas que sean para garantizar y, en su caso, remover los obstáculos que dificulten el pleno disfrute de la libertad religiosa e ideológica de sus miembros, en condiciones de igualdad real y efectiva. (Pérez, 2010).

3. A modo de conclusión. La técnica jurídica de la cooperación en una sociedad secular y plural como clave del *Nuevo modelo de relación*

En los albores del siglo XXI ha tenido lugar una nueva oleada de secularización de la sociedad española, que se caracteriza por el desinterés cada vez más generalizado de las nuevas generaciones hacia lo religioso en general, y a la religión católica en particular que, poco a poco, ni siquiera es considerada como un simple factor social cultural. Se ha producido un fenómeno de *exculturación,* esto es, un proceso por el cual el acervo cultural nacional va perdiendo su raíces católicas que se traduce, a su vez, en la paulatina aceptación social de la regulación estatal de instituciones jurídicas que son contrarias a la moral católica (Pérez-Agote, 2012) como, por ejemplo, la apertura del matrimonio a parejas del mismos sexo, la reproducción humana asistida, la interrupción voluntaria del embarazo, etcétera. Paralelamente, en las últimas décadas tuvo lugar un fuerte fenómeno de inmigración en nuestro país. La recepción de nacionales de otros países que profesan sus propios credos religiosos, ha favorecido el asentamiento y la consolidación en las estructuras sociales contemporáneas de otras creencias diferentes a la católica que es la que, paulatinamente, cada vez tiene menos arraigo en España, tanto como hecho religioso como factor cultural. La nueva oleada de secularización junto al paulatino crecimiento del movimiento migratorio, ha provocado profundas transformaciones en la sociedad española contemporánea desde el punto de vista del pluralismo religioso y cultural. Y ha generado a su vez la necesidad de elaborar nuevos planteamientos, en relación con el desarrollo de la técnica jurídica de cooperación por parte del Estado y de las Administraciones Públicas implicadas en la gestión pública de esta realidad social en colaboración con las confesiones religiosas (Pérez, 2020).

La celebración de nuevos Acuerdos con la Iglesia católica o de Pactos globales de cooperación contemplados en el art. 7 de la LOLR han dejado de ser la esencia de la técnica jurídica de cooperación que, en su caso, el Estado puede entablar con las confesiones religiosas legalmente reconocidas en nuestro país. Como viene definiendo desde hace unos años Fernández-Coronado, la razón de este cambio «obedece a la madurez del sistema y a las nuevas necesidades sociales que ya no exigen un tratamiento global o completo en materia de cooperación» (2009, p. 17). La promoción del pleno disfrute de la igual libertad ideológica y religiosa de los ciudadanos, debe ser llevada a cabo por el Estado mediante disposiciones legislativas o reglamentarias dictadas de manera unilateral, en ejercicio de su competencia exclusiva en esta materia. Y tan solo excepcionalmente, las demandas sociales en materia de convicciones deben ser atendidas a través de la técnica jurídica de la cooperación que, en todo caso, debería formalizarse mediante Convenios sectoriales con las Administraciones Públicas compe-

tentes tramitados en base a lo dispuesto en los arts. 47 y ss. de la Ley 40/2015, pero no de nuevos Acuerdos Internacionales con la Santa Sede ni de los Pactos globales de cooperación a que se refiere el art. 7.1 LOLR (Suárez-Pertierra, 2014).

Las disposiciones de estos Convenios sectoriales deben contener normas de carácter especial, cuya finalidad consista en orden garantizar y, en su caso, remover los obstáculos que dificulten el ejercicio de los ritos, prácticas y actividades relacionadas con las convicciones de las personas y de los grupos en que se integran y que conforman la diversidad religiosa y cultural de la sociedad española de nuestros días. Este constituye, en suma, el fin de interés público que debe perseguir actualmente la técnica de la cooperación del Estado con las confesiones religiosas que «debe incorporar los nuevos datos que ofrece la realidad social, porque así lo exige el mandato constitucional, que obliga a tener en cuenta las creencias de la sociedad española» (2021). La atención de todos ellos, y la resolución de los conflictos que puedan dar lugar, constituye el nuevo horizonte de esta técnica jurídica convirtiéndose así en un «programa de actuación positiva del Estado» (Fernández-Coronado-Suárez-Pertierra, 2013, p. 78 y ss.) que es, a mi juicio, la clave contemporánea del que Fernández-Coronado calificó en 1995 como el *Nuevo modelo de relación* instaurado por la Constitución española en vigor.

BIBLIOGRAFÍA

Calvo-Álvarez, J. (1998). Los principios informadores del derecho eclesiástico español en la doctrina. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* vol. XIV.

Celador Angón, O. (2018). Artículo 16.3. En Montesinos Padilla, C. (coord.). *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra*. Tirant lo Blanch, Valencia.

Contreras Mazario, J. M. y Celador Angón, O. (2005). *Estatuto de laicidad y Acuerdos con la Santa Sede: dos cuestiones a debate*. Fundación Alternativas, Madrid.

Contreras Mazario, J. M. (2015). *Derecho y factor religioso. El espíritu de la libertad y las libertades del espíritu*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

Destro, R. A. y Morán, G. (1989). Libertad religiosa, igualdad y no discriminación en los sistemas jurídicos norteamericanos y español: consideraciones críticas. En VV. AA., *Las relaciones ntre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*. Universidad de Navarra-UCM-EDERSA, Madrid.

Fernández-Coronado, A. (1983). Principio de igualdad y técnica de cooperación. *La Ley,* 2.

Fernández-Coronado, A. (1995). *Estado y Confesiones Religiosas: Un Nuevo Modelo de Relación*. CIVITAS, Madrid.

Fernández-Coronado, A. (2000). Consideraciones sobre una interpretación amplia del concepto de notorio arraigo. En *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos,* vol. 0.

Fernández-Coronado, A. (2009) (I). Sentido de la cooperación del Estado laico en una sociedad multireligiosa. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 19.

Fernández-Coronado, A. (2009) (II). Notorio arraigo de la Federación de Comunidades Budistas de España. (Consideraciones jurídicas sobre la evolución del concepto de notorio arraigo). *BANDÚE,* núm. III.

Fernández-Coronado, A. (2014). El significado del artículo 16 en el contexto constitucional. En Fernández-Coronado, A. y otros, *Libertad de conciencia, laicidad y Derecho. Liber discipuloroum en homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández.* Civitas-Thomson Reuters.

Fernández-Coronado, A. (2020). La nueva regulación del notorio arraigo en el marco de la cooperación constitucional. *Derecho y Religión,* vol. XV.

Fernández-Coronado, A. (2021). La posición del Estado laico ante la secularización de la sociedad española. En Llamazares Fernández, D. y otros, *El Derecho eclesiástico del Estado. En homenaje al Dr. Gustavo Suárez Pertierra.* CEPC-Tirant Lo Blanch, Valencia.

Fernández-Coronado, A. y Suárez Pertierra, G. (2013). I*dentidad social, pluralismo religioso y laicidad del Estado.* Fundación alternativas, Madrid.

Fernández-Coronado, A. y Pérez Álvarez, S. (2018). *Nuevas claves jurídicas de la asistencia religiosa en España.* Tirant Lo Blanch, Valencia.

Ferrer Ortiz, J. (1989). Los principios constitucionales de Derecho eclesiástico como sistema. En VV. AA., *Las relaciones ntre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía.* Universidad de Navarra-UCM-EDERSA, Madrid.

Fornés, J. (1979). La revisión concordataria en España. *Ius Canonocum,* vol. XIX (37).

García Ruiz, Y. (2014). ¿Qué laicidad queremos? En Fernández-Coronado, A. y otros, *Libertad de conciencia, laicidad y Derecho. Liber discipuloroum en Homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández.* CIVITAS- THOMSON REUTERS.

González del Valle, J. M. (2002). *Derecho Eclesiástico español* (5.º ed.). Civitas-Thomnson Reuters, Madrid.

González-Varas Ibáñez, A. (2012). Principios y fuentes del derecho eclesiástico. En Jusdado Ruiz-Capillas, M. A. (coord.). *Derecho eclesiástico del Estado.* COLEX, Madrid.

Leal Adorna, M. M. (2001). Los principios del derecho eclesiástico según la interpretación de la doctrina española. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* vol. XVII.

Llamazares Calzadilla, M. C. (2002). Derecho eclesiástico del Estado. La formación de un sistema. *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos,* vol. II (1).

Llamazares Fernández, D. y Suárez Pertierra, G. (1980). El fenómeno religioso en la nueva Constitución española: bases de su tratamiento jurídico. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* 61.

Llamazares Fernández, D. (1995). Principios, técnicas y modelos de relación entre Estado y grupos ideológicos religiosos (confesiones religiosas) y no religiosos. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* 88.

Llamazares Fernández, D. (2000). LOLR: Las contradicciones del sistema. *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos,* vol. 0.

Llamazares Fernández, D. (2006). Laicidad, sistema de acuerdos y confesiones religiosas minoritarias en España. *Revista Catalana de Dret Public,* 33.

Llamazares Fernández, D. (2011). *Derecho de la libertad de conciencia I. Conciencia, tolerancia y libertad* (4.ª ed.). Thomson Reuters-Civitas, Madrid.

López-Sidro, A. (2015). El notorio arraigo de las confesiones religiosas en España a partir del Real Decreto que regula su declaración. *Ius Canonicum,* vol. 33.

Mateo Dieste, J. L. (2003). *La «hermandad» hispano-marroquí: política y religión bajo el protectorado español en Marruecos (1912-1956).* Edicions Bellaterra, Barcelona.

Menéndez Rexarc, A. (1994). La cooperación ¿un concepto jurídico? *Derecho Administrativo,* 240.

Molano, E. (1989). El derecho eclesiástico en la Constitución español. En VV. AA., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía.* Universidad de Navarra-UCM-EDERSA, Madrid.

Moreno de los Mozos, M. M. (2020). *El factor religioso católico en la jurisprudencia constitucional (1980-2020).* DYKINSON, Madrid.

Olmos Ortega, E. (1989). Reflexiones en tono a la colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas. En VV. AA., *Las relaciones ntre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía.* Universidad de Navarra-UCM-EDERSA, Madrid.

Palomino Lozano, R. (2020). *Manual Breve de Derecho eclesiástico del Estado* (8.ª ed.). Universidad Complutense, Madrid.

Pardo Prieto, P. (2008). *Laicidad y Acuerdos del Estado con Confesiones Religiosas.* Tirant Lo Blanch, Valencia.

Pérez Álvarez, S. (2010). Reflejos del pasado en la gestión de la realidad islámica española contemporánea. *E-Legal History Review,* 9.

Pérez Álvarez, S. (2015). La laicidad positiva como garantía institucional del sistema matrimonial español. *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos,* vol. XV.

Pérez Alvarez, S. (2020). *Libertad de conciencia y diversidad en la sanidad pública española contemporánea.* Tirant Lo Blanch, Valencia.

Pérez-Agote, A. (2012). *Cambio religioso en España: los avatares de la secularización.,* CIS, Madrid.

Prieto Sanchís, L. (2016). Los principios constitucionales del Derecho eclesiástico. En Iván C. Ibán, Prieto Sanchís, L. y Motilla, A., *Manual de Derecho eclesiástico* (2.ª ed.). TROTTA, Madrid.

Reina, V. y Reina, A. (1983). *Lecciones de Derecho eclesiástico español.* Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona.

Roca, M. J. (2001). La neutralidad del Estado: Fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisorudencia. *Revista Española de Derecho Constitucional,* 63.

Roca, M. J. (2002). Los principios del derecho español y alemán y la moderna teoría de los valores. *Cooperación Internacional,* 8.

Rodríguez Blanco, M. (2003). *Los convenios entre las Administraciones públicas y las confesiones Religiosas.* Colección Canónica-Navarra Gráfica. Ediciones, Pamplona.

Rodríguez Blanco, M. (2013). *Derecho y religión. Nociones de Derecho eclesiástico del Estado.* Civitas-Thomosn Reuters, Madrid.

Rodríguez García, J. A. (2011). *Derecho eclesiástico del Estado.* TECNOS, Madrid.

Souto Paz, JA. (1995). *Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias* (3.ª ed.). Marcial Pons, Madrid.

Souto Paz, J. A. (2007). *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el Derecho comprado* (3.ª ed.). Marcial Pons, Madrid.

Suárez Pertierra, G. (2006) (I). Estado y religión. La calificación del modelo español. *Revista Catalana de Dret Public,* 33.

Suárez Pertierra, G. (2006) (II). La Ley orgánica de libertad religiosa. 25 años después. En VV. AA., *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.* Ministerio de Justicia, Madrid.

Suárez Pertierra, G. (2011). Laicidad y cooperación como bases del modelo español: una interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso). *Revista Española de Derecho Constitucional,* 92.

Suárez Pertierra, G. (2014). Acuerdos y Convenios. Crisis de un modelo. En Fernández-Coronado, A. y otros. *Libertad de conciencia, laicidad y Derecho. Liber discipuloroum en Homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández.* Civitas-Thomson Reuters.

Suárez Pertierra, G. (2016). La libertad ideológica, religiosa y de culto. Los principios informadores del Derecho eclesiástico del Estado. En Suárez Pertierra, G. y otros. *Derecho eclesiástico del Estado* (2.ª ed.). Tirant Lo Blanch, Valencia.

Vidal Gallardo, M. (2019). *Los límites a la autonomía de las confesiones respecto al régimen del personal religioso.* Thomson Reauters-Aranzadi, Pamplona.

Viladrich, P. J. y Ferrer Ortíz, J. (2007). Los principios informadores del Derecho eclesiástico español. En Navarro Valls, R. y otros. *Derecho eclesiástico del Estado español* (7.ª ed.). EUNSA, Pamplona.

09 LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL Y EL FACTOR RELIGIOSO EN EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO

María J. Roca.
Catedrática de Derecho Constitucional.
Universidad Complutense de Madrid.

1. Introducción.
2. Aproximación al concepto de identidad constitucional.
   2.1. La relación de la identidad constitucional con las estructuras fundamentales del Estado miembro.
   2.2. Identidad constitucional y tradiciones históricas de los Estados.
3. La relación del Estado con las confesiones, ¿integra la «identidad constitucional» española?
   3.1. La cooperación en la Constitución y su desarrollo.
   3.2. La cooperación en la Constitución y la diversidad cultural.
   3.3. La cooperación y la identidad constitucional en perspectiva de futuro.
4. Consideración final.

1. Introducción

El concepto de «identidad nacional» (sinónimo de identidad constitucional) en el proceso de la integración europea tiene una importancia creciente. Baste recordar que, desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht (1-XI-1993), esta noción forma parte del Derecho primario de la Unión. Posteriormente, el Tratado de Ámsterdam (2-X-1997) le incorporó un breve añadido, en el que pasaría a ser el art. 6 del TUE: «La Unión respeta la identidad nacional de los Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se fundan en los principios democráticos».

[1] Este trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de investigación UCM y Banco de Santander, 2022-2023 «Los derechos culturales como elemento de integración de la Unión Europea y de las identidades constitucionales de sus Estados miembros» (DECUIDEM).

Los procesos de globalización difuminan las «fronteras estatales» económicas, sociales y culturales. Este fenómeno trae consigo la necesidad de preservar la propia identidad cultural. No debe olvidarse que la diversidad cultural se considera patrimonio común de la humanidad. En este contexto, la noción de «identidad constitucional» puede ser un medio para garantizar la identidad étnica, religiosa, cultural, histórica y política de una sociedad. En el estudio de este fenómeno, quizá todavía haya más preguntas que respuestas: ¿debería la identidad constitucional estar orientada hacia el futuro o se refiere principalmente a la tradición histórica del Estado? ¿Qué aspectos de la identidad colectiva pueden ser la base de la identidad constitucional? ¿Cuáles son los modelos de identidad constitucional?

El concepto «identidad constitucional» no aparece mencionado en nuestra Constitución. En estas páginas será empleado de modo genérico, y, por tanto, como sinónimo de «identidad nacional» (Bon, 2014). Sobre si estos dos conceptos pueden utilizarse o no (Martinico, 2020, 19, sostiene que no son sinónimas. En el mismo sentido Cloots, 2016, p. 82) como sinónimos se ha escrito de modo abundante. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los emplea indistintamente. Por ello, seguimos el mismo criterio y renunciamos a un intento de definición delimitadora de cada uno.

Esta expresión «identidad constitucional/nacional» viene siendo utilizada por las jurisprudencias constitucionales de los Estados miembros como un límite a la primacía del Derecho de la Unión. Sin embargo, la identidad constitucional tiene su origen en el marco de la Constitución de Weimar (1919), y tenía como función establecer límites no escritos a la reforma constitucional. Es decir, originariamente era un concepto no recogido en una norma, y tenía una función limitadora *ad intra* (Roca Fernández, M. J., 2021, pp. 120-122) Hoy parece que ha cambiado, en la medida en que sí está recogido en un texto normativo, y parece desempeñar más bien una función *ad extra*. Es decir, servir como bisagra integradora de la identidad de un Estado en las entidades supranacionales: Unión Europea (Roca Fernández, M. J., 2021) y Consejo de Europa.

En el presente trabajo, nos preguntamos si la cooperación con las confesiones mencionada en el art. 16.3 de la CE —ya sea caracterizada como uno de los cuatro principios de las relaciones del Estado con las confesiones, ya sea una nota del principio de laicidad (laicidad cooperativa, también llamada positiva) o ya sea una técnica— puede ser considerada como parte de la identidad constitucional española (ap. 3). Antes de proponer una respuesta a esta cuestión (ap. 4), realizamos una aproximación al concepto de identidad constitucional (ap. 2), atendiendo tanto a las estructuras fundamentales del Estado miembro (ap. 2.1), como a las tradiciones históricas de los Estados (ap. 2.2). Para terminar, se anota el elenco de las referencias bibliográficas (ap. 5).

2. Aproximación al concepto de identidad constitucional

2.1. La relación de la identidad constitucional con las estructuras fundamentales del Estado miembro

Esta relación encuentra su fundamento en la formulación que se proponía en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, art. 5.1: «La Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherentes a las estructuras políticas y constitucionales de éstos, también en lo que respecta a la autonomía regional y local. Respetará las funciones esenciales del Estado, en particular las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y la seguridad interior». Adviértase además que, en la versión alemana de este Tratado, se recoge que la identidad nacional *encuentra su expresión* en sus estructuras políticas y constitucionales (Cruz Villalón, P., 2013, 504). De este texto concluye Cruz Villalón que respetar la «identidad nacional» implica respetar las estructuras fundamentales (políticas y constitucionales) de los Estados miembros.

Que las estructuras fundamentales constitucionales de 'cada' Estado miembro sean «el núcleo de garantía de la identidad constitucional, singularmente considerada» (Cruz Villalón, P., 2013, p. 506), no equivale a identidades «exclusivas» e «irrepetibles». Así, en la sentencia del caso Sayn-Wittgenstein (Sentencia Sayn-Wittgenstein [C-208/09], de 22 de diciembre de 2010), Austria tuvo ocasión de poner de manifiesto (y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de declararlo) que el carácter de República forma parte de la identidad constitucional de este Estado (Lienbacher, G. y Lukan, M., 2020). Parece innecesario afirmar que lo mismo consideran Italia, Francia, Alemania y otros muchos Estados miembros, se incluya o no la República como contenido de una «cláusula de eternidad» o de «intangibilidad».

En la sentencia del caso Sayn-Wittgenstein, la cláusula de la identidad nacional fue utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para hacer una relectura del concepto de orden público (Martinico, G., 2020, p. 21 y Alonso García, R., 2019, pp. 509-510). La doctrina jurisprudencial más relevante de esta sentencia no es tanto que para Austria la República es parte integrante de su identidad constitucional, sino que entran dentro de las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la interpretación de las reservas de orden público del Derecho secundario de la Unión, y que esto rige tanto para las normas de reconocimiento como las normas de conflicto (como el art. 45, 1.ª del Reglamento n.º 1215/2012). Todo ello, en la medida en que la reserva hace una remisión al orden público de un Estado miembro (Ohler, C., 2013, p. 469).

La misma interpretación del orden público hace el Tribunal de Justicia en el caso Bogendorff von Wolffersdorff contra Alemania (Sentencia [C-438/14],

de 2 de junio de 2016)[2]. Es decir, tanto en el caso de Austria, como en el caso de Alemania, no es la identidad constitucional republicana de estos Estados lo que decide el caso, sino la cláusula de orden público.

En mi opinión, tanto si se invoca la identidad constitucional del Estado miembro como si se apela al orden público, sería conveniente aplicar los siguientes criterios para que de tal excepción resulte la no aplicación del Derecho de la Unión: La invocación debe suponer una *violación manifiesta* de un principio o norma fundamental del Estado; la excepción invocada por el Estado no debe impedir ni hacer imposibles los objetivos de la norma europea que dejaría de aplicarse en el Estado invocante; el contenido material invocado, debe ser respetuoso con los principios fundamentales del ordenamiento europeo[3].

Que las estructuras fundamentales del Estado sean parte integrante de su identidad constitucional, no significa que la mencionada identidad se reduzca a esas estructuras y a la garantía de los derechos fundamentales. Cuestiones tales como la lengua (Sentencia Runevic-Vardin [C-391/09], de 12 de mayo de 2011. Las normas del Estado de Lituania exigen una determinada ortografía que impone que los apellidos procedentes de otro Estado como Polonia se alteren; recientemente Sentencia Cilevičs e.a. [C-391/20], de 7 de septiembre de 2022), o aspectos procesales como el cómputo de la prescripción penal (la llamada «saga Taricco» contra Italia: Ruggieri, A., 2003; Romboli, S., 2017; García Vitoria, I., 2018; Camoni Rodríguez, D., 2020) han sido reconocidos como identidad constitucional de un Estado por la jurisprudencia europea.

Veamos si la relación de Estado con el factor religioso se considera parte o no de la identidad constitucional.

---

[2] El texto en alemán con las referencias al Derecho nacional, puede verse en https://www.doev.de/wp-content/uploads/2016/Leitsaetze/15/E_0412.pdf En este caso, un ciudadano alemán adoptado, cambió en el Reino Unido sus apellidos por los de sus padres adoptivos (Bogendorff von Wolffersdorff), y llegó a adquirir también nacionalidad británica. A su vuelta a Alemania, pretende inscribir a su hija como condesa de Bogendorff y señora libre de Wolffersdorff, nacida en Alemania y también con doble nacionalidad. En este caso, Alemania no invocó su identidad constitucional, sino el orden público, porque consideró que la petición de inscribir esos apellidos era «incompatible con los principios esenciales del Derecho alemán». El Tribunal de Justicia declaró que el art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que las autoridades de un Estado miembro (Alemania) no están obligadas a reconocer el apellido de un nacional de su propio Estado, si éste es también nacional de otro Estado miembro (Gran Bretaña) en el que ha adquirido libremente ese apellido compuesto, y esa adquisición no es conforme a la ley del Estado miembro mencionado en primer lugar, porque contiene elementos nobiliarios. La denegación de reconocimiento en este contexto está justificada por motivos de orden público en la medida en que sea conveniente y necesario para garantizar que el principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos de dicho Estado miembro.

[3] Hemos propuesto estos criterios, inspirándonos en los límites que expone al concepto de orden público europeo (González González, R. 2000, pp. 615-616): «cuando la decisión judicial extranjera suponga una violación manifiesta de un principio o norma fundamental del Estado requerido, siempre y cuando la excepción invocada por el Estado se adecue a los objetivos del Convenio de Bruselas (uniformidad en la aplicación nacional) y sea respetuosa con los «principios fundamentales del ordenamiento comunitario».

2.2. Identidad constitucional y tradiciones históricas de los Estados

En efecto, otros Estados miembros consideran como elemento integrante de su identidad constitucional la relación del Estado con el fenómeno religioso dentro de la sociedad (Walter, C., 2007 y von Zanthier, S., 2007). Así, Hungría en 2018 ha aprobado una reforma del texto constitucional que introduce en el art. R. 4, una cláusula que obliga a todos los órganos del Estado a proteger la identidad constitucional y la cultura cristiana de Hungría; en Francia, la doctrina considera que la laicidad es parte de su identidad constitucional (Levade, A., 2009). Cuando el Reino Unido pertenecía a la Unión Europea, tal vez habría considerado la confesionalidad como parte de su identidad constitucional, puesto que el Monarca es la cabeza de la Iglesia de Inglaterra (McClean, D., 1996). No cabe afirmar esto de otros Estados con iglesias nacionales, como Suecia (Fernández-Coronado González, A., 2012 b, 281), que también son Monarquías parlamentarias; desde el año 2000, esta situación ya no se mantiene: la cabeza de la Iglesia sueca ha pasado a ser el Sínodo[4] (Fernández-Coronado González, A., 2012 a y 2012 b).

En otros casos, el Estado considera que la concepción de la familia forma parte de su identidad constitucional. Así lo manifiesta la República de Bulgaria en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Sofía (Administrativen sad Sofia-grad [Bulgaria] el 2 de octubre de 2020, V.M.A./Stolichna Obsthina, Rayon «Pancharevo», Asunto C-490/20). En este caso (resuelto por la sentencia de la Gran Sala del TJUE de 14 de diciembre de 2021), la Abogada General Kokott verifica si la identidad nacional invocada por Bulgaria está justificada y concluye que según este Estado miembro, el menoscabo a la identidad nacional radica en que el certificado de nacimiento solicitado se aparta de la concepción de la familia «tradicional» consagrada por la Constitución búlgara, que implica necesariamente que un niño solo puede tener una madre (o un padre). La Abogada General consideró que «el Derecho de familia es la expresión de la autoimagen de un Estado tanto desde el punto de vista político como social. En consecuencia, la determinación de los vínculos de filiación a los efectos del Derecho interno de familia puede formar parte de la expresión fundamental de la identidad nacional de un Estado miembro. Esto implica que es preciso limitar la intensidad del control ejercido por el Tribunal de Justicia para preservar la existencia de esferas de competencias materiales reservadas a los Estados miembros. Por consiguiente, siempre que esté en juego esta esencia de la identidad nacional, su invocación no puede ser objeto de un control

[4] Desde el 1 de enero de 2000, la Iglesia luterana dejó de ser la religión de Estado en Suecia. Se abandonó así la tradición de una Iglesia nacional sueca, instaurada en 1593 tras la ruptura con Roma. Desde la aprobación por el Parlamento de esta ley especial sobre la Iglesia luterana, el órgano decisorio de la Iglesia luterana es un sínodo eclesiástico.

de proporcionalidad». La Gran Sala, sin embargo, interpreta el art. 4 TUE, apartado 2, los artículos 20 TFUE y 21 TFUE y los artículos 7, 24 y 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, «en el sentido de que, en el caso de un menor ciudadano de la Unión cuyo certificado de nacimiento expedido por las autoridades competentes del Estado miembro de acogida designa como progenitores a dos personas del mismo sexo, el Estado miembro del que el menor es nacional está obligado, por una parte, a expedirle un documento de identidad o un pasaporte sin exigir la expedición previa de un certificado de nacimiento por sus autoridades nacionales y, por otra parte, a reconocer, al igual que cualquier otro Estado miembro, el documento procedente del Estado miembro de acogida que permita al menor ejercer con cada una de esas dos personas su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros». Es decir, los derechos a la libre circulación y de residencia prevalecen sobre las identidades nacionales.

En suma, la relación del Estado con el factor religioso, puede formar parte del contenido de la identidad constitucional de un Estado (por ejemplo, en Francia, la laicidad y en Hungría, la cultura cristiana). También la concepción de la familia garantizada en la Constitución puede formar parte de la identidad constitucional (Bulgaria). Ciertamente, como se ha visto en la jurisprudencia del TJUE, ello no implica que la identidad constitucional prevalezca siempre sobre el Derecho de la Unión. La identidad constitucional, como el orden público, cuando se invoque, debe suponer una violación manifiesta de un principio del Estado invocante; la excepción solicitada no debe impedir que se aplique el Derecho europeo en el Estado concernido; y el contenido material invocado, debe ser respetuoso con los principios fundamentales del ordenamiento europeo.

3. La cooperación del Estado con las confesiones, ¿integra la «identidad constitucional» española?

Si recordamos que la doctrina ha delimitado la identidad constitucional como comprensiva de tres significados distintos: hecho, contenido y contexto. La identidad, tipificada como hecho, no necesita ser expresamente mencionada en el texto constitucional para que exista (como lo prueba la identidad constitucional del Reino Unido); tipificada como contenido, sirve para distinguir los ordenamientos constitucionales según la elección que hayan hecho de sus estructuras constitucionales y equilibrio de poderes; por último, la identidad como contexto coloca estas opciones dentro de un marco más amplio que toma en cuenta factores como la religión y la ideología (Rossenfeld, M., 2012, 756 y ss.; Van der Schyff, G., 2016, 168-169). Veamos en qué medida la cooperación entraría o no dentro de la identidad constitucional española.

3.1. La cooperación en la Constitución y su desarrollo

La Constitución de 1978, al proclamar que España es un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.1), asume la corresponsabilidad y la participación de los grupos sociales en la consecución del bien común o interés general. Esta llamada a la participación y a la corresponsabilidad se extiende, por citar algunos ejemplos, a los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales (art. 6), a los medios de comunicación social (art. 20.3), a los colegios profesionales (art. 36), a las personas físicas y jurídicas en general en determinados supuestos (para la creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales, art. 27.6), y a otros grupos sociales, como por ejemplo la juventud (a quien se le reconoce el derecho a la participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural, art. 48). Además, la participación es posible no solo de modo asociado, pues todos los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes (art. 23).

La cooperación está prevista en nuestra norma constitucional también para las confesiones (art. 16.3). La cooperación de la que aquí se trata, se opone tanto al paternalismo estatal como a la confusión de titularidad de funciones entre poderes públicos (estatales, autonómicos o municipales), y confesiones e individuos, pues el art. 16.3 de la CE «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales» (STC 24/1982, FJ 1) y «al delimitar 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» (STC 340/1993).

Ciertamente, cooperar es un deber del Estado con la Iglesia católica y las demás confesiones y no un derecho fundamental del que sea titular el actor de la cooperación (STC 93/1983, FJ 5). Pero a la vez, «el Estado entiende la cooperación como la predisposición a facilitar y promover las condiciones que hacen posible el acto de fe y los diversos aspectos o manifestaciones que derivan del mismo. Esa predisposición se expresa en el propósito de llegar a un entendimiento con los sujetos colectivos de la libertad religiosa para regular aquellas expresiones del fenómeno religioso con trascendencia jurídica en el derecho estatal. En consecuencia, el Estado asume su deber de promoción de la libertad religiosa y reconoce a los grupos religiosos como ámbito a través del cual el individuo puede desarrollar su libertad religiosa. El Estado valora de manera positiva el hecho religioso y el principio de cooperación tendrá como objeto de atención específica y privilegiada las confesiones religiosas. Se ha establecido, un modelo de gestión de la diversidad religiosa de «laicidad positiva», así reconocido por nuestro TC en su STC 101/2004, de 2 de junio» (Rossell Granados, J., 2017, 189).

Más allá de los ámbitos concretos de la cooperación entre los poderes públicos y las confesiones que, como se ha señalado, son variadísimos: desde las

tradicionales materias mixtas hasta los más recientes en el ámbito alimentario, puede decirse que la cooperación ha contribuido a facilitar la cohesión social (González-Varas, A., 2019, 45). Un buen ejemplo de ello son los acuerdos para la asistencia religiosa en los Centros de Internamiento de extranjeros (CIEs).

De la Directiva Europea 2008/115/CE, surge la necesidad de proceder a la regulación específica de los mismos, que se ha plasmado en la aprobación del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los CIEs, que en su art. 45 regula la práctica religiosa, estableciendo que por parte de la dirección, se respetará la libertad religiosa de los internos y se facilitarán los medios para su práctica. En cumplimiento de este precepto se han firmado cuatro acuerdos de cooperación por parte del Ministerio del Interior, y la Conferencia Episcopal Española[5], la Comisión Islámica de España[6], las Comunidades Judías de España[7], y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas[8].

3.2. La cooperación en la Constitución y la diversidad cultural

A mi parecer, uno de los motivos por los que la cooperación con las confesiones (un principio de base constitucional y desarrollo orgánico) está llamada a ocupar en el futuro un papel importante en el desarrollo de los derechos fundamentales, es la relación entre el derecho de toda persona, individual o colectivamente a elegir y a que se respete su identidad cultural (en la diversidad de sus modos de expresión, sobre esto: Pelayo Olmedo, J. D., 2008), con la libertad de pensamiento, conciencia, religión, opinión y de expresión (art. 3 de la Declaración de Friburgo, de 7 de mayo de 2007[9]).

Como es sabido, los derechos fundamentales fueron en su origen derechos de libertad que el individuo esgrimía frente al Estado *(Abwehrrechte)*.

---

[5] 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, (consultado el 24-X-2022), disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/libertad-religiosa/normativa-materia-libertad/legislacion-estatal.

[6] Convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y la Comisión Islámica de España para garantizar la asistencia religiosa islámica en los centros de internamiento de extranjeros de 4 de marzo de 2015, (consultado el 24-X-2022), disponible en: http://observatorio.hispanomuslim.es/archivo/convenio_asistencia_religiosa_cies.pdf.

[7] Convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y la Federación de Comunidades Judías de España para garantizar la asistencia religiosa judía en los centros de internamiento de extranjeros de 4 de marzo de 2014, (consultado el 24-X-2022), disponible en: http://governacio.gencat.cat/web/.content/afers_religiosos/documents/025_Conveni_FCJE.pdf.

[8] Convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España para garantizar la asistencia religiosa evangélica en los centros de internamiento de extranjeros de 4 de marzo de 2014, (consultado el 24-X-2022), disponible en: http://www.actualidadevangelica.es/2015/DOCUMENTOS/ConvenioCIEs.pdf.

[9] Accesible en https://www.unifr.ch/ethique/fr/assets/public/Files/declaration-esp3.pdf (consultado el 24-X-2022). Para seguir la implementación de este texto, vid.: El Observatorio de la diversidad y de los derechos culturales www.unifr.ch/iiedh.

Posteriormente, buena parte de los derechos fundamentales se extienden a los derechos sociales, que contienen exigencias de prestación frente a los poderes públicos y algunos derechos de libertad adquieren también una dimensión prestacional. En virtud de este carácter prestacional, esos derechos son el título por el que los individuos y los grupos solicitan del Estado que contribuya con los medios necesarios para el ejercicio de sus derechos. Pues bien, quizá en los próximos años el desarrollo y la evolución de los derechos fundamentales estén marcados por las tensiones y conflictos que provocan la globalización y la identidad cultural.

En este contexto, en la Declaración de Friburgo, a la vez que se reafirma el carácter universal de los derechos fundamentales, se sostiene que «la diversidad cultural no puede protegerse sin una puesta en práctica eficaz de los derechos culturales» (n. 4) y sin tener en cuenta «la dimensión cultural del conjunto de los derechos humanos actualmente reconocidos» (n. 5).

Puesto que el término cultura abarca los valores, las creencias, las convicciones, los idiomas, los saberes y las artes, las tradiciones, instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados que da a su existencia y a su desarrollo; y la «identidad cultural» debe entenderse como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad (art. 2 de la Declaración de Friburgo), las confesiones religiosas, en cuanto «comunidades culturales» (grupos de personas que comparten las referencias constitutivas de una identidad cultural común, que desean preservar y desarrollar (según el mismo el art. 2 de la Declaración de Friburgo) están llamadas a «cooperar en la elaboración, la puesta en práctica y la evaluación de las decisiones que la conciernen y que afectan el ejercicio de sus derechos culturales» (art. 8).

La cooperación con una visión retrospectiva (el resultado de las relaciones de cooperación hasta ahora) ha sido fruto de estudio en la doctrina (Fernández-Coronado González, A., 2009 a; Suárez Pertierra, G., 2011), y de abundantes manifestaciones de diversa naturaleza jurídica: desde leyes estatales, a convenios autonómicos y municipales.

El artículo 7.1 de la LOLR establece, como requisitos para la firma de acuerdo con el Estado, que la confesión religiosa estuviese inscrita en el Registro de Entidades Religiosas y que por su ámbito y número de creyentes haya alcanzado «notorio arraigo» en España (Fernández-Coronado González, A., 2020 y 2009 b). Este concepto jurídico ha sido regulado mediante el Real Decreto 593/2015 de 3 de julio; desde la promulgación de esta norma la «declaración de notorio arraigo» de las confesiones religiosas en España es un acto administrativo reglado en el que la discrecionalidad de la Administración pública ha sido reducida a cero. Actualmente tienen reconocido este estatus las siguientes confesiones religiosas: la Iglesia católica (por la propia mención de la Constitución), la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), la Comisión Islámica de España (CIE), la Federación de Comunidades

Judías de España (FCJE), la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (2003), la Iglesia de los Testigos de Jehová (2006), la Federación de Comunidades Budistas de España (2007) y la Iglesia Ortodoxa (2010).

Estos acuerdos tienen naturaleza jurídica de ley ordinaria. No obstante, al ir precedidas de un pacto previo con las confesiones, se podría decir que tienen naturaleza de leyes paccionadas (*Vereinbarungsgesetze,* en la doctrina alemana). El texto de los acuerdos ofrece la posibilidad de obtener ventajas fiscales; prestar asistencia religiosa en Fuerzas Armadas, Hospitales y Prisiones; la posibilidad de que se imparta enseñanza religiosa en los centros educativos públicos; la alimentación y el sacrificio de animales conforme a determinados ritos religiosos; la eficacia civil de los matrimonios contraídos en forma religiosa; la inhumación según determinados ritos religiosos o el establecimiento de festividades religiosas en el calendario laboral. Todas estas facultades, requieren de un posterior desarrollo normativo; en algunos casos, ya existía, y, en otros, se ha desarrollado o está pendiente (Rossell Granados, J., 2020, 195).

Así, hoy, desde el punto de vista de la legislación estatal, «se reconoce eficacia civil al matrimonio celebrado en forma religiosa; los ministros de culto han sido integrados en el régimen general de la Seguridad Social y asimilados a los trabajadores por cuenta ajena; se reconoce la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas y los centros penitenciarios aunque no existe un compromiso económico del Estado para sufragar la misma; se reconoce el derecho de acceso a los medios públicos de comunicación; se le reconocen las mismas ventajas y exenciones fiscales y tributarias de que goza la Iglesia católica, aunque no se ha previsto todavía un sistema de financiación directa; y en el ámbito laboral, se está realizando un esfuerzo para que en los convenios colectivos se reconozcan las festividades religiosas, el descanso semanal y se atienda a la especificidad de la celebración de fiestas como la del Ramadán, en aplicación de lo dispuesto en la Directiva europea 2000/78 de no discriminación por motivos religiosos que fue transpuesta a nuestro ordenamiento a través de la Ley 62/2003 y mediante la búsqueda de la conciliación entre los intereses del trabajador musulmán y los derechos del empresario aplicando el principio de acomodación razonable» (Rossell Granados, J., 2020, p. 196).

Las Comunidades Autónomas, en las materias en las que son competentes, también tienen posibilidad de firmar acuerdos con las confesiones religiosas. Cataluña y Madrid son un ejemplo de cómo desde la administración autonómica existe un compromiso por gestionar la diversidad religiosa a través del principio de cooperación y mediante legislación paccionada. En este sentido, en Cataluña a través su Dirección General de Asuntos Religiosos, cumpliendo con el mandato del Parlamento catalán en su Moción 115/VI sobre las confesiones religiosas, se han firmado Convenios marco de colaboración, que tienen carácter administrativo (Roca Fernández, M. J., 1993), con el Consejo Evangélico de Cataluña (el 21 de mayo de 1998), la Comunidad Israelita de Barcelona

(el 15 de abril de 2002), el Consejo Islámico y Cultural de Cataluña (el 1 de abril de 2004) y la Comunidad Local Bahà'í de Barcelona (el 15 de diciembre de 2004). Las materias acordadas en los mismos varían en función de la entidad firmante. Mientras que el Consejo evangélico enfatiza la cuestión de los lugares de culto, el servicio de información, los agentes pastorales, la enseñanza o el fomento de los libros de texto en catalán, en el caso de la comunidad israelita se apuesta por el reconocimiento de la cultura judía, el apoyo al colegio sefardí de Barcelona o la protección social de las personas que profesan el judaísmo. En el caso del Consejo islámico, se destina una partida presupuestaria sin determinar a las comunidades musulmanas y al fomento de la lengua catalana entre los imanes. Por su parte, la comunidad Bahà'í, ésta se compromete a colaborar en el fomento de la libertad religiosa y la lucha contra los prejuicios religiosos y culturales (Rossell Granados, J., 2020).

En la Comunidad de Madrid, están vigentes los Convenios marco con el Consejo Evangélico de Madrid (el 18 de octubre de 1995), con la Comunidad Israelita de Madrid (el 25 de noviembre de 1997) y la Unión de Comunidades Islámicas de España (el 3 de marzo de 1998). Estos convenios tienen por objeto la enseñanza religiosa, cuestiones de protección del patrimonio histórico-artístico, urbanismo y lugares de culto, asistencia religiosa en hospitales, alimentación religiosa, etc.

Otras Comunidades Autónomas, también han suscrito convenios —en materia de conservación de patrimonio histórico-artístico, de enseñanza religiosa en los centros docentes (por ejemplo, en La Rioja, el Convenio entre la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de La Rioja y la Comisión Islámica de España para la impartición de la enseñanza religiosa islámica se firmó el 2 de julio de 2018, en las Islas Baleares, el Acuerdo suscrito entre la Consejería de Educación y la Comisión Islámica de España, data del 2 de septiembre de 2019) y de asistencia religiosa (Gómez Movellán, A.)— con confesiones que ya tenían firmados acuerdos a nivel nacional. Incluso los ayuntamientos (por ejemplo, el Convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Zaragoza y la Comunidad islámica de Zaragoza para la gestión del cementerio musulmán en el cementerio de Torrero, de 8 de mayo de 2013) y otros organismos dependientes del Estado han establecido acuerdos en materias propias de su competencia (Rossell Granados, J., 2020, pp. 193-196).

3.3. La cooperación y la identidad constitucional en perspectiva de futuro

Hemos visto la base constitucional de la cooperación, así como los diversos frutos de la cooperación tanto desde el punto de vista temporal como territorial institucional y multicultural. Ahora bien, ¿la cooperación con las confesiones puede considerarse parte integrante de la identidad constitucional española?

Partiendo de las aportaciones de la doctrina alemana sobre la *Verfassungsidentität* y los *controlimitti* de la doctrina italiana, habrán de irse delimitando los contenidos de nuestra identidad constitucional. A mi parecer, la laicidad cooperativa (o si se prefiere la neutralidad del Estado junto con el principio de cooperación, indisociable de la igualdad)[10], debería formar parte del contenido de la identidad constitucional española en el contexto del Derecho europeo (Porras Ramírez, J. M., 2005). En los próximos años, corresponderá un papel destacado a nuestro Tribunal Constitucional (Tenorio Sánchez, P., 2013) en la búsqueda de un equilibrio entre los valores constitucionales europeos y nuestra identidad nacional (Roca Fernández, M. J., 2021 y 2022; Palomino Lozano, R., 2013). Es de esperar que nuestra jurisprudencia fije el contenido de la identidad constitucional del Estado español, teniendo en cuenta que nuestra Constitución de 1978, aun siendo una Constitución rígida, no contiene cláusulas de eternidad (preceptos que no pueden ser reformados, como ocurre en la Ley Fundamental alemana). Los Estados que cuentan con cláusulas de intangibilidad consideran que su identidad constitucional se reduce al contenido de esas cláusulas, sino que puede incluir otros aspectos (así lo ha declarado el Tribunal Constitucional Federal). En el caso de España (Martínez López-Sáez, M., 2019), pensamos que la identidad constitucional no se extiende a todos aquellos preceptos que requieren un procedimiento de reforma agravada (art. 168 CE).

4. Consideración final

Una mirada hacia el futuro, en el contexto de los retos de la integración europea, permite proponer que la laicidad cooperativa, puede considerarse integrante del concepto de «identidad constitucional» del Estado español. Asimismo la cooperación está llamada servir en la integración y cohesión social de las minorías en el contexto del desarrollo de los derechos culturales.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, R. (2019). La Constitución Española en el contexto de la Unión Europea. *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* vol. 59, 495-522.

Bon, P. (2014) La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica. *Revista Española de Derecho Constitucional,* 100 (enero-abril), 167-188.

[10] Combalía, Z. (2010) 10: «Ciertamente el principio de laicidad estatal está estrechamente vinculado a la tutela de la libertad religiosa de los ciudadanos, pues la mejor tutela de la libertad religiosa (indisociable de la igualdad) es la que se logra desde la afirmación de la incompetencia estatal sobre la materia religiosa en cuanto tal. No obstante, estando estrechamente vinculados, laicidad y libertad religiosa no parecen implicarse necesariamente en la medida en que existen en Europa regímenes de tutela de la libertad religiosa en Estados que no son laicos sino que tienen una Iglesia estatal».

Camoni Rodríguez, D. (2020). Corte Costituzionale Italiana y doctrina de los contralímites: El (dificil) camino hacia una plena integración jurídica europea. *Revista de Estudios Europeos,* 75 (enero-junio), 165-178.

Cloots, E. (2016). National Identity, Constitutional Identity and Sovereignty in the EU. Netherlands Journal of the Legal Philosophy, 45, 82-98 https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2016/2/NJLP_2016_045_002_006.pdf [19-IX-2022].

Combalía, Z. (2010). Relación entre laicidad del Estado y libertad religiosa en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado,* 24.

Cruz Villalón, P. (2013). La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 17, 501-514.

Fernández-Coronado González, A. (2009 a). Sentido de la cooperación del Estado laico en una sociedad multireligiosa. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 19.

Fernández-Coronado González, A. (2009 b). Notorio arraigo de la Federación de Comunidades Budistas de España (Consideraciones jurídicas sobre la evolución del concepto de notorio arraigo). *Bandue: revista de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones,* 3, 137-154.

Fernández-Coronado González, A. (2012 a). Marco comparado de la libertad religiosa en Europa. *Bandue: revista de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones,* 6 (ejemplar dedicado a: Religiones en sociedades complejas), 33-62.

Fernández-Coronado González, A. (2012 b). Marco comparado de la libertad religiosa en Europa. *RDUNED. Revista de derecho UNED,* 11, 279-316.

Fernández-Coronado González, A. y Pérez Álvarez, S. (2019) Régimen jurídico de la asistencia religiosa en los centros de internamiento de extranjeros en el derecho español. *Derecho y religión,* 14 (ejemplar dedicado a: Comunidades autónomas y libertad religiosa), 77-92.

Fernández-Coronado González, A. (2020). La nueva regulación del notorio arraigo en el marco de la cooperación constitucional. *Derecho y religión,* 15 (ejemplar dedicado a: 40 aniversario de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa), 161-168.

García Vitoria, I. (2018). La participación de los Tribunales constitucionales en el sistema europeo de derechos fundamentales (a propósito del diálogo entre la Corte constitucional italiana y el Tribunal de Justicia en el asunto Taricco). Revista Española de Derecho Europeo, n. 67, Julio-Septiembre 2018, 139-164.

Gómez Movellán, A. (1999). Convenios de colaboración entre comunidades autónomas y minorías religiosas. *Anuario de derecho eclesiástico del Estado,* 15, 441-452.

González González, R. (2000). Límites a la construcción de un «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000). *Revista de Derecho Privado Comunitario Europeo,* año 4, n. 8, 593-617.

González-Varas, A. (2019). La enseñanza de la religión en las escuelas públicas españolas y su relación con el contexto europeo. *Scripta Fulgentina,* año 29, n. 57-58, 31-70.

Levade, A., (2009). Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne. Cahiers du Conseil Constitutionnel, Hors Série - Colloque Du Cinquantenaire, 3 Novembre https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-et-l-union-europeenne [19-IX-2022].

Lienbacher, G. y Lukan, M. (2020). Constitutional Identity in Austria: Basic principles and Identity beyond the abolition of the Nobility. Callies, Christian/von der Schyff, Gerhard (eds.). *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism* (pp. 41-58). Cambridge University Press.

Martínez López-Sáez, M. (2019). A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial. *Revista de Derecho Político,* 105 (mayo-agosto), 315-358.

Martinico, G. (2020). Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura 'contestualizzata' dell'art. 4.2 TUE, DPCE, 3, http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1101/1057 [9-XI-2022], en versión impresa, 3961-3981.

McClean, D. (1996). Estado e Iglesia en el Reino Unido. Robbers, G. (ed.). *Estado e Iglesia en la Unión Europea* (pp. 311-327). Servicio Publicaciones Facultad Derecho UCM-Nomos Verlag, Madrid-Baden Baden.

Ohler, C. (2013). § 238 Ordre Public, Isensee. J. & Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, XI. Bd., C. F. Müller, Heidelberg, 3. Ed.

Palomino Lozano, R. (2013). Identidad, culturas y cultos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 17, 255-282.

Pelayo Olmedo, J. D. (2008). Diversidad cultural y su reflejo en la laicidad en España. *Laicidad y libertades: escritos jurídicos,* 8, 297-328.

Porras Ramírez, J. M. (2005). La garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Tratado Constitucional europeo. *Revista de derecho constitucional europeo,* 4, 255-276.

Roca Fernández, M. J. (2021). *La identidad constitucional de los Estados miembros y la integración europea* (pp. 115-178). Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea: XXVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, CEPC.

Roca Fernández, M. J. (2022). La identidad constitucional en la Unión Europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales. García Roca, J. y Bustos Gisbert, R. *Identidades europeas, subsidiariedad e integración* (pp. 63-90), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi.

Roca Fernández, M. J. (1993). *Naturaleza jurídica de los convenios eclesiásticos menores.* Eunsa, Pamplona.

Romboli, S. (2017). Los contra-límites en serio» y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional Italiana. *ReDCE,* año 14, n. 28 (julio-diciembre), 145-184.

Rossell Granados, J. (2017). El principio de cooperación como herramienta para el desarrollo del derecho de libertad religiosa en España. *En Sociedad, derecho y factor religioso: estudios en honor del profesor Isidoro Martín Sánchez* (coord. por María Moreno Antón).

Rossell Granados, J. (2020). La cooperación como herramienta para la gestión de

la diversidad religiosa. En Rossel Granados, J. y García García, R. (coords.). *Derecho y Religión*. Edisofer, Madrid.

Rossenfeld, M. (2012). Constitutional Identity. En Rossenfeld, M. y Sajó, A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 756 y ss.).

Ruggieri, A. (2003). Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti tra teoría delle fonti e teoría dell'interpretatione. *Diritto Pubblico Comparatto ed Europeo,* 102.

Suárez Pertierra, G. (2011). Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso). *Revista española de derecho constitucional,* 92, 41-64.

Tenorio Sánchez, P. (2013). Constitutional identity from the perspective of Spanish Constitucional Court. *Constitutione e Religione,* 2/3, 237-252.

Van der Schyff, G. (2016). EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 76, 167-191.

Vecchio, F. (2015). Primacía del Derecho Europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites. *Boletín Oficial del Estado,* Madrid.

Von Bogdandy, A. (2003). Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?. Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts. Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in St. Gallen vom 1. bis 5. Oktober 2002, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 62 De Gruyter, 157-158.

Von Zanthier, S. (2007). Berücksichtigung der nationalen Verfassungsidentität als gemeinschaftsrechtliche Pflicht – exemplarisch beleuchtet am Beispiel des Staatskirchenrechts Kommentar aus der Sicht der Praxis. Kluth, W. (Ed.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, Eine Analyse der Einwirkungen der Europäischen Integration auf die mitgliedstaatlichen Verfassungssysteme und ein Vergleich ihrer Reaktionsmodelle, Nomos Verlag, Baden-Baden, pp. 85-96.

Walter, C. (2007). Europäische und nationale Identität in der Wechselwirkung: Überlegungen zur Integration durch Verfassungsrecht am Beispiel des Staatskirchenrechts. Kluth, W. (Hrsg.) Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, Eine Analyse der Einwirkungen der Europäischen Integration auf die mitgliedstaatlichen Verfassungssysteme und ein Vergleich ihrer Reaktionsmodelle, Nomos Verlag, Baden-Baden, https://doi.org/10.5771/9783845204697-65 pp. 65-84 [19-IX-2022].

10 LIBERTAD DE CONCIENCIA, LAICIDAD Y COOPERACIÓN CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EN LA COMUNIDAD DE MADRID

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

1. Derecho a la educacion y libertad de enseñanza
2. Derecho de información y libertad de expresión.
3. Objeciones de conciencia y conductas libres en conciencia.
4. Los acuerdos de cooperación entre la CAM y las confesiones religiosas.
5. Conclusiones: Madrid ¿tierra de libertad?

La presente contribución pretende ser un modesto homenaje a la catedrática de Derecho de Eclesiástico del Estado que determinó mi futuro académico y laboral, Ana Fernández-Coronado González. Con ella empezó todo. Gracias. Muchas gracias.

Partimos —en este trabajo— del contenido de la libertad de conciencia definido por Dionisio Llamazares (2011 a), 22 y ss.): «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». Este contenido nos permite estructurar esta aportación en función de los derechos fundamentales que forman parte del contenido de la libertad de conciencia y que van a constituir los apartados de esta obra. En concreto:

1. Derecho de educación y libertad de enseñanza.
2. Derecho de información y libertad de expresión.
3. Objeciones de conciencia y conductas libres en conciencia.
4. Libertad religiosa y su dimensión colectiva.

Todas estas libertades son reguladas por la Comunidad autónoma de Madrid en función de las competencias que tiene atribuida, aunque en alguna de estas materias su intensidad normativa es mayor que en otras.

1. Derecho a la educacion y libertad de enseñanza

El derecho a la educación no es otra cosa que «el derecho a formar en libertad y para la libertad la propia conciencia» (Llamazares, 2011 b, p. 57). En el mismo sentido se ha escrito: «no debemos olvidar que la interacción entre derecho a la educación y libertad ideológica y religiosa se incrementa si añadimos el valor que tiene el primero como instrumento para la mejor realización del resto de los derechos humanos, especialmente los considerados derechos de libertad, entre los que se sitúa la libertad ideológica y religiosa. Aquí el derecho a la educación participará en la formación y desarrollo de nuestras convicciones personales, concretando acciones que permitan aprender en qué consiste y cómo debemos ejercer nuestro derecho de libertad de conciencia y, en el nivel más elevado y complejo del derecho, para adquirir conocimientos que nos permitan contrastar y tomar decisiones para desarrollar nuestra personalidad de un modo más formado, conociendo las distintas opciones, eligiendo entre ellas, en su caso ejerciendo el derecho a abandonar o cambiar de convicciones, etc. y por supuesto, una vez conocidas, a interactuar con ellas y respetarlas» (Fernández-Coronado y Pelayo Olmedo, 2019, 20-21).

En este apartado nos centramos en la *Ley 1/2022, de 10 de febrero, Maestra de libertad de elección educativa de la Comunidad de Madrid.* En el preámbulo de esta Ley autonómica se recogen las siguientes ideas:

— Principio de libertad de enseñanza, que facilita el derecho de las familias y tutores legales a elegir el tipo de educación y el centro para sus hijos. Se insiste: se garantiza mediante esta Ley la libertad de las familias para elegir el centro y proyecto educativo que desean para sus hijos (art. 3 de esta Ley). Sin embargo, el articulado de esta norma autonómica rebaja esta pretensión (art. 6), acorde con lo que se señala en nota1. Este derecho se regula en el artículo 27.3 CE pero 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 padres.
— «La libertad de enseñanza no se garantiza únicamente por la mera coexistencia de centros públicos y privados sostenidos con fondos públicos, sino que se asegura con la *posibilidad real de elección,* entre una

[1] 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 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).

pluralidad de opciones distintas, con diferentes principios orientadores, metas y prioridades», se recoge en el preámbulo de esta Ley que se añade al denominado «compromiso de las familias» y se regula en el artículo 5 1.*f*) de esta Ley maestra[2].

— La existencia de una doble red de centros escolares (públicos y privados sostenidos con fondos públicos) permite una prestación efectiva del servicio público, de manera gratuita, en condiciones de igualdad. El art. 9 de esta ley autonómica denomina prestación del servicio de interés público. Conviene recordar que la educación es calificada como servicio público (art. 108.4 LOE)[3]. 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]).

— Se hace necesario recordar que no se considera discriminación la admisión o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos (artículo 5 1, b) de esta Ley maestra)[4]. 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». Esta Ley Maestra acoge el contenido del apartado 3 del artículo 84 de la LOMCE. Estas disposiciones normativas contradicen 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 renueven los conciertos educativos de centros docente basados en la segregación sexista[5]. No obstante, las Sentencias del TC 31/2018 y 74/2018 resolvieron en sentido contrario a lo que decía el TS. En el fundamento jurídico n.º 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 lingüísti-

---

[2] Sin embargo, esta Ley autonómica no garantiza que el ideario del centro determine 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.

[3] Vid. STS de 24 de junio de 2014.

[4] La disposición adicional vigésima quinta de la Ley orgánica 3/2020 establece: «1. Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y no separarán al alumnado por su género».

[5] 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. Así lo ha confirmado la STC de 18 de abril de 2023.

cos 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 solo sería atribuible al centro escolar en la que se produjera, y no sería imputable al modelo en sí». Esta argumentación constituye 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 sea su carácter propio, tienen como obligación la de contribuir al logro de dichos objetivos educativos... Por 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 del concepto 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 la nota precedente 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 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 acorde con la dicción del artículo 14 CE. La Comunidad de Madrid ignora dicha Ley orgánica y la STC de 18 de abril de 2023.

— En relación con los centros privados concertados cuya regulación básica estatal se contempla en el R.D. 2377/1985, de 18 de diciembre. Son los centros privados que reciben financiación pública[6] y, conse-

[6] Caso Arieh Hollis Waldman v. Canadá, Comunicación, Núm. 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».

cuentemente, contribuyen junto con los centros públicos a la prestación del servicio público de educación[7]. Estos centros están regulados en los artículos 116 LOE (modificado por 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) como ya hemos indicado, pero que esta Ley autonómica no garantiza. 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 n.º 3 (modificado por la LO 3/2020) y, el artículo 25 LODE (modificado por la LO 3/2020). Por su parte, el Decreto 3/2021, de 13 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 31/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el régimen de conciertos educativos en la Comunidad de Madrid establece la ampliación del plazo de vigencia hasta los diez años. Este Decreto autonómico va en contra del contenido del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos. Este Decreto (norma básica) establece que son cuatro años, para hacerlo coincidir con las legislaturas autonómicas. Este Decreto autonómico justifica la ampliación del plazo hasta 10 años en que el Gobierno autonómico debe defender «Sus propias opciones en materia educativa». Es decir, se imponen a los futuros gobiernos las decisiones tomadas en función de una concreta política educativa que favorece a la enseñanza privada. En definitiva, este decreto es una muestra del desprecio al sistema democrático hipotecando las decisiones de futuros gobiernos que no defienda esa política educativa. Una norma que va en contra del pluralismo político y de la libertad ideológica.

— El artículo 6 de esta Ley Maestra pretende evitar la segregación en el sistema educativo madrileño. Sin embargo, detrás de muchos argumentos a favor de la libre elección, lo que se pretende es que los centros

[7] 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). Se presupone que debe existir, físicamente, el centro educativo antes de la firma del concierto. Sin embargo, la CAM permite el concierto educativo siendo una expectativa de centro educativo, mediante la convocatoria de concursos públicos para la construcción de centros educativos concertados en suelo dotacional público (art. 7.3 de la Ley Maestra).

escolares sean homogéneos por alumnos que pertenecen a la misma clase social; es decir, dicho sistema no evita la segregación sino todo lo contrario la incrementa e impide la cohesión social (Gimeno Sacristán, 1998). Esta idea se corrobora en las siguientes palabras: «la libertad de elección de centro no existe, es un término falaz para justificar un sistema que segrega al alumnado y que sirve a las clases medias y altas para alejarse de los alumnos extranjeros y de las clases bajas» (Rogero-García y Andrés Candelas, 2016). En este sentido, UNICEF alerta de la segregación escolar en Madrid, donde solo el 39% de niños están escolarizados en centros públicos[8]. En resumen, según un Informe de la OCDE: «Así entendida, *la libertad de elección es un privilegio y no un derecho,* además de una estrategia para situar la educación dentro del proceso de privatización del mercado. Siendo razonable que todas las familias puedan acceder al centro educativo que deseen, no se puede equiparar la preferencia de elección de colegio con un derecho fundamental. Proporcionar plena libertad de elección de escuela a los padres puede resultar en segregación según competencias académicas y entornos socioeconómicos, y generar mayores desigualdades en los sistemas educativos»[9].

Por otra parte, una de las polémicas recientes ha sido sobre la aplicación de la LOMLOE en la Comunidad de Madrid. Se ha dicho por parte de los dirigentes de esta Comunidad autónoma que el desarrollo de esa Ley orgánica incluye conceptos adoctrinadores[10]. De estos conceptos que aparecen recogidos en nota vamos a detenernos, por falta de espacio, solamente en uno de ellos, en concreto: los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que son considerados como un concepto adoctrinador para la CAM. El 25 de septiembre de 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Esta Agenda 2030 para el Desarrollo Sos-

---

[8] https://www.europapress.es/madrid/noticia-unicef-alerta-segregacion-escolar-madrid-donde-solo-39-ninos-estan-escolarizados-centros-publicos-20220703102949.html, de 3 de julio de 2022.

[9] Informe de la OCDE titulado *Equidad y calidad de la educación. Apoyo a estudiantes y escuelas en desventaja,* 2012.

[10] Según las autoridades educativas de la CAM estos son los 30 conceptos ideológicos impuestos por el gobierno de la nación: Memoria democrática; Las políticas de memoria en España; Conciencia democrática; La dinastía de Borbón implantó el centralismo administrativo; Diversidad identitaria. Identidades que tienen que ver con el sentimiento nacional. Identidades múltiples. Centralización. Identidades nacionales y regionales. Pluralidad identitaria. Ciudadanía resiliente. Objetivos de Desarrollo Sostenible. Emergencia climática. Mejora de la humanidad y el planeta. Ciudadanía ética digital. Ciudadanía global. Actitudes éticas esenciales de la ciudadanía del siglo XXI. Compromiso con la sostenibilidad. Soluciones coherentes con la ética y el compromiso con la sostenibilidad. Proceso reformista y democratizador de la II República. Grandes reformas estructurales de la II República. La II República y la transformación democrática de España. Mecanismos de dominación, control, subordinación y sumisión. Relaciones de género y visibilizar su presencia en la historia. Mecanismos de dominación. Estudiar de forma diacrónica el papel que ha tenido la mujer. Protagonistas silenciadas y omitidas de la historia. Roles de género. Fuentes literarias y artísticas en los estudios de género. La herencia colonial en la España contemporánea.

tenible incluye 17 objetivos que engloban aspectos económicos, sociales y medio ambientales y cuyo propósito es mejorar la vida de las personas y proteger el planeta para las generaciones futuras. Entre ellos: «Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos». Así se considera que el alumno debe ser capaz de crear conciencia sobre la importancia de la educación de calidad para todos, un enfoque humanístico y holístico a la educación, la Educación para el Desarrollo Sostenible y enfoques relacionados. Y, se destaca que el diálogo intercultural, el respeto por la diversidad, y el fomento de la creatividad son fundamentales para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, la resolución de conflictos interculturales, y la construcción de paz.

En 2013, el Consejo Directivo de PISA decidió explorar una evaluación de la «competencia global» en el estudio PISA 2018. La competencia global es definida por la OCDE como «la capacidad de analizar temas mundiales e interculturales de forma crítica y desde distintas perspectivas, para comprender cómo las diferencias afectan las percepciones, los juicios y las ideas de uno mismo y de otros, y participar en interacciones abiertas, adecuadas y eficaces con personas de distintos contextos sobre la base de un respeto común por la dignidad humana». PISA y otras evaluaciones a gran escala como, por ejemplo, el Estudio Internacional sobre Educación Cívica y Ciudadana (ICCS) pueden hacer importantes contribuciones para mejorar el desarrollo de los resultados de aprendizaje de la EDS (Educación para el Desarrollo Sostenible), y pueden aumentar la visibilidad de los aportes de la EDS a la educación de calidad.

Al considerar la CAM que estamos ante un concepto adoctrinador, el Gobierno de la CAM se sitúa en contra de la labor que realiza la ONU y la UNESCO pues sus actividades se basan en los ODS, en la ciudadanía global. El enfoque del Gobierno de la Nación sigue la idea general de integrar la EDS en los sistemas de educación, lo que se señala en el indicador mundial para la Meta 4.7: «Grado en el cual *i*) una educación para la ciudadanía mundial y *ii*) una educación para el desarrollo sostenible, incluyendo la igualdad de género y los derechos humanos. Para 2030, garantizar que todos los alumnos adquieran los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para promover el desarrollo sostenible, entre otras cosas mediante la educación para el desarrollo sostenible y la adopción de estilos de vida sostenibles, los derechos humanos, la igualdad de género, la promoción de una cultura de paz y no violencia, la ciudadanía mundial y la valoración de la diversidad cultural y de la contribución de la cultura al desarrollo sostenible, entre otros medios».

Se trata, en definitiva, de transmitir valores que «ofrezcan normas de comportamiento ético, cívico y social asumidas de forma racional» (Fernández-Coronado, 2005, p. 235) para alcanzar la cohesión social. En fin, la CAM olvida, conscientemente, la doctrina del TS sobre adoctrinamiento escolar que estableció desde las Sentencias 340, 341 y 342, de 11 de febrero de 2009. Esta doctrina puede resumirse en que la actuación del Estado en materia educati-

va 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 donde se incluyen, sin duda, los ODS) 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.

En este apartado, por último, hay que mencionar la regulación autonómica sobre la EDUCACION RELIGIOSA. Lo primero que destacamos es que en las listas anuales de vacantes de profesores de enseñanza de la religión solamente aparecen las vacantes de los profesores de la religión católica, no aparecen los profesores de la religión evangélica ni los de la religión islámica[11].

También en esta materia se han firmado diferentes convenios con las confesiones religiosas. A título de ejemplo, el Convenio de 16 de julio de 2021, entre la Comunidad de Madrid y la Provincia Eclesiástica de Madrid, por el que se formaliza la concesión directa de una subvención por importe de 24.891 euros, para financiar la impartición de cursos de formación del profesorado durante el ejercicio 2021. Dentro de estos cursos se incluye cursos de contenido profundamente religioso, incompatibles con el principio de laicidad, como: Introducción a la teología católica; Introducción a la sagrada escritura; El misterio de Jesucristo; entre otros (si bien, solamente se imparten en la diócesis de Alcalá). El resto de los cursos sí van dirigidos a la formación educativa y sus contenidos son compatibles con el principio de laicidad. También con el Consejo Evangélico se ha firmado un convenio de colaboración, de 25 de noviembre de 2021, entre la Comunidad de Madrid y el Consejo Evangélico de Madrid por el que se formaliza la concesión directa de una subvención por importe de 55.596 euros para la realización de actividades educativas durante 2021. En este punto facilitamos los datos sobre la enseñanza de la religión evangélica en la CAM[12] son los siguientes: alumnos: 3237; centros: 54; profesores: 21.

Por último, en relación con la enseñanza de la religión islámica los datos son: alumnos españoles; 29.256; alumnos extranjeros: 19.641; total de alumnos: 48.897; profesores: 6 en Educación Primaria[13]. Como se puede comprobar de estos datos confirman que el grado de impartición de la enseñanza de religión islámica en la CAM es realmente escaso por la falta de contratación de profesores de enseñanza islámica siendo ésta una demanda constante de las comunidades islámicas al ser solicitada por un número mayor de alumnos musulmanes. Los motivos de esta falta de contratación son: el poco interés de

---

[11] Por ejemplo, la Resolución de 22 de julio de 2021, de la Dirección General de Recursos Humanos, de la Consejería de Educación, Universidades, Ciencia y Portavocía, de la Comunidad de Madrid, por la que se convoca procedimiento de asignación de puestos vacantes con carácter provisional para profesores de religión para el curso 2021-2022.

[12] Consejo Evangélico de Madrid, abril, 2021.

[13] *Estudio demográfico de la población musulmana*. Explotación estadística del censo de ciudadanos musulmanes en España referido a fecha 31/12/2021, UCIDE.

la Administración educativa de la CAM en la contratación de profesores de religión islámica[14] y la falta de presupuesto económico suficiente. Finalmente, hay que destacar que no existe desarrollo curricular de la enseñanza de la religión evangélica ni de la religión musulmana en la CAM (García García, 2008, pp. 510 y ss.) pero, sí de la enseñanza de la religión católica.

Ya hace muchos años, la profesora Fernández-Coronado advertía de «la conculcación del principio de igualdad entre las diferentes confesiones en esta materia y que además tal desigualdad tiene su base en una norma, cual es el Acuerdo de Enseñanza de 1979, difícilmente compatible con los principios constitucionales. La solución está en la revisión del mencionado Acuerdo y no en financiar la enseñanza religiosa de las confesiones que hayan firmado Acuerdos con el Estado» (Fernández-Coronado, 1995, p. 127). Lo que ocurre en la CAM es un ejemplo de esa desigualdad.

2. Derecho de información y libertad de expresión

Una primera cuestión que une el apartado anterior sobre educación y este sobre libertad de expresión es la posible censura de libros de texto por parte de la Consejería de Educación de la CAM y la prohibición de adoctrinamiento (en este sentido, la STS de 12 de noviembre de 2012). La censura es la intervención preventiva que se ejerce con el fin de impedir o prohibir que se difundan noticias, ideas, creencias u opiniones que infrinjan las normas. Por ello, la censura previa es una característica de los Estados totalitarios. Nuestro TC define la censura como «cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido» y, también, aquellas medidas «más débiles y sutiles, que... tengan por efecto no ya el impedimento o prohibición, sino también la simple restricción de los derechos de su artículo 20. 1. CE»[15]. En definitiva, la censura previa (prohibida por el art. 20.2 CE) implica «la finalidad de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el *placet* a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario»[16]. La CAM se desliza por la pendiente de censurar lo que considera «valores adoctrinadores» vulnerando los derechos fundamentales de libertad de conciencia (libertad ideológica, libertad de expresión, libertad de cátedra, entre otros).

---

[14] Un ejemplo significativo son las siguientes declaraciones de la expresidenta de la Comunidad de Madrid, Sra. Aguirre, en 2004: «Si los profesores de religión [católica] son nombrados por los Obispo, en el caso de la islámica, es más complicado. No es fácil este asunto si además tenemos en cuenta el integrismo y el radicalismo de ciertas facciones religiosas», citado por García-Pardo, 2004, p. 106. Los profesores de la religión islámica se contrataron durante la presidencia de la Sra. Cifuentes. Durante la actual legislatura presidida por la Sra. Ayuso no se han contratado más profesores de enseñanza de la religión islámica.

[15] vid. STC 52/1983, 17 de junio.

[16] vid. STC 13/1985, de 31 de enero, entre otras.

En este apartado sobre el derecho de información, nos centramos en la Ley 8/2015, de 28 de diciembre, de Radio Televisión Madrid. El preámbulo de esta Ley recoge: «El texto de la Ley pretende la creación de un nuevo modelo de radio y televisión pública en Madrid, caracterizado por la transparencia, la pluralidad, la implantación de las buenas prácticas en el sector y del buen gobierno corporativo, compaginando perfectamente los principios que en el sector público disciplinan la gestión y el buen gobierno de un órgano independiente». Y, sigue diciendo: «Elemento esencial de la presente Ley es la despolitización. En este sentido, es una realidad que nuestra sociedad apuesta claramente por una mayor sensibilidad con el fin de evitar cualquier intento de utilización partidista en la comunicación audiovisual como principio esencial de la propia naturaleza de servicio público». Esta norma autonómica, en su artículo 17, determina un estricto sistema de incompatibilidades para los miembros del Consejo de Administración de Radio Televisión Madrid, tanto desde el punto de vista mercantil como en materia de cargos públicos y de representación: miembros de la Asamblea de Madrid, del Gobierno, cargos de elección o designación política y con la pertenencia a organismos de dirección en partidos políticos, organizaciones sindicales o empresariales. Esta incompatibilidad no se exige con carácter previo; con otras palabras, no garantiza la neutralidad ni la imparcialidad política de dichos miembros, pues pueden haber sido incompatibles hasta el mismo nombramiento. Esta norma autonómica ha sido modificada para evitar las mayorías cualificadas que establecía para el nombramiento del director general (artículo 21 modificado por la Ley autonómica 3/2022) y el nombramiento de los miembros del Consejo de Administración, también modificada por la Ley autonómica 3/2022. Dichas modificaciones confirman las limitaciones del modelo de control elegido. Es decir, se nombran a personas que son «correa de trasmisión» de las decisiones políticas del gobierno de turno. No se garantiza ni la independencia (que proclama vehementemente el artículo 7 de la Carta Básica de Radio Televisión de Madrid), ni la neutralidad (que la modificación realizada por la Ley 1/2021 pretende ahondar) ni la imparcialidad de los miembros porque no existe consenso y, en el caso, de existir es un reparto de cargos donde se prima el mismo perfil político.

No existe reconocimiento del derecho de acceso de manera directa en Radio Televisión Madrid, es decir, mediante espacios específicos en la radio y en la televisión madrileña para los grupos sociales y políticos significativos y que ellos mismo creen el contenido que se emite; a pesar del reconocimiento de este derecho en el artículo 32 de esta Ley autonómica. Igualmente, el artículo 42 establece el control por la autoridad audiovisual de la Comunidad de Madrid que «deberá evaluar si los nuevos servicios significativos que, en su caso, se pretendan incluir se ajustan a la misión de servicio público y si alteran la competencia en el mercado audiovisual. Durante la evaluación se les deberá otorgar audiencia a los distintos interesados, y sus resultados deberán publicarse. Además, la autoridad audiovisual establecerá un procedi-

miento para que se pueda solicitar su intervención en caso de incumplimiento de la función de servicio público». No se ha creado esta autoridad independiente pues sigue vigente la Ley 2/2006, de 21 de junio, de supresión del Consejo Audiovisual de la Comunidad de Madrid.

Todas estas críticas confirman que esta normativa autonómica se aleja del denominado control democrático de los medios de comunicación (Rodríguez García, 1998). Sin la existencia del *control democrático de los medios de comunicación* no es posible una libre concurrencia en la formación de la opinión pública que es, a la postre, la base de cualquier sistema democrático, ni tampoco se garantizaría el derecho de las minorías a intervenir en la formación de ésta y, por tanto, se cercenaría la posibilidad de poder convertirse en mayoría a través del normal funcionamiento democrático. También es necesario dicho control en relación con la garantía institucional que supone el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia, plural y adecuada información respecto a los hechos que les permita formar libremente su propia conciencia y, asimismo, garantizar el libre desarrollo de la personalidad. Además, es preciso tener presente que los medios de comunicación tienen una elevada capacidad de influencia social; por ello, el uso de dichos medios sin un control democrático se manifiesta inevitablemente como un medio de manipulación social carente de legitimidad y peligroso para un adecuado funcionamiento del sistema democrático. Este hecho trasladado a la posibilidad de controlar la acción gubernamental y de sustituir al Gobierno en el ejercicio del poder (como una de las características de todo Estado democrático) exige preservar el principio de imparcialidad en los medios de comunicación. La creación de órganos de control de los medios de comunicación se justifica en la necesidad de garantizar la independencia, neutralidad e imparcialidad de los medios de comunicación respecto al poder ejecutivo; es decir, se pretende que los medios de comunicación contribuyan a la consolidación del sistema democrático y garanticen la autoformación de la conciencia individual y colectiva (opinión pública libre) y el libre desarrollo de la personalidad. En fin, el incumplimiento de los principios informadores recogidos en el artículo 4 de la Ley madrileña 8/2015 es absoluto pues, la pretensión, sin ningún disimulo, es el control ideológico de los medios públicos de comunicación y la manipulación de las conciencias, como consecuencia directa de lo anterior.

3. Objeciones de conciencia y conductas libres en conciencia

En este apartado simplemente se apuntarán cuestiones puntuales que tienen que ver de forma, a veces indirecta, con conductas libres en conciencia y objeciones de conciencia[17]. En concreto:

[17] Sobre los conceptos que utilizamos en este apartado, vid. Llamazares Fernández (2011, b), pp. 311 y ss).

a) *Legislación autonómica sobre identidad sexual:* legislación sobre identidad de género e igualdad (Ley 2/2016, de 29 de marzo). En concreto, el artículo 4 sobre el reconocimiento del derecho a la identidad de género libremente manifestada y el artículo 5 sobre el principio de no discriminación por motivos de identidad de género, expresión de género o características sexuales. Esta Ley incluye una serie de medidas en la educación (artículo 22. 5) de tal forma que en el currículo de educación primaria y secundaria tiene que impartirse contenidos que sensibilicen en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los concernientes a la orientación sexual y la identidad de género. Actualmente, la Consejería de Educación de la CAM se inclina por considerar estos contenidos como adoctrinadores. Por su parte, la Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección integral contra la LGTBifobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, en su artículo 31 de esta Ley también obliga a incluir estos contenidos en los planes de estudios; en los currículos y los programas educativos de la Comunidad de Madrid, respetando los currículos básicos, deberán contener pedagogías adecuadas para el reconocimiento y respeto de las personas LGTBI. Además, en el apartado 7 de este artículo se recoge: «De acuerdo con el principio de coeducación, debe velarse porque la diversidad sexual y afectiva, la identidad de género y los distintos modelos de familia sean respetados en los distintos ámbitos educativos». El principio de coeducación no es respetado al financiar la educación segregadora por sexo, como muy bien se explica en el voto particular del magistrado XIOL RÍOS, en la STC 31/2018. Y, por su parte, se insiste en esta idea en el artículo 32 de esta Ley 2/2016: «La Consejería competente en materia de educación incorporará la realidad lésbica, gay, bisexual, transexual, transgénero e intersexual en los contenidos transversales de formación de todo el alumnado de Madrid en aquellas materias en que sea procedente. Revisará los contenidos de información, divulgación y formación que ya existan en los distintos niveles de enseñanza y en otros ámbitos formativos, para lo que dará audiencia a las asociaciones, organizaciones y colectivos LGTBI». El partido político VOX ha propuesto el denominado «pin parental» para que los padres puedan rechazar que se imparta este contenido a sus hijos. Asimismo, dicho partido insiste en la derogación de estas normas autonómicas y el PP de Madrid ha indicado que se realizarán solamente algunas modificaciones puntuales. No obstante, en el acuerdo presupuestario de 2021 entre el PP y VOX en la Asamblea de Madrid, finalmente, no se incluyó esta materia. En la negociación de los presupuestos para el año 2023 se reproduce la situación, pero no se llegan a aprobar los mismos.

b) *Uniones de Hecho:* la Ley madrileña 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho. Esta ley va a ser modificada como consecuencia

de la STC de 21 de marzo de 2022 y en nota se recoge sus modificaciones[18]. Además, esta Ley autonómica fue desarrollada por el Decreto 134/2002, de 18 de julio, por el que se aprueba el reglamento del Registro de Uniones de hecho de la CAM.

c) Objeciones de conciencia: En este punto mencionamos el Decreto 225/2021, de 6 de octubre, por el que se crea y regula el registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda a morir. Este registro tiene como «finalidad de hacer efectivo el derecho de toda persona a solicitar y recibir la ayuda para morir y, asimismo, hacer efectivo el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir» (art. 2). Según noticias aparecidas en prensa existen numerosas quejas de los usuarios pues la CAM está dificultando tanto el ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo[19] y el derecho a morir en la sanidad pública madrileña, en este último punto se está obligando a ratificar el testamento vital que ya se había realizado[20].

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 en la CAM[21]. 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. La presencia de los capellanes pretende garantizar una particular visión religiosa en esta materia y, respondería a un modelo de confesionalidad católica incompatible con la CE. 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. Incluso, su presencia es contraria a la libertad de los ciudadanos que quieren ejercer sus derechos que en algunos casos (eutanasia, determinados tratamientos médicos, etc.) van en contra de la doctrina católica. Sorprendentemente algún autor considera que la presencia

[18] Proyecto de ley de medidas urgentes para el impulso de la actividad económica y la modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid: Uniones de Hecho Artículo veintiséis. Modificación de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

[19] Vid. «Informe del Defensor del Pueblo denunciando que no se practican abortos en la sanidad pública en la CAM», diario *El País,* 13 de julio de 2022.

[20] Vid. diario *El País,* de 24 de marzo de 2022.

[21] 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.

de los capellanes católicos en estos órganos es de un «motivo de alabanza» (García García, 2008, 508-509). Consideramos que los miembros de estos comités deben seguir la ética laica y pública (es decir, el mínimo ético común de toda la sociedad) pero no se puede imponer una concreta moral religiosa que no es común a toda la sociedad. En conclusión, esos miembros deben abstenerse de tomar esas decisiones cuando afecte a derechos reconocidos a los ciudadanos y que vayan en contra de sus creencias religiosas.

d) *El domingo como festivo.* El artículo 6 de la Ley 2/2012, de 12 de junio, de la Comunidad de Madrid, de dinamización del comercio minorista madrileño, que recoge: «Cada comerciante determinará con plena libertad y sin limitación legal alguna, en todo el territorio de la Comunidad de Madrid, los festivos de apertura en los que desarrollará su actividad comercial». Este artículo entra en contradicción con el III del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, de 1979, que dispone: «El Estado reconoce como días festivos todos los domingos». En este punto, conviene recordar que el art. 149. 3 CE establece como competencia exclusiva del Estado la regulación contenida en tratados internacionales (STC 207/2013, de 5 de diciembre). En este sentido, la Iglesia católica española no ha recurrido esta norma autonómica como sí hizo la Iglesia católica alemana en disposiciones parecidas de los Länder alemanes (Roca Fernández, 2010).

e) *Comida halal.* No existe reconocimiento por parte de la CAM para que en los centros educativos se dispense comida halal a los alumnos, a pesar del Convenio Marco de colaboración entre la Comunidad de Madrid y la Unión de Comunidades Islámicas de España, de 3 de marzo de 1998. Es más, la CAM ante esta petición argumenta «que, precisamente en base a esa autonomía de gestión del centro y como hemos expuesto, existen centros públicos de enseñanza de la Comunidad de Madrid, que ofrecen un servicio público educativo más conforme con la fe de los reclamantes, por lo que en *el ejercicio de su derecho a la elección de centro para sus hijos pueden solicitar el que mejor se acomode a sus preferencias*». Textualmente es la respuesta que figura en la STSJ de Madrid, de 388/2015, de 16 de junio, incumpliendo el Convenio Marco de colaboración entre la Comunidad de Madrid y la Unión de Comunidades Islámicas de España, de 3 de marzo de 1998. Lamentable este convenio ni se alega. El TSJ de Madrid, en una alarde de desconocimiento absoluto de la realidad social en que debe aplicar las normas dice: «En el caso de menús escolares, debe recordarse que se trata de un servicio voluntario y no obligatorio, y que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial reseñada aplicada al caso que nos ocupa, no puede reclamarse, cuando no se desatienden la racionalidad, la proporción y el respeto a terceros, que la libertad religiosa deba llevarse al extremo de exigir que el servicio

público articule una organización individualizada para cada ciudadano, que ofrezca para cada interesado un servicio a su medida que sea acorde con sus particulares creencias». Eso provoca que las becas comedor no sean solicitadas por las familias de religión musulmana. Por último, en esta sentencia la CAM expone el siguiente argumento: «En este caso, en la propia resolución de la Comunidad de Madrid de 24 de junio de 2013, contenida en el expediente administrativo, expresa que debe valorarse que en el marco de una sociedad pluralista existen pretensiones muy dispares de los ciudadanos en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, que harían impracticable la gestión del servicio público». La consecuencia del reconocimiento del principio de neutralidad religiosa que la CAM no aplica a la religión católica.

4. Los acuerdos de cooperación entre la CAM y las confesiones religiosas

La CAM ha firmado más de 63 acuerdos o convenios con la Iglesia católica, sobre diferentes materias: educación, asistencia religiosa en los centros públicos dependientes de la CAM, patrimonio histórico,... Las características de los acuerdos sobre asistencia religiosa católica son las siguientes: el establecimiento de lugares de culto (capillas católicas), el pago del servicio por parte de la CAM[22] e inexistencia de contratación de los capellanes por parte de la CAM.

También se han firmado Convenios Marco con las otras confesiones religiosas con acuerdos de cooperación. En concreto: el Convenio marco con el Consejo Evangélico de Madrid del 18 de octubre de 1995; el Convenio marco con la Comunidad Israelita de Madrid del 25 de noviembre de 1997 y el Convenio Marco de colaboración con la Unión de Comunidades Islámicas de España, de 3 de marzo de 1998. Como desarrollo de estos Convenio marco se han firmado convenios con las confesiones minoritarias con acuerdos de cooperación en materia de asistencia religiosa en centros hospitalarios: el Convenio para la asistencia religiosa evangélica en los centros hospitalarios dependientes del servicio madrileño de salud, de 2015 y, el Convenio de colaboración para la asistencia religiosa islámica en los centros hospitalarios del servicio madrileño de salud, de 2018. La asistencia religiosa evangélica en centros hospitalarios (2021) no genera obligaciones económicas para la CAM y el coste de 81.120 euros del servicio lo asume la confesión religiosa. Tampoco la asistencia religiosa islámica en centros hospitalarios supone ninguna obligación presupuestaria para la CAM.

[22] A título de ejemplo, 793.266,37 euros (asistencia hospitalaria); 230.000 euros (residencias); 25.760 euros (centro de menores tutelados en régimen cerrado).

5. Conclusiones: Madrid ¿tierra de libertad?

La libertad para hacer lo que me dé la gana, para contagiar, para ir de cañas,... no es el contenido de la libertad como ya se definía en el art. 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano. El reconocimiento de los contenidos de la libertad de conciencia, como hemos expuesto en esta aportación, se aleja mucho de ser plenamente reconocidos por parte de la CAM. La libertad económica es lo que prima sobre los derechos fundamentales. Como fieles seguidores de M. Friedman[23] y, por extensión del minarquismo, los dirigentes de la CAM aplican el neoliberalismo a ámbitos como el educativo (se puede elegir enseñanza privada pero no la enseñanza pública porque no se incentiva e incluso la falta de inversión incrementa que vaya perdiendo calidad —intervencionismo público regresivo—). Este neoliberalismo, alejado del liberalismo clásico de la historia de España, se combina con el conservadurismo de tradición católica. Los dirigentes de la CAM solamente son neoliberales en lo económico, pero no en lo religioso[24]. Esta confesionalidad católica de la CAM se refleja en el desprecio a la minoría musulmana. Sirvan las palabras de la presidenta de la CAM, Sra. Ayuso, en la fiesta de la Comunidad, —donde representa a todos los ciudadanos, incluido los musulmanes madrileños— el día 2 de mayo de 2022, «La "España perdida" por la invasión musulmana, que nos hace preservar durante casi ocho siglos para seguir siendo europeos, occidentales» (los musulmanes ni son europeos ni son occidentales, ni madrileños). Favoreciendo, sin disimulo, a la Iglesia católica, en el ámbito educativo financiando todas sus actividades e, incluso, considerando que la difusión de valores constitucionales democráticos y neutrales es adoctrinamiento. El lema electoral del PP de Madrid «a más libertad, más igualdad» necesita de un brevísimo comentario final. Los dirigentes de la CAM por lo que llevamos dicho irán en el sentido contrario como hemos puesto de manifiesto y con un desprecio absoluto 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. O, con palabras de Habermas (2001, 141): «Nadie puede ser considerado verdaderamente libre si no gozan de la misma libertad todos los ciudadanos gobernados por leyes que ellos mismos se han concedido tras una deliberación racional».

---

[23] Sobre el sistema de cheques escolares, vid. https://www.libertaddigital.com/opinion/milton-friedman/libertad-de-escoger-25686/ y CAJAMARCA AZUERO, 2018.

[24] Incluso de autores neoliberales como Ludwing von MISES (1949) escribía: «Rechazan, resueltamente, los liberales todo sistema teocrático, pero nada tienen que oponer a las creencias religiosas, *en tanto en cuanto estas no interfieran en los asuntos sociales, políticos y económicos*».

BIBLIOGRAFÍA

Cajamarca Azuero, C. A. (2018). Las ideas de Friedman sobre la educación y su implementación en Chile. *Revista Hojas y Hablas,* 15, 66-83.

Fernández-Coronado, A. (1995). *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación.* Civitas.

Fernández-Coronado, A. (2005). Derecho a la educación, educación en valores y enseñanza religiosa en los sistemas de Iglesia de Estado de la Unión Europea. En J. M. Contreras Mazarío y G. Suárez Pertierra (coords.). *Interculturalidad y Educación en Europa.* Tirant lo Blanch.

Fernández-Coronado, A. y Pelayo Olmedo, J. D. (2019). Integrar la diversidad religiosa en la educación: preservar las convicciones personales y formar en derechos humanos y valores democráticos. En *Integrados. Claves Jurídicas: Derecho a la educación, diversidad religiosa y cohesión social.* Ministerio de Justicia.

García García, R. (2008). La regulación del factor religioso en la Comunidad Autónoma de Madrid. En *La Libertad religiosa en las comunidades autónomas: veinticinco años de su regulación jurídica.* Institut d'Estudis Autonòmics.

García-Pardo, D. (2004). Profesores de enseñanza religiosa islámica. En *La enseñanza islámica en la Comunidad de Madrid.* Servicio de Publicaciones de la UCM.

Gimeno Sacristán, J. (1998). Nuevos liberales y viejos conservadores ante la educación. En Álvarez-Uría Rico, F. (comp.). *Neoliberalismo versus democracia* (pp. 130-159).

Habermas, J. (2001). Der demokratische Rechtsstaat: eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien? En *Zeit der Übergänge.* Suhrkamp.

Llamazares Fernández, D. (2011, a). *Derecho de la libertad de conciencia* (vol. I). Civitas.

Llamazares Fernández, D. (2011, b). *Derecho de la libertad de conciencia* (vol. II). Civitas.

Mises, L. (1949). *La acción humana. Tratado de Economía.* La Unión editorial (1986).

Roca Fernández, M.ª J. (2010). Comentario a la sentencia de 1 de diciembre de 2009 del Tribunal constitucional federal alemán. La garantía institucional del descanso dominical como concreción del derecho fundamental de libertad religiosa. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 22.

Rodríguez García, J. A. (1998). *El control de los medios de comunicación.* Dykinson.

Rogero-García, J. y Andrés Candelas, M. (2016). Representaciones sociales de los padres y madres en la enseñanza pública y privada en España. *Revista de Sociología de la Educación,* vol. 9, n.º 1.

11 TENER EN CUENTA LAS CREENCIAS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA. UN MANDATO CONSTITUCIONAL

Almudena Rodríguez Moya.
Profesora Titular de Universidad.
UNED.

1. Introducción.
2. Un poco de historia.
3. El modelo de 1978.
4. La importancia de las creencias en un Estado laico.

1. Introducción

> «El Estado debe incorporar los nuevos datos que ofrece la realidad social, porque así lo exige el propio mandato constitucional, que obliga a tener en cuenta las creencias de la sociedad española».
>
> Ana Fernández-Coronado González[1]

España es un país de tradición confesional consagrada, incluso, en los textos constitucionales. El siglo XIX es clara muestra de ello. Las constituciones decimonónicas, con excepción de la de 1869, establecen la confesionalidad, si no formal, al menos sociológica. Con la excepción de la II República, ninguna de nuestras cartas magnas había proclamado, hasta 1978, la separación entre la Iglesia y el Estado.

La Constitución de 1978 sentó un planteamiento que, como ha dicho Suárez Pertierra, permitió superar la cuestión religiosa en España (Suárez Pertierra, 2003). Creó, además, un nuevo orden jurídico[2] basado en dos pilares

[1] Fernández-Coronado (2021).

[2] Reina señala que el análisis del Derecho eclesiástico español debe centrarse en el análisis de la Constitución de 1978, ya que el cambio político que supone «dota de mayor complejidad al Derecho eclesiástico del Estado, que adquiere entidad a medida que la sujeción del Estado se aminora, tal y como certeramente observó Ruffini». (Reina, V., Reina, A. 1986, p. 247). Martínez Torrón sitúa, en la aparición del texto constitucional, no el origen, sino, un «despegue» de la doctrina eclesiasticista española (Martínez Torrón, 1999, p. 37). Lombardía considera que: «Una excesiva insistencia en la consideración constitucional y en la soberanía del Estado puede constituir un obstáculo cara a un

fundamentales: la laicidad estatal y la libertad religiosa. Pero, aunque pareciera que con esto acababan las dificultades en este terreno, lo cierto es que la complejidad del modelo creado ha generado una realidad no exenta de debate, doctrinal y social. Al reconocimiento de la libertad ideológica, religiosa y de culto y la no confesionalidad del Estado, se añaden dos previsiones más: tener en cuenta las creencias de la sociedad española y la obligación de cooperar con la Iglesia católica y las demás confesiones.

Las dificultades añadidas tienen una razón concreta: la búsqueda del consenso. Así, el entramado que regula la posición del Estado frente al fenómeno religioso pretendía paliar las tensiones producidas en 1931. «En consecuencia, la Constitución de 1978 opta por un modelo propio, novedoso, que no se corresponde con los precedentes, y complejo, porque es el producto final de un conjunto de tensiones que ha debido resolver» (Suárez Pertierra, 2006, p. 25).

Los mandatos del artículo 16.3 producirán dos efectos inmediatos: por un lado, la laicidad quedará matizada, entendiéndose como positiva y, por otro lado, el reconocimiento de la libertad ideológica, religiosa y de culto quedará reforzada. De alguna forma, se consolida la idea de que la laicidad debe estar al servicio de la sociedad que puede ser plural en el ámbito religioso.

La doctrina ha dedicado grandes esfuerzos al estudio de la cooperación vinculada al primer mandato: «tener en cuenta las creencias de la sociedad española» y centrándose en su fruto legal: los acuerdos. De tal manera que en los análisis del 16.3 ha encaminado sus pasos al estudio del modelo clásico de relaciones entre el Estado y la Iglesia y, como ya lo hiciera el legislador de 1992, ampliando ese análisis a otras confesiones. En nuestra opinión, esa asociación clásica entre ambos mandatos plantea algunos problemas que trataremos de analizar en las próximas líneas.

2. Un poco de historia

En la Europa del siglo XIX la secularización avanzaba con paso firme[3]. Sin embargo, España continuará con su fidelidad a Roma y mantendrá un régimen confesional y, en ocasiones, intolerante con los cultos diferentes del católico.

---

despliegue verdaderamente actual de la ciencia del Derecho eclesiástico que, a mi juicio, debe tener más en cuenta la tutela de la libertad religiosa en el ecuador de las declaraciones para la protección de los Derechos Humanos», (Lombardía, 1982, p. 16). Martínez Torrón habla simplemente de «un nuevo enfoque», o de «el proceso de reconstrucción —y no de construcción— que se ha llevado a cabo en la regulación del hecho religioso...» (Martínez Torrón, 1999, p.147).

[3] Nos referimos en este sentido «al componente esencial de las teorías clásicas de la secularización, que reconectan con el significado histórico-etimológico original del término en la cristiandad medieval. Tal y como se indica en todos los diccionarios de todas las lenguas europeas occidentales, sería la transferencia de personas, cosas, significados, etc. de la posesión, control o uso religioso o eclesiástico al civil o laico». En definitiva, la separación Iglesia-Estado... (Casanova, 2001).

Si buscamos la característica que permita calificar la posición del Estado español en materia de creencias desde una perspectiva histórica, coincidiríamos al señalar que se trata de la confesionalidad. Como sabemos, la alternancia entre liberales y absolutistas en el siglo XIX admitía algunos matices, pero, ninguna constitución, a excepción de la de la primera República, en 1869, reconoció la libertad religiosa. Por tanto, y, a pesar de que las corrientes revolucionarias y progresistas que, desde el resto de Europa, impregnaban el espíritu de los liberales o afrancesados, en España se mantendrá la confesionalidad católica[4]. Se conservarán, sin embargo, algunos beneficios propios del regalismo. Esta realidad conviviría con unas políticas que buscaban una nueva organización de la Iglesia española. En concreto, la reforma fiscal y la enajenación del patrimonio eclesiástico propio del proceso desamortizador. Los cambios en esas cuestiones se entenderán como un ataque y provocarán una respuesta airada del Vaticano, de tal manera que se generaría un clima de tensión considerable. La alternancia en el poder hizo que la llegada de los moderados consiguiera una tregua en las difíciles relaciones Iglesia-Estado. Las negociaciones con la Santa Sede culminaron en 1851 con la firma del instrumento que, tradicionalmente, ha regulado las relaciones entre la Iglesia y el Estado confesional: el concordato. Así se confirmaba el carácter esencialmente dialéctico de esta relación, que, como señala Fernández-Coronado, es debido a la concurrencia en ella de tres circunstancias que actúan al unísono. Por un lado, la coincidencia de los sujetos; la pertenencia de estos al mismo tiempo a la comunidad religiosa y a la comunidad política; y, por último, a la tendencia de ambos poderes, civil y religioso, a influir del mayor modo posible sobre los ciudadanos. Consecuencia de estas dificultades ha sido la presencia de una inestabilidad en la relación Estado-religión a lo largo del tiempo (Fernández-Coronado González, 2004).

El modelo marcado por la confesionalidad estatal regirá, a grandes rasgos, hasta la aprobación de la constitución de 1978. Sabemos que esta afirmación no es del todo cierta y sería imperdonable soslayar el primer intento de laicización que tuvo lugar con la proclamación de la Segunda República. Aunque fuera breve y no verdaderamente laico. A pesar de que, entre las intenciones de los que apoyaron la república estaba, en un principio, la de mantener el entendimiento con la Santa Sede, esto resultó imposible de conjugar con un modelo de separación Estado e Iglesia complejo y con tintes claramente laicistas[5]. Algunas de las medidas que tomó el gobierno provisional se entendieron como un ataque a la Iglesia católica. Así ocurrió con el decreto por el que

[4] La primera Constitución Española de 1812; la Constitución de 1837; la Constitución de 1945 y 1876 responderán al patrón confesional, en ocasiones sociológica y en otras, formal.

[5] Estatuto Jurídico del Gobierno Provisional art. 3: «El Gobierno Provisional hace pública su decisión de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, sin que el Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano revelación de sus convicciones religiosas».

se derogaba la obligatoriedad de las clases de catequesis en los centros de enseñanza públicos[6]. Si bien el precepto no era, en sí mismo, contrario a creencia alguna, parece lógico que el abandono del modelo confesional, con disposiciones como la señalada, se entendiera de otra manera por el poder eclesial hasta entonces omnipresente en la enseñanza. Todo ello supuso un difícil comienzo de lo que pretendió ser un proceso de laicización (Cuenca Toribio, 1985).

Por otro lado, es justo señalar que, en el proceso constituyente las posiciones más radicales defendieron una redacción de la norma suprema poco conciliadora. Un ejemplo de ello es el literal del artículo 26. En el cual, entre otras cuestiones, se prohibía a las confesiones religiosas adquirir y conservar bienes que no fueran para uso privativo o vivienda y se les prohibía ejercer la industria, el comercio o la enseñanza. Estas previsiones transformaron el inicial impulso para hacer de España un estado laico y lo convirtieron en laicista y, de alguna manera, beligerante con las órdenes religiosas. Buscando, acaso, eludir esta realidad, en 1935 el gobierno español busca la firma de un nuevo concordato con Roma. Sin embargo, el Papa Pío XI rechazó ese ofrecimiento del ejecutivo. En concreto, amparándose en la existencia del artículo 26 en el en que se establecía la disolución de las órdenes religiosas que estatutariamente impusieran, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a una autoridad distinta de la legítima del Estado. Esa autoridad era, como sabemos, la del pontífice.

El golpe de Estado del 18 de julio de 1936 acabará con la Segunda República y dará comienzo a la última guerra civil española. El mando sublevado, desde el inicio de la contienda, se propuso la vuelta a la confesionalidad decimonónica. Así ocurrirá al final de la guerra[7]. La retomada confesionalidad del estado español devolverá privilegios a la Iglesia católica y, con el primer acuerdo de la dictadura del General Franco con la Santa Sede, en 1941, el Estado se comprometerá a respetar el Concordato de 1851 (Marquina, 2014). En concreto, las disposiciones contenidas en los cuatro primeros artículos[8]: la

---

[6] Artículo 1.º: «La instrucción religiosa no será obligatoria en las escuelas primarias, ni en ninguno de los demás centros dependientes de este Ministerio».

Artículo 2.º: «Los alumnos cuyos padres signifiquen el deseo de que aquéllos reciban en las Escuelas primarias, la obtendrán en la misma forma que hasta la fecha».

Artículo 3.º: «En los caos en que el Maestro declare su deseo de no dar esta enseñanza se le confiará a los Sacerdotes que voluntaria y gratuitamente quieran encargarse de ella en horas fijadas de acuerdo con el Maestro.»

[7] Las próximas líneas son reflejo de un análisis previo de la autora (Rodríguez Moya, 2011).

[8] «Artículo I. La Religión Católica, Apostólica, Romana sigue siendo la única de la Nación española y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la Ley divina y el Derecho canónico. Articulo II 1. El Estado español reconoce a la Iglesia Católica el carácter de sociedad perfecta y le garantiza el libre y pleno ejercicio de su poder, así como el libre y público ejercicio. En particular, la Santa Sede podrá libremente promulgar y publicar en España cualquier disposición relativa al gobierno de la Iglesia y comunicar sin impedimento con los Prelados, el clero y los fieles del país, de la misma manera que éstos podrán hacerlo con la Santa Sede. Gozarán de las mismas facultades los Ordinarios y las otras Autoridades eclesiásticas en lo referente a su Clero y fieles. Articulo III. T. El Estado español reconoce la personalidad jurídica internacio-

confesionalidad del Estado, el reconocimiento de la Iglesia católica como sociedad perfecta, el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de la Santa Sede y la plena capacidad de adquirir, poseer y administrar a todas las instituciones y asociaciones religiosas, constituidas según el Derecho canónico, toda clase de bienes. La defensa de la religión católica se mostrará en distintos preceptos legales, incluido el código penal (García, Somavilla Rodríguez, y Zamora García, 2021).

A partir de ese momento, quedará, patente el compromiso del gobierno de aprobar un nuevo concordato. Hasta que eso ocurriera, se suscribirían un total de cinco convenios con la Santa Sede que quedarían incluidos en el nuevo texto tras su firma (García, Somavilla Rodríguez, y Zamora García, 2021). El Concordato de 1953, heredero de tesis pretéritas[9], nació muerto[10]. Se eligió una vez más el modelo concordatario, aunque éste no fuera la única forma de relación entre la Iglesia católica y el Estado. Así nos lo aclara De La Hera: «El Concordato —resulta superfluo afirmarlo— no es la única forma que pueden adoptar en la práctica las relaciones Iglesia-Estado. Durante un tiempo estuvo en boga la expresión «historia concordatorum, historia malorum Ecclesiae», que reflejaba la realidad de que en bastantes siglos a partir del primer Concordato —el de Worms— la firma de uno de estos acuerdos significaba las más de las veces la conclusión de un período de no inteligencia entre las dos supremas Potestades. Sin embargo, y durante los últimos ciento cincuenta años, cada vez se afirman más los pactos de esta naturaleza como un modo normal, e incluso en muchos casos ideal, de relaciones entre Roma y los diferentes Gobiernos...» (De la Hera, 1963, p. 10). Apenas dos décadas

---

nal de la Santa Sede y del Estado de la Ciudad del Vaticano. 2. Para mantener, en la forma tradicional, las amistosas relaciones entre la Santa Sede y el Estado español continuarán permanentemente acreditados un Embajador de España cerca de la Santa Sede y un Nuncio Apostólico en Madrid. Este será el decano del Cuerpo Diplomático, en los términos del Derecho consuetudinario. Articulo IV, 1. El Estado español reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a todas las instituciones y asociaciones religiosas, existentes en España a la entrada en vigor del presente Concordato, constituidas según el Derecho canónico ; en particular a las Diócesis con sus instituciones anejas, a las Ordenes y Congregaciones religiosas, las Sociedades de vida común y los Institutos seculares de perfección cristiana canónicamente reconocidos, sean de derecho Pontificio o de derecho diocesano, a sus provincias y a sus casas. 2. Gozarán de igual reconocimiento las entidades de la misma naturaleza que sean ulteriormente erigidas o aprobadas en España por las Autoridades eclesiásticas competentes, con la sola condición de que et decreto de erección o de aprobación sea comunicado oficialmente por escrito a las Autoridades competentes del Estado. 3. La gestión ordinaria y extraordinaria de los bienes pertenecientes a entidades eclesiásticas o asociaciones religiosas y la vigilancia e inspección de dicha gestión de bienes corresponderán a las Autoridades competentes de la Iglesia. https://summa.upsa.es/high.raw?id=0000004158&name=00000001.original.pdf, últ. 11 noviembre 2022.

[9] Que constituyen los pilares del *Ius Publicum ecclesiasticum*.

[10] «Cuando el 27 de agosto de 1953 Domenico Tardini, en representación de la Santa Sede, y Alberto Martín Artajo, por la española, firmaban un nuevo Concordato cuya función debía ser regular el funcionamiento de las relaciones Iglesia-Estado, no solo concluía con éxito un largo y tortuoso camino de negociaciones, sino que se abría una nueva página en la relación Iglesia-Estado que pronto comenzaría a ser cuestionada» (De La Hera, 1984, p. 63).

después, el legislador se verá obligado a modificar el ordenamiento jurídico en materia religiosa precisamente por la consideración del Estado y la Iglesia como sociedades perfectas, la potestad indirecta sobre el Estado y la profesión de Fe por parte de aquél.

Todo cambiaría con el Concilio Vaticano II. La Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* y la *Declaración Dignitatis Humanae* exigían la modificación de la legislación española (por todos, Corral Salvador, 1966). A pesar de que, como señalara Suárez Pertierra, ya existía la redacción de un proyecto de estatuto que regularía la situación de los no católicos en España (Suárez Pertierra, 1978, p. 56). Siguiendo los postulados de la Santa Sede (Pérez Llantada, 1974, Suárez Pertierra, 1978 y Fornés, 1977), se aprobará la Ley 44/1967, de 28 de junio, reguladora del ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa. Aunque, como señala Llamazares, ni se reformó el Concordato, ni la Ley de Principios del Movimiento. «Con ello no se salvaba la contradicción interna del sistema, ya que contradictorios en sí mismos seguían siendo tanto el artículo 1 del Concordato como el 2.º de los principios del movimiento nacional; contradicción que se hará patente en la Ley de libertad religiosa que, en aplicación del artículo 6 reformado del Fuero de los Españoles, será promulgada el mismo año 67» (Llamazares Fernández, 2001, p. 234).

Con la muerte del General Franco España dejaría de ser una dictadura para convertirse en un Estado social y democrático de Derecho. Sin ánimo de ruptura, con modificaciones paulatinas (Casanova, 2001), desde que tuviera lugar la firma del Acuerdo de 1976 se verán las intenciones del Estado en esta materia. Para España este acuerdo fue, una vez más, un espaldarazo en el ámbito internacional, ya que con las renuncias mutuas se mostraba una clara voluntad de cambio. Así, se deroga el Acuerdo de 1941 por el que el Gobierno se obligaba a no legislar sobre materias mixtas. La Iglesia renunció al privilegio del fuero y el Estado al privilegio de presentación de Obispos, al par que se manifestaba la intención, de ambas partes, de sustituir el concordato de 1953 por nuevos acuerdos. Se tardará algo más de dos años en firmar los cuatro Acuerdos, aún hoy vigentes, del Estado Español con la Santa Sede. Este retraso se produjo, principalmente, por la situación de cambio en la que se encontraba España. La elaboración del texto constitucional se convirtió en la razón principal de las partes para posponer la firma.

3. El modelo de 1978

La Constitución española de 1978 consolida el paso de la dictadura franquista a una democracia y crea un marco de laicidad positiva en el que el Estado asume un compromiso de colaboración con las confesiones religiosas. Son muchas las razones y los condicionantes que influyeron en la creación

del modelo constitucional[11]. Un sistema heredero de una fuerte confesionalidad y acompañado de una larga tradición concordataria, en el que ambas cuestiones marcaron las líneas de fuerza del texto del 78 (Suárez Pertierra, 2005). Por fin España dejaba de ser un Estado confesional, aunque una parte importante de sus ciudadanos profesaran el catolicismo[12].

La influencia del Concilio Vaticano II no solo tuvo repercusión en el tardofranquismo, en los debates constituyentes hubo constantes alusiones al mismo13. La doctrina de la libertad religiosa generó la confianza de los diputados de los partidos de izquierdas, algunos de los cuales llegaron a afirmar que si el Estado, en uso de su soberanía, podía decidir en su independencia en relación con las instituciones religiosas, y la de las confesiones con respecto al Estado, «sin que tiemblen las esferas, y no en un espíritu de hostilidad, ni siquiera de reserva, sino con una afirmada voluntad de cooperación, la razón está también en que ha habido un Concilio Vaticano II». Se calificó de verdadera revolución cultural e hizo que la Iglesia dejara de

---

[11] Motilla lo explica así: «Por una serie de causas políticas, sociológicas e históricas, en el periodo de la transición se decidió continuar con las tradicionales relaciones de cooperación con la Iglesia católica a través de acuerdos o concordatos». (Motilla, 2022).

[12] En una sonada intervención, Santiago Carrillo, afirmó que «El proyecto a debate aborda con bastante acierto problemas que tenían en este país una resonancia ideológica y un trasfondo histórico que han puesto más de una vez en crisis la unidad nacional. Uno de ellos es el de las relaciones entre Iglesia y Estado (...) Extraordinario cambio el de un país en el que en los años 30 se consideraba a los jesuitas un peligro mortal para la democracia, mientras hoy muchos de esos jesuitas forman en las filas de las fuerzas político-sociales más avanzadas. Y tengo que añadir a lo dicho que nosotros no hemos visto ningún inconveniente en hacer mención expresa de la Iglesia Católica entre las confesiones con las que el Estado se propone cooperar, porque no consideramos que eso introduzca ninguna discriminación para la libertad de unas u otras, discriminación a la que no*s opondríamos, de existir. Se trata, simplemente, de reconocer un hecho objetivo, sin comparación posible: la importancia de la Iglesia Católica en relación con las otras confesiones». Carrillo solares, s., Dictamen del proyecto de Constitución. 4 de julio de 1978.https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_103.PDF. Últ. 30 noviembre 2022.

[13] Especialmente interesante resulta la intervención del Sr. Tamames Gómez quien, representando al partido comunista manifiesta lo siguiente: «El Concilio Vaticano II, en cierto modo, no hizo sino consagrar todo un amplio movimiento de reivindicaciones, también acogidas por los cristianos y católicos. En su declaración de 7 de diciembre de 1965, el Concilio Vaticano II venía a reconocer una situación que desde hace mucho tiempo se estaba reivindicando por todos los pueblos del mundo; es decir, el derecho a la libertad religiosa. El derecho a esta libertad decía aquella declaración referida a la dignidad misma de la persona humana, ha de estar reconocida en el ordenamiento jurídico de la sociedad, de forma que llegue a convertirse en un derecho civil. Fue precisamente con base en esta declaración del Concilio Vaticano 11 con la que se puso en marcha la preparación de una ley del régimen anterior, la Ley 4411967, de 28 de junio, reguladora del derecho civil a la libertad en materia religiosa. Pero no hay que engañarse; a pesar de esa Ley 44/1967, en España siguió habiendo mucha discriminación de derecho y de hecho, a pesar de la voluntad expresada por la confesión religiosa española de suprimir totalmente cualquier discriminación de este carácter. Pensamos que, de cara al futuro, el artículo 15 va a garantizar muchas de estas libertades, por no decir todas». En el mismo sentido Peces Barba, G., «Nadie nos ha dicho por qué, contra el Concilio Vaticano 11, hay que incluir las palabras ((Iglesia católica)). Por qué, en contradicción con el principio de secularización del mundo moderno (cuando se ha querido citar al Derecho comparado, exclusivamente se ha podido citar a una Constitución) han citado las palabras ((Iglesia católica))». Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 18 mayo de 1978, https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_069.PDF, últ. 1 diciembre 2022 (Felicidades, Ana).

verse —al menos en nuestro país y en ese momento concreto— como la punta de lanza de la derecha, de tal forma que no se percibía a la Iglesia como un peligro para el desarrollo de un Estado moderno, ni como un adversario al que vigilar.

Si repasamos el proceso constituyente, y buscamos la denominación que, en adelante, representaría la posición del Estado frente al fenómeno religioso, encontramos en los debates de la comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas un término que se repite una y otra vez: laicidad. Una laicidad positiva. En palabras de Oscar Alzaga, era necesario dotar a este país de un Estado laico «en el mejor sentido del término». Porque, como muy bien recoge Pardo Prieto, el reconocimiento de la laicidad aumenta las garantías de libertad (Pardo Prieto, 2021). Es cierto que en el texto final no hay un solo precepto que aluda a la laicidad de una manera expresa, quizá fuera por seguir la tradición constitucional española en este sentido (Motilla 2008). Pero, no es menos cierto que, todos los debates parlamentarios en torno a la cuestión referida aluden constantemente al estado laico o a su laicidad[14]. Coincidimos con Motilla en que el término laicidad resulta el más adecuado ya que aludir a la «aconfesionalidad» del Estado o a su «neutralidad» para definir el modelo constitucional, no es la mejor opción. La primera por ser negativa y la segunda por ser parcial. (Motilla 2008).

La laicidad implica la separación entre el Estado y los grupos religiosos y la neutralidad del mismo respecto de esos colectivos, de tal manera que no concurra con los ciudadanos como sujeto religioso. Tampoco puede adoptar como propia una religión. Así, el Estado laico tiene dos opciones claras: puede mantenerse al margen del fenómeno religioso siendo indiferente o, por el contrario, puede adoptar una actitud positiva (Celador Angón, 2020). Esta segunda alternativa solo puede hacerse realidad si se efectúa con el objetivo de promover el ejercicio de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, en concreto el de libertad ideológica, religiosa y de culto reconocido por la Constitución. No se trata de contribuir al pleno desarrollo de las confesiones religiosas como entes colectivos, ni colaborar con ellas en función del valor social de hecho religioso. Se trata de cooperar con las confesiones para hacer real y efectivo el derecho de libertad de conciencia de los individuos miembros de estas confesiones. «En definitiva, se trata de desarrollar derechos fundamentales, no privilegiar grupos confesionales. En este sentido, el artículo 9.2 de la Constitución de 1978 está muy claro» (Fernández-Coronado, 2005, p. 35). Esta afirmación, creemos que queda respaldada por el primer mandato del 16.3.

Como he tenido ocasión de analizar en trabajos anteriores (Rodríguez Moya, 2014), el reconocimiento de España como un Estado social y democrático de Derecho obliga a matizar los elementos básicos de la laicidad del

[14] Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 18 mayo 1978, núm. 69, pp. 2467-2488.

Estado: neutralidad y separación (Suárez Pertierra, 2016). Para asegurar la igualdad material será preciso revisar ambos conceptos. De tal manera que la actitud del Estado no resulte absentista y ajena a los derechos de sus ciudadanos. «Esto produce como resultado la obligada integración de aspectos de acción positiva por parte del Estado, que supera los planteamientos, primero institucionalistas y luego personalistas que solo requieren del poder público una actitud de abstención» (Suárez Pertierra, 2016, p. 127). De alguna manera, esta interpretación se verá respaldada por la doctrina del Tribunal constitucional. Desde el 2001, nuestro más alto tribunal sugiere que el artículo 16.3 exige a los poderes públicos una actitud positiva[15]. Ahora bien, esa posición debe entenderse desde una perspectiva asistencial o prestacional respecto del ejercicio de la libertad religiosa, sin olvidar la obligada neutralidad que reconoce la Constitución al establecer que ninguna confesión tendrá carácter estatal[16].

La Constitución reconoce la libertad religiosa y configura un modelo de laicidad en el que los poderes públicos deberán atender a las creencias de la sociedad española y, además, exhorta a mantener relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones. Estos dos últimos mandatos han sido interpretados tradicionalmente de manera inescindible. A nuestro entender, esto no tiene por qué ser así. Esa asociación planteada de forma rígida puede traer consecuencias que deriven en un modelo incompatible con la neutralidad estatal. Si las creencias de la sociedad española son la razón que obliga a los poderes públicos a cooperar, podría parecer que el constituyente hace derivar el principio de cooperación de un sustrato sociológico, de tal manera que se consolidaría el criterio cuantitativo en la norma suprema. Sin duda, resulta contradictorio con la neutralidad cualquier reminiscencia de confesionalidad sociológica propia del constitucionalismo decimonónico. Por otro lado, inferir de la expresión «tener en cuenta las creencias» que la constitución exige, para la cooperación, la relevancia social de las creencias desde la perspectiva numérica, tiene difícil ajuste con el principio de igualdad que rige nuestro ordenamiento. Esta lectura conduce, necesariamente, a la discriminación, no ya de las confesiones, si no de los ciudadanos en el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa[17]. Ninguna de las dos opciones es demasiado compatible con un modelo de laicidad, pero, en cualquier caso, es obligado conectar la igualdad con los dos mandatos a los poderes públicos del artículo 16, aunque esto no sea tarea fácil (Ibán, 1990).

No cabe duda de que el artículo 16.3 contiene la obligación de los poderes públicos de cooperar. Este mandato enseguida dio sus frutos. Como

---

[15] STC 46/2001, de 15 de febrero.

[16] STC 340/1993, de 16 de noviembre, y STC 177/1996, de 11 de noviembre.

[17] Ibán advierte las dificultades que plantea cualquier manifestación del 9.2. en materia de creencias: «el planteamiento al que me vengo refiriendo implica un evidente avance en la línea de protección de los derechos, pero no conviene ocultar que representa también un constante peligro de la libertad individual...» (Ibán, 1990, p. 177).

sabemos, en enero de 1979 se aprobaron los cuatro acuerdos con la Iglesia católica. Resulta obvio que su negociación fue paralela a la elaboración de la Carta Magna. En nuestra opinión, además, los acuerdos fueron el instrumento utilizado porque, una vez más, el Estado español, en materia de relaciones Iglesia-Estado, optó por la solución pacticia o concordataria del pasado. Elección que condicionó, el instrumento de diálogo con otras confesiones. Sin embargo, no podemos interpretar, de la lectura del texto constitucional que los poderes públicos estén obligados a cooperar de una forma determinada, el constituyente podía haberlo hecho, pero no lo hizo[18]. La solución tomada no fue más que fruto de la herencia recibida y el modelo de pactos con el que la Iglesia católica comenzaba a relacionarse con los Estados[19]. No debemos dejar pasar el tiempo verbal utilizado para obligar a cooperar. El futuro de indicativo anunciaba algo que, como hemos dicho, en realidad ya se estaba produciendo y que, vería sus frutos en enero de 1979, muy poco después de la aprobación del texto constitucional: los acuerdos con la Santa Sede. Luego vendrían otros[20]. Suárez Pertierra lo explica así: «Tan solo permanece en el fondo, frente a este sistema novedoso que la constitución vigente ahora integra, un anclaje en el pasado que es el sistema de pactos o, lo que es lo mismo, la regulación de las relaciones del estado con la confesión religiosa que hasta ahora constituía la religión oficial, a través de unos Acuerdos que sustituyen al viejo Concordato de 1953» (Suárez Pertierra, 2005, p. 122). Fernández-Coronado señala que se puede decir que la realidad social entonces forzó a una cooperación especial con la Iglesia católica. Aunque, en opinión de la autora, esto en principio, no vulneraba el espíritu de la Constitución, porque se entendía que, con posterioridad, se produciría una evolución normativa de los Acuerdos. De tal manera, el tex-

[18] La Norma suprema podía haber reflejado, si así lo hubiera querido, el modo de cooperación como por ejemplo hace la constitución polaca. En su artículo 25 especifica: «Las relaciones entre la República de Polonia y la Iglesia Católica Romana se determinarán por tratado internacional concluido con la Santa Sede, y por la ley. Las relaciones entre la República de Polonia y otras iglesias y organizaciones religiosas se determinarán por las leyes aprobadas conforme a los acuerdos concluidos entre sus representantes y el Consejo de Ministros». https://www.constituteproject.org/constitution/Poland_2009.pdf?lang=es, últ. 15 noviembre 2022.

[19] Creemos que, además del peso de la historia, la especial condición de la Iglesia católica tiene ciertas implicaciones, la más significativa es el reconocimiento de la Santa Sede como sujeto de Derecho internacional. «la Santa Sede tiene reconocida por el resto de los miembros de la sociedad internacional la capacidad de ser sujeto activo y pasivo de las relaciones jurídicas internacionales y destinatario de las normas del Derecho internacional. Por tanto, la Santa Sede posee subjetividad o personalidad internacional» (Bonet Navarro, 2014, p. 186). Entre otros muchos, nuestro país mantiene relaciones diplomáticas con la Santa Sede a la que reconoce «personalidad jurídica internacional, lo que le permite firmar tratados, enviar y recibir representantes diplomáticos y tener las normas jurídicas de un Estado. Los embajadores extranjeros se acreditan ante la Santa Sede, que es a su vez quien envía a sus representantes diplomáticos (nuncios)» http://www.exteriores.gob.es/documents/fichaspais/santasede_ficha%20pais.pdf, últ. 15 noviembre 2022.

[20] En 1992 se aprueban tres leyes con sendas federaciones religiosas: con las FEREDE (Ley 24/1992, de 10 de noviembre); con la FCJE (Ley 25/1992, de 10 de noviembre) y con la CIE (Ley 26/1992, de 10 de noviembre).

to posterior resultase acorde con ella. Abundando en la cuestión, entiende que la conexión entre el marco legal y la realidad social produjo dos primeras consecuencias: el mantenimiento del sistema de pactos con la Iglesia católica y la posterior cooperación con las minorías religiosas (Fernández-Coronado, 2009). Esto ha traído ciertas dificultades que ya apuntáramos al comienzo de este trabajo. Entre otras, el de la imposibilidad del tratamiento igual para los grupos religiosos. Tal y como pone de manifiesto la autora, pronto se percibió la imposibilidad de un tratamiento igual para todos los grupos religiosos minoritarios, porque el Estado, utilizando el criterio del sustrato sociológico en sentido tradicional, consideró que solo algunos, y, aun así, en un sentido muy amplio, resultaban idóneos para alcanzar acuerdos. «De este modo, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980 (LOLR), dictada en desarrollo del art. 16.3 CE, habilitó dos formas de cooperación. Una para las confesiones inscritas en un Registro de Entidades Religiosas (RER), creado a tal fin en el Ministerio de Justicia, y otra para las que, además de estar inscritas, tuviesen *notorio arraigo* en España» (Fernández-Coronado, 2009). Ni qué decir tiene que, aún quedan en peor situación los ciudadanos que pertenezcan a grupos o confesiones no inscritas o sin reconocimiento del notorio arraigo y, por supuesto, aquellos cuyas creencias no gozan del respaldo de una confesión o grupo religioso.

Así pues, separación y neutralidad, pero no indiferencia, recordemos que «los poderes públicos deberán tener en cuenta las creencias de la sociedad española»[21].

Ya lo hemos dicho, se ha tratado el segundo inciso del artículo 16.3 como un precepto monolítico (Polo Sabau, 2017). Al respecto se pueden realizar un sin fin de interpretaciones: desde la vinculación con las creencias desde una perspectiva estrictamente numérica (opción que ha tomado el legislador) hasta el reconocimiento de una «confesionalidad sociológica». No parece que fuera esa la intención de los constituyentes que, ante las acusaciones de Barón Crespo y Martín Toval de «confesionalidad solapada», negaron esa cuestión tajantemente[22]. Aunque, lo cierto es que, se justificó la alusión a la Iglesia católica como oportuna referencia a una constatación de la realidad (sociológica).

---

[21] Algo que conforme al propio texto constitucional resulta, cuando menos, llamativo. El artículo 16 en su párrafo segundo establece que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias», esto implica que, los poderes públicos difícilmente podrán conocer las creencias de sus ciudadanos.

[22] En nombre de la UCD Oscar Alzaga: «Nosotros, el Grupo Parlamentario de UCD, no vamos a sostener actitudes confesionales, ni solapadamente confesionales, y rechazo, en términos absolutos y ccitegóri420s, b que se intenta insinuar respecto. Hemos aceptado siempre, expresamente, el enunciado del número 3 del artículo que discutimos, en que se empieza por afirmar, en términos que no admiten lugar a duda o a interpretación equivoca, que ninguna confesión. tendrá carácter estatal. Pero, es más, todos sabemos que realmente la Iglesia española no ha pretendido introducir la confesionalidad, ni tampoco sectores importantes de los católicos. Alzaga Villamil, o. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_069.PDF, últ. 1 diciembre 2022.

Estamos de acuerdo con las previsiones que realizó al respecto Barrera Costa[23]. Hubiera sido suficiente concluir el artículo con la expresión «tener en cuenta las creencias de la sociedad española». De tal forma que, variasen, o no, las creencias de la sociedad —nótese que aquí no se alude a las confesiones— los poderes públicos deberían tenerlas en cuenta. «Todo lo que la Constitución expresamente no prohíbe, puede hacerse por ley o incluso algunas veces por decreto, con todas las matizaciones necesarias y con la posibilidad de cambios o rectificaciones, según aconseje la situación de cada momento y las evoluciones e incluso las fluctuaciones de la opinión pública, sin que por ello se planteen crisis constitucionales». Resultaba suficiente la obligación de tener en cuenta las creencias de la sociedad que el texto impone a los poderes públicos. «En efecto, con esta obligación todo queda dicho ya y todo lo demás sobra. Imponer el mantenimiento de «relaciones de cooperación»». De alguna manera, aludir a la cooperación, pudiera parecer redundante. Resulta obvio que, tener en cuenta las creencias de la sociedad española en un Estado social y democrático de Derecho, implica, no solo respeto, también diálogo.

No podemos compartir, sin embargo, las teorías que afirman ver en el segundo apartado del 16.3 una valoración concreta del Estado frente al fenómeno religioso. Pero por una razón clara: exactamente eso es lo que impide la laicidad, que el Estado entre a valorar lo religioso. Podríamos coincidir en que se consagra lo que la doctrina ha dado en llamar el principio de cooperación, pero no «una mayor sensibilidad, abierta a la dimensión social y colectiva del factor religioso, que, además, supone una valoración positiva del mismo, ya que permite una colaboración activa del Estado con las confesiones, pero sin confusión de fines» (Mantecón, 2002, p. 245-246). Aunque, como bien ha dicho Polo, la redacción del 16.3, «de alguna manera, estimuló o prestó un cierto respaldo a la idea de que es legítimo, por parte del Estado, acotar y reservar algún tipo de tratamiento jurídico diferenciado para las conductas realizadas con finalidad religiosa, pues la referencia constitucional en esa norma a la obligación de tener en cuenta las creencias religiosas, y no otras parecía ya entonces prefigurar una cierta percepción diferenciada de ese ámbito objetivo, y a ello en efecto se han acogido algunos autores para justificar el entendimiento de la libertad religiosa como un derecho especial en la Constitución» (Polo Sabau, 2017, p. 323).

La doctrina ha encontrado aquí una postura activa y de promoción de la libertad religiosa de los individuos (Contreras, 2000), algo que dista mucho

[23] El diputado de Esquerra Republicana, Sr. Barrera Costa en su enmienda, solicitó lo siguiente: «Lo que propongo, por otra parte, no es nim guna adición al texto del anteproyecto ni ningún cambio del contenido esencial del mismo. Solamente propongo una pequeña supresión, a saber: la supresión de la parte final del apartado 3, a partir de «y mantendrán», con lo cual este apartado quedaría redactado de esta forma: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española». DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, 18 de mayo de 1978, p. 2474.

de la inhibición o prevención en el control que, de los grupos religiosos, realizan sistemas como el francés. En el fondo obliga a reconocer la dimensión religiosa de los individuos y su derecho de asociación en la materia (Llamazares Fernández-Suárez Pertierra, 1980)[24] y así vincula la cooperación con la realidad social[25].

La redacción final del artículo 16, al mantener la cooperación de cooperar llevaba implícito el germen de la desigualdad. Ya que, en apariencia, quedaba unida la cooperación estatal al criterio cuantitativo de su mayor o menor presencia sociológica. De tal manera que el mandato se cumplirá de manera proporcional a la adscripción a los distintos grupos religiosos (Polo Sabau, 2022). Así lo consolidó la LOLR con la inclusión del notorio arraigo y, así ha quedado consolidado más recientemente en el Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas.

4. El valor de las creencias en un Estado laico

> «Las decisiones políticas deben ser, en cuanto sea posible, independientes de cualquier concepción de vida buena, o de lo que da valor a la vida. Puesto que los ciudadanos difieren en sus concepciones, el gobierno no les trataría como iguales si prefiere una concepción sobre otra, y esto tanto si los gestores públicos creen que es intrínsecamente superior a las demás, o porque es suscrita por un grupo más numeroso o más poderoso»[26].

España es un país laico, ya lo hemos dicho, así lo refleja nuestra Norma Suprema. Por otro lado, también la constitución, insta a los poderes públicos a tener en cuenta las creencias de la sociedad española.

Además de los cambios normativos, fruto de la aprobación del texto constitucional, y gracias al sistema que en él se consagra, el mapa de creencias de la sociedad española ha cambiado sustancialmente. Esto no ha hecho que el factor religioso quede fuera del tablero jurídico, más bien al contrario. Sirva como ejemplo de lo que digo la reciente aprobación de los estatutos de la Fundación Pluralismo y convivencia en enero de 2021, en el que se afirma que la «Fundación se constituye en beneficio de las confesiones religiosas no católicas con acuerdo de cooperación con el Estado español o que hayan obtenido la correspondiente declaración de notorio arraigo». Y establece como

---

[24] En este sentido Contreras Mazarío-Celador Antón (2005) y Murillo Muñoz (2000).

[25] Algo que reafirmará la LOLR confirmando el número de creyentes como requisito imprescindible para la consecución de Acuerdos con el Estado por parte de las confesiones religiosas. Art. 7 LOLR Uno. El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales.

[26] Citando a Dworkin, lo recoge Martínez Martínez (2011).

fines propios la contribución a programas y proyectos de carácter cultural, educativo, social. También promoverá las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho de libertad religiosa por parte de las confesiones no católicas que tengan acuerdos de cooperación con el Estado español o tengan reconocido notorio arraigo en España. Además, impulsará la ejecución de actividades relacionadas con la investigación, la sensibilización y el asesoramiento en la gestión de la diversidad religiosa[27]. Es cierto que, se apunta a un modelo de diversidad religiosa favorecido por el reconocimiento constitucional de la libertad ideológica, religiosa y de culto[28], pero no es menos cierto que, el mayor cambio en esta cuestión lo ha supuesto el avance de la secularización de la sociedad.

Desde 2008 contamos con datos suficientes para avalar esta afirmación. Entonces, el 24,1% de los españoles afirmaba no creer en nada o se mostraba indiferente respecto de la religión y, aunque en julio de 2016 esa cifra apenas había aumentado hasta el 24,8 lo cierto es que es la mayor variación desde 1978 en las creencias. Parece que en el futuro estas cifras crecerán tal y como muestra el análisis del sentir de la juventud española. Dentro de los distintos sectores de la sociedad, la juventud es en el que la secularización ha avanzado en mayor medida. Quizá, como señala Requena, en España se han materializado las predicciones de los teóricos de la secularización. En concreto, aquella en la que se advierte que un régimen de monopolio religioso y una estrecha unión entre la religión mayoritaria y los poderes públicos, el reconocimiento de un régimen de libertades conduce a la implosión de la institución religiosa (Requena, 2008). Los cambios sociales están generando otros de mayor trascendencia. Resulta llamativo comprobar como las celebraciones religiosas han ido paulatinamente cediendo espacio a otras de carácter laico. Incluso están sufriendo intentos de secularización ritos netamente religiosos[29]. Pérez Agote lo dice así: «Lo que ha durado cerca de un siglo en casi todo el resto de Europa se ha producido en España en solo una generación. Las estadísticas cuentan la misma historia: entre 1981 y 1990, el derrumbe de la práctica religiosa ha sido más fuerte que en cualquier otra parte, y lo mismo ha ocurrido con las vocaciones sacerdotales» (Pérez Agote, 2007, p. 67).

Se han cumplido, por tanto, los designios de Barrera Costa en su enmienda constitucional cuando afirmaba que consideraba un error grave que se privilegie opción mayoritaria del país en junio de 1977 en cuestiones sobre las cuales es lógico, e incluso inevitable, que dicha opción variase. Así ha sido. De la misma forma, la vinculación de las creencias de la sociedad española con la cooperación ha conducido a un modelo cuasi pluriconfesional, en

---

[27] Arts. 1 y 7 del Real Decreto 45/2021, de 26 de enero, por el que se aprueban los Estatutos de la Fundación Pluralismo y Convivencia, F.S.P., BOE núm. 24, de 28 de enero de 2021.

[28] https://www.pluralismoyconvivencia.es/fundacion/estatutos-y-normativa/.

[29] Como ya apuntara en Rodríguez Moya (2016) «Bautizos» y «primeras comuniones» «por lo civil»... quizá sean simples ejemplos de lo que ha provocado un confuso intento de «desconfesionalización que, poco o nada tiene que ver con la que adelantaba Amorós en 1988.

el que los que fueran considerados privilegios de la Iglesia católica, se han ido ampliando a otras confesiones religiosas bajo el paraguas de la igualdad. Esta igualdad, amparada en el principio de cooperación, o en la promoción de los derechos fundamentales, ha terminado por consolidar la desigualdad entre los creyentes: por un lado, aquéllos que pertenecen a una de las confesiones con acuerdo, los que tienen reconocido el notorio arraigo y, en último término, olvidados por los poderes públicos —algo que la lectura del texto constitucional impide— aquellos cuyas confesiones no se encuentran en ninguno de los supuestos anteriores.

El legislador ha vinculado, de alguna manera, el ejercicio del derecho de libertad ideológica, religiosa y de culto al unir la cooperación con esa obligación de «tener en cuenta» las creencias religiosas de la sociedad española atendiendo a criterios cuantiativos. Así, además de favorecer la existencia de acuerdos con contenidos sustancialmente distintos, más o menos beneficiosos, respecto de unas u otras confesiones en función de su mayor o menor presencia sociológica (Polo Sabau, 2017), sin duda posterga a aquellos ciudadanos que no pertenecen a confesiones con arraigo en España.

El reflejo más claro de lo que acabamos de exponer ha sido, precisamente, la consolidación del notorio arraigo en nuestro Derecho como medio para conseguir acuerdos y como categoría en sí mismo. La práctica legislativa ha dado forma a la cooperación a través de un instrumento concreto: los acuerdos y para su firma se precisa, además de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, el reconocimiento del notorio arraigo. Y, si bien el concepto jurídico del notorio arraigo era indeterminado, desde 2015 se exige a las comunidades religiosas que la fundación o establecimiento en España sea avalada por un número mínimo de personas[30]. El Estado debe ser neutral y difícilmente lo logra si se orientan políticas «en beneficio» de unas u otras confesiones. Pareciera que se olvida de que la razón y fundamento de la actitud de cooperación del Estado con las iglesias, confesiones y comunidad es religiosa debe tener como objetivo final la promoción del derecho fundamental de libertad ideológica, religiosa y de culto de los ciudadanos. Pero, resulta oportuno señalar que, a la vista de la normativa vigente «no siempre son éstos los directos e inmediatos destinatarios de esa acción de cooperación estatal, sino las propias confesiones» (Llamazares Fernández, 1989, p. 697).

Como hemos reiterado. en este trabajo y, en otros, a nuestro entender, la laicidad del Estado impide interpretar los mandatos del 16.3 como una valoración positiva de lo religioso. Las creencias son un hecho perceptible y deben ser tenidas en cuenta para que, como sugiere el texto constitucional, los poderes públicos promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

El reconocimiento del Estado como social conlleva intervenir en la vida

[30] RD 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas. *BOE,* núm. 183, de 01/08/2015.

de los ciudadanos a fin de garantizar sus derechos inviolables, situando al individuo en el centro tal y como propone el 9.2. En un Estado personalista, por tanto, las relaciones con las confesiones son un precipitado de la libertad ideológica, religiosa y de culto (Llamazares Fernández, 1995). Y las creencias religiosas son tenidas en cuenta por los poderes públicos por tratarse de la materialización del ejercicio de ese derecho (Pardo Prieto, 2021).

En definitiva, creemos que el legislador no ha tenido en consideración al desarrollar la constitución el primero de los mandatos del 16.3. No parece haber tenido en cuenta las creencias, ha tenido en cuenta a las confesiones. Algo que, a nuestro entender, encuentra alguna quiebra con la afirmación de que ninguna confesión tendrá carácter estatal[31].

BIBLIOGRAFÍA

Amorós, Amorós Azpilicueta, J. J. (1988). Notas al proceso de desconfesionalización del Derecho Eclesiástico español. En VV.AA, *Studi in memoria de Mario Condorelli* (vol. I, pp. 19-48). Milán.

Bonet Navarro, J. (2014). La relevancia internacional de la Iglesia católica. *Anuario de derecho canónico: revista de la Facultad de Derecho Canónico integrada en la UCV,* 3, 186.

Casanova, J. (1994). Las enseñanzas de la transición democrática en España. *AYER,* 15, 17.

Casanova, J. (2001). Secularization. En Smelser, Neil J. y Baltes, Paul B. (eds.). *The International Encyclopaedia of Social and Behavioural Sciences* (pp. 13786-13791). Elsevier, Oxford.

Celador Angón, O. (2020). Neutralidad de los poderes públicos y símbolos políticos. *Revista General de Derecho Administrativo,* 53. ISSN-e 1696-9650.

Contreras Mazarío, J. M. y Celador Antón, O. (2005). Estatuto de laicidad y Acuerdos con la Santa Sede: dos cuestiones a debate. *Documento de trabajo,* 70, 18 Fundación Alternativas.

Contreras Mazarío, J. M. (2000). La libertad de conciencia y la función promocional del Estado en la ley orgánica de libertad religiosa. *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos,* 0, 135-173.

Corral Salvador, C. (1966). Repercusión de la Declaración conciliar «Dignitatis Humanae» sobre la confesionalidad católica del Estado español. *Revista Española de Derecho Canónico,* XXI, 269 y ss.

Cuello Calón, E. (1954). La protección penal de la religión. *REDC,* 9, 923-929.

Cuenca Toribio, J. M. (1985). *Relaciones Iglesia-Estado en la España contemporánea* (p. 22). Madrid, Alhambra.

De la Hera Pérez Cuesta, A. (1963). La autonomía didáctica y científica del Dere-

[31] Así lo anunció Barrera costa en mayo de 1978. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, 18 de mayo de 1978, p. 2474.

cho concordatario. *Ius canonicum,* vol. 3, n.º 5, p. 10.
De La Hera, A. (1974). Historia de un discordato. *La actualidad económica,* 847, 63.
Fernández Coronado González, A. (1986) La tutela penal de la libertad religiosa. *ADEE,* II,17-55.
Fernández Coronado González, A. (1995). Tutela penal de la libertad de conciencia. *EJB,* t. IV, 733-735. Madrid.
Fernández-Coronado, A. (1998). El contenido de la libertad de conciencia en el Código Penal de 1995. *Revista del Poder Judicial,* 52, 135-176.
Fernández-Coronado González, A. (2004). La influencia de la religión en la configuración del Derecho de la Unión Europea. *Ilu. Revista de ciencias de las religiones,* 11, 25-40 (Anejos). ISSN 1138-4972. Ejemplar dedicado a: Ley y religión).
Fernández-Coronado González, A. (2009). Sentido de la cooperación del Estado laico en una sociedad multireligiosa. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 19.
Fernández-Coronado González, A. (2021). La posición del Estado laico ante la secularización de la sociedad española. En *El Derecho eclesiástico del Estado: en homenaje al profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra* (pp. 399-418) (coord. por Dionisio Llamazares Fernández, José María Contreras Mazarío, Óscar Celador Angón, María Cruz Llamazares Calzadilla, Almudena Rodríguez Moya, Fernando Amérigo Cuervo-Arango. Tirant lo Blanc.
Ferreiro Galguera, J. (1998). *Protección jurídico penal de la religión.* Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña.
Fornés, J. (1977). *Elementos de Derecho eclesiástico español, Derecho Canónico* (p. 790). AA. VV., Pamplona, Eunsa.
García, F., Somavilla Rodríguez, E. y Zamora García, F. J. (2021). *Concordatos españoles* (p. 83). Madrid.
Ibán, I. C. (1991). Los grupos relevantes para el Derecho eclesiástico español (pp. 177-207). En *Lecciones de Derecho eclesiástico español.*
Llamazares Fernández, D. (2001). Proceso de secularización y relaciones concordatarias. En Óscar Celador Angón (coord.). *Estado y religión: proceso de secularización y laicidad, homenaje a don Fernando de los Ríos* (pp. 229-262). Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid.
Llamazares Fernández, D. y Suárez-Pertierra, G. (1980). El fenómeno religioso en la Constitución española. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* 61, 7-34.
Llamazares Fernández, D. (1989). *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia.* Madrid.
Llamazares Fernández, D. (1995). Principios. Técnicas y modelos de relación entre estado y grupos ideológicos. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* 88 (abril-junio), 29-61.
Lombardía, P. (1982). La relación entre el Derecho canónico y el Derecho eclesiástico. *Ius Canonicum,* p. 16.
Mantecón Sancho, J. (2002). La libertad religiosa en la escuela y su desarrollo

legal tras la Constitución de 1978. *Revista española de pedagogía,* año LX, n.º 222 (mayo-agosto), 241-262.

Marquina, A. (2014). El primer acuerdo del nuevo estado español con la santa sede de 7 de junio de 1941. *UNISCI Discussion Papers,* 36 (octubre/october).

Martínez Martínez, J. L. (2011). Religión en la democracia liberal: debate entre Rawl, Habermas y Ratzinger. *Estudios eclesiásticos: Revista de investigación e información teológica y canónica,* vol. 86, n.º 337, pp. 291-327.

Martínez Torrón, J. (1999). Religión, Derecho y sociedad: antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho eclesiástico del Estado. *Comares,* p. 37.

Motilla de la Calle, A. (2008). Estado laico y libertad religiosa. *Anuario de derecho eclesiástico del Estado,* 24, 67-84 (ejemplar dedicado a: Actas del Congreso sobre «Estado español, libertad religiosa y principios ético-cívicos»).

Motilla de la Calle, A. (2022). Acuerdos, pluralismo religioso y principio de igualdad: el Esperando a Godot del Derecho eclesiástico español. *Anuario de derecho eclesiástico del Estado,* 38, 154.

Murillo Muñoz, M. (2000). La eficacia constitutiva de la inscripción en el Registro de entidades religiosas. *Laicidad y libertades: escritos jurídicos,* 0, 201-228.

Pardo Prieto, P.P. (2021). En defensa de la Constitución ante algunas previsiones de los vigentes acuerdos con la Iglesia Católica. *Revista Jurídica de la Universidad de León,* 8, 73-95. ISSN-e 2529-8941. (Ejemplar dedicado a: Monográfico. En defensa de la Constitución de todos).

Pérez Llantada, J. (1974). *La libertad religiosa en España y el Vaticano II.* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Pérez-Agote Poveda, A. (2007). El proceso de secularización en la sociedad española. *Revista CIDOB d'afers internacionals,* 77, 65-82. ISSN-e 1133-6595. (Ejemplar dedicado a: Dimensiones del pluralismo religioso).

Pérez-Madrid, F. (1995). *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español.* Eunsa, Pamplona.

Polo Sabau, J. R. (2017). El artículo 16 de la constitución en su concepción y desarrollo: cuarenta años de laicidad y libertad religiosa. *Revista de Derecho Político,* 100 (septiembre-diciembre), 319.

Polo Sabau, J. R. (2017). El artículo 16 de la Constitución en su concepción y desarrollo: cuarenta años de laicidad y libertad religiosa. *Revista de derecho político,* 100, 311-345. (Ejemplar dedicado a: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española (I)).

Polo Sabau, J. R. (2017). El artículo 16 de la Constitución en su concepción y su desarrollo: cuarenta años de laicidad y libertad religiosa. *Revista de Derecho Político,* 100 (septiembre-diciembre), 311-345.

Polo Sabau, J. R. (2022). Los acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias en la perspectiva de su trigésimo aniversario. *Anuario de derecho eclesiástico del Estado,* 38, 185-218

Reina, V. y Reina, A. (1986). *Lecciones de Derecho eclesiástico* (p. 247). Barcelona.

Requena y Díez de Revenga, M. (2008). Religión y sociedad: la secularización de la sociedad española. En Miguel Requena y Díez de Revenga, M. y González Rodríguez, J. J. (coords.). *Tres décadas de cambio social en España* (pp. 319-344).

Rodríguez Devesa, J. M. (1965). Delitos contra los sentimientos religiosos. *Estudios*

de Deusto, XIII, 635-651.

Rodríguez Moya, A. (2011). Evolución y vigencia del principio de cooperación entre el Estado y las Confesiones religiosas. *Derecho canónico en tiempos de cambio: actas de las XXX Jornadas de Actualidad Canónica,* coord. Por Jorge Otaduy Guerín, pp. 109-124.

Rodríguez Moya, A. (2016). Repensando el artículo 16.3. C.E. la nueva cooperación y el pluralismo religioso. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 42.

Rossell, J. (1996). *Religión y jurisprudencia penal. Un estudio de la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS en el periodo 1930-1995.* Ed. Complutense, S.A, Madrid, 1996.

Seglers Gómez-Quintero, A. (2005). Entrevista amb Ana Fernández-Coronado. *Idees: Revista de temes contemporanis,* 25, 34-37. ISSN-e 2385-765X, ISSN 1575-0914. (Ejemplar dedicado a: La riquesa ètica de les nacions).

Suárez Pertierra, G. (2003). *Individuo, grupos, confesiones en el sistema democrático español* (pp. 7-24).

Suárez Pertierra, G. (1978). *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico español* (p. 36). Vitoria.

Suárez Pertierra, G. (2005). La laicidad en el constitucionalismo español. En Llamazares Fernández, D. (dir.). *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos* (pp. 122-123). Dykinson, Madrid, pp. 122-123.

Suárez Pertierra, G. (2006). Estado y religión: la calificación del modelo español. *Revista catalana de dret public,* 33, 25.

Suárez Pertierra, G. (2016). La libertad religiosa, ideológica y de culto. En Gustavo Suárez Pertierra, G. (coord.). *Derecho eclesiástico del Estado* (pp. 127-128). Tirant lo Blanc, Valencia.

Martínez-Torrón, J. (1999). *Religión, derecho y sociedad: antiguos y nuevos planteamientos en el derecho eclesiástico del Estado.* Comares.

12 LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO: DEL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO AL DERECHO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

Salvador Tarodo Soria.
Profesor Titular de Derecho eclesiástico del Estado.
Universidad de León

1. Introducción.
2. La relación entre poder político y poder religioso durante la Edad Media.
3. La recepción del aristotelismo y el tránsito hacia la Edad Moderna.
4. El origen del Derecho eclesiástico del Estado.
   4.1. El nacimiento del Estado moderno y la Reforma protestante.
   4.2. El Regalismo y el nacimiento del *Droit Civil Ecclésiastique*.
5. La Tolerancia como punto de inflexión hacia el personalismo.
6. La Ilustración: la ruptura con la tesis del origen divino del poder y el nacimiento de derecho de libertad de conciencia.
7. Nacimiento y formación del llamado «moderno» Derecho Eclesiástico del Estado.
   7.1. El Derecho eclesiástico alemán.
   7.2. El Derecho eclesiástico italiano.
8. El Derecho eclesiástico del Estado en la doctrina española a partir de la Constitución de 1978.
   8.1. El Derecho eclesiástico del Estado como regulación estatal de «lo religioso».
   8.2. El Derecho eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad religiosa.
   8.3. El Derecho eclesiástico del Estado como Derecho de la liberta de conciencia.

1. Introducción

La Historia no es una mera descripción de hechos, su lectura varía en función de los criterios utilizados para su interpretación. La historia del Derecho eclesiástico del Estado no es una excepción a esta afirmación general. Parece oportuno, por tanto, comenzar definiendo las coordenadas y la perspectiva desde las que vamos a analizar el proceso de formación del Derecho eclesiástico de Estado. Las primeras, al menos en cierto sentido, nos permiten

construir la historia para hacerla inteligible; la segunda, la perspectiva, nos ilumina aquellos factores de la evolución histórica que consideramos relevantes para nuestro estudio.

Si los filósofos de la ciencia están de acuerdo en señalar que la observación de los hechos, dista mucho de ser una tarea neutral (Feyerabend, 2002), cuanto más lo es la observación de la historia. Analizar la formación histórica de una disciplina encierra un problema de una estructura formal muy similar a la aporía del conocimiento ya planteada por Platón en *El Menón* (80 d)[1]. Por un lado, es difícil formular una definición de la disciplina sin estudiar su historia; por otro, relatar su historia requiere partir de un concepto previo, un objeto formal (*tò eidos kai tò paradigma* —Aristóteles, *Met.,* A 3.983 b— 993 a 10; D,2. 1013 a 24 – 1014 a 25; y en *Phys.,* II. 3.194 b 29-), desde el que seleccionar y organizar los factores evolutivos que consideramos relevantes[2]. Esta es, a mi juicio, la problemática que justifica posturas escépticas o relativistas (Del Giudice/Mariani, 1993, 11; Ibán, I.C., 1984, 183).

El objeto formal es, de esta forma, un instrumento idóneo para delimitar una disciplina y así lo aplica Llamazares Fernández a la construcción del *Derecho de la libertad de conciencia* (Llamazares Fernández, 1997/1999, pp. 15-16; 2000, pp. 18-20; 2001, p. 274), pues contribuye de forma decisiva a la definición del criterio de decidibilidad del sistema (Llamazares Fernández 2000, pp. 18-19).

Desde el punto de vista de su análisis histórico, la obra de De Luca (1946) supuso un hito en la interpretación y construcción de la disciplina a partir de dos coordenadas que permiten clasificar las diversas etapas y percibir con claridad las principales líneas de evolución:

a) Fuentes de creación.
b) Objeto material regulado.

El primer eje discurre entre los polos Derecho divino-Derecho positivo y Derecho confesional-Derecho estatal; y conlleva la conformación del Derecho eclesiástico alrededor del monismo o dualismo de fuentes; la segunda, permite percibir la evolución a lo largo de la historia desde una perspectiva institucional centrada en las relaciones entre poder político y poder religioso; y/o

---

[1] «¿Y de qué manera buscarás, Sócrates, aquello que ignoras totalmente qué es? ¿Cuál de las cosas que ignoras vas a proponerte como objeto de tu búsqueda? Porque, si dieras efectiva y ciertamente con ella, ¿cómo advertirás, en efecto, que es ésa que buscas, desde el momento que no la conocías?» Platón, *Men*. (80 d).

[2] Es a Tomás de Aquino a quien debemos la diferenciación, definición y conceptualización de los conceptos de objeto formal y objeto material. En su teoría sobre el objeto, define éste como aquello sobre lo cual cae algún poder o condición, distinguiendo el objeto formal *(formaliter acceptum)* aquello que es susceptible de ser alcanzado directa y naturalmente por el poder o acto de conocimiento y, el objeto material *(materialiter acceptum)* término al cual, *a través del* objeto formal, apunta el poder o acto de conocimiento (Tomás de Aquino, *S. Theol.,* I, q. 1-7).

entre sus respectivos ordenamientos jurídicos; hacia una visión más personalista que construye la disciplina a partir del derecho o derechos fundamentales que constituyen su objeto.

Sobre la base de estas dos coordenadas y de estas dos líneas de evolución, nos detendremos a analizar, *grosso modo,* tres períodos que han marcado el devenir de las relaciones entre poder político y poder religioso (Edad Media, Edada Moderna e Ilustración), no son antes poner de relieve dos cuestiones previas de relevancia para comprender el estudio: 1) las divisiones históricas tienen cierto grado de convencionalidad; 2) existen siempre precedentes, que ayudan a explicar el contexto histórico en el que se producen los cambios de un período a otro y reminiscencias, los denominados *survivals* (Harris, 1978, pp. 141-143), que nos permiten identificar características aún no abandonadas, que provienen de un período anterior.

2. La relación entre poder político y poder religioso durante la Edad Media

Aunque el nacimiento de las reglas sobre las que se asentaba la convivencia de la comunidad cristiana habría que buscarlas en el origen mismo de esa religión, las bases conceptuales del Derecho canónico se encuentran, a partir del siglo IV, en la adaptación que hace *La Patrística* de la filosofía griega (fundamentalmente del neoplatonismo), a los dogmas de la nueva religión cristiana. Durante buena parte de la Edad Media la superioridad del Derecho canónico sobre el Derecho secular se construyó principalmente sobre la doctrina agustiniana que interpretaba la ley positiva como derivación de la ley eterna a través de la ley natural (García Pelayo, 1991, pp. 768-772).

En el siglo IV se producen, también, dos fenómenos históricos que resultarán determinantes en la relación entre poder político y poder religioso durante toda la Edad Media: el *Edicto de Milán* (313 d.c.)[3], mediante el que Constantino I y Licinio, proclamaron la tolerancia del cristianismo, que puso final al fin de las persecuciones; y, el *Edicto de Tesalónica,* Constitución «Cunctos populus», del Emperador Teodosio (380 d.c.), que convirtió al cristianismo niceno en la religión oficial del Imperio, inaugurando lo que Lagarde calificó como el matrimonio definitivo entre el Imperio romano y la Iglesia católica (Lagarde, 1973, p. 14). Iglesia e Imperio se identificaron y el emperador volvió a ser *Pontifex Maximus,* pero no ya del viejo culto pagano romano, sino de la Iglesia cristiana.

[3] El Edicto de Milán lo conocemos indirectamente fundamentalmente a través de la obra de Lactancio, *De mortibus persecutorum,* escrita entre los años 318-321 (vid. Lactancio, 2000).

La relación Iglesia-Estado durante la Edad Media responde así a un modelo de identidad, *reductio ad unum,* en el que lo único que variará será la afirmación de la primacía del poder espiritual *(teocracia)* o del poder temporal *(cesaropapismo),* que se irán alternando a lo largo de la historia. La tensión entre ambos polos, se disuelve en una situación de subordinación de uno a otro, porque ambos se consideran mutuamente imprescindibles. Cada uno de ellos valora positivamente al otro desde la perspectiva de la consecución de los propios objetivos como consecuencia de la identidad del objetivo último. De ahí que el polo más débil acepte como un mal menor, esa subordinación (Llamazares Fernández, 1997, 48). Bien entendido que la religión oficial del Imperio fue durante todo ese periodo la religión cristiana, de forma que, aun en caso de subordinación del poder religioso al poder temporal, el criterio de legitimidad del derecho humano seguía siendo el derecho divino conforme a la jerarquización agustiniana (Lombardía/Fornés, 1996, 27; Bernárdez, 1972, 22). Había una primacía, por tanto, del Derecho canónico, que tenía efectos más allá del ámbito interno de la Iglesia católica.

Reductio ad unum y tesis del origen divino del poder se erigen, de esta forma, en los dos elementos fundamentales sobre los que se explican las relaciones entre poder político y poder religioso, características que se extenderán más allá, incluso, como tendremos ocasión de comprobar, del período medieval.

3. La recepción del aristotelismo y el tránsito hacia la Edad Moderna

La recepción del aristotelismo fue uno de los precedentes que permiten explicar el cambio que más tarde aconteció con la llegada de la modernidad. Inicialmente, la recepción de las obras del filósofo estagirita se produjo de forma indirecta a través de las traducciones de árabes y judíos, y tuvo como principales núcleos de expansión: Bagdag, el califato de Córdoba y Toledo. Varios fueron los factores que confluyeron e hicieron posible este fenómeno que convulsionó la historia de occidente, dinamitando las bases conceptuales sobre las que se asentaba la organización social y política del medievo y haciendo posible el renacimiento teológico, filosófico, cultural y científico de occidente: la tarea de traducción de los textos clásicos al árabe, fundamentalmente en Bagdad, pero también en El Cairo y al-Ándalus; su asimilación por parte de los filósofos musulmanes y judíos haciendo posible la conciliación del rigor de los dogmas religiosos con la metodología racional (Avicena, Avicebrón, Averroes, Maimónides); el desarrollo cultural del califato de Córdoba; la presencia de figuras políticas interesadas por el saber, Abderramán III (891-961), Al-Hakam (915-976), Alfonso X el Sabio (1221-1284) y un fecundo período de convivencia intercultural, tras la conquista de Toledo (1085).

La Toledo del siglo XII se convirtió en un foco de intercambio cultural y conoció la labor de traducción de figuras como Domingo Gundisalvo (1115-1190), Gerardo de Cremona (1114-1187) que tradujeron del árabe al latín, o el judío converso Juan Hispano (1180), que tradujo del latín al castellano. En el siglo XIII se intensificaron las tareas de traducción impulsadas durante los reinados de Fernando III (1217-1252) y Alfonso X (1252-1284). Las tareas de traducción desarrolladas en Bagdad (siglos IX y X) y en Toledo (en los siglos XII y XIII), fuera en el marco de una Escuela o se tratara de un movimiento cultural (Santoyo, 2009), resultaron determinantes para la recepción del aristotelismo en occidente.

A principios del siglo XIII ya se conocían la mayor parte de los textos del *Corpus Aristotelicum* (a excepción de la *Poética* y la *Política*) y fue durante esa centuria cuando las obras de Aristóteles se convirtieron en imprescindibles y de obligada referencia en las recién nacidas universidades (Rus, 2008, p. 53). Fue a partir de la segunda mitad del siglo XIII cuando la influencia de Aristóteles se hizo más patente, recibiéndose la *Poética* y la *Política* y traduciéndose directamente su obra del griego[4]. A partir de 1230, el aristotelismo se implanta no sin controversias, oposiciones y censuras, en las Universidades de París y de Oxford. Su choque con la teología cristiana medieval provocó la adaptación de unos (tomismo), la reacción de otros (neoagustinismo teológico —Buenaventura— o tradición neoplatónica —Alberto Magno—), incluso la ruptura (Juan de Buridán o Siger de Bravante) (Rus, 2008, p. 55).

La recepción y asimilación de *La Política* de Aristóteles fue decisiva en la elaboración del concepto de ciudadanía y en la afirmación de la supremacía de la ley y del derecho como forma de limitar el poder político (Rus, 2008, 87). La célebre concepción antropológica del ser humano como animal político por naturaleza, facilitó el tránsito que permitió el paso del súbdito pasivo, al ciudadano que se interesa por los asuntos públicos y participa activamente en el gobierno de la ciudad (Rus, 2008, 118). Entre sus efectos más importantes, sembró la semilla, aunque de forma muy paulatina, de la ruptura de la unidad político, moral y religiosa *reductio ad unum,* sobre la que se asentó la estructura social, política y religiosa de la Edad Media y sirvió para desarrollar una ciencia de gobierno, liberada de la sujeción y servidumbre de la Teología moral, e independiente de la búsqueda de la legitimidad sagrada del poder político (Rus, 2008, pp. 89 y 100-103).

El creciente poder de la autoridad regia, la recepción del aristotelismo y la creciente importancia del Derecho romano sentaron las bases del cambio que significó el advenimiento del derecho moderno, pero no de forma inmediata. Si la última fase de la Edad Media en la historia del pensamiento se caracterizó por los esfuerzos doctrinales por hacer una lectura de la doctrina cristiana compatible con el aristotelismo; el sistema jurídico vigente estaba

[4] Guillermo de Moerbeker realizó la primera traducción completa de la obra directamente del griego al latín entre 1260 y 1264 (Rus, 2008, p. 53).

conformado, en la época, por el Derecho romano y por el Derecho canónico[5], la denominada, en palabras de Cavanna, «faz bifronte» del *Ius commune* (Cavanna, 1979). La lectura adaptada al cristianismo del aristotelismo encontró, de esta forma, su paralelo jurídico en una asimilación del Derecho romano adecuada a los principios del Derecho canónico. De esta forma, a pesar de los avances que produjo la recepción del aristotelismo, la concepción tomista siguió fiel al esquema general característico de la Edad Media, de carácter monista, que implicaba que la materia eclesiástica (y este sentido era muy amplio en ese período), debía ser regulada por la Iglesia, que se ayudaba de la autoridad del Estado para imponerla (De Luca, 1976, p. 4), sobre todo prestando su coactividad para castigar a los disidentes (herejes y cismáticos) (Llamazares Fernández, 1997, p. 60).

Se mantiene, en definitiva, durante toda esta época, como pone de relieve Llamazares Fernández, una auténtica espiritualización material y formal del Derecho positivo secular; y, una secularización también material y formal del Derecho canónico, por la continua interdependencia existente entre ambos ordenamientos. Así, podemos afirmar que existe un Derecho civil emanado del poder político sobre materias religiosas (espiritualización material del Derecho estatal) y un Derecho de la Iglesia sobre materias civiles (secularización material del Derecho canónico). Existe Derecho civil respaldado por la autoridad religiosa e informado por principios canónicos (espiritualización formal del Derecho civil); y, existe, finalmente, Derecho de la Iglesia respaldado formalmente por la autoridad política e informado, consecuentemente, por los principios del Derecho del civil (secularización formal del Derecho canónico). Tesis común a todos estos supuestos es el origen divino del poder, tanto espiritual como temporal. En último término, todo el Derecho, civil y eclesial, durante este período es confesional pues su fuerza de obligar descansa, en último término, en su conformidad con el derecho natural, expresión del derecho divino, de acuerdo con la tesis agustiniana del origen divino del poder y con el ideal de *reductio ad unum* característico del régimen de la cristiandad (Llamazares Fernández, 1997, pp. 28 y 29).

4. El origen del Derecho Eclesiástico del Estado

El ideal de una Cristiandad que unía a todos los pueblos cristianos bajo la autoridad temporal del emperador y la espiritual del Romano Pontífice, se reveló ya desde inicios del siglo XIV, un proyecto fracasado (Prieto, 2017, 226), en buena medida por los efectos de la crisis provocada por la recepción del

[5] El *Corpus Iuris Civilis* está conformado por: Instituciones, Digesto, Codex Iustiniani, Novellae de Justiniano y Authenticum o Autenticae; mientras el *Corpus Iuris Canonici,* promulgado en 1580 por Gregorio XIII aparece integrado por Decretum Gratiani, Decretales de Gregorio IX o Liber Extra (1234), Liber VI Decretalium bonifacio VIII (1298), Decretales Clementinae (1317), Extravagantes Johannis XXII (1325) y Extravagantes comunes (1500).

aristotelismo. La transición de la Edad Media a la Moderna se produce, por tanto, de forma lenta y gradual.

4.1. El nacimiento del Estado moderno y la Reforma protestante

El largo proceso que conduce a la Edad Moderna admite lecturas desde muchos puntos de vista, nos centraremos, sin embargo, en dos fenómenos de extraordinaria trascendencia desde el punto de vista de las relaciones entre poder político y poder religioso: uno de ellos, de carácter político, el nacimiento del Estado moderno; el otro, de carácter religioso, la Reforma protestante.

Lombardía ya subrayó la importancia que tuvo el nacimiento del Estado Moderno en el comienzo de la evolución del concepto de Derecho eclesiástico hacia su significación actual (Lombardía, 1983, p. 90). El nacimiento del Estado moderno significó la ruptura del ideal de unidad de la Cristiandad característico del Sacro Imperio Romano Germánico y está muy relacionado con lo que Lagarde denominó nacimiento del «espíritu laico». Vaya por delante, que el término laico en el sentido en que lo utiliza el historiador francés, nada tiene que ver con el principio de laicidad del que hablamos hoy en día (Prieto, 2017, pp. 226 y 227). Relacionada, más bien, la expresión con la reacción de los fieles contra la hegemonía del clero en el seno de la Iglesia o con el esfuerzo de emancipación del laicado, cabe interpretarla, en el contexto de las luchas entre el poder espiritual y poder temporal, como una tendencia a reivindicar la integridad de los derechos soberanos de las sociedades civiles frente al poder de la Iglesia. En este sentido, en la construcción del Estado moderno, «sentimiento nacional» y «espíritu laico» van de la mano en las reivindicaciones contra el papado (Prieto, 2017, p. 227).

El 31 de octubre de 1517, según cuenta la tradición, Lutero clavó en la puerta del castillo de Wittemberg las noventa y cinco tesis mediante las que se opuso a la venta de las indulgencias, iniciando, de esta forma, la Reforma protestante. La doctrina reformista adoptó como uno de sus postulados básicos la justificación por la fe (a diferencia de la católica, sostiene que el ser humano puede hacerse justo por sí mismo); conduciendo a un radical subjetivismo (Mateo, 1980, pp. 161-162) negador del poder de la Iglesia, del derecho divino y del carácter jurídico del derecho canónico (Roca, 2012, p. 8)[6]. El rechazó de la infalibilidad del Sumo Pontífice y la afirmación de la libre interpretación de la Biblia por cada conciencia sin necesidad de intermediarios, abrió la puerta en Europa a un pluralismo de creencias que vino a dar al traste con la unidad de fe característica de la Edad Media.

---

[6] Tan significativo y revelador como el episodio de la puerta del castillo de Wittemberg, fue el del 10 de diciembre de 1520 (último día para retractarse), en el que Lutero, también en Wittenberg, delante de la *Elstertor,* arrojó al fuego la Bula de excomunión *Exurge domine* y las Decretales; liberándose, con ello, del Derecho canónico (Roca, 2012, p. 8).

La negación del derecho divino, por su parte, permite fundamentar la potestad de los príncipes protestantes es su jurisdicción territorial (*iura territorialia* o *maiestatica*), absorbiendo, de esta forma la competencia en materias eclesiásticas que se convierte en una más de las competencias generales del Estado (Roca, 2012, p. 14). En los países en los que triunfa la Reforma, el Estado asumirá, por vez primera, la competencia para regular los asuntos eclesiásticos, llegando incluso a regular la propia organización y disciplina interna de las confesiones. Nace así una nueva rama del Derecho estatal: el Derecho eclesiástico del Estado que regula los asuntos eclesiásticos no desde el poder de la Iglesia, sino desde el del Estado, a diferencia del Derecho canónico (Souto, 1993, p. 32); confesional uno (Derecho canónico), secular el otro (Derecho eclesiástico del Estado. Las Iglesias se configuran, así, como corporaciones de Derecho público y el Derecho eclesiástico del Estado como una rama más del Derecho estatal público (García Hervás, 1997, p. 59).

La pluralidad de creencias y de Estados dan al traste con el ideal universal de la *reductio ad unum,* pero se sigue, sin embargo, manteniendo la tesis del origen divino del poder. Esto impide la definitiva secularización del poder estatal y explica que la voluntad de realizar el ideal de la unidad religiosa y política, en vez de a escala universal, se traslade al interior de cada uno de los recién nacidos Estados nacionales, sobre la base de la unidad de jurisdicción, conforme al lema *cuius regio eius religio* (Llamazares Fernández, 2011, 29). La identificación entre unidad religiosa y unidad política dará lugar al fenómeno de las Iglesias nacionales (galicanismo, anglicanismo) y a las guerras de religión, tanto civiles como entre Estados que asolaron Europa durante buena parte de los siglos XVI y XVII.

En este contexto de absoluta intolerancia religiosa, no tenía cabida el ejercicio de la libertad religiosa o de culto de aquellos que profesaran unas creencias distintas a las del monarca, ni siquiera restringido al ámbito privado; tampoco el reconocimiento de minorías religiosas que eran virulentamente perseguidas y expulsadas, cuando no directamente exterminadas. Esta es la razón por la que Souto Paz ha subrayado, con acierto, que denominar Derecho eclesiástico a la rama del ordenamiento jurídico del Estado que se ocupa del estudio de la libertad religiosa es una antinomia: «Si atendemos a sus orígenes históricos, el Derecho eclesiástico del Estado surge en un momento histórico en el que el absolutismo y la confesionalidad del Estado conlleva la intolerancia religiosa, la persecución y la represión de los disidentes del monarca en materia religiosa. Pero es evidente que la intolerancia religiosa supone la privación de la libertad religiosa; es más, constituye su antítesis. Por eso, atendiendo a su formulación histórica, el Derecho eclesiástico del Estado vinculado a la intolerancia religiosa es un término antagónico de la libertad religiosa» (Souto, 1993, p. 34).

Se abrió camino, no obstante, una concepción dualista de la realidad que implicaría el reconocimiento de la diferencia entre el poder espiritual y el temporal, con zonas de autonomía, pero con una zona mixta de interés co-

mún, cuya competencia se resuelve, al igual que sucedía en la fase anterior, con la subordinación de un polo al otro, originando dos modelos diferentes: la *Iglesia de Estado,* si el Estado regula las materias mixtas; y, el *Estado confesional,* si lo hace la Iglesia. El primer modelo se consolida en los países en los que triunfa la Reforma protestante; el segundo, en los que triunfa la Contrarreforma católica (Llamazares Fernández, 2011, 49).

4.2. El Regalismo y el nacimiento del *Droit Civil Ecclésiastique*

En los países en los que triunfó la Contrarreforma también se produjo una injerencia o incursión del poder secular en el ámbito de lo religioso, que ha sido calificada de «herejía administrativa» (Menéndez Pelayo, 1956, p. 395), en claro paralelismo con la herejía doctrinal atribuida a los protestantes. La confesionalidad católica fue usada por los monarcas (Regalismo) como «instrumento de cohesión política de carácter doctrinal» (Souto, 1993, p. 38), provocando una intervención en los asuntos eclesiásticos a través de los denominados *iura maiestatica circa sacra* (De Luca, 1976, p. 5), en función de los privilegios que el Monarca conseguían arrancar al Papa, en épocas de debilidad de éste, construyendo un auténtico derecho nacional en materia eclesiástica (Llamazares Fernández, 2011, p. 29).

Este fenómeno tuvo lugar con meridiana claridad en Francia. El galicanismo implicó que el poder temporal asumiera la responsabilidad del poder espiritual, confirmándose con el Concordato de 1516 y teniendo su culminación en la Declaración del clero de 1682, durante el reinado de Luis XIV (Boyer, 1993, p. 27; Barbier, 1995, p. 20), hasta el punto de que haya podido afirmarse que *el rey, en realidad, es en Francia más jefe de la Iglesia que el Papa*. Esta intervención real en materia religiosa dio lugar en Francia al nacimiento de una ciencia jurídica nueva conocida con el nombre de «Droit civil ecclésiastique», entendido como la legislación y jurisprudencia estatal en materia eclesiástica (De Luca, 1976, 6).

La doctrina eclesiasticista francesa de los siglos XVII y XVIII ejercerá un especial influjo sobre la alemana, de la que después se nutrirá la Escuela del Derecho eclesiástico italiana (Cubillas, 1998, 21-22).

5. La tolerancia como punto de inflexión hacia el personalismo

El siglo XVII conoció un punto de inflexión hacia el reconocimiento del derecho a la libertad religiosa: la tolerancia, que basada en las ideas de John Locke (Locke, 1689, 1690 y 1692), encontró su trasunto jurídico en los Tratados que pusieron fin a las guerras de religión (Llamazares Fernández, 2011, 94-106) y en la promulgación en mayo de 1689 por parte del Parlamento Británico del *Acta sobre la Tolerancia (Toleration Act),* que acompañaba a la

Declaración de Derechos (Bill of Rights) impuesta a Guillermo de Orange para que fuera admitido como legítimo sucesor de Jacobo II. El *Acta sobre la Tolerancia* supuso el primer paso hacia la instauración de una monarquía constitucional fundamentada en la idea de contrato social (Burke, 1989, p. 61), que vino a sustituir a las viejas monarquías hereditarias que buscaban su legitimación en el principio del origen divino del poder[7]. La afirmación definitiva del derecho a la libertad religiosa hubo, sin embargo, de esperar a la redacción de los primeros textos jurídicos de declaración de derechos del último tercio del siglo XVIII[8], una vez se había abandonado, bajo los influjos de las ideas ilustradas, el principio del origen divino del poder.

La diferencia entre uno y otro período puede percibirse claramente en las obras de Milton y Stuart Mill y en el diferente papel que para cada uno de ellos juega la religión en relación con la afirmación de los derechos a las libertades de expresión y de pensamiento. John Milton en su famoso *Discurso ante el parlamento británico en defensa de la libertad de prensa,* tras una encendida defensa de la libertad de conocer, expresar y discutir libremente las ideas políticas y científicas de acuerdo con la propia conciencia, entiende que en el ámbito religioso dicha libertad se encuentra limitada por la existencia de una verdad que él considera auténtica y superior, que, en su caso, se identifica con la de la Iglesia reformada (Milton, 2011). Stuart Mill, siglos más tarde sostiene, por el contrario, en un ambiente plenamente secularizado que la libertad de expresión no debe encontrar ningún límite específico en materia religiosa, mucho menos recurriendo a las penas para restringir las opiniones contrarias a la religión (Stuart Mill, 2004, 84).

6. La Ilustración: la definitiva ruptura con la tesis del origen divino del poder y el nacimiento de derecho de libertad de conciencia

Serán los ideales de la Ilustración los que marquen una nueva etapa caracterizada por la quiebra del principio del origen divino del poder, lo que conducirá a un progresivo debilitamiento de la confesionalidad del Estado. El Derecho Eclesiástico cambiará de objeto: de las relaciones de poder Estado-Iglesia, más concretamente del conflicto de competencias al derecho subjetivo de libertad religiosa como derecho civil (Llamazares Fernández, 2011, p. 29). Fluctuando, en definitiva, de una visión profundamente institucionalizada que ponía el acento en la relación entre el Estado y las Confesiones

[7] Si bien, el avance por cuanto a la tolerancia religiosa se refiere, no fue completo, pues el *Acta sobre la Tolerancia* fue acompañada pocos años después por el *Acta de exclusión de los católicos (1701),* partidarios de los Estuardo.

[8] Artículo 16 de la *Declaración de Derechos de Virginia de 1776,* proclamada en el contexto de la independencia americana; y artículo X de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,* aprobada en el marco de la revolución francesa.

religiosas (entre poderes o entre ordenamientos), a otra concepción eminentemente personalista (Cubillas, 1998, p. 16).

Las ideas Ilustradas abren el camino de reconocimiento al derecho a la libertad de conciencia no solo para tener unas u otras creencias religiosas, sino también para no tener ninguna y para tener creencias no religiosas. A partir de la Ilustración, el reconocimiento del derecho de libertad de conciencia dependerá de que el Estado y su derecho se liberen de criterios teológicos, algo que sucederá por dos vías: en los países con Iglesia de Estado la evolución pondrá el acento en la reconquista por parte de las Iglesias de su autonomía a costa de la renuncia progresiva por parte del Estado a su control. En los Estados confesionales (mayoritariamente católicos), en cambio, es el Estado quien tiene que ir liberándose del control de la ortodoxia doctrinal por parte de la Iglesia (Llamazares Fernández, 2011, p. 142).

7. Nacimiento y formación del llamado «moderno» Derecho Eclesiástico del Estado

Llamazares Calzadilla ha puesto de relieve que el Derecho Eclesiástico en su sentido moderno no es, como frecuentemente se afirma, una creación italiana, «lo que Scaduto y Ruffini hicieron no fue otra cosa que enlazar con el *Staatskirchenrecht* alemán, tomando de él sus puntos de partida básicos; cercano a las posiciones de P. Hinschius el primero, y discípulo de E. Friedberg el segundo, que fueron, a su vez, discípulos de A. L. Richter. Se puede afirmar con de Luca, por tanto, que es Richter el verdadero fundador y sistematizador de la nueva ciencia del Derecho eclesiástico del Estado que nace, en consecuencia, en Alemania» (Llamazares Calzadilla, 2002, 238).

El propio Scaduto reconoce que «con la expresión Derecho eclesiástico vigente en Italia se hace referencia a lo mismo que con la expresión «policía eclesiástica», o a lo que en Francia se denomina *Droit civil ecclésiastique* y en Alemania *Staatskirchenrecht* (Llamazares Calzadilla, 2002, 239); y, no sin razón Ruffini ha sido considerado por De Luca como «el más eficaz intermediario científico entre la escuela histórica eclesiasticista alemana y la nueva ciencia eclesiasticista italiana» (De Luca, 1946; 70, 71 y 124).

7.1. El derecho eclesiástico alemán

Presupuesto del nacimiento del denominado «moderno» Derecho eclesiástico, fue la asunción por parte del Estado de la competencia para regular asuntos eclesiásticos. Fenómeno que, en principio, se manifestó en las zonas en las que triunfó la Reforma, como consecuencia de la subordinación de la Iglesia al Estado, y que posteriormente también se produjo, como hemos señalado, en las zonas católicas, en virtud de la doctrina de la unidad de juris-

dicción característica del Regalismo. Es explicable, por tanto, que el origen histórico del Derecho eclesiástico se sitúe en la Alemania protestante.

La evolución del Derecho eclesiástico del Estado en Alemania no ha sido otra cosa que la historia de la recuperación de su autonomía por parte de las Iglesias (Llamazares Calzadilla, 2002, p. 239). Atendiendo a este proceso cabe distinguir tres etapas (Rouco, 1970, pp. 117-143):

a) *Período de afirmación de la supremacía del Derecho del Estado,* en el que se atribuye al Príncipe, en virtud de la unidad de jurisdicción nacional, la competencia para regular todo lo relativo a la exterioridad de la Iglesia, tanto el *ius circa sacra,* como el *ius in sacra* (doctrina y culto), que en los territorios católicos (Austria, Prusia o Baviera), encuentra su paralelo en las instituciones como el *patronato* y el *placet regio.*

b) *Renuncia del Estado a la competencia sobre las cosas sagradas.* Por influencia de las ideas iluministas, el Estado se limita a evitar la contradicción de las normas eclesiales con las leyes estatales *(ius inspectionis),* por lo que renuncia al *ius in sacra* (competencia sobre doctrina y culto), y únicamente conserva el *ius circa sacra* que, a su vez, se irá reduciendo hasta aplicarse únicamente a las Iglesias y corporaciones de Derecho público únicamente cuando desempeñen funciones y competencias públicas (art. 137 de la Constitución de Weimar).

c) *Reconocimiento del derecho a la libertad religiosa como derecho civil.* El Proyecto de Constitución del Reich de 1848 marca el punto de inflexión que da paso a esta nueva etapa, al reconocer el derecho de libertad de fe y práctica religiosa en privado y en público como un auténtico derecho fundamental del que son titulares todos los ciudadanos (Landau, 1997, pp. 164-165). La Constitución de Francfort de 1849, sin llegar a establecer un auténtico régimen de separación Iglesia-Estado, reconoce autonomía interna a las confesiones religiosas, que se pueden constituir como asociaciones privadas sin necesidad de autorización estatal (Landau, 1997, p. 167). La Constitución de Prusia de 1850, por el contrario, abre la posibilidad de que algunas Iglesias puedan obtener la cualidad de corporaciones de Derecho público, quebrando el principio de igualdad entre las confesiones y justificando, en virtud de la teoría de la correlación[9], la vuelta al control de las confesiones por parte del Estado, con la consiguiente merma de la autonomía interna de aquéllas (Llamazares Calzadilla, 2002, p. 242).

Es en el contexto de esta última fase en el que se sitúan las obras de Hinschius[10] y de Friedberg a los que aparecen vinculados, respectivamente,

[9] Sobre la teoría de la correlación: Zabalza Bas (1986).

[10] Sobre las aportaciones de Hinschius al Derecho Eclesiástico del Estado: Pardo (2021).

las obras de Scaduto y de Ruffini[11]. Ambos, protestantes, recibieron la influencia de Richter del que fueron discípulos. Este último tuvo una visión omnicomprensiva del Derecho eclesiástico, cuyo objeto de estudio se extendía a las relaciones internas de los fieles con la Iglesia, de las Iglesias entre sí y de éstas con el Estado, cualquiera que fuese su fuente de producción (De Luca, 1946, pp. 60-62).

La obra de Friedberg responde a planteamientos historicistas, estudia la evolución de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, llegando a la conclusión de que en el Estado es libre para optar o no por un régimen de separación respecto a las Iglesias o confesiones religiosas, si bien, Friedberg aclara que el Estado no debería en ningún caso estar vinculado a una determinada ética religiosa, aun cuando él mismo tenga un contenido ético, lo que se traduciría en una evidente violación del derecho de libertad de conciencia de los ciudadanos (Landau, 1997, p. 177). Desde estos planteamientos las confesiones religiosas quedan incluidas en la categoría de las asociaciones privadas y su autonomía interna reducida al *minimun,* pues verían sometido su poder disciplinario al control de un Tribunal administrativo estatal que velara por los derechos de los ciudadanos en el seno de la confesión (Landau, 1997, p. 188).

Conviene en este punto, en relación con el análisis de las relaciones Iglesia-Estado, traer a colación las aportaciones de Sohm (Llamazares Fernández, 1970), quien niega que la Iglesia pueda ser fuente de derecho. Las únicas normas reguladoras de cuestiones eclesiásticas con naturaleza jurídica, serían, en consecuencia, las estatales. Solo en la medida en la que las Iglesias posean naturaleza de corporaciones de derecho público, participan en la definición de la ética estatal, siendo, en este caso, esa misma naturaleza la que exige su subordinación al derecho estatal, doctrina, esta última, que será fundamento de la teoría de la correlación (Landau, 1997, pp. 179-182).

Hinschius también niega la naturaleza jurídica de las normas de origen eclesiástico (De Luca, 1946, pp. 93-93), sin embargo, rechaza tanto la tesis de la subordinación de la Iglesia al Estado, como la de la coordinación y cooperación (Landau, 1997, p. 185). Funda su concepción sistemática del Derecho eclesiástico del Estado en dos principios:

a) Independencia del Estado con respecto a las Iglesias u asociaciones religiosas privadas.
b) Autonomía de las Iglesias y de las sociedades religiosas para administrar sus propios asuntos (Landau, 1997, p. 184).

[11] La significación de las aportaciones de todos ellos a la formación del denominado «moderno» Derecho eclesiástico del Estado, ha sido estudiada y extraordinariamente sintetizada por Llamazares Calzadilla (2002, pp. 242-248).

Para Hinschius, «la relación entre Iglesia y Estado es de mera coexistencia, quedando del *ius in sacra* solo el «ius inspiciendi» y considerando desaparecidos no solo el *ius reformandi* sino también el *ius advocative* (cooperación)» (Llamazares Calzadilla, 2002, pp. 244-245).

El acervo doctrinal de la época se incorporó a la Constitución de Weimar (1919) por medio de la obra de Kahl. Este autor, recogiendo la idea sohmiana de la igualdad ética de Estado e Iglesia, recuperará, frente a Hinschius, las ideas de la cooperación del Estado con las confesiones en razón de su contribución a la conformación de la ética común, sin renunciar consecuentemente al *ius reformandi,* con la distinción entre corporaciones públicas y sociedades religiosas (asociaciones de Derecho común), reconocidas y no reconocidas. Pero tiene clara conciencia de que esa es una cristalización histórica determinada, y que la evolución futura señala abiertamente en una concreta dirección: la separación de Estado e Iglesia como solución definitiva, en un futuro no determinable (Llamazares Calzadilla, 2002, pp. 245-246).

A partir de la obra de Kahl el Derecho eclesiástico pasa a formar parte definitivamente del Derecho público estatal, en concreto, del Derecho constitucional. Cuatro son, según Llamazares Calzadilla, «los pilares fundamentales sobre los que cristaliza el resultado del proceso de secularización del Estado y de espiritualización de la Iglesia que se habían acusado especialmente a lo largo del siglo XIX:

1. El derecho de libertad de creencias religiosas y no religiosas.
2. El principio de neutralidad (que no separación) religiosa e ideológica del Estado.
3. La autonomía de las confesiones para regular y administrar sus asuntos internos, con reconocimiento de eficacia jurídica estatal, como parte del Derecho público y no solo del privado (Derecho estatutario), de determinadas normas o actos jurídicos eclesiales.
4. El principio de la paridad, no de hecho, sino como posibilidad abierta, y no solo entre las distintas confesiones religiosas sino también entre éstas y las asociaciones no religiosas, filosóficas, por ejemplo, articuladas en torno a una cosmovisión que pretende dar respuesta a eso que llamamos las últimas preguntas, el sentido del mundo, de la vida y del hombre» (Llamazares Calzadilla, 2002, pp. 245-246).

7.2. El Derecho eclesiástico italiano

En el proceso de formación del Derecho eclesiástico del Estado tal y como hoy lo conocemos, resultan centrales las figuras de Ruffini y Scaduto, considerados pioneros de la ciencia eclesiasticista italiana (Jemolo, 1979, pp. 125-127; Lombardía, 1980, pp. 141-145), a Scaduto debemos el propio concepto

moderno de Derecho eclesiástico del Estado (Scaduto, 1885)[12]. Ambos, han tenido enorme influencia directa en la doctrina española (De la Hera, 1972, 78-88; Martínez-Torrón, 1999, p. 29).

Se suelen contraponer las doctrinas de estos dos autores que escriben en un contexto de duro enfrentamiento entre la Iglesia y el Estado (Solá-Granell, 2017, 801-803): Más historicista, realista y de *iure condito,* la del primero; más racionalista, conceptual y de *iure condendo,* la del segundo (Llamazares Calzadilla, 2002, 249); pasando por alto algunos presupuestos comunes, indicados por Llamazares Calzadilla, que interesa subrayar:

— Ambos rechazan un planteamiento confesional de la disciplina.
— Para ambos el objetivo último es la garantía del derecho de libertad religiosa.
— Ambos estiman que el Derecho eclesiástico es una disciplina científica autónoma, aunque Ruffini de forma más atenuada (Llamazares Calzadilla, 2002, 249).

Para Ruffini la relación entre Iglesia y Estado es entre dos iguales (Tedeschi, M., 1993, p. 332). En consecuencia, mantiene una concepción del Derecho eclesiástico integradora del Derecho estatal y del Derecho confesional (González del Valle, 1995, p. 59). Ruffini caracteriza el derecho de libertad religiosa, como derecho subjetivo de carácter público, que conlleva también unas obligaciones y responsabilidades por parte del Estado (Solá-Granell, 2017, pp. 806-810). Puede afirmarse que el resultado es una visión de la disciplina monista en cuanto al objeto o materia regulada, pero dualista en cuanto a las fuentes de producción del mismo (Llamazares Calzadilla, 2002, p. 252)[13].

Para Scaduto, sin embargo, la Iglesia está jurídicamente subordinada al Estado (Tedeschi, M., 1993, p. 332). Siguiendo a Hinschius, sostiene que el Derecho eclesiástico está conformado únicamente por el conjunto de normas jurídicas relativas a la materia eclesiástica vigentes en el ordenamiento estatal. No niega juridicidad al Derecho canónico, pues es el objeto de interés del canonista (De Luca, 1946, pp. 91-92); y queda siempre abierta la posibilidad de que, mediante la técnica de la remisión, el ordenamiento estatal otorgue fuerza jurídica a normas que originariamente son de naturaleza confesional (De Luca, 1946, pp. 128-129), «conservan siempre una gran importancia histórica y sociológica, pero al jurista laico hoy le interesa sobre todo aquellas

[12] Scaduto no ofrece una definición del concepto moderno de Derecho eclesiástico del Estado, pero la concibe como una rama del ordenamiento jurídico que debe comprender las normas del derecho estatal sobre materia eclesiástica, las normas de origen eclesiástico recibidas en el ordenamiento del Estado y, además, la normativa eclesiástica que no forma parte del ordenamiento estatal, pero que permite comprender lo que es la Iglesia y su modo de relacionarse con el Estado. Sobre la prolusión (Ibán, 2004).

[13] Subrayando este aspecto Llamazares Calzadilla entiende que la doctrina de Ruffini sería más bien dualista y no monista como la califica De Luca (Llamazares Calzadilla, 2002, p. 252).

que están reconocidas directa o indirectamente por el poder civil» (Scaduto, 1885, p. 14)[14].

Las diferencias más relevantes que, para la comprensión de la evolución del concepto de Derecho eclesiástico del Estado, se desprenden de estas dos concepciones, han sido sintetizadas por Llamazares Calzadilla (Llamazares Calzadilla, 2002, pp. 249-252)[15], algunas de las más importantes que aún no hemos mencionado son:

Para Scaduto el Derecho eclesiástico está constituido únicamente por las normas emanadas del Estado en materias eclesiásticas para proteger el derecho de libertad religiosa de sus ciudadanos («policía eclesiástica») y por las normas del Derecho canónico a las que el ordenamiento estatal haya dotado de eficacia vinculante. Ruffini, junto a las normas unilaterales (las dictadas por el Estado y las canónicas que el Estado hace suyas), añade un tercer tipo de normas: las normas bilaterales. Este último elemento se introduce con tal fuerza que el Derecho pacticio o concordatario acabará por convertirse en centro principal del Derecho eclesiástico italiano.

También es diferente la concepción que ambos autores tienen sobre el carácter y la eficacia jurídica de los concordatos, lo cual tiene consecuencias importantes incluso respecto de su concepción del Derecho eclesiástico. Para Ruffini, estamos ante Tratados de Derecho internacional; para Scaduto ante Tratados que tienen un mero valor político y que están desprovistos de toda eficacia jurídica, a menos que hayan sido refrendados como leyes por el Estado, como defenderá más adelante Sohm.

Es distinta la relación entre el derecho de libertad religiosa y el modelo de relaciones entre Iglesia y Estado: para Scaduto la confesionalidad, aunque sea histórico-sociológica, es incompatible con el respeto de la libertad de religiosa; más aún, para él ese derecho solo puede encontrar su contexto adecuado en un régimen de separación. Según Ruffini, en cambio, esa vinculación es acientífica, por contradicha por la historia, y es perfectamente posible el respeto de la libertad religiosa en un régimen de confesionalidad histórico-sociológica.

Mientras Scaduto defiende la neutralidad ideológica y religiosa del Estado, dado que el derecho de libertad religiosa no se basa en la verdad o en la revelación, sino en la libertad de conciencia del ciudadano, Ruffini defiende la posibilidad de que se privilegie a la confesión mayoritaria.

No es menor la diferencia en la concepción en la relación entre igualdad y libertad de las Iglesias y confesiones, y el hecho consiguiente de que se

---

[14] Traducción propia.

[15] El número de apartados no coinciden con los propuestos por Llamazares Calzadilla. Asimismo, tampoco coincide el orden, en nuestro caso hemos enumerado los aspectos atendiendo, en primer lugar, a las consecuencias directas que se desprenden de las líneas generales con las que hemos caracterizado las doctrinas de Ruffini y Scaduto; y, en segundo lugar, hemos hecho referencia a los factores sistematizándolos de forma relacionada con los dos elementos que conforman el principio de laicidad del Estado: separación y neutralidad.

rijan o no por un Derecho especial. Según Ruffini, no lesiona el derecho de libertad el hecho de que una confesión como la católica tenga un régimen jurídico especial, en tanto que para Scaduto, todas las Iglesias y confesiones deben estar sometidas al Derecho común: la Iglesia católica es una asociación de Derecho común» (Llamazares Calzadilla, 2002, pp. 249-252).

Si las aportaciones de Ruffini y Scaduto no se comprenden adecuadamente sin tomar en consideración las concepciones del Derecho eclesiástico de Friedberg y Hinschius, la evolución de la doctrina italiana inmediatamente posterior a estos dos autores se comprende de nuevo en referencia a un autor alemán, esta vez como reacción a los postulados de Sohm (Llamazares Calzadilla, 2002, p. 252).

Las construcciones de la denominada «escuela del Derecho Público Eclesiástico», desde una perspectiva teológica; y, los planteamientos de Santi Romano, desde una perspectiva laica, se inscriben en estas coordenadas (Llamazares Calzadilla, 2002, pp. 252-253). Ambos planteamientos conducen a similares conclusiones: la aplicación al Derecho eclesiástico de las categorías y técnicas del Derecho internacional y la concepción de las relaciones entre Iglesia y Estado desde una óptica puramente institucionalista[16]. Paradigmática, en este sentido, es en los años 30 y 40 la obra de Checcini. A esta concepción responden los Pactos lateranenses de 1929, equiparación de la Iglesia a un Estado a todos los efectos, mutuo reconocimiento de la soberanía de Estado e Iglesia, situados en plano de igualdad (Llamazares Calzadilla, 2002, p. 253).

La vigente Constitución italiana de 1947 supuso un cambio de rumbo hacia una concepción más personalista (Llamazares Calzadilla, 2002, p. 253), aun cuando se pueden percibir claras reminiscencias de los planteamientos institucionalistas, por ejemplo, en la constitucionalización de la bilateralidad.

La evolución doctrinal del Derecho eclesiástico italiano bien se puede entender como «el resultado de sumar a las influencias básicas alemanas las posiciones de Scaduto, Ruffini y Santi Romano» (Llamazares Calzadilla, 2002, p. 254), pudiéndose distinguir en la ciencia eclesiástica italiana actual, a grandes líneas, dos corrientes doctrinales:

a) «Una, más cercana a Scaduto, defensora de la laicidad del Estado, especialmente preocupada por la igualdad, que pone en solfa tanto el principio de bilateralidad como la técnica de los acuerdos por ver en ellos el germen de la desigualdad y del privilegio, y que concibe el Derecho eclesiástico del Estado como el constituido únicamente por normas que reciben su imperatividad formal y su fuerza de obli-

[16] «La perspectiva desde la que se afronta el estudio (es) internacionalista e institucional. Institucional porque lo que interesa es el planteamiento jurídico del diálogo entre Estado e Iglesia. Los problemas no surgen de la atención al individuo y su ámbito de libertades (...), internacionalista, también —o interordinamental, si se prefiere—, porque todo ese planteamiento tiene lugar en el marco de una relación entre ordenamientos: el estatal y el canónico» (Martínez-Torrón, 1999, p. 31).

gar como normas civiles del Estado (así lo entiende, por ejemplo, del Giudice).

b) La otra, más cercana al pensamiento de Ruffini, defiende el principio de bilateralidad, encuentra justificadas las situaciones de desigualdad de la Iglesia católica respecto de las otras confesiones por su distinto peso histórico-sociológico, y, o bien niega la laicidad del Estado italiano o, como hace el Tribunal de Garantías Constitucionales, le da un contenido más que discutible —que se traduce en una solapada o disimulada confesionalidad histórico-sociológica— (aquí se inscribe Jemolo en su primera época)» (Llamazares Calzadilla, 2002, pp. 254-255).

8. El Derecho eclesiástico del Estado en la doctrina española a partir de la Constitución de 1978

En un sentido amplio, afirmaba Lombardía, «un Derecho eclesiástico español ha existido siempre», si bien, «no todo el Derecho español histórico sobre esta materia religiosa puede considerarse […]. Derecho eclesiástico en sentido propio; es decir, Derecho eclesiástico, tal como suele concebirse esta rama del Derecho del Estado por la más reciente doctrina» (Lombardía, 1983, p. 11)[17]. Desde esta perspectiva, el Derecho eclesiástico tiene su origen a partir del momento en el que el estudio de la legislación estatal sobre materia religiosa es objeto de un tratamiento autónomo diferenciado del estudio del Derecho canónico y esto sucede, como ha acreditado Rodríguez Blanco, desde tiempo antiguo, si nos atenemos a las crónicas que en 1894 y 1895 publicó el propio Ruffini sobre la ciencia del Derecho eclesiástico en España (Rodríguez Blanco, 2003).

Las bases de un estudio sistemático hay que situarlas, sin embargo, en la entrada en vigor de la Constitución de 1978, pues «es a partir de entonces cuando los juristas eclesiasticistas, desde los postulados de los principios informadores y valores de la Carta Magna, estamos elaborando un sistema de normas comprensivo del Derecho eclesiástico con plena y total autonomía científica» (Olmos, 1987, p. 211). En España, «el enfoque individual y constitucional del derecho eclesiástico (...) empiezan a encontrar receptividad entre la canonística española (...) a raíz de la Constitución de 1978. Hasta entonces puede decirse que el estudio del tratamiento jurídico del factor religioso no había salido de la órbita del derecho canónico, concretamente —entendida en sentido amplio— en su dimensión de derecho concordatario» (Martínez-Torrón, 1999, p. 37). Aún habría que esperar, sin embargo, hasta 1984 para que el Derecho eclesiástico fuera reconocido normativamente como área de co-

[17] Sobre los precedentes históricos del Derecho eclesiástico español, ver también: Lombardía (1982).

nocimiento y disciplina autónoma[18], aunque contó con su precedente en la materia de *Disciplina eclesiástica* que ya se estudiaba en la Universidad española en el siglo XIX (Rodríguez Blanco, 2003, p. 187).

La doctrina española, como señala Souto Paz, ha acogido el Derecho eclesiástico del Estado como un derecho de la libertad, «la declaración, el reconocimiento y tutela de los derechos y libertades fundamentales no es un hecho cultural o una moda pasajera es, sencillamente, una conquista irrenunciable de la humanidad. La construcción del Derecho, en otras épocas, ignorantes de estos derechos, no son asumibles hoy, ni en el futuro. No es pensable hoy llamar Derecho a una norma que prescriba la intolerancia; sería, sencillamente, la fuerza, la coacción ilegítima. Será en todo caso la instrumentalización de una técnica jurídica —no del Derecho— al servicio del poder, la fuerza o la coacción. [...] en consecuencia, y, es nuestra opinión, la libertad, su tutela jurídica, no es una opción política; es una exigencia jurídica, una vez que la humanidad ha alcanzado una nueva y más profunda concepción de la dignidad humana» (Souto, 1993, 33-35).

No obstante, a pesar de este punto de partida común, las diversas posiciones doctrinales basculan desde concepciones más institucionalistas a otras más personalistas (Castro Jover, A., 1993, pp. 73-103), hasta el punto de que Ibán Pérez ha indicado que «no creemos que hoy se pueda hablar de concepto de Derecho eclesiástico, sino, antes bien, de conceptos. Y no se trata de diferencias de matiz, sino de diferencias muy profundas» (Ibán, 1984, p. 183).

Por nuestra parte, siguiendo la clasificación que propone Cubillas Recio (1998, pp. 51-71), atendiendo fundamentalmente al objeto de la disciplina, distinguiremos, a grandes rasgos, tres posiciones doctrinales, exponiendo las razones por las que entendemos que la última de ellas presenta algunas ventajas:

a) Derecho eclesiástico del Estado como regulación estatal de «lo religioso».
b) Derecho eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad religiosa.
c) Derecho eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia.

8.1. El Derecho eclesiástico del Estado como regulación estatal de «lo religioso»

Los autores a los que cabe adscribir a esta línea coinciden en afirmar que el objeto inmediato del Derecho eclesiástico es la regulación estatal de *lo religioso,* aun cuando discrepen sobre el significado y alcance de esta expresión: materia eclesiástica, fenómeno religioso, factor religioso. Lo importante

[18] RD 1888/1984, de 26 de septiembre, por el que se regulan los concursos para la provisión de plazas de los Cuerpos docentes universitarios (BOE, núm. 257, de 26 de octubre de 1984).

es que la materia o actividad religiosa tenga trascendencia social y que esta sea percibida y regulada por el derecho estatal, y, es este elemento de la trascendencia social el que explica la relevancia que desde estos planteamientos se concede a las confesiones, lo que trasladado al ámbito jurídico implica: pluralismo de fuentes y cooperación obligatoria por parte del Estado (Cubillas, 1998, p. 53).

Desde estas posiciones se establece una correlación necesaria entre actividad religiosa con trascendencia social, pluralismo de fuentes, cooperación y libertad religiosa; pero no se toman, como pone de relieve Cubillas Recio, suficientemente en cuenta los principios informadores no ya del Derecho eclesiástico, sino de la totalidad del ordenamiento jurídico a los que el comportamiento del Estado debe adecuarse, incluida la relación que éste mantenga con las confesiones religiosas; a lo que debe añadirse que dichos principios se bastan para dar respuesta a la demanda de trascendencia social del factor religioso, (piénsese, por ejemplo, en el principio de participación), sin necesidad de conceder una status jurídico privilegiado a las Confesiones religiosas (Cubillas, 1998, p. 53). Subyace a estas posturas una valoración positiva del fenómeno religioso,

8.2. El Derecho eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad religiosa

Esta concepción supone el paso de una visión más institucionalista a otra más personalista, al poner el acento en el derecho de libertad religiosa en cuanto derecho fundamental (Ruano, 2003, p. 414). Se trata, sin embargo, de una posición que admite muy variados puntos de vista que van desde quienes restringen el contenido de la libertad religiosa exclusivamente a la protección de las creencias y prácticas religiosas propiamente dichas; a aquellos otros que amplían el objeto de esa libertad, hasta dar cabida a todo tipo de creencias de tipo humanístico, filosófico, ateístico; siempre, eso sí que de alguna manera se equiparen a las creencias religiosas.

Ningún obstáculo metodológico impide analizar desde el punto de vista de la libertad religiosa (objeto formal) la libertad reconocida en el artículo 16.1 C.E. Incluso «esa sería —como subraya Llamazares Fernández— la perspectiva históricamente obligada por cuanto la libertad secularizada de creencias tiene su precedente y punta de lanza en la libertad religiosa en sentido estricto» (Llamazares Fernández, 2001, p. 277)[19]. El problema se plantea cuando se pretende hacer de la libertad religiosa la libertad genérica reconocida

[19] Un estudio pormenorizado que pone de manifiesto cómo la protección de la libertad religiosa ha sido anterior en el tiempo a la protección de la libertad de conciencia y, en general, a la del resto de los derechos humanos, se puede encontrar en: Fernández-Coronado et. al. (2002, pp. 27-38 y pp. 39-66).

en el artículo 16.1 de la Constitución (Martínez-Torrón, 1999, pp. 115-117; Martínez-Torrón, 2001, pp. 145-146)[20]. Se hace necesario, entonces, que el objeto de la libertad religiosa incluya en su contenido, además de las creencias religiosas, las no religiosas e incluso aquellas que sean antirreligiosas (ateísmo). Para ello, se define la libertad religiosa como la «libertad de creer y de actuar en conformidad con las propias creencias» —con independencia de su carácter religioso— (Martínez-Torrón, 1995, pp. 125-148; Martínez-Torrón, 2001, p. 145), convirtiéndose, de esta forma, la mencionada libertad religiosa en el género y la libertad ideológica en la especie.

Similar polémica doctrinal tiene lugar en Italia con respecto a la relación existente entre la libertad de pensamiento del art. 21 CI y la libertad religiosa del 19 CI. Un sector de la doctrina estima que la libertad religiosa comprende todo tipo de creencias sean estas religiosas o no (Fedele, 1963, p. 187; Bellini, 1973, p. 1095, p. 1127); otro, que existe es la libertad religiosa la que se encuentra incluida en una categoría de mayor alcance: libertad de pensamiento o libertad de conciencia (Cardia, 1973, p. 1179; Lariccia, 1989; Colaianni, 2000, p. 34).

El objeto de la libertad religiosa se extiende, de esta forma, «tanto a las creencias religiosas como a las creencias no religiosas» (Martínez-Torrón, 1995, p. 145), pero, no a todas las creencias, sino solo a aquellas «que posean una intensidad axiológica equiparable a las religiosas» (Martínez-Torrón, 1995, p. 144).

Esta posición, a nuestro juicio, es susceptible, al menos, de las siguientes críticas:

— En primer lugar, se amplía el objeto de la libertad religiosa de las «creencias religiosas» a todo tipo de «creencias»[21], más allá de su definición legal, pues el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa[22] al determinar el contenido de la libertad religiosa incluye el derecho a profesar las creencias religiosas libremente elegidas o a no profesar ninguna; pero siempre dentro del ámbito de la creencia religiosa. No nos parece posible, por tanto, extender el contenido de este derecho a profesar creencias no religiosas[23]. Expresamente lo impide el art. 3.2 de la propia Ley Orgánica de libertad religiosa, al excluir del

[20] Argumentos en contra de esta posición, entre otros: (Llamazares Fernández, D., 2011, pp. 24-25); (Ibán/Sanchís/Motilla, 1997, pp. 102-103).

[21] Contrasta esta definición con otras evidentemente más ajustadas al concepto de libertad religiosa, por ejemplo, «la libertad religiosa tiene por objeto la fe y la práctica –pública y privada- de la religión» (Hervada / Zumaquero, 1978, 149, nota nº. 258).

[22] Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (BOE, núm. 177, de 24 de julio de 1980).

[23] «Lo incluido en el derecho a la libertad religiosa es el derecho a no tener creencias religiosas, pero nada más; no a tener otras convicciones y otro sistema de ideas y creencias. Lo incluido en el derecho a la libertad religiosa, a parte del derecho a tener creencias religiosas es *la pura negatividad:* a no tener creencias religiosas y a no ser obligado a tenerlas; pero no a poder tener unas u otras ideas y creencias no religiosas», (Llamazares Fernández, D., 2011, p. 25).

ámbito de la Ley «las actividades, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos». Que el derecho a la libertad religiosa incluya en su contenido el derecho a no profesar ninguna, es decir, el no ejercicio de ese derecho, no equivale a ampliar su contenido al ámbito de otras libertades.[24]

— En segundo lugar, se emplea el término «creencias» («firme asentimiento y conformidad con algo») en un sentido muy restringido hasta identificarlo con la «fe» o «creencia religiosa», empleando, de esta forma, una acepción que es una reminiscencia del concepto medieval del término «creencia»[25]. Limitar la protección de las creencias no religiosas a que «posean una intensidad axiológica equiparable a las religiosas» (Martínez-Torrón, 1995, p. 145), concede a las creencias religiosas una primacía a nuestro entender incompatible con el principio de laicidad y, desde luego, impide conceptualmente que la libertad religiosa sea la libertad genérica comprensiva de la totalidad del contenido del único derecho reconocido por el artículo 16 de la Constitución española[26].

En definitiva, en los argumentos analizados se observa un curioso fenómeno de doble dirección: por un lado, se amplía el concepto de libertad religiosa hasta incluir en él las creencias no religiosas, dando a ésta libertad un contenido que semántica y jurídicamente le excede; y, por otro lado, para evaluar qué creencias son dignas de protección jurídica se propone un criterio reductor del concepto de creencias que, parafraseando a Protágoras, podemos

---

[24] La distinción se percibe con claridad sirviéndonos de la lógica formal, pues la fórmula «A v –A» no es equivalente a «A v B v C v ... Z».

[25] Señala Ferrater Mora que el término «creencia» en la Edad Media fue entendido como equivalente a creencia religiosa, «tener fe», e incluso, con «tener la fe» (Ferrater, 1991, vol. I, p. 660).

[26] Martínez-Torrón (1995), fundamenta su afirmación de que el ordenamiento jurídico solo protege las creencias que sean religiosas o aquellas otras «que posean una intensidad axiológica equiparable a las religiosas»; en dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Campbell* y *Cosans,* de 25 de febrero de 1982, n. 36; y, *Kokkinakis,* de 25 de mayo de 1993, n. 31. La primera, declara que «la palabra «convicciones» (refiriéndose, como el propio Martínez-Torrón reconoce a las «convicciones filosóficas» —1995, nota n.11—), no es sinónima de «opinión» e «ideas»», sino que únicamente «se aplica a la opinión que alcanza cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia». La segunda, señala que la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes». Nada que criticar a los razonamientos del Tribunal; sin embargo, no alcanzamos a entender qué argumento permite deducir de estos pronunciamientos la exigencia de que las convicciones para ser jurídicamente protegidas deban poseer una intensidad axiológica equiparable a las creencias religiosas. A menos que se piense, que las «creencias religiosas» son el modelo de «obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia» y, en definitiva, el paradigma de todas las «creencias»; o que la libertad de conciencia, libertad de pensamiento o libertad ideológica de los «ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes» solo pudiera ser considerada un bien digno de protección jurídica, en la medida en la que sus convicciones se parecen a las creencias de aquellos que tienen fe; opiniones ambas que son, cuanto menos, difícilmente compatibles con el principio de laicidad.

decir que convierte a la creencia religiosa en poco menos que *la medida de todas las creencias,* e incluso, *de todas las convicciones*[27].

8.3. El Derecho eclesiástico del Estado como Derecho de la libertad de conciencia

La primera construcción doctrinal que existe del Derecho eclesiástico del Estado que toma como base el concepto de libertad de conciencia la propone Llamazares Fernández (2011). Parte de una definición de conciencia como «la capacidad o facultad para percibir (o la percepción misma) la propia esencia como persona y como radical libertad, para sentirse uno mismo (vivencia de la propia identidad); para percibirse como distinto de «lo otro» y de «los otros», como sujeto único al que han de referirse todos los cambios, transformaciones y acciones (lo que hace y lo que le pasa o acontece), dando así unidad a la propia historia» (Llamazares Fernández, 2011, vol. I., p. 17).

A partir de esta definición, el derecho de libertad de conciencia es el derecho a «disponer de un espacio de privacidad totalmente sustraído a la invasión de la imperatividad del Derecho, a la libre formación de la conciencia, a mantener unas u otras creencias, ideas y opiniones, a expresarlas o a silenciarlas, a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas cuando se trate de auténticas convicciones» (Llamazares Fernández, 2011, vol. I., pp. 21-22).

Así definido, el derecho de libertad de conciencia comprende tres niveles (Llamazares Fernández, 2011, vol. I. 14-15; Fernández-Coronado, 1995, 4022; Fernández-Coronado, 2002, p. 17)[28]:

La libertad para tener unas u otras creencias, ideas y opiniones; orientada a garantizar la libre formación de la propia conciencia (convicciones). Implica una especial protección de los menores y, en general de la juventud y de la infancia. En este nivel encuentran su razón de ser los derechos a la educación, a la libertad de información desde el punto de vista del receptor y a la información sanitaria.

La libertad para expresar y manifestar, o no, esas creencias, ideas u opiniones, donde encuentran su fundamento los derechos a la libertad de expresión, la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica; la libertad de cátedra, la libertad de enseñanza y la libertad de información desde el punto de vista del emisor.

---

[27] En el mismo sentido Llamazares Fernández, para quien «esta perspectiva [...] cobija un grave riesgo al situar a las creencias religiosas como primer referente: el del privilegio con tal de que esté generalizado», (Llamazares Fernández, 2001, p. 277).

[28] Un antecedente de estas tres fases, específicamente relacionados, además, con la libertad de conciencia, se puede encontrar ya en Hobbes: «Continuamente la experiencia muestra que es manifiestamente verdadero que los hombres no solo buscan la libertad de conciencia, sino también de sus acciones; y no solo eso, sino la libertad mayor de persuadir a otros de sus opiniones» (Hobbes, Th., 1640; 2, 6, 13).

La libertad para comportarse de acuerdo con esas creencias, ideas y opiniones (opción de conciencia) y a no ser obligado a comportarse en contradicción con las propias convicciones (objeción de conciencia). En este nivel encuentran cobertura jurídica no solo los supuestos de objeción de conciencia, sino también todos los derechos que garantizan la posibilidad de adecuar el comportamiento a las propias creencias, ideas y opiniones y, en general, el derecho a que solo fundada y razonadamente la norma jurídica obligue o prohíba determinadas conductas.

Es importante subrayar que en el desarrollo que este autor hace de este derecho, se pone de relieve que los tres niveles se implican y alimentan mutuamente. La libertad de comportamiento de acuerdo con la conciencia no se comprende sin que sea posible formar la conciencia en libertad y, a su vez, este proceso no se puede llevar a cabo sin la efectividad de unos derechos unidos a la libertad de expresión que garanticen la existencia de un espacio plural y una opinión pública libre donde cada persona pueda formar libremente su conciencia[29].

La tutela de la libertad de conciencia está dirigida, en principio, a las convicciones (creencias e ideas que se sienten como parte integrante de la propia personalidad). Aunque el alcance de este derecho se extienda, en determinados casos, a todas las creencias, ideas y opiniones, pero sólo, y conviene tener presente esta matización, en la medida en la que sean relevantes desde el punto de vista de la libertad de conciencia, es decir, en la medida en la que su protección repercuta en la salvaguardia jurídica de las convicciones. Se puede distinguir, por tanto, entre un objeto inmediato de protección del derecho de libertad de conciencia: las convicciones; y, un objeto mediato: todas las creencias, ideas y opiniones.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles (1994). *Metafísica*. Gredos.

Aristóteles (1995). *Física*. Gredos.

Barbier, M. (1995). *La laïcitè*. L'Harmattan, París.

Bellini, P. (1973). Nuova problematica de la libertà religiosa individuale nella società pluralistica. En *Individuo, gruppi, confessioni religiose* (pp. 1095-1127). Giuffré, Milano.

Bernárdez Cantón, A. (1972). Problemas generales del Derecho eclesiástico del Estado. En *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

Boyer, A. (1993). *Le droit des religions en France,* PUF, París.

[29] Un análisis de los derechos fundamentales ligados a la libertad de expresión como *garantía* de una opinión pública libre, del pluralismo, de la libertad de conciencia, y, en definitiva, de la dignidad de la persona y la convivencia democrática, se puede consultar en: Llamazares Calzadilla (1999).

Burke, E. (1790). *Reflexiones sobre la Revolución francesa.* Rialp, Madrid, 1989.
Cardia, C. (1790). Religione, ateismo, analisi giuridica. En AA.VV. *Individuo, gruppi, confessioni religiose,* Giuffré, Milano.
Castro Jover, A. (1993). Le basi del Derecho eclesiástico del Estado: un'analisi dei manuali. *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica,* 1 (abril), 73-103.
Cavanna, A. (1979). *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico.* Giuffrè, Milano.
Colaianni, N. (2000). *Tutela della personalità e diritti della coscienza.* Cacucci Editore, Bari.
Cubillas Recio, M. (1998). *Proyecto docente e investigador* presentado al ejercicio de Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado convocada por Resolución de 19 de enero de 1998 (mecanografiado).
De la Hera, A (1972). La ciencia del Derecho eclesiástico en Italia. Notas para su recepción en España. En AA.VV., *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos* (pp. 75-115).
De Luca, L. (1946). *Il concetto di Diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico.* Cedam, Padova.
De Luca, L. (1976). *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica.* Giuffrè, Milano.
Del Giudice, F. y Mariani, F. (1993). *Diritto Ecclesiastico.,* Edizioni Simone.
Fedele, P. (1963). *La libertà religiosa.* Giuffré, Milano.
Fernández-Coronado González, A. (1995). «Libertad de conciencia (Derecho Eclesiástico). En *Enciclopedia Jurídica Básica,* vol. III, (pp. 4022-4026). Civitas, Madrid.
Fernández-Coronado González, A. (2002). Introducción. En A. Fernández-Coronado González (dir.), *El derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea* (pp. 17-26). Colex, Madrid.
Fernández-Coronado González, A. (2002). La historia de la libertad de conciencia en Europa (I). En A. Fernández-Coronado González (dir.), *El derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea* (pp. 27-38). Colex, Madrid.
Fernández-Coronado González, A., Murillo Muñoz, M. y Pardo Prieto, P. C. (2002). «La historia de la libertad de conciencia en Europa (II). En A. Fernández-Coronado González (dir.), *El derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea* (pp. 39-66). Colex, Madrid.
Ferrater Mora, J. (1991). *Diccionario de Filosofía,* 4 volúmenes (6.ª ed.)., Círculo de Lectores, Barcelona.
Feyerabend, P. K. (2002). *Contra el método.* Folio, Barcelona.
García Hervás, D. (1997). El Derecho eclesiástico. En *Manual de Derecho Eclesiástico del Estado.* Colex, Madrid.
García Pelayo, M. (1991). 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.
González del Valle, (1995). *Derecho Eclesiástico Español.* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.
Harris, M. (1978). *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura.* Editorial S.XXI, Madrid.

Hervada, J., Zumaquero, J. M. (1978). *Textos internacionales de derechos humanos.* E.U.N.S.A., Pamplona.

Hobbes, Th. (1640). *Elements of Law, Natural and Politic.*

Ibán Pérez, I. C. (1984). *Derecho canónico y ciencia jurídica.* Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Ibán, I. C., Prieto Sanchís, L. y Motilla, A. (1997). *Derecho Eclesiástico.* McGraw-Hill, Madrid.

Ibán Pérez, I. C. (2004). *En los orígenes del Derecho Eclesiástico. La prolusión panormitana de Francesco Scaduto.* Boletín Oficial del Estrado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Jemolo, A. C. (1979). *Lezioni di Diritto Ecclesiastico.* Giuffrè.

Lactancio, L. C. F. (2000). *Sobre la muerte de los perseguidores* (pp. 318-321). Gredos.

Lariccia, S. (1989). *Coscienza e libertà.* Il Mulino, Bologna.

Lombardía, P. (1980). Síntesis histórica. En AA. VV., *Derecho Eclesiástico español.* EUNSA, Pamplona.

Lombardía, P. (1982). *Bases del Derecho eclesiástico español. 1931-1977* (pp. 359-382). Annali di Macerata.

Lombardía, P. (1983). La formación de la ciencia del Derecho Eclesiástico. En *Derecho Eclesiástico del Estado español.* EUNSA, Pamplona.

Lombardía, P. y Fornés, J. (1996). El Derecho Eclesiástico. En *Derecho Eclesiástico del Estado español.* EUNSA.

Llamazares calzadilla, M. C. (1999). *Las libertades de expresión e información como garantía institucional.* Civitas, Madrid.

Llamazares Calzadilla, M. C. (2002). Derecho Eclesiástico del Estado: la formación de un sistema. *Revista Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos,* 2 (diciembre), 237-276.

Llamazares Fernández, D. (1970). *Sacramento-Iglesia-Derecho en el pensamiento de R. Sohm.* Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo.

Llamazares Fernández, D. (1997/1999). *Derecho de la libertad de conciencia,* 2 vols., (4.ª ed. 2011). Civitas, Madrid.

Llamazares Fernández, D. (2000). L.O.L.R.: Las contradicciones del sistema. *Rev. Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos,* 0, 15-43.

Llamazares Fernández, D. (2001). Derecho de la libertad de conciencia: la construcción del sistema. *Rev. Laicidad y libertades. Escritos jurídicos,* 1, 271-303.

Locke, J. (1989, 1690 y 1692). *Cartas sobre la Tolerancia.*

Martínez-Torrón, J. (1995). El objeto del Derecho eclesiástico. *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado,* XI, 225-248.

Martínez-Torrón, J. (1999). *Religión, derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado.* Comares, Granada.

Martínez-Torrón, J. (2001). Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En Castro Jover (ed.). *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado* (pp. 143-162). Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao.

Martínez-Torrón, J. (1999). *Religión, derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado.* Comares, Granada.

Mateo Seco, L. F. (1980). Ley y libertad según Lutero. (Análisis de las consecuencias antinomistas de un planteamiento teológico). *Persona y Derecho,* 7, 159-228.

Menéndez Pelayo (1956). *Historia de los heterodoxos españoles* (t. II). BAC, Madrid.

Milton, J. (1644). *Areopagítica.* Tecnos, 2011.

Olmos Ortega, E. (1987). Estado actual de la Ciencia del Derecho Eclesiástico español. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* vol. III, 201-236.

Pardo Prieto, P. C. y AA.VV. (2002). *El derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea.* A. Fernández-Coronado González (dir.). Colex, Madrid, 2002; en concreto, en el cap. II (Fernández-Coronado González, A.), pp. 27-38; y en el cap. III (Pardo Prieto, P. C.), pp. 39-66.

Pardo Prieto, P. C. (2021). El Derecho Eclesiástico del Estado en Paul Hinschius. En *El Derecho Eclesiástico del Estado: en homenaje al Dr. Gustavo Suárez Pertierra* (pp. 145-166). Llamazares Fernández, José María Contreras, Óscar Celador, M.ª Cruz Llamazares, Almudena Rodríguez y Fernando Amérigo (coord.). Tirant lo Blanch.

Platón, Menón. *Diálogos II.* Gredos, 1.ª ed. 1983, 3.ª reimpresión, 1992.

Prieto López, L. (2017). La soberanía en Vitoria en el contexto del nacimiento del Estado moderno: algunas consideraciones sobre el De potestate civili, Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho,* pp. 223-247.

Rodríguez Blanco, M. (2003). Francesco Ruffini, cronista del derecho eclesiástico español en 1895. *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica,* abril, pp. 187-202.

Rouco Varela, A. (1970). Teología protestante contemporánea del Derecho eclesial. *Revista Española de Derecho canónico,* 26, 117-143.

Ruano Espina, L. Notas acerca de la formación histórica de la ciencia del Derecho eclesiástico. *Revista Española de Filosofía Medieval,* pp. 403-414.

Rus Rufino, S. (2008). *Comentarios a la Política de Aristóteles en la Europa medieval y moderna.* Digibis, Fundación Ignacio Larramendi, Madrid.

Santoyo, J. C. (2009). *La traducción medieval en la península ibérica, siglos III-XV.* Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 2009.

Scaduto, F. (1885). *Il concetto moderno del Diritto ecclesiastico.* Palermo, 1885.

Solá-Granell, P. (2017). La libertad religiosa en los orígenes del Derecho eclesiástico italiano. Francesco Ruffini (1863-1934). *Ius Canonicum,* vol. 57, 799-820.

Souto Paz, J. A. (1993). *Derecho Eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias.* Marcial Pons, Madrid.

Stuart Mill, J. (1859). *Sobre la libertad.* EDAF, Madrid, 2004.

Tedeschi, M. (1993). Il contributo di Francesco Ruffini alla nuova scienza del Diritto ecclesiastico. *Il Diritto ecclesiastico,* vol. 104, 327-341.

Zabalza Bas, I. (1986). *Las confesiones religiosas en el Derecho eclesiástico alemán.* Bosch.

II

Libertad de conciencia, estatuto de las confesiones y diversidad social y religiosa

01 LA SECULARIZACIÓN DE LA ENSEÑANZA EN LA RESTAURACIÓN

Miguel Ángel Asensio Sánchez.
Profesor Titular de Derecho eclesiástico del Estado.
Universidad de Málaga.

1. Introducción
2. La cuestión educativa en la Constitución de 1876.
3. La libertad de creación de centros.
   3.1. La libertad de enseñanza como libertad frente al estado: el Decreto Pidal.
   3.2. La defensa de la enseñanza pública frente a la enseñanza de las órdenes religiosas.
4. La libertad de cátedra.
   4.1. La segunda cuestión universitaria.
   4.2. La Circular Albareda.
   4.3. De nuevo la libertad de cátedra: el problema de los libros de textos.
5. La asignatura de religión.
6. Conclusiones.

1. Introducción

La secularización es un fenómeno complejo que podría entenderse como un proceso general de desacralización de las diferentes esferas de la realidad —la filosofía, la cultura, las costumbres, la historia, la moral, el derecho, el poder político y, desde luego, la inteligencia— que se independizan en su fundamento y fines de la fe religiosa. En concreto, cuando se alude a la secularización de la enseñanza nos estamos refiriendo a la asunción por parte del Estado de la competencia de educación mediante la construcción de un sistema educativo público y nacional y el control de la calidad y la colación de títulos. En España, el proceso secularizador de la enseñanza estuvo desde sus orígenes vinculado a la denominada «cuestión religiosa» y sujeto al albur de las circunstancias históricas marcadas por una simbiosis entre tradición y modernidad especialmente evidente en el periodo de la Restauración canovista[1].

[1] Gómez, 1996, p. 304.

Cánovas instaurará un régimen en el que la clave será la participación de todas las fuerzas políticas y sociales en el debate político. La educación no será ajena a esta política de equilibrios. Así, la libertad de enseñanza, conquistada en la Constitución de 1869, aparecerá como irrenunciable, aunque se discrepará en su contenido y extensión, originando una viva polémica que tendrá su punto álgido en los primeros años del siglo XX.

En la Restauración, la libertad de enseñanza quedará definitivamente vinculada a la libertad de ciencia y a la de cátedra y, en definitiva, a la soberanía de la inteligencia. La secularización del pensamiento será consecuencia de un fenómeno que antes se había producido en Europa: los dogmas católicos que aparecerían como incontestables empiezan a tener detractores.

2. La cuestión educativa en la Constitución de 1876

Cánovas, el gran artífice de la Restauración, logrará una fórmula de compromiso, plasmada en la Constitución de 1876, entre las dos fuerzas enfrentadas en el sexenio: los liberales que no estaban dispuestos a renunciar a las libertades introducidas por la Revolución de 1868 y los católicos que consideraban que había supuesto la destrucción del orden católico tradicional consustancial a España[2]. La Constitución de 1876 vincula la cuestión educativa con la religiosa y opta por una fórmula de transacción que, sin convencer plenamente a todos, al menos no excluía a ninguna de las partes en conflicto. El artículo 12 de la Constitución reconoce la libertad de creación de centros:

> «Cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le parezca.
>
> Todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción o de educación con arreglo a las leyes.
>
> Al Estado corresponde expedir los títulos profesionales y establecer las condiciones de los que pretendan obtenerlo, y la forma en que han de probar su aptitud.
>
> Una ley especial determinará los deberes de los profesores y las reglas a que ha de someterse la enseñanza en los establecimientos de instrucción pública costeadas por el Estado, las provincias o los pueblos»

La fórmula empleada para el reconocimiento de la libertad de creación de centros era ambigua, pues se limitaba a reconocer la libertad de creación de centros y se remitía a lo que dispusiera la legislación.

La cuestión religiosa, unida a la libertad religiosa, se consagra en una fórmula ambigua en el artículo 11 de la Constitución:

---

[2] Tineo, 1997, p. 57.

«La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros.

Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana.

No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado».

En el primer párrafo, se proclama la confesionalidad del Estado, en la línea del Concordato de 1851, pero en el párrafo 2.º se afirma la tolerancia religiosa. Los defensores de la escuela católica apoyándose en la confesionalidad reclamarán para la Iglesia el derecho de inspección de la enseñanza que le reconocía el Concordato y negarán la existencia de escuelas no católicas. En cambio, los liberales pondrán el acento en el principio de tolerancia y abogarán por el reconocimiento de escuelas no confesionales: laicas y protestantes.

3. La libertad de creación de centros

La Restauración asumió en la Constitución de 1876 la libertad de creación de centros que había instaurado la Constitución de 1869. Esta libertad fue interpretada de forma diferente según estuvieran en el poder los moderados o progresistas. Así, utilizando la formula ambigua del artículo 11 de la Constitución de 1876 se podían llegar a dos soluciones contrapuestas: negar la posibilidad de erigir colegios laicos y protestantes o reconocer tal posibilidad proclamando el principio de libertad de culto-libertad de escuela. Posteriormente, la guerra escolar se desatará en torno a la defensa de la enseñanza congregacional por los moderados y la defensa por los progresistas de la enseñanza pública frente a la enseñanza impartida por las órdenes religiosas que entendían profundamente antiliberal.

3.1. La libertad de enseñanza como libertad frente al estado: el Decreto Pidal

El Ministerio de Toreno será uno de los más importantes de la Restauración, no solo por su duración (del 2 de diciembre de 1875 al 9 de diciembre de 1879), sino porque su carácter moderado encarnará el espíritu del pacto político propio del régimen canovista[3]. Toreno elaboró un Proyecto de ley de bases para la formación de la Instrucción Pública, que el 28 de octubre de 1876 remitió al Consejo de Instrucción4. En el Preámbulo Toreno, fijándose

[3] Turin, 1967, p. 297.

[4] Cacho, 1962, pp. 444-447, donde se recogen las diferencias entre el proyecto de Toreno y el más liberal del Consejo de Instrucción Pública.

en el principio de tolerancia religiosa del artículo 11 de la Constitución, reconoce a los no católicos.

Bajo el Ministerio de Pidal y Mon se publica el Decreto de 18 de agosto de 1885[5] por el que se fijan las reglas a que han de someterse los establecimientos libres de enseñanza. El Decreto asume una concepción de la libertad de enseñanza en la línea de la jerarquía eclesiástica: libertad frente al monopolio educativo estatal. El Decreto perseguía favorecer la enseñanza de las órdenes y congregaciones religiosas mediante la creación de la enseñanza asimilada a la oficial, aunque con unos requisitos que, al menos en teoría, no eran fáciles de cumplir, y que estaban referidos principalmente a la titulación del profesorado, de antigüedad en la población, locales o fianzas (art. 33). Además, el Decreto reconoce el derecho de la Iglesia a inspeccionar los colegios públicos y privados.

Los beneficios de la asimilación para los establecimientos libres eran poder acceder a ciertas ayudas económicas y los certificados de estudios o exámenes que expidan «tendrán los mismos efectos legales que los expedidos por los establecimientos oficiales» (art. 41).

Si bien, es cierto que el Decreto Pidal trata de favorecer la enseñanza confesional, no es menos cierto que intenta llevar a la práctica, aunque con limitaciones, el principio libertad de culto-libertad de escuela. Algo estaba cambiando en el debate político educativo, Pidal, el representante del conservadurismo católico, admitía la posibilidad de crear centros privados no católicos (laicos o protestantes)[6]. Para la creación de estos colegios bastaba que declararan expresamente su deseo de no someterse a la inspección eclesiástica (art. 17). Estas condiciones se endurecieron con el Reglamento de 20 de septiembre de 1885 para la ejecución del Decreto, pues los centros libres no confesionales debían someterse, paradójicamente, a la moral cristiana, identificada con la moral pública, y resultaban excluidos del régimen de la enseñanza asimilada[7].

El Decreto Pidal rompe con una línea tradicional en nuestro liberalismo, tanto moderado como progresista, favorable al monopolio estatal de la universidad. Así, con la finalidad de favorecer las universidades católicas, se regulan las universidades asimiladas. En el fondo, en el Decreto late cierta reticencia a las universidades privadas, pues los requisitos de asimilación eran muy difíciles de cumplir y se las exigía unos medios materiales que difícilmente cumplían las universidades públicas.

La dificultad de cumplir los requisitos de asimilación, tanto en la enseñanza universitaria libre como en la secundaria, conduciría al cierre o pérdida del derecho de asimilación de muchos colegios, incluidos los de la Iglesia[8]. Por eso, se atenuó el rigor del Decreto para la enseñanza católica

---

[5] *Gaceta de Madrid,* núm. 599, 25-VIII-1885, pp. 651-652.
[6] Asensio, 2001, p. 142.
[7] *Gaceta de Madrid,* núm. 623, 23-IX-1885, pp. 756-759, *Exposición de Motivos,* pp. 755-756.
[8] Díaz, 1988, p. 35.

y los seminarios conciliares podían obtener la asimilación a instancia del Obispo, bastando con cumplir los requisitos de asimilación referidos al número de profesores y el del seguimiento del plan oficial (art. 42). Además, los establecimientos dirigidos por corporaciones religiosas legalmente autorizadas para la enseñanza quedaban exceptuados por tres años del requisito de titulación del profesorado (art. 4, de las disposiciones transitorias).

El Decreto fue muy criticado desde todos los sectores implicados en la educación: los liberales no podían estar a favor de un Decreto que privilegiaba la enseñanza de las órdenes religiosas en detrimento de la enseñanza privada laica; tampoco se adecuaba al tradicional intervencionismo de los conservadores la regulación que hacían de la colación de grados que tradicionalmente reservaban al Estado. Desde los sectores ultracatólicos se criticó el librecultismo del Decreto que permitía la existencia de escuelas no católicas.

3.2. La defensa de la enseñanza pública frente a la enseñanza de las órdenes religiosas

A los pocos meses del ministerio de Pidal llegan los liberales al poder y promulgan el Decreto de Montero Ríos de 5 de febrero de 1886 que deroga el Decreto Pidal[9]. La finalidad del Decreto era proteger la enseñanza pública frente a la enseñanza asimilada creada por Pidal que otorgaba a estos centros los mismos derechos que a los oficiales sin cumplir sus requisitos. Para ello vuelve al concepto de enseñanza incorporada. Tienen la consideración de establecimientos incorporados de segunda enseñanza: los asimilados, los libres que no hubieran podido tener la asimilación conforme al Decreto Pidal y los que tuviesen sin ultimar el expediente de asimilación; debían cumplir unos y otros, los requisitos de los Decretos de 29 de julio y 29 de septiembre de 1874 sobre libertad enseñanza y manifestar su deseo de tener el carácter de incorporado a los Directores de los Institutos provinciales respectivos en el plazo de quince días a contar desde la publicación del Decreto (art. 3). Para que los estudios tuviesen valor académico los alumnos de los centros libres y de los incorporados debían matricularse en un centro oficial y examinarse ante el tribunal oficial (art. 2).

En este período, y en general durante la Restauración, asistimos a un desarrollo extraordinario de las órdenes y congregaciones religiosas dedicadas a la enseñanza. El incremento de la enseñanza congregacional fue continuo desde mitad del siglo XIX[10], teniendo el punto álgido a finales del siglo XIX y principios del XX con la llegada masiva de religiosos que huían de la legisla-

[9] *Gaceta de Madrid,* núm. 57, 16-II-1886, pp. 354-356.
[10] Faubell, 1991, pp. 113-114.

ción antirreligiosa francesa y que se instalaban en España por vía de la Ley de Asociaciones de 1887[11].

No es fácil saber el número total de colegios de enseñanza secundaria en manos de las congregaciones, aunque como señala TURIN prácticamente la enseñanza secundaria y una parte importante de la enseñanza primaria estaba en manos de la Iglesia[12]. Sin embargo, el tema de fondo era más profundo: a liberales y republicanos, más que el número de colegios, les interesaba el influjo que la enseñanza de la Iglesia tenía en la educación nacional[13]. Asistiremos a un freno de la enseñanza congregacional y a la potenciación de la enseñanza pública. Esta afirmación resulta exacta para la política educativa de los conservadores, aunque no lo es tanto para la de los liberales que pretendían, sobre todo, frenar la enseñanza impartida por las órdenes religiosas que entendían tenía un carácter antiliberal[14].

En este clima el Gobierno de Sagasta promulga el Real Decreto de 19 de septiembre de 1901 que aplica la Ley de Asociaciones de 1887 a todas las congregaciones religiosas con exclusión de las tres reconocidas en el Concordato de 1851[15]. El Real Decreto pretendía controlar las órdenes religiosas sometiéndolas a las normas administrativas y de control de la Ley de Asociaciones. Ante la oposición de la Santa Sede al Real Decreto, se pactará una solución de compromiso que se plasmará en la Real Orden de 9 de abril de 1902[16]. La Real Orden no exige a las confesiones y congregaciones la inscripción; bastaba con el cumplimiento de las formalidades para que el reconocimiento fuera automático.

El ministerio de García Alix, a pesar de ser conservador, alterará las líneas de la política educativa conservadora de defensa de la enseñanza privada confesional frente a la estatal. Así, el Real Decreto de 20 de julio de 1900[17] sobre reforma de la segunda enseñanza limita las posibilidades de la incorporación, aunque exime del requisito de titulación del profesorado a las órdenes religiosas dedicadas a la enseñanza (art.24).

De nuevo con los liberales en el poder, Romanones, ministro de instrucción, continuará la línea de García Alix de defensa de la enseñanza pública frente a la privada y, con tal fin, regula los exámenes de la enseñanza oficial y de la privada por Real Decreto de 12 de abril de 1901[18].

El control de la enseñanza de las órdenes religiosas se realizará por medio del Real Decreto de 1 de julio de 1902[19] sobre inspección de los estableci-

---

[11] Miliaret-Vial, 1981, pp. 271-285.

[12] Turin, 1967, p. 97.

[13] Tineo, 1991, p. 63.

[14] García Alix, tras la desaparición de la alianza con la Unión Católica, se limitará a recuperar, aunque de forma tímida, la vieja política educativa del moderantismo español: predominio de la enseñanza pública frente a la de las congregaciones religiosas.

[15] *Gaceta de Madrid,* núm. 263, 20-IX-1901, p. 1464.

[16] *Gaceta de Madrid,* núm. 100, 10-IV-1902, p. 14.

[17] *Gaceta de Madrid,* núm. 203, 22-VII-1900, pp. 308-310.

[18] *Gaceta de Madrid,* núm. 104, 14-IV-1901, pp. 198-201.

[19] *Gaceta de Madrid,* núm. 183, 2-VII-1902, pp. 28-29.

mientos de enseñanza no oficial que, entre otros requisitos, se extiende a los de titulación del profesorado.

El período que abarca desde Romanones hasta la implantación de la Dictadura de Primo de Rivera es un período caracterizado, de un lado, por la inestabilidad política y, de otro, por el predominio del conservadurismo tradicional.

El nuevo ministro Allendesalazar intentará complacer al máximo las aspiraciones de la enseñanza privada con el Proyecto de Ley de Bases de la enseñanza general y de reorganización de la primaria, presentado a las Cortes el 29 de mayo de 1903 que se caracterizaba por limitar la intervención estatal de la enseñanza pública y dar validez plena a los estudios que se hicieran en los colegios privados con plenas garantías. El Estado seguiría conservando el poder de conceder grados y títulos profesionales. Ante las críticas por parte de la oposición que le calificó de «reaccionario» y «neo» no llegará el proyecto a convertirse en ley[20].

La situación de la enseñanza privada en este período refleja la existencia de una multitud de establecimientos de enseñanza pública no oficial abiertos sin autorización legal. Ante este estado de la enseñanza privada, la Real Orden de 13 de agosto de 1906 concede a los colegios abiertos sin autorización la posibilidad de regular su situación antes del 1 de octubre, ajustándose al Real Decreto de 1 de julio de 1902 (art. 2.º)[21]. La Real Orden trataba de defender la enseñanza pública de la privada, más concretamente de la congregacional. Así, para gozar del beneficio de incorporación debían cumplir las condiciones del artículo 24 del Real Decreto de 20 de julio de 1900, y al menos cinco de los profesores tener título universitario (arts. 4.º y 5.º). La propia Real Orden establecía su aplicación a toda la enseñanza privada: seglar o congregacional (art. 7.º).

Además de mejorar la calidad de la enseñanza, la Real Orden pretendía ser un freno al desarrollo de la enseñanza congregacional, pues la exigía el requisito de titulación del profesorado y que el titular del centro fuera español. Se trataba de evitar la llegada de congregaciones extranjeras dedicadas a la enseñanza, fundamentalmente procedentes de Francia.

En el sentido de secularizar la enseñanza, se promulga el Real Decreto de 3 de febrero de 1910 sobre límites de la inspección oficial sobre establecimientos privados que la limita a las condiciones higiénicas de los locales y a impedir cuanto sea contrario a la moral, a la patria y a las leyes (art. 1.º)[22]. El Real Decreto tenía el claro propósito de derogar el derecho de los párrocos a la inspección de las escuelas privadas. Lo cierto es que fue promulgado a instancia de varios profesores de la Institución Libre de Enseñanza con la pretensión de favorecer la independencia de las escuelas laicas

---

[20] Díaz, 1988, 296. Un estudio detallado de la crítica que suscitó la ley de bases puede verse en la obra de García, 1985, pp. 104-112.

[21] *Gaceta de Madrid,* núm. 227, 15-VIII-1906, pp. 680-681.

[22] *Gaceta de Madrid,* núm. 35, 4-II-1910, Exposición, pp. 273-274, Decreto, 274.

frente al poder clerical[23]. El problema que estaba latente es el de la legalidad de la escuela laica. La Circular dirigida a los rectores de 3 de febrero de 1910 trataba de resolver la cuestión y entiende por escuela laica aquélla en la que no se enseña religión[24].

Tras la caída de Maura y la llegada al poder de los liberales se produjo un nuevo intento de restringir la presencia de las órdenes religiosas en la enseñanza. Para ello promulgan la denominada Ley del Candado de 27 de diciembre de 1910 que, en su artículo único, exigía para el establecimiento de órdenes religiosas en España la autorización del Ministerio de Gracia y Justicia[25]. Además, la autorización no sería concedida cuando más de la tercera parte de sus miembros fueran extranjeros; con ello se pretendía evitar la llegada de órdenes religiosas del extranjero. La Ley del Candado no tuvo aplicación, pues la propia ley señalaba que quedaría sin efecto si en el plazo de dos años no se publica la nueva Ley de Asociaciones. En definitiva, la Ley del Candado no fue más que un intento de secularización de la enseñanza, con un acusado anticlericalismo que los liberales no fueron capaces de superar.

El bienio conservador de 1913-1915 representa un nuevo retroceso del ideario liberal[26]. La Real Orden de 15 de octubre de 1914 autoriza a los individuos de los Institutos religiosos de la Compañía de Jesús, Escuelas Pías y Agustinos para dar enseñanza en sus colegios libres e incorporados, y formar parte de los Tribunales de examen de sus alumnos con voz y voto, de igual modo que los profesores colegiados con título de licenciado o doctor en ciencias o en letras[27]. En esta línea, la Real Orden de 27 de octubre de 1914 establece para la apertura de un colegio incorporado la necesidad de contar con un plantel de al menos cinco titulados, exceptuando de este requisito a los agustinos, jesuitas y escolapios (disposición 1.ª)[28]. Se permite la asistencia a los Tribunales de exámenes con voz, pero sin voto, a los profesores de la enseñanza privada (Disposición 2ª).

La Real Orden de 25 de mayo de 1915 deroga las Reales Órdenes de 15 y 27 de octubre y restableció la legislación anterior (art. 4)[29]. En concreto, el Real Decreto de 23 de octubre de 1913[30] sobre la obligatoriedad de que los directores y profesores de colegios incorporados, además de tener título académico, estuvieran adscritos al colegio de doctores y licenciados (art. 1.º), permitiéndoseles acudir a los tribunales con voz y voto, así como a los profesores de la enseñanza libre, siempre que estuvieran colegiados (art. 5.º).

---

[23] García, 1985, p. 205.
[24] *Gaceta de Madrid,* núm. 35, 4-II-1910, pp. 275-276.
[25] *Gaceta de Madrid,* núm. 362, 28-XII-1910, p. 718.
[26] Puelles, 1982, p. 266.
[27] *Gaceta de Madrid,* núm. 293, 20-X-1914, p. 167.
[28] *Gaceta de Madrid,* núm. 301, 27-X-1914, p. 235.
[29] *Gaceta de Madrid,* núm. 148, 28-V-1915, p. 546.
[30] *Gaceta de Madrid,* núm. 297, 24-X-1913, pp. 196-198.

La Real Orden de mayo, sin embargo, no concederá a los profesores de la enseñanza privada el voto en los Tribunales de exámenes (art. 3.º). Para la apertura de un colegio incorporado exigía mínimo cinco licenciados, uno al menos en ciencias y otro en letras (art. 1.º).

4. La libertad de cátedra

Durante la Restauración, el debate de la libertad de enseñanza recaerá principalmente en la libertad de cátedra como manifestación de la secularización del conocimiento y del pensamiento, consecuencia de que los dogmas católicos habían dejado de ser incontestables para parte de la sociedad española. En un primer momento, la Circular Orovio de 1875 pretendió el control ideológico de los profesores, lo que condujo a protestas y disturbios en la universidad dando lugar a la Segunda Cuestión Universitaria que acabó con la salida de los profesores krausistas a la enseñanza privada. Posteriormente, la Circular Albareda de 1881 reconocerá la libertad de cátedra de los profesores de universidad. Al margen de las discusiones sobre la libertad de cátedra y el control ideológico de los profesores, sí que se llega al consenso de aplicar la legislación con prudencia y ningún profesor será separado.

4.1. La segunda cuestión universitaria

El equilibrio de fuerzas políticas en que se basaba el sistema canovista condujo de nuevo a Orovio al Ministerio de Fomento, en una transacción con los sectores neocatólicos. Con fecha de 26 de febrero de 1875 la Gaceta publicaba un Real Decreto[31] y una Circular del Ministerio de Fomento[32], que llevaban la firma de Orovio. El Decreto restableció los libros de texto y los programas oficiales, volviendo a la situación anterior a la Revolución del 68[33]. Orovio fundamentaba la medida en las quejas recibidas ante el desorden que había provocado la excesiva libertad de enseñanza[34]. El Decreto pretendía controlar la ortodoxia político-doctrinal en la enseñanza oficial. El control ideológico del profesorado era el punto de conexión entre el Decreto y la Circular.

La Circular tuvo mayor trascendencia, pues supuso un retroceso en la libertad científica y de cátedra que, tras los acontecimientos de la primera cuestión universitaria y la influencia de los profesores krausistas, había calado hondo en la universidad. La Circular estaba dirigida a los rectores e incidía,

---

[31] *Gaceta de Madrid,* núm. 58, 27-II-1875, 531.

[32] *Gaceta de Madrid,* núm. 58, 27-II-1875, 531-532.

[33] Art.1.º. Quedan derogados los artículos 16 y 17 del decreto de 21 de octubre de 1868. Volverán a regir respecto de textos y programas, las prescripciones de la ley de 9 de septiembre de 1857 y del reglamento general de 20 de julio de 1859.

[34] Jiménez-Landi, 1973, p. 431.

fundamentalmente, en tres puntos: la monarquía, la religión católica y la disciplina escolar. Se vuelve así a la situación anterior a la Revolución del 68: la libertad de ciencia y de cátedra debían estar subordinadas al dogmatismo político-religioso[35].

La Circular provocó de nuevo la lucha entre neocatólicos y krausistas. La protesta de los profesores adquirió proporciones más graves que en 1867. Las primeras protestas vendrían de dos discípulos de Giner, Laureano Calderón y Augusto González de Linares, catedráticos de la Universidad de Salamanca, que alegarían en sendos escritos dirigidos al Rector[36] la ilegalidad de la Circular por infringir diversas disposiciones de la Constitución de 1869 y del Decreto de 21 de octubre de 1868[37]. La respuesta del Rector fue la suspensión de los profesores[38]. Estos acontecimientos pronto se extenderán a la Universidad de Madrid. Se discutió la posibilidad de elevar una protesta colectiva que no prosperó y Azcárate hace por escrito una protesta individual[39], en la que expresa el pensamiento krausista sobre la libertad de ciencia[40] y critica los fines de censura del profesorado que tiene la Circular[41]:

> «Deber es del profesor ciertamente dar público testimonio de su enseñanza y suministrar cuantos datos se le pidan para procurar el exacto conocimiento del estado de aquélla y su posible reforma y mejora. Pero no es este, en verdad, el fin á que V.E. aspira con el restablecimiento de aquella disposición; sino que lo que se pretende es fiscalizar la doctrina que cada cual profesa y el método conforme al que expone, sujetando así al profesor á la censura, hoy del rector, mañana del Consejo de Instrucción pública, para imponerle en uno y otro respecto trabas y límites, que son absolutamente incompatibles con el fin de la ciencia y su cultivo».

El 19 de marzo Castelar dimite. El día 27, el Rector le notifica por carta la aceptación de la dimisión[42]. El 25 de marzo, Giner firma una protesta y

---

[35] Como señala Jiménez-Landi: «... la Universidad, para el partido moderado, tenía que limitarse a ser el lugar donde una burocracia enseñaba lo que el Gobierno quería para que todos los españoles pensaran igual que los ministros. Y lo que no fuera eso, se consideraba subversivo», p. 433.

[36] Los escritos pueden versen en Jiménez-Landi, 1973, pp. 438-439.

[37] En opinión de los dos profesores la circular vulneraba, en concreto, de la Constitución: el artículo 17 (derecho a la liberta de expresión), el 21 (libertad de cultos) y el 27 (la obtención y el desempeño de los cargos públicos, así como la adquisición y ejercicios de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesen los españoles).

Del Decreto pensaban que infringía la Circular: el artículo 7 (sobre la libertad de los alumnos para asistir a clase), el 16 (la libertad de elección de los libros de texto) y el 17 (no era necesaria la aprobación de la programación).

[38] Una detallada exposición de los sucesos puede verse en Jiménez-Landi, 1973, 439-447.

[39] Jiménez-Landi, 1973, p. 449.

[40] Puelles, 1982, p. 196.

[41] «Exposición Colectiva» redactada por Gumersindo de Azcárate, en M. Puelles Benítez, Historia de la educación en España. Tomo III: De la Restauración a la II República, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1989, pp. 251-258.

[42] Jiménez-Landi, 1973, pp. 452-453.

es confinado en Cádiz[43]. Ante esta situación se da una protesta de los profesores krausistas. Salmerón y Azcárate protestan ante el Consejo de Universidades y son confinados fuera de Madrid[44]. Linares y Calderón denuncian este confinamiento y son a su vez confinados en La Coruña y posteriormente separados por el Consejo de Universidades. Por una Real Orden se separa de sus cátedras a Giner, Salmerón y Azcárate; como reacción de protesta renuncian a sus cátedras: Castelar, Montero Ríos, Figuerola, Moret, Mesía, Del Valle[45].

A diferencia de la primera cuestión universitaria, el Gobierno se mantiene firme en sus posiciones y la segunda cuestión universitaria acabará con la salida de los profesores krausistas de la universidad a la enseñanza privada. Amparados por la libertad de creación de centros Regulada por Decreto de 29 de julio de 1874, reconocida también en la propia Circular de Orovio, tratarán de poner en marcha sus ideas de renovación pedagógica creando la Institución Libre de Enseñanza. El artículo 15 de los estatutos de la Institución dispone que:

> «La Institución Libre de Enseñanza es completamente ajena a todo espíritu e interés de comunión religiosa, escuela filosófica o partido político; proclamando tan solo el principio de la libertad e inviolabilidad de la ciencia, y de la consiguiente independencia de su indagación y exposición respecto de cualquiera otra autoridad que la de la propia conciencia del Profesor, único responsable de sus doctrinas»[46].

El Estatuto fundamenta la libertad de cátedra como derecho del profesor en la libertad de conciencia. Otro aspecto destacable del artículo 15 es el principio de neutralidad religiosa de la Institución, primer paso para la instauración de la escuela laica en la II República.

4.2. La Circular Albareda

La Dirección General de Instrucción Pública promulga una Circular de 15 de septiembre de 1876 encareciendo a los Rectores la necesidad de que los profesores se contraigan en la enseñanza a las prescripciones legales[47]. La Circular reconoce y alienta la libertad científica, aunque limitada por los principios político-religiosos.

---

[43] Este acontecimiento se puede seguir en Jiménez-Landi, 1973, p. 456.

[44] Jiménez-Landi, 1973, p. 463.

[45] Como diría Adolfo Posada: «la flor entonces del profesorado hispano», *Breve historia del krausismo español,* obra de 1925 y reditada por la Universidad de Oviedo en 1981, p. 67.

[46] Los estatutos de la Institución Libre de Enseñanza pueden verse en JIMÉNEZ-LANDI, 1973, pp. 703-706.

[47] *Gaceta de Madrid,* núm. 265, 21-IX-1876, pp. 817-819.

Cumplido el primer turno de alternancia en el Gobierno, el 8 de febrero de 1881 el Rey llama a Sagasta para formar Gobierno, quien nombra a Albareda ministro de Fomento. Albareda pasará a la historia por la famosa Circular de 3 de marzo de 1881 que derogará la de 26 de febrero de 1875 y restablecerá en sus puestos a los profesores destituidos, suspensos y dimisionarios con ocasión de la mencionada Circular[48].

La Circular de 1881 une la libertad de cátedra al progreso de la Ciencia:

> «(...) Claramente se deduce de lo expuesto la intención de recomendar eficazmente á V.S. que favorezca la investigación científica, sin oponer obstáculos, bajo ningún concepto, al libre, entero y tranquilo desarrollo del estudio, ni fijar á la actividad del Profesor, en el ejercicio de sus elevadas funciones, otros límites que los que señala el derecho común á todos los ciudadanos; creyendo además el Gobierno indispensable anular limitaciones que pesan sobre la enseñanza, originadas de causas que afortunadamente han desaparecido».

La Circular supondrá que tanto progresistas como conservadores aceptarán la libertad de cátedra, y ningún profesor será separado por sus creencias[49]. Sin embargo, conviene matizar esta afirmación, pues de los debates que de forma recurrente tuvieron lugar sobre la libertad de cátedra se infiere que no existe una identidad de posturas; lo que sí ocurrió es que se aplicó con prudencia la legislación y ningún profesor sería separado por sus creencias.

4.3. De nuevo la libertad de cátedra: el problema de los libros de textos

En noviembre de 1884 se reproducen los ya clásicos disturbios universitarios. En la apertura del curso académico en la Universidad Central el rector Morayta pronunció un discurso en el que hacía apología de la libertad de cátedra, insistiendo en que no podía tener más límites que la prudencia del profesor. Respondió Pidal que la primera prudencia era el respeto a las leyes[50].

De nuevo hubo disturbios en la universidad[51], a raíz de los cuales Pidal y Mon publica la Circular de 22 de noviembre de 1884[52] derogando la Circular Albareda y restableciendo en todo su vigor el Decreto de

---

[48] *Gaceta de Madrid,* núm. 63, 4-III-1881, p. 615.

[49] Díaz, 1988, p. 31.

[50] Turin, 1967, p. 307.

[51] Una narración detallada de los acontecimientos: TURIN, 1967, pp. 133-134 y pp. 307-308. Una narración oficial de los acontecimientos puede verse en la R.O. de 25 de noviembre de 1884, disponiendo que se publique en la Gaceta el parte del Gobernador civil relativo a los sucesos de la Universidad de Madrid en los días 18 al 22, *Gaceta de Madrid,* núm. 332, 27-XI-1884, pp. 507-508.

[52] *Gaceta de Madrid,* núm. 328, 23-XI-1884, p. 480.

Orovio. Los disturbios de la Universidad Central harán que los propios catedráticos y profesores presenten instancias al Ministerio pidiendo que se clarifiquen los hechos. Así, un grupo formado por 53 profesores considera los acontecimientos meros disturbios universitarios que eran competencia del Claustro; para otro grupo de 90 los acontecimientos eran atentados al orden público y, como tales, competencia del Ministerio de la Gobernación. La Real Orden de 29 de noviembre de 1884[53] resuelve las instancias y considera los acontecimientos como de orden público[54].

Los acontecimientos hacen que se vuelva a discutir en el parlamento sobre la libertad de cátedra. En los debates parlamentarios vuelven a aparecer las posiciones tradicionales de los diversos grupos políticos sobre la materia; aunque, como hemos ya señalado, ningún profesor será separado por sus creencias.

El problema de la libertad de cátedra quedará reducido al control del dogmatismo político-religioso de los libros de textos. Ahora bien, no se produjeron tensiones porque desde los años ochenta hubo un intento entre los dos partidos mayoritarios, conservadores y liberales, de respetar la libertad de enseñanza[55]. Realmente, las únicas denuncias a que dieron lugar los libros de texto fueron la de su extensión y su precio. La Reforma Groizard trató de evitarlo optando por un sistema de lista aprobada cada tres años por el Gobierno y dando plena libertad a los profesores para la redacción del programa.

La Real Orden de 15 de enero de 1901 dirigida a los Rectores, publicada siendo ministro García Alix, volvió a limitar la libertad de cátedra e instó a los rectores que ejercieran las facultades de inspección ante el temor de que en las cátedras se enseñaran doctrinas contrarias a la Constitución[56]. En este marco es donde hay que encuadrar el Real Decreto de 6 de julio de 1900 sobre libros de texto que concedía al profesor libertad para desarrollar el contenido de la asignatura y redactar el programa sin que pudieran sostenerse doctrinas contrarias a la Constitución[57]. La Real Orden reproducirá de nuevo el problema de la libertad de cátedra en las universidades. En esta situación, Romanones promulga la Real Orden de 21 de marzo declarando en vigor la Circular

---

[53] *Gaceta de Madrid,* núm. 335, 30-XI-1884, pp. 536-537.

[54] El considerando 7.º señala: «Que es notorio que en los distintos sitios de la Corte donde se han mostrado en grupo los escolares han incurrido en el delito común de manifestación ilegal, reuniéndose sin permiso de la Autoridad civil, caso previsto y penado por el art.190 del Código penal, en el de dar voces subversivas en cualquiera clase de reuniones, en contravención á lo prevenido por el artículo 273 del mismo Código, y en los de desobediencia y desacato á la Autoridad por toda clase de medios, incluso el uso de la fuerza contra sus agentes legítimos; hechos todos sobre los cuales se instruyen los correspondientes procesos para establecer las responsabilidades individuales á que haya lugar».

[55] Díaz, 1988, p. 103.

[56] *Gaceta de Madrid,* núm. 16, 16-I-1901, p. 205.

[57] *Gaceta de Madrid,* núm. 189, 8-VII-1900, p. 116.

Albareda[58]. El Real Decreto de 12 de abril de 1901 deja al profesorado la facultad de redactar el programa de la asignatura «con plena libertad en cuanto al plan, método y doctrina» (art. 28). Además, el profesor o catedrático no puede señalar el libro de texto, ya que el alumno tenía libertad para «estudiar por el que mejor le convenga» (art. 29)[59].

En la línea de restringir la libertad de cátedra, promulga Romanones el Real Decreto de 2 de septiembre de 1901 en el que se introducen los tribunales de honor en la Universidad60. La situación de los maestros de la enseñanza primaria era diferente, no gozando de tanta libertad como el resto de los docentes y estaban sujetos al severo régimen disciplinario del Real Decreto de 26 de octubre de 1901[61].

5. La asignatura de religión

El Decreto de 25 de octubre de 1868 reorganizando los estudios de la segunda enseñanza suprimió la asignatura de religión[62]. Durante un largo período la asignatura no se cursará en el bachillerato, habiendo pasado por el poder tanto conservadores como liberales. La negativa reiterada de la Iglesia católica a aceptar el Estado Liberal y sus disposiciones secularizadoras, se tradujo en una pérdida de influencia que condujo a la supresión de la clase de religión[63].

En 1894, al mejorar las relaciones de la Iglesia con los liberales, se inician las conversaciones entre Groizard y el cardenal Sancha. La cuestión se polarizaría en el Senado por la extrema derecha que intentaba hacer de ella un problema político, frente a los Obispos que trataban de resolverlo negociando con los liberales[64]. A pesar de la oposición del ministro Puigcerver a la cátedra de religión, el Real Decreto de 25 de enero de 1895 introduce la asignatura de religión en el nuevo bachillerato[65]. El Decreto será fruto de mutuas concesiones y no de una victoria partidista[66]. El 5 de enero de 1895, el ministro sometía a consulta del Consejo de Instrucción Pública la creación de las cátedras de religión. El 24 de enero, la sección 5.ª del Consejo de Instrucción manifestó su conformidad con el restablecimiento de la asignatura, pues era conforme con lo dispuesto en el artículo 11 de la Constitución, figuraba en los planes de estudio anteriores a 1868, se impartía en algunas naciones y el

---

58 *Gaceta de Madrid,* núm. 81, 22-III-1901, p. 1237.
59 *Gaceta de Madrid,* núm. 104, de 14-IV-1901, pp. 198-201.
60 *Gaceta de Madrid,* núm. 249, 6-IX-1901, pp. 1211-1212.
61 *Gaceta de Madrid,* núm. 303, 30-X-1901, pp. 467-499.
62 *Gaceta de Madrid,* núm. 300, 26-X-1868, p. 3-7.
63 Díaz, 1988, p. 130.
64 *Ibídem.*
65 *Gaceta de Madrid,* núm. 27, 27-I-1895, p. 306.
66 Puelles Benítez, 1982, p. 223.

país era mayoritariamente católico[67]. La forma de conciliar la creación de las cátedras de religión con la tolerancia religiosa que se consagraba en el párrafo segundo del artículo 11 de la Constitución era, según el Consejo, que la asignatura tuviera un carácter voluntario.

El Decreto establece una cátedra de religión en todos los Institutos de segunda enseñanza (art. 1.º). La asistencia es obligatoria para los alumnos que se inscriban voluntariamente, por sí, si son mayores o por sus padres, tutores o encargados por los menores de edad (art. 2.º). La asignatura no tenía efectos académicos, no había examen y bastaba para aprobarla un certificado de asistencia y aprovechamiento (art. 3.º). Sí podía tener efectos académicos la aprobación de la asignatura para aquellas carreras en que la ley lo exigiese, en cuyo caso se aprobaría por exámenes (art. 4.º). La asignatura se impartiría por un sacerdote nombrado por el ministro, previo informe del prelado a cuya diócesis perteneciera el Instituto; el sacerdote debería ser doctor o licenciado en Teología o Filosofía y Letras. Los profesores no formarían parte de la escala oficial del profesorado y, por tanto, no gozarían de sus mismos derechos (art. 5.º). La financiación de la signatura correspondería al Estado (arts. 6.º y 7.º).

En el Plan de estudios de Pidal de 26 de mayo de 1899 la religión figuraba dentro de las asignaturas que los alumnos debían estudiar (art. 1.º) y, conforme al artículo 4.º, tenían el carácter de obligatorias[68]. La disposición adicional 9.ª reforzaba indirectamente el carácter obligatorio de la enseñanza de la religión, puesto que derogaba toda la normativa que expresamente se le opusiese. Las críticas surgieron por entender que la asignatura de religión obligatoria infringía la tolerancia religiosa consagrada en el artículo 11 de la Constitución. Ante las críticas, Pidal en la Sesión del Senado de 6 de julio rectifica y consigna su carácter voluntario[69].

El Real Decreto de 20 de julio de 1900 sobre reforma de la segunda enseñanza establecía que la clase de religión se cursaría obligatoriamente en los cuatro primeros años en dos conferencias semanales (art. 5.º)[70]. Esta disposición infringía el Decreto de Bosch, aún vigente, y el artículo 11 de la Constitución.

Romanones establecerá, de nuevo, el carácter optativo de la religión en el Real Decreto de 12 de abril de 1901[71]. Este Real Decreto aparecerá refundido en el Reglamento de exámenes de 10 de mayo que restablece, en todo su vigor, el Real Decreto de 25 de enero de 1895 (art. 12)[72].

---

[67] Díaz, 1988, p. 131.
[68] *Gaceta de Madrid,* núm. 150, 30-V-1899, pp. 725-727.
[69] Díaz, 1988, p. 173.
[70] *Gaceta de Madrid,* núm. 203, de 22-VII-1900, pp. 310-311.
[71] Puede verse un extracto del contenido de este Real Decreto en Martínez Alcubillas, Diccionario de la Administración, t. IX, pp. 638-639.
[72] *Gaceta de Madrid,* núm. 135, de 15-V-1901, pp. 617-618.

El Real Decreto de 17 de agosto de 1901[73] sobre reorganización de los Institutos y cambio de su denominación por el de generales y técnicos, vuelve a insistir en el carácter voluntario de la asignatura de religión (art. 5.º); crea un cuerpo de capellanes de Instituto (art. 14).

Paradójicamente, la asignatura de religión en la enseñanza primaria sí era obligatoria, consecuencia de la escasa importancia que hasta este momento daban a la enseñanza primaria todos los integrantes de la «guerra escolar». El Real Decreto de 26 de octubre de 1901[74] dispone que la Primera enseñanza pública comprende, entre otras, Doctrina Cristiana y Nociones de Historia Sagrada (art. 3.º). Impone como «obligación ineludible señalar libros de texto para la enseñanza de la Doctrina Cristiana» (art. 7.º), que se «estudiará por el Catecismo que señalen los Prelados en sus respectivas diócesis» (art. 8.º).

La situación cambiará con el Real Decreto de 25 de abril de 1913[75] sobre enseñanzas de la doctrina cristiana y de la Historia Sagrada en las escuelas, promulgado en medio de una viva polémica[76]. El Real Decreto era una trasposición a la enseñanza primaria del Real Decreto de 25 de enero de 1885, declaraba la obligatoriedad de la enseñanza de la Doctrina Cristiana y de la Historia Sagrada figurando en el plan de estudios de las escuelas públicas de instrucción primaria (art. 1.º), aunque «quedarán exceptuados de recibirlas los hijos de padres que así lo deseen, por profesar religión distinta de la católica» (art. 2.º).

Este Real Decreto constituyó uno de los hechos más significativos de la secularización de la enseñanza debido a tres razones:

1. El carácter nacional de la medida: aparece como polémico un hecho que afecta a la enseñanza pública y no solo a la privada.
2. La creación no solo de un enfrentamiento ideológico entre las «dos Españas», sino que reflejó la resistencia de los católicos a cualquier intento reformista.
3. La atribución por parte de la Iglesia al Real Decreto de unas consecuencias que no tenía[77].

Se consideraba por ciertos sectores que el Real Decreto era un intento de establecer una escuela primaria neutra, pues entendían que desnaturalizaba la enseñanza primaria que, por encima de la obligatoriedad del Catecismo, era toda ella una enseñanza confesional. Esta opinión era un tanto exagerada; únicamente el Real Decreto trató de proteger la libertad de conciencia de los alumnos y los maestros, a la vez que el derecho de los padres a educar a sus

---

[73] *Gaceta de Madrid,* núm. 231, 19-IX-1901, Exposición, pp.790-791, Decreto, pp. 791-795.
[74] *Gaceta de Madrid,* núm. 303, 30-X-1901, pp. 497-499.
[75] Martínez Alcubillas, Diccionario de la Administración..., t.IX, *op. cit.,* p. 108.
[76] Se puede consultar, a este respecto la obra de García, 1985, Regidor, pp. 290-328.
[77] García, 1985, p. 289.

hijos conforme a sus propias convicciones, amparándose para ello en el artículo 11 de la Constitución. Sin embargo, no puede obviarse que el Real Decreto constituía una violación de la legalidad vigente: el artículo 87 de la Ley Moyano y el 2.º del Concordato. Si a ello se añade que la normativa sobre libertad de cátedra también infringía el Concordato, se puede afirmar que apenas tuvo aplicación.

6. Conclusiones

El proceso secularizador de la enseñanza en la Restauración estuvo marcado por la política canovista de equilibrios. Así, la libertad de enseñanza, conquistada en la Constitución de 1869, será ya irrenunciable, aunque se discrepará en su contenido y extensión, dando lugar a una viva polémica en torno a la defensa que hacían los moderados de la enseñanza congregacional o, por parte de los liberales, de la enseñanza pública que tendrá su punto álgido en los primeros años del siglo XX.

El tema de la libertad de enseñanza durante la Restauración quedará definitivamente vinculado a la libertad de ciencia y a la de cátedra, a la soberanía de la inteligencia, manifestación de la secularización del conocimiento y del pensamiento causado por la ruptura de la unidad de creencias en torno a los dogmas católicos que, en otra hora incontestados, no son aceptados por toda la sociedad.

En definitiva, la Restauración será decisiva en el proceso secularizador de la enseñanza, pues genera una serie de consensos —monopolio del estado en la colación de grados, la libertad de creación de centros y la libertad de ciencia y cátedra— que se proyectan en la Constitución de 1978. Sistema educativo constitucional que es uno de los frutos más señeros del denominado consenso constitucional entre el ideario educativo de la derecha y el de la izquierda que, de alguna forma, recuerda al sistema de equilibrios a los que la Restauración había llegado entre los diversos contendientes de la guerra escolar.

BIBLIOGRAFÍA

Asensio, M. A. (2001). *Proceso secularizador y libertad de enseñanza en el derecho histórico español.* Universidad de Málaga.

Cacho, V. (1962). *La Institución Libre de Enseñanza, T. I, Orígenes y etapa universitaria (1860-1881).* Rialp.

Díaz, E. (1988). *Evolución y desarrollo de la enseñanza media en España de 1875 a 1930. Un conflicto político-pedagógico.* Ministerio de Educación.

Faubell, V. (1991). Las Órdenes y Congregaciones religiosas y la educación en la España contemporánea. En J.M. Prellezo (ed.), *L'impegno dell'educare. Studio in onore di Prieto Braido,* LAS.

García, T. (1985). *Regidor, La polémica de la secularización de la enseñanza en España (1902-1914)*. Instituto Domingo Lázaro.

Gómez, M. D. (1996). Inteligencia, poder y secularización. En F. Álvarez (ed. lit.), *Librepensamiento y secularización en la Europa contemporánea* (297-320). Universidad Pontificia Comillas.

Jiménez-Landi, A. (1973). *La Institución Libre de Enseñanza. Los orígenes, T. I.* Taurus Ediciones.

Miliaret. G. y Vial, J. (1981). *Histoire mondiale de l'éducation, T. 3.* Presses Universitaires de France.

Posada, A. (1981). *Breve historia del krausismo español, obra de 1925.* Reedición Universidad de Oviedo.

Puelles, M. (1982). *Educación e ideología en la España contemporánea.* Labor.

Tineo, P. (1997). Mentalidad cristiana y pensamiento pedagógico de la Iglesia en España. En B. Bartolomé (coord.), *Historia de la acción educadora de la Iglesia en España, T. II* (49-98). Biblioteca de Autores Cristianos.

Turin, Y. (1967). *La educación y la escuela en España de 1874 a 1902. Liberalismo y tradición.* Editorial Aguilar.

02 AUTONOMÍA DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS Y VIDA PRIVADA DEL PROFESORADO DE RELIGIÓN*

A propósito de la sentencia de 4 de febrero de 2022 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Adoración Castro Jover.
Catedrática de Derecho eclesiástico del Estado.
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

1. Introducción.
2. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de febrero de 2022.
   2.1. El supuesto de hecho.
   2.2. El Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
   2.3. La normativa interna. El Decreto 924.
   2.4. La autonomía de las confesiones religiosas.
   2.5. Los derechos fundamentales afectados.
3. Puntos de comparación con la sentencia de la Gran Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Fernández Martínez c. España de 12 de junio de 2014.
   3.1. El supuesto de hecho.
   3.2. La normativa interna y el criterio establecido por el Tribunal Constitucional español.
   3.3. Autonomía de las confesiones religiosas y derecho a la vida privada.

1. Introducción

La enseñanza de la religión con contenidos confesionales en los centros de educación, con carácter general, encuentra su sede normativa en los compromisos asumidos por el Estado a través de acuerdos con las confesiones religiosas y en su posterior desarrollo por normativa estatal. Su impartición en

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación del Sistema Universitario del Gobierno Vasco (Grupo A) IT1733-22, «Gobernanza multinivel y Derecho Europeo».

centros docentes públicos en Estados democráticos en los que se reconoce y garantiza un catálogo de derechos fundamentales, entre los que se encuentra la igualdad en la libertad en el ejercicio de la libertad religiosa, plantea problemas que se ubican en planos diversos pero conectados entre sí.

Por un lado, El nivel de análisis se proyecta en la defensa de un espacio de actuación de un derecho de libertad religiosa colectivo, la autonomía, ante la intervención de los poderes públicos y hasta dónde las confesiones pueden ampararse en su autonomía frente a la injerencia del Estado para justificar la limitación del ejercicio de derechos constitucionales o fundamentales. La respuesta que se dé permitirá determinar hasta donde la neutralidad del Estado puede llegar.

Por otro lado, los conflictos planteados en la jurisprudencia, en España se encuentran algunos ejemplos, muestran que, si desplazamos la perspectiva de análisis al ámbito privado, la tensión se produce entre el derecho colectivo a la autonomía de las confesiones y los derechos constitucionales o fundamentales, de forma particular del profesorado de religión.

El derecho colectivo de las confesiones religiosas a la autonomía se concreta en el reconocimiento por parte del Estado de una facultad de organización y establecimiento del régimen de personal. En lo que se refiere a la enseñanza de la religión, a las confesiones religiosas les corresponde dotar de contenido a la asignatura de religión de acuerdo con sus creencias y en elegir la persona que tenga la formación necesaria para transmitir esas enseñanzas. Los problemas surgen cuando se pretende extender a la vida privada, al margen de la función docente, la exigencia de conductas que son consideradas por la confesión religiosa contrarias a los contenidos de esas enseñanzas, al hacerlo pueden lesionar con esta pretensión derechos fundamentales o constitucionales de quienes la imparten. Cuando esto ocurre se produce una colisión entre el derecho colectivo de las confesiones a la autonomía y el derecho individual de la persona que enseña religión a que el ejercicio de su trabajo docente no implique una renuncia a derechos fundamentales o constitucionales.

El interés de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) se encuentra en que permite, en parte, establecer una comparación con la sentencia que resuelve el caso de Fernández Martínez c. España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). El supuesto de hecho del que conocen es distinto y eso explica una decisión diferente. Sin embargo, se comparte la delimitación del alcance y límite de los derechos en juego. En ambos casos se reconoce los derechos de las confesiones religiosas a la autonomía que supone la no injerencia del Estado. En ambos casos, se afirma que las decisiones adoptadas por las confesiones en el ámbito de su autonomía no están exentas de control jurisdiccional cuando vulneran derechos fundamentales. Sin embargo, la ponderación de los derechos en conflicto en cada caso, realizada sobre supuestos de hecho distintos y ordenamientos jurídicos internos con importantes diferencias, da lugar a una decisión por parte de los tribunales mencionados diferente.

2. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de febrero de 2022

2.1. El supuesto de hecho

La señora Sandra Cecilia Pavez Pavez, cuenta con un título profesional de «Profesora de Religión Católica y Moral», expedido por la Universidad de Ciencias de la Educación, un título profesional de «Profesora de Religión para la Educación General Básica», expedido por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Trabajaba como profesora de religión católica en un establecimiento de educación público, administrado y financiado por el Estado chileno a través de la Corporación municipal de San Bernardo. Su remuneración y seguridad social eran asumidas por la citada Corporación y, por tanto, se detraían del presupuesto de la Nación.

Su relación de trabajo estaba sometida al Código de Trabajo, en consecuencia, la naturaleza de la relación hay que considerarla como un contrato privado.

Recibió varios certificados de idoneidad por parte de la autoridad eclesiástica. Su último certificado de idoneidad estaba vigente hasta 2008. En 2007 se reciben llamadas anónimas en el establecimiento educativo y en la Diócesis de San Bernardo, difundiendo el rumor que la presunta víctima era lesbiana. El Vicario había «exhortado en varias oportunidades a la presunta víctima a terminar su «vida homosexual», y se le indicó, que, para continuar con el ejercicio de su cargo, debería someterse a terapias de orden psiquiátrico.»

El 25 de julio de 2007 el Vicario emite una comunicación escrita a ella dirigida en la que se la informa la revocación del Certificado de idoneidad señalándole textualmente: «como a usted le consta, como sacerdote y Vicario de este obispado he intentado realizar todo lo posible para que no se llegara a esta difícil determinación, dejando constancia de que las ayudas espirituales y médicas ofrecidas fueron rechazadas por usted, lo cual lamento profundamente».

Como consecuencia de esta revocación del Certificado de idoneidad se ha visto impedida de dar clases de religión católica en cualquier entidad educacional nacional. La dirección del establecimiento educativo en el que impartía enseñanza de religión católica le ofreció un cargo de inspectora general interina a partir de 2011. De modo que su contrato laboral no fue interrumpido, los beneficios de que gozaba como docente fueron mantenidos y, además, comenzó a recibir una asignación laboral adicional por sus funciones directivas.

2.2. El Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los recursos interpuestos ante la Corte de Apelación y la Corte Suprema fueron desestimados.

Las instancias nacionales basándose en las normas reguladoras de la materia consideraron conforme a derecho la retirada por la autoridad eclesiástica del certificado de idoneidad necesario para impartir la enseñanza de la religión. Su argumentación se basa en el derecho a la autonomía reconocido a las confesiones religiosas en el ordenamiento interno como una manifestación de la libertad religiosa en su dimensión colectiva. Conceder o retirar el certificado de idoneidad forma parte de la autonomía de las confesiones. El Estado no puede interferir en una potestad propia de las comunidades religiosas o sus autoridades. Desde esta argumentación negaran la vulneración de derechos por la que se le exige responsabilidad internacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión), somete el 11 de septiembre de 2019 a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un caso de la República de Chile, en el que considera que existe una responsabilidad internacional del mencionado Estado por la inhabilitación, por razón de la orientación sexual, de la señora Sandra Cecilia Pavez Pavez, para el ejercicio de la docencia de la asignatura de religión católica en una institución de educación pública. Esta inhabilitación se produjo como consecuencia de la revocación por parte de la autoridad eclesiástica competente del certificado de idoneidad, requisito exigido por la normativa interna, Decreto 924 del Ministerio de Educación de 1983, a los docentes para que puedan ejercer como profesores de religión católica.

La Comisión aprecia que existió en este caso «una diferencia de trato basada en la orientación sexual, sin ofrecer motivo alguno que supere un escrutinio mínimo de objetividad y razonabilidad, atribuible al Estado puesto que existía una regulación que otorgaba facultades absolutas en la materia a las autoridades religiosas» (§1). Lo que le permite concluir que «el Estado de Chile es responsable por la violación a la vida privada y autonomía, al principio de igualdad y no discriminación, al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, al trabajo, a contar con decisiones motivadas y a la protección judicial (...)» (§1).

En lo que se refiere al fondo la «Corte analizará el alcance de la responsabilidad internacional del Estado por la alegada violación de los derechos convencionales por la inhabilitación como profesora de religión católica de Sandra Pavez Pavez, como producto de la revocación del certificado de idoneidad por parte de la Vicaría para la Educación de San Bernardo (...). La Corte analizará los alegatos sobre el fondo de conformidad con este orden:

a) Los derechos de la igualdad a acceder a la función pública, a la libertad personal, a la vida privada y al trabajo en relación con la obligación de no discriminación y de adoptar disposiciones de derecho interno.
b) Los derechos a las garantías judiciales y a la protección en relación con las obligaciones de respeto y garantía y de adoptar disposiciones de derecho interno» (§33).

El núcleo argumentativo que sostiene el contenido de la sentencia de la Corte se centra, de un lado, en delimitar el alcance de la autonomía de las confesiones religiosas y, de otro, los límites a esa autonomía en aras de la defensa de los derechos fundamentales en juego con el objetivo de determinar la responsabilidad del Estado.

2.3. La normativa interna. El Decreto 924

Esta norma regula las clases de religión en establecimientos de educación públicos y privados. La oferta de esta asignatura es obligatoria por parte de los centros públicos, pero es de elección voluntaria para el alumnado. En lo que se refiere al profesorado de religión queda vinculado al centro con un contrato privado y se exige como requisito necesario para la impartición de la materia un certificado de idoneidad expedido por las autoridades religiosas competentes, su validez durará mientras ésta no lo revoque, además, debe acreditar los estudios necesarios para ejercitar dicho cargo.

Los hechos tienen lugar en un establecimiento educativo público, la profesora es remunerada con fondos públicos y el puesto lo ocupaba como titular.

El Estado discute su condición de funcionaria pública sobre la base de que su contratación se regía por un contrato de derecho privado y no de derecho público. Lo relevante para la Corte no es la naturaleza del contrato sino la naturaleza de las funciones que ejercía que eran las de una funcionaria pública, de hecho, después de la revocación de su certificado de idoneidad continuó ejerciendo una función de naturaleza pública al reasignarle otras funciones que se materializaron en un ascenso, con mayor remuneración y con más responsabilidades. Sin embargo, a pesar de la mejora en el puesto de trabajo se «menoscabó su vocación docente y constituyo una forma de desmejora laboral», el cambio no se debió a las necesidades de servicio sino al trato diferente que se basó en su orientación sexual.

La Corte examina si el mencionado decreto es contrario al derecho a la igualdad. En primer lugar, se trata de verificar si «existe una diferencia de trato que pueda ser discriminatoria entre diferentes religiones. En segundo lugar, se buscará determinar si la potestad de las comunidades religiosas de conferir certificados de idoneidad, y de forma más genérica, de designar a las profesoras y los profesores de religión que ejercen la docencia en establecimientos públicos resulta acorde a la Convención Americana. En tercer lugar, se analizará si el Decreto establece alguna diferencia de trato entre las personas con base en las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, que puedan resultar discriminatorias. Por último, se analizará si el Decreto 924 establece procedimientos para proteger y salvaguardar los derechos de las personas contra actos discriminatorios o arbitrarios contrarios a la Convención» (§93).

La respuesta a las distintas cuestiones planteadas se puede concretar en que el Decreto no es contrario a la igualdad excepto en el último punto que se refiere a si la mencionada norma ofrece de forma expresa garantías de salvaguarda de los derechos de las personas contra actos discriminatorios. En este sentido la Corte manifiesta que «el citado Decreto no establece, de forma expresa, ningún medio por el cual la decisión de conceder o no un certificado de idoneidad por parte de las autoridades religiosas pueda estar sujeta a un control posterior por parte de las autoridades administrativas o a recursos idóneos y efectivos ante las autoridades jurisdiccionales para proteger los derechos de las personas contra actos discriminatorios o arbitrarios contrarios a la Convención». (§99).

El reproche que se realiza por parte de la Corte al Estado de Chile es que «ha realizado una delegación incondicionada de la facultad otorgar certificados de idoneidad a personas para ejercer la docencia religiosa en establecimientos públicos sin que exista una vía clara para impugnar este tipo de decisiones (…)» (§101 y 159), renunciando, así, a sus funciones de control.

En definitiva, la Corte entiende que «el Decreto 924 le confirió atribuciones de poder público a las autoridades eclesiásticas, y como tal, al emitir el certificado de idoneidad a los y las docentes de religión, éstas ejercen un acto que es atribuible directamente al Estado.» (§116) Además, la atribución de responsabilidad al Estado deriva de la falta de garantías al no prever recursos relacionados con la revocación del certificado de idoneidad.

2.4. La autonomía de las confesiones religiosas

El Estado de Chile, alega que «el certificado de idoneidad requerido por el Decreto 924 para dar clases de la asignatura de religión constituye una garantía de la autonomía de las entidades religiosas para desarrollar sus actividades fundamentales, incluyendo la selección de sus maestros. Agregó que el hecho de requerir esta calificación particular para el desempeño de la función específica de representación de la comunidad religiosa en la enseñanza, garantiza que esta será impartida de manera fiel por quién, de hecho, represente a esa comunidad conforme a su criterio. Del mismo modo, el Estado afirmó que se encuentra compelido «por el respeto a la autonomía de las entidades religiosas a reconocer y no cuestionar la decisión adoptada, ante la pregunta de si el profesor es religiosamente idóneo, pues lo contrario implicaría necesariamente pronunciarse en materias religiosas, infringir la autonomía religiosa, en un asunto que está en el núcleo de dicha libertad —la posibilidad de designar quienes enseñan la doctrina— y violaría flagrantemente el principio de separación entre iglesias y Estado» (§118).

La Corte no pone en cuestión que las comunidades religiosas de acuerdo con la libertad religiosa deben estar libres de toda injerencia arbitraria del Estado en lo que se refiere a aspectos que tienen que ver con ámbitos rela-

cionados con sus creencias religiosas como la vida organizativa de la comunidad y aquellos asuntos que tienen que ver con su organización interna. Para la Corte el punto central de la discusión es sí «la selección del profesorado por parte de una autoridad o comunidad religiosa de las personas encargadas de dictar clases de un credo religioso en un establecimiento educativo público, se encuentra incluido dentro de ese ámbito de autonomía inherente al derecho a la libertad religiosa». (§119).

En opinión de la Corte «si bien la designación de profesores de un credo religioso particular por parte de las comunidades interesadas de conformidad con lo establecido en el Decreto 924 podría comprender un cierto margen de autonomía, la cual sería concordante con el derecho a la libertad religiosa (...), la misma no puede ser absoluta. Lo anterior se debe a que las clases de religión católica como parte de un plan de educación pública, en establecimientos educativos públicos, financiados por fondos públicos, no se encuentran dentro de los ámbitos de libertad religiosa que deben estar libres de toda injerencia del Estado puesto que no están claramente relacionadas con las creencias religiosas o la vida organizativa de las comunidades» (§129). Añade «las autoridades religiosas chilenas cuentan con una autonomía amplia a la hora de otorgar un certificado de idoneidad para dictar clases de religión, sin embargo, por ser una asignatura que forma parte de los planes de educación de niñas y niños, esas facultades que derivan directamente del derecho a la libertad religiosa, deben adecuarse a los otros derechos y obligaciones vigentes en materia de igualdad y no discriminación. Esa competencia de las autoridades religiosas se predica también para revocar el certificado de idoneidad, siempre y cuando se respeten los derechos y obligaciones que son de imperativo cumplimiento por parte del Estado en el ámbito de la educación pública» (§130).

En definitiva, para la Corte el límite a la autonomía de las comunidades religiosas se encuentra en los derechos fundamentales que entran en juego en el ámbito educativo y que son de obligado cumplimiento para el Estado, así como los principios que rigen el sistema educativo orientados a la transmisión del respeto de derechos fundamentales. Una educación, afirma la Corte, que se imparta vulnerando derechos humanos no permite cumplir los contenidos educativos, es contraria a los mismos y en consecuencia vulnera el derecho a la educación.

2.5. Los derechos fundamentales afectados

La Corte construye su argumentación sobre la base de la cláusula general de la dignidad humana cuyo aspecto central lo constituye «la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones» (§59). Este principio de autonomía de la persona

«veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención» (§59).

Conecta con la dignidad de la persona derechos reconocidos por la Convención Americana como la inviolabilidad de la vida privada y familiar. La protección de este derecho no se limita al derecho a la privacidad, sino que abarca otros factores ligados a la dignidad humana «incluyendo, por ejemplo, la capacidad de desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales (...). Asimismo, la vida privada comprende la forma en que la persona se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, siendo esto una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad» (§58).

El derecho a la identidad en el que incluye la identidad sexual no lo concibe la Corte como un derecho subordinado a otros derechos sino como un derecho autónomo «estrechamente vinculado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona humana» (§63).

En lo que se refiere al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte señala que «los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto* (...)» (§65). De esta obligación de los Estados de no discriminar deriva, además, «la de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinadas personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias» (§67). Asimismo, aporta el criterio de análisis que debe aplicarse para determinar si hay vulneración o no del principio de igualdad y no discriminación, al señalar que «cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías protegidas en el artículo 1.1 de la Convención, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no solo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no solo adecuado u efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma» (§69).

En conclusión, la «Corte encuentra que el Estado es responsable por una vulneración a los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad personal, a la vida privada y al trabajo (...) por el trato discriminatorio que sufrió al haber sido separada por su cargo de profesora de religión católica (...)» (§146). Además, «el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (...) por cuanto las autoridades judiciales internas no efectuaron el adecuado control de convencionalidad (...) Del mismo modo, en el presente caso se vulneraron los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con las obligaciones de respeto, de garantía y de adoptar disposiciones de derecho interno (...)» (§160) que hubieran pemitido a la recurrente utilizar los recursos idóneos para impugnar la decisión de revocación del certificado de idoneidad.

3. Puntos de comparación con la sentencia de la Gran Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Fernández Martínez C. España de 12 de junio de 2014

Para establecer puntos de comparación entre la sentencia de la CIDH y la del TEDH es necesario conocer los hechos en los que se apoya la decisión y las normas del ordenamiento jurídico español en que se basa, así como el criterio jurisprudencial establecido en la sentencia 5/1981, de 13 de febrero del Tribunal Constitucional (en adelante TC) para resolver este tipo de conflictos.

3.1. El supuesto de hecho

El Sr. Fernández Martínez, ordenado sacerdote en 1961, solicita en 1984 al Vaticano la dispensa de la obligación de celibato, no recibe respuesta en ese momento y contrae matrimonio civil en 1985. A partir de octubre de 1991, conociendo su situación el Obispo, imparte enseñanza de la religión en un instituto público de la región de Murcia sobre la base de un contrato de trabajo anual renovable. En noviembre de 1996, el diario la Verdad de Murcia publica un artículo «Movimiento pro-celibato opcional» de los sacerdotes que contiene, además, manifestaciones acerca del aborto, el control de natalidad, el divorcio o la sexualidad, contrarios a las enseñanzas de la Iglesia católica. En 1997 por un rescripto el Papa acoge la demanda de celibato, precisando que el interesado está exento de la obligación de celibato y de la pérdida del estado clerical, indicando, además, que el recurrente no podrá enseñar religión católica en un centro público, a menos que el obispo del lugar decida otra cosa »siguiendo su prudente apreciación y bajo reserva de que no haya escándalo». El rescripto se notifica al recurrente el 15 de septiembre de 1997. El 29 de septiembre de 1997, el Obispo de Cartagena informa al Ministerio de

Educación el cese de funciones del recurrente como profesor de religión en el centro escolar en el que trabajaba.

Los hechos no son comparables a aquellos que sustentan la decisión de la CIDH basados en una causa de discriminación como es la orientación sexual, sin que se aprecien en la recurrente ataques ni manifestaciones públicas que tengan por objetivo atentar/discrepar de las enseñanzas de la confesión religiosa de pertenencia.

3.2. La normativa interna y el criterio establecido por el Tribunal Constitucional español

En el derecho español se reconoce a las confesiones religiosas un ámbito de autonomía que comprende: «establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de personal (...) sin perjuicio del respeto de los derechos fundamentales» (art. 6.1 de la Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa, en adelante LOLR). Queda claro que la autonomía que se reconoce a las confesiones religiosas encuentra su límite en el respeto de los derechos fundamentales cuya garantía queda asegurada por procedimientos abreviados que permiten llegar al TC a través del recurso de amparo. En el ordenamiento jurídico español se encuentran las garantías normativas y jurisdiccionales que permiten al Estado el control jurisdiccional como garantía a la protección de los derechos fundamentales. Aquí se encuentra otra diferencia con el ordenamiento interno de Chile.

De modo que la autonomía de las confesiones no puede convertirse en un ámbito que dé cobertura para vulnerar derechos fundamentales frente a la injerencia del Estado, impidiendo el control jurisdiccional como garantía de la no vulneración de derechos fundamentales. En este punto los argumentos utilizados por la CIDH acerca de los límites a la autonomía de las confesiones y la exigencia al Estado chileno de establecer un control jurisdiccional que proteja la eventual vulneración de derechos humanos encuentra su concreción normativa en el ordenamiento jurídico español.

Sobre estas bases normativas y jurisdiccionales hay que examinar las dos sentencias del TC que abordan el conflicto entre el derecho colectivo de la Iglesia católica a la libertad religiosa que comprende el reconocimiento de un ámbito de autonomía y las actividades extracadémicas del profesorado de religión realizadas al amparo de sus derechos constitucionales y/o fundamentales.

En España el criterio para resolver estos conflictos se ha establecido en la sentencia 5/1981, de 13 de febrero, del TC en el fundamento jurídico 11 al afirmar que «(...) aunque ciertamente la relación de servicio entre el profesor y el centro no se extiende en principio a las actividades que al margen de ella lleve a cabo, la posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades, e incluso su intencionalidad, pueden hacer de ellas parte importante e incluso

decisiva de la labor educativa que le está encomendada». Este criterio jurisprudencial se ha tenido en cuenta en dos recursos de amparo de los que conoce el TC. En la STC 51/2011, de abril, los hechos que dan lugar a otorgar el amparo consisten en que una profesora de religión había contraído matrimonio civil con un divorciado y en la STC 128/2007, de 4 de junio, que deniega el amparo, un sacerdote secularizado hace pública su condición de casado y con hijos y su pertenencia al Movimiento Pro-celibato Opcional, apareciendo en los medios de comunicación liderando este movimiento. Esta sentencia se recurrirá al TEDH que se pronuncia en sentencia de la Gran Cámara el 12 de junio de 2014. En ambos casos el TC afirma que los hechos están sujetos al control jurisdiccional.

En el primer caso se sostiene que la sentencia de instancia debería haber ponderado adecuadamente en el caso concreto los derechos en juego conciliando las exigencias de la libertad religiosa (individual y colectiva) y el principio de neutralidad religiosa del Estado con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y laborales de los profesores. El TC sitúa en este ámbito su análisis considerando que, si bien la facultad de propuesta del Ordinario forma parte de la libertad religiosa, este derecho debe respetar los derechos fundamentales de los profesores de religión católica, no puede prevalecer sobre los derechos fundamentales de la profesora de religión. Así pues, la valoración, por un lado, de su derecho a contraer matrimonio, decisión que queda en la esfera de su intimidad personal y familiar, y, de otro lado, el que en su actividad docente no haya cuestionado la doctrina de la Iglesia católica y que no haya hecho exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada constituyen la base en la que se apoya el TC para decidir «el otorgamiento de amparo por vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales a la libertad ideológica en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma establecida, y a la intimidad personal y familiar, lo que conlleva la declaración de nulidad de las sentencias impugnadas (...) debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a pronunciarse la sentencia del juzgado de lo social...» (FJ 12).

Es importante subrayar que en la argumentación en la que se basa la decisión destaca que «(...) en su actividad docente no haya cuestionado la doctrina de la Iglesia católica y que no haya hecho exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada (...)» Pone pues el acento en que el derecho de la Iglesia tiene como límite el respeto a los derechos fundamentales siendo el Estado garante de este respeto.

Aplicando el criterio establecido por el TC no se da el requisito de la notoriedad ni la intencionalidad.

Elementos de comparación con la sentencia de la CIDH los encontramos en el hecho de que la razón de la retirada del certificado de idoneidad se basa en una de las causas de no discriminación como es la orientación sexual. No consta en la sentencia que se hubiese hecho ostentación de esa orientación

ni que se hubiesen hecho manifestaciones contrarias a la doctrina de la Iglesia católica.

Un caso distinto es el que conoce la STC 128/2007 en la que se deniega el recurso de amparo. Los hechos en los que se basa la sentencia muestran que ha habido publicidad y notoriedad mediante una información publicada en un diario de la ciudad, además de manifestarse el recurrente sobre temas sensibles de forma discrepante con la Iglesia católica.

El TC sostiene que la decisión de no renovación del contrato encuentra su justificación en el respeto al lícito ejercicio del derecho fundamental de la Iglesia católica a la libertad religiosa en su dimensión colectiva «las interrelaciones existentes entre los profesores de religión y la iglesia no son estrictamente las propias de una empresa de tendencia (...) sino que configuran una categoría específica y singular, que presenta algunas similitudes pero también diferencias (...) la declaración eclesiástica de idoneidad no consiste en la mera obligación de abstenerse de actuar en contra del ideario religioso, sino que alcanza, de manera más intensa, a la determinación de la propia capacidad para impartir la doctrina católica, entendida como un conjunto de convicciones religiosas fundadas en la fe (...) el objeto de la enseñanza religiosa lo constituye la transmisión no solo de unos determinados conocimientos sin de la fe religiosa de quien la transmite, puede con toda probabilidad, implicar un conjunto de exigencias que desbordan las limitaciones propias de una empresa de tendencia, comenzando por la implícita de quien pretenda transmitir la fe religiosa profese él mismo dicha fe» (FJ 11).

Es destacable el hecho de que en el primer caso mencionado con anterioridad no se ha hecho exhibición pública y en el segundo ha habido publicidad y notoriedad mediante una información publicada en un diario de la ciudad, además de manifestarse el recurrente sobre temas sensibles de forma discrepante con la Iglesia católica.

3.3. Autonomía de las confesiones religiosas y derecho a la vida privada

La STC 128/2007 fue recurrida al TEDH que se pronunció en el caso Fernández Martínez c. España en primera instancia el 15 de mayo de 2012 estimando que no había violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), con un voto parcialmente disidente. Recurrida a la Gran Cámara se resuelve en el mismo sentido con nueve votos a favor y ocho en contra.

En lo que se refiere al derecho de autonomía de las confesiones, se dice, está protegido por el artículo 9 a la luz del artículo 11 de la CEDH «La autonomía de las comunidades religiosas es indispensable al pluralismo en una sociedad democrática» (§127). Sin embargo, continúa «no basta a una comunidad religiosa alegar la existencia de un ataque real o potencial a su autonomía para hacer compatible con el artículo 8 del Convenio toda injerencia en el

derecho de la vida privada o familiar de sus miembros (...). Es necesario que la comunidad religiosa en cuestión demuestre, que el riesgo alegado es probable y serio (...). Por otra parte, no debe suponer un ataque a la esencia del derecho a la vida privada y familiar» (§132)

Respecto a la ponderación de los derechos en conflicto la Gran Cámara pone el acento para subrayar la diferente decisión a la que llega el TC en la sentencia 51/2011, en la que se resuelve a favor del derecho fundamental a la vida privada de la profesora de religión, y en la sentencia 128/2007, en la publicidad dada por el recurrente a su vida privada como sacerdote casado. El Tribunal «es de la opinión que aceptando hacer pública su situación familiar y su participación en una reunión que el obispo ha considerado como reivindicativa, el interesado ha roto su vínculo de confianza especial que era necesario para cumplir las tareas de las que estaba a cargo (...). También el Tribunal ve la concesión de la dispensa trece años después de que la pidiera y justo después de la publicación del artículo en la prensa, como una parte de la sanción infligida al interesado en razón de su comportamiento» (§136).

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado como empleador el Tribunal entiende que «este aspecto, sin embargo, no tiene la naturaleza para influir en el alcance del deber de lealtad que incumbe al recurrente ante la Iglesia católica» (§143).

El Tribunal concluye que teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado «la injerencia en el ejercicio por la recurrente de su derecho al respeto de su vida privada no ha sido desproporcionada».

La sentencia tiene un voto particular discrepante al que se suman ocho jueces que muestran su desacuerdo con la opinión mayoritaria en lo que se refiere a la no violación del artículo 8. Su desacuerdo versa sobre casi todos los aspectos del caso: el establecimiento de los hechos, la calificación de los hechos a la vista del artículo 8 y la aplicación del artículo 8 a los hechos de la causa. En el que se pone de relieve que en este caso los órganos jurisdiccionales españoles han privilegiado la autonomía doctrinal e institucional de la Iglesia en detrimento del derecho fundamental del recurrente al respeto a su vida privada que ha sido ignorado en esta decisión claramente desproporcionada.

Asimismo, discrepan al afirmar que hay responsabilidad del Estado ya que «el Estado ha aceptado delegar a un órgano que no es autoridad pública una parte de sus poderes en materia de nominación de los profesores de enseñanza pública (...) la no renovación es una decisión del ministerio de Educación, y no del obispo de Cartagena. La violación es imputable al Estado» (§8). Coincidiendo, así, con la decisión de la CIDH.

03 REFLEXIONES EN TORNO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Óscar Celador Angón.
Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado.
Universidad Carlos III de Madrid.

1. Consideraciones iniciales.
2. Regulación del aborto en España.
   2.1. Antecedentes.
   2.2. Regulación actual.
      2.2.1. Medidas conducentes a garantizar la IVE.
      2.2.2. Edad y consentimiento.
3. Regulación del aborto en Estados Unidos.
   3.1. Antecedentes.
   3.2. El asunto Dobbs.
4. Consideraciones finales.

1. Consideraciones iniciales

La interrupción voluntaria del embarazo (IVE) ha generado recientemente un intenso debate jurídico. Por una parte, como consecuencia de la aprobación de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas donde se practica la IVE, así como del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo[1]. Y por la otra, el Tribunal Supremo federal estadounidense se ha pronunciado sobre la IVE con una sentencia de extrema complejidad, que, como posteriormente será objeto de nuestro estudio, deja en manos de los Estados la regulación de la IVE, en el entendimiento de que no se trata de una materia de competencia federal[2].

[1] https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2022/300822-rp-cministros.aspx (consultado el 2/9/2022).

[2] Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al., vs. Jackson Women's Health Organization et al., n.º 19-1392, 597 US (2022). El texto completo de la sentencia puede encontrarse en https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf (consultado el 2/9/2022).

En ambos supuestos, el español y el estadounidense, se trata de posicionamientos que han contribuido de forma relevante a redefinir el marco legal de la IVE, mantenido vivo un debate que, en el caso español abrió la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417.bis del Código Penal; mientras que en el supuesto norteamericano la reciente decisión de su Tribunal Supremo redefine la jurisprudencia del tribunal establecida en los asuntos Roe Vs. Wade (1973)[3] y Planned Parenthood Vs. Casey (1992)[4].

Las posiciones de los actores políticos y judiciales han sido determinantes para reabrir debates que parecían cerrados, ignorando la importancia que tiene la seguridad jurídica para el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico, y en especial en el terreno de los derechos y libertades fundamentales. De hecho, y aunque aún está pendiente la resolución del recurso presentado por el Partido Popular contra la regulación actual de la IVE, conocida como la «ley de plazos», al menos a priori parece que nuestro modelo constitucional soportaría tanto un modelo de despenalización del aborto, como otro en el cual la IVE se configura como un derecho de las mujeres de cuya prestación se responsabiliza el sistema de salud pública.

De acuerdo con este planteamiento, el objeto de estas líneas es analizar la evolución que ha experimentado en nuestro ordenamiento jurídico la IVE desde la perspectiva del derecho a la libertad de conciencia[5], e intentaremos utilizar como marco de referencia la reciente decisión del Tribunal Supremo estadounidense, para conocer en qué medida esta puede aportar algo de luz a nuestro debate.

2. Regulación del aborto en España

2.1. Antecedentes

El antecedente inmediato a la regulación actual de la IVE lo encontramos en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, la cual reformó el artículo 417.bis del Código Penal para redactarlo de esta manera.

«1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

---

[3] Roe vs. Wade, 410 US 113, 1973.

[4] Planned Parenthood vs. Casey, 505 U.S. 833, 1992.

[5] El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, así como el papel de las creencias y convicciones personal en el ámbito de nuestro estudio ha sido objeto de intenso debate en la doctrina, (véase, Areces Piñol, 2013; Castro Jover, 1988; Castro Jover, 2016; Contreras Mazarío, 2007; Gutiérrez del Moral, 2018; Llamazares Calzadilla, 2021; Moreno Antón, 2021; Pelayo Olmedo, 2019; Pérez Álvarez, 2020; Valero Estarellas, 2021; Vega Gutiérrez, 2009; Vidal Gallardo, 2022).

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.
2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.
3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos»[6].

Como ha señalado Llamazares, «en todos estos casos, por tanto, no solo no hay penalización por no existir tipificación delictiva, sino que la mujer está legitimada para decidir que prevalezca su derecho fundamental sobre la vida del *nasciturus* y para exigir que sea respetado ese derecho por todos, poderes públicos y particulares» (Llamazares Fernández y Llamazares Calzadilla, 2011, p. 377).

El Tribunal Constitucional[7] estimó que los supuestos de despenalización referidos eran constitucionales, y señaló que: «la vida del *nasciturus,* de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental»[8]. Respecto al derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario, el tribunal fue preciso al señalar que «existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la

[6] Artículo único.
[7] STC 53/1985, de 11 de abril.
[8] FJ. 7.

Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales»[9].

La Ley Orgánica 9/1985 no se pronunció sobre temas muy relevantes para articular la IVE, como, por ejemplo, la objeción de conciencia del personal sanitario, o el papel de las Comunidades Autónomas en este terreno. Esto se tradujo en que, en ocasiones, con independencia de que la mujer se encontrase en alguno de los supuestos despenalizados, la IVE fuera obstaculizada, bien porque objetasen en conciencia los profesionales sanitarios responsables de practicar la IVE[10], bien porque las Comunidades autónomas no autorizasen o concertasen la práctica de la IVE en centros privados, en aquellos supuestos en los que no fuera posible realizar la IVE en la sanidad pública.

2. 2. Regulación actual

La IVE ha pasado de conformarse como una práctica despenalizada a un derecho en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. El preámbulo de la norma es preciso al señalar que: «la presente Ley pretende adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional en esta materia, mediante la actualización de las políticas públicas y la incorporación de nuevos servicios de atención de la salud sexual y reproductiva. La Ley parte de la convicción, avalada por el mejor conocimiento científico, de que una educación afectivo sexual y reproductiva adecuada, el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación, cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y la disponibilidad de programas y servicios de salud sexual y reproductiva es el modo más efectivo de prevenir, especialmente en personas jóvenes, las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y los abortos». De acuerdo con este planteamiento, y en claro contraste con el modelo precedente, la IVE ha pasado a incluirse en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

El modelo vigente bascula sobre el derecho de la mujer a la «maternidad libremente decidida»[11], debiendo los poderes públicos garantizar el acceso universal a los servicios y programas de salud sexual y reproductiva[12], y, en este contexto, a las prácticas clínicas de planificación de la reproducción, así como la incorporación de anticonceptivos de última generación cuya eficacia

[9] FJ. 14.

[10] Alberca de Castro, 2016; Amerigo Cuervo-Arango, 2021a; Amerigo Cuervo-Arango, 2021b; Capodiferro Cubero, 2015; Cebriá García, 2003; Garcimartín Montero, 2021; González Sánchez, 2009; Quirós Fons, 2021.

[11] Artículo 2.

[12] Artículo 5.

haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud[13].

La IVE puede realizarse a petición de la mujer, bien dentro de las primeras catorce semanas de gestación; bien cuando exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada dentro de las primeras veintidós semanas de gestación; bien cuando exista riesgo de graves anomalías en el feto (dentro de las primeras veintidós semanas de gestación); o bien cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida, o se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico. Los tres últimos supuestos deben acreditarse mediante un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que practique o dirija la IVE, o dos médicos especialistas en el caso de graves anomalías en el feto[14].

La Ley Orgánica 2/2010 establece que la administración sanitaria debe informar a las mujeres, con carácter precio a la IVE, sobre: las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento; los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro, y aquellos en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo[15].

Por último, se prevé la incorporación de formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo. Con esta medida, el legislador pretende que los discentes reciban una educación que, a partir del reconocimiento y aceptación de la diversidad sexual, les permita conocer cuáles son las principales enfermedades e infecciones de transmisión sexual, y sus métodos de transmisión, prevenir la violencia de género, agresiones y abusos sexuales, y evitar los embarazos no deseados[16].

2.2.1. *Medidas conducentes a garantizar la IVE*

Con el objeto de eliminar las lagunas de la regulación previa, la Ley Orgánica 2/2010 estableció que: «los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta Ley. Esta

[13] Artículo 7.*b*).
[14] Artículo 15.
[15] Artículo 17.
[16] Artículo 9.

prestación estará incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud»[17]. De forma complementaria la norma señala que: «la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma [...]. Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación»[18]. Con esta medida se pretende que, como regla general, la sanidad pública asuma la IVE, y solo se prevé el recurso a la sanidad privada de forma excepcional.

Un último aspecto relevante en este terreno es la objeción de conciencia del personal sanitario a practica una IVE, especialmente debido a la posibilidad de que la objeción de conciencia masiva pueda impedir la IVE. El Consejo de Estado se ha pronunciado a este respecto en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, señalando que: «el anteproyecto de Ley sometido a consulta no regula la objeción de conciencia del personal sanitario pese a que la materia que constituye su objeto y, en especial, lo tocante a la interrupción voluntaria del embarazo es, como señala el Consejo de Fiscal en su informe, «una de las más controvertidas en el debate público democrático (...), que se ubica en una intersección sensible de discrepancias científicas, posiciones ideológicas e incluso sentimientos religiosos, al traspasar el ámbito de las opiniones y aún de las convicciones para insertarse en el de la conciencia»[19].

La Ley Orgánica 2/2010 señala, de acuerdo con el marco ordenado por el Tribunal Constitucional, que «los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios

[17] Artículo 18.

[18] Artículo 19.

[19] Asimismo, el dictamen señala que: «sería especialmente conveniente ponderar si procede aprovechar la iniciativa legislativa que va a ejercitarse para delimitar el alcance, contenido y condiciones de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. En tal sentido, debe llamarse la atención sobre la situación existente en el derecho comparado, en el que prácticamente todos los Estados de nuestro entorno han regulado legalmente su ejercicio en aras de la seguridad y certeza jurídica». Dictamen del Consejo de Estado 1384/2009 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, de 17/09/2009. Consideración X. Condiciones de la prestación sanitaria: la objeción de conciencia.

dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo»[20].

La objeción de conciencia del personal sanitario *a priori* no impide la prestación de la IVE, dado que el legislador ordena la prestación de la misma, sin coste alguno para las solicitantes, en la sanidad privada. Con esta medida se pretende evitar un potencial conflicto entre el derecho de la mujer a la IVE y el derecho del personal sanitario a la objeción de conciencia, pero, a diferencia del modelo precedente, se resuelven las cuestiones de quién debe pagar la IVE y en qué centros deberá realizarse la misma.

El Proyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica 2/2010[21] propone una nueva regulación sobre esta materia, de forma que, por una parte, en los supuestos de objeción de conciencia los servicios públicos deberán organizarse para garantizar que esté disponible el personal sanitario necesario para practicar la IVE; por otra, en cada comunidad autónoma deberá crearse un registro para los profesionales sanitarios que decidan objetar de conciencia a practicar una IVE (Navarro-Valls, 2014); y por último, el reconocimiento de objetor será extensivo tanto a la sanidad pública como de la privada, evitando que los profesionales de la sanidad pública puedan objetar en conciencia pero practicar IVE en la sanidad privada[22].

La Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo, es la última medida aprobada para garantizar la IVE (García García, 2015, p. 7). De acuerdo con el preámbulo de la norma, esta debe contextualizarse en el marco de la Recomendación General número 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas[23], así como con el informe elaborado en 2018 por la Asociación de Clínicas Acreditadas para la interrupción del embarazo (ACAI), según el cual un porcentaje muy elevado de las mujeres que acuden a sus centros a practicar la IVE se sintieron acosadas o fueron amenazadas. El Defensor del Pueblo se pronunció sobre esta temática en 2020, a petición de ACAI, solicitando la creación de «espacios seguros» en los que las mujeres pudieran ejercer su derecho a la IVE sin temor a ser coaccionadas o agredidas física y/o moralmente[24].

---

[20] Artículo 19.

[21] El texto del Anteproyecto está disponible en https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/PublishingImages/Paginas/anteproyecto-lo-salud-sexual-reproductiva-interrup/APLO%20modificaci%C3%B3n%20LO%202-2010%20audiencia%20p%C3%BAblica.pdf (acceso 2/09/2022).

[22] Véanse artículos 19.bis y 19.ter.

[23] Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf (acceso 2/09/2022).

[24] https://www.defensordelpueblo.es/noticias/acoso-centros-interrupcion-del-embarazo/ (acceso 2/09/2022).

Con este objeto, la Ley Orgánica 4/2022 añadió un nuevo artículo 172 quater al Código Penal, que quedó redactado de esta manera:

> «1. El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.
>
> 2. Las mismas penas se impondrán a quien, en la forma descrita en el apartado anterior, acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo.
>
> 3. Atendidas la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años.
>
> 4. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.
>
> 5. En la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal»[25].

Con esta medida, con independencia de que se proceda de oficio o a instancia de parte, se pretende evitar el acoso tanto a las mujeres como a los profesionales sanitarios, entendido como aquellos actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben la libertad de los colectivos referidos en el ámbito de la IVE.

2.2.2. *Edad y consentimiento*

La Ley Orgánica 2/2010 señala que: «en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue o fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo»[26].

---

[25] Artículo único.
[26] Artículo 13.4.

Esta disposición fue eliminada por el art. 1 de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, de forma que, tal y como señala su preámbulo, «esta Ley Orgánica suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, sin informar siquiera a sus progenitores. De este modo, para la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de edad será preciso, además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad».

El Proyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica 2/2010 se pronuncia sobre esta temática, estableciendo que: «las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus progenitores o tutores. En el caso de las menores de 16 años, será de aplicación el régimen previsto en el artículo 9.3.*c*) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. En el supuesto de las menores de 16 años embarazadas en situación de desamparo que, en aplicación de dicho precepto, requirieran consentimiento por representación, la asunción de la tutela por la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada su protección, se llevará a cabo según el procedimiento establecido en el artículo 172 del Código Civil, con un plazo máximo de 48 horas, independientemente del estado de las diligencias administrativas, a fin de salvaguardar el derecho efectivo de la menor a la interrupción voluntaria del embarazo». Por lo tanto, en el caso de aprobarse la reforma señalada, volveríamos a tener un modelo similar al previsto en la Ley Orgánica 2/2010.

3. Regulación del aborto en Estados Unidos

3.1. Antecedentes

El Tribunal Supremo estableció en el asunto Roe vs. Wade[27] la legalidad de la IVE, al estimar que esta se conforma como una manifestación del derecho a la intimidad que protege la decimocuarta enmienda a la Constitución federal. El tribunal articuló un modelo de IVE atendiendo a los trimestres de gestación, de forma que en el primer trimestre primase la decisión de la madre, en el segundo trimestre los Estados podían limitar la IVE, y en el último trimestre los Estados podían prohibir la IVE salvo cuando corriera peligro la vida o la salud de la madre. En palabras del tribunal, «la tipificación por parte de los Estados de la IVE, como ha hecho el Estado de Texas, despenalizando solo un procedimiento para salvar la vida de la madre, sin tener en cuenta la etapa del embarazo u otros intereses o bienes jurídicos, viola la cláusula del debido proceso de la decimocuarta enmienda»[28].

[27] 410 US 113 (1973).
[28] 410 US 164.

En el asunto Planned Parenthood vs. Casey el Tribunal Supremo estimó de nuevo la constitucionalidad de la IVE, pero abandonó su interpretación soportada exclusivamente en los trimestres del embarazo. El tribunal señaló que «cuando una norma estatal tiene el propósito o el efecto de obstaculizar el camino de una mujer que desea abortar un feto no viable se conforma como una «carga indebida». Una ley con este propósito es inválida [...]. Y una ley que, aunque salvaguarde la vida potencial o algún otro interés legítimo del Estado, obstaculiza sustancialmente la elección de la mujer no puede considerarse un medio permisible para salvaguardar fines legítimos»[29].

El Tribunal Supremo estableció que los Estados podían regular la IVE a partir de dos parámetros: primero, estos deben respetar y no obstaculizar el derecho de la mujer a la IVE cuando el feto no sea viable; y segundo, los Estados pueden restringir la IVE cuando el feto sea viable, pero siempre que su regulación no entre en conflicto con el derecho a la vida o la salud de la madre[30].

A partir de estos parámetros, los Estados han regulado las condiciones en las que puede realizarse la IVE. La decisión del Tribunal Supremo de mayo del 2016, con ocasión del asunto Whole Woman's Health vs. Hellerstedt[31], ilustra cuál es la capacidad de los Estados en este contexto. En 2013 el Estado de Texas aprobó una norma ordenando a las clínicas que practicasen la IVE que equiparasen sus estándares quirúrgicos a los exigidos a los centros de cirugía ambulatoria, y a realizar convenios con hospitales situados a menos de 45 kilómetros en los que se previera la posibilidad de internar a las pacientes en el caso de que se produjesen complicaciones médicas durante la IVE. Debido a la dificultad para cumplir con los nuevos estándares sanitarios, casi la mitad de las clínicas autorizadas para realizar la IVE en Texas tuvieran que cerrar, con lo cual las distancias entre las diferentes poblaciones y los centros que permanecieron abiertos se incrementaron considerablemente.

En su análisis del asunto, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que la legislación objeto de debate no mejoraba de forma relevante los estándares sanitarios, especialmente porque las estadísticas indicaban que la mayoría de las complicaciones que se producen en este tipo de intervenciones suelen aparecer cuando el paciente abandona la clínica. Asimismo, el tribunal estimó que la normativa obstaculizaba injustificadamente el derecho de las mujeres a la IVE, bien aumentando de forma considerable y sin justificación sanitaria su precio (las clínicas incrementaron sus costes para cumplir con los nuevos estándares de seguridad sanitaria, y los trasladaron a sus clientes), bien obligando en numerosos supuestos a las pacientes a desplazarse distancias considerables (al cerrar numerosas clínicas).

---

[29] 505 US 877.
[30] 505 US 844-869.
[31] 579 U.S. 582 (2016).

El Tribunal Supremo señaló que: «los Estados tienen un interés legítimo en velar porque las IVE se realicen en un contexto que garantice la máxima seguridad posible para la salud de los pacientes [...] ahora bien, las normas aprobadas por los Estados en este terreno pierden la consideración de instrumentos válidos para la consecución de fines legítimos, cuando obstaculizan de forma relevante las decisiones de las mujeres e impiden que estas puedan ejercer sus derechos»[32]. Como ha expuesto Lindberg, «rechazando la ley de Texas, la Corte reafirmó enérgicamente su precedente en el sentido de apoyar el derecho al aborto. Y, habiendo confirmado su postura respecto a ese pretendido derecho constitucional, la mayoría de la Corte no parece que esté receptiva en aceptar las objeciones de conciencia que respecto al aborto o anticoncepción se puedan dar» (Posse-Blanco Lindberg, 2016, p. 12).

Por lo que respecta la objeción de conciencia del personal sanitario, mientras que la mayoría de los Estados reconocen de forma expresa el derecho a la objeción de conciencia de los médicos a participar en la IVE, otros Estados, como ocurre en el caso de California y Washington, no reconocen el derecho mencionado a los profesionales sanitarios y prohíben a los farmacéuticos negarse a proveer a sus clientes algunos métodos anticonceptivos o abortivos[33].

3.2. El asunto Dobbs

El asunto Dobbs es el último eslabón de la cadena de decisiones del Tribunal Supremo federal en torno a la IVE. El Mississippi's Gestational Age Act de 2018 prohibió la IVE después de la decimoquinta semana de embarazo, salvo en caso de emergencia médica o de anomalía fetal grave. La norma fue recurrida porque, en opinión de los recurrentes, esta ignoraba la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en los asuntos Roe y Casey. Los tribunales que se pronunciaron antes que el Tribunal Supremo señalaron que la norma no era coherente con la jurisprudencia federal señalada. Finalmente, el Departamento de Salud de Misisipi recurrió ante el Tribunal Supremo, defendiendo la constitucionalidad del Mississippi's Gestational Age Act, y alegando que los asuntos Roe y Casey carecían de la fundamentación jurídica adecuada para ser utilizados como precedentes.

La cuestión clave que tuvo que responder el tribunal fue en qué medida la IVE es un derecho constitucional.

En el asunto Roe, el tribunal estableció que la IVE no se recoge de forma expresa en el texto constitucional, pero esta se fundamenta en el derecho a la intimidad que garantizan la primera, cuarta, quinta, novena y decimocuarta enmiendas a la Constitución federal. Por su parte, en el asunto Casey el tri-

[32] Vid. Roe vs. Wade, 410 U.S. 113, 15 (1973), y Planned Parenthood of Southeastern Pa vs. Casey, 505 US 833, 877 (1992).

[33] Isaacson, 2016; Navarro-Valls, 1987; Palomino Lozano, 2007.

bunal justificó su decisión en la conexión entre la IVE y el derecho a la «libertad» protegido por la decimocuarta enmienda a la constitución, con la fórmula «[...] Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes».

Respecto a la posibilidad de garantizar la IVE al amparo de la cláusula del debido proceso, que ordena la decimocuarta enmienda a la Constitución federal, el tribunal recordó que en el modelo constitucional estadounidense conviven dos tipos de derechos. Por una parte, los derechos protegidos de forma expresa en las primeras ocho enmiendas a la Constitución Federal. Y por otra, aquellos derechos que no aparecen reconocidos expresamente en el texto constitucional, pero que han sido incorporados mediante la cláusula del derecho al debido proceso por dos motivos, bien porque se trata de derechos profundamente arraigados en la historia y tradición estadounidense, bien porque se trata de derechos esenciales para lo que el tribunal denominó «Nation's scheme of ordered liberty»[34].

Desde la perspectiva de la conexión de la IVE con la tradición e historia constitucional estadounidense, el tribunal estimó que la IVE no estaba amparada por la decimocuarta enmienda. Entre los argumentos que manejó el tribunal, destaca el hecho de que hasta el último tercio del siglo XX el ordenamiento jurídico estadounidense no reconociese la IVE, toda vez que ninguna de las constituciones estatales reconoce expresamente el derecho a la IVE. Asimismo, la IVE se configuraba como un delito sancionado penalmente cuando la decimocuarta enmienda fue aprobada, con independencia de la semana de gestación, en la mayoría de los Estados, y esa situación se mantuvo hasta el asunto Roe. En consecuencia, el tribunal estableció que en el asunto Roe el tribunal interpretó erróneamente cuál era la tradición jurídica estadounidense, y que en el asunto Casey el tribunal se limitó a reafirmar su posición establecida en Roe, de acuerdo con el principio de *stare decisis* característico de los modelos jurídicos de *common law*[35].

Según el tribunal, las decisiones en los asuntos Roe y Casey no se soportaron en los precedentes adecuados. Por ejemplo, los precedentes que utilizó el tribunal para justificar su decisión en Casey se refieren a la discriminación racial en el contexto matrimonial, al derecho a contraer matrimonio de los individuos que están encarcelados, al derecho a decidir cuál debe ser la educación de los hijos, o al derecho a no ser esterilizado sin consentimiento previo. En palabras del tribunal, «estos intentos de justificar el aborto apelando a un derecho más amplio a la autonomía personal resultan excesivos»[36].

---

[34] Pp. 12-14, 31.
[35] P. 16.
[36] P. 32.

El tribunal puso de manifiesto que ninguno de los precedentes citados en Roe y Casey se pronunciaron sobre los conflictos morales y éticos que genera la IVE, toda vez que la principal diferencia entre el derecho a la IVE y los derechos que reconocen los precedentes señalados reside en que «la IVE destruye lo que esas decisiones denominan «vida potencial» y lo que la ley en cuestión en este caso considera como la vida de un «ser humano no nacido»[37].

Por lo que respecta al principio de *stare decisis*, y al papel del precedente en el ordenamiento jurídico estadounidense, el tribunal recordó su importancia a efectos de ofrecer seguridad jurídica. Ahora bien, en determinadas circunstancias los precedentes pueden ser anulados de acuerdo con los siguientes parámetros: la naturaleza del error cometido por el tribunal; la calidad del razonamiento; la viabilidad del precedente; su efecto en otras áreas del derecho; y el principio de «reliance interest».

A continuación, pasamos a referirnos los supuestos referidos siguiendo el orden y la sistemática utilizada por el tribunal.

1. La naturaleza del error del tribunal. El tribunal estimó que su posición en Roe y Casey impidió a la sociedad estadounidense debatir sobre la IVE en el contexto parlamentario, de forma que «se cortocircuito el proceso democrático al impedir participar en el mismo al gran número de estadounidenses que no estaban de acuerdo con la decisión del tribunal en Roe»[38]. Como señaló el tribunal, «los asuntos Roe y Casey propusieron una fórmula para encontrar el equilibrio entre los intereses de la mujer que desea abortar y los del no nacido. Pero los ciudadanos de los diferentes Estados pueden valorar esos intereses de forma diferente. En algunos Estados, los votantes pueden querer que la IVE tenga una protección mayor a la prevista en los asuntos Roe y Casey. Mientras que los votantes de otros Estados pueden querer imponer restricciones a la IVE muy estrictas soportadas en su creencia de que la IVE destruye un «ser humano no nacido»[39].
2. La calidad del razonamiento. El tribunal fue especialmente crítico con el razonamiento utilizado en el asunto Roe, así como con la imposición de un modelo de IVE soportado en trimestres, sin atender a que las diferentes legislaciones vigentes en los Estados que en ese momento proponían un modelo diferente al establecido en Roe. En palabras del tribunal, «este es precisamente el tipo de consideraciones que los órganos legislativos suelen tener en cuenta cuando trazan las líneas que acomodan intereses contrapuestos. La decisión en Roe se parece más a una disposición legislativa que a una decisión judicial,

[37] P. 32.
[38] P. 44.
[39] P. 31.

y el tribunal la justificó como cabría esperar de un órgano legislativo»[40].

Asimismo, el tribunal expuso que el criterio de cambiar el modelo de trimestres ordenado por Roe por el de la viabilidad del feto, que propuso Casey, supuso supeditar la IVE a los avances médicos en la materia, atentando contra la seguridad jurídica. De hecho, según el tribunal, una de las principales lagunas que presenta el asunto Casey reside en que abandonó la posición establecida en Roe de que la IVE estaba vinculada con el derecho a la intimidad, y conectó el derecho a la IVE exclusivamente con la cláusula del debido proceso que garantiza la decimocuarta Enmienda.

3. Viabilidad. La anulación de un precedente depende en gran medida de que este pueda aplicarse de forma coherente y predecible. La interpretación y utilización del asunto Casey como precedente ha sido muy conflictiva y ha generado numerosos problemas de seguridad jurídica, especialmente debido a la dificultad para interpretar de forma objetiva el principio de «carga indebida» que estableció esa decisión judicial, según el cual «una disposición legal es inválida cuando su propósito o efecto sea obstaculizar de forma sustancial el camino de aquellas mujeres que quieran abortar antes de que el feto sea viable»[41].
4. Efectos en otras áreas del derecho. De acuerdo con la decisión del tribunal, el uso de los precedentes Roe y Casey en diversas causas judiciales ha impedido interpretar adecuadamente la doctrina constitucional. Tal y como señaló el tribunal, «los miembros de este tribunal han lamentado repetidamente que ninguna norma o doctrina legal esté a salvo de la anulación *ad hoc* cuando estas son aplicadas en los casos relacionados con la regulación estatal de la IVE»[42].
5. «Reliance interest». El principio de «reliance interest» se define como aquellos supuestos en los que «la planificación precisa y anticipada de una situación es una necesidad»[43]. En el asunto Casey el tribunal interpretó que la IVE no afectaba el «reliance interest», al estimar que «la IVE por lo general es una actividad no planificada», así como que la planificación familiar podría modificarse automáticamente atendiendo a cómo se regulase la IVE. En Casey el tribunal señaló que: «las personas organizan sus relaciones íntimas y toman decisiones [...] confiando en la disponibilidad de la IVE en el supuesto de que los medios anticonceptivos fallen», así como que «la capacidad de las mujeres para participar en igualdad de condiciones en la vida económica y social de la nación se ha incrementado gracias a su capacidad para controlar

[40] P. 49.
[41] Planned Parenthood v. Casey, 505 US 833, 1992.
[42] P. 62.
[43] P. 64.

> su salud reproductiva»[44]. Se trata de una afirmación con una carga subjetiva muy relevante, toda vez que, como expuso el tribunal, la determinación de en qué medida la IVE afecta a las vidas de las mujeres no puede interpretarse de forma genérica, y el tribunal ni es competente ni tiene el conocimiento necesario para pronunciarse sobre la IVE desde esa perspectiva.

De acuerdo con la argumentación expuesta, el Tribunal Supremo dio la razón a los recurrentes, señaló que la IVE no es un derecho protegido por la Constitución federal, y que, en consecuencia, deben ser los Estados los que regulen libre y autónomamente esta materia. En palabras del tribunal «El aborto plantea una profunda cuestión moral. La Constitución no prohíbe a los ciudadanos de cada Estado regular o prohibir el aborto. Roe y Casey se arrogaron esa autoridad. El Tribunal anula esas decisiones y devuelve esa autoridad al pueblo y a sus representantes elegidos»[45]. Asimismo, el tribunal fue preciso al señalar que, en el supuesto de que las regulaciones que aprueben los Estados en este terreno sean recurridas, «los tribunales no pueden sustituir las decisiones de los legisladores estatales por sus creencias sociales y económicas»[46].

4. Consideraciones finales

La regulación de la IVE ilustra las diferentes concepciones del derecho que operan en España y en Estados Unidos, así como el papel que los tribunales desempeñan en los ordenamientos jurídicos de *common law*. En nuestro país, la IVE ha sido regulada por el legislador y sometida al correspondiente control de constitucionalidad, pero la iniciativa en todo momento le ha correspondido al poder legislativo. De forma opuesta, en el ordenamiento jurídico estadounidense, el Tribunal Supremo en un primer momento se posicionó sobre la IVE atribuyéndose una competencia que no le corresponde, tal y como acaba de señalar el propio tribunal en el asunto Dobbs.

La regulación de la IVE en nuestro ordenamiento jurídico ha evolucionado de acuerdo con las demandas de la sociedad española, y en paralelo a los modelos adoptados a este respecto por los países de nuestro entorno. El impulso del legislador ha sido definitivo, y es un claro reflejo de la alternancia que caracteriza nuestro modelo político, toda vez que nuestro Tribunal Constitucional, aunque todavía tiene pendiente la resolución de un recurso sobre esta temática, no ha tenido el protagonismo que está teniendo en Tribunal Supremo federal estadounidense.

---

[44] P. 64.
[45] Pp. 78-79.
[46] P. 65.

En el ordenamiento jurídico estadounidense, pese a los deseos de los legisladores estatales por liderar el debate acerca de la IVE, y regular la misma de acuerdo con los deseos de las mayorías sociales expresadas en clave parlamentaria, han sido los jueces del Tribunal Supremo los que han trazado las reglas del juego En un primer momento, el tribunal estableció que la IVE era un derecho amparado por la Constitución federal, y 50 años después ha vuelto sobre sus pasos para redefinir su posición acerca de la competencia para delimitar el alcance y contenido de la IVE, señalando que la misma le corresponde a los Estados.

Como telón de fondo del debate sobre la calidad de la legitimación democrática y el reparto de competencias (federal/estatal), está la sombra del derecho a la vida en una sociedad en la que todavía está vigente la pena de muerte, tanto a nivel federal como en buena parte de los Estados. Asimismo, es importante tener en cuenta que el mismo tribunal que hace unos años se pronunció sobre la constitucionalidad del matrimonio de las parejas del mismo sexo, de forma opuesta a lo establecido por los legisladores estatales, ahora es partidario de que sean estos los que se pronuncien una temática fuertemente conectada con el ejercicio de derechos y libertades fundamentales. El voto particular del juez Thomas fue preciso en aquel momento, al señalar que: «los demandantes han solicitado algo anti democrático. Han pedido a los nueve jueces que componen este tribunal que adopten una definición de matrimonio en el contexto federal, y que impongan la misma a toda la nación ignorando los procesos democráticos de toma de decisiones. El hecho de que la mayoría de los miembros de este tribunal pueda acceder a la petición mencionada, eliminando con un golpe de teclado los resultados de los procesos democráticos desarrollados en más de 30 Estados, ilustra lo peligrosa que es dicha cláusula constitucional»[47]. La principal diferencia entre aquel momento y este reside en la composición del tribunal, como consecuencia de los nombramientos realizados durante la Administración Trump.

BIBLIOGRAFÍA

Alberca de Castro, J. A. (2016). Los médicos de atención primaria ante la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Un estudio de la jurisprudencia en Andalucía, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 32,* 529-563.

Amerigo Cuervo-Arango, F. (2021a). La objeción de conciencia a la obligación cívica de participar en procesos electorales en España. *El derecho eclesiástico del Estado: en homenaje al profesor doctor Gustavo Suárez Pertierra* (pp. 599-620). Tirant Lo Blanch.

[47] P. 3 del voto particular, Obergefell vs. Hodges, 576 US 644 (2015).

Amerigo Cuervo-Arango, F. (2021b). El concepto de objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico español. *Los estudios en Ciencias de las Religiones en Brasil y España* (pp. 359-376). Dilaine Soares.

Areces Piñol, M. T. (2013). Autonomía de los pacientes y objeción de conciencia en el ámbito sanitario. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 29,* 259-299.

Capodiferro Cubero, D. (2015). *La objeción de conciencia a la interrupción del embarazo.* Madrid, CEPC.

Castro Jover, A. (1988). La libertad de la conciencia y la objeción de la conciencia individual en la jurisprudencia constitucional española. *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional* (pp. 133-1861). Granada, Comares.

Castro Jover, A. (2016). Libertad de conciencia, objeción de conciencia y derecho a la objeción de conciencia. *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica* 24(2), 441-464.

Cebriá García, M. D. (2003). La objeción de conciencia al aborto: Su encaje constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, 21,* 99-121.

Contreras Mazarío, J. M. (2007). La libertad de conciencia y convicción en el sistema constitucional español. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals, 77,* 41-63.

García García, R. (2015). La libertad de expresión ejercida desde los derechos de reunión y manifestación en colisión con la libertad religiosa. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 37.*

Garcimartín Montero, M. C. (2021). La objeción de conciencia en España, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 57.*

González Sánchez, M. (2009). La objeción de conciencia del personal sanitario a las instrucciones previas por motivos religiosos. *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Fundación Universitaria Española, pp. 275-295.

Gutiérrez del Moral, M. J. (2018). Conflictos de conciencia y servicios públicos: algunos supuestos. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 34,* 129-171.

Isaacson, S. E. (2016). Derechos Establecidos y Nuevos Desafíos que Enfrenta la Objeción de Conciencia en los Estados Unidos. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 42.*

Llamazares Fernández, D. y Llamazares Calzadilla, M. C. (2011). *Derecho de la libertad de conciencia II* (4.ª ed.). Thomson Reuters-Civitas.

Llamazares Calzadilla, M. C. (2021). Reflexiones en torno al derecho a morir. *El derecho eclesiástico del Estado: en homenaje al profesor doctor Gustavo Suárez Pertierra* (pp. 419-434). Tirant lo Blanch.

Moreno Antón, M. (2021). La promoción del derecho a la vida a través de la defensa de la ayuda a morir: ¿nuevo paradigma? *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 56.*

Navarro-Valls, R. (1987). *La objeción de conciencia al aborto en la legislación y jurisprudencia norteamericanas.* Aspectos jurídicos de lo religioso en una sociedad pluralista. Ediciones Universidad de Salamanca.

Navarro-Valls, R. (2014). Una ocasión perdida: comentario a la STC de 23 de septiembre de 2014, sobre registro de objetores de conciencia al aborto. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 36.*

Palomino Lozano, R. (2007). Nuevos supuestos y formas de objeción de conciencia en los Estados Unidos de Norteamérica. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 15.*

Pelayo Olmedo, J. D. (2019). Retos y desafíos en la protección de datos personales que revelan las convicciones religiosas, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 35,* 269-350.

Pérez Álvarez, S. (2020). *Libertad de conciencia y diversidad en la sanidad pública española contemporánea.* Tirant lo Blanch, Valencia.

Posse-Blanco Lindberg, D. (2016). ¿Protección jurídica del derecho a la objeción de conciencia? El caso Stormans vs. Wiesman. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 42.*

Quirós Fons, A. (2021). Limitaciones al ejercicio de la objeción de conciencia en ámbito sanitario europeo. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 55.*

Valero Estarellas, M. J. (2021). Vida humana y libertad de conciencia. Una visión desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 57.*

Vega Gutiérrez, A. (2009). Biotecnología y deconstrucción del género: algunas claves para interpretar las políticas que afectan a la familia. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 20.*

Vidal Gallardo, M. (2022). La protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que representa el matrimonio forzado. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 38,* 279-320.

04 LIBERTAD Y DIÁLOGO INTERRELIGIOSO EN LA CONSTITUCIÓN *PRAEDICATE EVANGELIUM* DEL PAPA FRANCISCO

María José Ciáurriz Labiano.
Catedrática de Derecho eclesiástico del Estado.
Universidad Nacional de Educación a Distancia.

1. Introducción.
2. La doctrina del Papa Francisco sobre la fe y la evangelización.
   2.1. El valor y el sentido de la Fe.
   2.2. La evangelización.
3. La vocación cristiana: caminar juntos en comunión.
   3.1. Juntos en comunión.
   3.2. Actuar *cum Petro et sub Petro.*
   3.3. *Ut unum sint:* se abre una situación nueva.
   3.4. El camino hacia la reforma del gobierno central de la Iglesia.
4. Praedicate Evangelium.
   4.1. Contenido y sentido de la nueva Constitución.
   4.2. Necesidad de la libertad para la evangelización.
   4.3. El planteamiento de la reforma de la Curia romana.
   4.4. La exigencia en la reforma curial de atender a la libertad.
5. Los nuevos Dicasterios ante la libertad y el diálogo interreligioso.
   5.1. Dicasterios que han de ocuparse de la atención curial a la libertad y el diálogo.
   5.2. El Dicasterio para la Evangelización.
   5.3. El Dicasterio para la Promoción de la unidad de los cristianos.
   5.4. El Dicasterio para el Diálogo interreligioso.
   5.5. El Dicasterio para el Servicio al desarrollo humano integral.
   5.6. El Dicasterio para la Comunicación.
6. Conclusiones.

1. Introducción

Como ya ha indicado la doctrina (Feliciani, 2016), el Papa Francisco no está tratando tanto de formular argumentaciones doctrinales en torno a la libertad y el diálogo interreligioso —tiene al respecto las enseñanzas de sus inmediatos predecesores—, sino de afrontar de modo directo los problemas

que en ese ámbito afectan hoy en mayor medida a la presencia social positiva de ambos derechos: el desconocimiento de los mismos y la persecución de los creyentes, tanto por parte de los poderes públicos como de una sociedad secularizada e incluso de determinadas confesiones religiosas no cristianas. Sentada la doctrina sobre la libertad religiosa, enmarcada para los años más recientes en las enseñanzas a partir del Concilio Vaticano II (Lombardía, 1991), Francisco se está viendo en el caso de atender a la crisis universal que tal libertad viene experimentando, al debilitarse de un lado la cultura cristiana en múltiples países, y cobrar fuerza de otro la intransigencia ideológica en el ámbito de determinados pueblos no cristianos.

En esta línea de actuación, Francisco se ha planteado de modo reciente un tema muy concreto: cómo ha de actuar la Santa Sede en orden a la protección de la libertad religiosa, en orden a fomentar y mantener el diálogo interreligioso, y en orden a detener la progresiva secularización ideológica que está experimentando aquella zona del planeta en la que hasta ahora fue claramente mayoritaria la cultura cristiana.

De hecho, en cierto modo estamos volviendo a los orígenes históricos del tema de la libertad religiosa. Durante muchos siglos, hasta el XVIII, la misma fue un concepto ajeno a la realidad política y religiosa; un concepto en el que jugaban la opinión general y algunas opiniones particulares:

> «Al margen de circunstancias ocasionales o pensadores muy singulares —como pueda ser el caso de Tomás de Aquino o Francisco de Vitoria, que en tiempos en que la libertad no era un factor comúnmente aceptado la defendieron de forma personal— la doctrina de la libertad religiosa comienza su andadura universal en los finales del siglo XVII» (Ciáurriz, 2016).

Hasta entonces, en el mundo occidental heredero de la cultura romana había estado constantemente presente la religión cristiana, en el Medievo bajo su única versión católica, y a partir de Lutero —siglo XVI— en una doble versión cristiana, catolicismo y protestantismo.

Durante la Edad Media, según diferentes tiempos y países, se daban las dos formas de control de la unidad religiosa, el hierocratismo —control de la unidad religiosa por parte eclesial—, y el cesaropapismo —control de tal unidad por parte estatal—, pero ambos poderes vertidos en una forma de vida religiosa confesional y ajena a la libertad[1]. A partir de la Reforma luterana disminuye aún la fuerza de la libertad; se impondrá el principio *cuius regio eius religio* —apoyado en un general control inquisitorial (Alejandre García, 1998)—, de modo que los súbditos habían de profesar la religión de su Príncipe, sistema que se prolongó durante los siglos XVI y XVII —tanto en los

[1] Sobre ambos fenómenos históricos, hierocratismo y cesaropapismo, véase Ciáurriz, M. J., *op. cit.,* pp. 26-32.

países católicos[2] como en los protestantes—; y se abrieron en el XVIII nuevos caminos (Olaechea, 2002) caminos de tolerancia (Duñaiturria Laguardia, 2020), que se iniciaron en Estados Unidos al alcanzar su independencia (Morán, 1989), y que condujeron a la presencia en el mundo cultural cristiano de un paulatino asentarse de la libertad religiosa.

> «La veneración hacia el concepto de la libertad iba más allá de la mitificación de las personas que, de una u otra forma, se habían significado en su formulación y defensa, para transcender al propio entorno geográfico y político en que tales ideas, en su manifestación política o religiosa, se habían configurado» (Alejandre García, 1998).

En torno a esta realidad, no debe olvidarse que la Iglesia ha constituido, durante largo tiempo, el principal elemento de unidad de la sociedad y la civilización occidentales; más la oposición entre poderes políticos y religiosos facilitó la emergencia de fenómenos de ruptura de aquella unidad[3]. La presencia entonces de la libertad religiosa hubo de operar de modo positivo, y la misma, a lo largo del XIX, se fue abriendo paso, no sin dificultades que en buena parte provenían del liberalismo —tan presente en el XIX español (Domínguez, 2020)—, cuyo concepto antirreligioso veremos cómo cobra fuerza en la hora actual. A ello se llega a partir de «la tendencia del Estado moderno a reconducir al ámbito de eficacia de su poder todas las cuestiones y también las de índole religiosa» (Lombardía, 1991). Y sin olvidar que el Estado moderno trata a la «libertad religiosa como una libertad de conciencia (Duñaiturria Laguardia, 2020), reducida al ámbito interno personal[4]. Mas debe notarse que:

> «La doctrina de la Corte Europea se muestra rotunda en la condena de aquellos Estados que, bien por razones históricas o culturales, pretenden controlar a las iglesias mayoritarias imponiendo —o interviniendo, de alguna manera en el proceso de elección— a los líderes religiosos con facultades de gobierno» (Motilla, 2021).

Y así, a partir de estos diversos criterios, se nos presenta la situación de hoy, en una línea que no marcha por el camino de negar la libertad religiosa, sino de infravalorarla. Se quiere partir de la idea de que la libertad religiosa, tal como venía estando concebida, suponía una sumisión del poder político al religioso,

---

[2] Véase el caso singular de Francia, que no fue un país «reformado» pero donde imperó una forma especial de relaciones Iglesia-Estado bajo la denominación de galicanismo (Le Tourneau, D., 2000, *L'Église et l'État en France,* Presses Universitaires de France, París, especialmente el cap. V, pp. 54-65).

[3] *L'Église a longtemps constituè la principal élément d'unité de la societé et de la civilisation occidentales* [Messner, F., 1999, «Introduction», en Basdevant-Gaudemet, B. y Messner, F. (sous la direction de), «Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'union européenne», Presses Universitaires de France, París, p. 7].

[4] Siendo así que no dejó de considerarse que la libertad constituía un instrumento que podía «configurar una sociedad diferente, exenta de la opresión de un sistema despótico» (Alejandre García, J. A., *op. cit.,* p. 53).

situación que se pasó a considerar como inaceptable, primeramente, y luego como una inversión de los derechos y la justicia, que en el orden civil habían de dejar a todo el fenómeno religioso reducido al ámbito interno personal (Ciáurriz, 2016). Y, ante esta situación, consideramos impensable que la Iglesia pueda admitir tales tesis, ni asociaciones que no acepten la absoluta seguridad jurídica de la constitución divina de la propia Iglesia (Le Tourneau, 2000).

Es cierto que el principio de libertad religiosa presenta dos aspectos, el de la libertad de conciencia y el de la libertad de culto, el derecho personal a poseer la ideas y el derecho de manifestarlas (Gaudemet, 1999). Pero el segundo aspecto ha ido perdiendo vida a medida que el secularismo crece, y se multiplica la legislación secular en materia eclesiástica (Gaudemet, 2001), dejando de lado la autonomía de la autoridad eclesiástica y reduciéndola en toda la medida posible. Por esta vía, la mentalidad actual induce a creer —según nos recuerda el profesor Feliciani, cuando comenta al propósito el pensamiento del actual Papa (Feliciani, 2016)— que las religiones y las expresiones religiosas son una suerte de subcultura[5]. Y eso, cuando la libertad religiosa no se ve obligada a sufrir amenazas de todo tipo que se concretan en graves violaciones de este derecho humano fundamental, llegándose incluso en determinados lugares del Medio Oriente a ver a las minorías religiosas convertidas en objetivos de persecuciones y tratamientos verdaderamente crueles (Feliciani, 2016), en el marco de una idea del absolutismo confesional como base de la intolerancia religiosa (Lombardía, 1991), siendo así que «la liberté religieuse ne donne pas tous les droits à un groupement professant une creyence protégée et, en particulier, ne l'autorise pas à porter atteinte aux droits d'autrui» (Bellanger, 2001).

La documentación del Papa Francisco[6] se fue concentrando en sus referencias a esta situación de lo que se ha llamado «la persecución educada» de la libertad religiosa (Feliciani, 2016), hasta que recientemente ha abordado la temática de forma mucho más amplia en cuanto a su planteamiento y en cuanto a su contenido.

2. La doctrina del Papa Francisco sobre la fe y la evangelización

2.1. El valor y el sentido de la Fe

El 29 de junio del año 2013 publicó el Santo Padre la Encíclica *Lumen Fidei,* cuyo tema central se evidencia en su propio título: el punto de partida

[5] Lo que supone, claro es, el recelo e incluso la oposición a cualquier tipo de proselitismo, habida cuenta también de que «en el desarrollo doctrinal, normativo y jurisprudencial de los contenidos del derecho de libertad religiosa, el proselitismo ha tardado en cobrar carta de naturaleza» (Ciáurriz, M. J., 2001, *El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa,* p. 11. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid), carta que hoy se le niega desde ángulos tan opuestos como el ateísmo o las religiones exclusivistas.

[6] Que se puede encontrar en www.vatican.va, y que Feliciani utiliza muy detenidamente en su *op. cit..,* pp. 243 y ss.

de toda la enseñanza papal —que seguirá a este primer documento— sobre los derechos fundamentales del cristiano ha de ser la unión que la fe supone en torno al sentido de nuestra vida. Y, junto a ello, hemos dejado señalado como también desde los primeros tiempos de su pontificado interesó a Francisco de modo particular la libertad religiosa, apoyada de forma muy sensible en la propia fortaleza de la fe (Feliciani, 2016).

La fe nos ofrece una luz que clarifica nuestra vida[7], mientras que hoy se pretende asociarla a la oscuridad[8], y se hace necesario recuperar la capacidad de la luz de la fe para iluminar toda la existencia del hombre[9]. Benedicto XVI —como nos lo recuerda Francisco— había escrito sobre la caridad y la esperanza; no tuvo tiempo para tratar de la fe, tarea que arranca de él y que toma su sucesor para completar la visión efectiva de las tres virtudes teologales en nuestra vida de cristianos[10]. Y en tal contexto toca a la fe llevarnos a la salvación[11], manifestándose así la forma eclesial de la propia fe[12].

Forma eclesial de la fe, es decir, la fe como el núcleo que nos une en la Iglesia, a cuyo través se manifiesta la comunión de todos los creyentes; y a integrarse entre éstos están llamados todos los hombres: evangelizar supone conservar viva la comunión, manteniendo en ella a los unos, y llamando a los otros, a la unión de todos con Cristo. Y en esta labor apostólica es de señalar que «la Iglesia solo puede llevar a cabo una reflexión sobre sí misma a partir del dato, incuestionable desde la perspectiva de su fe, de su fundación divina y de su naturaleza de sociedad sobrenatural» (Lombardía, 1991).

De ahí que el Papa continúe estas enseñanzas con una llamada a la evangelización, necesaria siempre, y más cuando vivimos en un sistema de multiculturalidad convivencial[13]. Su sucesivo documento, la Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*[14], subraya la evangelización en sus varios sentidos; sin la luz que procede de Dios, aparece un gran riesgo que hoy nos rodea, la presencia en nosotros de una conciencia aislada[15], de la que solamente nos puede sacar el reencuentro con el amor de Dios[16], al que tiende el diálogo interreligioso, que junto con la libertad religiosa son las dos piezas a cuyo través

---

[7] «Lumen Fidei», núm. 1.
[8] «Lumen Fidei», núm. 3.
[9] «Lumen Fidei», núm. 4.
[10] «Lumen Fidei», núm. 7.
[11] «Lumen Fidei», núm. 19.
[12] «Lumen Fidei», núm. 22.
[13] La multiculturalidad es «una nueva forma de pluralismo social en la que conviven en el mismo territorio culturas variadas. No solo ideas distintas, no solo creencias o cosmovisiones diversas, sino ... formas de afrontar la radical realidad del hombre con respuestas … religiosas heterogéneas» [Palomino, R., «Laicidad, laicismo, ética pública: presupuestos en la elaboración de políticas para prevenir la radicalización violenta». En Martín Sánchez, I. y González Sánchez, M. (2009), *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España», Fundación Universitaria Española* (p. 51). Madrid].
[14] Del 24 de noviembre del año 2013, solamente cinco meses después de la «Lumen Fidei».
[15] «Evangelii Gaudium», núm. 2.
[16] «Evangelii Gaudium», núm. 8.

estamos los hombres en condiciones de adherirnos a la fe y llevar a otros a ello. Es la expresión y manifestación del empeño en ayudarnos todos en orden a acercarnos a aquel amor, pues el bien tiende siempre a comunicarse[17].

2.2. La evangelización

Sobre estas bases Francisco se plantea una serie de acciones futuras a efectos de llevar a cabo el proyecto evangelizador y cristianizador de toda la humanidad; entre ellas señalamos singularmente dos, la reforma de la Iglesia como salida misionera y la búsqueda de la paz y el diálogo social[18]. Y a estos, entre otros, fines, va a tender la acción subsiguiente del Papa, como vamos a ver que claramente lo manifiesta en sucesivas intervenciones públicas, de las que nos fijaremos de forma particular en dos: el Saludo a los Cardenales reunidos en Consistorio el 15 de febrero del 2015 y el Discurso en el 50 aniversario del Sínodo de Obispos el 17 de octubre de ese mismo año.

3. La vocación cristiana: caminar juntos en comunión

3.1. Juntos en comunión

El Santo Padre tuvo siempre la seguridad de que todo el proyecto evangelizador había de apoyarse en una adecuada organización de la tarea del gobierno central de la Iglesia. Era obvio que la normativa canonística hasta el presente había mantenido una organización curial muy acertada, habida cuenta de la necesidad de atender desde Roma a las múltiples variadas formas de vivir el Cristianismo según países, razas y culturas. Las nuevas necesidades, fruto de las nuevas líneas ideológicas, políticas, culturales y sociales, que están imperando en la hora presente, pedían de un lado el conocimiento más completo posible de las muy varias orientaciones que pesaban sobre la presencia de la Iglesia en todo el mundo —tomando muy en cuenta «el sistema de valores cristianos de las sociedades occidentales» (Morán, 1989)—, y de otro la reorganización del poder central a efectos de atender a tales y tan distintas variantes.

La primera parte de esta necesidad tomó el protagonismo con la celebración del 50 aniversario del Sínodo de los Obispos; justamente, la reunión universal de obispos en las sesiones sinodales había supuesto un esfuerzo de notable valor para conocer las variantes y encontrar el camino común y propio de la Iglesia en cuanto que institución universal, con un mensaje único en su centro, la salvación de todos los hombres en Cristo. El Papa Francisco

[17] «Evangelii Gaudium», núm. 9.
[18] «Evangelii Gaudium», núm. 17.

pronunció un «Discurso en la Conmemoración de la institución del Sínodo de los Obispos»[19], y en el mismo expuso las ideas claves de lo que iba a ser su inmediata labor de acomodación del gobierno de la Iglesia a las necesidades y exigencias de los nuevos tiempos.

Parte el Papa de la base de lo que denomina en este Discurso la necesidad de caminar junto: «el camino de la sinodalidad es el camino que Dios espera de la Iglesia del tercer milenio». Señala que ya Pablo VI, Juan Pablo II y Benedicto XVI habían establecido, siguiendo la iniciativa del Vaticano II, la necesidad de mejorar la relación Santa Sede/Episcopado, en una Iglesia sinodal. Pero seguidamente afirma el Papa que ello ha de hacerse *cum Petro et sub Petro.*

3.2. Actuar *cum Petro et sub Petro*

Esta indicación de Francisco no constituye, como él mismo afirma expresamente al proclamarla, una limitación de la libertad, sino una garantía de unidad[20]; de ahí que, con y bajo Pedro, la Curia romana sea el instrumento para que se consiga la unidad manteniendo la libertad. En efecto, el ejercicio de la sinodalidad se realiza en tres niveles: el del pueblo fiel, el del episcopado y el de la Iglesia universal; desde esta tercera perspectiva, que el Papa subraya, es como hay que edificar una Iglesia sinodal, en la que el primado petrino recibirá una mayor luz en orden a llevar a cabo su singular cometido: una luz que recibe, que estudia y que transmite.

Lo cual conduce al Pontífice a afirmar que «reitero la necesidad y la urgencia de pensar en una conversión del papado». Y para poner en marcha este proceso de reestructuración curial, de acomodación del ejercicio del poder pontificio a las exigencias de los nuevos tiempos, Francisco incluye aquí el siguiente texto, tomado de la Carta Encíclica *Ut unum sint* de Juan Pablo II[21].

3.3. *Ut unum sint:* se abre una situación nueva

Como obispo de Roma —escribe Juan Pablo II[22]—:

> Soy consciente de la comunión plena y visible de todas las comunidades, en las que gracias a la fidelidad de Dios habita su Espíritu, en el deseo

[19] Lo pronunció ante los participantes en el Sínodo que entonces se celebraba, y de un alto número de otros dignatarios presentes en el Aula Pablo VI el 17 de octubre de 2015.

[20] Véase al propósito el epígrafe «Convergenza della libertà e dell'autorità verso la finalità unitaria dell'edificazione della communio ecclesiale», de Moneta, P., «Libertà e autorità nella costituzione giuridica della Chiesa», en Mirabelli, C., Feliciani, G., Fürst, C. G., Pree, H. (Hrsg.) (1999), *Wibfried Schulz in Memoriam. Schriften aus Kanonistik und Staatskirchenrecht,* teil 2, Peter Lang, Frankfurt am Main, pp. 547-550.

[21] Del 25 de mayo de 1995.

[22] Carta Encíclica *Ut unum sint,* núm. 95.

> ardiente de Cristo. Estoy convencido de tener al respecto una responsabilidad particular, sobre todo al constatar la aspiración ecuménica de la mayor parte de las Comunidades cristianas y al escuchar la petición que se me dirige de encontrar una forma de ejercicio del primado que, sin renunciar de ningún modo a lo esencial de su misión, se abre a una situación nueva.

Los elementos esenciales contenidos en este texto —que motivan la exposición del mismo por Francisco en cuanto que es, a la vez, prueba de continuidad en la labor pontificia y de exigencias de cambio en su modo de ejercicio— son los siguientes: el Papa posee una responsabilidad única y esencial en el gobierno de la Iglesia; gobernar supone orientar hacia el bien tal como es y tal como se presenta hoy; a cuyos efectos ha de encontrarse una nueva forma de ejercicio del primado; nueva forma que se apoya en lo esencial de la misión pontificia; si bien tal misión ha de afrontar la situación nueva en la que se encuentra la Iglesia en un mundo que está experimentando cambios sustanciales en su ideología y su praxis de los derechos y deberes del ser humano y de su libertad[23]; y será necesario abrir a todos los hombres a un el diálogo expositor de la verdad, a un camino que pueda llevarles hasta Dios.

El Concilio Vaticano II puso en plena luz la unidad de la *potestas sacra* de la que Cristo dotó a la Iglesia, pero no ofreció los elementos precisos para una sistematización científica de tal potestad en orden al sujeto que la ejercita y al objeto sobre el que se aplica[24]. Esto que el Concilio no aportó había de desarrollarse luego en orden a la plena planificación, claridad y eficacia del ejercicio de la potestad sagrada, y tal es el propósito y el camino que hoy el Papa manifiesta en orden a señalarnos sus intenciones y a iniciar la realización de las mismas.

3.4. El camino hacia la reforma del Gobierno central de la Iglesia

Ya con anterioridad al Discurso sinodal al que acabamos de hacer referencia, había el Papa tomado medidas para llegar en su momento al objetivo propuesto, la atención a la «situación nueva» de la que hemos visto que hacía mención Juan Pablo II. El 13 de abril del año 2013 creó Francisco un Consejo de Cardenales —que institucionalizó de forma permanente el sucesivo 30

---

[23] Sin que quepa nunca enfrentar la autoridad con la libertad, procediendo ambas de Dios y resultando esenciales en orden a la estructura de la Iglesia y de la vida eclesial (Moneta, P., *op. cit.,* p. 537).

[24] «Il Concilio Vat. II ha messo in più chiara luce l'unità della "potestas sacra" di cui Cristo ha dotato alla Chiesa. Invece forse non ha contribuito nella stessa misura ad offrire elementi per una sistematizzazione scientifica della potestà in cui quella "potestas sacra" va divisa specificamente a seconda del soggetto che la esercita o dell'oggetto su cui viene applicata ed esercitata» [Navarrete, U., «Unità della "Potestas Sacra" e molteplicità dei "Munera Christi et Ecclesia"». En Mirabelli, C., Feliciani, G., Fürst. C. G., Pree, H. (Hrsg.), *op. cit.,* p. 569].

de septiembre— destinado a trabajar en orden a satisfacer las necesidades de reforma de la Curia Romana. El Consejo constaba en sus inicios de ocho cardenales, pasó luego a nueve, y en fin en diciembre del 2018 bajó a seis, siendo desde el inicio su Coordinador el arzobispo de Tegucigalpa cardenal Oscar Rodríguez Madariaga. El Consejo se ha ido desde entonces reuniendo con cierta periodicidad, hasta llegarse a la promulgación de la Constitución Apostólica *Praedicate Evangelium,* para aplicar la cual creó el Papa el 5 de mayo del 2022 —entrando tal disposición en vigor el 5 de junio— una Comisión encargada de la adecuación de la Curia a este nuevo y sustancial documento. La integran varias personas procedentes de diferentes organismos curiales y universitarios, y ha comenzado su trabajo durante los pocos meses que han corrido desde su creación. Con todo ello, el Papa ha puesto en marcha y en buena parte ya realizado su proyecto de hacer frente a la situación nueva antedicha.

4. *Praedicate Evangelium*

4.1. Contenido y sentido de la nueva Constitución

La Constitución Apostólica *Praedicate Evangelium* es hasta el día de hoy el documento fundamental del pontificado del Papa Francisco, y tiene «su base en cientos de sugerencias y propuestas por parte de conferencias episcopales, jefes de dicasterios y representantes de congregaciones religiosas» (Cardiel, 2022). Es de notable extensión, pues la integran las siguientes partes:

a) Preámbulo —que consta de doce puntos.
b) Principios y criterios para el servicio de la Curia Romana —doce puntos.
c) Normas generales —artículos 1-43.
d) Secretaría de Estado —artículos 44-52.
e) Dicasterios —16 Dicasterios, artículos 53-188.
f) Organismos de Justicia —4 Organismos, artículos 189-204.
g) Organismos económicos —6 Organismos, artículos 205-227.
h) Oficinas —3 Oficinas, artículos 228-237.
i) Abogados —artículos 238-240.
j) Instituciones vinculadas con la Santa Sede —artículos 241-249.
k) Norma transitoria —artículo 250.

En el lenguaje precedente, el término genérico utilizado «para denominar los diversos colegios de la curia romana era el de *dicasterio.* Entre los dicasterios se cuentan concretamente las congregaciones, los tribunales, los consejos pontificios y las comisiones» (Viana, 1995). Como se ve, ahora el Papa ha reservado el término *dicasterio* en especial para lo que eran las congregacio-

nes, dejando fuera de tal denominación a los tribunales y otros organismos.

Aparte de este detalle lexicográfico, lo importante es señalar que ya en el inicio del nuevo documento se señala que predicar el evangelio es la tarea que el Señor ha confiado a sus discípulos[25]. Y la totalidad del documento viene a mostrarnos los principios, los términos, los medios, los sistemas, para llevar a cabo esta tarea; recordemos que —como ya había dicho antes el Papa, *cum Petro et sub Petro*— todo ha de hacerse en directa unión con el Papado y bajo su dirección.

Conseguir este propósito es la finalidad de la presente Constitución; se reforma la organización central de la Curia pontificia justamente para adaptarla a las nuevas exigencias de la hora presente. En el contexto de la vocación misionera, evangelizadora, de la Iglesia, se sitúa ahora la reforma de la Curia Romana[26]. Una reforma que va a dar lógicamente lugar a una abundante bibliografía destinada a estudiarla; en estas páginas, como ya anunciábamos en el inicio de las mismas, vamos a limitarnos al tratamiento que la Constitución que estudiamos concede a dos puntos concretos, la libertad religiosa y el diálogo interreligioso.

4.2. Necesidad de la libertad para la evangelización

Siendo, como acabamos de indicar, la predicación del Evangelio la tarea capital que nos ha llegado de parte del Señor, hemos de señalar que sin libertad no cabe tal predicación, o cuando menos se ve gravemente dificultada; el origen de la libertad es el propio Cristo, pues fue Él «el que llenó de contenido la palabra libertad» (Codes Belda, 2018). Y, dado que los varios grupos cristianos predican su fe de diferente modo y desde diferentes perspectivas, el diálogo es necesario para llevar adelante nuestra misión evangelizadora (Lombardía, 1991). Es de notar que el juicio del Papa *sulla attuale condizione della libertà religiosa è tanto severo quanto preoccupato* (Feliciani, 2016). Lo cual supone una clara razón de apoyo a la necesidad del diálogo, vía capital de aproximación hacia la unidad.

Ya Juan Pablo II promovió la comunión en el entero organismo de la Iglesia[27], y la comunión supone diálogo, y el diálogo no cabe sin libertad, un derecho fundamental del hombre que refleja su dignidad más alta, aquella de poder estar cerca de la verdad y de adherirse a la misma[28]. La comunión misionera, el deseo de facilitar en nuestra época la misión de la Iglesia —aque-

---

[25] «Praedicate Evangelium», I.1.

[26] «Praedicate Evangelium», I.3.

[27] Se contiene la específica referencia a la Constitución «Pastor Bonus» en «Praedicate Evangelium», I.3.

[28] Palabras tomadas del Discurso del Papa Francisco a los participantes en el Convenio internacional «La libertad religiosa según el derecho internacional», el 20 de junio de 2014 (citado por Feliciani, G., *op. cit.,* p. 243).

lla misión, realizada en comunión—, invitó al Papa a la renovación de la Curia, en el marco de lo que él mismo denomina la renovación de la Iglesia: que la comunidad de los creyentes pueda acercarse lo más posible a la experiencia de la comunión misionera vivida por los apóstoles con el Señor durante su vida terrena[29].

4.3. El planteamiento de la reforma de la Curia romana

La Curia romana está al servicio del Papa y supone una relación orgánica con el Colegio de los Obispos. De ahí que las competencias que a éstos han de reconocerse y que quedan señaladas en esta Constitución pontificia expresen la dimensión colegial del ministerio episcopal, con el Papa como cabeza y con todos los creyentes actuando en libertad al servicio del Evangelio[30]. De aquí que la renovación de la Curia haya de realizarse —tal es el empeño de Francisco— teniendo en cuenta a los laicos, junto a la jerarquía, e incluso con derechos de gobierno y responsabilidad[31]; y ello —insiste el Papa una vez más— porque hacerlo así supone reafirmar los derechos de todos los fieles —derechos entre los que Francisco subraya el de la libertad— como consecuencia de la intangible dignidad de todos los fieles en cuanto que hijos de Dios[32].

Ello supone el carácter de servicio a la totalidad de la Iglesia que toca a la Curia papal; ésta, nos dice Su Santidad, es en primer lugar un instrumento de servicio para el sucesor de Pedro[33]. Ello supone que la misma ha de contribuir a la comunión entre la Iglesia y el Señor, entre todos los miembros de la Iglesia, y entre todos los cristianos, para atraer a los cuáles a la unidad de la fe han de establecerse en el gobierno central todas las medidas que puedan atender a facilitar el diálogo y a hacerlo rico en frutos de conversión[34]. La tarea a realizar *cum Petro et sub Petro* supone que todos los que sean llamados a la Curia están siendo invitados a prestar un servicio que es un signo de comunión, una muestra de solidaridad, algo que ha de proceder de planos, culturas, grados de formación, orígenes sociales, situaciones personales y voluntad de servicio de todas las personas a quienes el Papa pida una entrega a la labor que él preside y que todos podemos vernos llamados a desempeñar[35]. A tal efecto, el Papa ha concentrado los Dicasterios para evitar conflictos de competencias[36], de modo que quepa afirmar que, como ya dijera Pablo

---

[29] «Praedicate Evangelium», I.4.
[30] «Praedicate Evangelium», I.8 y 9.
[31] «Praedicate Evangelium», I, 10.
[32] Discurso del Santo Padre en junio de 2015 con ocasión de la visita del Presidente de la República italiana (citado por Feliciani, G., *op. y lug. cit.*)
[33] «Praedicate Evangelium», II.1.
[34] «Praedicate Evangelium», II.5 y 6.
[35] «Praedicate Evangelium», II.10.
[36] «Praedicate Evangelium», II.11.

VI, el llegar a la renovación curial pueda operar en la Iglesia una renovación del pensamiento, la actividad, las costumbres, la fuerza moral y la alegría y la esperanza[37].

4.4. La exigencia en la reforma curial de atender a la libertad

Se trata de promover la aportación renovadora del Evangelio en el encuentro con las culturas y con todo cuanto toca a la promoción de la dignidad humana y de la libertad religiosa[38]. Son muchos los creyentes que recibido el bautismo, que debería conducir a la habitualidad de una vida cristiana, aun mostrando una cierta fe, no conocen adecuadamente sus fundamentos, y no sienten la necesidad de profundizar en el conocimiento de su compromiso con Jesús, y de hecho no hacen uso de su libertad ni para vivir plenamente su condición ni para difundir el Evangelio[39]. De ahí que, como veremos ahora con mayor detalle, la reforma de la Curia supone una particular atención al campo de la libertad y del diálogo, vías ineludibles de promoción y confirmación de la tarea salvífica de la Iglesia. La libertad puede considerarse que se desenvuelve en dos ámbitos fundamentales de despliegue: la libertad de creer y la libertad de actuar[40]. En ambos aspectos puede darse y debe darse el diálogo al que el Papa acerca a la libertad en el ámbito de la tarea evangelizadora.

5. Los nuevos Dicasterios ante la libertad y el diálogo interreligioso

5.1. Dicasterios competentes sobre la regulación curial de la libertad y el diálogo

Atenderemos ahora a cinco de entre los nuevos Dicasterios, aquéllos a los que está encomendada una especial atención a los temas que aquí nos ocupan: son los Dicasterios para la Evangelización[41], para la Promoción de la

---

[37] Pablo VI, Epilogo del Concilio Ecuménico Vaticano II, Omilía en la Solemnidad de la Inmaculada Concepción, 8 de diciembre de 1985 (citado en «Praedicate Evangelium», II.12).

[38] «Praedicate Evangelium», V. art. 57.

[39] «Praedicate Evangelium», V. art. 58.

[40] La doctrina «pone de manifiesto dos ámbitos fundamentales de despliegue de la libertad religiosa. Un primer ámbito corresponde, según una terminología ya tradicional y discutida, a la libertad de creer. En este ámbito, la libertad religiosa se muestra sin una significación externa relevante, al menos en los sistemas democráticos modernos. Con ello quiero decir que esta libertad de creer está habitualmente protegida y suficientemente garantizada. Un segundo ámbito correspondería a la libertad de actuar» [Palomino, R. (1999). *Derecho a la intimidad y religión*. Editorial Comares, Granada, p. 64].

[41] «Praedicate Evangelium», V. arts. 53-68.

unidad de los cristianos[42], para el Diálogo interreligioso[43], para el Servicio al desarrollo humano integral[44], y para la Comunicación[45]. Con anterioridad, existía una Congregación para la Evangelización de los Pueblos, mientras que los otros cuatro Dicasterios que acabamos de señalar resultan plenas novedades, por lo que constituyen una clara prueba de la voluntad reformadora e innovadora del Papa Francisco. Son en realidad un desarrollo amplificativo de la anterior Congregación citada, de modo que la Evangelización se desenvuelva en líneas diversas conectadas todas entre sí en base a su última unidad funcional.

Esta reforma curial no es, en efecto, un fin en sí misma, sino un medio para ofrecer un fuerte testimonio cristiano, para favorecer una más eficaz evangelización, para promover un más fecundo espíritu ecuménico, para dar fuerza a un diálogo más constructivo y generalizado. La reforma deberá perfeccionar ahora la identidad de la propia Curia, en orden al bien y el servicio de la Iglesia, colaborando y ayudando al Sucesor de Pedro en el ejercicio de su supremo Oficio pastoral. Un ejercicio mediante el cual se refuerzan la unidad de la fe y la comunión del Pueblo de Dios, y se promueve la misión propia de la Iglesia en el mundo. Y obtener estos fines dista de ser fácil: se requiere tiempo, determinación y sobre todo la colaboración de todos los creyentes: «raggiungere una tale meta non è facile: richiede tempo, determinazione e sopratutto la collaborazione di tutti»[46]. De ahí que hayan de atender a la libertad y al diálogo diversos nuevos organismos, entre los que sobresalen los Dicasterios indicados.

5.2. El Dicasterio sobre la Evangelización

En concreto, el destinado a la evangelización, que tiene la finalidad de promover la acción pastoral[47], precisamente bajo la presidencia directa del Romano Pontífice[48]; estudia y promueve la aportación renovadora del Evangelio en el encuentro con las culturas y con todo cuanto toca a la promoción de la dignidad humana y de la libertad religiosa[49].

Esta referencia a la libertad religiosa, mencionada así de modo expreso en el texto de la Constitución que acabamos de citar, implica de modo claro que la evangelización se apoya en la libertad; a diferencia de otros ejemplos históricos, y aún actuales, la predicación de la fe cuenta con la libertad de cada

[42] V. arts. 142-146.
[43] V. arts. 147-152.
[44] V. arts. 163-174.
[45] V. arts. 183-188.
[46] «Praedicate Evangelium», I.12.
[47] «Praedicate Evangelium», III. art. 21.
[48] «Praedicate Evangelium», V. art. 54.
[49] «Praedicate Evangelium», V. art. 57.

ser humano para aceptar o no el mensaje de Cristo; la libertad religiosa no ha de entenderse tan solo como el derecho de los creyentes a mantenerse en su fe y manifestarla en su vida, sino como el derecho de todos a rechazar, si tal es su opción, la fe, sea en sus convicciones sea en su conducta. Dios ha hecho al hombre libre y en su momento le pedirá a cada uno cuenta del uso de su libertad; la Iglesia no impone, expone, y somos libres ante su labor evangelizadora; llevar ésta a cabo es la tarea que promueve el Dicasterio de la Evangelización, a cuyo efecto —nos dice textualmente el Papa— le corresponde afirmar y promover la libertad religiosa en todo ámbito social y político en el campo de las situaciones reales presentes en los diversos lugares del mundo[50]. Y, dado el lógico contacto entre los diversos Dicasterios que la Constitución establece, el Papa señala que el Dicasterio de la Evangelización ha de colaborar con el del Diálogo interreligioso, buscando así la oportunidad de encuentro y de diálogo con los miembros de otras religiones y con quienes no profesan ninguna religión[51], sin que ello suponga —todo lo contrario— que exista la menor tendencia a obligar a nadie a dar cuenta del modo de ejercicio de su libertad (Palomino, 1999).

Libertad y diálogo se dan pues la mano, y la elección de ambos temas conjuntos en estas páginas procede directamente del propio enfoque que a los dos concede Francisco, a los efectos de obtener de la nueva organización curial un servicio directo al correcto planteamiento de la acción evangelizadora. No cabe, en efecto, duda de que la libertad religiosa es el marco del derecho de proselitismo, y en el ejercicio de la misma es cada persona responsable del modo en que escucha, juzga y procede (Ciáurriz, 2016). Y que el tema ha preocupado, como es lógico y no podía ser de otro modo, a la Santa Sede y muy en concreto al Papado, nos lo pone de manifiesto que ya en la organización curial previa a la reforma del Papa actual existía —como ya hemos recordado— una Congregación para la Evangelización de los Pueblos, un campo ineludiblemente constante en toda la historia de la Iglesia (Viana, 1995).

Un campo en el que estamos viendo cómo la libertad constituye un valor ético (Romano, 1998), que no puede dejarse de lado cuando se establece la atención curial a la comunicación del Evangelio a todos los seres humanos, a los efectos de que conozcan la palabra de Dios y libremente puedan seguirla.

5.3. El Dicasterio para la Promoción de la unidad de los cristianos

Con referencia a la laicidad del Estado, se ha dicho que *«la laicità è un principio con una doppia dimensione. Essa concerne l'uomo come individuo e come citadino, componente prima e fondamentalmente dello Stato»* (STEFA-

[50] «Praedicate Evangelium», V. art. 60.
[51] «Praedicate Evangelium», V, art. 60.

NI, 2000). Afirmar esto supone prescindir de la idea paralela de que el hombre es componente en igual medida de la Confesión religiosa a la que pertenezca, lo que invalida las palabras *prima e fondamentalmente* del texto señalado. Y en cuanto el hombre pueda ser libremente miembro de una Confesión, su condición de componente se refiere a ésta tanto como al Estado, con una notable variante: la presencia inmediata de la libertad en un caso sí y en otro no. En todo caso, resulta exigible, «como elemento necesario en toda sociedad democrática [...], la neutralidad e imparcialidad de los poderes públicos en sus relaciones con las confesiones» (Motilla, 2021).

Siendo así, es de inmediata evidencia que la Iglesia ha de promover la unidad de los cristianos: aquéllos que pertenecen a la misma lo hacen libremente, y a la jerarquía toca el promover que esa libertad se oriente hacia la unidad de cuantos sean creyentes en Cristo: los que están *sia all'interno della Chiesa cattolica, sia nelle relazioni con le altre Chiese e Comunità ecclesiali, per ricomporre l'unità tra i cristiani*[52].

Las aquí citadas otras Iglesias y Comunidades eclesiales están integradas por personas que conocen el Evangelio. Lo cual lleva a plantearse al respecto no tanto la idea de evangelizar cuando la de alcanzar la unidad de todos los cristianos en una misma fe, lo que supone en una misma Iglesia. Justamente toca al gobierno central de la Iglesia católica —apoyado en la seguridad de ser la auténtica obra de Cristo— la labor de promover la unidad de todos los cristianos, a cuyo efecto el Dicasterio *cura le relazioni con le altre Chiese e Comunità ecclesiali. Promuove il dialogo teologico ed i colloqui per favorire l'unità di esse*[53]. Y así vemos como junto a la libertad entra en juego el diálogo, al que en estas páginas nos referimos como tema que, unido a aquel, manifiesta el empeño del Papa Francisco por poner en marcha a un tiempo el derecho de cada ser humano a seguir una fe y el empeño de la Iglesia en que tal fe sea la católica, recuperando la unidad inicial de los cristianos que un día se rompió y a la que ha de acudirse para que se cumpla el plan divino sobre la especie humana, ya que el propósito de Dios radica en la formación de un Cuerpo de Cristo (Pérez Millos, 1994), la Iglesia, en cuyo unidad y a cuyo través el hombre responde a la llamada divina a la santidad y la salvación.

Así, el Dicasterio para la Unidad de los cristianos coordina las iniciativas ecuménicas de las otras instituciones curiales, por cuya vía mantiene también el contacto con las otras Iglesias[54] y atiende a las relaciones con las mismas bajo la directa supervisión del Papa, quien señala las vías para promover el diálogo teológico a favor de la unidad[55]. Y así, de modo expreso establece la Constitución que estudiamos que toca a este Dicasterio designar los miembros

[52] «Praedicate Evangelium», V. art. 142.
[53] «Praedicate Evangelium», V. art. 144.
[54] «Praedicate Evangelium», V. art. 143, 4.
[55] «Praedicate Evangelium», V. art. 144, 1.

católicos de los diálogos teológicos, los observadores y los delegados para los varios encuentros ecuménicos, tocándole incluso invitar a llamar a los delegados de las otras Comunidades para que acudan a los encuentros que la propia Curia convoque[56]. Ello ha de lograrse con el esfuerzo que conlleva hacer frente a la incomprensión, que sin duda se da, por parte de muchas iglesias protestantes ante la soberanía de la Iglesia católica, «al entender que libertad de conciencia y sometimiento al poder pontificio eran contrapuestos» (Morán, 1989), y precisamente los esfuerzos del Pontífice por superar estas dificultades están en la base de sus nuevas disposiciones.

Es de notar que el propio Papa ha incluido de modo expreso al hebraísmo en este campo, declarando que la competencia sobre el mismo toca al organismo competente sobre la unidad de los cristianos[57]; Francisco señala que ello se hace con el fin de hacer progresar las relaciones entre católicos y hebreos, a cuyos efectos en este Dicasterio se constituye una Comisión especial para las relaciones religiosas con el judaísmo[58].

En principio la idea sorprende, pues en un organismo para la unidad de los cristianos no es de esperar la atención a una Confesión no cristiana. Los judíos no son cristianos, dado que no creen en la divinidad de Cristo; dentro de la Biblia se contienen un Antiguo y un Nuevo Testamento, y este último no forma parte de la fe judaica; Cristo no es para ellos Dios, ni bajo la figura de Hijo de Dios ni bajo ninguna otra figura.

Los judíos no constituyen en todo caso una unidad jerárquica, que controle todo el ideario y la acción de las diversas comunidades; en sus creencias no tiene por otra parte que existir conformidad con que tuviera lugar la crucifixión, no tienen por qué considerar erróneas todas las enseñanzas de Jesús, pero no creen en su divinidad, no son cristianos; y, sin embargo, sus relaciones con el cristianismo poseen en su esencia una fuerza que el Papa no ha dejado de notar[59].

De todos modos, están en la órbita del cristianismo en una medida muy superior a la del paganismo[60]; la creencia en un mismo Dios acerca a cristianos y judíos mucho más que a éstos con los no cristianos. Y en esa línea ha optado el Papa Francisco por buscar la unidad de los cristianos incluyendo en ella de modo particular —de ahí una Comisión especial— la unidad de éstos con los hebreos, dedicando otro Dicasterio al Diálogo interreligioso,

---

[56] «Praedicate Evangelium», V. art. 144, 2.

[57] «Praedicate Evangelium», V. art. 147.

[58] «Praedicate Evangelium», V. art. 146.

[59] Vid. Di Marco, M., Ferrari, S. (a cura di), «Ebraismo e Cristianesimo nell'età dei diritti umani», G. Giappichelli Editore, Torino, 2018. Es de notar al existencia de relaciones internacionales entre la Santa Sede e Israel, tal como señala y expone Ferrari, S., «L'accordo fondamentale tra S. Sede e Israele e le convenzioni post-conciliari tra Chiesa e Stati». en Mirabelli, C., Feliciani, G., Fürst, C. G. y Pree, H. (Hrsg.), *op. cit.,* pp. 249-268.

[60] La doctrina no ha dejado de señalar esa diferencia, marcando la singular lejanía hacia el cristianismo de las religiones orientales de toda clase, «qui nous introduiraient dans un monde intellectuel bien différent du nôtre» (Gaudemet, J., «L'institution du christianisme», *cit.,* p. 229).

llamado a las relaciones con las Confesiones ajenas a la adoración al Dios de Israel.

5.4. El Dicasterio para el diálogo interreligioso

En efecto, el Papa indica textualmente que este otro Dicasterio favorece y regula las relaciones con los miembros y los grupos de las religiones que no quedan comprendidas bajo el nombre cristiano[61]. Con relación a todas las clases de grupos religiosos, dentro de su gran variedad, puede señalarse que «la dimensión cultural de las creencias religiosas [...] se presenta como una esfera que contribuye a la identidad cultural de la persona»[62]. Esa base cultural permite apoyarse en ella para encontrar puntos de contacto generalizados, un hecho que favorece el diálogo; cuando el Papa busca el diálogo interreligioso, más allá del ámbito cristiano, sabe que cabe que se abra la puerta a un camino que puede comenzar siendo cultural, puede continuar siendo religioso, y puede concluir con una aproximación a la Verdad a partir de la libertad de cada persona y cada agrupación para encontrar en el diálogo una base común de entendimiento. Como también se ha dicho:

> «Una vez que se conviene en los grandes principios y se da por admitido algo tan elemental, pero tan sumamente importante, como la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, viene luego el no menos decisivo aspecto de verificar adonde llegan en cada caso concreto las opciones que derivan de dichas libertades» (Martín-Retortillo Baquer, 2011).

Consciente de todo ello el Papa está buscando un camino dialogante que nos acerque a todos los hombres en torno a Dios. Por esta vía:

> «Una convergencia de las religiones del mundo hacia una «espiritualidad global» podría sugerir los siguientes puntos en común: 1. La unidad de la familia humana, independientemente del color, el sexo, el credo, la nación o cualquier otra característica distintiva. 2. El armonioso lugar de la persona individual en el orden total de las cosas, como una única entidad de origen divino, con una relación básica con el universo y la eternidad»[63].

Evidentemente, esta idea —que bajo diferentes formulaciones puede aparecer en distintas fuentes— desconoce claramente el carácter de la uni-

---

[61] «Praedicate Evangelium», V. art. 147.

[62] Del Real Alcalá, J. A. (2015). «El derecho a la identidad cultural y la dimensión cultural de las creencias religiosas». En Ruiz-Rico, G. y Ruiz Ruiz, J. J. (dirs.), *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales. Las jurisprudencias nacional y europea* (p. 319). Tirant lo Blanch, Valencia.

[63] VI Conferencia de la Cumbre Espiritual del Templo de la Comprensión, Nueva York 1984. En Torradeflot. F., Moliner, A. y Rovira, F. (eds.) (2002), *Diálogo entre religiones. Textos fundamentales», Asociación Unesco para el Diálogo Interreligioso* (pp. 155-156). Editorial Trotta, Madrid.

dad que la Iglesia proclama sobre la base de que todos procedemos de las manos de Dios, quien nos señala un camino de salvación que no entraña una unidad meramente natural de la familia humana; aunque en tal ámbito se proclame nuestro origen divino, se apoya la unidad en el universo y la eternidad y no en la Fe como aceptación del plan divino apoyada en una vocación sobrenatural. Y si recordamos tales ideas es para hacer notar que la unidad no es una convicción exclusiva del Cristianismo, pero nos llama a todos a integrarnos en él. Y así el Papa dedica un Dicasterio al diálogo interreligioso, de modo que éste, mantenido con los seguidores de otros credos, se desenvuelva de modo adecuado sobre una base de escucha, estima y respeto; y ello de modo que, mediante la contribución de todos, se promuevan la paz, la libertad, la justicia social, la protección y salvaguardia de la creación, así como los valores espirituales y morales[64]. Algo que forma parte de nuestra actual mentalidad, puesto que «una característica del mundo contemporáneo [...] es el poder expansivo de los derechos humano» (Motilla, 2021).

A tales efectos, el Papa señala que ese dialogo se concreta mediante la acción, el intercambio teológico y la experiencia espiritual[65], sobre la base de que existen muy diversas tradiciones religiosas que buscan sinceramente a Dios[66]; tal es la base del diálogo interreligioso, que la Santa Sede ha de promover en el marco de la libertad de cada persona para seguir el camino religioso que desee, pero tocándole a la Iglesia el intentar acercar a todos a la completa verdad contenida en su mensaje: la unidad de un pueblo mesiánico investido de la dignidad y la libertad propias de los hijos de Dios[67]. Sin olvidar que no debe dejar de contarse con la actitud de los Estados ante los fenómenos religiosos, en tanto que incluso los hay opuestos a todo diálogo en este terreno, a toda manifestación social de carácter religioso en su totalidad, o en función de una única religión obligatoria e imperante:

> «Son muchas las formas de clasificar los Estados atendiendo a esa actitud básica hacia el factor religioso, que mediatizan en la práctica el modo de regular cuestiones o aspectos de libertad religiosa concretos» (Palomino, 1999).

La libertad religiosa «excluye cualquier apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre sus modalidades de expresión o manifestación» (Martín-Retortillo Baquer, 2011). En consecuencia de todo ello, es lógico que el Papa anime a las Iglesias particulares a tomar

---

[64] «Praedicate Evangelium», V. art. 148.
[65] «Praedicate Evengelium», V. art. 149, 2.
[66] «Praedicate Evangelium», V. art, 150, 1.
[67] Constitución Dogmática «Lumen Gentium», 9; véase al respecto Gómez-Iglesias, V. (1998), *Libertad y Derecho Constitucional en Pedro Lombardía* (pp. 22-23). Eunsa, Pamplona.

iniciativas que faciliten y permitan, por encima de circunstancias sociales y políticas, el desarrollo del diálogo interreligioso[68].

Y debe notarse que en otro Dicasterio, el destinado a la Cultura y la Educación, Francisco ya nos dice que ha de establecer y promover iniciativas de diálogo con quienes, aun no profesando una religión particular, buscan sinceramente un encuentro con la Verdad divina; en éste ámbito ha de mostrar también la Iglesia una solicitud pastoral hacia quienes no profesan ningún credo[69]. Lo cual nos muestra que el empeño pontificio en el diálogo interreligioso es más amplio que lo que esta denominación apunta. El diálogo interreligioso no es solamente un diálogo con las demás religiones; lo es también con los sentimientos religiosos de todos los seres humanos, tengan tales sentimientos el sentido y la orientación positiva o negativa que puedan llegar a tener. El Papa sigue así una vía de respeto y atención positiva no solamente a la diversidad religiosa sino también a la diversidad cultural, una realidad que hoy ha traspasado las fronteras y se nos presenta como un fenómeno universal (Ruiz-Rico, 2015), en cuyo ámbito el diálogo buscado por Francisco puede suponer una novedad de primer orden y del más alto interés.

5.5. El Discasterio para el Servicio al desarrollo humano integral

El Papa no se limita, no se detiene, ni en la religión ni en la cultura; su visión del ser humano es total, en la misma medida en que nadie resulta ajeno a la llamada de Dios a la salvación. En consecuencia, Su Santidad abre el camino curial, más allá de la evangelización y del diálogo, a la promoción de todas las personas en orden a los derechos humanos, a la salud, a la justicia y a la paz. Y se interesa en particular por las cuestiones relativas a la economía y al trabajo, en tanto que son la base de la vida terrena en una casa común, hoy aún más común atendidas las migraciones que por tantos lugares se multiplican[70].

Así, este nuevo Dicasterio —que es claro que posee un importante grado de novedad en la organización de la Curia papal, nacido a los efectos de poder llegar a todos los lugares donde cabe colaborar en un desarrollo humano integral— ha de mantenerse en contacto muy directo con las Conferencias episcopales, tanto las latinas en todas sus variantes (uniones regionales y continentales), como las estructuras jerárquicas orientales, a las que el Papa atiende siempre de modo muy singular a lo largo de toda esta Constitución apostólica[71]; al par, se ha de procurar alcanzar una actuación directa del Ma-

---

[68] «Praedicate Evangelium», V. art. 152.

[69] «Praedicate Evangelium», V. art. 158.

[70] «Praedicate Evangelium», V. art. 163, 1.

[71] Ello está en la línea del notable desarrollo en la época contemporánea del estudio de la función episcopal, «merced sobre todo a los dos últimos concilios ecuménicos» (Arrieta, J. I., «Primado, episcopado y comunión eclesial». En Viana, A., *La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia,*

gisterio de la Iglesia en los ámbitos de protección y desarrollo integral del ambiente, cooperando al efecto también con los miembros de las demás confesiones cristianas y de otras religiones, e igualmente con las autoridades y organismos civiles e internacionales[72]. Y así quiere el Papa que la Iglesia se empeñe en la defensa y la promoción de la dignidad y de los derechos fundamentales de la persona humana, de entre los que expresamente menciona los derechos sociales, económicos y políticos[73].

Sostiene la Constitución, en consecuencia, iniciativas contra la trata de seres humanos, contra la prostitución forzada, contra el abuso de menores y de otras personas vulnerables, contra las varias formas de esclavitud y de tortura, contra la pena de muerte, contra el mal trato en las instituciones carcelarias[74]. Desgraciadamente, éstos son fenómenos que resultan muy frecuentes en nuestros días, y que contrastan de forma evidente con las múltiples proclamaciones de derechos presentes en tantas Declaraciones nacionales e internacionales, de modo que se da a la vez una notable atención doctrinal a los derechos y una no menos notable infracción de los mismos en la vida real, social e incluso política. Existe hoy «una contraposición sistemática, potencialmente conflictiva, entre autoridad y libertad, interés público e interés privad»[75]; una esfera de conflictos en la que entra Francisco a los efectos de hacer que la Iglesia ofrezca no solamente doctrina sobre la justicia sino protección real y efectiva de la misma; una efectividad a la que tiende este Dicasterio, cuya misión radica en un servicio al desarrollo humano integral, siendo obvio que tal desarrollo no cabe allí donde los derechos son despreciados y las varias formas de tiranía social y personal se multiplican en el mundo en el que nos ha tocado vivir.

Se ha dicho que:

> «La afirmación del sentido ministerial del gobierno de la Iglesia en general, y del ejercicio de la potestad de gobierno en particular, no puede considerarse... una mera llamada de atención de orden parenético, o un recordatorio oportuno, de carácter ascético o moral»[76].

Justamente en tal línea trata el Papa de superar la mera declaración doctrinal —necesaria desde luego por otra parte— mediante la institución de este Dicasterio y la realización por el mismo de la misión que se le encomienda. Y así proclama el Pontífice como sus objetivos, en la línea antes indicada, la

---

cit., p. 70). Lombardía, P., en *Dualismo cristiano y libertad religiosa, cit.,* p. 457, señala de modo especial el dato de las actuales relaciones entre Conferencias Episcopales y Gobiernos como «un hecho evidente, del que no pueden desentenderse los canonistas».

[72] «Praedicate Evangelium», V. art. 164.

[73] «Praedicate Evangelium», V. art. 165, 2.

[74] «Praedicate Evangelium», V. art. 165, 3.

[75] Miras, J., «Sentido ministerial de la función de gobierno y tutela jurídica en el Derecho Administrativo canónico», en Viana, A., *La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia, cit.,* p. 260.

[76] Miras, J., *op. cit.,* p. 261.

lucha contra la pobreza, la sensibilidad por la paz, la atención a las migraciones —llega a hablar de «fugas» de los países de origen—, las atenciones sanitarias, el empeño en fin por la justicia[77]. Y esa es la línea que se propone Francisco al dictar las normas que venimos comentando: que se llegue a alcanzar la plenitud del disfrute humano de los derechos fundamentales, dado que *«il diritto è, quindi, l'oggetto della giustizia», toda vez que «i termini res iusta, suum, ius racchiudono tutto ciò di cui l'uomo può dire 'mio, tuo, suo...' il diritto è la ipsa res iusta»* (Baura, 2022).

La Santa Sede posee competencias reservadas a su Derecho en orden a la erección y vigilancia de asociaciones internacionales de caridad; que ello entra en el campo de que nos estamos ocupando es algo muy claro, y el Papa no deja de subrayarlo al cerrar la atención que la Constitución presta al servicio al desarrollo humano integral[78]: le preocupa la justicia, le preocupan los derechos, sabe que la Iglesia es la portavoz de la voluntad divina en torno al bien de los hombres, y no se ocupa de temas como los presentes tan solo por un sentido humanitario, sino ante todo y sobre todo porque Dios quiere nuestro bien y nos ha dado la Iglesia para abrir a Sus hijos la felicidad para la cual nos ha creado.

En fin, ha de tenerse en cuenta que el disfrute humano de los derechos fundamentales, antes aludido, supone que junto a los bienes sobrenaturales existen *altri beni giuridici che invece rientrano nell'ambito del diritto naturale e quindi nel ambito secolar,* de modo que no debe olvidarse *la libertà dei fedeli nell'ambito temporale*, campo en el que juegan *le rispettive responsabilità della gerarchia e dei fedeli nell'evangelizzazione*[79]. No obstante:

> «Los derechos y deberes que el hombre, al mismo tiempo cristiano y ciudadano, tiene en uno y otro ordenamiento jurídico [...] no han de estar necesariamente en conflicto, ya que ninguna actividad humana, ni siquiera en el dominio temporal, puede sustraerse al dominio de Dios» (Lombardía, 1991).

5.6. El Dicasterio para la Comunicación

Estamos finalmente ante un Dicasterio esencialmente técnico, destinado a la utilización del sistema comunicativo de la Sede Apostólica, recurriendo al efecto a los actuales modelos de producción, a las innovaciones tecnológicas, a las infraestructuras de conexión y a las redes de la Ciudad del Vaticano. Y ¿todo ello, para qué? Para que el entero sistema comunicativo de carácter técnico responda en forma coherente a la necesidad de llevar a cabo la misión evangelizadora de la Iglesia[80].

---

[77] «Praedicate Evangelium», V, arts. 168-171.
[78] «Praedicate Evangelium», V. art. 174, 3.
[79] Sol, T., «I rapporti tra la Chiesa e la società civile», en Baura, E., Sol, T., *op. cit.,* pp. 74-75.
[80] «Praedicate Evangelium», V. art. 183.

La evangelización, pues, preside la totalidad de la obra reformadora del Papa Francisco. Crear un Dicasterio, a la altura tradicional de las Sagradas Congregaciones, parecería exagerado si se tratase tan solo del organismo encargado de organizar y dirigir los medios de comunicación de la Santa Sede. Pero lo que aquí el Papa pretende poner en marcha no son solamente los medios de comunicación que han de servir, sin duda, para tantas necesidades de contactos entre la Santa Sede y otros muchos organismos y personas de todo tipo; está hablando de los medios de comunicación de la Iglesia, la Iglesia a cuyo servicio la Santa Sede se encuentra: la utilización de estos medios justamente para evangelizar: el Dicasterio provee a la necesidad de la misión evangelizadora de la Iglesia utilizando, como hemos indicado, los modelos de producción, las innovaciones tecnológicas y las formas de comunicación actualmente disponibles así como aquéllas que podrán desarrollarse en el futuro[81].

Ya con anterioridad era la Congregación para la Evangelización de los Pueblos la que se encontraba en cabeza en este tipo de servicios (D'Onorio, 1992). Evangelizar es, en efecto, el tema de este estudio, en cuanto que es el tema central al que se orientan la libertad y el diálogo. El Papa, al insistir tanto en esta y en este, lo hace sabiendo que lo que viene a procurar es encontrar y facilitar las vías para que la palabra de Dios llegue a todos los hombres, para que la salvación a que estamos llamados se abra a la humanidad en su totalidad, a todas las creaturas a las que Dios invita a Su lado para proporcionarles la felicidad eterna.

6. Conclusiones

Cuando el Papa Francisco dicta una nueva Constitución Apostólica para la reforma de la Curia romana, no lo hace en el sentido de que ésta funcione mal, sino en relación con la necesidad de añadir, a los Dicasterios clásicos destinados al gobierno de la Iglesia, otros cuya finalidad no sea administrativa sino directamente apostólica. Era ésta la razón de ser, en la Curia precedente, de una Congregación para la Evangelización de los Pueblos; conservando ésta, el Santo Padre la desarrolla en varios otros organismos, que dan a la labor evangelizadora una dimensión más amplia y en cierta medida nueva.

En la hora presente, el desarrollo de varios fenómenos sociales reclamaba tal decisión. Ha crecido de modo muy especial la secularización ideológica y social; se ha multiplicado el contacto entre naciones y pueblos; la emigración está alcanzando unos amplísimos ámbitos de desarrollo, dando pie a la necesidad de la convivencia entre religiones y a la progresiva debilitación de la exclusividad por países de las religiones nacionales; la libertad se proclama sobre todo como un derecho ajeno a la divinidad y propio del carácter me-

[81] «Praedicate Evangelium», V., art. 184.

ramente humano de nuestra especie; se está modificando, en favor de los Estados y en contra de las Confesiones, la atribución de la autoridad.

A todo ello trata de hacer frente Francisco con esta reforma de la Curia: a tal efecto inserta en ésta nuevos organismos que atiendan a las realidades hoy presentes. Y lo procura mediante una evangelización que busque de forma particular la defensa del origen divino de la libertad, así como el fomento del diálogo interreligioso como medio para hacer llegar a toda la humanidad la Verdad que proviene de Cristo. La nueva Curia no es propiamente la anterior reformada; es la anterior enriquecida, con el fin de que la Iglesia pueda llevar el mensaje divino hasta los últimos rincones de la tierra, a través de la atención a los nuevos fenómenos sociales en cuyo seno hemos de subsistir de forma positiva.

BIBLIOGRAFÍA

Alejandre García, J. A. (1998). Elogio de la libertad y represión inquisitorial. En Pinard, G. F. y Merchán, A. (eds.), *Libro homenaje. In memoriam Carlos Díaz Rementería* (pp. 51-58). Universidad de Huelva.

Arrieta, J. I. (1999). Primado, episcopado y comunión eclesial. En Viana, A. (dir.), *La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia* (pp. 69-92). Navarra Gráfica Ediciones, Berriozar.

Baura, E.(2022). Diritto, giustizia e norma. En Baura, E. y Sol, T. (dirs.), *Chiesa, persona e diritti* (pp. 18-25). Edizioni Santa Croce, Roma.

Bellanger, F., Montini, M. y Pasquier, E. (2001). *Vos droits face aux dérives sectaires*. Éditions du Tricorne, Genève.

Cardiel, V. I. (2022). Un consistorio que afianza el Pontificado. En *Alfa y Omega* (pp. 6-9). Madrid.

Ciáurriz, M. J. (2001). *El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Ciáurriz, M. J. (2016). Historia de las relaciones entre los Estados y las Confesiones religiosas. En Suárez Pertierra, G. et al., *Derecho Eclesiástico del Estado* (pp. 19-53). Tirant lo Blanch, Valencia.

Codes Belda, G. (2018). La proyección de la libertad religiosa en el conjunto de derechos y libertades. En *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (pp. 75-101).

Del Real Alcalá, J. A. (2015). El derecho de identidad cultural y la dimensión cultural de las creencias religiosas. En Ruiz-Rico, G. y Ruiz Ruiz, J.J. (dirs.), *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales. Las jurisprudencias nacional y europea* (pp. 319-339). Tirant lo Blanch, Valencia.

Di Marco, M. y Ferrari, S. (2018). *Ebraismo e Cristianessimo nell'età dei diritti umani*. G. Giappichelli Editore, Torino.

Domínguez, J. P. (2020). Narrativas históricas sobre la intolerancia española (1808-1814). En García Pérez, R. D. (coord.), *Narrativas en conflicto: libertad religiosa y relaciones Iglesia-Estado en los siglos XIX y XX*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor. (pp. 49-68).

D'onorio, J. B. (1992). *Le pape et le gouvernement de l'Église*. Editions Pleurus-Tardy, París.

Duñaiturria Laguardia, A. (2020). La libertad espiritual, idea de todas las ideas. En García Pérez, R. D. (coord.), *Narrativas en conflicto: libertad religiosa y relaciones Iglesia-Estado en los siglos XIX y XX* (pp. 409-422). Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Feliciani, G. (2016). Papa Francesco e la libertà religiosa. En *Nuova Antologia* (pp. 82-94), luglio-settembre, y en Feliciani, G. (2020), *Papato, episcopati e società civile (1917-2019). Nuove pagine di diritto canonico ed ecclesiastico* (pp. 243-260). Marcianum Press, Venecia.

Ferrari, S. (1999). L'accordo fondamentale tra S. Sede e Israele e le convenzioni post-conciliari tra Chiesa e Stati. En Mirabelli, C., Feliciani, G., Fürst, C. G. y Pree, H. (Hrsg.), *Winfried Schulz in Memoriam. Schriften aus Kanonistich und Staatskirchenrecht* (pp. 249-268). Peter Lang, Frankfurt am Main.

Gaudemet, J. (1999). Conclusions de l'historien des institutions. En Basdevant-Gaudemet, B. y Messner, F. (sous la direction de), *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'union europèenne* (pp. 233-246). Presses Universitaires de France, París.

Gaudemet, J. (2001). La institution du christianisme: les Églises et le droit. En Mayeur, J. M., Pietri, Ch., Vauchez, A. y Vernard M. (sous la direction de), *Histoire du Christianisme* (pp. 229-257). 14, Desclée, París.

Gómez-Iglesias, V. (1998). *Libertad y Derecho Constitucional en Pedro Lombardía*. Eunsa, Pamplona.

Le Tourneau, D. (2000). *L'Église et l'État en France*. Presses Universitaires de France, París.

Lombardía, P. (1991). Derecho Eclesiástico y libertad religiosa. En Lombardía, P., *Escritos de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* (vol. V, pp. 135-148). Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona.

Lombardía, P. (1991). Dualismo cristiano y libertad religiosa en el Concilio Vaticano II. En Lombardía, P., *Escritos de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* (vol. V, pp. 435-458). Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona.

Martín-Retortillo Baquer, L. (2011). *Estudios sobre libertad religiosa*. Editorial Reus, Madrid.

Miras, J. (1999). Sentido ministerial de la función de gobierno y tutela jurídica en el Derecho Administrativo canónico. En Viana, A. (dir.), *La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia* (pp. 259-292). Navarra Gráfica Ediciones, Berriozar.

Morán, G. M. (1989). *La protección jurídica de la libertad religiosa en USA*. Universidad de Santiago de Compostela.

Messner, F. (1999). Introduction. En Basdevant-Gaudemet, B. y Messner, F. (sous la direction de), *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'union europèenne* (pp. 7-9). Presses Universitaires de France, París.

Moneta, P. (1999). Libertà ed autorità nella costituzione giuridica della Chiesa. En Mirabelli, C., Feliciani, G., Fürst, C. G. y Pree, H. (Hrsg.), *Winfried Schulz in*

Memoriam. Schriften aus Kanonistik und Staatskirchenrecht (teil 2, pp. 535-550). Peter Lang, Frankfurt am Main.

Motilla, A. (2021). La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de libertad religiosa. Cuestiones disputadas. Editorial Comares, Granada.

Navarrete, U. (1999). Unità della «Potestas sacra» e molteplicità dei Munera Christi et Ecclesia. En Mirabelli, C., Feliciani, G., Fürst, C. G. y Pree, H. (Hrsg.), *Winfried Schulz in Memoriam. Schriften aus Kanonistik und Staatskinchenrecht* (teil 2, pp. 569-603). Peter Lang, Frankfurt am Main.

Olaechea, R. (2002). Relaciones entre Iglesia y Estado en el siglo de las luces. En De Rato y Figaredo, R., Michavila Núñez, J. M. y Villapalos Salas, G., *Relaciones Iglesia-Estado en Campomanes* (pp. 25-35). Fundación Universitaria Española, Madrid.

Palomino, R., (1999). *Derecho a la intimidad y religión*. Editorial Comares, Granada.

Pérez Millos, S. (1994). La comunión en las Iglesias. En VV.AA., *Comunión, Libertad y Autoridad en las iglesias* (pp. 15-24). Encuentro de Ancianos, Obreros, Misioneros y Colaboradores de las Asambleas de Hermanos, El Escorial.

Romano, A. (1998). Radicamenti culturali e sistemi di protezione dei diritti dell'uomo. Note su costituzionalismo europeo e libertà individuali. En *Atti della Accademia Peloritana dei Pericolanti. Classe di Scienze giuridiche, economiche e politiche* (vol. LXVII, pp. 19-34). Edizioni Scientifiche Italiane.

Ruiz-Rico, G. (2015). La libertad religiosa como dimensión constitucional de la diversidad cultural. En Ruiz-Rico, G. y Ruiz Ruiz, J. J. (dirs.), *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales. Las jurisprudencias nacional y europea* (pp. 13-50). Tirant lo Blanch, Valencia.

Sol, T. (2022). I rapporti tra la Chiesa e la sociatà civile. En Baura, E. y Sol, T., *Chiesa, persone e diritti* (pp. 74-80). Edizioni Santa Croce, Roma.

Stefani, O. (2000). *La laicità dello Stato como problema (Prime riflessioni)*. Cacucci Editore, Bari.

Torradeflot, F., Moliner, A. y Rovira, F. (eds.) (2002). *Diálogo entre religiones. Textos fundamentales*. Asociación Unesco para el Diálogo Interreligioso, Editorial Trotta, Madrid.

Viana, A. (1995). *Organización del gobierno de la Iglesia*. Eunsa, Pamplona.

05 LIBERTAD DE CONCIENCIA, LAICIDAD Y DERECHO A LA EDUCACIÓN: HACIA UNA NUEVA PROPUESTA CURRICULAR

José M.ª Contreras Mazarío
Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

1. Introducción.
2. Libertad y pluralismo en el ámbito educativo.
3. Libertad de conciencia y ámbito educativo.
4. Sujetos activos de los derechos educativos.
5. Libertad de conciencia y enseñanza.
6. Enseñanza moral y religiosa y libre desarrollo de la personalidad.
7. Libre desarrollo de la personalidad y educación en valores.
8. Consideraciones finales.

«La educación tiene un potencial enorme para mejorar el mundo en absolutamente todos los ámbitos.»

CONFUCIO

«La educación es el arma más poderosa que puedes usar para cambiar el mundo.»

NELSON MANDELA

1. Introducción

El artículo 27 de la CE es uno de los textos más complejos de nuestra Carta Magna, tanto por la relevancia de los derechos y libertades que protege, como por el profundo debate que la sociedad española ha mantenido históricamente en torno al alcance y contenido de este precepto del texto constitucional. Al igual que otros artículos —incluido el artículo 16— de la CE, el artículo 27 fue el resultado del consenso de los grupos parlamentarios y de posiciones políticas incompatibles en el terreno político, las cuales pueden reconducirse a una derecha preocupada por conseguir un sistema educativo de gestión privada pero financiado por el Estado, y una izquierda para quien el principio protagonista del sistema educativo debía pivotar sobre los centros públicos (Celador, 2014).

En este sentido, la profesora Fernández-Coronado —a cuyo homenaje me uno con esta pequeña contribución— ya ponía de manifiesto en 2005 que «si hubiese que señalar un perfil común a la educación en valores y a la enseñanza religiosa en el ámbito de la Unión Europea, nadie dudaría en afirmar la existencia de un trasfondo común cristiano, acorde con la identidad histórica y teológica de las distintas tradiciones confesionales europeas. Sin embargo, también es cierto qie a nadie se le escaparía poner de relieve que la realidad europea actual, en la que cada vez juega un papel más preeminente el respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas de la persona, plantea la necesidad de conseguir unos objetivos en esta materia que van más allá de sus perfiles clásicos» (Fernández-Coronado, 2005, 261-262).

Es a estas relaciones entre la libertad religiosa y el derecho a la educción, y con ellas a la educación en valores y a la enseñanza religiosa, de las que nos vamos a ocupar en el presente trabajo.

2. Libertad y pluralismo en el ámbito educativo

Partiendo de los principios constitucionales informadores del sistema jurídico-político español en materia religiosa (esto es, los principios de libertad religiosa, igualdad, laicidad del Estado y cooperación con las confesiones), así como la configuración de los derechos a la educación y de libertad de enseñanza, la primera cuestión que cabe suscitar es la relativa a cómo influye la libertad de conciencia de los individuos en el ámbito concreto de la educación y la enseñanza (Barnés, 1984). Desde esta perspectiva, la conexión entre el derecho a la libertad de conciencia y el de educación se constituye sobre la base de una relación esencialmente unidireccional en el que tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza —y no solo esta última— pueden ser entendidos como «proyeccion[es] de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones» (STC 5/1981, FJ 7).

La educación en general se convierte de esa manera en un elemento esencial para la consecución de otro objetivo, igualmente, esencial como es la libre formación de la conciencia, sin la cual no hay plenamente libertad. Ahora bien, la consecución de la libre formación de la conciencia obliga a un sistema de pluralidad ideológica en tanto que valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE), que en el campo educativo supone una pluralidad de centros y una pluralidad en los centros (Lariccia, 1981). A este respecto, el TC ha manifestado que «(...) el derecho a la educación se ha de realizar dentro de un sistema educativo plural, regido por la libertad» (STC 5/1981). Así pues, pluralismo y libertad se convierten en dos de los principios básicos informadores de nuestro sistema constitucional en materia educativa.

Por lo que respecta a la **pluralidad de centros,** esta debe ponerse —a su vez— en relación directa con el derecho de los padres a que sus hijos reciban

una formación religiosa o filosófica conforme con las propias convicciones establecido en el apartado 3, del artículo 27 de la CE, suponiendo básicamente el derecho a una libre elección de centro por parte del titular o quien ejerza su custodia, de modo que se garantice a la persona el derecho a optar por el tipo de centro escolar que más concuerde con sus ideas, creencias o convicciones, para lo cual es necesario el derecho a crear centros docentes privados (art. 27.6 CE). El reconocimiento de este derecho «implica ——según doctrina del TC— la inexistencia de un monopolio estatal docente y, en sentido positivo, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado» (STC 5/1981, voto particular sobre el motivo primero de la sentencia).

Es aquí donde debe situarse el referido derecho de los padres y no —como muchas veces se hace de manera interesada— en un derecho a recibir enseñanza de una religión concreta y determinada. En este mismo sentido, cabe señalar que una aproximación a los distintos textos internacionales en la materia ponen de manifiesto como la presente cuestión aparece vinculada bien con el contenido del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (lo que sucede en los arts. 18 del PIDCyP, 5 de la Declaración de 1981, 4 de la Convención sobre los Refugiados, o 4 de la Convención sobre los Apátridas), bien con el contenido del derecho a la educación (así se plasma en los arts. 26 DUDH, 13 PIDESyC, 2 Protocolo Adicional 1.º al CEDH, 5 de la Convención de la UNESCO sobre Educación, o 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Aunque a primera vista pudiera parecer que su ubicación en uno u otro de los derechos resulta inocua, no es así, ya que la misma tiene repercusiones jurídicas relevantes por lo que se refiere al ámbito de su tutela y garantía (Rodrigo Lara y Meseguer Velasco, 2018).

A este respecto debe precisarse —en primer término— que dichos términos deben entenderse en el contexto del principio de libertad de enseñanza en sus dos manifestaciones, a saber: i) como libertad de aprender, o de optar porque el hijo reciba una determinada enseñanza; y/o ii) como libertad de enseñar (Fernández-Coronado y Pelayo Olmedo, 2019). Una libertad de enseñanza que, como establece el PDESyC, encuentra sus límites en la consecución del «pleno desarrollo de la personalidad humana y en el respeto a los derechos y libertades fundamentales», así como en el hecho de que la misma «se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado» (art. 13.3). Todo ello entendido como elemento indispensable para la construcción de una sociedad democrática y pluralista.

Por consiguiente, cabe señalar que la facultad de opción que corresponde a los padres respecto a una educación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones ha sido interpretada mayoritariamente en el ámbito internacional como la obligación de permitir la existencia de centros docentes no estatales y la posibilidad por parte de las personas físicas o jurídicas de crear tales establecimientos, así como el derecho de dirigirlos, suponiendo para los Estados —según el TEDH— «la obligación [de] hacer posible que todas las

personas sometidas a su jurisdicción se beneficien y tengan acceso al sistema educativo que exista en cada momento» (STEDH de 23 de julio de 1968, caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica).

Ahora bien, debe precisarse a este respecto que de aquí no surge un deber para los poderes públicos de financiar este tipo de centros, ni el establecimiento de un único y completo sistema educativo (cfr. STS de 31 de enero de 1997, párrafo 5), ni un derecho ni un deber dirigido a integrar dentro de los sistemas educativos nacionales una enseñanza o adoctrinamiento en una religión o creencias determinadas[1]. Tampoco cabe entender que de este derecho así entendido se pueda deducir la obligación para el Estado de ofertar sistemas educativos «a la carta» (cfr. STS de 31 de enero de 1997), ni para el particular el derecho a reclamarlos (cfr. TC, sentencias 260/1994, de 3 de octubre, y 133/2010, de 2 de diciembre).

En cuanto a la pluralidad en los centros, el mismo supone, por un lado, que se garantice la participación de los sujetos académicos (entendiendo por tal, profesores, alumnos —y padres de alumnos— y gestores o propietarios del centro) en la gestión y organización de los mismos (art. 27.7 CE) y, por otro, se establezca como principio informador interno de los centros docentes públicos la neutralidad escolar. Así lo ha entendido el TEDH en relación con el artículo 2 del Protocolo I, al precisar que «el Estado, cuando organiza el sistema educativo, no está legitimado para llevar a cabo actividades que impliquen un adoctrinamiento a los estudiantes acerca de una particular concepción religiosa o moral de la vida que sea contraria a las convicciones de sus padres» (STEDH, de 7 de diciembre de 1976, caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*). Ahora bien, en el caso en cuestión el Tribunal concluyó que «no existía finalidad de adoctrinamiento y que, por tanto, no se violaba la libertad de conciencia de los padres por el hecho de denegar la exención de las clases —en este caso— de educación sexual».

Una posición similar fue la adoptada por nuestro TS con relación a la asignatura de Educación para la ciudadanía. No puede hablarse de adoctrinamiento cuando la actividad educativa esté referida a esos valores morales subyacentes en las normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales (cfr. TS, sentencias de 11 de febrero, Recurso núm. 905/2008; de 11 de febrero de 2009, Recurso

[1] A este respecto, resulta de sumo interés la posición mantenida por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su comentario núm. 22 al artículo 18 del PIDCyP, para quien esta libertad (de los padres o tutores de garantizar que sus hijos o pupilos reciban una educación religiosa y moral acorde con sus convicciones) está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias del párrafo 1.º del mismo artículo 18 y permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética, siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. Pero añade que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el contenido del citado artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores (punto 6) (consultar en internet: http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom22.html; visitado por última vez el 15 de agosto de 2022).

núm. 948/2008; de 11 de febrero de 2009, Recurso núm. 949/2008; de 11 de febrero de 2009, Recurso núm. 1013/2008; de 11 de marzo de 2009, Recurso núm. 4668/2008; de 11 de mayo de 2009, Recurso núm. 1484/2008; de 17 de septiembre de 2009; 6 de mayo de 2010, Recurso núm. 6268/2009; de 6 de mayo de 2010, Recurso núm. 6202/2009; de 2 de junio de 2011, Recurso núm. 457/2010; de 2 de junio de 2011, Recurso núm. 3206/2010; de 9 de junio de 2011, Recurso núm. 3800/2010; de 9 de junio de 2011, Recurso núm. 3802/2010; de 9 de junio de 2011, Recurso núm. 3549/2010; de 9 de junio de 2011, Recurso núm. 3791/2010; de 9 de junio de 2011, Recurso núm. 3723/2010; de 9 de junio de 2011, Recurso núm. 3823/2010; de 24 de junio de 2011, Recurso núm. 3704/2010; de 24 de junio de 2011, Recurso núm. 3798/2010; de 24 de junio de 2011, Recurso núm. 505/2010; de 24 de junio de 2011, Recurso núm. 3203/2010; de 24 de junio de 2011, Recurso núm. 3785/2010; de 24 de junio de 2011, Recurso núm. 3632/2010; de 24 de junio de 2011, Recurso núm. 3717/2010; de 23 de septiembre de 2011, Recurso núm. 3783/2010; de 23 de septiembre de 2011, Recurso núm. 3786/2010; de 22 de noviembre de 2011, Recurso núm. 5260/2009; de 8 de enero de 2012, Recurso núm. 5132/2009; de 17 de enero de 2012, Recurso núm. 6019/2009; de 25 de mayo de 2012, Recurso núm. 3340/2011, de 13 de junio de 2012, Recurso núm. 1913/2010, y de 12 de noviembre de 2012, Recurso núm. 6856/2010). Subraya el TS que «la actividad educativa no podrá desentenderse de transmitir los valores morales que subyacen en los derechos fundamentales o son corolario esencial de los mismos». Se trata, dice el TS, de los «valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional». Con respecto a ellos será constitucionalmente lícita su exposición en términos de promover la adhesión a los mismos. El Tribunal añade que «la actividad educativa del Estado, cuando está referida a los valores éticos comunes, no solo comprende su difusión y transmisión, también hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica». Y, por último, precisa que los contenidos «deberán ser expuestos de manera rigurosamente objetiva, con la exclusiva finalidad de instruir o informar sobre el pluralismo realmente existente en la sociedad acerca de determinadas cuestiones que son objeto de polémica». En este ámbito, «la compatibilidad [sea] de apreciar siempre que la exposición de esa diversidad se haga con neutralidad y sin adoctrinamiento», lo cual quiere decir siempre que se haga «dando cuenta de la realidad y del contenido de las diferentes concepciones, sin presiones dirigidas a la captación de voluntades a favor de alguna de ellas». Y así tendrá lugar, según la Sentencia, cuando la enseñanza sea desarrollada con un sentido crítico, por dejar bien clara la posibilidad o necesidad del alumno de someter a su reflexión y criterio personal cada una de esas diferentes concepciones (cfr. STS de 11 de febrero de 2009, Recurso núm. 905/2008, FFJJ 6 a 10; 11 de febrero de 2009, Recurso núm. 948/2008, FFJJ 6 y 15; 11 de febrero de 2009, Recurso núm. 949/2008, FFJJ 6 y 15; 11 de febrero de 2009, Recurso núm. 1013/2008, FFJJ 6 y 15; y 11 de marzo de 2009, Recurso núm. 4668/2008, FFJJ 5 y 9). En suma, dentro del espacio propio de

lo que sean planteamientos ideológicos, religiosos y morales individuales, en los que existan diferencias y debates sociales, la enseñanza se debe limitar a exponerlos e informar sobre ellos con neutralidad, sin ningún adoctrinamiento (Aláez Corral, 2009).

3. Libertad de conciencia y ámbito educativo

Todo ello obliga a distinguir la incidencia de los principios de libertad de conciencia y de pluralismo en relación, por un lado, con el derecho a la educación y, por el otro, con la libertad de enseñanza, en tanto que representan realidades distintas, con sujetos distintos y contenidos igualmente distintos. A este respecto, la conexión entre libertad de conciencia, pluralismo y educación supone que la consecución del libre y pleno desarrollo de la personalidad humana (art. 10.1 CE) se constituya —como hemos tenido oportunidad de conocer— en objetivo principal y último del sistema educativo, al tiempo que en tanto que objetivo entre a formar parte del contenido del orden público como límite en la actuación de los centros privados. Amén de que la propia educación se constituye, en sentido unidireccional inverso, en contenido o manifestación necesaria para una real y efectiva formación de la conciencia de las personas, lo que obliga —como hemos visto— al establecimiento de un sistema educativo plural desde el punto de vista de la libre elección de centro.

En este sentido, el sistema educativo español se rige por dos principios básicos: la pluralidad de tipos educativos, el primero, y la obligatoriedad de la escolarización (art. 27.4), el segundo. A fin de hacer efectivo el primero de los principios reseñados se ha optado por la coexistencia de centros docentes públicos ideológicamente neutrales y la creación de centros docentes privados libres que pueden ser ideológicamente caracterizados (art. 18.1 LODE), de forma tal que la «neutralidad» educativa de los centros públicos supone la inexistencia de una ciencia o doctrina oficiales. En este sentido, el TC en su sentencia 5/1981 precisa que «esta neutralidad (...) es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente. La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos (...) impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológicamente determinada y explícita» (FJ 9). Mientras que la ideología de los centros privados conlleva la adopción o no por parte de los mismos de un «ideario educativo» o «régimen propio»; cuestión esta sobre la

que volveré con posterioridad conectándolo con la libertad de enseñanza y de cátedra.

Ahora bien, por lo que respecta al **principio de neutralidad** en cuanto manifestación de un sistema político basado en el pluralismo, la libertad de conciencia y de convicciones de los individuos y la laicidad del Estado, conlleva un doble contenido: negativo, el primero, y positivo, el segundo. Desde el punto de vista negativo, el presente principio no supone ni «impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 de la Constitución)» (STC 5/1981, FJ 9). Mientras que por lo que se refiere a su aspecto positivo, el principio de neutralidad de la enseñanza en los centros escolares públicos «impone —según nuestro Alto Tribunal— a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico», de tal manera que se constituye «en una característica de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no en el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente».

Por su parte, en relación con el segundo de los principios mencionados debe matizarse que ello no supone la opción vinculante por uno de los tipos educativos reseñados, además de la condición de que el correspondiente centro esté homologado (art. 27.8 CE), siempre que se obtengan los mismos resultados y suponga la socialización del menor. En este sentido, resulta especialmente relevante la mención, a pesar de las críticas realizadas a la misma, de la STC 260/1994. En la misma lo que se plantea es el caso de un grupo de niños, cuyos padres pertenecen al grupo «religioso» denominado «Niños de Dios», los cuales no asisten a una escuela lo que para la Generalitat de Cataluña es una clara situación de desamparo no fundamentada ni en la institución de la patria potestad ni en el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus propias creencias o convicciones (art. 27.3 CE), causa ésta que lleva a la Dirección General de Atención a la Infancia a asumir su tutela legal al entender que se vulnera de ese modo el derecho a la educación de los menores.

Pues bien, con independencia de otras posibles circunstancias igualmente presentes y relevantes en la resolución de los procesos judiciales, cabe señalar que el TC se limita a analizar la cuestión concreta de la situación escolar de los menores y su conexión con los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona que dejan sin efecto las medidas administrativas adoptadas, no encontrado elemento de causa-efecto entre los citados Autos y la no escolarización de los menores (STC 260/1994, FJ 2). Es más, para los citados Autos la situación escolar no se puede identificar con una violación del derecho a la educación, y en consecuencia no corresponde la «desposesión» de la patria potestad adoptada por la Generalitat catalana. Ello nos introduce de lleno en

una realidad educativa presente en otros sistemas, pero no parece que, en el nuestro, como es la de la denominada «educación doméstica».

Con independencia del juicio que pueda merecer este tipo de enseñanzas, de lo que no cabe la menor duda es que el derecho a la educación supone la efectiva escolarización de los menores no solo como deber, sino también como derecho de estos últimos, «a cuya verificación vienen obligados —según el TC— quienes de ellos son responsables» (STC 260/1994, FJ 2), así como los propios poderes públicos, aunque parece que no por la vía de la privación de la tutela. En cualquier caso, lo que si llamamos la atención es sobre una posible vuelta a ese tipo de enseñanzas que fundamentadas en el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus propias creencias o convicciones (art. 27.3 CE) pueden llevar no ya a la no escolarización del niño, sino a la adopción de modelos educativos «perversos», personales (piénsese en este sentido en la hipótesis de una enseñanza en casa por internet de un menor) o a la carta (se podría producir la exclusión de determinadas enseñanzas por considerarlas incompatibles con las convicciones, creencias o religión de los padres o de los alumnos, así como también la justificación de la llamada «enseñanza diferenciada»).

4. Sujetos activos de los derechos educativos

Todas estas cuestiones nos sitúan al mismo tiempo ante una temática más general como es la relativa a la **titularidad de los derechos educativos.** En este sentido, cabe señalar que los mismos están referidos a toda persona sin limitación alguna. Sin embargo, en la cuestión que nos ocupa se plantea el problema de si los sujetos activos del derecho lo son bien los padres o tutores, bien los alumnos, en tanto que «menores de edad o niños». Pues bien, en la mayoría de las ocasiones este está referido a los padres, o en su caso a los tutores o representantes legales, y solo en contadas ocasiones la titularidad del derecho se atribuye al niño o al menor, como son los casos de los artículos 28 y 29 de la CDN, o el artículo 5 de la Declaración de 1981. El presente dato ha llevado a afirmar que respecto del niño o menor, el derecho a la educación en general, y a la enseñanza religiosa y moral en particular, se constituye en un derecho complejo, ya que los menores resultan a la vez titulares y beneficiarios, siendo entonces los Estados los obligados a asegurar su plena y efectiva realización y los padres los llamados a escoger las modalidades de su ejercicio. Partiendo de la primera de las consideraciones, entendemos que los derechos educativos atribuidos a los padres nacen del instituto de la representación legal, así como del derecho-deber de asistencia y tutela que tienen para sus hijos menores y pupilos (Martín-Retortillo, 2007).

Por consiguiente, se trata de derechos cuyos sujetos activos los son los hijos y pupilos en tanto que personas humanas —imponiéndose de este modo la concepción mantenida por la citada Convención de Derechos del

Niño—, pero que los padres y tutores ejercen mediante una representación implícita. En esta línea, el TEDH ha manifestado que «el derecho a determinar el modo de educación de los hijos es una parte integrante del derecho de custodia», con el único límite —establecido asimismo en la citada Convención de las Naciones Unidas— del «interés superior del menor» (art. 3 CDN). Y este límite es tan importante que el propio Tribunal ha destacado que, en los supuestos de adopción o de acogida, el derecho de elección de los padres estará condicionado por la formación religiosa o filosófica que haya dirigido hasta ese momento la formación del menor (cfr. Stedh, de 24 de mayo de 1988, caso *Olsson,* y art. 20.3 de la CDN).

No obstante, y por lo que respecta al derecho a elegir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones (art. 27.3 CE), debe precisarse que el mismo se atribuye de manera directa a los padres sin que en ningún momento se haga referencia a la figura del menor. Dicho derecho implica para los padres la facultad de decidir sobre la educación y, por consiguiente, también sobre la formación escolar de sus hijos. A estos efectos, conviene asimismo precisar que no debe confundirse la cooperación de los padres en el funcionamiento y gestión de las escuelas (art. 27.6 CE) con el derecho que los mismos tienen reconocido respecto a la formación religiosa y moral de sus hijos. Sería conveniente que el ordenamiento español atribuyera al alumno la decisión sobre su formación religiosa y moral[2] con antelación a lo que ahora sucede cuya edad está fijada en los dieciocho años (cfr. art. 14 CDN en relación con el art. 12 CDN), aunque su reclamación solo fuese factible por la acción de los padres o tutores legales, a semejanza de lo que sucede en Alemania donde el escolar está capacitado para decidir sobre su formación religiosa a partir de los catorce años. O al menos, como se establece en la propia Convención de 1999, se tenga en cuenta la opinión del alumno menor dependiendo lógicamente de su «edad y madurez» (art. 12.1 CDN).

Otra vía de superación de esta situación puede venir a través de la figura de la patria potestad (art. 39.3 CE), toda vez que la misma supone un auténtico derecho paterno y no una representación implícita del menor, dentro de cuyo contenido se reconoce el derecho y el deber de los padres de «educar y procurar una formación integral» de los hijos (art. 154 CC). Sin olvidar, asimismo, que la misma aparece matizada por un criterio significativo: la intervención del menor *sub potestate,* a través de la audiencia ante el juez (y ante los padres y tutores) (art. 12.2 CDN) si tiene suficiente juicio (art. 156 CC) y el deber de audiencia de los mismos en decisiones que les afecten (art. 154 CC). Ello supone que más que de una potestad-sujeción se deba hablar de una *potestad-officia,* cuyo contenido se contrae a una función y a un deber,

[2] Con relación al derecho de libertad de conciencia dicha atribución se debe entender producida a partir de la LOPM, en cuyo artículo 6, apartado 1, se dispone que «el menor tiene derecho a la libertad ideológica, de conciencia y religión», mientras que en su apartado 3 se establece que «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

y cuyo objeto finalista es el bien del hijo. En esta línea, Serrano Postigo manifestó que «el ejercicio de este derecho por parte de los padres, al igual que el de otros derechos fundamentales, debe ser interpretado siempre (...) desde la perspectiva de la función inherente a los mismos: el libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, principio inspirador de los mismos y límite a su ejercicio omnímodo; en consecuencia, ejercitado tal derecho en contra de la personalidad del menor y de sus propias convicciones religiosas, tal función se desnaturaliza hasta el punto de entrañar tal ejercicio un auténtico abuso del derecho» (Serrano Postigo, 1983, 817).

Todo ello supondría una transformación de la naturaleza del derecho, de modo tal que más que un derecho subjetivo se trataría de un derecho objetivo del que dimana una responsabilidad a cargo de las personas a quienes incumbe el ejercicio de esa función, y cuyo contenido presenta la doble vertiente del cuidado de la persona y el de los bienes, en cuanto aspecto interno y externo de la patria potestad, que se traduce en una doble función: educadora y sustitutiva, en orden a los aspectos personales y patrimoniales que la patria potestad comporta. No obstante, y aunque la función educativa, en la que se inserta el derecho constitucional del artículo 27.3, se asienta en el principio de discrecionalidad de los titulares de la *potestas,* la conflictividad entre función educativa de los padres y libertad de conciencia del menor solo puede ser resuelta a la luz del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana; y, consiguientemente, a favor del interés superior del menor (art. 2 LO 8/2015).

Es más, a nuestro entender, la formación religiosa y moral forma parte del contenido del derecho de libertad de conciencia, cuya titularidad corresponde a toda persona por el solo hecho de serlo, lo que no impide que presente unos límites internos derivados, como cualquier otro derecho personalísimo, de la propia posibilidad de ejercicio que se conecta a la madurez de juicio o racionalidad del titular. Entre tanto se adquiera esta, cualquier actuación —entre las que sin duda cabe incluir la elección de la formación religiosa y moral— por parte de los titulares de la patria potestad que incida sobre el contenido de este derecho personal no puede tipificarse como ejercicio de parte de los padres de este derecho de la personalidad, sino que tales actuaciones se insertan en el propio ámbito de las funciones propias de las patria potestad ejercida en beneficio del hijo. Prueba de ello es que adquirida la discreción de juicio tales actuaciones no entran dentro del ámbito de la función de la patria potestad, pudiendo ser ejercido tal derecho por el menor incluso en contradicción con los criterios paternos (Rivero Hernández, 2007).

5. Libertad de conciencia y enseñanza

En cuanto a la relación entre libertad de conciencia, pluralismo y libertad de enseñanza, la misma se concreta básicamente en una esfera de libertad en

la que se garantice la transmisión de todos aquellos conocimientos que permitan situar a la persona en condiciones de afrontar su futuro. En esta línea, el TC —en su sentencia 5/1981— ya manifestó que «la libertad de enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimiento y valores» (FJ 7). La libertad de enseñanza se configura entonces como un elemento instrumental de la investigación científica y la docencia, y no propiamente en un instrumento de difusión de la ideología, las convicciones o las creencias, aunque no puede obviarse que en toda labor docente existe transmisión de valores.

Desde esta perspectiva, cabe señalar que mientras que el correlato necesario de la libertad de enseñanza está constituido por la libertad de cátedra [art. 20.1.*c*) CE], respecto del derecho a la educación lo conforma el carácter propio del centro docente. Es por este motivo por lo que libertad de cátedra e ideario educativo se constituyen —como se ha puesto de manifiesto por Regueiro— en dos contenidos que, siendo necesarios, se contraponen recíprocamente (Regueiro García, 1994). A este respecto, cabe precisar que la libertad de cátedra, en tanto que elemento necesario e imprescindible para una transmisión del conocimiento no solo de calidad, sino también de rigor, aparece modulada —no obstante— por dos requisitos: el nivel o grado educativo[3], el primero, y el tipo de centro donde se enseña (STC 5/1981, FJ 9), el segundo.

Así, si dicha enseñanza se realiza en un centro público, la libertad de cátedra adopta un claro concepto y contenido negativos que se concreta en un ámbito de no interferencia o de libertad frente a posibles actos que puedan tener como finalidad u objetivo por parte de la dirección del centro el dotar a sus enseñanzas de una orientación ideológica determinada. En este sentido, el TC ha puesto de manifiesto que «en los centros públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tiene un contenido negativo uniforme en cuanto que habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de los que el amplio marco de los principios constitucionales hace posible» (STC 5/1981, FJ 9). En definitiva, el principio de neutralidad que preside a los centros públicos supone e impone a los docentes la prohibición de cualquier forma de adoctrinamiento ideológico de los alumnos (STC 5/1981, FJ 9).

---

[3] A este respecto, el magistrado Tomás y Valiente en su voto particular afirma que «la conexión entre libertad de cátedra e ideario educativo y el nivel científico de los conocimientos que a ellos se han de transmitir condicionan la amplitud de la libertad que cada profesor puede ejercer; amplitud muy variable en relación con quienes enseñan en los centros escolares (...), ya que en ellos se comprenden desde los más elementales niveles de enseñanza hasta los cursos de Bachillerato y de Orientación Universitaria, más cercanos a la enseñanza universitaria» (STC 5/1981, de 13 de febrero, voto particular sobre el motivo primero de la sentencia).

Dicho contenido y alcance debe estar igualmente presente, a nuestro entender, en el ámbito de los centros docentes con ideario educativo (Contreras Mazario, 2019). Y ello porque el ideario educativo no debe identificarse con los aspectos religiosos o morales de la actividad educativa que se realice en dicho centro, sino que el mismo supone la posibilidad de que éstos se doten de un carácter u orientación propios (STC 5/1981, FJ 8). Partiendo de estas consideraciones, cabe señalar que lo que sí puede sufrir modificaciones en relación con la libertad de cátedra es su manifestación, ya que —como puso de manifiesto Suárez Pertierra— «en el supuesto de los centros docentes ideológicamente caracterizados, el ideario educativo se convierte en contenido de los límites de la libertad de cátedra, de forma que en su ejercicio el docente deberá respetar el ideario» (Suárez Pertierra, 1983, 640).

En el bien entendido que por «respeto» no debe entenderse que el profesor se convierta en apologista del mismo, ni es necesario que transforme sus enseñanzas en propaganda o adoctrinamiento ideológico, ni tampoco subordinar al ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor (STC 5/1981, FJ 10). Por «respeto» debe entenderse, más bien, la prohibición al docente de realizar todo tipo de ataques abiertos o solapados contra el ideario (STC 5/1981, FJ 10), sin que dentro de dicho contenido se puedan incluir la simple disconformidad si esta no se ha puesto de manifiesto o no se ha expresado públicamente (STC 47/1985, FJ 3). Tampoco deberá alcanzar el término «respeto» a aquellas actividades o conductas lícitas que los profesores puedan realizar al margen de su función docente, salvo respecto de aquéllas que por su notoriedad y naturaleza de la actividad, e incluso intencionalidad, puedan incidir en la propia función docente (STC 5/1981, FJ 11).

6. Enseñanza moral y religiosa y libre desarrollo de la personalidad

En estrecha relación con todo lo anterior, ha de tenerse en cuenta un cuarto elemento, a saber: la necesidad de vincular el derecho a la enseñanza religiosa y moral con el logro de los objetivos de la educación; entendidos éstos como un conjunto de principios, garantías y mandatos, en los que se contiene una asignación a la educación que puede ser calificada de moral en un sentido cívico y aconfesional (STS de 31 de enero de 1997, párrafo 6).

Me estoy refiriendo, pues, a los objetivos del «pleno desarrollo de la personalidad humana y de su dignidad» enunciados en la CE y en el Pacto DESC (arts. 27.1 y 13.1, respectivamente) y «al respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (art. 27.2 CE). Ello implica para los Estados la obligación de adoptar sistemas educativos basados en la objetividad y la neutralidad (entendido esta como «no adoctrinamiento») de sus contenidos, de modo que —tal y como establece la Con-

vención contra la Discriminación Racial, de 1965[4]— se favorezca y promuevan «la comprensión, la tolerancia, el entendimiento mutuo y la amistad entre las naciones y los grupos étnicos, religiosos y lingüísticos, y el respeto de los derechos y libertades fundamentales». Al tiempo que se establece una obligación paralela, también para el Estado, «de combatir los prejuicios y los estereotipos que conduzcan, justifiquen, inciten o promuevan el odio o la discriminación» (arts. 4 y 7).

En consecuencia, tal como han afirmado el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la efectividad del derecho a la libertad de conciencia en el ámbito del sistema educativo supondría, por un lado, la adopción del principio de neutralidad académica y, por otro, la posibilidad de establecer una asignatura, con carácter obligatorio y curricular, de enseñanza religiosa y moral no confesional (o, mejor diría yo, de tipo cultural), cuyos contenidos (propios de la historia de las religiones, de las ideas filosóficas, creencias o convicciones, de la ética y de los valores morales o cívicos) serán fijados por las autoridades educativas competentes y que deberá impartirse de forma neutral o imparcial y objetiva[5].

Por tanto, no se ha entendido por los órganos internacionales de control que de los preceptos reseñados surja un deber para el Estado de incluir enseñanzas de religión confesional en los sistemas educativos, pero tampoco una prohibición absoluta. Por lo que su adopción queda en el ámbito de la discrecionalidad de los poderes públicos. En todo caso, ha de destacarse que, estos mismos órganos de control, han definido límites y condiciones al ejercicio de este poder discrecional en caso de establecerse este tipo de enseñanzas. Así, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que las mismas se entenderán «incompatibles» con el apartado 4, del artículo 18, del PIDCyP, salvo que se adopten las correspondientes «exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres»[6], esto es, debe de garantizarse la voluntariedad por parte de los alumnos.

Amén de que estas exigencias permiten —a mi juicio— cuestionar la validez de un modelo basado en la obligatoriedad de actividades alternativas a la enseñanza de la religión, en la medida en que dichas actividades o enseñanzas alternativas no pueden considerarse sino como la imposición a los menores (y, por consiguiente, a la voluntad de sus padres) de una actividad escolar que no existiría caso de no haberse establecido una asignatura confesional integrada en el currículo escolar (Suárez Pertierra, 2004).

---

[4] Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969 (consultar en línea: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial; visitada por última vez el 25 de mayo de 2022).

[5] Comité de Derechos Humanos, *Comentario núm. 22 al art. 18*, párrafo 6, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Comentario al art. 13, párrafo 28*.

[6] Comité de Derechos Humanos: *Comentario núm. 22 al art. 18*, párrafo 6, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Comentario al art. 13, párrafo 28*.

7. Libre desarrollo de la personalidad y educación en valores

Debe señalarse, igualmente, que los recientes acontecimientos en todo el mundo, los procesos migratorios y las persistentes ideas acerca de las religiones y las culturas han realzado la importancia de cuestiones relacionadas con la tolerancia y la no discriminación, así como la libertad de religión o creencias. Los malentendidos, los estereotipos negativos y las imágenes provocativas o estereotipadas que se emplean para representar a los otros están dando lugar a un antagonismo exacerbado, y a veces incluso a la violencia. En este sentido, entiendo de interés traer a colación lo manifestado por el Consejo Ministerial de la OSCE, en su Decisión de 2006 sobre la lucha contra la intolerancia y la discriminación, y el fomento del respeto y la comprensión mutuos, en la que «pide a los Estados participantes que aborden las causas originarias de la intolerancia y la discriminación fomentando políticas y estrategias nacionales de educación integrales, así como medidas para despertar la conciencia pública que «mejoren el entendimiento entre las diferentes culturas, etnias, religiones o creencias, y fomenten el respeto mutuo» y «aspiren a prevenir la intolerancia y la discriminación contra cristianos, judíos, musulmanes y miembros de otras religiones»[7].

Mientras que, desde otra perspectiva, pero en el mismo sentido, se ha señalado por esa misma Organización que «la ignorancia acerca de esta temática puede alimentar la intolerancia y la discriminación, y puede dar lugar a que surjan estereotipos negativos. Aún peor, puede conducir a un incremento de la hostilidad, conflictos y en último término violencia, con las consiguientes posibles amenazas para la seguridad y la estabilidad en toda la región de la OSCE, como demuestra tristemente, y con claridad, la historia reciente»[8].

A este respecto, y teniendo en cuenta los cambios producidos en la sociedad española desde el punto de vista de las creencias y los valores, así como el proceso de secularización y pluralismo existente, cada vez toma más valor el estudio del factor religioso como hecho social y como fenómeno cultural desde múltiples perspectivas metodológicas[9]; en el bien entendido que no

---

[7] Consejo Ministerial de la OSCE: *Decisión núm. 13/2006 sobre la lucha contra la intolerancia y la discriminación, y el fomento del respeto y la comprensión mutuos,* consultar en línea: https://www.osce.org/files/f/documents/b/2/23119.pdf; visitado por última vez el 14 de agosto de 2022).

[8] OSCE: *Principios orientadores de toledo sobre la enseñanza acerca de religiones y creencias en las escuelas públicas,* Varsobia, 2008, p. 20 (consultar en línea: https://www.osce.org/files/f/documents/b/3/29155.pdf; visitado por última vez el 14 de agosto de 2022).

[9] «Hay varias razones imperiosas para enseñar acerca de las religiones y creencias, todas las cuales se refuerzan cuando este tipo de enseñanza tiene lugar en el contexto de un compromiso por la libertad religiosa y los derechos humanos. Figuran entre estas razones las siguientes:

- Las religiones y creencias son fuerzas importantes en las vidas de los individuos y las comunidades, y por ello tienen un gran significado para la sociedad en su conjunto. Es necesario entender estas convicciones si pretendemos que las personas se comprendan mutuamente sociedades plurales como las nuestras, y también si han de apreciar el significado de los derechos que las protegen.

solo se hace referencia a una enseñanza sobre las religiones[10], sino a una enseñanza sobre las creencias y con ello también a las concepciones no religiosas de la vida y del mundo (ateísmo, agnosticismo, escepticismo e indiferentes)[11]. Este contenido no debería tener solo carácter trasversal —que se ha mostrado insuficiente—, sino curricular a través del establecimiento de una asignatura *ad hoc*. Ahora bien, esta propuesta no puede encuadrarse en el sistema educativo español actual ni como una disciplina alternativa ni como complementaria a las asignaturas de religión existentes (católica, evangélica e islámica) (Llamazares, 2005), sino que la misma debería configurarse como una asignatura obligatoria para todos los alumnos (Gómez del Prado, 2005).

Dicha asignatura debería estar dirigida a la construcción de una sociedad inclusiva y plural. Se trataría, entonces, de transmisión de los conocimientos correspondientes, al igual que en cualquier otra disciplina y bajo los mismos requisitos, postulados y capacidades. Deberá ser ideológica y religiosamente neutral (laica) y responder a los principios informadores derivados de los objetivos de la enseñanza, esto es, de una forma objetiva, fiel a la «verdad» y

- Aprender sobre religiones y creencias contribuye a la formación y el desarrollo del conocimiento de sí mismo, incluida una apreciación más profunda de la propia religión y las propias creencias. Estudiar las religiones y creencias abre las mentes de los alumnos a preguntas sobre el sentido y la finalidad de la vida, y los pone en contacto con cuestiones éticas de las que la humanidad se ha ocupado a lo largo de la historia.
- Gran parte de la historia, la literatura y la cultura resulta ininteligible sin un conocimiento de las religiones y creencias. Por tanto, el estudio acerca de las religiones y creencias es una parte esencial de una educación completa. El aprendizaje sobre religiones y creencias forma parte de la educación propia de cada persona, amplía los horizontes del individuo y ahonda en la visión que se tiene de las complejidades del pasado y el presente.
- El conocimiento de las religiones y creencias puede ayudar a promover un comportamiento respetuoso y a incrementar la cohesión social. En este sentido, todos los miembros de la sociedad, con independencia de sus propias convicciones, se benefician del conocimiento sobre las religiones y los sistemas de creencias de los demás» (cit. en OSCE, *Principios orientadores de toledo sobre la enseñanza acerca de religiones y creencias en las escuelas públicas, op. cit.*, p. 21).

[10] Un estudio elaborado por el Relator Especial, Sr. Abdelfattah Amor en 2001, y basado en los resultados de encuestas realizadas en 78 países observó: «la educación religiosa se debería concebir como un instrumento para transmitir conocimiento y valores comunes a todas las tendencias religiosas, de una forma inclusiva, de manera que los individuos se den cuenta que forman parte de la misma comunidad y aprendan a crear su propia identidad en armonía con identidades distintas de las suyas. Como tal, la educación religiosa es completamente diferente del catecismo o la teología, defi nida como el estudio formal de la naturaleza de Dios y de los fundamentos de la creencia religiosa, y supone una contribución a un marco educativo más amplio, como se define en las normas internacionales» (disponible en internet en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu2/7/b/cfedu-home_sp.html; visitado por última vez el 16 de agosto de 2022).

[11] En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Comentario General núm. 22(48) sobre el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18)* (sesión 48.ª, 1993) UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 4 (1993) [reimpreso en UN Doc. HRI/GEN/Rev8. Art. 194 (2006)], párrafo 2, dice como sigue: «el artículo protege las creencias deístas, no deístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos “creencia” y “religión” han de ser interpretados ampliamente. El artículo no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales ni a las religiones y creencias con características institucionales o prácticas análogas a las de las religiones tradicionales».

basada en un sólido conocimiento académico[12]; se pretenderá así educar y formar a ciudadanos y no a fieles[13].

Sus contenidos y metodología deberían estar dirigidos a la adquisición, por parte de los estudiantes, de competencias vinculadas con la posición que ocupa «lo religioso» en nuestro contexto social y sobre todo educativo, tanto histórico como actual, y con ello su vinculación con el resto de los derechos y libertades funamentales, así como también con los principios yvalores constitucionales, a fin de porporcionales las capacidades relacionadas con la alteridad y la diferencia (Pelayo Olmedo, 2022).

Para ello deberá ponerse esfuerzo en crear, a distintos niveles, órganos consultivos que sigan un planteamiento inclusivo y permitan involucrar a los distintos actores sociales en la elaboración y aplicación de los planes de estudios y en la formación del profesorado[14]. En este último plano, la OSCE ha recomendado que «quienes [impartan] enseñanza sobre las religiones y creencias [tienen que] haber recibido la formación necesaria para ello. Esos docentes deben poseer [unos sólidos] conocimientos, actitudes y cualidades que hacen falta para enseñar acerca de las religiones y creencias de una forma justa, [objetiva] y equilibrada. No solo necesitan conocer la materia que imparten, sino poseer también habilidades pedagógicas que les permitan interactuar con los alumnos y ayudarles a interactuar entre sí de forma sensible y respetuosa»[15].

Amén de que dicha preparación ha de diseñarse y desarrollarse con arreglo a los principios democráticos y de respeto de los derechos humanos, e incluir la atención hacia la diversidad cultural y religiosa existente en el seno de la sociedad española en general, y en la educativa en particular[16]. Lo valioso será el conocimiento obtenido como resultado de ese estudio y la formación recibida en la tolerancia y respeto de las creencias o convicciones del otro; en definitiva, mediante el respeto al pluralismo, la diversidad y los de-

---

[12] OSCE: *Principios orientadores de toledo sobre la enseñanza acerca de religiones y creencias en las escuelas públicas,* principio orientador, núm. 1, p. 17.

[13] OSCE: «El punto de partida consiste en comprender que la enseñanza acerca de religiones y creencias no tiene una orientación confesional ni va dirigida a impulsar la práctica religiosa. Aspira a que el alumno tome conciencia de las religiones y creencias, pero no le presiona para que acepte ninguna de ellas; apoya el estudio sobre religiones y creencias, no su práctica; pone a los alumnos en contacto con una diversidad de puntos de vista religiosos y no religiosos, pero no impone ninguna visión particular; plantea una educación sobre religiones y creencias sin promover ni denigrar a ninguna de ellas; informa a los alumnos sobre diversas religiones y creencias, pero no intenta que los alumnos se adecúen o se conviertan a ninguna religión o creencia particular. El estudio sobre las religiones y creencias ha de basarse en un sólido conocimiento académico, lo cual es una condición previa esencial para proporcionar a los alumnos una comprensión a la vez equitativa y más profunda de las diversas tradiciones en materia de creencias» (*Principios orientadores de toledo sobre la enseñanza acerca de religiones y creencias en las escuelas públicas, op.cit.,* pp. 23-24).

[14] *Ibid,* principio orientador núm. 4, p. 18.

[15] *Ibid,* principio orientador núm. 6, p. 18.

[16] *Ibid,* principio orientador núm. 9 in fine, p. 19.

rechos y libertades fundamentales[17]. Solo así será posible convertir la diversidad misma en un valor social.

9. Consideraciones finales

Tras lo expuesto, podemos realizar las siguientes consideraciones finales:

En primer lugar, que entre libertad de conciencia y derecho a la educación existe una relación birelacional y, por ende, una doble proyección: por un lado, la pluralidad de escuelas y la pluralidad en la escuela, salvaguardando de este modo el derecho a la libre formación de la conciencia y el pleno y libre el desarrollo de la personalidad (art. 27.2), así como —por otro— la garantía del derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de conformidad con sus propias convicciones (art. 27.3).

Una segunda consideración tiene que ver con el establecimiento en nuestra Carta Magna del principio de laicidad, que supone no solo la separación entre el Estado y las confesiones religiosas, sino también la neutralidad de los poderes públicos, lo que en el ámbito de la educación supone la ausencia de una ciencia o doctrina oficiales o, lo que es lo mismo, una instrucción no orientada ideológicamente por los poderes públicos (STC 5/1981). Ello, sin embargo, no supone la no intervención de las autoridades educativas en el establecimiento del correspondiente modelo educativo (art. 27.5 y 8).

En tercer lugar, que existe un valor esencial que informa y conforma la educación y la enseñanza y que no es otro que el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana (art. 27.2 CE), y es en este contexto donde cabe y debe encuadrarse la propuesta que aquí realizamos relativa a una asignatura que tenga por objeto la historia y cultura de las religiones y creencias en el mundo, así como su concrección cultural, social, antropológica y jurídica en la sociedad española.

En cuarto lugar, que ni el derecho de los padres a elegir formación religiosa y moral de sus hijos, ni la libertad de conciencia de los discente, puede suponer un derecho absoluto a determinar ni los planes de estudio, ni tan siquiera los contenidos de los asignaturas que los integran (STEDH *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*) y, por ende, no pueden oponerse a que sus hijos reciban una determinada enseñanza, asistan a una concreta asignatura o se ausenten de determinadas clases o contenidos (STEDH *Dojan y otros c. Alemania*), ni tampoco la constitucionalización de la enseñanza de la religión en el sistema eductivo español (*Observación núm. 22,* del CDH).

---

[17] A este respecto, se ha señalado que «parece probado a este respecto que el estudio de fenómenos históricos y políticos, tanto remotos como actuales, desde las variadas perspectivas ofrecidas por alumnos de diversas culturas, promueven la tolerancia, favorece la comprensión de una realidad cultural diferente a la propia, hace crecer el respeto por los derechos humanos y previenen la aparición de prácticas y aptitudes racistas, intolerantes y xenófobas» (Resolución del Consejo de Ministros sobre el racismo y la xenofobia, adoptada el 29 de mayo de 1990).

En consecuencia, el alcance del derecho garantizado en el apartado 3, del artículo 27, supone —y esta constituiría la quinta de las consideraciones—, por un lado, que los padres puedan elegir entre diversos tipos educativos, obligando a la existencia tanto de centros docentes públicos como privados (art. 27.6 CE), y dentro de éstos últimos a que los mismo puedan establecer un carácter o ideario propio ideológicamente caracterizado; y, por otro, el no adoctrinamiento en los centros docentes públicos (SSTC 5/1981 y 77/1985), así como del derecho reconocido a éstos de participar en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos (art. 27.7 CE).

Pero con ello no basta. Es preciso igualmente —y esta sería la sexta de nuestras consideraciones— fomentar la ubicación de cada individuo en el grupo al que pertenece y proporcionarle los medios para abrirse a otras comunidades. Hay que adoptar y adaptar la educación a los diferentes grupos minoritarios para que no se sientan excluidos y hay que establecer colaboraciones educativas con los diferentes sectores y organizaciones que los agrupan. Esta enseñanza debería, pues, orientarse en transformar la diversidad en un factor de entendimiento mutuo que acerque a los individuos, no que los separen[18].

Para finalizar, me gustaría insistir en que los valores se aprenden y se enseñan y la educación es un poderoso instrumento en manos del Estado para enriquecer la convivencia. Cuanto más plural es la sociedad, más importante es la educación como elemento de cohesión social. Y la calidad de la enseñanza se define cada vez más como la capacidad de formar personas maduras capaces de enfrentarse a las necesidades de un mundo cambiante, pero también capaces de vivir en sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Aláez Corral, B. (2009). Ideario educativo constitucional y respecto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre «Educación para la Ciudadanía». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 5,* 24-33.

Ansuategui, F. J. (2011). Educación en valores, democracia y objeción de conciencia». En VV.AA., *Libertad ideológica y objeción de conciencia: pluralismo y valores en derecho y educación* (pp. 145-162). Dykinson, Madrid.

[18] La Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, artículo 5(3) afirma: «El niño estará protegido de cualquier forma de discriminación por motivos de religión o convicciones. Se le educará en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y hermandad universal, respeto a la libertad de religión o de convicciones de los demás, y en la plena conciencia de que su energía y sus talentos deben dedicarse al servicio de la humanidad» (Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, aprobada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 36/55, de 25 de noviembre de 1981, GA Res. 36/55, UN GAOR, Ses. 36 [contactar en línea: http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/d_intole.htm; visitado por última vez el 31 de mayo de 2022]).

Areces Piñol, M.ª T. (2009). Derecho a objetar en el ámbito educativo: educación para la ciudadanía. Resoluciones Judiciales. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 25,* 343-377.

Barnés Bázquez, J. (1984). La educación en la Constitución de 1978: una reflexión conciliadora». *Revista Española de Derecho Constitucional, 12.*

Cámara Villar, G. (1983). Educación política, libertad y sistema de enseñanza en España: problemas y posibilidades. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2.*

Cámara Villar, G. (1988). Introducción a los derechos fundamentales: sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución Española. *X Jornada de Estudio* (vol. 3). Ministerio de Justicia, Madrid.

Capitán Díaz, A. (1994). *Historia de la educación en España. T. I: De los orígenes al Reglamento General de Instrucción Pública. T. II: Pedagogía contemporánea.* Dykinson, Madrid.

Capitán Díaz, A. (2002). *Breve historia de la educación en España.* Alianza Editorial, Madrid.

Celador Angón, Ó. (2014). Laicidad constitucional y modelo educativo. En VV.AA., *Libertad de conciencia, laicidad y derecho. Liber discipulorum en homenaje al profesor doctor Dionisio Llamazares* (pp. 281-302). Cívitas, Navarra.

Celador Angón, Ó. (2008). Derecho a la educación, libertad de enseñanza y laicidad del Estado. *Cuadernos de Derecho judicial, 1,* 45-109.

Delgado, B. (ed.) (1994). *Historia de la educación en España y América. T. II: La educación en la España moderna (siglos XVI-XVIII). T. III: La educación en la España contemporánea (1789-1975).* Fundación Santa Maria-Ediciones SM, Madrid.

Elósegui Itxaso, M. (2008). Aconfesionalidad, laicidad y moral privada en la asignatura de Educación para la Ciudadanía y los Derechos humanos. *Cuadernos de Derecho Judicial, 1,* 269-320.

Embid Irujo, A. (2008). La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas. *Revista Española de Derecho Constitucional, 83,* 11-56.

Embid de Irujo, A. (1983). *Las libertades en la enseñanza.* Técnos, Madrid.

Escolano Benito, A. (2002). *La educación en la España contemporánea. Políticas educativas, escolarización y culturas pedagógicas.* Biblioteca Nueva, Madrid.

Esteban Mateo, L. y López Martín, R. (1994). *Historia de la enseñanza y de la escuela.* Tirant lo Blanch, Valencia.

Fernández-Coronado González, A. y Pelayo Olmedo, J. D. (2019). Integrar la diversidad religiosa en la educación: preservar las convicciones personales y formar en derechos humanos y valores democráticos: propuestas de la comunidad internacional para un entorno educativo integral. En VV.AA., *Integrados. Claves jurídicas: derecho a la educación, diversidad religiosa y cohesión social* (pp. 16 y ss). Ministerio de Justicia, Madrid.

Fernández-Coronado González, A. (2005). Derecho a la educación, educación en valores y enseñanza religiosa en los sistemas de iglesia de estado de la Unión Europea. En Suárez Pertierra, G. y Contreras Mazarío, J. M.ª, *Interculturalidad y educación en Europa* (pp. 233-264). Tiran lo Blanch, Valencia.

Fernández-Miranda Campoamor, A. (2007). Educación para la Ciudadanía. Una perspectiva constitucional. En López Castillo, A. (ed.), *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública* (pp. 153 y ss). Madrid.

Garrido Palacios, M. (2022). Historia de la educación en España (1857-1975). Una visión hasta lo local. Consultar en línea: file:///C:/Users/PC/Downloads/Dialnet-HDeLaEducacionUnaVisionHastaLoLocal-3099888.pdf (visitado por última vez el 21 de abril de 2022).

Gómez del Prado, J. L. (2005). El derecho a la educación y la educación de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas. En Suárez Pertierra, G. y Contreras Mazarío, J. M.ª, *Interculturalidad y educación en Europa, op. cit.* (pp. 79-117).

Gómez Moreno, A. (1988). La enseñanza primaria en España entre 1846 y 1856: Apuntes de estudio. *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado, 1,* 41-47.

Gómez Orfanel, G. (2009). Jurisprudencia española sobre educación para la ciudadanía. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época, 10,* 261-283.

Gutiérrez Sanz, A. Repaso a cien años de educación en España. *Revista Arbil, 73.*

Lariccia, S. (1981). La attuazione dei principi costituzionali in materia religiosa. *Il Diritto ecclesiastico, 52*(1), parte I, 3-12.

Llamazares Fernández, D., Tejón Sánchez, R. y Celador Angón, Ó. (2010). *Educación e ideología.* Dykinson, Madrid.

Llamazares Fernández, D. (2008). *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia.* Dykinson, Madrid.

Llamazares Fernández, D. (2009). *Educación para la ciudadanía democrática.* Dykinson, Madrid.

López Castillo, A. (ed.) (2017). *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública.* Madrid.

López-Sidro López, A. (2008). La objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía ante los Tribunales Superiores de Justicia. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 17,* 1-25 (en Internet: www.iustel.com).

Mantecón Sancho, J. (2009). El derecho de los padres a la educación de sus hijos según sus convicciones. En Contreras Contreras, J. y Martínez de Codes, R. M.ª (coords.), *De inmigrante a ciudadano* (pp. 43-58).

Marcos Pascual, E. (2007). El derecho de los padres a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos. *REDUR, 5,* 151-170.

Martí Sánchez, J. M. (2007). La «Educación para la Ciudadanía». *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, XXIII,* 225 y ss.

Martín Sánchez, I. (2009). Objeción de conciencia y educación para la ciudadanía. *RJUAM, 19*(1), 211-228.

Martínez López-Muñiz, J. L. (2022). La educación en la Constitución española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza) (consultar en línea: la educacion en la CE.pdf; visitado por última vez el 12 de agosto de 2022).

Millán Moro, L. (2005). El derecho a la educación en el Consejo de Europa. En Suárez Pertierra, G. y Contreras Mazarío, J. M.ª, *Interculturalidad y educación en Europa* (pp. 119-159). Tirant lo Blanch, Valencia.

Morente Valero, F. (1997). *Depuración del Magisterio Nacional (1936-1943).* Ámbito Ediciones.

Murillo Muñoz, M. (2021). Enseñanza de la religión y perspectiva intercultural. Análisis comparativo de los currículos de religión. En VV. AA., *El derecho eclesiástico del Estado en homenaje al profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra* (pp. 687-712). Tirant lo Blanch, Valencia.

Negrín Fajardo, O. (coord.) (2006). *Historia de la educación Española.* UNED, Madrid.

Peces-Barba Martínez, G. (1996). *La democracia en España. Experiencias y reflexiones.* Temas, Madrid.

Peces-Barba Martínez, G. (2007). *Educación para la ciudadanía y derechos humanos.* Espasa, Madrid.

Pelayo Olmedo, J. D. (2022). Religión en la escuela, ¿podemos replantearnos el debate? *Cuadernos de Pluralismo, 2*(2) (consultar en línea: https://www.observatorioreligion.es/revista/articulo/religion_en_la_escuela_podemos_replantearnos_el_debate_/index.html; visitado por última vez el 18 de agosto de 2022).

Pelayo Olmedo, J. D. (2013). Reflexiones sobre la relación entre Derecho a la Educación y la libertad de pensamiento, conciencia y religión. *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos, 13,* 265-295.

Pérez Álvarez, S. (2016). El derecho del menor a ser educado conforme a su propia conciencia según los estándares del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. *Revista de Derecho Político, 95,* 147-188.

Prieto Sanchís, L. (2009). Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia. *Persona y Derecho, 60,* 209-240.

Puelles Benítez, M. (1980). *Educación e ideología en la España contemporánea.* Labor-Politeia, Madrid.

Puelles Benítez, M. (1979). *Historia de la educación en España* (tomo II). Madrid.

Rodrigo Lara, B. y Meseguer Velasco, S. (2018). La diversidad religiosa en la escuela: orientaciones jurídicas. *Documentos del Observatorio, 7.* Observatorio del Pluralismo religioso en España, Madrid (consultar en línea: https://www.pluralismoyconvivencia.es/wp-content/uploads/2018/12/Doc.Obs_.7-Diversidad-Religiosa-en-la-escuela.pdf; visitado por última vez el 16 de agosto de 2022).

Rodríguez Coarasa, C. (1998). *La libertad de enseñanza en España.* Tecnos, Madrid.

Rodríguez Moya, A. (2021). El mandato del artículo 16.3 de la Constitución a los poderes públicos y escuela: más allá de la instrucción. Reflexiones con ocasión de la LOLMLOE. *Estudios Eclesiásticos, 96*(379), 687-726 (consultar en línea: https://revistas.comillas.edu/index.php/estudioseclesiasticos/article/view/17273; visitado por última vez el 18 de agosto de 2022).

Rodríguez Moya, A. (2021). ¿Y si enseñáramos religión?. En VV. AA., *El derecho eclesiástico del Estado en homenaje al profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra* (pp. 727-750). Tirant lo Blanch, Valencia.

Roig López, O. (2002). *Institución educativa española desde la posguerra hasta la transición* [tesis doctoral]. Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona.

Ruano Espina, L. (2008). Objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 17,* 5 y ss (en Internet: www.iustel.com).

Ruiz Miguel, A. (2017). Educación, escuela y ciudadanía. En López Castillo, A. (ed.), *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública, op. cit.,* (pp. 31 y ss).

Serrano Postigo, C. (1983). Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español. En VV.AA., *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico* (pp. 805-828). Madrid.

Suárez Pertierra, G. (2011). Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso). *Revista Española de Derecho Constitucional, 92,* 41-64.

Suárez Pertierra, G. y Contreras Mazarío, J. M.ª (2005). *Interculturalidad y educación en Europa.* Tirant lo Blanch, Valencia.

Suárez Pertierra, G. (2004). La enseñanza de la religión en el sistema educativo español. *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos, 4,* 225-247.

Tiana, A., Ossenbach, G. y Sanz, F. (coord.) (2002). *Historia de la educación (edad contemporánea).* UNED, Madrid.

Viñao, A. (1982). *Política y educación en los orígenes de la España contemporánea.* Siglo XXI, Madrid.

VV.AA. (2019). *Integrados. Claves jurídicas: derecho a la educación, diversidad religiosa y cohesión social.* Ministerio de Justicia, Madrid.

VV.AA. (2014). *Libertad de conciencia, laicidad y derecho. Liber discipulorum en homenaje al profesor doctor Dionisio Llamazares.* Cívitas, Navarra.

VV.AA. (2011). *Libertad ideológica y objeción de conciencia: pluralismo y valores en derecho y educación.* Dykinson, Madrid.

06 EL DELITO CONTRA LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS DEL ARTÍCULO 525 DEL CÓDIGO PENAL: UN ANÁLISIS DE SU COMPATIBILIDAD CON LA CONSTITUCIÓN Y CON UNA SOCIEDAD SECULARIZADA

Alberto José Ferrari Puerta.
Investigador predoctoral FPU.
Universidad Complutense de Madrid.

1. Introducción.
2. Contenido del artículo 525.
3. La dudosa constitucionalidad del delito contra los sentimientos religiosos.
4. Sentimientos religiosos, secularización y sociedad multicultural.
5. Conclusión.

1. Introducción

En los últimos tiempos, hemos sido espectadores de un boom de procesos penales contra diferentes artistas, activistas o incluso individuos anónimos acusados de ofender los sentimientos religiosos. Muchos de ellos han ocupado titulares y portadas de los medios de comunicación. Un ejemplo es el caso de Willy Toledo, que realizó en Facebook unos comentarios groseros contra Dios y la Virgen de Pilar; otro, el de la llamada «Procesión del Coño Insumiso», que fue una manifestación feminista donde se portaba una vagina gigante a modo de imagen procesional a la vez que se recitaba una oración paródica; otro, el del cantautor Javier Krahe, ya fallecido, que en el antiguo Canal Plus protagonizó un vídeo humorístico titulado «Cómo cocinar un cristo» en el que introducía un crucifijo en una cazuela y daba una serie de instrucciones a modo de receta culinaria; y otro, el de una *drag queen* del Carnaval de Las Palmas de Gran Canaria que, por disfrazarse de Cristo crucificado, tuvo que enfrentarse a una querella criminal. A todas estas personas se les imputó un delito contra los sentimientos religiosos del artículo 525 del Código Penal. En

el presente trabajo, diseccionaremos el contenido de este precepto, nos pronunciaremos acerca de su legitimidad constitucional y dilucidaremos si su existencia es apropiada en una sociedad secularizada y multicultural, como lo es la sociedad española actual.

2. Contenido del artículo 525

El texto literal del artículo 525 es el siguiente:

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

Como podemos observar, este delito castiga en su primer apartado el escarnio contra dogmas creencias, ritos o ceremonias religiosas, así como la vejación a los creyentes. Si acudimos a la definición de la RAE, el escarnio sería la «burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar», definición que, a efectos de este precepto, ha sido completada por la jurisprudencia, la cual señala que el escarnio es, junto con lo anterior, «aquella grosera e insultante expresión de desprecio o, igualmente, la mofa, burla y vilipendio que debe tener por objeto algún aspecto esencial de la religión»[1]. Por su parte, la vejación (que el Diccionario de la RAE define como «acción y efecto de vejar», entendiendo vejar como «maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarle o hacerle padecer») ha sido concebida por la doctrina como un ultraje o injuria grave[2].

El objeto del delito del 525.1 son, como ya hemos adelantado, los «dogmas, creencias, ritos o ceremonias» de una confesión. La palabra «dogma» es definida por la RAE como «conjunto de creencias de carácter indiscutible y obligado para los seguidores de cualquier religión». El dogma sería, por tanto, una especie dentro del género «creencia», razón por la cual no sería necesaria su mención en el precepto: la tutela de las creencias engloba también la tutela de los dogmas. Cabe destacar que el antiguo delito de escarnio del Código Penal de 1973 mencionaba únicamente la palabra «dogmas», refiriéndose únicamente, en línea con el carácter confesional del Es-

[1] Entre otras, SSTS de 14 de febrero de 1984 y de 26 de noviembre de 1990, dictadas antes de la promulgación del actual Código Penal.
[2] Minteguía Arregui, 2006.

tado español por aquel entonces, a los dogmas de la religión católica. El término «creencias», de hecho, se introduce en el nuevo delito de escarnio del Código Penal de 1995 para remarcar la extensión de la tutela del precepto a todas las confesiones religiosas.

Con respecto a los términos «ritos» y «ceremonias», ocurre algo similar al caso anterior. La palabra «rito» se define en su primera acepción del diccionario de la RAE como «costumbre o ceremonia», y en su segunda, por «conjunto de reglas establecidas para el culto o ceremonias religiosas». Por tanto, la ceremonia se encuentra ya englobada en el concepto de rito, siendo innecesaria su mención autónoma. Algún autor, justificando la inclusión de ambas palabras, sugiere que la ceremonia es el acto religioso propiamente dicho, mientras que el rito es el conjunto de normas que rigen ese acto[3]. Sin embargo, además de que, como acabamos de ver, el DRAE define el término «rito» en una de sus acepciones como «ceremonia», el mismo autor que defiende esa diferenciación reconoce la extrema dificultad de distinguir un escarnio contra una ceremonia de uno contra un rito.

Por otra parte, el artículo exige que el escarnio se lleve a cabo «públicamente». Algunos autores consideran que dicho término restringe la aplicación del precepto a aquellos casos en los que el escarnio o la vejación se lleva a cabo a través de los medios de comunicación de masas[4], equiparándolo así a la expresión «con publicidad» que se emplea en el delito de injurias. Nosotros, sin embargo, no estamos de acuerdo con esta interpretación, y creemos que también debe entenderse cometido el delito cuando se realiza ante una concurrencia de personas. De hecho, el legislador no ha empleado la misma expresión en el delito de injurias («con publicidad») y en el delito de escarnio («públicamente»), lo que a nuestro juicio es algo deliberado. Además, en otros delitos donde se emplea la expresión «públicamente», como el delito de incitación al odio del artículo 510, esta engloba tanto los mensajes proferidos a través de medios de comunicación de masas como los pronunciados ante una concurrencia de personas.

En cuanto al modo de comisión del delito, puede llevarse a cabo de tres formas distintas: oralmente, por escrito o «mediante cualquier clase de documento». La interpretación de este último inciso no ha sido pacífica, toda vez que, en principio, el concepto de documento a efectos penales viene definido en el artículo 26 CP como «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica». Sin embargo, realizando una interpretación teleológica del artículo 525, dicha definición no encaja en el precepto: un documento potencialmente escarnecedor podría ser, por ejemplo, un dibujo o una viñeta, y no un documento con las características descritas en el artículo 26 CP. Con todo, prescindir de la definición de documento que ofrece el Código y optar por una definición más amplia su-

[3] Ramos Vázquez, 2019.
[4] Fernández-Coronado, 2001; Jericó Ojer, 2018.

pondría incurrir en una interpretación extensiva, que el Derecho penal no permite. Por ello, y a pesar de que reconozcamos que interpretar el término «documento» en el sentido del artículo 26 vacía de contenido el inciso, no nos queda otra salida que decantarnos por esta interpretación, ya que de lo contrario estaríamos vulnerando uno de los pilares básicos del Derecho penal democrático. Si el legislador hubiera sido más preciso (por ejemplo, utilizando la expresión «documento gráfico»), habría podido evitar este problema interpretativo.

Por último, para que la conducta sea delictiva, el precepto exige la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto, consistente en la intención ofensiva del mensaje. Al exigirse dicha intención, se excluye la posibilidad de cometer el delito con dolo eventual, exigiéndose el dolo directo[5]. Con todo, ello no significa que haya que acreditar, para que la conducta sea delictiva, que efectivamente los sentimientos de los creyentes se han visto afectados: como delito de mera actividad, basta que la conducta sea objetivamente escarnecedora y que se haya realizado con intención ofensiva, siendo irrelevante que la conducta haga mella en los fieles de la confesión escarnecida[6].

En cuanto al segundo apartado del artículo 525 castiga «el escarnio de quienes no profesan religión o creencia alguna». En primer lugar, hemos de poner de manifiesto la incongruencia que supone hablar aquí de escarnio hacia personas, dado que, a la luz del primer apartado, se entiende que el escarnio se comete contra creencias y la vejación contra personas, por lo que lo correcto habría sido castigar «la vejación de quienes no profesan religión o creencia alguna». A ello se le añade la inexplicable omisión en este caso del elemento subjetivo del injusto, elemento que, no obstante, consideramos incluido de forma implícita en el apartado.

Este último elemento, el de la intención ofensiva, es el que provocó que, en todos los casos mencionados al principio de nuestro trabajo, el procedimiento penal se archivó o culminó con la absolución de los acusados, porque no se acreditó la concurrencia de dicha intención. Sin embargo, el 10 de noviembre de 2020, el Juzgado de lo Penal número 10 de Málaga condenó penalmente a una mujer por este delito, como consecuencia de una manifestación feminista idéntica a la de la Procesión del Coño Insumiso, a pesar de que esta última se había saldado con la absolución de las acusadas. Esta condena, además, fue confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 31 de mayo de 2021.

Este caso puede considerarse la primera condena penal propiamente dicha por el delito contra los sentimientos religiosos[7]. Antes de él, muchos ha-

---

[5] Cancio Meliá, 1997; Cámara Arroyo, 2016.

[6] Minteguía Arregui, 2006.

[7] Decimos «propiamente dicha» porque existió anteriormente una esperpéntica sentencia de condena por conformidad, dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Jaén el 7 de febrero de 2018. El condenado había publicado en su Instagram un collage en el que había superpuesto su cara en una imagen de Jesús Despojado, uno de los pasos de una cofradía sevillana, acompañándola de la frase «sobran palabras, la cara lo dice todo, makiaveli soy tu Dios».

bían sido acusados, pero, o bien el proceso se había archivado antes de llegar a la fase de juicio oral, o bien habían sido absueltos después del juicio. Por ello, esta condena ha hecho saltar las alarmas entre los juristas, porque, si anteriormente a la misma este delito ya estaba en el punto de mira de un amplio sector de la doctrina que abogaba por su derogación[8], después de este acontecimiento la pervivencia de este artículo en el Código Penal resulta todavía más polémica.

3. La dudosa constitucionalidad del delito contra los sentimientos religiosos

La principal crítica a dicho precepto, con la que coincidimos plenamente, es que resulta difícilmente compatible con nuestro texto constitucional. Y ello se debe a dos razones fundamentales, que vamos a exponer a continuación.

La primera razón es que la libertad de expresión, que es un derecho fundamental recogido en el artículo 20 CE, tiene como límite los derechos de los demás y la protección de la juventud y de la infancia. En consecuencia, la libertad religiosa (16 CE) es uno de los límites a la libertad de expresión, de manera que cuando el ejercicio de esta suponga una vulneración de aquella, podrá ser restringida. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su STC 192/2020, de 17 de diciembre. Sin embargo, los sentimientos religiosos no forman parte de la libertad religiosa ni de ningún otro derecho fundamental. De hecho, si acudimos al artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que desgrana en sus diferentes apartados el contenido de este derecho (profesar las creencias libremente elegidas, practicar actos de culto y ritos, recibir enseñanza religiosa, reunirse y expresar públicamente la fe con otros correligionarios...), podemos comprobar que el supuesto derecho a que se respeten los sentimientos religiosos propios no es subsumible en ninguno de estos apartados. No existe el derecho a no sentirse ofendido, como, por otra parte, ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias (entre otras, STC 336/1993, de 15 de noviembre, y 9/2007, de 15 de enero), en las que ha señalado que la libertad de expresión puede ser ofensiva y mordaz. Además, muchas de las conductas calificadas como delitos de escarnio son realmente críticas hirientes a determinados posicionamientos de la Iglesia Católica en materias de interés público, en las que la libertad de expresión goza de una protección reforzada. En definitiva, no es posible restringir un derecho fundamental con base en un sentimiento.

Con todo, algunos autores, partidarios de la legitimidad del delito contra los sentimientos religiosos, sostienen que herir los sentimientos religiosos sí

[8] Entre otros, Gimbernat, 2016; Alcácer Guirao, 2017, Laurenzo Copello, 2018.

que constituye una vulneración de derechos fundamentales. En primer lugar, entienden que las expresiones escarnecedoras pueden provocar que los creyentes se inhiban en la expresión pública de sus creencias religiosas. Además, consideran que dichas expresiones entrañan una vulneración de la dignidad de la persona, y critican que existe un presunto doble rasero en el tratamiento de las creencias religiosas en comparación con la raza o la orientación sexual, mucho más tuteladas que aquellas frente a los ataques que se perpetran contra las mismas, los cuales son severamente sancionados[9].

Nosotros no compartimos ninguno de estos dos argumentos. Con respecto al primero, no existen pruebas de que el escarnio provoque ese efecto silenciador en el ejercicio de las creencias religiosas; de hecho, creemos que más bien ocurre lo contrario, a saber, que las ofensas hacia la religión incentivan a los creyentes a defender su fe contra estos improperios. En cambio, mucho más nítido nos parece el efecto desaliento que provoca la criminalización del escarnio en el ejercicio de la libertad de expresión de quienes pretenden formular críticas mordaces frente a la religión.

En cuanto al segundo argumento, creemos que es fruto de una confusión entre el ataque a la creencia y el ataque a la persona. Es evidente que el ataque a una persona con motivo de sus creencias constituye, al igual que los ataques a un individuo con motivo de su raza o de su orientación sexual, una conducta discriminatoria que puede ser penalmente relevante. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando lo que se ataca no es a la persona, sino a la creencia que esta profesa. Y, en lo que respecta a esto último, no es cierto que determinadas creencias estén más tuteladas que otras. A modo de ejemplo, las críticas a la homosexualidad o su consideración, desde determinados planteamientos religiosos, como una forma de ser y de vivir desviada y pecaminosa, son opiniones que se encuentran tuteladas por la libertad de expresión. Así queda evidenciado en el caso de Juan Antonio Reig Pla, antiguo obispo de Alcalá de Henares, quien sostuvo en su prédica del Viernes Santo de 2012 que la homosexualidad masculina conducía a una vida degenerada y sexualmente corrompida. Aunque fue denunciado por un delito de incitación al odio del artículo 510 ante el Juzgado de Instrucción número 6 de Alcalá de Henares, la denuncia sería archivada, al considerarse que las declaraciones del obispo eran simplemente la manifestación legítima de su opinión acerca de la homosexualidad, y no insultaban a los homosexuales ni incitaban a su discriminación. Por tanto, no es cierto que se privilegie a la homosexualidad frente a las creencias religiosas. De hecho, el argumento debería ser más bien el inverso: de la misma forma que no se castigan las opiniones negativas sobre la homosexualidad, aunque el colectivo LGTB pueda sentirse ofendido por ellas, debería ocurrir lo propio con los sentimientos religiosos.

La segunda razón de su dudosa compatibilidad con el texto constitucional es que este precepto contraviene el principio de laicidad que se deduce del

[9] Pérez-Madrid, 2017; Moreno Mozos, 2018.

artículo 16.3 CE, el cual exige proteger del mismo modo las creencias religiosas e ideológicas. Es cierto que el artículo 525 CP protege tanto a creyentes como a «quienes no tienen religión o creencia alguna» (agnósticos y ateos), pero no protege las creencias ideológicas o filosóficas, de manera que, a modo de ejemplo, un escarnio a un masón por su condición de tal no sería punible con base en este precepto. Por otra parte, en la práctica este precepto solo ha sido aplicado por los tribunales para proteger a la religión católica, que además de haber sido la religión tradicionalmente mayoritaria en España, fue la religión oficial del Estado durante la práctica totalidad de su historia hasta 1978, con el único paréntesis de las dos Repúblicas. En definitiva, este precepto constituye, a la luz de la práctica jurisprudencial, un vestigio de la confesionalidad del Estado.

En relación con esto último, algunos han aducido que la pervivencia de este precepto en el Código Penal supone mantener vigente el supuestamente derogado delito de blasfemia[10]. En puridad, no es cierto que el delito contra los sentimientos religiosos sea equiparable al de blasfemia, porque este tiene como bien jurídico protegido la propia divinidad, en tanto que aquel tutela los sentimientos de los creyentes. En consecuencia, en el caso del antiguo delito de blasfemia resultaba indiferente que esta se hubiera realizado o no con intención ofensiva. Sin embargo, en la práctica cualquier expresión blasfema en una red social o en un medio de comunicación podría motivar el inicio de un procedimiento penal por estos hechos, porque estas expresiones son objetivamente susceptibles de ofender los sentimientos religiosos, lo que resulta suficiente para la admisión de una denuncia o querella por un delito del artículo 525. De esta forma, y aunque finalmente el autor de la blasfemia sea absuelto por no acreditarse su intención ofensiva de los sentimientos de los creyentes, se verá sometido a un proceso penal, con todas las consecuencias negativas que ello acarrea.

Hay quien podría aducir que el artículo 525 no se compone solo del delito de escarnio, sino también del de vejación, y que este último sí que se debe mantener, porque el ultraje a una persona por razón de sus creencias constituye una vulneración de su derecho al honor, reconocido por el artículo 18 CE. Sin embargo, resulta discutible que la vejación abstracta a un grupo de personas por razón de creencia goce de la suficiente entidad como para vulnerar su derecho al honor, o, cuando menos, para vulnerarlo lo suficiente como para castigar como delito esa conducta, algo que, en virtud del principio de intervención mínima que rige en el Derecho Penal, debe reservarse para los más graves ataques contra los bienes jurídicos protegidos. Afirmar que los musulmanes o los católicos son unos ladrones constituye una afirmación tan genérica y se dirige contra un grupo tan amplio que la eventual lesión del derecho al honor se diluye en la inmensidad del colectivo[11]. Distinto sería si una persona se dirigiera directamente a un católico o a un musulmán

[10] Villameriel, 2015.
[11] López Peregrín, 2000.

espetándole su condición de ladrón a raíz de su creencia. En tal caso sí que nos encontraríamos ante una vulneración del derecho al honor penalmente punible, pero no a través del delito contra los sentimientos religiosos, sino del delito de injurias (208 CP), pudiendo concurrir además una circunstancia agravante de motivos discriminatorios del artículo 22.4 CP.

No podemos terminar esta reflexión sin hacer referencia a quienes defienden la subsunción de las ofensas contra las creencias en el delito de incitación al odio del artículo 510 CP. Por ejemplo, la campaña del sindicato anarquista CNT contra la visita del Papa Benedicto XVI a España en 2011, por la que se convocó un concurso de carteles dirigidos contra la Iglesia Católica, ha sido calificado por algún autor de delito de incitación al odio[12], que se castiga en su tipo básico con una pena de hasta cuatro años de prisión. Nosotros discrepamos totalmente de esta postura por varias razones: la primera es que la doctrina más cualificada en la materia sostiene que este delito únicamente debe aplicarse cuando la incitación a la violencia, la discriminación o al odio sea susceptible de generar un peligro para los grupos a los que va dirigido[13], con base en factores como la existencia de un contexto de tensión o la posición en la sociedad que ostenta el emisor del discurso, por lo que difícilmente un mensaje que va dirigido esencialmente contra determinadas creencias pueda llegar a alcanzar esa entidad. Y el segundo argumento, todavía más sólido a nuestro juicio, consiste en que el fundamento del delito de incitación al odio es la protección de grupos vulnerables o minoritarios, cuyo derecho a la integridad física o a no ser discriminado podría verse en entredicho si calan en la sociedad determinados discursos proferidos contra ellos. Esta condición de grupo vulnerable o minoritario en ningún caso la ostentan los católicos en España, en tanto que profesan la creencia tradicionalmente dominante y mayoritaria en el país.

4. Sentimientos religiosos, secularización y sociedad multicultural

Ruiz Andrés define la secularización como «un proceso de pérdida progresiva y relativa de pertinencia social de lo religioso»[14]. Resulta necesario advertir que secularización no es sinónimo de laicidad: de hecho, existen países muy secularizados que sin embargo no son laicos, como es el caso de Dinamarca, cuya Constitución sigue reconociendo a la «Iglesia evangélica luterana» como iglesia oficial, a pesar de que la mayoría de su población reconoce no tener creencias religiosas; y, en sentido inverso, existen Estados laicos poco secularizados, como Estados Unidos, donde la religión sigue ostentando un papel muy relevante en la sociedad. No obstante, lo anterior no es óbice para

[12] Martínez-Torrón, 2016.
[13] Landa Gorostiza, 2018.
[14] Ruiz Andrés, 2022.

reconocer que en muchas ocasiones laicidad y secularización van de la mano: así, por un lado, la existencia de una sociedad secularizada facilita que las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas se rijan por el principio de laicidad; por otro, el Estado laico trae consigo la disminución de la presencia social de la confesión dominante[15].

En el concreto caso español, el proceso secularizador experimentaría un importante avance en las últimas décadas del franquismo, fruto de factores como la apertura de España al extranjero, la evolución hacia una sociedad de consumo o las propias tendencias aperturistas surgidas en el seno de la Iglesia Católica[16]. Sin embargo, sería con la llegada de la democracia constitucional cuando la ola secularizadora irrumpiría con más fuerza. Como señalan Fernández-Coronado y Suárez Pertierra, dos factores contribuirían sustancialmente a este fenómeno[17]: el primero es el reconocimiento constitucional del pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y del derecho de libertad de conciencia (16 CE), reconocimiento que lleva consigo una valoración positiva de la diversidad en sus diferentes manifestaciones, entre ellas la diversidad de creencias, religiosas o no. El segundo es el auge que experimentó la inmigración extranjera en España a partir de la década de los noventa y que ha traído consigo el florecimiento de una sociedad multicultural y multirreligiosa. Cabe destacar, no obstante, que algunos autores conciben este último fenómeno no tanto como favorecedor de la secularización sino como gestante de una realidad nueva, llamada postsecularización, que afronta el reto de gestionar la pervivencia de diferentes sensibilidades religiosas en la sociedad y de integrar las aportaciones de las colectividades religiosas en el debate público, siempre desde un escrupuloso respeto al principio de laicidad[18].

Una vez expuesta esta realidad social, en la que se enmarca la regulación jurídica del fenómeno religioso, cabe preguntarnos si está justificada la existencia de un delito de escarnio de los sentimientos religiosos en nuestra sociedad secularizada y religiosamente diversa. *A priori,* alguno podría aducir que, frente a los anteriores delitos de escarnio y ultraje del Código Penal de 1973, claramente incardinados en la confesionalidad católica, el delito del artículo 525 evidencia en su redacción un encomiable esfuerzo de adaptarse tanto a la plurirreligiosidad, extendiendo la tutela frente al escarnio (al menos formalmente) a los miembros de todas las confesiones religiosas, como a la increencia, esta última por vía del segundo apartado del precepto. Nosotros, sin embargo, discrepamos de esta postura, dado que, además de la inaplicación práctica de esa extensión formal de la tutela a la que ya nos hemos referido, entendemos que, en una sociedad secularizada, plurirreligiosa y enmarcada en un Estado laico como la nuestra, un precepto de esta índole no debería expandirse más,

[15] Amérigo, López de Goicoechea y Ferrari, 2022.
[16] Ruiz Andrés, 2022.
[17] Fernández-Coronado y Suárez Pertierra, 2013.
[18] Ruiz Andrés, 2022.

sino que, por el contrario, debería desaparecer. En este sentido, creemos necesario traer a colación el razonamiento, citado por Vázquez Alonso[19], que el juez Frankfurter de la Corte Suprema estadounidense adujo en su voto particular concurrente a la sentencia del caso *Joseph Burstyn Inc. vs. Wilson,* en el que se enjuiciaba la legitimidad de la prohibición en el Estado de Nueva York de la película de Rossellini *El milagro,* en la que se otorgaba una visión irreverente de la Sagrada Familia. Frankfurter fundamentó su posición contraria a la prohibición (que fue, por otra parte, la posición mayoritaria del tribunal) en la imposibilidad de definir el concepto de «sacrílego» en una sociedad donde impera la diversidad de creencias, y en la que, por ende, lo que para un ciudadano es sagrado puede ser sacrílego para otro. Curiosamente, este argumento coincide en parte con el que utilizó el cardenal Antolín Monescillo en las Cortes Constituyentes españolas de 1869 para oponerse al reconocimiento de la libertad religiosa: «*Pluralitas Deorum nulitas Deorum:* a pluralidad de Dioses, nulidad de Dioses; a pluralidad de religiones, nulidad de religiones»[20]. Aunque otorguemos a estas palabras un sentido totalmente distinto, estamos de acuerdo con él, al igual que con Frankfurter: la consecuencia de la pluralidad de concepciones sobre lo sagrado no debería ser la ampliación de la tutela a todas ellas, sino la eliminación de cualquier tipo de tutela sobre este ámbito.

Con todo, aún nos quedaría otro argumento a examinar que podría ser empleado para justificar la pervivencia de este delito en la sociedad actual. Dicho argumento consistiría en aducir que, en una sociedad multicultural y multirreligiosa como la nuestra, existen individuos pertenecientes a minorías religiosas que viven sus creencias de manera particularmente intensa y, en consecuencia, se sienten especialmente ultrajados como consecuencia de los ataques a sus creencias, concibiéndolos como un ataque contra sí mismos. Un ejemplo que podría utilizar quien defendiera este argumento sería el de las manifestaciones masivas organizadas en países de mayoría musulmana contra las caricaturas de Mahoma publicadas en los periódicos satíricos *Jyllands-Posten* y *Charlie Hebdo,* que, siempre de acuerdo con esta postura, evidenciarían que el escarnio contra los musulmanes resulta especialmente doloroso para estos.

Nosotros ponemos en duda la propia veracidad de este argumento, dado que, para nosotros, el grado en el que cada creyente se siente ofendido por determinados mensajes contra su religión no depende tanto de su adscripción religiosa sino de su propia forma de vivir sus creencias. Con todo, incluso si lo reconociéramos como auténtico, nunca podría ser este un argumento para justificar la pervivencia del artículo 525, por tres razones: en primer lugar, un Estado laico como el español no puede hacer depender su sistema de derechos fundamentales de la forma en que cada creyente vive su religión, ni mucho menos restringir la libertad de expresión con base en la protección de

[19] Vázquez Alonso, 2016.
[20] *Diario de Sesiones de las Cortes,* 14 de abril de 1869.

determinados dogmas religiosos, por muy intensos que estos sean; en segundo lugar, de la misma forma que criticamos el trato preferente del que goza jurídicamente la religión católica en nuestro país, creemos que un Estado laico tampoco podría otorgar a cualquier otra religión (en este caso, la musulmana) frente a las demás; y, en último lugar, como ya hemos indicado, en la práctica este artículo nunca se ha aplicado en España para proteger los sentimientos de los musulmanes, a pesar de los numerosos agravios contra sus creencias que ha sufrido esta minoría religiosa.

5. Conclusión

A la luz de los motivos expuestos, consideramos que el delito contra los sentimientos religiosos debe ser eliminado del Código Penal. Hemos de puntualizar que nuestra postura acerca de este precepto no entraña, en modo alguno, una exaltación de la ofensa hacia las creencias ajenas; de hecho, consideramos que para articular un diálogo interreligioso e interconviccional fructífero, resulta fundamental respetar las creencias de los demás. Asimismo, opinamos que burlarse de las creencias ajenas no es éticamente correcto. Sin embargo, eso no es óbice para afirmar que el delito contra los sentimientos religiosos resulta de difícil encaje en nuestra realidad social, secularizada y multirreligiosa, y es dudosamente compatible con el artículo 16.3 de nuestra Constitución, que consagra el principio de laicidad, y con el artículo 20, que reconoce la libertad de expresión. Esta última, como ya nos recordara John Milton en su *Areopagitica* hace casi cuatrocientos años[21], es la columna vertebral de una sociedad democrática. No permitamos que se quiebre.

BIBLIOGRAFÍA

Alcácer Guirao, R. (2017). Cocinar Cristos y quemar Coranes: identidad religiosa y Derecho penal. En F. Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet* (pp. 67-85). Marcial Pons.

Amérigo, F., López de Goicoechea, J. y Ferrari, A. (2022) *Derecho y religiones*. Guillermo Escolar.

Cámara Arroyo, S. (2016). Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 69,* 123-210.

Cancio Meliá, M. (1997). Artículo 525. En G. Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código Penal* (pp. 1302-1304). Civitas.

[21] Milton, 2011.

Fernández-Coronado, A. (2001). Una perspectiva eclesiasticista de la protección penal de la libertad de conciencia. *Laicidad y Libertades: Escritos Jurídicos, 1,* 245-270.

Fernández-Coronado, A. y Suárez Pertierra, G. (2013). Identidad social, pluralismo religioso y laicidad del Estado. *Documentos, 180,* Fundación Alternativas, 1-89

Gimbernat, E. (2016). Presentación. En R. Hefendehl, A. Von Hirsch y W. Wohlers (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 11-22). Marcial Pons.

Jericó Ojer, L. (2018). La relevancia penal de los sentimientos religiosos como límite a la libertad de expresión. Especial referencia al delito de escarnio (art. 525 CP). En M. Díaz y García-Conlledo y D. M. Luzón Peña (dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana: Liber amicorum en homenaje al profesor doctor Jürgen Wolter por su 75.º aniversario* (pp. 537-572). Reus.

Landa Gorostiza, J. M. (2018). *Los delitos de odio.* Tirant lo Blanch.

Laurenzo Copello, P. (2018). Sentimientos religiosos y delito de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados. En VV.AA., *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan María Terradillos Basoco* (pp. 1287-1300). Tirant lo Blanch.

López Peregrín, C. (2000). *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos.* Tirant lo Blanch.

Martínez-Torrón, J. (2016). Libertad de expresión y lenguaje ofensivo. Algunos criterios prácticos de análisis jurídico. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 60,* 26-33.

Milton, J. (2011). *Areopagitica. Discurso sobre la libertad de prensa.* Biblioteca El Mundo.

Minteguía Arregui, I. (2006). *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978.* Dykinson.

Moreno Mozos, M. (2018). Delitos contra los sentimientos religiosos: un difícil equilibrio entre derechos fundamentales. Especial referencia a la legislación española. En M. Moreno Mozos y J. M. Martí (coords.), *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa* (pp. 137-158). Dykinson.

Pérez Madrid, F. (2017). Protección penal de la libertad religiosa y límites de la libertad de expresión. En L. Ruano y J. L. Sánchez-Girón (coords.), *Novedades de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado. A un año de la reforma del proceso matrimonial* (pp. 111-141). Dykinson.

Ramos Vázquez, J. A. (2019). Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 21,* 1-49.

Ruiz Andrés, R. (2022). *La secularización en España. Rupturas y cambios religiosos desde la sociología histórica.* Cátedra.

Vázquez Alonso, V. J. (2016). Libertad de expresión y religión en la cultura liberal: de la moralidad cristiana al miedo postsecular. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 146,* 305-341.

Villameriel, L. (2015). Derogar el delito de blasfemia. *Diario progresista* (24 de enero). https://laicismo.org/derogar-el-delito-de-blasfemia/.

07 LA HUIDA DE LAS MUJERES DE AFGANISTÁN TRAS EL RETORNO DEL GOBIERNO TALIBÁN: EL GÉNERO COMO FACTOR DE PERSECUCIÓN Y EL DERECHO DE ASILO EN ESPAÑA

Yolanda García Ruiz.
Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado.
Universitat de València.

1. Introducción.
2. Afganistán bajo el poder talibán.
   2.1. El oscuro recuerdo del gobierno de los talibanes.
      2.1.1. La desaparición pública de la mujer.
      2.1.2. El hundimiento económico de una sociedad tribal.
   2.2. Fracaso de la intervención occidental y nuevo acceso al poder de los talibanes.
3. Derecho de asilo en España.
   3.1. Persecución por razón de género.
   3.2. La experiencia real de las mujeres afganas.
4. Reflexión final y dedicatoria.

... la construcción europea ha de hacerse sobre valores compartidos y no sobre afirmaciones de fe. Europa es una realidad diversa y plural en culturas ideologías y políticas (...) esa es su gran fuerza.

Ana Fernández-Coronado González
«Marco comparado de la libertad religiosa en Europa»
Revista de Derecho UNED, 11, 2012

... una sociedad no tiene la menor posibilidad de éxito si sus mujeres no reciben educación.

Khaled Hosseini
Mil soles espléndidos

1. Introducción

El 15 de agosto de 2021 el mundo entero asistía asombrado a la caída del gobierno afgano, que contaba, en ese momento, con el respaldo de fuerzas militares occidentales presentes en el país. El ascenso al poder de los talibanes, que habían gobernado desde 1996 a 2001 imponiendo un régimen profundamente lesivo de los derechos humanos, especialmente para las mujeres, fue seguido de una dramática huida de afganos y afganas que habían colaborado durante años con el gobierno y con las fuerzas militares occidentales y temían, no solo por sus vidas sino por el previsible establecimiento de un gobierno que impusiera las mismas restricciones que los talibanes habían establecido en el pasado, especialmente a las mujeres. El recuerdo del gobierno talibán traía a la memoria una vida de reclusión en el hogar sin acceso a la educación, la imposibilidad de salir sin la compañía de algún varón y la ocultación de la feminidad con la imposición del uso obligatorio del burka.

Las dramáticas escenas vividas en el aeropuerto de Kabul, durante la evacuación de las fuerzas militares occidentales y sus colaboradores, se recrudecieron, como es sabido, con un atentado suicida y la detonación de una explosión que provocó más de un centenar de muertos y otros tantos heridos y que se atribuyó a la facción afgana del Estado Islámico.

La huida vivida por miles de personas durante aquellos aterradores momentos tenía un destino y buena parte de los Estados cuyas fuerzas militares estaban presentes en Afganistán recibieron a los afganos y a las afganas que lograron escapar de un régimen que ha confirmado las peores sospechas respecto a la vulneración de los derechos humanos en general y los de las mujeres en particular. Al respecto, Sima Bahous, Secretaria General Adjunta de las Naciones Unidas y Directora Ejecutiva de ONU Mujeres, el 15 de agosto de 2022, en su Declaración «Políticas de desigualdad creadas con meticulosidad-Afganistán, un año después», señalaba:

> «Las políticas de desigualdad creadas con meticulosidad por los talibanes dividieron Afganistán, que se convirtió en el primer país del mundo en prohibir a las niñas asistir a la escuela secundaria. No hay mujeres en el gabinete talibán ni tampoco ministerio de asuntos de las mujeres, lo que

eliminó de raíz el derecho de las mujeres a participar en la política. El trabajo fuera del hogar está vedado para la mayoría de las mujeres, quienes se ven obligadas a cubrir sus rostros en público y a viajar acompañadas de un hombre. Además, siguen estando sujetas a múltiples formas de violencia de género.

Esta serie de medidas deliberadas de discriminación contra las mujeres y niñas afganas constituye también un terrible acto de auto sabotaje para un país con enormes problemas, como desastres naturales o relacionados con el cambio climático, y una exposición a la situación económica global que llevó a la pobreza, y en algunos casos a la indigencia, a unos 25 millones de personas afganas. Excluir a las mujeres en todos los aspectos de la vida le arrebata la mitad del talento y las energías a la propia población de Afganistán. Impide que las mujeres lideren iniciativas para construir comunidades resilientes y reduce la capacidad de Afganistán de recuperarse de la crisis. La extensa experiencia de la humanidad con las crisis nos brinda una clara lección. Sin la participación de las mujeres y niñas en todos los aspectos de la vida pública, habrá poca posibilidad de alcanzar la paz duradera, la estabilidad y el desarrollo económico»[1].

2. Afganistán bajo el poder talibán

Afganistán es un país que ha estado sumido en una guerra más o menos explícita y constante a lo largo de su historia más reciente. Un país que, pese a la aparente estabilidad política de los últimos veinte años, ha lidiado continuamente con conflictos étnicos y tribales internos y con las tensiones derivadas de las incursiones extranjeras movidas por intereses geopolíticos, geoestratégicos, militares o energéticos diversos. Este convulso pasado, tiene uno de los episodios más oscuros sin duda para las mujeres, en el tiempo que los talibanes estuvieron en el poder entre los años 1996 y 2001. El deterioro de los derechos de la población civil y, de manera destacada, de las mujeres y las niñas fue denunciado, de diversas formas, por ONG, escritores como Khaled Hosseini que dedicó a esta temática su novela *Mil soles espléndidos* o cineastas como Mohsen Makhmalbaf, director de la película *Kandahar,* estrenada en 2001 y que refleja la sumisión de la mujer al varón y su cosificación durante el tiempo en el que los talibanes estuvieron en el poder.

Saber que les esperaba la reclusión en el hogar, la sumisión y la desaparición de la vida pública explica la desesperación de muchas mujeres y jóvenes afganas y también su huida al ver cómo los talibanes accedían de nuevo al poder en agosto de 2021.

---

[1] https://www.unwomen.org/es/noticias/declaracion/2022/08/declaracion-politicas-de-desigualdad-creadas-con-meticulosidad-afganistan-un-ano-despues.

2.1. El oscuro recuerdo del gobierno de los talibanes

El régimen de los talibanes —los estudiantes del Corán en una traducción más o menos aproximada— supuso, como es bien sabido, la instauración en Afganistán, en los años noventa, de un modelo teocrático islámico fundamentalista que se caracterizó por interpretar la *sharía* —la ley islámica— de forma extrema y vinculada a tradiciones consuetudinarias de la etnia pastún a la que sus miembros pertenecen.

Como se ha señalado, dicho sistema político-religioso se caracterizó por relegar a la mujer al ámbito privado, por su cosificación y por su degradación a niveles infrahumanos. De la aplicación de dicha política extremista se derivaron consecuencias muy perniciosas para el país y su población, de las cuales interesa destacar aquí dos que se han vuelto a constatar a lo largo del primer año en el poder de los talibanes, tras la toma de Kabul en agosto de 2021. La primera consecuencia es la vulneración de los derechos más básicos y elementales de las mujeres y las niñas y la segunda, en buena medida ligada a la anterior, una crisis económica sin parangón que está sumiendo al país en una pobreza extrema y condenando a su población al hambre, la enfermedad y la muerte.

2.1.1. *La desaparición pública de la mujer*

La utilización de las mujeres y, sobre todo de las niñas, como instrumento de «compensación» o «pago» e, incluso el matrimonio forzado de menores, no es infrecuente en las zonas rurales de Afganistán en las que impera la aplicación de la ley religiosa *(sharía)* y un modelo de sociedad tribal. Su consideración como seres supeditados a los varones de la familia las convierte en poco más que mercancías sin derechos y sin perspectivas vitales individuales. Al respecto y según el informe de ONU Mujeres de diciembre de 2021, las familias también se autocensuran y terminan imponiendo restricciones a la movilidad de las mujeres y las niñas como medida de protección. De este modo, el impacto de los talibanes en los derechos de las mujeres trasciende la imposición de reglas específicas. Las medidas adoptadas por las familias inciden, a su vez, en cuestiones culturales vinculadas con el honor familiar que se encuentran ancladas en normas patriarcales y de marginación de las mujeres. Todo ello, como resulta previsible, terminará teniendo un impacto en la salud mental de las mujeres y las niñas, en su capacidad para trabajar y continuar con su educación y en sus posibilidades de participar en la vida pública y en la política de su país.

Durante los veinte años previos al regreso de los talibanes, la vida en las ciudades, especialmente en Kabul, permitió a las mujeres formarse y trabajar. En dichos años, los distintos gobiernos permitieron el acceso de las niñas y las jóvenes a la educación en todos los niveles, su participación en la vida política, asumiendo cargos incluso en el gobierno, y su acceso a puestos de

responsabilidad en la judicatura, posibilidad claramente avanzada para una sociedad islámica construida sobre una estructura marcadamente patriarcal. Como ejemplo de lo señalado, cabe mencionar que, en el año 2001, cuando los talibanes perdieron el poder y Hamid Karzai se convirtió en el Presidente de Afganistán, se creó el Ministerio de Asuntos de la Mujer que ha tenido al frente a mujeres. Sin embargo, la supresión de dicho Ministerio fue una de las primeras medidas adoptadas por los talibanes al regresar al poder.

Las primeras manifestaciones de los talibanes, tras retomar el poder en agosto de 2021, hacían referencia a su intención de respetar los derechos de las mujeres según la ley islámica, incluida la educación. Seguramente, con ello pretendían lanzar un mensaje tranquilizador que les permitiera no perder las ayudas de la comunidad internacional, vinculadas, en ocasiones, al respeto de los derechos de las mujeres y las niñas. Dicho compromiso no se ha respetado, tal y como se temía, y, actualmente, las niñas tienen prohibido asistir a la escuela después del sexto grado, la educación universitaria no se les permite y las que han terminado sus estudios universitarios no pueden solicitar la expedición de sus títulos porque no les está permitido trabajar fuera del hogar, medida que ha afectado a las ONG con presencia en el país que ya han anunciado el fin de su actividad como consecuencia de esta prohibición.

Las restricciones referidas suponen, por supuesto, una lesión de los derechos de las mujeres y las niñas, pero también, como se ha indicado anteriormente, un grave daño para el país que perderá toda la riqueza y el valor que las mujeres afganas podrían aportar a su sociedad. Así lo señaló, de hecho, el Secretario General de las Naciones Unidas en su Declaración de 23 de marzo de 2022 en la que instó a abrir todas las escuelas del país sin restricciones por razón de género y así lo ha afirmado también el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos que ha urgido a los talibanes a revocar dichas medidas, señalando que «Ningún país puede desarrollarse —ni siquiera sobrevivir— social y económicamente con la mitad de su población excluida», que «Las restricciones incomprensibles impuestas a mujeres y niñas aumentarán el sufrimiento de todos los afganos y supondrán un riesgo más allá de las fronteras de Afganistán» y que «Prohibir a las mujeres trabajar en ONG las privará a ellas y a sus familias de sus ingresos y de su derecho a contribuir positivamente al desarrollo de su país y al bienestar de sus conciudadanos»[2].

2.1.2. *El hundimiento económico de una sociedad tribal*

Relegar a las mujeres al ámbito privado, al hogar, impidiendo su educación y su participación en la vida pública, supone, efectivamente, renunciar a

[2] Véase La negación de derechos a las mujeres en Afganistán causará desestabilización social en el país. En *Noticias ONU. Mirada global. Historias humanas*. Fuente: https://news.un.org/es/story/2022/12/1517647.

la aportación de la mitad de la sociedad afgana. Desde el retorno al poder de los talibanes, las mujeres se han visto obligadas a volver a vestir el burka, a salir únicamente si van acompañadas de un varón de la familia, han sido relegadas de muchos trabajos hasta llegar a prohibirles trabajar y excluidas de la atención sanitaria y la educación a partir del sexto grado, según lo señalado. A esta dramática situación, hay que añadir la extrema emergencia económica en la que se encuentra sumido el país. Al respecto y según datos del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDP, en sus siglas en inglés), una tercera parte de la población se encuentra en un estado de emergencia de seguridad alimentaria, lo cual se ve agravado por la mayor sequía de los últimos 27 años. Todo ello, unido a la crisis generada por la pandemia de la COVID-19, podría situar al país en un estado de colapso generalizado con más de un 97% de la población por debajo de los niveles de la pobreza.

2.2. Fracaso de la intervención occidental y nuevo acceso al poder de los talibanes

Una cuestión que conviene destacar, por constituir el desencadenante del retorno de los talibanes al poder y del éxodo de cientos de miles de afganos y afganas, es el fracaso de la intervención internacional en Afganistán y su apresurada salida. Sabido es que Afganistán fue, en buena medida, un territorio en el que se materializó la tensión entre Estados Unidos y Rusia durante los años de la guerra fría. La invasión rusa en 1978 dio lugar a una guerra civil en la que también participaron de formar indirecta Estados Unidos, apoyando a los *muyahidines* islámicos y a yihadistas internacionales que fueron a combatir como Osama Bin Laden. Dicho apoyo se volvió en contra de los norteamericanos al producirse los atentados contra las torres gemelas a manos de miembros de Al Qaeda, la organización terrorista y yihadista creada precisamente por el propio Bin Laden.

Los atentados del 11 de septiembre de 2001, tuvieron como respuesta la invasión de Afganistán por fuerzas militares internacionales, lideradas por Estados Unidos y con participación de la OTAN. Dichas fuerzas militares apoyaron a los diversos gobiernos afganos durante veinte años, dando lugar a un tiempo en el que se propiciaron notables conquistas en los derechos de las mujeres; conquistas que se han perdido completamente con la llegada de nuevo al poder de los talibanes.

Durante la presidencia de Donald Trump, se pactó con los talibanes un acuerdo de paz para Afganistán. Dicho acuerdo fue respaldado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en marzo de 2020. Ha sido, sin embargo, su sucesor, Joe Biden, el que ha ejecutado el acuerdo y el que ha llevado a cabo la retirada de las fuerzas internacionales de Afganistán, con Estados Unidos a la cabeza. La salida del país ha dejado escenas dramáticas de terror en el aeropuerto de Kabul.

Muchos afganos y afganas que habían trabajado para los aliados, o con organizaciones vinculadas a ellos, no pudieron escapar de un gobierno que, como se temían, ha sumido al país en una crisis sin precedentes y ha vuelto a obligar a las mujeres a recluirse en el hogar negándoles derechos tan básicos como la educación o el acceso a la atención sanitaria. Otros, afortunadamente, lograron escapar con los aviones de las fuerzas militares internacionales dejando atrás toda su vida, sus profesiones, sus anhelos y, a veces, a la familia. Son estos los han llegado a nuestros países con la esperanza de poder solicitar asilo y, de este modo, volver a empezar.

3. Derecho de asilo en España

La regulación del derecho de asilo en España ha pasado históricamente por dos leyes principales. La primera, ya derogada, fue la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. La actual, que se inserta en el marco de la política europea de asilo y refugio, es la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

El marco internacional de referencia en materia de asilo y refugio sigue siendo la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada, como es sabido, en el seno de las Naciones Unidas tras los acontecimientos vividos como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Dicha Convención, en su artículo 1.A.2, establece que se considera refugiado a toda persona:

> «Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.»

Dos aspectos destacan en la redacción del artículo: en primer lugar, la fecha que ha sido ampliada hasta nuestros días, por aplicación del Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967. Y, en segundo lugar, las causas de persecución explícitamente mencionadas: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social y opiniones políticas. Una relación tasada que no menciona explícitamente el género, aunque podría entenderse incluido en la pertenencia a un «determinado grupo social».

3.1. Persecución por razón de género

La inclusión del género como uno de los motivos que pueden llevar al reconocimiento de la condición de refugiado se recoge, de manera diferenciada, en el artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria al señalar:

> «La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de *género* u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.»

Sin embargo, la misma Ley, al desarrollar y especificar los motivos de persecución, incluye la persecución por razón de género en la noción de «determinado grupo social» sin considerarlo, por consiguiente, como un motivo en sí mismo. Esta misma opción es la adoptada para los supuestos de persecución por orientación o identidad sexual (art. 7). Dicha falta de coherencia normativa ha sido criticada por la doctrina que, además, ha cuestionado una especie de requisito añadido que la Ley exige para considerar el género y la orientación o identidad sexual como motivo de persecución. En ambos casos, la Ley señala que estos aspectos, por si solos, no se entenderán como motivos de persecución, sino que será necesario *atender a las circunstancias concretas imperantes en el país del cual se ha huido* por ser perseguido.

La exigencia probatoria que apela a las circunstancias concretas del país de origen de la persona solicitante de asilo implica, a juicio de Rodríguez Mejía (2010), la interposición de «(...) un filtro que el legislador ha establecido para la procedencia de la concesión del asilo por violencia de género, toda vez que dispone que no bastará la vulneración de derechos a la mujer víctima, sino también será importante, por no decir necesario, que en el país en el que tales agresiones se producen, la violencia contra la mujer sea manifiesta y no se presente en casos aislados». Además, añade la autora, «(...) preocupa la ambigüedad empleada por el legislador, toda vez que quedará al arbitrio del competente para conceder el asilo, la determinación de si lo que demuestra la víctima lleva obligatoriamente a concluir la situación generalizada de violencia contra la mujer en el país de origen».

En relación con esa exigencia añadida a los supuestos de persecución por razón de género (exigible también en los de persecución por orientación o identidad sexual) la autora mencionada destaca un matiz que comporta, a su

juicio, una dificultad difícilmente salvable para la mujer solicitante de asilo por razón de género y que le lleva a criticar abiertamente la opción seguida por el legislador. Señala, en este sentido, que el requisito de atender a las circunstancias del país de origen, desde una perspectiva procesal, «(...) adquiere un carácter probatorio que nos lleva a afirmar el papel fundamental que adquiere la prueba de la violación de los derechos, ya no solo respecto de la violencia particular que ha sufrido la víctima, ahora solicitante; sino también, de la situación de vulneración que de tales derechos se presenta en el país del que es nacional. En consecuencia, y por las dificultades que para las solicitantes acarreará tal carga probatoria, —toda vez que al haber huido de sus países difícilmente tendrán facilidad de recolectar la información suficiente para demostrar la situación de violencia en razón del género que se presenta en su país—, objetamos este requisito y hubiésemos preferido que o bien el legislador no hubiese hecho ninguna referencia implícita a la necesidad de evaluar la situación que se presenta en el país de origen, bastándole la prueba de la violencia sufrida por la solicitante en el caso concreto; o, haciéndola, hubiere aclarado que correspondería al órgano instructor de la solicitud de asilo, la búsqueda de la información, liberando así a los solicitantes del deber de aportar la misma».

Es evidente que el legislador español quiso, con la Ley de 2009, ampliar explícitamente los supuestos de persecución que dan derecho al reconocimiento de la condición de refugiado y pensó en la persecución que, por muy diversas causas, sufren las mujeres en muchas partes del mundo. Y, del mismo modo, amplió el espectro para recoger la que se produce por motivos de orientación o identidad sexual. Ahora bien, estos aspectos por sí solos son tan amplios y, al mismo tiempo tan comunes, como motivos de persecución en tantos países del mundo que, su reconocimiento sin mayor exigencia, debió parecer insuficiente a un legislador que siempre regula con cautela las cuestiones ligadas a la extranjería y a los movimientos migratorios en general.

Parecía necesario matizar de alguna forma, exigir alguna razón que reforzara la mera cuestión de género y la orientación e identidad sexual. Y de ahí surge la necesidad de demostrar que en el país de origen existe una circunstancia excepcional, específica, diferenciada, que justifica la huida y la búsqueda de refugio y asilo en España. Siendo comprensible dicha necesidad de buscar una razón reforzada, compartimos la visión crítica de Rodríguez Mejía (2010) respecto al gravamen que supone para la persona solicitante de asilo la prueba de dicha circunstancia diferenciada. Máxime, como sucede en el caso de Afganistán, cuando es bien conocida la política discriminatoria y lesiva de los derechos de la mujer que aplica el actual gobierno de los talibanes.

Es importante destacar también, por el tema que nos ocupa, cómo define la Ley los actos que son susceptibles de generar fundados temores de persecución. En este sentido, el artículo 6, en su apartado primero, señala que deberán ser:

«*a*) Suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado segundo del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o bien

b) ser una acumulación lo suficientemente grave de varias medidas, incluidas las violaciones de derechos humanos, como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra *a*).»

El segundo apartado del artículo 6 concreta aún más y especifica varias medidas que se consideran actos de persecución a los efectos del reconocimiento de la condición de refugiado, según la propia Ley. Entre ellas, se mencionan los actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual. Piénsese en el riesgo de sufrir un matrimonio forzado siendo menor o incluso siendo mayor de edad, así como el riesgo de sufrir una mutilación genital, práctica muy extendida todavía en algunos países de África. Pero también menciona este apartado segundo medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean *discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria*. Resulta difícil no incluir aquí cualquiera de las normas adoptadas por los talibanes en Afganistán que están impidiendo a las mujeres el acceso a la educación, a la atención sanitaria y al trabajo fuera del hogar.

3.2. La experiencia real de las mujeres afganas

La situación actual que viven las mujeres en Afganistán, con un gobierno que legisla vulnerando sus derechos más básicos y fundamentales, encaja perfectamente en la descripción y regulación del derecho de asilo prevista en la Ley española de 2009. Ni siquiera sería necesario recurrir a la protección subsidiaria, prevista también en la Ley para aquellas personas que, no reuniendo los requisitos requeridos para el reconocimiento del derecho de asilo, tengan razones fundadas para creer que, si regresan a su país de origen —supuesto de los nacionales— o a su anterior residencia habitual —caso de los apátridas— se enfrentarían al riesgo de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de la Ley.

La realidad, sin embargo, es mucho más compleja para ellas. Las afganas que pudieron escapar en los aviones militares españoles que participaron en la retirada de las tropas occidentales de Afganistán, en agosto de 2021, se beneficiaron a su llegada a España de la posibilidad de solicitar el derecho de asilo en nuestro país. Habían huido de Afganistán bajo la protección de los militares españoles que estaban en el país y su proceso se agilizó cuando aterrizaron en España en el propio aeropuerto. ¿Pero qué

posibilidades tienen las mujeres que no pudieron huir y que permanecen en el país? ¿Qué posibilidades tienen las que huyeron a países limítrofes como Irán o Pakistán e intentan sobrevivir tras haberlo perdido todo y haber dejado atrás sus vidas?

El artículo 4 del Real Decreto 203/1995 Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (Reglamento de la Ley de asilo anterior que se encuentra todavía en vigor) establece que:

> «El extranjero que desee obtener el asilo en España presentará su solicitud ante cualquiera de las siguientes dependencias:
>
> *a*) Oficina de Asilo y Refugio.
> *b*) Puestos fronterizos de entrada al territorio español.
> *c*) Oficinas de Extranjeros.
> *d*) Comisarías Provinciales de Policía o Comisarías de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior.
> *e*) Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero.»

Así pues, las mujeres que están en Afganistán, aun cuando se volviera a tener un Consulado o Embajada española en el país, no tendrían posibilidad alguna de solicitar asilo en España mientras permanezcan allí porque la Ley de 2009, en su artículo 38, establece que las solicitudes presentadas en Consulados o Embajadas no podrán proceder de solicitantes nacionales del país en el que se encuentre la representación diplomática.

Si hubieran huido a Irán o a Pakistán, teóricamente podrían presentar la solicitud en los consulados españoles de dichos países, pero el artículo 16 de la Ley parece exigir que las solicitantes se encuentren en España al señalar que: «Las personas nacionales no comunitarias y las apátridas *presentes en territorio español* tienen derecho a solicitar protección internacional en España». Es decir, se requiere estar en el país para presentar la solicitud de protección internacional. De hecho, el propio artículo 38 de la Ley, al regular la solicitud de la protección internacional en Consulados y Embajadas, hace referencia al traslado a España, llegado el caso, afirmando que:

> «Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España *podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España* para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley. El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de

> acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como *el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España* de los mismos.»

Exigir la presentación de la solicitud en España resulta una regulación claramente limitativa que, en realidad, prácticamente imposibilita la protección internacional de las mujeres afganas si no están ya en el país. Su única posibilidad es conseguir un visado para viajar a España y, una vez aquí, solicitar el asilo. Sin embargo, las últimas noticias que se han publicitado en la prensa española respecto de Pakistán aluden a una imprevista cancelación de las citas por parte del consulado español y a la imposibilidad, al menos por ahora, de conseguir un visado para poder viajar a España.

Esta situación de complejidad jurídica y de bloqueo político se solventó, sin embargo, de forma rápida y satisfactoria, en el caso de los refugiados que huyeron de Ucrania cuando se produjo la invasión de Rusia en febrero de 2022. Como ha señalado con gran criterio Azcárraga Monzonís (2022) «Ante las consecuencias generadas por este conflicto bélico, la UE ha tenido que adoptar complicadas decisiones en tiempo récord, no solo de índole política, económica y militar, sino también de gestión de los flujos migratorios. Los desplazamientos masivos de personas que han llegado a las puertas de la UE (...) han requerido por parte de la UE de una reacción ágil y solidaria en unas circunstancias que iban a desbordar los sistemas habituales de asilo y de control de fronteras (...) en esta ocasión ha existido voluntad política por parte de los Estados miembros de la UE para activar por primera vez la Directiva 2001/55/CE, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, una norma que articula un procedimiento que permite proteger jurídicamente en territorio de la UE a millones de desplazados en unas condiciones que serían inviables si se les hubiera obligado a cursar las solicitudes por la vía ordinaria como se exige a los extranjeros de terceros países que huyen de otros conflictos armados».

Resulta evidente, por consiguiente, que es una cuestión de voluntad política. La gestión de las crisis que provocan desplazamientos de personas en busca de asilo y refugio puede ser rápida y eficaz, como se ha demostrado en el caso de Ucrania. La reacción europea ante la crisis de los refugiados ucranianos ha sido ejemplar y ha puesto de manifiesto la falta de interés político en otras crisis como las provocadas por la guerra en Siria o ante el regreso del régimen talibán a Afganistán.

La gestión desarrollada con los refugiados de Ucrania debería ser el ejemplo para futuras crisis migratorias, que llegarán, y no la excepción de un sistema de asilo que ha resultado, y sigue resultando, en demasiados casos ineficaz.

4. Reflexión final y dedicatoria

Este trabajo está realizado con el fin de rendir un merecido homenaje a la Profesora Ana Fernández-Coronado, catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense de Madrid. Una jurista que ha dedicado su carrera académica a trabajar por la libertad, la igualdad y el respeto de la diversidad y la pluralidad religiosa en España y en Europa.

No lo tuvieron fácil las mujeres de la generación de la profesora Ana Fernández-Coronado en España. No les resultó fácil desarrollarse profesionalmente en una sociedad que venía de un modelo de Estado confesional en el que la mujer tenía un rol social muy limitado. Las mujeres de su generación han sido pioneras, abrieron horizontes, rompieron techos de cristal.

Hoy las mujeres afganas tienen prohibido estudiar en la universidad. Las niñas afganas no estudiarán más allá del sexto grado en la escuela. Y todas se ven condenadas a vivir recluidas en el hogar, sin poder trabajar, bajo la dominación de un varón de la familia, ocultas tras un burka, expuestas a todo tipo de abusos y sin acceso a la más básica atención sanitaria. Las mujeres en Afganistán han vuelto a ser cosificadas tras el regreso de los talibanes al poder.

Desde estas líneas, expresamos la esperanza de que las mujeres afganas tengan algún día la oportunidad de volver a ocupar puestos de responsabilidad en su país. Como periodistas, médicas, abogadas, juezas y políticas. Como lo estaban haciendo hasta que regresaron los talibanes al poder. Como lo han hecho las mujeres de la generación de la profesora Fernández-Coronado en España; mujeres que han servido de modelo a las generaciones que hemos venido después.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (2021). La Protección internacional en España. *Nacionalidad y extranjería.* Tirant lo Blanch, Valencia.

Azcárraga Monzonís, C. (2022). La 'afluencia masiva de personas desplazadas' desde Ucrania y su protección temporal en la Unión Europea y en España: la activación de la Directiva 2001/55/CE. *Revista General de Derecho Europeo, 57.*

Díez Peralta, E. (2019). *El matrimonio infantil y forzado en el derecho internacional. Un enfoque de género y de derechos humanos.* Tirant lo Blanch, Valencia.

Fernández-Coronado González, A. (2012). Marco comparado de la libertad religiosa en Europa. *Revista de Derecho UNED, 11.*

Hosseini, K. (2007). *Mil soles espléndidos.* Salamandra, Barcelona.

Rodríguez Mejía, M. (2010). La persecución por razón de género en la nueva ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria. *Mujer y Derecho ¿Tienen las leyes perspectiva de género?* Tirant lo Blanch, Valencia.

Tratados internacionales y legislación

Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados. https://www.acnur.org/la-convencion-de-1951.html.

Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967. https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf.

Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. *BOE,* núm 74, de 27 de marzo de 1984. Fuente: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-7250.

Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. Fuente: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-5542.

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. *BOE,* núm. 263, de 31 de octubre de 2009. Fuente: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-17242.

Informes y documentación

Human Rights Watch World Report 1999 Afghanistan, 1 de enero de 1999. Fuente: https://www.refworld.org/docid/3ae6a8b520.html.

Informe ONU mujeres diciembre 2021. *Women's right in Afghanitan: where are we know?* Fuente: https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2021/12/gender-alert-womens-rights-in-afghanista.

Informe ONU mujeres. *En la mira: las mujeres de Afganistán a un año de la toma de poder de los talibanes.* Fuente: https://www.unwomen.org/es/noticias/en-la-mira/2022/08/en-la-mira-las-mujeres-de-afganistan-a-un-ano-de-la-toma-de-poder-de-los-talibanes.

Declaración de la Secretaria General Adjunta de las Naciones Unidas y Directora Ejecutiva de ONU Mujeres, Sima Bahous, sobre «Políticas de desigualdad creadas con meticulosidad-Afganistán, un año después», 15 de agosto de 2022. Fuente: https://www.unwomen.org/es/noticias/declaracion/2022/08/declaracion-politicas-de-desigualdad-creadas-con-meticulosidad-afganistan-un-ano-despues.

Prensa

«Security Council resolution endorses moves towards long-sought Afghanistan peace», *UN News.* Global perspective. Human stories. Fuente: https://news.un.org/en/story/2020/03/1059161.

«El gobierno afgano se desmorona tras la llegada a Kabul de los talibanes», *El País,* 15 de agosto de 2021. Fuente: https://elpais.com/internacional/2021-08-15/los-talibanes-empiezan-a-entrar-en-kabul-tras-una-ofensiva-relampago.html.

«Un atentado del ISIS provoca una matanza en la evacuación de Kabul», *El País,* 26 de agosto de 2021. Fuente: https://elpais.com/internacional/2021-08-26/un-doble-atentado-en-torno-al-aeropuerto-de-kabul-causa-al-menos-una-decena-de-muertos.html.

Declaración del Secretario General de las Naciones Unidas. Secretary-General's statement on Afghanistan, 23 de marzo de 2022. Fuente: https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2022-03-23/secretary-generals-statement-afghanistan.

«Afganistán no logrará la paz y el desarrollo económico sin la plena participación de las mujeres y las niñas», en *Noticias ONU,* 15 de agosto de 2022. Fuente: https://news.un.org/es/story/2022/08/1512932

«Juezas afganas: Cuando llegaron los talibanes, solo pensé en huir para salvar mi vida», *El País, 19* de septiembre de 2022. Fuente: https://elpais.com/internacional/2022-09-19/juezas-afganas-cuando-llegaron-los-talibanes-solo-pense-en-huir-para-salvar-mi-vida.html.

«Varias ONG internacionales suspenden su actividad en Afganistán por la prohibición de trabajar en ellas a las mujeres», *El País,* de 25 de diciembre de 2022. Fuente: https://elpais.com/internacional/2022-12-25/varias-ong-internacionales-suspenden-su-actividad-en-afganistan-por-la-prohicion-de-trabajar-en-ellas-a-las-mujeres.html.

«Decenas de afganas huidas a Pakistán e Irán quedan en un limbo al anular España sus citas consulares para pedir asilo», *El País,* 25 de diciembre de 2022. Fuente: https://elpais.com/internacional/2022-12-25/decenas-de-afganas-huidas-a-pakistan-e-iran-quedan-en-un-limbo-al-anular-espana-las-citas-consulares-para-pedir-asilo.html.

08 FIGURAS, IMÁGENES Y REPRESENTACIONES RELIGIOSAS FEMENINAS, PERSPECTIVA DE GÉNERO Y TRATAMIENTO JURÍDICO

Marina Meléndez-Valdés Navas.
Profesora Contratada Doctora de Derecho eclesiástico del Estado.
Universidad de Málaga.

1. Introducción.
2. Ofensas a los sentimientos religiosos y actos vandálicos en torno a figuras, imágenes y representaciones religiosas femeninas.
   2.1. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
   2.2. Jurisprudencia española.
3. El registro en la oficina de Marcas y patentes como protección de las representaciones religiosas femeninas.
4. Reconocimientos públicos a figuras religiosas femeninas: secularización, neutralidad e igualdad.
5. Laicidad y secularización como claves para el tratamiento jurídico de las representaciones religiosas femeninas.

1. Introducción

Los estudios sobre cuestiones de género se multiplican en todos los campos del Derecho incluido el Derecho Eclesiástico del Estado, donde los enfoques sobre el particular suelen dirigirse hacia aspectos relativos a la igualdad en las confesiones y grupos religiosos. Prueba de la relevancia y actualidad de esta perspectiva es la reciente sentencia del Tribunal Supremo avalando que la asociación Pontificia, Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de la Laguna no acepte mujeres de acuerdo con sus Estatutos y en la que el Tribunal determina que prima su potestad de autoorganización[1].

Sin embargo, es posible otra perspectiva desde la consideración de la mujer a través de su imagen y representación en el ámbito religioso concretada simbólicamente en figuras e imágenes religiosas femeninas. Estas encarnan aspectos confesionales concretos y constituyen vínculos materiales y específicos con los miembros de las confesiones, pero también, al igual que ocurre con otros símbolos en determinados espacios y territorios, presentan

[1] STS 925/2021 de 23 de diciembre.

lazos muy fuertes con la sociedad incluso independientemente de la adscripción religiosa. De todo ello resultan rasgos de secularización que tendrán trascendencia jurídica.

El objeto de estudio y reflexión en las siguientes líneas adopta una perspectiva de género al centrarse en figuras religiosas femeninas e indagar, a través de los conflictos y realidades jurídicas en las que son protagonistas, elementos específicos; tomando para ello las referencias más destacadas de la jurisprudencia.

Tres son los ámbitos de análisis de su tratamiento jurídico, el primero el penal, esto es las ofensas a los sentimientos religiosos cuando el objeto de las mismas son figuras y representaciones religiosas femeninas. En segundo lugar, el ámbito mercantil sobre los mecanismos de protección mediante el registro de estas imágenes como marca y en tercer lugar aquellos supuestos en los que las figuras religiosas femeninas tienen reconocimientos y presencia público/institucional.

2. Ofensas a los sentimientos religiosos y actos vandálicos en torno a figuras, imágenes y representaciones religiosas femeninas

En el campo penal las representaciones religiosas femeninas se circunscriben a las referencias a la Virgen María en el ámbito de las ofensas a los sentimientos religiosos y los actos vandálicos. Con una perspectiva de género se indaga qué aspectos específicos presentan y si ponen de manifiesto alguna diferencia significativa, así como si suponen, de ahí la perspectiva de género, una desvalorización o degradación de la imagen de la mujer, de su autonomía y de su percepción social.

Las referencias jurisprudenciales son numerosas por lo que, sin ánimo exhaustivo, se exponen las más relevantes y se exploran las posibles especificidades que presentan desde la perspectiva de lo femenino. Para ello en primer lugar se examina jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y en segundo lugar de los tribunales españoles.

2.1. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Una referencia clásica en materia de ofensas a los sentimientos religiosos y de protección penal de la libertad religiosa la constituye la sentencia del TEDH del caso Otto Preminguer contra Austria[2]. Esta sentencia marca la línea de otras posteriores, como la sentencia Müller c. Suiza[3], que se posicionan a favor de

[2] STEDH de 20 de septiembre de 1994.
[3] STEDH de 24 de mayo de 1988.

los sentimientos religiosos frente a la libertad de expresión o artística con fundamento en los deberes y responsabilidades que el ejercicio de la libertad de expresión implica de acuerdo con el artículo 10.2 del Convenio (Contreras Mazario, 2018). El caso Preminguer Institut comprende el tratamiento que se realiza de una figura religiosa femenina, la Virgen María en un film que se confisca y en el que, entre otros aspectos, se retrata a la Virgen como una casquivana que realiza insinuaciones eróticas al diablo. Se trata por lo tanto de una representación que sexualiza esta figura por completo. El Tribunal consideró que se perseguía un fin lícito con la confiscación de la película, que este podía ser valorado además como necesario en una sociedad democrática y que estaba prevista en derecho. Por ello la sentencia estima que existían razones relevantes y suficientes que justificaban la confiscación en razón de que la libertad de expresión incluye una obligación de evitar, en la mayor medida posible, expresiones que sean gratuitamente ofensivas para otros y que, por tanto, no contribuyen a ninguna forma de debate público capaz de promover el progreso de los asuntos (Contreras Mazario, 2018). En este caso se especificaba que el modo en que las doctrinas puedan ser negadas puede comprometer la responsabilidad del Estado para asegurar la paz y el disfrute de los derechos garantizados en el art. 9 y es que el efecto de los métodos concretos que se utilizan en cada caso y con los que se afecta a una doctrina religiosa puede producir la inhibición para ejercitarla pacíficamente (Roca, 2017).

En el caso Wingrove contra el Reino Unido[4] la figura femenina presente es Santa Teresa de Jesús en un video musical en el que se contienen escenas de contenido sexual explícito entre la santa y el cuerpo de Jesús en la cruz. Los pormenores se refieren a la blasfemia como delito existente en ese momento en Reino Unido y la necesidad de una calificación administrativa positiva para poder comercializar el producto. La sentencia del TEDH considera que la negativa de la autorización administrativa no vulnera la libertad de expresión ni de creación artística con fundamento en el margen de apreciación de los Estados y de acuerdo con la normativa de Reino Unido. De nuevo el TEDH realiza referencias a las responsabilidades que pueden comprender una obligación de evitar expresiones gratuitamente ofensivas para los demás.

Otro caso que tiene en el Tribunal Europeo como protagonista a una figura religiosa femenina, es el resuelto en la sentencia Sekmadienis contra Lituania[5], cuyo interés radica en que se sitúa en el ámbito publicitario que como veremos está también presente en los casos sentenciados por la jurisprudencia española. Se refiere a una campaña publicitaria que utilizó a dos modelos disfrazados de Jesucristo y la Virgen María; y que consistía en tres anuncios mostrados en veinte carteles situados en la vía pública de la ciudad lituana de Vilnius y la web del diseñador, incluyéndose en los anuncios las expresiones «¡Jesús, qué pantalones!» y «¡Querida María, qué vestido!, ¡Jesús y María qué

[4] STEDH de 25 de noviembre de 1996.
[5] STEDH 30 de enero de 2018.

lleváis puesto!». Según la última instancia judicial de Lituania, el uso inapropiado de los símbolos religiosos era lesivo de la moral pública. Sin embargo, para el Tribunal Europeo, los anuncios no eran ofensivos, tenían connotaciones cómicas además de religiosas, y no quedaba suficientemente clara la acusación de atacar a la moral pública por lo que condenó al Estado lituano por violación del artículo 10 del Convenio. Si bien la sentencia no deja de hacer referencia a los deberes y responsabilidades en el ejercicio de la libertad de expresión. El caso responde a una realidad y es que la utilización de las figuras religiosas en publicidad y como estrategia de marketing es común y eficaz, baste la referencia a la repercusión en su momento de las campañas publicitaria realizadas por Benetton, entre las que se encontraba una imagen del Papa besando a un imán y que provocaron la reacción de la Secretaría de Estado del Vaticano y la posterior retirada de la fotografía por la marca.

En la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo se produce una progresiva afirmación de la libertad de expresión respecto de la libertad religiosa, con cierta reducción del margen de apreciación nacional en relación al discurso del odio y las ofensas a los sentimientos religiosos, si bien, siguen vigentes los principios de las sentencias referidas en cuanto a que consideran que el respeto a las creencias religiosas puede ser limite a la libertad de expresión en aquellos casos en los que la forma o estilo de expresión resulta gratuitamente insultante y pretende directamente molestar.

Muestra de esta evolución la sentencia del caso Bouton contra Francia, donde es protagonista la Virgen María como encarnación de la maternidad[6]. Este caso se refiere a la condena por los tribunales franceses de una miembro del movimiento Femen que en la iglesia de la Madelaine en París en 2013 se situó frente al altar en topless con los brazos cruzados y con una corona de espinas y un velo azul a modo de la Virgen María sosteniendo unos pedazos de hígado de buey como símbolo del niño Jesús abortado y en el que el TEDH consideró que con esta manifestación se contribuía al debate público sobre los derechos de las mujeres, concretamente el derecho al aborto, condenando al Estado francés. El caso nos sitúa en una de las temáticas, la del aborto, en las que de modo reiterado dilucidan los tribunales la articulación de la libertad de expresión y la libertad religiosa en el ámbito de las ofensas y el escarnio a las mismas y que tienen como protagonistas, como en esta ocasión, una representación religiosa femenina como la Virgen María.

2.2. Jurisprudencia española

En España los casos que se centran en la iconografía femenina católica son numerosos. De estos aquellos en los que destaca el aspecto publicitario sobre el crítico y el artístico son múltiples. Las reacciones ante el malestar y el recha-

[6] STEDH de 13 de octubre de 2022.

zo que provocan en el entorno social y religioso, en algunos casos, llevan a su retirada por sus autores o responsables. Entre los casos en los que esto ha ocurrido se encuentran por ejemplo el de un cartel promocional de un concierto en Toledo de la cantante Zahara en el festival Toledo Alive, considerando los promotores privados que era lo adecuado su retirada ante el malestar social que se produjo y por parte del Ayuntamiento eliminando también la imagen de su web. Otro caso es en el municipio de Torremolinos donde se modificó en 2017 el cartel de la feria de la Virgen del Carmen ante el malestar manifestado por la Hermandad porque en el mismo se incluía la silueta de la Virgen cabeza abajo. En este caso además se tomaron medidas para el futuro de modo que en el proceso de elaboración de los carteles se ofrecerá participar a las Hermandades y Cofradías entre otros sectores. En otros casos, sin embargo, no se produce dicha retirada pese a las diferentes manifestaciones de rechazo sobre el tratamiento de las imágenes, así en revista *Mongolia* al utilizar a la Virgen del Mar para presentar su Show 2017 en Almería, hecho que provocó el rechazo de la Cofradía titular. En los casos en los que si se produce la retirada está primando el bienestar social por encima de otros como el propiamente publicitario, de provocación o debate y cuando en el caso está presente la participación pública (financiación o difusión) merece una valoración positiva la retirada pues no están sino cumpliendo con la obligación de los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y de la cooperación exigida por la laicidad positiva.

En otros casos la publicidad que se obtiene con la utilización de las figuras femeninas en actos y convocatorias se sitúa además en el ámbito del debate público sobre materias sexuales. Este será el elemento determinante de su tratamiento jurídico de tal modo que se ponen, con carácter general, en relación el hecho de que se trate de temas que generan un debate público y la no/intencionalidad de ofender para valorar la existencia del escarnio. Así el caso del Cartel de la Virgen de los Desamparados, de Endevant, con motivo del día del Orgullo en Valencia. El cartel anunciaba movilizaciones para reivindicar los derechos de este colectivo y respondía también a las declaraciones del arzobispo de Valencia ya que tenía el lema «Contra las normas sagradas, ama como quieras». Fue denunciado por ofensa a los sentimientos religiosos y por delito de odio siendo archivada por el Juzgado de Instrucción número 18 de Valencia y posteriormente ante el recurso por la Audiencia provincial. Otro caso se refiere a la Virgen de Monserrat y a un vídeo realizado en su camarín con motivo del día de la visibilidad lésbica. La nota de la organización responsable del video colgado en yotube dice que profanarán los símbolos y todo lo que representan las veces que haga falta. La fiscalía de Barcelona rechazó la acusación negando que el vídeo suponga escarnio, afrenta, mofa, burla, humillación, ofensa, insulto, injuria o ultraje alguno a los dogmas creencias, ritos o ceremonias de la Iglesia Católica.

Estos casos se sitúan en el contexto jurídico del artículo 525 del Código Penal, que establece la referencia a que el escarnio recaiga sobre dogmas,

creencias, ritos o ceremonias. Estos son elementos perfectamente objetivos, constatables y que tienen referencia concreta en lo femenino como sucede en relación a los dogmas y las creencias sobre la Virgen. La cuestión es si este elemento del tipo es analizado y considerado por la jurisprudencia o si existe un desprecio/ignorancia del mismo en la valoración del delito. Los dogmas marianos son la Inmaculada Concepción, que establece que la Virgen María fue preservada del pecado desde el momento de su concepción de tal modo que nunca se inclinó ante las concupiscencias y que nunca ofendió a Dios, el dogma de la Maternidad Divina se refiere a que la Virgen María es verdadera Madre de Dios; el de la perpetua virginidad que se refiere a que María fue Virgen antes, durante y perpetuamente después del parto; el dogma de la Asunción se refiere a que fue elevada en cuerpo y alma a la gloria celestial. Además, es la Virgen objeto de honra de una manera especial, a la que la Iglesia Católica llama «hiperdulía» que es una veneración mayor a la que se da a los santos del cielo, lo que pone de manifiesto su trascendencia y el carácter fundamental en la doctrina y para los creyentes. Esta breve referencia es suficiente para entender que determinadas expresiones y representaciones inciden directamente en el significado del dogma y lo que representa, así como en lo que la propia figura encarna dentro de estas creencias religiosas.

Podemos observar diferencias de valoración y preguntar si quizá tengan que ver con el carácter femenino o masculino de las figuras en cada caso y/o con una falta de interés en el análisis de este tema que queda opacado al descartarse la presencia de otros elementos del tipo penal. Así en el caso Krahe la sentencia sobre este particular consideró que la conducta pudo referirse a dogmas de la religión católica como la Resurrección, o la Eucaristía[7]. Sin embargo, si hablamos de una figura femenina como la Virgen María encontramos por ejemplo que, en sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla[8], se concreta que «ni la fotografía ni el texto cuestionan directa o indirectamente ningún dogma, creencia [...] de la religión católica, solo utiliza una conocida imagen para escandalizar provocar una polémica [...]. En este caso se absuelve al acusado, anulando la multa que se le impuso por exhibir una imagen de la Virgen María junto a los genitales de un varón por faltar la intención de ofender. En la sentencia el objetivo del escándalo, provocación, esto es la repercusión pública y propagandística constituye por sí solo fundamento para no considerar la referencia a los dogmas y las creencias, cuando la tipicidad se refiere al escarnio que no es sino una burla tenaz sobre los mismos como elemento objetivo del tipo. Concretamente la Audiencia de Sevilla dictaminó que el proceder del joven fue «tan burdo como simplista y carente de cualquier virtud intelectual, pero pese a ello no cuestiona ningún dogma, creencia, rito o ceremonia de la religión católica». Lo cierto es que la

[7] SJP Madrid núm. 8, 235/2012, de 8 de junio.
[8] SAPS, Secc. 4.ª, núm. 353/2004, de 7 de junio.

Audiencia no valora si hay burla sobre los dogmas, sino que entiende que hay una denuncia de la mojigatería de los creyentes:

> «que resulta incuestionable y obvio que no solo los hermanos de la Hermandad se pueden sentir ofendidos e indignados con razón por el artículo y fotografías publicadas, sino también cualquier persona que, incluso sin compartir esas creencias religiosas, conozca las costumbres y sentimientos religiosos de esta ciudad, pero, sin embargo, estima que el autor pretendía hacer notar (aunque por un burdo y poco refinado procedimiento) lo que considera una falta de lógica de aquellos creyentes o devotos de una imagen religiosa que con un sentido pacato o mojigato del cuerpo humano, se sienten molestos porque se asocie el sexo de un hombre a la escultura de una Virgen y, por el contrario, no reaccionan del mismo modo si la Virgen se sustituye por una obra de arte representativa de una mujer como la Monalisa» (FJ 2).

Pero cabe otro análisis y es que los dogmas que se refieren a la Virgen en la doctrina católica sí se afectan con dicha imagen en una comprensión común y ordinaria de los mismos, y por otra parte, la intención de escandalizar o provocar no excluye por sí misma que no existan otras intenciones que concurran cómo puede ser la de burlarse, si bien lo cierto es que la jurisprudencia sigue la línea de interpretación realizada por la Audiencia. El hecho de que el autor tuviese un razonamiento crítico con su acción hacia los creyentes no excluye que además este se realice con desprecio y burla innecesaria, lo que precisamente parece constatarse en lo burdo de la acción. Prueba de que se evita el análisis de estos aspectos es que la sentencia dice:

> «aun cuando admitiéramos que esa composición de imágenes y el texto fuese una afrenta o insulto, además, se exige que el escarnio afecte a dogmas, creencias ritos o ceremonias de una confesión religiosa. Este Tribunal no advierte qué dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica se desprecian con el artículo publicado».

En otros supuestos nos encontramos que las referencias a las figuras religiosas femeninas se producen en actuaciones que se encuadran dentro de la libertad de creación o artística, y entre ellos destaca un caso en el que el malestar y el sentir desde posiciones religiosas es manifestado desde instancias no católicas, lo que pone de relieve que no se trata de una cuestión especifica de unas creencias religiosas, sino que es una cuestión relativa al derecho de libertad religiosa como tal. Se trata de la publicación de un libro de fotografías en 2007 subvencionado por la junta de Extremadura y donde entre otras imágenes se presentaba a la Virgen María con contenidos sexuales y ofensivos, estas imágenes llevaron a que la Alianza evangélica española emitiese un comunicado que resulta de interés por salirse del ámbito católico al

que se refieren la mayoría de los casos y por lo revelador de su contenido. El comunicado sobre la publicación se manifiesta en el siguiente sentido:

> Ante las fotos de «porno religioso». Ante la publicación, por parte de la Editora Regional Extremeña, de dos libros que contenían fotos con imágenes «pornográficas» de Jesucristo y otras figuras del cristianismo queremos expresar como Alianza Evangélica Española lo siguiente:
>
> 1. La mezcla de «porno duro» con el hecho religioso cristiano supone una ofensa grave y una agresión moral al cristianismo en general. Hiere de forma profunda los sentimientos más íntimos y personales de muchos españoles. El protestantismo no tiene iconos ni símbolos religiosos que adore o venere, pero si entendemos que las fotos mencionadas suponen una intolerable falta de respeto por su carácter insultante hacia los cristianos. Es una bofetada [...] respondiendo con el dolor y la indignación que supone el ser tratado como ciudadanos de segunda o tercera categoría. Y lo decimos porque otros colectivos españoles no sufren esta falta de respeto. No nos imaginamos —por ejemplo—una exposición subvencionada con dinero público que ataque a colectivos como el islámico, el gay, o el socialista [...]. ¿No es una forma de discriminación flagrante el que se responda con suma energía ante actos ofensivos contra ciertos colectivos y, en cambio, no se actúe igual cuando el afectado es el colectivo cristiano?
> 2. Agradecemos las disculpas [...]. Pero [...] consideramos que debería ir seguido de medidas políticas con la persona del consejero de Cultura y Patrimonio de la Junta de Extremadura, [...] que además de subvencionar con dinero público el catálogo de las fotos de la exposición escribe el prólogo del mismo. Si este es el concepto de cultura del consejero, creemos que en nada beneficia a la convivencia y que por lo tanto merece la condena no solo moral, sino también política por sus actos.
> 3. Por último, no podemos dejar de condenar una segunda inmoralidad, y es la denuncia del Partido Popular, realizada en un momento preelectoral en 2007 cuando la exposición se produjo en 2003. Finalmente, reivindicamos, como ya hemos hecho públicamente en el pasado, la creación de la figura de un Defensor de la laicidad y la libertad de conciencia que defienda todas las creencias y formas de creer y no creer, de manera que actúe cuando existan situaciones que vulneren y agredan tanto la aconfesionalidad de la actuación pública como la ofensa al sentimiento religioso[9].

[9] https://alianzaevangelica.es/imagenes-blasfemas-y-anticristianas-en-extremadura/, https://protestantedigital.com/espana/19293/imagenes-blasfemas-y-anticristianas-en-extremadura-comunicado-de-la-alianza-evangelica-espanola.

El comunicado pone de manifiesto que lejos de ponerse en el centro los derechos de los ciudadanos y el respeto y promoción de los mismos por parte de los poderes públicos, como servidores públicos, el derecho de libertad religiosa o bien es ignorado o bien es utilizado como arma de confrontación política.

En casos como el descrito ciertamente confluyen diversos elementos como el hecho de que el arte se valora desde un código interpretativo propio que permite la descontextualización de las obras; también el hecho, netamente publicitario que hace que se justifique en ese código propio la trasgresión y que todo ello fundamente la intencionalidad del autor exclusivamente en hacer arte, lo que parece excluir de modo automático, sin otra valoración de las circunstancias, si existe intencionalidad de ofender (Palomino, 2015).

Por último, otros casos constituyen supuestos de vandalismo, si bien algunos de ellos pueden responder a un contexto reivindicativo pues se producen con ocasión de las manifestaciones del 8-M. Así a modo de ejemplo, en 2017 en Sevilla en el templo de San Martín y bajo el retablo cerámico de la Virgen del Buen, Fin titular de la corporación de la Lanzada, se realiza una pintada con el siguiente lema «La Virgen María también abortaría», más recientemente en 2022 arrojan lejía al paso de la procesión de la Virgen de Nuestra Señora del Rosario en Jaén y también a María Santísima de la Hiniesta Dolorosa en Sevilla, derriban y tiran la estatua de la Virgen en Las Rozas, destrozan una imagen de la Virgen en la casa de los Heraldos del Evangelio en Alcores en Sevilla la Nueva y a la Virgen de la Estrella, patrona de los santos de Maimona, Badajoz, le cortan la cabeza y se la llevan. Los actos vandálicos se caracterizan por la dificultad en la identificación de sus autores, por ir unidos en muchos casos a manifestaciones de reproche u oposición a determinadas creencias religiosas, por la falta de investigación sobre los mismos o de resultados en su esclarecimiento y por lo tanto con una falta de sanción penal, así como por la ausencia de reproche público con carácter general.

Una vez realizado este recorrido por el tratamiento de diversas representaciones religiosas femeninas recapitulamos algunos de los elementos de interés. En primer lugar, una valoración desde la jurisprudencia europea donde pese a la evolución constatada en favor de una mayor extensión y preponderancia de la libertad de expresión, se puede todavía decir que se mantiene la vigencia de los principios que protegen a la libertad religiosa frente a expresiones innecesarias y ofensivas que no contribuyen al debate público y que son de tal intensidad que vulneran la libertad religiosa, considerando los deberes y responsabilidades que implica el ejercicio de la libertad de expresión. En segundo lugar, en la jurisprudencia española se constata la falta de casos donde el escarnio de representaciones femeninas religiosas se ha estimado como una vulneración de la libertad religiosa con reproche penal. Se observa que sobre los elementos del tipo no se analizan algunos aspectos, ni siquiera se consideran, sino que se centran en la intencionalidad del autor/res, elemento subjetivo del tipo, entendida de modo aislado y puramente declarativo, es decir no se realiza un análi-

sis contextualizado de todos los elementos del tipo, sino que de modo automático y desde la subjetividad (no contrastable) se califica la conducta en lo que puede considerarse un vaciamiento de efectividad y de operatividad práctica del delito de escarnio. En tercer lugar, sobre las representaciones artísticas y su subvención pública no puede obviarse que los poderes públicos se encuentran vinculados por la laicidad positiva y que aquellas actuaciones que sin ser claramente reprochables penalmente sin embargo, no tienen en consideración la afectación de las creencias religiosas de la sociedad española, esto es la repercusión social, están incumpliendo el mandato constitucional, del mismo modo que si se rompiese con actuaciones que quebrasen la neutralidad. El hecho de que las que sean afectadas sean las representaciones religiosas femeninas ligadas a las creencias mayoritarias, las católicas y cristianas en general, no excluye esta obligación de los poderes públicos. Se trata de que, en un sistema de laicidad positiva, se debe valorar la diversidad y el pluralismo, así como el valor central de la dignidad de la persona lo que supone crear un clima social de respeto y valoración de las opciones diversas en la sociedad.

Por último, los actos de vandalismo deben ser valorados en su conjunto por lo que tienen de reveladores y por lo tanto muestran respecto del clima social. En este sentido es oportuno referirse a los datos proporcionados por el centro de investigación Pew Reserch en su informe sobre las restricciones religiosas en todo el mundo publicado en 2021 en el que España tiene un índice de hostilidades sociales alto; el informe permite ver la evolución de 2007 a 2019 en el que el aumento resulta llamativo en este valor de las hostilidades sociales.

3. El registro en la oficina de Marcas y patentes como protección de las representaciones religiosas femeninas

Uno de los ámbitos en los que mayor presencia y relevancia tienen las representaciones religiosas femeninas es el de las Hermandades y Cofradías, con especial intensidad en Andalucía, a través de las Vírgenes titulares de las mismas y la conflictividad jurídica provocada por su uso no religioso, especialmente en aquellos casos en que puede entenderse como ofensivo. Este tipo de situaciones ha hecho que las Hermandades y Cofradías procedan a su registro en la Oficina Española de Patentes y Marcas para evitar su uso mercantil o con una finalidad económica pero también buscando obtener el efecto que evite de modo eficaz que se utilicen de manera ofensiva, hiriente o denigratoria.

La protección utilizada presenta dos vías penales la del artículo 270 que se refiere a los derechos de propiedad intelectual y la protección del artículo 274. En el uso de este mecanismo como vía de protección fue pionera la actuación de la Hermandad de la Macarena, afectada por algunas actuaciones sobre la imagen de la Virgen que se encuadran en el ámbito de lo expuesto. La Hermandad tiene registrada cómo marca la imagen de la Virgen de frente y de perfil, de modo que cuando en 2014 la revista Mongolia para su presen-

tación en Sevilla y para promocionar un espectáculo de la misma la utilizó, ante el requerimiento de la Hermandad, tuvo que eliminarla de su página web; si bien lo que hizo fue sustituirla por una silueta que evoca una Virgen. También por esta vía la Hermandad consiguió que la empresa Blasphemia T-Shirts tuviese que retirar dos de sus productos, unas camisetas en las que aparecía Madonna tendida en la cama, en ropa interior y con la cara de la Virgen de la Macarena, y otra denominada Macarena Hepburn con el cuerpo de la actriz Audrey Hepburn en la película Desayuno con diamantes. También en el ámbito de los productos textiles la Hermandad del Gran Poder consiguió que no saliera al mercado una línea de ropa interior con el nombre del Gran Poder. En otro caso, referido al videojuego *Matanza cofrade,* la Hermandad de la Macarena y del Gran Poder y San Bernardo denunciaron a su autor por delito contra la propiedad intelectual e industrial y por ofensa a los sentimientos religiosos (Meléndez-Valdés, 2020).

4. Reconocimientos públicos a figuras religiosas femeninas: secularización, neutralidad e igualdad

Los reconocimientos de carácter público a representaciones/figuras religiosas femeninas constituyen una cara diferente a la anteriormente expuesta en su trascendencia jurídica y social. Se trata de reconocimientos, honores y patronazgos muy numerosos que se otorgan a la Virgen (en sus diferentes advocaciones) reflejando una realidad histórica, cultural y social, que ha supuesto que se planteen interrogantes jurídicos en relación a la libertad religiosa, la igualdad y la neutralidad de las instituciones y poderes públicos.

La presencia de las figuras religiosas Marianas está extendida en la cultura y en la realidad española, y territorialmente la existencia de este tipo de reconocimientos tiene una presencia, por el arraigo histórico y social, innegable en el ámbito andaluz. La cuestión que se ha planteado jurídicamente es si estos reconocimientos y la presencia pública rompería la neutralidad en su calidad de símbolo religioso.

Son varios los supuestos en los que esto ha sucedido en relación a una posible incompatibilidad de los honores, reconocimientos, títulos, presencia en escudos y lemas de instituciones públicas, con principios y derechos constitucionales. Por ello el TC se ha pronunciado sobre la materia en diversas sentencias. Así en 1991 el tribunal sentencia sobre la presencia de la imagen de la Virgen de la Sapiencia en el escudo de la Universidad de Valencia, resolviendo su compatibilidad con la aconfesionalidad[10].

Siguiendo un orden cronológico es de interés que en 2007 dos guardias civiles presentaron una denuncia por la presencia en el cuartel de Almodóvar del Río (Córdoba) de una imagen de la Virgen del Pilar. Entendían estos que

[10] STC 130/1991, de 6 de junio.

la misma afectaba a la libertad religiosa en cuanto a su libertad religiosa negativa y en relación a la debida neutralidad de un espacio público como el cuartel de la Guardia Civil. Fue resuelto en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía[11] que rechaza la pretensión de la retirada de la imagen. El núcleo de su razonamiento se encuentra en el fundamento jurídico cuarto que hace referencia a la institucionalización de la Virgen del Pilar por su reconocimiento como patrona de la guardia civil:

> «en realidad trasciende el ámbito de lo puramente religioso para adquirir otra dimensión que es más histórica que otra cosa. O dicho de otro modo lo que hay es una tradición histórica que supone que la aceptación del empleo del icono mariano no se haga por razones de profesión de culto, situándose en un plano donde juegan otros referentes simbólicos y emocionales que no tienen por qué conectar con el hecho religioso en sí mismo considerado, de la misma forma que, por ejemplo, el miembro de la Magistratura española que recibe la más alta condecoración reservada a los miembros de la comunidad jurídica no interpreta la concesión como el referendo personal de la santidad de quien da nombre a la misma, ni la denominación de los centros hospitalarios más importantes de la provincia de Sevilla con referencias marianas supone que los poderes públicos estén colocando el establecimiento hospitalario bajo la protección de la Virgen».

Para el tribunal es un símbolo que en principio es religioso pero que con el tiempo y la realidad histórica ha pasado a tener otro significado en el caso de la institución de la Guardia Civil.

Sobre la afectación de la libertad religiosa negativa y el posible adoctrinamiento el fundamento jurídico dice

> «apreciamos que la eficacia motivacional que pudiera derivarse de la presencia de la Virgen en las recientes dependencias de la Guardia Civil es débil [...] resulta difícil aceptar que los miembros del Instituto Armado lo juzguen como un enclave confesional [...] cabría hablar de un símbolo sin mensaje, de igual modo que la sentencia de esta Sala de 25 de abril de 2006».

Otro de los casos sobre los que se ha pronunciado el TC se refiere a un patronazgo, concretamente el de la Santísima Virgen María del Colegio de Abogados de Sevilla[12]. Este se plantea por haber aprobado la Junta General Extraordinaria del Colegio de Abogados de Sevilla en 2004 unos nuevos Estatutos, declarados conforme con la legalidad mediante Orden del Consejero de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía. Un abogado, miembro del Colegio interpuso recurso contencioso-administrativo contra la

[11] STJA, 272/2011.
[12] STC 34/2011, de 28 de marzo de 2011.

Orden por considerar que el artículo 2.3 de estos Estatutos, que establecía en su párrafo tercero que «El Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla es aconfesional, si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada», era lesivo de los artículos 14 y 16.1 y 3 CE; y cuya disposición transitoria tercera estimaba contraria a los artículos 49.2 y 75 del Estatuto General de la Abogacía Española. Concretamente se vulneraria, según el demandante, el derecho a la libertad religiosa en su vertiente objetiva (art. 16.3 CE) al designar como Patrona a una divinidad de una concreta confesión, quebrando así la neutralidad ideológica constitucionalmente exigida al Colegio de Abogados. Esta neutralidad además a su entender no se salva si no que constituye prueba de lo contrario precisamente porque el colegio tiene que aclarar ante este patronazgo la aconfesionalidad del mismo. También argumenta el recurrente vulneración del derecho a la libertad ideológica en su vertiente subjetiva (art. 16.1 CE) pues al ser miembro del Colegio de Abogados de Sevilla considera que debe cumplir las obligaciones estatutariamente previstas, entre las que figura la de tener como Patrona a la «Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada» y que su designación como Patrona supone la imploración de su protección y el sometimiento a la misma. Otro de los elementos del recurso es la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) al primar las creencias religiosas de un determinado grupo.

El TC en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia reconoce que los entes e instituciones adoptan signos de identidad entre los que se encuentran los patronazgos, y citando su jurisprudencia entiende que no puede desconocerse que la materia sensible del símbolo trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa considerando que los símbolos se enriquecen por el trascurso del tiempo y que acumulan una carga histórica de la comunidad con un conjunto de significaciones, con una función integradora y, que contribuyen a la conciencia comunitaria, que provocan respuestas socioemocionales, de tal modo que adquieren una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas. Para el tribunal no puede ignorarse, sino que hay que considerar que los símbolos representativos de los entes territoriales tienen elementos de una religión que como mayoritaria ha estado presente en la historia y la cultura de una sociedad, recordando que por ello símbolos y atributos propios del cristianismo figuran insertos en escudos, en los nombres de municipios y de instituciones públicas, en festividades y en conmemoraciones. Además, para el TC, hay que tener en cuenta que la presencia de simbología religiosa en instituciones y su interpretación se corresponde con el criterio social y no con el individual o subjetivo y ello teniendo en cuenta el proceso de secularización de los símbolos religiosos en nuestra sociedad actual. Por ello dice:

> «fácilmente se comprende que cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no

cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adherencia a postulados religiosos»[13].

Específicamente tiene trascendencia el hecho de que los estatutos establezcan que es «por secular tradición» lo que determina la finalidad de la norma que es conservar una de las señas de identidad del Colegio.

De todo ello deduce que del significado actual de un símbolo de origen religioso no puede inferirse directamente que afecte a la neutralidad religiosa debida de los poderes públicos, sino que precisamente lo que hay que dilucidar en cada caso es si domina en el símbolo su significación religiosa en un grado que suponga una adhesión religiosa y es que considera que la valoración social del símbolo es la que debe prevalecer y no la individual y subjetiva, y que lo que se ha de considerar no es el origen sino su percepción actual pues estamos en una sociedad en la que se ha producido un proceso de secularización que ha hecho que muchos símbolos sean predominantemente culturales aunque opere el significado religioso para los creyentes.

En relación a la vertiente subjetiva de la libertad religiosa destaca que los elementos estáticos no resultan idóneos en la sociedad actual para tener incidencia en esta esfera de la libertad religiosa, que si resultase afectada si el sujeto se viera obligado a participar en actos en honor de la Patrona. Y por último respecto a la igualdad al no apreciarse menoscabo de la igualdad ni de la dimensión subjetiva de la libertad religiosa decae la reclamación de dicho aspecto.

Otros dos casos recientes en el ámbito andaluz ponen de manifiesto una visión, al plantearlos, que no coincide con la interpretación establecida por el TC y que no tienen en cuenta su significado secularizado ni su falta de carácter adoctrinador. Así se pone de relieve en las manifestaciones en contra de la inclusión como parte de su remodelación en 2021 en el hospital público Virgen Macarena de Sevilla de un mural que reproduce distintas representaciones de la Virgen Macarena realizadas por artistas sevillanos. El mural responde a la propia denominación del hospital y a una obra de arte del siglo XVII vista por diferentes artistas de relieve en Sevilla. Es decir que además del significado religioso está presente el significado secularizado y un valor artístico y cultural. El segundo se refiere al municipio de Andújar que en septiembre de 2022 inicia la tramitación para incorporar a la ciudad el título de «Muy Mariana». Los argumentos aducidos para esta iniciativa por el ayuntamiento se fundamentan en la historia de Andújar y en el arraigo en su sociedad con independencia de las creencias, superando lo meramente religioso y espiritual. La Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y el Consejo Evangélico Andaluz han solicitado al ayuntamiento que se paralice el expediente de registro e inscripción de este lema ya que ‹la adopción de este título vulneraría la neutralidad y aconfesionalidad debida del ayuntamiento de Andújar, y con ello vulneraría los principios de igualdad, libertad religiosa y

[13] STC 34/2011de 28 de marzo de 2011, FJ4.

no discriminación de sus ciudadanos no católicos. Concretamente se refieren a la Ley 6/2003, de 9 de octubre de Símbolos, Tratamiento y Registro de las Entidades locales de Andalucía que es la que regula la materia. La norma se refiere en el artículo 3 a los símbolos tanto gráficos, vexilológicos, sonoros y los de expresiones verbales como a los lemas y prohíbe en su artículo 9 los contrarios a los principios constitucionales y derechos fundamentales. Esta norma responde a la idea del legislador de que lo importante de los símbolos municipales es la identificación de los ciudadanos con su contenido siendo que la competencia autonómica queda reducida al control de legalidad. Se recoge además en el caso andaluz un sistema de protección de los símbolos con infracciones y sanciones al no tener protección en el código penal.

Para la entidad evangélica se produciría con este lema una vulneración de los principios constitucionales o la lesión de derechos fundamentales pese a que la propuesta tiene un fundamento en la influencia histórica, cultural, social y religiosa de la devoción de la Virgen de la Cabeza durante siglos, pero entienden que la Virgen María es un símbolo en el que domina la significación religiosa, de tal forma que con la adopción del título Muy Mariana se puede inferir razonablemente la adhesión del ayuntamiento a los postulados religiosos que el símbolo representa y que según los criterios establecidos por el TC (STC 94/1985) vulneraria la neutralidad y la aconfesionalidad y los principios de igualdad, libertad religiosa y no discriminación de sus ciudadanos no católicos[14]. Consideran los firmantes que esta inscripción no podrá prosperar y que debería rechazarse en el control de legalidad de la Junta de Andalucía. Lo cierto es que no es la única ciudad andaluza con el lema de Mariana ya que la capital hispalense cuenta con el mismo (otorgado el día 22 de noviembre de 1946) con la inclusión de este título en el escudo de armas de la ciudad sin que se haya cuestionado la presencia de este lema en ningún momento.

Los símbolos de las entidades territoriales tienen una función integradora y un valor político y jurídico, son expresión exterior de la peculiaridad de la comunidad y lo cierto es que también contribuyen a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria (Recuerda Girela, 2009). Esta consideración sustenta el que en la creación de símbolos municipales hay una vinculación, que es general, a acontecimientos históricos significativos, si bien en la normativa de las comunidades autónomas también se recogen otros motivos. Todo ello explica y es coherente con la anterior referencia al carácter histórico y social de los símbolos religiosos y su presencia institucional reconocida y avalada por la jurisprudencia del TC.

Otra manera en la que figuras religiosas femeninas tienen presencia social es a través de las festividades religiosas y también en estos casos y respecto a la misma se plantea si su reconocimiento vulnera la neutralidad e incurre en discriminación y desigualdad respecto a las festividades de diversas creen-

[14] https://www.actualidadevangelica.es/index.php?option=com_content&view=article&id=14488:2022-10-05-09-34-38&catid=42:ferede&jjj=1665574624806#NdR.

cias religiosas. Las festividades reconocidas en el calendario nacional, como tales, referidas a figuras religiosas femeninas son las de la Asunción de la Virgen el 12 de octubre y la Inmaculada Concepción el 8 de diciembre[15], multiplicándose cuando nos referimos al ámbito local y estando también presentes en el calendario europeo que reconoce como festividades la Ascensión en mayo y la Asunción en agosto[16].

Sobre la materia, en concreto sobre el descanso semanal en domingo, se pronunció el TC con el argumento de que el hecho de que:

> «el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso [...] que el descanso semanal es una institución secular y laboral [...]. Esta secularización —no podía ser de otro modo, dada la aconfesionalidad que proclama el artículo 16 de la Constitución— se mantiene en el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores»[17].

Por tanto, se trata de una institución la del descanso semanal en domingo secularizada. Del mismo modo puede atribuirse a festividades y celebraciones con tradición, historia y arraigo social en diversos ámbitos territoriales de acuerdo con su propia historia una significación secularizada. En relación al reconocimiento de festividades entra en juego el artículo 3 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Santa Sede que establece que de común acuerdo se determinará que otras festividades religiosas son reconocidas como días festivos. En los acuerdos con las confesiones minoritarias no existe un artículo paralelo si no que, en el Acuerdo con la Comisión Islámica de España, así como en el Acuerdo con la Federación de Comunidades judías en sus artículos 12 respectivamente se establece que puede por acuerdo de las partes determinarse otro descanso laboral semanal en sustitución del artículo 37.1 del Estatuto o acomodar la jornada laboral al rezo colectivo obligatorio y al mes de ayuno en el caso de los musulmanes; pudiéndose también sustituir las festividades establecidas con carácter general en el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores por las propias religiosas detalladas en los Acuerdos, siempre que medie acuerdo entre las partes. En el caso del Acuerdo con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas (art. 12) cuando su día preceptivo de descanso sea el sábado podrá también establecerse por acuerdo de las partes en sustitución del establecido en el artículo 37.1 del Estatuto de los trabajadores, sin referencias en este acuerdo a las festividades. Aunque no existe, por lo tanto, un reconocimiento de acuerdo para la fijación de festivi-

---

[15] Resolución de 7 de octubre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2023.

[16] Decisión de la Comisión de 11 de enero de 2021 sobre los días festivos de 2022 para los funcionarios y otros agentes de la Unión Europea destinados en Bruselas y en Luxemburgo.

[17] STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 4.

dades religiosas similar al de la Iglesia Católica, lo cierto es que como en otros temas se ha iniciado el mismo tipo de cooperación como revela el hecho de que se han reconocido como festivos la fiesta del sacrificio en el calendario de Ceuta y Melilla desde 2010 y en el calendario de festivos establecidos para 2022 las fiestas del sacrificio y del Aid El Fitr. Cabe realizar una reflexión sobre esto y es que en relación a las mismas no puede hablarse de la presencia de elementos históricos o de secularización, sino que su significado es plenamente religioso y su reconocimiento se encuadra en la conveniencia e interés social, en el acomodo razonable y en la cooperación de los poderes públicos con las confesiones religiosas.

Por su parte FEREDE también planteó mediante negociaciones con el Ministerio de Justicia que, el 31 de octubre, fecha exacta en la que la Reforma Protestante cumplía 500 años, fuera día festivo y que pasase a convertirse en el Día de la Reforma; esta petición además se reflejó en una pregunta por el senador de Compromís Mulet sobre la petición siendo respondido por el gobierno en el sentido de que para las festividades es necesario contar con un consenso social y que en las celebraciones existentes hay elementos no estrictamente religiosos sino económicos o sociales que hay que considerar, refiriéndose además al reconocimiento de festividades propias del Islam en Ceuta y Melilla[18]. Lo que muestra la existencia de esta petición es que la aspiración del resto de confesiones es a una situación similar a la de la Iglesia Católica también en esta materia sobre el reconocimiento de festividades religiosas (Fernández-Coronado, 1995).

5. Laicidad y secularización como claves para el tratamiento jurídico de las representaciones religiosas femeninas

El recorrido realizado sobre los distintos casos y aspectos en los que hay una relevancia jurídica de las representaciones y figuras religiosas femeninas muestra como están implicados aspectos fundamentales de la libertad religiosa y revela algunas cuestiones propias de la perspectiva de género.

Se constata la centralidad de las representaciones religiosas de la Virgen María y que esta importancia está vinculada de modo directo a la historia y las celebraciones populares de los diversos territorios, es decir que su trascendencia en los diferentes aspectos analizados va de la mano con su presencia social y el vínculo que los ciudadanos tienen con estas figuras. Revelan los casos expuestos que estos comprenden cuestiones que conectan jurídicamente con el artículo 16.3 de la Constitución y su interpretación, también que las representaciones religiosas femeninas en lo que se recoge en la jurisprudencia tienen un valor identitario, social e institucional que va más allá de lo religio-

[18] https://protestantedigital.com/espana/46213/el-calendario-de-festivos-en-espana-sigue-sujeto-al-vaticano.

so, esto es secularizado. Se trata de un aspecto positivo pues supone la presencia de imágenes de la mujer en la sociedad y la cultura con fuertes vínculos con los ciudadanos y con relevancia jurídica que se traduce en su presencia y reconocimiento público de diversos modos. Desde una perspectiva de género por un lado supone una presencia de lo femenino, histórica, cultural y social que permanece a través de estas representaciones religiosas y que jurídicamente no vulnera la neutralidad ni la igualdad de acuerdo con la jurisprudencia; por otro lado se puede observar que la utilización de representaciones e imágenes femeninas religiosas no escapan a la utilización sexual de la imagen de la mujer, lo que podría llevar a reflexionar sobre qué trasmiten y en qué medida enriquecen el debate público o lo degradan, cuestionando la participación de instancias públicas en estos usos.

La idea de laicidad positiva que establece el texto constitucional quizás debería llevar a abogar para que desde un planteamiento constructivo de la libertad religiosa y de las cuestiones de género, desde instancias e instituciones públicas no se fomente, subvencionen o apoyen aquellas actuaciones que incidan en la mera sexualización de la mujer también cuando esta tiene lugar a través de representaciones religiosas de la misma y además son causa de rechazo social.

BIBLIOGRAFÍA

Contreras Mazarío, J. M. (2018). Libertad de expresión, libertad de conciencia y medios de comunicación: análisis jurisprudencia. En Ballesteros Sastre, B. y Sánchez Gómez, R., *Proceso penal, presunción de inocencia y medios de comunicación*. Aranzadi.

Fernández-Coronado González, A. (2014). *Libertad de conciencia, laicidad y derecho* en homenaje al profesor doctor Llamazares Fernández, D., Fernández-Coronado González, A., Daniel Pelayo Olmedo, J., Pérez Álvarez, S., Rodríguez Moya A., Suárez Pertierra, G. (coord.) (pp. 87-106). Civitas.

Meléndez-Valdés, M. (2020). Aproximación jurídica al ejercicio y protección de la libertad religiosa en entornos digitales. En *El derecho de libertad religiosa en el entorno digital* (pp. 417-427). Actas del IX Simposio Internacional de Derecho Concordatario. Comares.

Palomino, R. (2015). ¿En el arte vale todo? ¿Puede el Estado apoyar sacrilegios?, *Actuall,* 24 de noviembre de 2015. https://www.actuall.com/criterio/laicismo/en-el-arte-vale-todo-puede-el-estado-apoyar-sacrilegios/.

Recuerda Girela, M. A. (2009). Los símbolos municipales como signos jurídicos: De la tradición a la innovación. *Revista española de Derecho Administrativo, 144,* 705-733.

Roca, M. J. (2017). Impacto de la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH sobre libertad religiosa. *Revista Española de Derecho Constitucional, 110,* 253-281. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.09.

09 LA DESCONEXIÓN CON LA REALIDAD DEL ARTE Y DISCURSO DEL ODIO[1]

Igor Minteguia Arregui.
Profesor Agregado Doctor.
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

Introducción.
1. La Libertad de creación y producción artística en la Constitución de 1978.
   1.1. Elementos básicos de la libertad de producción y creación artística y literaria.
      1.1.1. Titularidad.
      1.1.2. Objeto.
      1.1.3. Contenido.
   1.2. La vertiente objetiva de la libertad de producción y creación artística y literaria: el derecho al acceso a la cultura.
   1.3. Las especificidades de la obra artística.
      1.3.1. La obra artística como manifestación de la identidad del autor.
      1.3.2. El carácter subversivo e irreverente del arte.
      1.3.3. Arte y desconexión con la realidad.
2. Desconexión con la realidad y delitos de odio: el caso David Suárez.
   2.1. Antecedentes de hecho.
   2.2. El delito de odio del artículo 510.2.*a*).
   2.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid.
   2.4. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
3. Síntesis conclusiva.

Introducción

La Constitución de 1978 introdujo un derecho fundamental inédito hasta ese momento en la historia de nuestro constitucionalismo al reconocer, entre las libertades del ámbito de la comunicación, la libertad de producción y creación artística y literaria (art. 20.1.*b* CE).

Las obras artísticas tienen unas características especiales que las diferencian de otro tipo de contenidos intelectuales. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales no han tenido en consideración, en líneas generales, estas espe-

[1] Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+I del Ministerio de Ciencia e Innovación «Delitos de odio en España: retos pendientes» *(Hate crimes in Spain: pending challenges)* (PID2020-115320GB-100).

cificidades al conocer conflictos entre la libertad artística y otros bienes que merecen protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Recientemente hemos conocido una decisión judicial que, excepcionalmente, ha tomado en cuenta los códigos específicos de la creación artística en relación, concretamente en este supuesto, a la innecesaria conexión con la realidad de las obras de este ámbito. Nos referimos a la sentencia de la sección 29.ª de lo penal de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 656/2021, de 9 de diciembre[2].

En esta resolución se conoce el caso del humorista David Suárez, procesado por la comisión de un supuesto delito de odio del artículo 510.2.*a*) por motivo de un chiste publicado en *twitter* y que tenía como protagonista a una chica con síndrome de Down. Entre otros argumentos expuestos por este órgano jurisdiccional para absolver al humorista, se pone de relieve que el chiste constituye «una obra de ficción» que no pretende «reproducir ni reflejar la realidad», motivo por el que se considera que no debe ser valorada jurídicamente desde los parámetros utilizados para los mensajes difundidos en el debate público en ejercicio de la libertad de expresión en general.

1. La Libertad de creación y producción artística en la Constitución de 1978

El artículo 20 del vigente texto constitucional reconoce los distintos derechos fundamentales relacionados con el ámbito de la comunicación. Entre ellos, y como novedad aportada por el constituyente de 1978, se garantiza en la letra *b*) del primer párrafo de este precepto la libertad de producción y creación artística y literaria.

El específico reconocimiento constitucional de la libertad artística no se ha correspondido por parte del Tribunal Constitucional con un interés en la profundización de la definición de los elementos distintivos de este derecho fundamental. Así, el máximo intérprete de nuestra Constitución se ha limitado a afirmar, en líneas generales, que la libertad de producción y creación artística es una modalidad concreta del derecho de libertad de expresión que se significa por el soporte utilizado para la difusión del mensaje[3].

Profundizando en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el único elemento distintivo del soporte artística y literario destacado en las sentencias de este tribunal ha sido la de su no supeditación al requisito de la veracidad

---

[2] Esta absolución fue confirmada posteriormente por la sala de lo civil y de lo penal (sección 1.ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia núm. 89/2022, de 8 de marzo.

[3] STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5: «El derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el apartado *b*) del mencionado precepto constitucional, no es sino una concreción del derecho —también reconocido y protegido en el apartado *a*) del mismo— a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones». En esta línea, también, la STC 43/2004, de 23 de marzo (FJ 5).

establecido para el derecho de libertad de información, entendiendo que el arte y la literatura no tienen por qué estar sujetos a la realidad[4].

En la doctrina española tampoco ha habido un excesivo interés en el análisis de este precepto. Ha sido el derecho privado el ámbito al que se han circunscrito buena parte de las aportaciones con respecto al estudio de la libertad de producción y creación artística y literaria, encuadradas, en su mayoría, en la discusión sobre la protección constitucional de los derechos de autor, sobre todo, con respecto a los denominados derechos morales del creador[5].

1.1. Elementos básicos de la libertad de producción y creación artística y literaria

Antes de analizar las especificidades concretas de este derecho fundamental de libertad de producción y creación artístico y literario, voy a realizar un sucinto examen de sus elementos básicos[6].

1.1.1. *Titularidad*

Tal y como ocurre con la libertad de expresión, cualquier persona puede ser potencialmente titular de la libertad de producción artística y literaria, aunque, en la praxis, únicamente aquellas personas que efectivamente lleven a cabo una labor creativa serán los que la ejerciten.

1.1.2. *Objeto*

Para definir el objeto de este derecho fundamental, considero necesaria la remisión a la Ley de Propiedad Intelectual[7]. Hay que admitir que no existe una correspondencia absoluta entre la libertad de producción y creación artística y el derecho de propiedad intelectual, pero ambos derechos comparten

---

[4] STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 5: «En el presente supuesto el carácter literario de la obra en la que se inserta el pasaje litigioso está fuera de toda duda. Aunque en la misma se hace referencia a personajes, lugares y hechos reales, el género novelístico de la obra y el hecho de no tratarse de unas memorias impiden desconocer su carácter ficticio y, con ello, trasladar a este ámbito las exigencias de veracidad propias de la transmisión de hechos y, por tanto, de la libertad de información. Es más, la propia libertad de creación literaria ampara dicha desconexión con la realidad, así como su transformación para dar lugar a un universo de ficción nuevo».

[5] La bibliografía sobre esta cuestión es amplia, pero realizan una síntesis de las diferentes posturas y de los argumentos utilizados, entre otros, Plaza Penades (1997) y Pizarro Moreno (2012).

[6] Para un análisis completo sobre los características y especificidades de este derecho fundamental, véase, Minteguia Arregui (2006).

[7] Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (*BOE,* núm. 97, de 22 de abril de 1996).

parcialmente el objeto sobre el que se proyectan, las creaciones intelectuales. Quedarían al margen del derecho fundamental recogido en el artículo 20.1.*b*) de la Constitución los trabajos técnicos y científicos.

De esta forma, en el artículo 10 de esta norma se afirma que son objeto del derecho de propiedad intelectual (y, a mi entender, también del derecho fundamental de producción y creación artística y literaria), «todas las creaciones originales literarias, artísticas [...] expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro».

Posteriormente, este precepto menciona una serie de trabajos que se deben incluir en el ámbito de esta ley. Entre los mismos, quedarían fuera de la tutela del derecho fundamental de libertad de producción y creación artística y literaria las creaciones técnicas, los trabajos patentables o las obras científicas. Estos trabajos quedarían englobados en el marco del derecho de libertad de creación y producción científica y técnica, también reconocido en el artículo 20.1.*b*) de la Constitución Española.

La definición del concepto de arte y de literatura es una cuestión abierta al debate. En mi caso, considero necesario realizar una interpretación extensiva que incluya en su seno a todas aquellas manifestaciones en las que se pueda reconocer una creación estética y que sean el resultado del esfuerzo y potencial creador del autor, al margen del hipotético valor artístico del resultado de esta labor[8]. En cuanto al concepto de obra literaria, la única diferencia residiría en el código de exteriorización utilizado.

Cabe mencionar que las obras artísticas y literarias son, como en el caso del objeto de la libertad de expresión en general (opiniones, pensamientos, creencias, etc.), ajenas a los requisitos de veracidad y de contrastabilidad inherentes al ejercicio de la libertad de información.

Para finalizar con el objeto de este derecho fundamental, hay que poner de relieve que en este caso existe un requisito específico que éste debe de cumplir. Me refiero al de la originalidad de la obra artística o literaria. Sobre esta condición, considero que se debe realizar una interpretación amplia que entienda por original cualquier creación que exprese una aportación del autor, bien en cuanto a las ideas contenidas, bien con relación a la forma de manifestarlas en la obra. Esta definición alcanzaría también a aquellas ejecuciones de obras ajenas en cuanto suponen una aportación del interprete sobre una creación ajena.

---

[8] En los artículos 10 y 11 de la Ley de Propiedad Intelectual se citan una serie de trabajos de los cuales considero que buena parte quedarían subsumidos en el artículo 20.1.*b*) de la Constitución española, como los libros, composiciones musicales, con o sin letra, obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales; obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales; esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas, obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; traducciones y adaptaciones, arreglos musicales; transformaciones de una obra literaria o artística y un largo etcétera.

1.1.3. *Contenido*

En relación con el contenido de la libertad de producción y creación artística y literaria, este derecho fundamental comparte con el resto de las libertades recogidas en el artículo 20 del texto constitucional una base común: amparar el proceso comunicativo entre el emisor y el receptor. En este sentido, afirma Gálvez Montes (1985, 398-399) todos los derechos reconocidos en el artículo 20 consagran «el derecho a la creación, emisión y recepción de productos intelectuales».

Adaptando este mínimo común denominador al ámbito artístico, se protegería no solo el desarrollo de la labor creativa del autor, sino, también, la libre difusión de la obra artística tal y como fue concebida.

En la fase creativa, este derecho fundamental garantiza, frente a cualquier intromisión por parte de terceros, tanto la libertad de elección del tema como de la forma en la que se pretende exteriorizar. Este contenido estaría íntimamente relacionado con la prohibición de la censura previa que se establece en el segundo párrafo del artículo 20 con respecto al ejercicio de todos los derechos recogidos en este precepto[9].

Una vez la obra es finalizada, la libertad de producción y creación artística también alcanza a amparar la libre divulgación de ésta, tal y como se concibió, en la forma que decida su autor. Esto incluiría la protección de la integridad del trabajo ante cualquier alteración, deformación, modificación o atentado.

1.2. La vertiente objetiva de la libertad de producción y creación artística y literaria: el derecho al acceso a la cultura

Tal y como ocurre con las libertades de expresión y de información, la libertad de producción y creación artística y literaria trasciende del concepto de derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que los derechos de libertad de expresión y de información además de ser derechos fundamentales, tienen una vertiente institucional por ser instrumentales para garantizar la opinión pública libre, elemento imprescindible del pluralismo político en un Estado democrático[10]. Esta concepción es trasla-

---

[9] Así lo subraya la STC 51/2008, de 14 de abril, con respecto a la libertad de producción y creación literaria, manifestando que «el objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares» (FJ 5).

[10] En este sentido, por ejemplo, las STC 6/1981, de 16 de marzo; 32/1981, de 28 de julio; 104/1986, de 17 de julio; 159/1986, de 16 de diciembre; 165/1987, de 27 de octubre; 6/1988, de 21 de enero; 107/1988, de 8 de junio, y 51/1998, de 22 de febrero.

dable al derecho fundamental objeto de este trabajo, ya que las obras artísticas y literarias pueden constituirse en soporte para la divulgación de las convicciones del autor. El elemento estético sería utilizado como plataforma para este proceso.

Esta vertiente institucional dota a estos derechos del ámbito de las libertades de expresión y de información de una tutela reforzada, al menos cuando en su ejercicio práctico se constate su carácter instrumental para la consecución de estos fines. En este sentido, el Tribunal Constitucional requiere que los mensajes objeto del ejercicio de estos derechos fundamentales obtengan una relevancia pública y las expresiones empleadas en estos sean adecuadas, es decir, sean lo más respetuosas posible y no supongan una lesión gratuita de otros bienes jurídicos[11].

Este carácter instrumental o institucional de la libertad de producción y creación artística y literaria no se limitaría a la expuesto en el párrafo anterior. Este derecho fundamental es, además, una herramienta esencial para garantizar el acceso de los ciudadanos a la cultura, que debe ser promovido y tutelado por los poderes públicos, según manifiesta el artículo 44 de la Constitución española[12]. A esto habría que añadir lo recogido en el artículo 9.2 del texto constitucional, donde se establece que los poderes públicos deberán facilitar la participación de la ciudadanía en la vida cultural.

En líneas generales, en el caso específico del arte y de la literatura, esta vertiente objetiva ha sido subestimada e, incluso, ignorada.

Tal y como pone de relieve Vázquez Alonso (2014), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, ha venido ofreciendo una protección de perfil bajo a la libertad artística. Subraya este autor que solamente se le ha concedido a esta libertad una protección reforzada análoga al resto de libertades del ámbito de la comunicación por ser garante de la opinión pública libre en aquellos supuestos en los que la característica principal de la obra ha sido la manifestación de las convicciones personales del autor, protegiendo el discurso transmitido por encima de la forma y del cuerpo de la obra. Es decir, dejando al margen el elemento estético.

En términos parecidos se expresa también Tarodo Soria (2012). Este autor subraya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ofrecido una protección superior a aquellas supuestos de conflicto relacionados con la comunicación en los que el medio de difusión ha sido la palabra[13], frente a otros

---

Sobre el carácter de garantía institucional de los derechos consagrados en el artículo 20 del texto constitucional, véase, Llamazares Calzadilla (1999).

Sobre la recepción en la doctrina española de la teoría de la vertiente institucional de los derechos fundamentales en general surgida en Alemania, véase, entre otros, Gallego Anabitarte (1994) y Cruz Villalón (1989).

[11] En este sentido, véase, entre otras las STC 107/1988, de 8 de junio, y 105/1990, de 6 de junio.

[12] En este sentido, por ejemplo, Vaquer Caballería (1998) y González Moreno (2003).

[13] Por ejemplo, las sentencias *Günduz c. Turquía,* 4 de noviembre de 2003; *Paturel c. Francia,* 22 de noviembre de 2005; *Giniewski c. Francia,* 31 de enero de 2006, *Aydin Tatlav c. Turquía,* 2 de mayo de 2006; *Klein c. Eslovaquia,* 31 de mayo de 2006.

en los que el soporte ha sido, por ejemplo, un medio gráfico[14]. Por este motivo, considera que de este tratamiento puede denotarse un prejuicio con respecto a las artes plásticas y un desconocimiento o falta de sensibilidad en relación a sus especiales cualidades y reglas de funcionamiento.

1.3. Las especificidades de la obra artística

Tal y como he puesto de relieve anteriormente, el derecho fundamental de libertad de producción y creación artística y literaria no ha merecido un exhaustivo estudio por parte del Tribunal Constitucional. Tampoco en la doctrina ha habido un especial interés en el examen de este novedoso derecho fundamental. Sin embargo, su objeto cuenta con una serie de especificidades que deben ser tenidas en consideración a la hora de conceder un tratamiento específico a esta libertad reconocida en el artículo 20.1.*b*) de la Constitución.

1.3.1. *La obra artística como manifestación de la identidad del autor*

Una de las características diferenciales más relevantes de las obras artísticas es el especial vínculo que se establece entre el autor y su obra.

La obra artística representa una idea de su creador revestida de una forma concreta. En este sentido, puede ocurrir que la obra artística sea un soporte para la difusión de ideas, creencias o pensamientos del ámbito ideológico o religioso de su creador; pero también ésta puede representar las emociones o sensaciones estéticas del autor[15].

En el primero de los casos, el elemento básico es el mensaje que se desea transmitir, siendo secundaria la forma o el soporte elegido para hacerlo. En este supuesto, entiendo que estaríamos principalmente ante una manifestación de las libertades de expresión y de información. Así, se puede entender que el máximo intérprete del texto constitucional haya calificado como medio de comunicación social expresiones del ámbito del arte y de la literatura como la cinematografía o el teatro, manifestando que «pueden servir de soporte o vehículo para la difusión de un mensaje»[16].

A su vez, también podemos establecer una relación directa entre la actividad artística y el derecho de libertad de conciencia.

Para ello, debemos partir de la definición que de la libertad de conciencia realiza Llamazares Férnandez (2002, 21-22), que entiende que el derecho que está reconocido de forma implícita en el artículo 16 del texto constitucional

---

[14] Por ejemplo, las sentencias *Otto Preminger-Institut c. Austria,* 20 de septiembre de 1994, o *Wingrove c. Inglaterra,* 25 de noviembre de 1996.

[15] Espín Templado (2016) y Minteguia Arregui (2006).

[16] STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5.

«protege las siguientes facultades: a disponer de un espacio de privacidad totalmente sustraído a la invasión de la imperatividad del Derecho, a la libre formación de la conciencia, a mantener unas u otras creencias, unas u otras ideas, unas u otras opiniones, así como a expresarlas o a silenciarlas, a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas cuando se tratan de auténticas convicciones».

En base a esta definición, podemos considerar que estaríamos ante una manifestación del derecho de libertad de conciencia en aquellos casos en los que el contenido del mensaje difundido en la obra artística o literaria esté compuesto por convicciones ideológicas o religiosas del autor.

Sin embargo, esta relación entre la libertad de producción y creación artística y literaria y la libertad de conciencia no se da únicamente en esta primera hipótesis citada.

Hay un segundo caso en el que podemos concluir que la obra artística representa una manifestación de la libertad de conciencia. Me refiero a aquel supuesto en el que el autor exterioriza a través de su obra un concepto estético personal. Este trabajo representaría la materialización de convicciones del autor del ámbito estético, y no ético, que forman parte de su conciencia[17]. De esta forma, el artista, tal y como lo expresa Vázquez Alonso, «vuelca su yo de forma única»[18] y la obra se convierte en una extensión de su personalidad, al reconocer su propia identidad a través de la experiencia estética[19]. Por este motivo, la deformación, modificación, alteración de la obra o cualquier ataque contra la misma pueda ser considerado como un atentado contra el propio creador.

1.3.2. *El carácter subversivo e irreverente del arte*

Las creaciones artísticas tienen un carácter intrínsecamente subversivo e irreverente. El arte revierte los códigos de significado habituales, rompiendo con las reglas preestablecidas del lenguaje comunicativo racional. En este sentido, se puede defender que las obras artísticas no están supeditadas a ciertos requisitos para ejercer de forma legítima la libertad de expresión en general, como, por ejemplo, la idoneidad de la forma y de las expresiones utilizadas en el mensaje difundido[20].

Así, por ejemplo, en muchas expresiones artísticas es habitual el uso de la sátira, es decir, un discurso «agudo, picante, mordaz dirigido a censurar o ridiculizar»[21].

---

[17] Sobre la relación entre la libertad de producción y creación artística y literaria y el derecho de libertad de conciencia, véase Minteguia Arregui (2006).

[18] Vázquez Alonso (2014, 87).

[19] Tarodo Soria (2005).

[20] Tarodo Soria (2012).

[21] Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed., versión 23.5 en línea). https://dle.rae.es/sátira [fecha de la consulta: 31 de octubre de 2022].

En relación con el uso de este tipo de discurso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puesto de relieve que la sátira es una forma de expresión artística con unas características inherentes de exageración y distorsión de la realidad que resultan provocativas y agitadoras. Consecuentemente, afirma este Tribunal que esta naturaleza específica de la sátira debe ser tenida en consideración en la ponderación de casos de conflicto entre la libertad artística y otros bienes jurídicos legítimos[22].

En definitiva, defiende este tribunal un mayor grado de tolerancia con respecto a los mensajes que utilizan la sátira, dado que, por sus características propias, no debe ser percibido por el receptor como algo que se ciña exactamente a la realidad. Además, su tono humorístico justifica la posibilidad de utilizar expresiones alejadas de los estándares de corrección[23].

1.3.3. *Arte y desconexión con la realidad*

Íntimamente unido a su carácter irreverente y subversivo, es evidente que las representaciones artísticas no tienen por qué tener como objetivo reflejar la realidad. Las obras artísticas muestran normalmente una ficción y no debemos obligatoriamente suponer una adhesión a ese contenido concreto por parte del autor. Ni podemos entender que existe en el creador el objetivo de realizar una apología de lo reflejado en su trabajo.

El artista busca provocar una reacción emocional por parte del lector, oyente o espectador. Esta reacción que se quiere desencadenar puede ser de muy distinta índole, desde el placer estético, la reflexión sobre alguna cuestión concreta o, incluso, una sensación de desagrado y de rechazo, a través, en este último caso, de la exageración y la deformación de la realidad.

Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, la desconexión de la realidad y su transformación en un universo de ficción en la obra artística está amparada por el derecho fundamental a la producción artística y literaria del artículo 20.1.*b*) de la Constitución[24]. Desarrolla esta idea el máximo intérprete del texto constitucional afirmando que la actividad creativa tiene como fruto una nueva realidad basada en impresiones y experiencias del artista que no se identifican con la realidad empírica[25].

---

[22] Sentencia del TEDH núm. 26118/10, Caso Eon v France, de 14 de marzo de 2013, párr. 60. https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/pdf/CASE%20OF%20EON%20v.%20FRANCE%20[Extracts].PDF [fecha de la consulta: 31 de octubre de 2022].

[23] De Verda y Beamonte (2014). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido defendiendo esta idea con respecto al uso del sarcasmo y el humor en el ámbito del periodismo; así, entre otras, las STS de 29 de diciembre de 2010, 30 de noviembre de 2011 o 17 de diciembre de 2013.

[24] STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 5.

[25] STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 5.

2. Desconexión con la realidad y delitos de odio: el caso David Suárez

2.1. Antecedentes de hecho

David Suárez es un conocido humorista español, popular por su humor negro, polémico y controvertido, que utiliza su cuenta de la red social *twitter* para difundir su material. El 18 de abril de 2019 lanzó un tuit en el que alababa los beneficios del sexo oral con chicas con síndrome de Down, que tuvo una amplia difusión entre sus, entonces, casi 80.000 seguidores.

Ante las reacciones negativas a este chiste, pocos días después David Suárez publicaba un comunicado en el que contextualizaba su mensaje y se disculpaba, aduciendo que no había tenido en ningún momento la intención de molestar ni herir al colectivo de personas con síndrome de Down. Sin embargo, esta disculpa no fue suficiente para que la Fiscalía Provincial de Madrid (Sección de Criminalidad Informática y Tutela Penal de la Igualdad y Contra los Delitos de Odio), y con la asociación Plena Inclusión Madrid (Organización de Entidades en favor de personas con discapacidad intelectual de Madrid) ejerciendo la acusación popular, impulsara un proceso penal ante la Audiencia Provincial de Madrid por un supuesto delito de odio tipificado en el artículo 510.2.*a*) del Código penal.

En sus conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal solicitó la pena de un año y diez meses de prisión y diez meses de multa a razón de diez euros de cuota diaria, con la responsabilidad personal subsidiaria caso de impago, cinco años de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio educativo en el ámbito docente, deportivo o de tiempo libre así como, al amparo del artículo 56.1.3 CP y durante el tiempo de la condena, la inhabilitación especial del ejercicio de su profesión a través de las redes sociales. La Asociación Plena Inclusión Madrid solicitaba la misma pena, con una pequeña variación en relación con la cuota diaria de la multa (la asciende en su petición a veinte euros), además de reclamar la imposición de las costas de la acusación particular.

Por su parte, la defensa de David Suárez considera que nos encontramos ante el ejercicio del derecho de libertad de creación artística y solicita la libre absolución de su representado.

2.2. El delito de odio del artículo 510.2.*a*)

El artículo 510.2.*a*) del Código penal prevé una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses para:

> «quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito: de alguno de los grupos

a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos».

Este tipo penal se incluye entre aquellos denominados delitos de odio, que están recogidos en los artículos 510 y 510 bis del Código penal y fuero reformados por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, para adecuarlos tanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

El bien jurídico protegido en este precepto es la dignidad de las personas que por su especial vulnerabilidad el texto penal español les dota de una tutela específico. Estamos ante delitos que se cometen contra un determinado grupo o personas concretas, por motivo de su pertenencia a este.

Con relación a los grupos que merecen protección, siguiendo lo establecido en Recomendación General Núm. 15 relativa a lucha contra el Discurso del odio y memorándum explicativo de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, adoptada el 8 de diciembre de 2015 y publicada el 21 marzo de 2016, estos serían los colectivos denominados «vulnerables»[26].

Las acciones que se castigan son aquellos atentados contra la dignidad de las personas a través de expresiones humillantes, de menosprecio o de descrédito de alguno de los grupos protegidos mencionados, o de cualquiera de sus miembros, que, por su naturaleza, sean idóneos para generar

[26] A este respecto, la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal manifiesta, en una interpretación llamativa y polémica, que «la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos».

o fomentar un clima de hostilidad, de violencia, de odio o de discriminación contra estos.

Este tipo penal se considera un delito de peligro abstracto. Es decir, tal y como señala la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, se requiere que las expresiones de odio insten o animen públicamente, aunque sea de forma indirecta, a la realización de hechos discriminatorios, aunque no sean delictivos, contra el colectivo atacado, «de forma que exista el riesgo real, aunque sea potencial, de que se lleven a cabo».

Respecto al tipo subjetivo de este delito, no se requiere un dolo especifico, sino que es suficiente con que el autor fuese consciente del carácter objetivamente humillante del mensaje vertido y lo asumiese como suyo[27]. Se debe probar la voluntariedad del acto y se debe comprobar que no fue fruto de una situación incontrolada emocionalmente por parte del autor, sino de una decisión resultado de cierta reflexión[28].

2.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid

La sentencia de la sección 29.ª de lo penal de la Audiencia Provincial de Madrid número 656/2021, de 9 diciembre, resuelve en primera instancia este supuesto de conflicto entre la libertad de creación artística y la protección de la dignidad de las personas que integran colectivos vulnerables que establece el artículo 510.2 del Código Penal.

En lo que respecta al tratamiento jurídico que debe concederse a las creaciones artísticas, afirma la Audiencia Provincial que el mensaje difundido en el tuit objeto del proceso penal debe ser calificado como obra de ficción. En este sentido, no pretende reflejar la realidad y, por ello, no debe ser examinado desde los mismos parámetros que otros mensajes difundidos en el contexto del debate público[29].

En este sentido, el propio autor del chiste manifestó durante el juicio oral que el objetivo de las publicaciones de su perfil de *twitter* no es mofarse de ningún colectivo, sino que crea un personaje de ficción, un alter ego malvado de sí mismo, que realiza comentarios polémicos, que buscan el impacto en el receptor de sus mensajes.

La Audiencia Provincial no duda de que el contenido del mensaje es ofensivo y dañino para las personas que integran un colectivo vulnerable, como

[27] En este sentido, las sSTS 846/2015, de 30 de diciembre, FJ 4, y 820/2016, de 2 de noviembre, FJ 4.

[28] En este sentido, la STS 72/2018, de 9 de febrero, FJ único.

[29] FJ 4.

son las personas afectadas por el síndrome de Down. Sin embargo, esta circunstancia no es suficiente para entender consumado el delito de odio establecido en el artículo 510.2, ya que no se aprecia en este supuesto una incitación al odio ni a la violencia contra este colectivo, ni, la presencia de un riesgo verificable contra los bienes jurídicos protegidos[30].

Este órgano jurisdiccional considera que, aunque el mensaje del tuit puede ser desagradable, hiriente y que genera rechazo, no debe entenderse por ello que estemos ante una infracción penal, pues no existe en este caso una acción que sea apta o idónea para general un clima de odio o de discriminación, ni está dirigida a producir un efecto dañino en un colectivo concreto, pues los destinatarios eran todos aquellos con acceso al perfil en la red social *twitter* de este humorista[31].

Por todo ello, se absuelve al acusado del delito tipificado en el artículo 510.2 del Código Penal.

2.4. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Ante la sentencia emitida en primera instancia por la Audiencia Provincial de Madrid se interpuso recurso de apelación por parte del Ministerio Fiscal, al que se adhirió la representación de la asociación Plena Inclusión Madrid. Este recurso se resuelve mediante la sentencia de la sala de lo civil y de lo penal (sección 1.ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 89/2022, de 8 de marzo.

En esta segunda instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid reitera que, aunque la pretensión del autor era publicar un tuit que se puede encuadrar en la producción humorística, el resultado es un mensaje hiriente y ofensivo que ha causado un dolor. Sin embargo, considera este órgano jurisdiccional que no hay por parte del autor una motivación discriminatoria y que el mensaje no puede encuadrarse dentro de los márgenes del discurso del odio[32].

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid tiene en cuenta que el acusado es un humorista de profesión y que el chiste objeto de la discordia es aislado en cuanto a su temática concreta en el marco de una cuenta destinada a la difusión de la producción cómica del autor y que no está destinada, ni tiene como objetivo de sus chistes, a ningún colectivo vulnerable específico[33].

Por estos motivos, se desestima el recurso de apelación interpuesto y se confirma la absolución en primera instancia del acusado.

---

[30] FJ 4.
[31] FJ 4.
[32] FJ 5.
[33] FJ 5.

3. Síntesis conclusiva

Pese al reconocimiento expreso y diferenciado de la libertad de producción y creación artística y literaria en el artículo 20.1.*b*) de nuestra Constitución, las peculiaridades propias de la labor artística no han merecido una atención específica por nuestros órganos jurisdiccionales.

Entre estas singularidades, la desconexión de la realidad de las creaciones artísticas es una de las más notorias y la única que ha sido puestas de relieve por el Tribunal Constitucional, al referirse concretamente a la literatura, y para subrayar que la protección de la libertad artística no queda bajo la condición del requisito de la veracidad.

En el caso conocido por la Audiencia Provincial de Madrid y, en segunda instancia, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se profundiza en la cuestión de la innecesaria conexión del arte con la realidad.

En la resolución de primera instancia, confirmada en segunda, se absuelve al humorista David Suárez de un delito de odio al ponerse el foco en que el chiste es una creación de ficción que mediante la hipérbole y la provocación pretende obtener una reacción por parte del receptor, que, evidentemente, puede ser de desagrado. Independientemente de la opinión que se pueda tener en relación con el contenido del comentario, ni puede considerarse que el creador se identifique con su contenido, ni que el objetivo fuera la provocación de un clima de hostilidad sobre un determinado grupo social mediante un mensaje humillante.

El hecho de que podamos encontrarnos ante resoluciones judiciales que tienen en consideración los elementos distintos de las creaciones artísticas es un dato realmente esperanzador y abre la puerta a que paulatinamente se vaya perfilando el carácter específico del derecho fundamental que se reconoce en el artículo 20.1.*b*) CE y se ofrezca un tratamiento propio al ejercicio de la libertad de expresión artística y literaria.

BIBLIOGRAFÍA

Cruz Villalón, P. (1989). La recepción de la Ley Fundamental de la RFA. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, 1,* 65-90.

De Verda y Beamonte, J. R. (2014). Discurso satírico y derecho al honor. Comentario a la STDH de 14 de marzo de 2013 (TEDH 2013, 31). Caso Eon c. Francia. *Rev. Bol. de Derecho, 18,* 350-365.

Espín Templado, E. (2016). Los derechos de Libertad (II). Libertades de expresión e información. Límites. En AA.VV., *Derecho Constitucional. Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos* (10.ª ed., pp. 249-273). Tirant lo Blanch, Valencia.

Gallego Anabitarte, A. (1994). *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía*

local; opinión pública). Civitas, Madrid.
Gálvez Montes, J. (1985). Comentarios al artículo 20. En AA.VV. y Garrido Falla, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución* (pp. 395-410). Civitas, Madrid.
González Moreno, B. (2003). *Estados de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*. Civitas, Madrid.
Llamazares Calzadilla, M.ª C. (1999). *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*. Civitas, Madrid.
Llamazares Fernández, D. (2002). *Derecho de la libertad de conciencia I: libertad de conciencia y laicidad* (2.ª ed.). Civitas, Madrid.
Minteguia Arregui, I. (2006). *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*. Dykinson, Madrid.
Pizarro Moreno, E. (2012). *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*. Tirant lo Blanch, Valencia.
Plaza Penades, J. (1997). *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1.b) de la Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia.
Tarodo Soria, S. (2005). *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*. Servicio Editorial de la UPV/EHU, Bilbao.
Tarodo Soria, S. (2012). Hacia un estudio constitucional de la libertad de producción y creación artística y literaria. En AA.VV., *Libertad de expresión y sentimientos religiosos* (pp. 17-34). Jurua, Lisboa.
Vaquer Caballería, M. (1998). *Estado y cultura: la función cultural de los Poderes Públicos en la Constitución Española*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
Vázquez Alonso, V. J. (2014). La libertad de expresión artística. Una primera aproximación. *Estudios de Deusto, 62*(2), 73-92.

10 LA ESTRATEGIA EUROPEA DE LUCHA CONTRA EL ANTISEMITISMO Y SU IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA

Mercedes Murillo Muñoz.
Profesora Titular de Derecho eclesiástico del Estado.
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

1. Introducción.
2. Antecedentes de la lucha contra el antisemitismo en europa.
3. La estrategia europea de lucha contra el antisemitismo y el fomento del modo de vida judío.
   3.1. Objetivo y metodología de la estrategia. La percepción del antisemitismo en Europa.
   3.3. Contenido de la estrategia.
      3.3.1. Definición de antisemitismo y coordinación de la Estrategia.
      3.3.2. Los pilares de la Estrategia.
4. La implementación de la estrategia europea por parte de España.
   4.1. Objetivos, metodología y estructura del Plan.
   4.2. Contenido del Plan.
      4.2.1. Primer eje: prevención y lucha contra toda forma de antisemitismo.
      4.2.2. Segundo eje: la promoción de las condiciones para el ejercicio del derecho de las personas y las comunidades judías a vivir de acuerdo a sus creencias y tradiciones.
      4.2.3. Tercer eje: pedagogía, investigación y memoria.
5. A modo de conclusión.

1. Introducción

Siendo la catedrática Ana Fernández-Coronado coordinadora de la asignatura de Derecho Eclesiástico en el CESJ «Ramón Carande», después Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos, lideró a los profesores que formábamos entonces parte del Centro, en un trabajo de investigación sobre las posibilidades de convergencia entre los países de la Unión Europea (EU) en materia de libertad de conciencia. El trabajo dio lugar a una publicación, *El Derecho a la Libertad de Conciencia en el marco de la*

Unión Europea: pluralismo y minorías[1] y a una asignatura del mismo título en el programa de estudios de la facultad. Tal aproximación constituyó una novedad en la disciplina que se había centrado más en el estudio comparado o en la recopilación de los modelos europeos[2] y abrió un camino seguido por otros. Es sin duda una de las aportaciones más singulares de la profesora Fernández-Coronado a la doctrina eclesiasticista[3].

En dicha publicación se plateaba la posibilidad de un Derecho eclesiástico europeo y las bases sobre las que podría asentarse. A esta posibilidad, la profesora Fernández-Coronado, respondía afirmativamente, señalando que, para alcanzar una futura armonización legislativa en materia de Derecho eclesiástico, era necesario afrontar dos problemas: su contenido y su formulación jurídica. Y añadía:

> «un contenido común sería posible, en una proyección de futuro, tomando como instrumento para su realización el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, considerados como principios generales del Derecho comunitario»[4].

---

[1] Fernández-Coronado González, A. (dir.), Rodríguez García, J. A., Murillo Muñoz, M. y Pardo Prieto, P. *El Derecho a la Libertad de Conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*. Colex, 2002.

[2] Robbers, G. (1996). *Estado e Iglesia en la Unión Europea*. Madrid. Margiotta Broglio, F. (1997). Il fenómeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione europea. En Margiotta Broglio, F., Mirabelli, C. y Onida, F., *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*. Bologna.

[3] Son numerosos los trabajos que sobre esta cuestión ha sido publicados con posterioridad y que han tenido, en este obr, una referencia. De modo no exhaustivo, se pueden citar: CELADOR ANGON, O. (2011). *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio de Derechos Humanos*. Dykinson, Madrid. Polo Sabau, J. R. (2013). *El estatuto de las confesiones religiosas en el Derecho de la Unión Europea. Entre el universalismo y la peculiaridad nacional*. Dykinson, Madrid. Barranco Avilés, M. C., Celador Angón, O. y Vacas Fernández, F. (coord.) (2011). Dykinson, Madrid. Fernández Parra, J. A. (2022). *La tensión entre el principio de laicidad y el deber de proteger el patrimonio cultural religioso. Análisis del caso colombiano*. Universidad Externado de Colombia. VV.AA. (2015). *Derecho y minorías*. UNED. García-Antón Palacios, E. (2017). *La objeción de conciencia de los padres a ciertos contenidos docentes en España y la jurisprudencia de Estrasburgo*. Dykinson, Madrid. Polo Sabau, J. R. (2016). *Matrimonio, derecho y factor religioso*. Dykinson, Madrid. Pelayo Olmedo, J. D. (2013). *Las comunidades ideológicas y religiosas, la personalidad jurídica y la actividad registral*. Ministerio de Justicia, Madrid. Abad Castelos, M., Barranco Avilés, C. y Llamazares Calzadilla, M. C. (2015). *Derecho y minorías*. Dykinson, Madrid. Corpas Aguirre, M. A. (2010). *Las comunidades islámicas en la España actual (1960-2008). Génesis e institucionalización de una minoría de referencia*. UNED, Madrid. Foblets, M. C., Alidadi, K. y Yanasmayan, Z. (2016). *Belief, law and politics: ¿What future for a secular Europe?* Routledge. Doe, N. (2011). *Law and religion in Europe: A comparative introduction*. OUP Oxford. Aguilera, M. (2005). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. CEPC. Moravčíková, M. (2005). *Islam in Europe*. Ústav pre vzťahy štátu a cirkví. Ettmueller, E. U. (2007). *El presente y futuro de la libertad de conciencia y de religión en la Unión Europea*. UNISCI Discussion Papers n.º 14 (mayo/may). Fornés, J. (2005). *La libertad religiosa en Europa*. Anuario Derecho Eclesiástico del Estado, Madrid.

[4] Fernández-Coronado, A., Las Bases para la Construcción del Derecho de la Libertad de Conciencia en el marco de la Unión Europea (I). En Fernández-Coronado González, A. (dir.), Rodríguez García, J. A., Murillo Muñoz, M. y Pardo Prieto, P., *El Derecho a la Libertad de Conciencia..., op. cit.,* (p. 140).

Tal contenido mínimo estaría constituido por el principio de laicidad referida al pluralismo ideológico y religioso, la igualdad en la libertad de conciencia individual y colectiva, fundada, en todo caso, en el principio personalista, la no discriminación de individuos y grupos y el respeto a las minorías. La formulación jurídica, por su parte, exigiría la positivación de los derechos humanos por parte de la Unión Europea, que cabría llevar a cabo a través de la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Por esta vía, señalaba:

> «el derecho de igualdad en la libertad de conciencia, en tanto que uno de los más importantes derechos humanos, se convertiría en competencia directa de la Unión Europea (...). A largo plazo, esta normativa común en materia de libertad de conciencia y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas sobre su correcta aplicación, de obligado acatamiento por los Estados, llevaría a éstos a modificar su derecho constitucional y conduciría a un modelo común en materia de libertad de conciencia, que sería el del Estado laico compatible con una cooperación con las confesiones religiosas y asociaciones filosóficas, fundamentada en una plena realización de los derechos de los ciudadanos y ajena a una discriminación positiva ni negativa para los grupos minoritarios»[5].

Ciertamente, veinte años después, aún cuando no puede hablarse de un derecho eclesiástico comunitario y a pesar de que se sigue discutiendo en el seno de la UE acerca de la adhesión al CEDH[6], han sido muchos los avances en el ámbito comunitario relativos a la reafirmación de los Derechos Humanos como un pilar básico de la UE, así como aprobación de numerosas resoluciones sobre su respeto, la lucha contra la discriminación, la desigualdad y la intolerancia. Uno de estos ámbitos en los que la UE está siendo especialmente activa en los últimos años, se refiere a la lucha contra el antisemitismo, la discriminación, cuando no la violencia ejercida contra los judíos y el resurgir en Europa de ideologías que niegan o trivializan el holocausto.

Fruto de esta preocupación ha sido la aprobación por la Comisión Europea de la Estrategia de Lucha contra el Antisemitismo y de apoyo a la vida judía en 2021, que insta a los Estados miembros a implementarla con sus propias estrategias o planes y que, en este sentido, podemos considerar un ejemplo del planteamiento que hacia la investigación llevada a cabo en la Universidad Rey Juan Carlos sobre el derecho de libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea dirigida por Fernández-Coronado. Con ello se quiere hacer una pequeña aportación al homenaje a la magnífica trayectoria

---

[5] *Ibidem,* pp.141-142.

[6] A pesar que la adhesión de la UE al CEDH se previa en el Tratado de Lisboa, la adhesión aún no se ha producido. En octubre 2020 se reanudaron las negociaciones para ello entre la Comisión y el Consejo tal como se comunicó en una declaración conjunta: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/statement_20_1748.

de la profesora Fernández-Coronado a la vez que es expresión de agradecimiento por todo lo aprendido de su magisterio.

2. Antecedentes de la lucha contra el antisemitismo en Europa

El 5 de octubre de 2021, como se decía, la UE aprobaba la *Estrategia de lucha contra el antisemitismo y apoyo a la vida judía (2021-2030)*[7]. Era la culminación de un proceso en el ámbito de las instituciones europeas de declaraciones y resoluciones que expresaban su preocupación por la pervivencia en Europa de discursos, ideologías y actitudes antisemitas, amplificadas por el abuso de las redes sociales y que han tenido en algunos países manifestaciones muy graves contra la vida, los lugares de culto, los cementerios y los bienes de personas y comunidades judías. Hay que recordar la herida que aún representa en Europa la persecución de los judíos durante siglos que desembocó, durante el nazismo, en el horror del holocausto.

Hasta llegar a la aprobación de la Estrategia europea, se fueron encadenando una seria de iniciativas específicas relativas a la lucha contra el antisemitismo en el seno de las instituciones europeas[8].

a) El primer Coloquio Anual sobre Derechos Fundamentales en la Unión Europea.

Los días 1 y 2 de octubre, la Comisión Europea celebró en Bruselas el primer Coloquio Anual sobre los Derechos Fundamentales en la UE. El tema elegido para ese año fue: *Tolerancia y respeto: prevenir y combatir el odio antisemita y antimusulmán en Europa*.

En los últimos años se había registrado un preocupante aumento de la intolerancia y de los delitos motivados por el odio antisemita y antimusulmán en la UE por el dicho encuentro era la oportunidad de reflexionar sobre las causas del aumento de estos incidentes y sobre su impacto en la vida y los derechos de las personas. Asimismo, se analizó y debatió sobre la legislación, las políticas y las iniciativas y acciones concretas existentes para prevenir y combatir estos fenómenos.

En el Coloquio participaron autoridades nacionales, europeas y locales, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil, miembros

---

[7] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0615&from=EN.

[8] Tras la adopción de las Directivas sobre igualdad racial e igualdad en el empleo en 2000, el entonces presidente de la Comisión, Romano Prodi, convocó en 2004 una conferencia de alto nivel con el tema específico «Europa contra el antisemitismo por una Unión de la diversidad». Ese mismo año, el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC) elaboró una definición operativa de antisemitismo que, posteriormente, sirvió de base para la definición de la Alianza Internacional para la Conmemoración del Holocausto (IHRA). Véase, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0615&from=EN.

de las comunidades judías y musulmanas, organismos de igualdad, representantes de los medios de comunicación, de empresas y del ámbito educativo, así como reconocidos académicos y filósofos.

Tras el coloquio, la Comisión Europea publicó un documento con las principales conclusiones y acciones prioritarias que se deberían emprender en esta materia y que serán repetidas y ampliadas en los documentos posteriores:

— Empoderar a las personas y actores de ámbito local para construir una cultura de tolerancia y respeto, en particular mediante la educación.
— Luchar contra el discurso de odio, trabajando con empresas de tecnologías de la información, la sociedad civil y los medios de comunicación.
— Asegurar la aplicación de la normativa sobre crímenes de odio y sobre la protección de las víctimas de delitos y mejorar el registro y la recogida de datos sobre delitos de odio en la UE.
— Promover la diversidad y hacer cumplir y fortalecer las normas de no discriminación.

Finalmente, a raíz de este primer Coloquio Anual sobre Derechos Fundamentales, la Comisión nombró en 2015 a su primera coordinadora para la lucha contra el antisemitismo y el fomento del modo de vida judío y en junio de 2016 se constituyó un Grupo de Alto Nivel de la Unión Europea para combatir el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia.

b) Resolución del Parlamento Europeo sobre la lucha contra el antisemitismo.

El 1 de junio de 2017, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre la lucha contra el antisemitismo en la que exhortaba a los Estados a que adoptaran:

> «todas las medidas necesarias que contribuyan de forma activa a garantizar la seguridad de sus ciudadanos judíos y de los centros religiosos, educativos y culturales judíos, manteniendo consultas estrechas y un diálogo directo con las comunidades judías, las organizaciones de la sociedad civil y las ONG dedicadas a la lucha contra la discriminación»[9].

El propio Parlamento Europeo ya había aprobado un Resolución sobre la memoria del holocausto y sobre el antisemitismo y el racismo el 27 de enero de 2005, con ocasión del sexagésimo aniversario de la liberación del campo de exterminio de Auschwitz-Birkenau, en la que solicitaba a los Estados miembros la conmemoración de tal fecha, no perder la memoria del signifi-

[9] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0243_EN.html.

cado del holocausto para Europa, promover su enseñanza y condenar toda forma de violencia, discurso de odio y manifestación de antisemitismo[10].

c) Declaración del Consejo de la Unión Europea sobre la lucha contra el antisemitismo.

En diciembre de 2018, el Consejo, siguiendo la resolución del Parlamento Europeo y a la vista de los atentados que se habían sucedido en Europa y las manifestaciones crecientes de antisemitismo en internet, adoptó una Declaración sobre la lucha contra el antisemitismo en la que los Estados se comprometían a establecer estrategias nacionales o medidas en el marco de las estrategias nacionales y/o los planes de acción existentes en materia de prevención del racismo, la xenofobia, la radicalización y el extremismo violento[11].

En diciembre de 2019, la lucha contra el antisemitismo pasó a formar parte de la competencia del vicepresidente de la Comisión para la Promoción de Modo de Vida Europeo, mostrando la intención de considerar esta cuestión una prioridad transversal[12].

d) Declaración del Consejo sobre la integración de la lucha contra el antisemitismo.

El 2 de diciembre de 2020, el Consejo adoptó otra Declaración sobre la integración de la lucha contra el antisemitismo en todos los ámbitos de actuación[13]. La Declaración subraya que:

> «la lucha contra el antisemitismo es una cuestión transversal que abarca distintas políticas y niveles de gobierno a escala local, nacional y europea. Por tanto, la sensibilización sobre el antisemitismo debe extenderse a todos los ámbitos de actuación y a todas las competencias. Los Estados miembros de la UE han acordado integrar la prevención y la lucha contra el antisemitismo en todas sus formas»[14].

Así mismo destaca la preocupación por el aumento de las amenazas a judíos en Europa y «el resurgimiento de mitos conspirativos, especialmente en el contexto de la pandemia de la COVID-19», constatando un aumento en la incidencia de los discursos y delitos de odio y priorizando la lucha contra el antisemitismo y la promoción de la vida judía[15].

---

[10] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2005-0018_ES.html.

[11] https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15213-2018-INIT/es/pdf.

[12] https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life_es.

[13] https://www.consilium.europa.eu/media/47065/st13637-en20.pdf.

[14] https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/12/02/antisemitism-council-declaration-on-fighting-antisemitism/.

[15] *Ibidem.*

Esta trayectoria, aun resumida, da cuenta de cómo la lucha contra el antisemitismo se ha incorporado a la política de la Unión Europea y explica que la presentación, el 5 de octubre de 2021, por parte de la Comisión Europea de la Estrategia Europea para combatir el antisemitismo, no fuera una casualidad.

3. La estrategia europea de lucha contra el antisemitismo y el fomento del modo de vida judío

3.1. Objetivo y metodología de la estrategia. La percepción del antisemitismo en Europa

La Estrategia europea contra el antisemitismo responde a la decisión de la UE de dar una respuesta más contundente a la persistencia y al aumento del antisemitismo con el objetivo de contribuir a crear una sociedad inclusiva basada en la igualdad y el respeto y garantizar a las comunidades judías buenas perspectivas de futuro en Europa.

El Institute Jewish Policy Research (JPR) publicó en octubre de 2020, un amplio estudio sobre la demográfica judía europea actual y en el que, tras analizar la evolución de la población judía en Europa, que había sido muy estable desde el siglo XII hasta el importante crecimiento que experimenta en el siglo XIX y principios del XX y su declive tras la persecución del nazismo y la Shoá, se concluye que la población judía en Europa es, en la actualidad, similar a la que existía hace casi mil años[16].

En dicho Informe se pone de manifiesto que el cómputo de la población judía en Europa arroja cifras diferentes según el criterio que se utilice para definir quien es judío. Los autores del citado informe distinguen hasta cuatro criterios distintos para definir la condición de judío, desde la más restrictiva que considera judío a quienes se identifican como tales por religión, etnia o cultura y quienes desciende de padres judíos y no tienen otra adscripción religiosa (Core Jewish Population, CJP) al mas amplio que se corresponde con la población a la que se aplica la ley de Retorno del Estado de Israel (LRP) para el que es suficiente ser descendiente de madre judía sin necesidad de identificarse como tal y que incluiría, por ejemplo, a hijos de matrimonios mixtos o de personas convertidas al judaísmo[17].

---

[16] Dellapergola, S. y Staetsky, L. D. (2020). Jews in Europe at the turn of the Millennium Population trends and estimates. *JPR-Europeanm Jewish Demographic Unit,* octubre. En https://www.jpr.org.uk/reports/jews-europe-turn-millennium-population-trends-and-estimates?id=17623. Para un análisis de dicho informe, véase, Priego, A. (2022). La estrategia europea contra el antisemitismo y apoyo a la vida judía. La reacción de la UE al neoantisemitismo. *Cuadernos Europeos de Deusto, 67,* 110 y ss.

[17] La descripción de tales criterios se puede consultar en Dellapergola, S. y Staetsky, L. D. *Jews in Europe..., op. cit.,* pp. 22-27.

Utilizando el criterio CJP, el informe citado estima que a 1 de enero de 2020 la población judía en Europa era de 1.329.400, de los cuales, 788.800 residían en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea; 210.400 en alguna de las repúblicas europeas de la antigua Unión Soviética que no forman parte de la Unión Europea y 330.200 eran residentes del resto de Estados europeos, de los cuales, 292.000 vivían en Reino Unido. Si se utiliza el criterio más amplio de la Ley de retorno, LPR, la cifra llegaría a un total de 2.820.800 en toda Europa, 1.505.700 en los países de la Unión Europea[18]. Francia sería el Estado de la Unión Europea con más población judía, casi medio millón de personas, seguida de lejos por Alemania, con casi ciento veinte mil, utilizando los criterios más rígidos. Por otro lado, la población judía europea ha dejado de ser mayoritaria en el mundo: en 1880 representaba el 85% de los judíos en todo el mundo; en 1945, el 35; en 1970, era el 26% y al día de hoy solo representa el 9% de la población judía mundial[19].

Este descenso de la población judía en Europa se explica en la Estrategia como una consecuencia del aumento de la sensación de inseguridad de las comunidades judías dentro de los Estados miembros y la percepción del crecimiento del antisemitismo en Europa[20]. El antisemitismo, se dice, no se agotó con el holocausto y tiene hoy manifestaciones que reviven los viejos prejuicios con el resurgimiento en Europa de ideologías de extrema derecha, en nuevas formas de antisemitismo en el entorno de grupos de extrema izquierda o en ataques violentos llevados a cabo por el islamismo radical. a ello se une, el efecto multiplicador que provoca el uso de las redes sociales y el discurso de odio en línea que ha tenido, durante la pandemia de la COVID-19, una expresión especialmente grave con acusaciones de haber creado el virus o de favorecer el desarrollo de vacunas con fines lucrativos. La propia Estrategia concluye al respecto:

> «El antisemitismo contemporáneo reviste múltiples formas, viejas y nuevas: desde la incitación al odio en línea hasta los delitos de odio y los ataques contra los judíos, sus propiedades e instituciones y la profanación de sinagogas, cementerios y monumentos conmemorativos. Lo sufren los judíos en su vida cotidiana, en forma de comentarios o gestos aparentemente inocuos en su lugar de trabajo, en conversaciones privadas, en lugares públicos, en los medios de comunicación, en el deporte y la cultura o en la práctica de su religión. El antisemitismo se manifiesta a través de la discriminación racial, étnica o religiosa, la aplicación de estereotipos y el odio dirigido hacia los judíos y las personas percibidas como tales. Puede culminar en atentados violentos y mortíferos como los perpetrados contra

[18] *Ibidem,* p. 29.
[19] *Ibidem,* p. 12.
[20] *Estrategia de la UE de lucha contra el antisemitismo y apoyo a la vida judía (2021-2030), op. cit.,* p. 4.

la escuela Ozar Hatorah en Toulouse en 2012, el Museo Judío de Bruselas en 2014, el supermercado Hypercasher en París en 2015 o la sinagoga de Halle en 2019»[21].

La consecuencia que se produce es que la percepción de inseguridad de los judíos europeos ha crecido notablemente y que prefieran no portar símbolos que los identifiquen o hayan evitado acudir a lugares de culto[22]. Es por ello que la Estrategia europea se refiere no solo a la lucha contra el antisemitismo en sus diferentes manifestaciones, sino también a lo que llama el «apoyo a la vida judía» que no significa otra cosa que proteger el derecho de los ciudadanos judíos europeos a vivir de acuerdo a sus creencias y tradiciones culturales sin que ello pueda representar una amenaza para su seguridad. Se trata de garantizar el ejercicio individual y colectivo del derecho a la libertad de conciencia en todas sus dimensiones: el derecho a decidir sobre las propias creencias, a expresarlas y manifestarlas y comportarse conforme a ellas[23].

En definitiva, el antisemitismo se entiende incompatible con los valores esenciales de Europa porque no solo amenaza a las comunidades judías sino también a los valores de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y el respeto a los derechos fundamentales de todos que fundamentan el modo de vida europeo, las sociedades abiertas, diversas y democráticas y es, por tanto, ineludible combatirlo.

En cuanto a la metodología utilizada para la elaboración de la Estrategia, se realizó un proceso muy amplio de consultas en las que participaron autoridades nacionales y regionales, comunidades y organizaciones judías, expertos e investigadores independientes, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), organizaciones internacionales (ONU) y otras partes interesadas de dentro y fuera de Europa. Con ello se pretendía hacer un proceso participativo y lo más amplio posible que garantizara poder atender las distintas perspectivas y aproximaciones a esta cuestión.

Por otro lado, la Estrategia Europea tiene la estructura habitual en los documentos estratégicos europeos que se construyen sobre varios pilares en

---

[21] *Ibidem,* p. 2.

[22] Los datos sobre la percepción de los europeos del antisemitismo se pueden consultar en *Experiences and perceptions of antisemitism Second survey on discrimination and hate crime against Jews in the EU,* un estudio de la FRA muy amplio que recoge tanto datos de la percepción del antisemitismo de los propios judíos como de los ciudadanos europeos no judíos. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-experiences-and-perceptions-of-antisemitism-survey_en.pdf.

[23] Véase Llamazares Fernández, D. (2011). *Derecho de la Libertad de Conciencia (I) Conciencia, Tolerancia y Libertad* (pp. 21 y ss). Madrid. «Podríamos definir la libertad de conciencia, en cuanto *derecho subjetivo individual,* como el derecho que protege las siguientes facultades: 1) a disponer de un espacio de privacidad totalmente sustraído a la invasión de la imperatividad del Derecho, que entraña la libre formación de la conciencia y el libre mantenimiento, abandono, sustitución o modificación de unas u otras convicciones o creencias, unas u otras Idesa, en la medida que estas últimas estén estrechamente unidas a las convicciones; 2) a expresarlas, silenciarlas o comportarse de acuerdo con ellas, así como a compartirlas y a ejercerlas con otros».

torno a los cuales se articulan la medidas y acciones que proponen. En este caso, son tres los pilares previstos:

a) Prevención y lucha contra toda forma de antisemitismo.
b) Protección y apoyo a la vida judía en la UE.
c) Pedagogía, investigación y memoria del holocausto.

Finalmente, la Estrategia europea anima a que los Estados miembros presenten sus propias estrategias o planes de lucha contra el antisemitismo a lo largo del año 2022, objeto de una primera evaluación acerca del grado de cumplimiento de dicha recomendación, a finales de 2023.

3.3. Contenido de la estrategia

3.3.1. *Definición de antisemitismo y coordinación de la Estrategia*

La Estrategia europea dispone como primeras medidas dirigidas a los Estados, la adopción de la definición de trabajo de antisemitismo aprobado por la Alianza Internacional de Recuerdo del Holocausto (IHRA), el 26 de mayo de 2016 y designar coordinadores nacionales para la lucha contra el antisemitismo y el apoyo a la vida judía, siguiendo el modelo europeo de coordinación iniciado en 2015.

La definición de antisemitismo adoptada por la IHRA como definición de trabajo, jurídicamente no vinculante, dispone:

> «El antisemitismo es una cierta percepción de los judíos que puede expresarse como el odio a los judíos. Las manifestaciones físicas y retóricas del antisemitismo se dirigen a las personas judías o no judías y/o a sus bienes, a las instituciones de las comunidades judías y a sus lugares de culto»[24].

La definición se acompaña de una serie de ejemplos que pretenden ilustrar qué es o no antisemitismo, ejemplos que han generado un debate en torno al alcance de la definición respecto de las opiniones sobre las políticas de Israel, en particular, en los territorios ocupados y la situación de los palestinos. Tanto el Parlamento Europeo como la Comisión han recomendado a los Estados adoptar esta definición de trabajo, que España endosó en julio de 2020. En todo caso, la propia IHRA reconoce en la aprobación de la propia definición, que «las críticas contra Israel, similares a las dirigidas contra cualquier otro país no pueden considerarse antisemitismo». Y la Estrategia Europea entiende que la definición de la IHRA debe ser una referencia utilizada

[24] https://www.holocaustremembrance.com/es/resources/working-definitions-charters/definicion-del-antisemitismo-de-la-alianza-internacional.

para promover un enfoque centrado en los derechos y en las víctimas. En enero de 2021, la Comisión, en cooperación con la IHRA, publicó el Manual para el uso práctico de la definición operativa de antisemitismo de la IHRA recogiendo un catálogo de buenas prácticas a disposición de organismos y entidades públicas y privadas[25].

Como respuesta a esta controversia, el 25 de marzo de 2021, un nutrido grupo de académicos adoptaron la Declaración de Jerusalén sobre Antisemitismo[26], para su uso alternativo a la definición de la IHRA, o como un documento para interpretarla, no como una definición que pretenda tener una vinculación legal. En lo esencial, es equivalente a la definición de la IHRA: «El antisemitismo es la discriminación, el prejuicio, la hostilidad o la violencia contra las personas judías por el hecho de serlo (o contra las instituciones judías por ser judías)», pero pretende limitar que se pueda usar la definición de antisemitismo para recortar la libertad de expresión, en el sentido que se comentaba más arriba. Más allá la polémica jurídica e ideológica, ambas definiciones son equivalentes, como se ha visto y en los ejemplos que acompañan a las dos definiciones, en ambas, se considera que no es antisemitismo expresar opiniones críticas a las políticas de Israel como Estado y que sí se considera antisemitismo responsabilizar a los judíos, por el mero hecho de serlo, de las políticas del Estado de Israel, acusarles de ser más leales a Israel que a sus propios países o negar el derecho a la existencia del Estado de Israel.

3.3.2. *Los pilares de la Estrategia*

La Estrategia europea se construye sobre tres pilares que reúnen varias líneas de acción y medidas concretas.

El primer pilar es la «prevención y lucha contra toda forma de antisemitismo», que incluye, entre otras, las siguientes medidas:

a) La creación de un Grupo de trabajo especial dentro de la Unión Europea como una estructura permanente de participación de los Estados y la sociedad civil y las comunidades judías, comprometiéndose a organizar un Foro anual que ayude a maximizar los esfuerzos realizados por distintos sectores de la sociedad, los Estados y la Unión Europea.

b) La promoción de proyectos de recogida de datos sobre incidentes de odio antisemita, el apoyo a las víctimas y la formación en el ámbito de la Justicia y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de los Estados.

---

[25] Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores, Steinitz, B., Stoller, K., Poensgen, D. et al. (2021). *Handbook for the practical use of the IHRA working definition of antisemitism. Publications Office.* https://data.europa.eu/doi/10.2838/72276.

[26] https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2021/03/Declaracio%CC%81n-de-Jerusale%CC%81n-antisemitismo.pdf.

c) La lucha contra el discurso de odio a través de internet y el uso de las redes sociales. En este sentido y siguiendo lo que ya se está haciendo respecto de los delitos de odio en general, se prevé la creación de una red europea de «alertadores fiables» y el trabajo con organizaciones que contrarresten la desinformación. La cooperación con empresas TIC para evitar la exhibición y venta de simbología y propaganda nazi, analizar los canales de propagación del antisemitismo y para abordar esta cuestión en la mejora de la estrategia europea sobre el uso de Internet por parte de los niños.

d) La lucha contra la discriminación en general, y la discriminación de naturaleza antisemita en particular, propiciando el análisis de los datos sobre religión y creencias en la UE.

e) Por último, la Unión Europea se propone «predicar con el ejemplo» a través de políticas de tolerancia cero frente a incidentes de antisemitismo en sus instituciones, ofrecer formación a su personal, fomentar que se puedan celebrar sus festividades y favorecer que los jóvenes europeos tengan memoria del holocausto, con actividades en sus escuelas o participando en visitas a lugares conmemorativos del mismo.

El segundo pilar es la «Protección y apoyo a la vida judía en la UE». Como ya se dijo, la plena participación de los judíos en Europa requiere que se sientan seguros y protegidos lo que lleva a considerar acciones dirigidas tanto a garantizar dicha seguridad como a promover las condiciones para que el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y religión de los judíos sea efectivo y real. En este sentido, la Estrategia propone medidas en los siguientes ámbitos:

a) Lucha contra el extremismo violento y el terrorismo contra los judíos. En particular, se promueve la adopción de medidas que garanticen protección y seguridad de las sinagogas, cementerios y edificios y locales judíos. Para lo que propone le uso de los recursos europeos[27], el apoyo operativo a los Estados y comunidades judías o la financiación de actividades de investigación a través del programa Horizonte Europa sobre la compresión y prevención de la radicalización violenta.

b) Apoyar el ejercicio de la libertad religiosa y las prácticas judías. En este sentido, la UE se compromete a aumentar el conocimiento y la información sobre la vida judía entre el conjunto de la ciudadanía a través de una campaña de sensibilización, en estrecha cooperación con las comunidades judías y mediante el diálogo intercultural e interreligioso y la organización de actividades. E insta a los Estados para que se reconozca a los judíos el derecho a vivir de acuerdo con sus

[27] Es el caso de la Red de Prevención de la Radicalización o de la Unidad de Notificación de Contenidos de Internet de la UE.

creencias, así como promover la difusión y conocimiento de sus tradiciones, fiestas y celebraciones más singulares.

c) La protección del patrimonio judío, como parte del patrimonio europeo. Entre las medidas previstas, cabe mencionar que será considerado un mérito la inclusión de la historia de las minorías, incluidas la de las comunidades judías, en las solicitudes de las ciudades que concurran a la declaración de la capitalidad europea de la cultura; se promueve la mejora de las bases de datos sobre los bienes judíos expoliados por los nazis; la recuperación y protección de los cementerios judíos; y la promoción de visitas de jóvenes europeos al patrimonio judío en el contexto del programa DiscoverEU.

El tercer pilar aborda la «Pedagogía. Investigación y memoria del holocausto». El contenido de este pilar, pese a su título. es más amplio al incidir la estrategia en la necesidad de investigar y difundir la contribución de los judíos a la historia y la cultura de los Estados miembros y de la sociedad europea. Para ello se prevé destinar fondos a la creación de un centro europeo de investigación sobre el antisemitismo, la cultura y la vida judía. La estrategia hace hincapié en la necesidad e incorporar el estudio del holocausto en las escuelas y, también, de la cultura y el modo de vida judíos y su participación en la historia y la cultura europea, todo ello en el contexto de la educación en los valores comunes europeos y la educación inclusiva.

La estrategia tiene un especial interés en que no se pierda en Europa la memoria del holocausto cuando los últimos supervivientes nos van dejando y lo sucedido se aleja en el tiempo. Hay que asegurar que su historia no caiga en el olvido y de ahí la importancia de los actos de recuerdo del Holocausto. A ello se añade la lucha contra la negación, la distorsión y la trivialización del holocausto. Ciertamente, Europa tarda en recuperar la memoria del holocausto ya que no es hasta 2005, que se instituye por parte de Naciones Unidas el 27 de enero, coincidiendo con la fecha de liberación del campo de exterminio de Auschwitz-Birkenau, como el Día Internacional de Conmemoración anual en memoria de las víctimas del holocausto[28], que se produce la misma declaración por parte de las instituciones europeas, como se dijo.

Finalmente, la UE se compromete a liderar la lucha mundial contra el antisemitismo porque con ello se reafirman los valores democráticos y de defensa de los derechos humanos que son fundamento de la Unión Europea. De esta manera, las acciones referidas para la Unión Europea, se pretenden que puedan alcanzar más allá de su propio ámbito incorporándolas a sus políticas de relaciones con otros Estados y organismos internacionales.

---

[28] El 1 de noviembre de 2005 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó designar el 27 de enero como Dia Internacional de Conmemoración de las víctimas del Holocausto para que anualmente, los Estados organizaran en esa fecha actos de recuerdo y homenaje a las víctimas. https://www.un.org/es/holocaustremembrance/.

4. La implementación de la estrategia europea por parte de España

Con el ánimo de cumplir la recomendación de la Estrategia europea para que los Estados miembros elaboren sus propios planes o estrategias nacionales, España inició en marzo de 2022 el trabajo para dicha implementación. La realidad española es que ya existen en nuestro sistema muchas de las medidas propuestas en la Estrategia europea, desde la tipificación penal de los llamados delitos y discursos de odio, al Acuerdo de cooperación del Estado con la Federacion de Comunidades Judías de España; desde las medidas contra la discriminación de la Ley Integral de Igualdad de Trato, a los planes nacionales para la prevención de la radicalización, contra el racismo o los delitos de odio; desde la inclusión del estudio del holocausto en el sistema educativo, al Acto de Estado que anualmente se celebra en el Senado para conmemorar el Día Internacional de la Memoria del holocausto. En este sentido, la elaboración de plan nacional se convierte en la ocasión de sistematizar estas medidas, buscar fórmulas de coordinación que mejoren su eficacia y, a la vez, añadir aquellos contenidos y medidas que mejoren los ya puestos en marcha.

El 31 de enero de 2023, se aprobó por Acuerdo de Consejo de Ministros el Plan Nacional para la Implementación de la Estrategia Europea de Lucha contra el Antisemitismo[29].

4.1. Objetivos, metodología y estructura del Plan

El Plan aprobado tiene dos objetivos principales:

— Sistematizar y mejorar los recursos y medidas de lucha contra el antisemitismo.
— Favorecer las condiciones para que las personas y las comunidades judías puedan vivir en España conforme a sus creencias y sus tradiciones en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.

Para la elaboración del Plan de implementación de la Estrategia europea, se creó un grupo de trabajo estable entre el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Confesiones, a través de la Subdirección General de Libertad Religiosa que ha coordinado la elaboración del plan, el Centro Sefarad-Israel, consorcio administrativo dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación y la Federacion de Comunidades Judías de España (FCJE). Dicho grupo de trabajo se fue reunien-

[29] https://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/2023/310123-PlanNacionalAntisemitismo.pdf.

do con los distintos organismos implicados en la estrategia de forma sectorial a fin de evaluar, con cada uno de ellos, las medidas existentes y la necesidad de añadir alguna acción más o mejorar alguna de las ya existentes, ya sea porque estén contempladas en la Estrategia europea o sean iniciativas propias.

En este sentido, la implementación en nuestro sistema de la Estrategia europea se nutre de las aportaciones de los Ministerios de Educación y Formación Profesional, Interior, Igualdad, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y Cultura y Deporte, además de la Fiscalía General del Estado. A ellos hay que añadir a la Fundación Pluralismo y Convivencia, fundación del sector público estatal, adscrita al Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, además del ya mencionado Centro Sefarad-Israel. Finalmente, en su elaboración también se ha contado con la participación de organizaciones de la sociedad civil, en particular el Observatorio de Antisemitismo, y expertos en este campo.

Especial relevancia tiene a la colaboración de la Federación de Comunidades Judías de España. La participación de las comunidades judías en la elaboración de las estrategias o planes nacionales, tiene para la Unión Europea un especial valor. En este sentido, España cuenta la ventaja que supone la existencia de un Acuerdo de Cooperación con la confesión judías, aprobado por la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, que es expresión de lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Constitución sobre el principio de cooperación y desarrollo del artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

En cuanto a su estructura, el documento se divide en varias partes. Después de una breve introducción, el Plan contiene una parte que recoge el contexto español en su dimensión normativa, donde se introduce el marco normativo que sirve de cobertura legal al Plan; su dimensión social que recoge los datos sobre la presencia de las comunidades judías en España, en el pasado y en el presente, así como la situación y la percepción social del antisemitismo en España; y una dimensión institucional, que refiere las instituciones que tienen atribuidas funciones que desarrollan alguno de los aspectos del Plan. La tercera parte es el contenido propiamente dicho del Plan que se articula sobre los mismos tres ejes de la Estrategia de la UE, distinguiendo en cada uno de ellos, las acciones que ya se han puesto en marcha en España, por un lado, y las medidas que el Plan pretende implementar; y, por último, la cuarta parte, se refiere a la gobernanza del Plan.

Respecto de la situación y percepción del antisemitismo en España, los datos del Eurobarómetro de 2019 relativo a la percepción de los europeos sobre los judíos[30], permite afirmar que la percepción del antisemitismo como un problema en España es muy baja. Frente al 38% de media de la Unión Europea, el 66% de los españoles no cree que negar el Holocausto

[30] http://www.cde.ual.es/wp-content/uploads/2019/01/antisemitism-eurobarometer-484.pdf.

sea un problema y, mientras que el 68% de los europeos admite no estar bien informado sobre la historia de los judíos, ese porcentaje alcanza el 86% en España. En general, los porcentajes del Eurobarómetro sobre que la incitación a la violencia contra los judíos está penada por la ley o que el antisemitismo sea un problema en sus países, se duplican en España respecto de la media europea. Si atendemos a los incidentes antisemitas recogidos tanto por la Oficina Nacional de Lucha contra los delitos de Odio, del Ministerio de Interior, como por el Observatorio de Antisemitismo, no son muy numerosos, aunque han crecido en los dos últimos años. Con todo, no existen datos acerca del impacto que sobre estas estadísticas tiene la infra denuncia que existe respecto de este tipo de incidentes. Uno de los aspectos en los que incide el Plan es, precisamente, en la mejora de la recogida de los datos y la atención a las víctimas que favorezca la denuncia de estos hechos[31].

4.2. Contenido del Plan

Como se dijo, el contenido del Plan se articula en torno a tres ejes básicos dentro de los cuales se definen las líneas de acción y las medidas en que se concretan. Se ha respetado el esquema propuesto en la Estrategia europea lo que permite mantener un mismo hilo argumental y facilita su implementación. En síntesis, los aspectos más relevantes del contenido del Plan son los siguientes.

4.2.1. *Primer eje: prevención y lucha contra toda forma de antisemitismo*

Son líneas de acción de este eje, las siguientes:

a) La lucha contra la incitación al odio y los delitos motivados por el odio antisemita. Las medidas que se prevén ponen el acento en la atención y apoyo a las víctimas, la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con las comunidades judías y las organizaciones de la sociedad civil que mejoren la prevención, la atención especifica a las victimas de antisemitismo y la sensibilización social frente a este fenómeno. Por otro lado, y para el mejor cumplimiento de estos fines, se prevé la formación específica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el significado histórico y actual del antisemitismo, el análisis de informes nacionales e internacionales sobre antisemitismo

[31] Línea de acción 3.1.2 del Plan: *Lucha contra la incitación al odio y los delitos motivados por el odio antisemita*.

y la colaboración con equipos de investigación sobre el antisemitismo que mejore la detección, la contranarrativa frente a discursos de odio antisemita o la sensibilización de las mismas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Por último, se prevén medidas de formación dirigidas a las policías locales y la promoción para crear unidades de gestión policial de la diversidad siguiendo el ejemplo de la Policía Municipal de Madrid.

b) La lucha contra el discurso de odio en línea. En esta línea de acción las medidas giran en torno a la *Protocolo para combatir el discurso de odio ilegal en línea*[32] que desarrolla el código de Conducta contra el discurso de odio en internet firmado por las grandes y las mayores empresas prestadoras de servicios de alojamiento de datos con la Comisión Europea[33]. En España el Observatorio del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE) del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, realiza un monitoreo diario de las redes a las que comunica los discursos de odio detectados para su retirada. Los resultados se publican en boletines bimensuales[34]. En el contexto del Plan, se prestará una atención específica respecto de los discursos antisemitas, la creación de una red de «alertadores fiables» que refuerce la denuncia de estos discursos y la respuesta a las campañas de desinformación. Además, el Plan prevé la promoción para que las organizaciones de la sociedad civil accedan a las ayudas que convoca la Secretaria de Estado de Migraciones para la lucha de los discursos de odio en línea.

c) La lucha contra la discriminación antisemita. En este caso, se trata de apurar la lucha contra la discriminación por motivos antisemitas, colaborando y coordinando los objetivos del Plan con los recursos previstos en la Ley de Igualdad de Trato y No Discriminación, respecto de la Alta Autoridad Independiente y la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación, a fin de optimizar dichos recursos, en particular, los mecanismos de comunicación y coordinación con las Comunidades Autónomas que la ley prevé[35].

---

[32] El protocolo se presentó el 18 de marzo de 2021 y es fruto de la colaboración del Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, de las Secretarías de Estado de Justicia, Seguridad, Educación, Deporte, Igualdad, Derechos Sociales y Migraciones, y del Centro de Estudios Jurídicos; los representantes del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, del Consejo Estatal del Pueblo Gitano, del Consejo de Víctimas de Delitos de Odio y Discriminación, de la Federación Española de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales, de la Plataforma de la Infancia, de la Plataforma del Tercer Sector y de la Asociación Española de la Economía Digital, en la que se integran empresas prestadoras de servicios de alojamiento de datos. https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/ejes/discursoodio/PROTOCOLO_DISCURSO_ODIO.pdf.

[33] El código se firmó con YouTube, Twitter, Facebook, Instagram y TikTok.

[34] https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/es/ejes/discursoodio/index.htm.

[35] Véanse artículos 32 a 45 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *BOE,* núm. 167, de 13 de julio de 2022.

4.2.2. *Segundo eje: la promoción de las condiciones para el ejercicio del derecho de las personas y las comunidades judías a vivir de acuerdo a sus creencias y tradiciones*

Las líneas de acción de este eje son:

a) La lucha conta el terrorismo violento, que recoge, por un lado, los desarrollos de la Estrategia Nacional de Seguridad[36] que se contienen en la Estrategia Nacional contra el Terrorismo[37] y el Plan Estratégico Nacional de Prevención de la Radicalización Violenta[38], y por otro, diversas medidas de refuerzo de la vigilancia de los lugares de culto, en particular, en fechas significadas para la comunidad judía; la mejora en la identificación de la simbología de grupos antisemitas que facilite la prevención e investigación de los mismos; y la elaboración de un plan de trabajo para la implementación en España del Plan de Acción de Naciones Unidas para la Protección de los sitios religiosos de 2019[39].

b) La protección del derecho de los judíos y las comunidades al ejercicio efectivo del derecho a la libertad religiosa y de conciencia. Este capítulo tiene una dimensión en España especialmente avanzada con el Acuerdo de Cooperación con el Estado (Ley 25/1992, de 10 de noviembre) que recoge los aspectos que la Estrategia europea denomina «apoyo a la vida judía». No vamos a analizar tales aspectos, ampliamente estudiados en la doctrina española, que representan un régimen jurídico especial para las comunidades judías referido a elementos más generales como la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos, la tutela de sus lugares de culto a los que se asimilan los cementerios, el reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado en forma judía o la prestación de asistencia religiosa en centros penitenciarios, hospitalarios y en el Fuerzas Armadas, junto a otros más singulares, como son el reconocimiento del descanso sabático y de sus principales festividades religiosas que pueden ser sustituidas, mediando acuerdo con el empleador, por el descanso laboral o las fiestas laborales establecidas con carácter general, el reconocimiento de las marcas Khoser o similares, por mencionar algunos de ellos. Es evidente que el Acuerdo marca un plan de trabajo con las comunidades judías que existe más allá del Plan, pero lo enriquece y se convierte en un modelo de gestión que España puede ofrecer a otros países.

---

[36] Aprobada por Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre. *BOE,* núm. 314, de 31 de diciembre de 2021.

[37] Orden PCI/179/2019, de 22 de febrero, por la que se publica la Estrategia Nacional contra el Terrorismo 2019. *BOE,* núm. 49, 26 de febrero de 2019.

[38] Aprobado por el DSN el 6 de octubre de 2020.

[39] https://www.unaoc.org/resource/united-nations-plan-of-action-to-safeguard-religious-sites/.

Entre las medidas que el Plan prevé impulsar menciona el foment de la extensión del respeto a las obligaciones vinculadas a las festividades judías en las convocatorias públicas de acceso al empleo o la formación con las adaptaciones que ya han sido avaladas por el Tribunal Supremo[40], o la participación de las comunidades judías en los protocolos que se elaboren respecto del sacrificio animal por rito religioso.

c) La protección del patrimonio judío, también previsto en el Acuerdo de cooperación, se contempla en el Plan con diversas medidas de carácter cultural destinadas a la promoción, protección y difusión del patrimonio y la cultura judías, muchas de ellas vinculadas a la acción del Centro Sefarad-Israel.

4.2.3. *Tercer eje: pedagogía, investigación y memoria*

a) Pedagogía e investigación sobre el antisemitismo y la vida judía, que se desarrolla en tres ámbitos. El primero es la inclusión, ya prevista en la normativa educativa vigente, en los currículos de todos los niveles educativos, de la educación en valores cívicos y éticos y en el área de historia de contenidos que promueven la convivencia, el respeto a los derechos y creencias de los demás, así como el estudio de la presencia de los judíos en Europa y su aportación a la cultura y la ciencia europea y española. El segundo es el apoyo a los estudios hebreos y judíos en la universidad española —que ya existen en alguna de sus universidades— y la organización de actividades sobre antisemitismo en colaboración con universidades extranjeras e instituciones de prestigio en este ámbito como Yad Vashem, el Museo Memorial de Auschwitz-Birkenau o el Memorial de la Shoá en París.

b) Pedagogía, investigación y memoria del holocausto. En este caso, las medidas se centran la inclusión del estudio del Holocausto en el sistema educativo, una realidad en España desde 2013; la aplicación de las acciones previstas en la Ley de Memoria Democrática, Ley 20/2022, de 19 de octubre; la difusión de materiales educativos sobre el Holocausto en la web del Ministerio de Educación y Formacion Profesional; la formación del profesorado a través de recursos ya iniciados por parte del propio Ministerio junto al Centro Sefarad y en colaboración con el Centro Yad Vashem; o la promoción de seminarios sobre el tema, viajes a lugares vinculados al Holocausto o la organización de encuentros con supervivientes. Finalmente, se recoge la continuidad del Acto de Estado de conmemoración del Dia Internacional de Memoria de las víctimas del Holocausto y la difu-

[40] Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2015 (rec. 1851/2014).

sión del mismo para su conmemoración en otras administraciones, así como el apoyo a la propuesta de la FCJE de realizar un monumento de recuerdo a los españoles considerados «Justos entre las Naciones».

c) Negación, distorsión y trivialización del holocausto, que en España ya son objeto de tipificación penal en el artículo 510 del Código Penal. Es por ello que las medidas se centran en la sensibilización social, especialmente, en el ámbito educativo.

4.3. Gobernanza del Plan

Para el desarrollo, seguimiento y evaluación del Plan se prevé la creación de una comisión de seguimiento cuya puesta en marcha se confía a un grupo de trabajo que defina su composición y funciones teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a) Estará presidida por el coordinador del Plan, función que recae en el director del Centro Sefarad, y en la que se prevé una amplia participación de los organismos públicos implicados en la ejecución del Plan y de la FCJE además de otras entidades de la sociedad civil.

b) Sus funciones serán, al menos, las previstas en el Plan: el seguimiento del desarrollo de los ejes, líneas de acción y medidas del Plan; la propuesta de las medidas correctoras o actuaciones adicionales que se consideren adecuadas para una mayor consecución de sus objetivos; la evaluación del impacto del Plan; la coordinación y relaciones con otros entes o foros implicados.

c) En todo caso, la comisión de seguimiento, en el ejercicio de estas funciones tendrá en cuentan las disposiciones de la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado.

d) En particular, la Estrategia europea prevé dos evaluaciones acerca de su implementación que se harán a partir de los informes que los Estados deberán presentar en 2024 y 2029. Dichos informes serán elaborados por esta comisión que llevará a cabo un informe al final del periodo previsto de vigencia en 2030 y en el que se evaluará el impacto del Plan y el grado de cumplimiento de las recomendaciones que, en su caso, se hubieran hecho desde la Unión Europea.

5. A modo de conclusión

La Estrategia Europea de Lucha contra el Antisemitismo y apoyo a la vida judía, se fundamenta en los principios y valores de la Unión Europea de res-

peto por la dignidad y los Derechos Humanos, de libertad, igualdad y justicia, en definitiva, en los valores que definen las democracias y el modo de vida europeo.

Es por ello que su objetivo transciende la lucha contra el antisemitismo para situarse en la defensa de dichos valores y principios y la lucha contra toda forma de discriminación y de ataque a los mismos. Se trata de erradicar de Europa los movimientos y los discursos de intolerancia que, so pretexto de defender las tradiciones europeas, socavan sus principios más fundamentales. Al final, el objetivo es que todas las personas, cualquiera que sea su credo, ideología, procedencia, orientación sexual, situación social, edad o capacidad puedan desarrollar y vivir su identidad libremente, en condiciones de igualdad y seguridad para todos, dentro del respeto a esos valores compartidos que son, a la vez, fundamento de la sociedad europea y su propio límite.

La necesidad de implementar esta Estrategia europea con planes o estrategias nacionales, evidencia que, pese a las expectativas que genero en sus inicios el proyecto de unidad europea, aún depende de la acción de los Estados que parecen resistirse a la convergencia necesaria para hablar de unidad real. En materia de derechos humanos, las dificultades que no han hecho posible todavía la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, es elocuente del camino que aún queda por recorrer en esa convergencia europea. ¿cabe pensar que, en algún momento, baste que la Unión Europea apruebe una estrategia de lucha contra alguna forma de discriminación detectada o de impulso en el ejercicio de un derecho fundamental, para que todos los Estados se vean obligados a cumplirla?

Pese a todo, la Unión Europea es especialmente activa en impulsar iniciativas para fomentar el respeto por los derechos fundamentales y combatir la discriminación, la intolerancia y la violencia que, por desgracia, aún se produce en Europa contra colectivos, como el judío, respecto del cual perviven estigmas y estereotipos de un pasado que se pensaba superado en Europa después del horror que supuso el Holocausto y tras la consolidación de las democracias europeas. No es este el único reto: el fenómeno de la inmigración y las llamadas «guerras culturales», la creciente desigualdad, las consecuencias del cambio climático, el impacto social y económico que ha supuesto la pandemia primero y la invasión rusa de Ucrania, después, provocan incertidumbre y tocan los pilares de la Unión Europea. La cesión de soberanía que supone dejar en manos de la Unión la posibilidad de decidir no es fácil para los Estados cuyos intereses no siempre convergen o son directamente, opuestos. La salida de Gran Bretaña de la Unión o los conflictos con Hungría y Polonia, por citar los ejemplos mas conocidos, evidencian las dificultades de tal convergencia y el desapego de muchos ciudadanos respecto del proyecto de unidad europea reaviva nacionalismos excluyentes.

Por todo ello es necesario reafirmar el valor del proyecto europeo que exige un compromiso de sus órganos de gobierno con el bienestar de sus

ciudadanos y con los valores cívicos y éticos que definen el mismo proyecto europeo. Ejemplo de ello han sido la gestión de pandemia o ahora con la invasión de Ucrania. En esta dirección caminan también iniciativas como la Estrategia contra el antisemitismo y las que están en marcha contra el racismo, la islamofobia y en general, en favor de la igualdad, el respeto y la convivencia en la diversidad inherente a la libertad con el objetivo de consolidar un modo de vida europeo que permita a cada uno ser quien es.

En este objetivo se inscribe el Plan Nacional para la implementación de la estrategia europea que genera un marco de acción en la lucha contra el antisemitismo en la que ya existía, desde hace años, un compromiso en España evidenciado en muchas de las medidas que el Plan viene a sistematizar y ampliar. Pero España no es ajena al resurgir de extremismos ideológicos cuya presencia, sobre todo en redes sociales, es preocupante, especialmente, por su impacto entre los jóvenes. Pese a lo mucho ya hecho, hay también mucho que hacer y que prevenir y este Plan se suma al importante acervo de nuestro sistema en la garantía y defensa de los derechos fundamentales.

11 MODELO DE RELACIÓN ESTADO-CONFESIONES Y SU PROYECCIÓN EN EL SISTEMA EDUCATIVO: MALTA

Paulino César Pardo Prieto.
Profesor Titular de Derecho eclesiástico del Estado.
Universidad de León.

1. El modelo de relación maltés.
2. La querella educativa entre el laborismo y la jerarquía eclesiástica.
   2.1. Las escuelas católicas.
   2.2. La enseñanza de la religión católica.
      2.2.1. Régimen del profesorado encargado de la impartición de la enseñanza religiosa católica.
      2.2.2. Régimen de impartición de la enseñanza religiosa católica.
      2.3. La alternativa a la asignatura de religión católica.
   2.4. Universidad y Facultad de Teología.
      2.4.1. La Facultad de Teología en el Acuerdo entre el Gobierno maltés y la Iglesia católica de 1988.
         2.4.1.1. Una naturaleza dual.
         2.4.1.2. Organización interna y estudios.
3. Conclusiones.

1. El modelo de relación maltés

La definición del modelo constitucional de relación Estado-confesiones religiosas[1], se encuentra esencialmente en los artículos 2 y 40 de la Constitución de Malta. También en ellos se diseñan los elementos clave para la incorporación de la educación religiosa católica al sistema educativo maltés[2].

El artículo 2 se refiere explícitamente a la religión católica, estableciendo que:

1. La religión de Malta es la religión católica, apostólica y romana.
2. Las autoridades de la Iglesia católica, apostólica y romana tienen la obligación y el derecho de enseñar qué principios son correctos y cuáles son erróneos.

[1] Sobre este concepto, Fernández-Coronado González, A., pp. 25 y ss.

[2] Acerca de la evolución que supone respecto a sus inmediatos precedentes, Grima, G. (1985), pp. 20-40. Sobre los precedentes y marco socio político de la regulación actual, Pardo Prieto, P. C. (2019), pp. 197-228.

3. La enseñanza de la fe católica, apostólica y romana, será ofertada en todas las escuelas del Estado como parte de la educación obligatoria.

El artículo 40, por su lado, determina que:

1. Todas las personas en Malta dispondrán de plena libertad de conciencia y disfrutarán del libre ejercicio de su respectiva creencia religiosa.
2. A ninguna persona se le requerirá recibir instrucción religiosa o mostrar su conocimiento o capacitación religiosa.

En el entendido, conforme al artículo 40, apartado 2.º, último párrafo, de que: «esa imposibilidad de exigir conocimiento, capacitación o grado de instrucción no se aplica a [situaciones como] la participación en la enseñanza de la religión, la admisión al sacerdocio o las órdenes religiosas o a otros propósitos religiosos, en la medida en que tal requerimiento resulte razonablemente justificable en una sociedad democrática»[3].

En palabras de Bettetini, bajo esa formulación, Malta se configura como un Estado confesional que al mismo tiempo garantiza las libertades de conciencia y religión[4]. Ciertamente, esta dualidad «confesionalidad *vs.* libertad» nos hace pensar que debe tratarse de un sistema condenado irremisiblemente a vivir fuertes tensiones internas y, sin duda, los argumentos que vamos a tratar así lo ponen de manifiesto.

Con relación a la enseñanza religiosa, la Constitución, como vemos, determina la incorporación de la misma a las escuelas públicas. Esto es importante pues excluye de la obligatoriedad de la oferta a las escuelas privadas *(independent schools)* las cuales ocupan un lugar muy relevante en el sistema educativo del país[5].

2. La querella educativa entre el laborismo y la jerarquía eclesiástica

No obstante la formulación constitucional, lo cierto es que desde el advenimiento de la República en Malta no hay una relación entre el Estado y la Iglesia católica ni mucho menos sencilla y, constituyendo una de esas «materias mixtas» por excelencia, desde luego tampoco lo ha sido para la educación católica, tanto en su vertiente de titularidad y gestión de centros como en el desarrollo de una asignatura de contenido confesional.

---

[3] El texto de la vigente Constitución de Malta puede verse en: https://legislation.mt/eli/const/eng/pdf [consultado 20 de septiembre de 2022].

[4] Bettetini, A. (2010). Religion and the Secular State in Malta. En VV.AA., *Religion and the Secular State* (pp. 493 y 494). Similar consideración ofrece Álvarez Álvarez, L. (2005), pp. 181 y 185.

[5] Sobre la presencia de estos centros educativos, puede consultarse: https://education.gov.mt/en/dqse/Documents/ [consultado 20 de septiembre de 2022].

Desde el primer punto de vista, el acceso al poder del laborismo (MLP) en las elecciones de 1971 puso de relieve las enormes diferencias entre la Iglesia católica y la izquierda. El Gobierno, desde muy pronto, diseñó y trató de realizar un sistema educativo público, en el que tendría cabida la escuela concertada siempre que aceptara compartir algunos valores republicanos básicos y principios tan elementales como la gratuidad escolar. A pesar de las reticencias iniciales, las órdenes religiosas titulares de centros docentes en 1980 formalizaron un acuerdo con el Gobierno para que la enseñanza cumpliera aquellos requisitos. Abiertamente beligerante con las reformas políticas, el Arzobispado de Malta llegó a negar valor a dicho acuerdo por no haberse realizado contando con su autorización. El Vaticano respaldó al obispo y los signatarios religiosos se echaron atrás en su decisión. Aunque el Vaticano nombró a un alto representante eclesiástico para mediar y obtener un resultado satisfactorio para ambas partes, el Arzobispo persistió en su negativa. Parece que en el trasfondo de su actitud pudo estar la proximidad de las elecciones generales, en las que esperaba venciese el conservador Partido Nacionalista y, por tanto, conseguir todo lo que el MLP no estaría dispuesto a ofrecerle nunca (Koster, 1994, 316-317).

Sin embargo, el MLP volvió a vencer y la querella se enturbió aún en mayor medida. El Gobierno puso en marcha la ley a pesar de la falta de aceptación por parte de los titulares de los centros y la contundente negativa de la jerarquía eclesiástica. Ocho centros de educación secundaria (del total de 72 escuelas de primaria y secundaria regentadas por la Iglesia) se opusieron de tal modo a cumplir los requisitos legales que quedaron sin licencia gubernativa para el ejercicio de la actividad docente en 1984. Solidariamente, todos los centros de titularidad religiosa decidieron no iniciar el curso como protesta. El conflicto se prolongó hasta mediados de noviembre en que el Gobierno obtuvo un acuerdo del arzobispado: las escuelas cumplirían lo esencial de lo dispuesto por la ley educativa y obtendrían todas ellas, sin excepción, licencia durante ese curso, al tiempo que se iniciaban las negociaciones dirigidas a conseguir un entendimiento más general en materia educativa con el propio Vaticano.

El primer fruto llegará el 27 de abril de 1985, con la suscripción de un primer Acuerdo entre, por un lado, el nuncio apostólico y el presidente de la Conferencia Episcopal y, de otro, el primer ministro del Gobierno, el ministro de Justicia y el embajador maltés ante la Santa Sede[6]. Consiste, literalmente, en varios «puntos en los que están de acuerdo sobre la cuestión de las escuelas de la Iglesia». Esos puntos quedan referidos, esencialmente:

1. Al compromiso católico en la participación de los alumnos de Primaria en un Examen Nacional que habilita al estudiante para el acceso a Secundaria y la elección del centro de su preferencia[7].

[6] Accordo sulle Scuole Cattoliche, dal 27 aprile 1985, versión italiana del texto en www.olir.it/documenti/accordo-27-aprile-1985/ [consultado 20 de septiembre de 2022].

[7] Accordo sulle Scuole Cattoliche, puntos 1 a 3.

2. La declaración de las partes de que vendrá salvaguardado el ideario educativo de las escuelas católicas y su organización y funcionamiento dentro del respeto a las normas generales dictadas por el Estado en el ámbito educativo[8].
3. A la progresiva gratuidad de las escuelas católicas, comenzando por los cursos superiores; de modo que, en tanto pasan a ser gratuitos los cursos respectivos, las direcciones de los centros quedan autorizadas a seguir percibiendo ingresos de los estudiantes conforme a su normativa interna. Igualmente, la Iglesia queda autorizada a recibir dádivas de los fieles para el desarrollo de sus actividades educativas[9].

El pacto, tan limitado, sirve también para constituir una Comisión Mixta a la que señala el mandato de realizar varias tareas antes del 31 de enero de 1986; en concreto, tratar sobre el alcance del derecho de propiedad de la Iglesia y examinar detenidamente y revisar los presupuestos de los centros escolares, así como la correlativa contribución económica estatal y eclesiástica a las escuelas católicas[10]. En línea con esto último, mediante el acuerdo provisional sobre la financiación de las escuelas católicas de 31 de julio de 1986[11], las mismas delegaciones de las partes, atendidas las dificultades que impedían conseguir el deseado pacto sobre la financiación que condujera la incorporación de la educación eclesial al sistema público en condiciones de gratuidad conforme a los puntos 4 a 7 del acuerdo de 27 de abril de 1985, convienen contribuir —con una serie de cantidades económicas que se detallan— al funcionamiento de las escuelas durante dos años, tiempo en el que confían haber completado un acuerdo definitivo.

En 1987, la llegada del Partido Nacionalista al poder generó un nuevo marco para afrontar los problemas educativos. Como consecuencia, varios acuerdos entre la Iglesia católica y el Estado no tardarían en ser suscritos (Koster, 1994, 320-323).

2.1. Las escuelas católicas

Dirigido a resolver definitivamente las dificultades surgidas en torno a la creación y gestión de centros escolares eclesiásticos, se suscribió el Acuerdo entre la Santa Sede y la República de Malta sobre escuelas de la Iglesia, de 28 de noviembre de 1991 [en adelante, AEI].

El concordato se suscribe teniendo presente la República de Malta los principios superiores de su constitución y aquellos otros dispuestos en textos

[8] *Ibid,* punto 8.
[9] *Ibid,* puntos 4 a 6.
[10] *Ibid,* punto 7.
[11] Intesa temporanea per il finanziamento delle Scuole cattoliche, versión italiana del texto en https://www.olir.it/documenti/intesa-31-luglio-1986 [consultado 20 de septiembre de 2022].

jurídicos internacionales que han sido suscritos por Malta, así como el reconocimiento del «derecho primario de los progenitores a elegir la escuela que consideren más adecuada para sus hijos», de la libertad de enseñanza y del carácter público del servicio que ofertan[12].

Se consideran escuelas de la Iglesia aquellas que son acreditadas como tales por el obispo diocesano y dependen de su jurisdicción conforme al derecho canónico[13]. Acogen en la actualidad en torno a un tercio del total de estudiantes, si bien en la época del conflicto el porcentaje era mayor (Bartolo, 2010).

En razón de este concordato habrán de sujetarse a ciertas condiciones en su actuación:

1. Sin perjuicio de su autonomía, las escuelas respetarán la normativa estatal en su organización y funcionamiento[14].
2. Asegurarán el acceso sin discriminación, al menos, «a quienes participan de su ideario»[15].
3. Serán gratuitas en todos los niveles, a partir de los tres años[16].

Punto esencial al acuerdo es lo tocante a la financiación. Serán costeadas por la Iglesia y por el Estado, de conformidad con una serie de criterios que con cierta exhaustividad enumera el texto.

En cuanto a la Iglesia: *a*) La Iglesia proporciona a la escuela los edificios de su propiedad donde ya tienen sede. *b*) Estarán a cargo exclusivamente de la Iglesia el mantenimiento y, en su caso, ampliación de los edificios escolares; el posible arrendamiento a terceros de inmuebles para uso escolar; el pago a asistentes espirituales; las posibles prestaciones de profesionales que no forman parte del personal (docente o de administración y servicios) de la escuela; la residencia de estudiantes; la enseñanza prestada a estudiantes que no sean malteses[17].

A cargo de la Iglesia y del Estado, conjuntamente, estarán las retribuciones del personal docente y no docente, así como los gastos generales, que se calculan en un 10% del importe total bruto de esas retribuciones.

A ese fin, la Iglesia concurrirá con el importe del rédito anual del capital obtenido de sus propiedades inmobiliarias, que será gestionado a través de una fundación específica, la Fundación para las Escuelas de la Iglesia, y mediante los pagos directos que efectúe en favor de los religiosos que presten su labor en estas escuelas.

---

[12] Preámbulo AEI.
[13] Artículo 1 AEI.
[14] En particular, el «National Minimum Curriculum» y las «National Minimum Conditions». Artículo 2 AEI.
[15] Artículo 3 AEI.
[16] Artículo 5 AEI.
[17] Artículo 6.1 AEI.

El Estado contribuirá a la financiación incorporando la diferencia entre el importe total y la cantidad aportada por la Iglesia. Esa cuantía será entregada al Fondo para las Escuelas de la Iglesia, dependiente de la Comisión de Educación de la Conferencia Episcopal de Malta, en seis cuotas bimestrales. Indirectamente, también, el Estado contribuye eximiendo a los centros de ciertas tasas[18]. Además, asegura a los enseñantes y estudiantes de las escuelas de la Iglesia las mismas ventajas que dispensa a los de escuelas públicas (cursos de actualización, ayudas al estudio, etc.)[19].

2.2. La enseñanza de la religión católica

La superación de las querellas entre los gobiernos laboristas y la jerarquía eclesiástica maltesa, como dijimos, vino de la mano del triunfo de la derecha —que en Malta es nacionalista y tradicionalmente ha estado ligada a las posiciones católicas—, a través de la suscripción el 16 de noviembre de 1989, por un lado, del Acuerdo entre la República de Malta y la Santa Sede para la mejor regulación de la instrucción y la educación religiosa católica en las escuelas del Estado (en adelante, AMIE), suscrito por el Ministro de Educación en representación del Estado y el Nuncio apostólico, en representación de la Santa Sede, y, de otro, el Acuerdo para la aplicación de la instrucción y educación católica en las escuelas del Estado (en adelante, AAIE), suscrito entre el Presidente de la Conferencia Episcopal de Malta y el Ministro de Educación[20].

Conforme al primero de dichos acuerdos, la República de Malta garantiza la presencia de la instrucción y la educación religiosa católica en las escuelas estatales de cualquier orden y grado. No obstante, nadie podrá ser obligado a recibir tal instrucción o educación[21], cuyo contenido es fuertemente doctrinal y complementario del propiamente catequético que se imparte en el seno de la Iglesia (Gellel, 2015; Sultana, 2020) y, aunque no faltan quienes han formulado nuevas propuestas para este tipo de enseñanza, lo esencial de su naturaleza no parece previsible que llegue a variar (Gellel, 2007; Roebben, 2015).

La enseñanza tendrá lugar conforme a la doctrina de la Iglesia, según los programas y métodos establecidos por la Conferencia Episcopal de Malta, a quien compete además preparar y elegir los libros de texto para los estudiantes y las guías para los docentes; tendrá un estatus y una importancia equivalente a la de las otras materias principales del programa escolástico y su impartición correrá a cargo de docentes que dispongan del reconocimiento de la idoneidad canónica por parte del obispo diocesano competente en razón del territorio en que se encuentra la escuela[22].

---

[18] Artículos 6.2, 8 y 13 AEI.
[19] Artículos 9 y 10 AEI.
[20] A.A.S., vol. XC (1998), núm. 1, pp. 30-41.
[21] Artículo 1, AME.
[22] Artículo 2 AME.

El segundo instrumento, dirigido a la aplicación del otro texto, aborda distintos argumentos de entre los cuales me referiré brevemente a los siguientes:

1. Régimen del profesorado encargado de la impartición de la enseñanza religiosa católica.
2. Régimen de impartición de la enseñanza religiosa católica.

2.2.1. *Régimen del profesorado encargado de la impartición de la enseñanza religiosa católica*

Es competencia del Estado el nombramiento de los profesores que se dedicarán específicamente a la impartición de religión católica, ahora bien, las autoridades cuidarán que el encargo recaiga sobre personas que han recibido la autorización del obispo competente y, en el caso de los profesores que imparten religión junto a otras materias (como ocurre en Primaria), bastará que no existan objeciones por parte del obispo[23].

Del mismo modo, la autoridad estatal adoptará las medidas necesarias para separar a los profesores de la impartición de la materia cuando el ordinario considere que «no se adecúan en contenido o método, o cuando su conducta o el grado de fe que profesan hace difícil que puedan considerarse testimonios apropiados de la fe que están llamados a enseñar»[24].

En este sentido, el acuerdo subraya que quienes tienen encomendada la enseñanza religiosa en las escuelas del Estado, deberán reunir ineludiblemente los siguientes requisitos[25]:

— Convicción religiosa seria.
— Situación personal acorde con la moral católica de la que el profesor ha de dar testimonio.
— Ausencia de cualquier tipo de actitud que pudiera incidir en la dignidad de su función.
— Cualificación profesional y académica necesarias.

Qué ha de entenderse por «cualificación profesional y académica» aparece indicado en el artículo 2 del Acuerdo, en el caso de los enseñantes de Secundaria, se concreta en:

— Grado o diploma en Teología o Estudios religiosos reconocido por la Conferencia Episcopal de Malta.

---

[23] Artículo 1, apartados 1 y 2, AAIE.
[24] Artículo 1, apartado 3, AAIE.
[25] Artículo 2, apartado 1, AAIE.

— Certificado de haber completado el curso de Estudios de Teología en un seminario católico u otra institución reconocida por la Conferencia Episcopal de Malta.
— Grado universitario en Educación (o un certificado de enseñanza equivalente) obtenido en una institución reconocida por la Conferencia Episcopal de Malta.

Por último, con carácter subsidiario, el Ordinario puede considerar la experiencia en la enseñanza de religión en escuelas o instituciones religiosas laicas durante un cierto número de años.

Para los profesores de Primaria y los profesores que enseñan Religión como parte de sus responsabilidades habituales, se establecen prácticamente las mismas responsabilidades que acabamos de describir. A modo de corolario podríamos señalar que, desde el inicio de este siglo, se viene exigiendo a los profesores de enseñanza religiosa católica de Primaria que dispongan de *B.Ed. (Hons)* especializado en Primaria y hayan cursado 10 unidades de estudio en Pedagogía y metodología de ERC para Educación Primaria. No obstante, la mayoría de los profesores que han obtenido el certificado de idoneidad disponían de un *B.Ed. (Hons.)* especializado en Educación Religiosa o una titulación de Grado que, al menos, incorporase 60 créditos en Teología, así como un curso de posgrado (PGCE) de un año o bien un máster en Teología junto a un curso específico de Pedagogía[26].

Todos ellos están obligados a realizar cursos de formación y actualización organizados por las autoridades eclesiásticas[27].

2.2.2. *Régimen de impartición de la enseñanza religiosa católica*

Por último, el acuerdo se refiere al tiempo será dedicado a la enseñanza de la Religión católica. Dice al respecto que será adecuado a su consideración como asignatura escolar y, en todo caso, no será menos de media hora al día en Primaria y no menos de hora y media semanal en cualquiera de los cursos superiores. Esto se concreta hoy en unos porcentajes de entre el 7,8% y 9,5%[28].

Prácticamente todas las escuelas públicas comienzan su actividad cotidiana con una asamblea que incluye alguna oración o canciones religiosas y, entre las actividades educativas, es habitual encontrar que una parte de ellas están vinculadas a acontecimientos religiosos o, directamente, incluyen la asistencia a actos de culto con motivo de festividades locales o nacionales. Del mismo modo, es habitual la presencia de símbolos y motivos religiosos,

[26] Artículo 2, apartado 2, AAIE.
[27] Artículo 2, apartado 3, AAIE.
[28] Artículo 2, apartado 4, AAIE. El detalle de las horas y contenidos puede verse en VV. AA. (2008), pp. 22-23.

tanto en las aulas como en los espacios comunes (Giordmaina-Zammit, 9), algo tremendamente inapropiado para esos esos espacios (Celador, 2020a). No faltan autores que, además, subrayan el carácter «eurocéntrico» del currículum escolar —hablan incluso de «ejercicio de hegemonía cultural»— y denotan la desatención —cuando no hostilidad— hacia la diversidad (Chircop, 71). Más grave es aún la separación por sexos en centros católicos, manteniendo tradicionales sesgos de género, opuestos —a mi modo de ver— con los valores democráticos (Celador, 2020b y c).

2.3. La alternativa a la asignatura de religión católica

En 1988, el Primer Currículum Nacional, en relación a la educación primaria, equiparaba el valor educativo de la formación moral y la formación religiosa, por cuanto ambas permiten al menor «actuar conforme a lo que es adecuado, amar a sus semejantes y venerar a Dios». Al regular la educación secundaria, distinguía cinco contenidos esenciales, uno de ellos —denominado significativamente «normativa básica»— comprende la enseñanza de conocimientos sobre religión, ciudadanía, actitud positiva hacia el medio ambiente y deporte. Estos contenidos habrían de ser «comunes a todas las escuelas y niveles», si bien las familias «dispondrían de la posibilidad de excluir la enseñanza religiosa por razones de conciencia» (Giordmaina, Wain). No se establecía, sin embargo, una alternativa precisa para quienes excluyeran la participación en actividades o enseñanzas católicas.

En 1999, el siguiente currículum nacional *(Creating the future together/ Creando juntos el futuro),* manteniendo el derecho a quedar al margen de la enseñanza religiosa católica, remite para su impartición al procedimiento fijado en el Acuerdo entre el Estado maltés y la Santa Sede de 1989. Conforme al currículum de 1999, los profesores deberán proporcionar algún tipo de actividad educativa alternativa a los alumnos que opten por no seguir los contenidos religiosos [una media hora diaria, en Primaria, y una hora y media semanal, en Secundaria], dicha actividad habría de estar orientada a la formación en los «valores universales que fundamentan la convivencia. Será en el Tercer currículum, en 2012 *(A national curriculum framework for all/Un sistema curricular nacional para todos),* donde se otorgue a esa alternativa el carácter de asignatura diferenciada bajo la denominación de «Educación ética».

El currículum nacional vigente, recomienda que para quienes no sigan la Enseñanza de Religión Católica se oferte o bien una programación de Educación ética *(Ethical Education Programme)* o, si no fuera posible, una programación relativa al Conocimiento del hecho religioso *(Comparative Religious Programme)*[29].

[29] El texto del currículum nacional vigente puede consultarse en https://curriculum.gov.mt/ [consultado 20 de septiembre de 2022].

La Educación ética tiene como objetivo acompañar a los estudiantes en un proceso de reflexión acerca de su identidad personal, incluida su condición de ciudadanos malteses. De ese modo, junto al proceso de introspección, se fomenta el acercamiento crítico a los valores democráticos y su realización en la vida política y social (Giordmaina-Zammit, 6).

La Educación ética, metodológicamente está construida sobre la denominada Filosofía para niños *(Philosophy for children),* surgida en Estados Unidos en los años setenta[30].

Por lo general, el profesor busca interpelar al alumno —a través de narraciones, películas, dibujos, estudio de casos, proposición de dilemas— para luego ir identificando y desgranando las cuestiones éticas que hay detrás de ellos, buscando que, conforme a su edad, el alumnado desarrolle su capacidad de razonar y pensar críticamente y argumentar ante el resto de la clase, exponiéndose a las argumentaciones del resto, para sopesar la validez de estas y el grado en que han de incidir y modificar las formulaciones iniciales. Tareas que van desde la realización de presentaciones individuales a diversos tipos de trabajos en grupo (Giordmaina-Zammit, 7).

Como telón de fondo, se encuentra la promoción de los valores democráticos comunes y los derechos humanos universales, subrayando particularmente en cómo son formulados y reconocidos por las normas europeas y las normas maltesas, de modo que los estudiantes conozcan cómo son promovidos y cómo son protegidos frente al sexismo, la homofobia, los abusos, la tortura o la violencia de género.

Los obispos malteses desde el primer momento rechazaron que la asignatura de Educación ética pudiera impartirse en las escuelas católicas, al considerar que iba en contra del ideario de los centros católicos y, efectivamente, quedaron excluidos del programa.

Por su parte, la comunidad musulmana —la minoría religiosa más extensa del país— solicitó al Gobierno que permitiera la enseñanza religiosa islámica como una alternativa más a la enseñanza religiosa católica. El Gobierno hizo notar el alto coste económico y la dificultad de articular una enseñanza religiosa de calidad en el caso de esta comunidad. El Estado maltés arguyó que «en primer lugar, no disponía de un número suficiente de profesores cualificados para enseñar la religión islámica; en segundo lugar, los estudiantes musulmanes se encuentran muy dispersos a lo largo del territorio, lo que hace muy difícil de justificar el coste adicional cuando habría un pequeño número de beneficiarios en cada escuela; por último, se argumentó que si la enseñanza religiosa islámica se implementaba en las escuelas, la enseñanza de otras religiones debería ser igualmente considerada (Bonnici, 2017).

---

[30] Sobre esta materia, puede consultarse Trickey, S. y Topping, K. J. (2004), pp. 365-380; Lipman, M. (2016), pp. 17-39).

La Administración ofreció, finalmente, que esa enseñanza confesional tuviera lugar en el ámbito escolar público pero fuera del horario lectivo, opción que fue aceptada por la representación islámica.

2.4. Universidad y Facultad de Teología

El origen remoto de los estudios de teología en Malta se encuentra en la erección del *Collegium Melitense,* creado por el Papa Clemente VIII el 12 de noviembre de 1592, facultando a los jesuitas a proceder a la impartición de las enseñanzas. Se trataba de un *collegia externorum,* dirigido a estudiantes ajenos a la orden jesuita. Roma consideró que podrían resultar un instrumento útil para la consolidación en el territorio de las previsiones tridentinas y, de algún modo, fortalecer la posición pontificia frente al poder abrumador de la Orden de San Juan. Mediante sucesivas bulas concedidas durante el siglo XVI, el *Collegium* recibió la potestad de conferir los grados de *Magister Philosohiae* y *Doctor Divinitatis,* así como el encargo de continuar los estudios de Gramática y Humanidades. En el siglo XVII, a esos estudios se añadieron otros de medicina a expensas del Gran Maestre de la Orden de San Juan[31].

En 1768, la Orden de San Juan decidió la expulsión de los jesuitas y la confiscación de todo su patrimonio mueble e inmueble. Lejos de suponer el fin de la tarea educativa desarrollada, este hecho supuso la creación de la Universidad a iniciativa del Gran Maestre, previa autorización de la Santa Sede, concedida mediante breve de 20 de octubre de 1769, por el cual se admitía dedicar lo obtenido en las confiscaciones al establecimiento de la *Pubblica Università di Studi Generali* mediante decreto firmado el 22 de noviembre de 1769 (Koster, 1983, 309).

Consolidados los estudios durante el siglo XIX, la Facultad de Teología incluyó tradicionalmente en su currículum la Teología Dogmática y Moral, así como el Derecho canónico. En 1915, se suman otras dos materias: Sagradas Escrituras y Hebreo. En 1937, la Santa Sede y el Gobierno Británico convinieron la adaptación de los estudios de Teología a la constitución pontificia *Deus Scientiarum Dominus,* incorporando novedades como la adición de un quinto año para el doctorado, dos nuevas cátedras (Patrología y Liturgia e historia de la Iglesia y Arqueología cristiana), así como un nuevo curso de Filosofía Escolástica (Gellel, 2013).

De conformidad con el Decreto *Gravissimum educationis,* número 10, del Concilio Vaticano II, desde 1968, la Facultad de Teología incorporó la Diplomatura en Teología dirigida a personal laico de la Iglesia. En 1969, la Santa Sede autorizó a varias órdenes religiosas la puesta en funcionamiento de un

[31] Una breve sinopsis en Università ta Malta, The University of Malta. History. https://www.um.edu.mt/about/history/ [consultado 20 de septiembre de 2022].

Institutum Nationale Studiorum Ecclesiasticorum Religiosorum Melitensium (INSERM) dirigido esencialmente a que sus miembros pudieran estudiar Filosofía y Teología (Bonnici, 162-163).

La oportunidad de la presencia de esos estudios en la Universidad pública nunca fue cuestionada, entre otras cosas, porque las normas reguladoras de ésta siempre concedieron un lugar preponderante a los valores católicos. Ya en el siglo XX, los Estatutos de 1947 y 1958, señalaban que «la Religión Católica y Romana es el fundamento de la educación y no será permitida ninguna enseñanza contraria a sus principios». Del mismo modo, el Estatuto número 15 de 1973, establecería que: «La Religión Católica será la religión de la universidad».

Así fue, al menos, hasta que el Gabinete Mintoff decidió en 1978 suprimir la presencia de esos estudios por considerar que no eran compatibles con la finalidad de la universidad pública ni con las necesidades socioeconómicas del país. Ciertamente, despertaba escasa simpatía entre los laboristas malteses, para quienes «la Facultad de Teología y el Departamento de Filosofía eran bastiones del conservadurismo, donde encontraban eco los dogmas pero no las ideas nuevas» (Schembri, 146). Parece que habrían de considerarse estos hechos como parte de la tendencia secularizadora defendida por el gobierno y, al tiempo, como un episodio dentro de la lucha contra la oligarquía maltesa que, entre otras consecuencias, daría lugar a la clausura de las facultades de Humanidades y Medicina —muy vinculadas a la *intelligentsia* tradicional— o, incluso, a la creación de un sistema nacional de salud que redujo considerablemente las instituciones sanitarias privadas (Koster, 1994, 316-317; Mayo, 9).

Así las cosas, la mayor parte de los profesores religiosos se vieron obligados a abandonar la Universidad, aunque siguieron impartiendo sus lecciones en la Facultad de Teología fundada por la Iglesia de Malta, con la aprobación de la Santa Sede (Mayo, 6).

El cambio de rumbo político a mediados de los ochenta, dio lugar a un acuerdo con la Santa Sede el 26 de septiembre de 1988 que determinaría el restablecimiento de la Facultad en el seno de la Universidad pública[32].

---

[32] *Accordo tra la Santa Sede e il Governo (1988) della Repubblica di Malta sull'incorporazione della Facolta di Teologia nell'Universita di Malta + Allegato + Protocollo Aggiuntivo* (1995). AAS 90, 24-30. En cuanto al ordenamiento maltés, formalmente, el 3 de marzo de 1995 se procedió a modificar la Ley de Educación, mediante Act. núm. II 1995, *Act to amend the Educalion Act,* cap. 327; en concreto, es el artículo 5 el que incorpora como Título III el contenido en inglés e italiano de los acuerdos suscritos con la Santa Sede entre 1988 y 1995. *Suppliment tal-Gazzetta tal-Gvern ta' Malta,* núm. 16081. 3 *ta' Marzu*, 1995, *Taq sima* A. Véase Leġiżlazzjoni Malta, 3 de marzo de 1995, www.legislation.mt/ [consultado 20 de septiembre de 2022].

2.4.1. *La Facultad de Teología en el Acuerdo entre el Gobierno maltés y la Iglesia católica de 1988*

2.4.1.1. Una naturaleza dual

En el preámbulo del Acuerdo (en adelante, AFT), superando la polémica secularizadora que hemos referido, ambas partes hacen constar que la causa del mismo reside en las ventajas de carácter científico, cultural y social que derivarán de una más estrecha relación entre la Facultad de Teología y la Universidad de Malta.

Dada la naturaleza dual de la facultad, estatal y eclesiástica, en el acuerdo se abordan aspectos esenciales de su ordenación que resultan de mutuo interés para las dos instituciones.

Así, proporcionará títulos que, se dice, tendrán valor tanto público como privado[33], desde la óptica del primero, deberán cumplirse los requisitos dispuestos por la normativa estatal. En la época de suscripción del Acuerdo, esos requisitos eran los determinados unilateralmente por la República de Malta[34]; desde 2004, completado el proceso de adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior, las condiciones vienen en parte determinadas por las disposiciones comunitarias[35].

Su personal docente e investigador, en el acceso a la academia y el ejercicio de la cátedra, habrá de cumplir tanto requisitos previstos por el derecho maltés como por el derecho canónico. De un lado, quienes concursen a alguno de los puestos, deberán disponer previamente de un certificado del arzobispo de Malta de que no existe ninguna objeción canónica en su contra. De otro, para aquellas materias impartidas atinentes a la fe y a la moral, la Universidad comunicará al arzobispo el nombre del candidato elegido en el concurso para que reciba el nombramiento como docente después de que haya realizado su profesión de fe ante el propio Ordinario y obtenido de él la *missio canonica*[36].

---

[33] Artículo 2 AFT.

[34] Véase *L.N: 103/1988. Education Act, 1988 (Act XXIV of 1988), Regulations for the Degree of Bachelor in Sacred Theology (S.Th.B.); L.N. 157 of 1990. Education Act, 1988 (Act N.. XXIV of 1988), Regulations for the Degree of Bachelor of Sacred Theology (S.Th.B.) (B 978); L.N. 104 of 1988. Education Act. 1988 (Act XXIV of 1988). Regulations for the Degree of Bachelor of Arts in Religious Studies [B.A. (Rel. Stud.); L.N. 109 of 1994. Education Act (cap. 327). The Bachelor of Arts in Theology and Human Studies (Honours) - B.A. (Hons.) - Degree Course Regulations, 1994 (B 712); L.N. 111 of 1994. Education Act (cap. 327). The Bachelor of Arts in Theology and Human Studies (Honours) - B.A. (Hons.) - Degree Course Regulations, 1994 (B 721).*

[35] Véase, ad. es., *L.N. 127 of 2004. Education Act (cap. 327). General Regulations for University Undergraduate Awards (B 1675); L.N. 148 of 2005. Education Act (Cap. 327) Bye-Laws of 2005 in terms of the General Regulations for University Undergraduate Awards, 2004 for the Degree of Bachelor of Sacred Theology - S.Th.B. - under the auspices of the Faculty of Theology; L.N. 356 of 2005 Education Act (Cap. 327) Bye-Laws of 2005 in terms of the General Regulations for University Undergraduate Awards, 2004, Pre-Tertiary Faculty Certificate in Youth Ministry under the auspices of the Faculty of Theology.*

[36] En cuanto a la ordenación de los estudios y requisitos académicos y canónicos de los docentes de la Facultad de Teología, el acuerdo remite a lo previsto en la Constitución Apostólica *Sapien-*

Igualmente, en cuanto a la financiación de la Facultad, se prevé la mutua colaboración; en particular, por parte de la Iglesia esta tendrá lugar a través de la Fundación para los estudios teológicos, erigida por Decreto del Arzobispo de Malta de 26 de septiembre de 1988[37].

Para ordenar la contribución económica respectiva, en 1988 se suscribió un acuerdo específico, complementario del que venimos comentando[38]. De conformidad con sus previsiones, de un lado, el Gobierno de Malta financiará la Facultad de Teología siguiendo los mismos criterios que adopte en cada momento para las demás facultades. De otro, la Archidiócesis de Malta, a través de la Fundación de Estudios Teológicos, contribuirá económicamente «en la medida que considere necesaria» hasta «como máximo, el equivalente a la asignada por el Gobierno». De este modo, la Facultad certificará ante la Fundación su previsión financiera, a la vista de la cual, elaborará su propia previsión de gastos, informando al decanato de la Facultad y trasladando trimestralmente, a partir de entonces, la correspondiente aportación. Si hubiera un remanente al final del ejercicio económico, se reembolsará a la Fundación[39].

Al margen de lo anterior, la Fundación contribuye a facilitar algunas ayudas económicas a estudiantes de los distintos grados y posgrados impartidos en la Facultad, al fomento de la investigación en teología y pastoral, así como a la capacitación de personas para la realización de labores de catequesis, ética profesional, pastoral y ejercicio del ministerio sagrado[40].

Para garantizar la integración de la Facultad en la Universidad, se ha dispuesto que el presidente de la Fundación —o la persona en quien delegue— forme parte del Consejo de gobierno de la Universidad y que otros dos representantes de la Fundación formen parte de la Junta de la Facultad de Teología[41].

---

tia christiana, de 15 de abril de 1979, y las disposiciones canónicas dictadas en su desarrollo. Artículo 4 AFT.

[37] La Fundación tiene su sede en el lugar donde entre 1978 y 1988 estuvieron ubicados los estudios teológicos, en el Seminario tal Virtù, en Rabat. Véase Archidiocese of Malta: Foundation for Theological Studies, https://church.mt/theology/foundation-for-theological-studies/ [consultado 20 de septiembre de 2022].

[38] Acuerdo entre el Gobierno de Malta y la Archidiócesis de Malta para la financiación de la Facultad de Teología de la Universidad de Malta de 26 de septiembre de 1988. Los datos relativos a su publicación son los indicados anteriormente.

[39] Artículos 1 a 5 del Acuerdo para la financiación.

[40] Los estudios becados son: *B.A. (Hons) Theology (Part-time), Master of Arts in Bioethics, Master of Arts in Business Ethics, Master of Arts in Environmental Ethics, Master of Arts in Religious Studies, Master of Arts in Theology*. Acerca de todo ello, véase Foundation for Theological Studies. G*uidelines for Financial Assistance for Undergraduate and Postgraduate Students at the Faculty of Theology at the University of Malta. Academic Year 2019-2020.* https://ms.maltadiocese.org/ [consultado 20 de septiembre de 2022].

[41] Artículo enmendado por el *Protocollo Aggiuntivo All'accordo Tra La Santa Sede E Il Governo Della Repubblica di Malta sull'incorporazione della Facoltà di Teologia nell'università di Malta*. Suscrito en La Valletta (Malta), el 26 de enero de 1995. A.A.S., vol. XC (1998), n. 1, pp. 24-30.

2.4.1.2. Organización interna y estudios

El Anexo al AFT configura la facultad en torno a seis departamentos que siguen vertebrándola todavía hoy.

Esos seis departamentos son: Teología Fundamental y Dogmática (que incluye Ecumenismo); Teología Moral (que incluye Teología Espiritual y Ascética); Sagradas Escrituras, Hebreo y Griego; Historia de la Iglesia, Patrística y Arqueología paleocristiana; Teología Pastoral, Derecho Canónico y Liturgia y, finalmente, de Filosofía.

Conforme al Anexo al AFT, la Facultad de Teología habría de impartir tres titulaciones diferentes. La más completa, de cinco años de duración, permite acceder al grado de *bachelor (S.Th.B.)*[42]; la segunda, de tres años de duración, lleva a obtener el de *licenciado (S.Th.L)*[43]. La tercera, de dos años de duración, diplomado[44].

El paso del tiempo y la necesaria adecuación al Espacio Europeo de Educación Superior, ha determinado que en la actualidad se impartan otras titulaciones, como máster (de entre cuatro y seis semestres de duración)[45], diplomas de posgrado (4 semestres)[46], cursos especializados para estudiantes que han finalizado estudios de Secundaria[47] y doctorado[48].

3. Conclusiones

La ordenación concordataria de la enseñanza religiosa católica en los niveles de Primaria y Secundaria, pone a los Estados frente a contradicciones difícilmente sorteables desde la perspectiva de los principios superiores del ordenamiento jurídico, particularmente la igual libertad.

En el caso maltés, la configuración con características similares a las de asignaturas obligatorias, la financiación por parte del Estado, la sumisión de este a los criterios de la jerarquía católica en orden al inicio y cese de la re-

---

[42] Tres en este momento: *B.A. (Hons) in Theology, B.A. (Hons) in Theology (with Maths/Physics/Philosophy), B.A. in Theology (and Human Studies).*

[43] Únicamente a día de hoy *Licentiate in Sacred Theology (S.Th.L.).*

[44] Actualmente se imparte el *Diploma in Religious Studies [Dip. Rel. St. (Melit.)].*

[45] En el curso vigente se ofertan los siguientes: *Master in Theology (M.Th.), M.A. in Religious Studies, M.A. in Theology, M.A. in Business Ethics, M.A in Environmental Ethics, M.A. in Spirituality, M.A. in Spiritual Companionship M.A. in Bioethics, M.A. in Christian Faith Formation, M.A. in Catholic School Leadership, M.A. in Matrimonial Canon Law, M.A. in Youth Ministry.*

[46] Este curso se ha ofertado un *Postgraduate Diploma in Pastoral Psychology.*

[47] Como el *Certificate in Safeguarding of Children and Young People,* dirigido a adquirir capacidades que ayuden a promover el bienestar de niños y adolescentes, conocer los principios éticos y obligaciones que se asumen en el trabajo con menores, detectar posibles signos de abusos y responder eficazmente cuando surjan.

[48] Se han configurado al efecto las siguientes áreas temáticas: Bioética, Espiritualidad, Pastoral de juventud y familia, Teología, Historia de la Iglesia, Ética de los negocios, Sagradas escrituras, Ministerio pastoral, Liturgia, Catequesis, Patrología, Derecho canónico, Evangelización y Estudios religiosos.

lación laboral —renunciando a los procedimientos que han de caracterizar a las administraciones públicas democráticas— nos hacen comprobar en el ordenamiento jurídico de este país las mismas incoherencias que tantas veces se han señalado en otros, como el italiano o el español.

Es interesante, al menos, comprobar que el compromiso constitucional respecto a las escuelas públicas no se trasladara a los centros escolares privados, de manera que estos no se encuentran en la obligación de ofertar la enseñanza confesional. También lo es que haya ido abriéndose paso la presencia en todas las escuelas de materias específicas dirigidas a fomentar el conocimiento del otro, de los valores cívicos y los derechos humanos. Menos entendible es que el Estado maltés no haya dado lugar a la presencia de otras enseñanzas religiosas en los centros o que centros privados de titularidad no confesional católica accedan a un estatuto equivalente al que ostentan estos últimos.

Finalmente, un ejemplo palmario de la dificultad de casar la confesionalidad maltesa con otros principios y derechos constitucionales, aparece, a mi juicio, con la presencia en la Universidad pública de la teología católica, a través de una facultad diseñada, en parte, con los mimbres de las demás facultades y en parte, también, sujeta a disposiciones eclesiales que separan a su personal docente e investigador del régimen general hasta un punto que vuelve inconciliable con aquel aspectos tan centrales como requisitos elementales del acceso y permanencia en el empleo público y el ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad de cátedra.

No es esta la ocasión para profundizar en las contrariedades que detectamos pero, en línea con lo que indicara Ana Fernández-Coronado al referirse al modelo de relación español surgido de la Constitución de 1978 (Fernández-Coronado, 25), tengo la impresión de que también en Malta es preciso y urgente desarrollar los derechos fundamentales de libertad e igualdad, atrofiados por el sistema confesional y la fijación sistemática y unitaria de un programa de cooperación con las confesiones según los criterios esenciales a esos principios-derechos constitucionales.

A partir de esta hipótesis y teniendo presentes las pautas dispuestas en la obra de Fernández-Coronado sobre las relaciones del Estado con las confesiones religiosas, me propongo seguir el trabajo de investigación iniciado en este homenaje.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Álvarez, L. (2005). Los fundamentos de la Constitución de Malta. *Revista Española de Derecho Constitucional, 74,* mayo-agosto.

Bartolo, P. A. (2010). The process of teacher education for inclusión: the Maltese experience. *Journal of Research in Special Educational Needs, 10*(1), 139-148.

Bettetini, A. (2010). Religion and the Secular State in Malta. En VV.AA., *Religion and the Secular State/La religion et l'État laïque Interim National Reports; Ra-*

pports Nationaux Intermédiaires issued for the occasion of The XVIIIth International Congress of Comparative Law/Le XVIIIe Congrès international de droit comparé. UCM, Provo (EEUU).

Bonnici, A. (1975). *History of the Church in Malta (vol. IV). Period IV - 1800-1975.* Veritas Press, Zabbar (Malta).

Bonnici, A. (2017). Only «Realistic» Option is to Teach Islamic Studies after School Hours. *The Malta Independent,* 7 de abril de 2017.

Celador Angón, O. (2020a). Neutralidad de los poderes públicos y símbolos políticos. *Revista General de Derecho Administrativo, 53.*

Celador Angón, O. (2020b). Libertad de conciencia, integración e inmigración. Lecciones desde el Reino Unido. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, 43.*

Celador Angón, O. (2020c). El modelo de educación diferenciada en la reciente doctrina constitucional, derechos y libertades. *Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, 42,* 27-60.

Chircop, L. (2014). Muslim Students in Malta: citizens at the margins. *Policy Futures in Education, 12*(1), 67-78.

Fernández-Coronado González, A. (1995). *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación (los pactos con las confesiones: leyes 24, 25 y 26 de 1992).* Civitas, Madrid.

Gellel, A. M. (2007). *Adapting Religious Education to Individual Requirements A means of being faithful to the Pedagogy of God in the classroom.* Estratto della Tesi di Dottorato, Foundation for Theological Studies, Tal-Virtù, Malta.

Gellel, A. M. (2013). Studying at the Faculty of heology: A Study of Student Data 2003-2011. *Melita Theologica, Journal of the Faculty of Theology - University of Malta, 63*(1), 59-80.

Gellel, A. M. (2015). The Interdisciplinary Imperative of Catholic Religious Education. En M. T. Buchanan y A. M. Gellel (eds.), *Global Perspectives on Catholic Religious Education in Schools* (pp. 23-34). Netherlands, Springer International Publishing.

Giordmaina, J. y Zammit, L. (2019). Shaping the Identity of the New Maltese through Ethics Education in Maltese Schools. *Education Science, 9.*

Grima, G. (1985). The constitution and religion in Malta between 1921 and 1974. *Melita Theologica, 36*(2).

Koster, A. (1994). Malta's Relations with the Holy See in Postcolonial Times (Since 1964). *Melita Histórica, 3,* 311-323.

Koster, A. (1983). The Knights' State (1530-1798): A Regular Regime. *Melita Histórica, 8*(4), 299-314.

Lipman, M. (2016). Philosophy for Children. En *Metaphilosophy* (vol. 7, pp. 17-39). Wiley: Hoboken, NJ, USA.

Mayo, P. (2013). Higher Education, Socialism & Industrial Development. Dom Mintoff and the «Worker Student Scheme». *International Journal of Sociology of Education, 2*(1), 125.

Pardo Prieto, P. C. (2019). Malta: la isla católica de la corona británica. *Laicidad y Libertades: Escritos Jurídicos, 19.*

Roebben, B. (2015). New Wine in Fresh Wineskins. Rethinking the Theologicity of Catholic Religious Education. En M. T. Buchanan y A.-M. Gellel (eds.), *Global Perspectives 011 Catholic Religious Education in Schools* (pp. 51-61).

Schembri, C. (1982). *The Development of the Worker Student Scheme in Malta,* unpublished dissertation (B. Educ). University of Malta.

Sultana, C. M. (2020). Catechesis and Catholic Religious Education: Distinct Nonetheless Complementary. *Verbum Vitae, 37*(2), 365-379.

Trickey, S. y Topping, K. J. (2004). «Philosophy for children»: A systematic review. *Research Papers in Education, 19*(3).

VV.AA. (2008). *Religious Education in Malta. Reflections by the Catholic Community.* Archdiocese of Malta, Secretariat for Catechesis.

Wain, K. (1991). *The Maltese national curriculum: A critical evaluation.* Mireva Educational, Msida, Malta.

12 LA NUEVA LEGALIZACIÓN DE LA EUTANASIA Y SU PRÁCTICA, ¿CON GARANTÍAS?, EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA A TRAVÉS DE LA COMISIÓN DE GARANTÍA Y EVALUACIÓN

María José Parejo Guzmán.
Profesora Titular de Universidad.
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla (España).

1. Introducción.
2. El solicitante de la eutanasia en la nueva ley de regulación de la eutanasia.
3. El trabajo de la Comisión de Garantía y Evaluación de la eutanasia en Andalucía.
4. Conclusiones.

1. Introducción

En verano de 2021 entró en vigor en nuestro país la Ley de regulación de la eutanasia, que nos traía por vez primera su legalización[1]. Lleva ya en vigor más de un año, como norma y regla general de conducta, de aplicación, como puede leerse en la misma, «a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que actúen o se encuentren en territorio español».

Esta ley, como señala expresamente su preámbulo, «introduce en nuestro ordenamiento un nuevo derecho individual como es la eutanasia». De una parte, la ley entraña para todos los ciudadanos de este país la incorporación a sus respectivos patrimonios personales de un nuevo derecho, de exclusiva y excluyente titularidad propia, dotándose con ello a los ciudadanos de un poder, de una facultad de actuar, y de reclamar, hasta ahora inexistente. De otra parte, como norma que es, la ley reguladora de la eutanasia genera en la sociedad un deber general de respeto, al margen de potenciales conoci-

[1] Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. *BOE,* núm. 72, de 25 de marzo de 2021. Referencia: BOE-A-2021-4628.

mientos concretos. Pero, asimismo, esta ley, en aras de garantizar el ejercicio del derecho que reconoce, el de solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, caso de cumplirse determinados presupuestos, impone concretas obligaciones a las administraciones e instituciones concernidas, así como deberes al personal sanitario, traduciéndose en responsabilidades, aparte de las puramente éticas, legales.

También explica el preámbulo de la ley que «la regulación y legalización de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución Española». Se está refiriendo aquí, de un lado, a los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, a bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad. Se afirma en dicho preámbulo que es posible, a la vez que necesario, hacer compatibles estos derechos y principios constitucionales, para lo que se requiere una legislación respetuosa con todos ellos, y que no es suficiente despenalizar las conductas que impliquen alguna forma de ayuda a la muerte de otra persona, aun cuando se produzca por expreso deseo de esta, porque ello dejaría desprotegidas a las personas respecto de su derecho a la vida, que nuestro marco constitucional exige proteger. Afirma por el contrario que lo que se busca es legislar para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida de quien se encuentre en lo que el legislador ha venido a considerar un contexto eutanásico, es decir, en «una situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad grave e incurable, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables».

Es entonces cuando la propia ley se refiere en su preámbulo a las garantías y a la seguridad jurídica en la práctica de esta figura, cuestión que nos ha llevado a realizar este trabajo de investigación. Concretamente, se señala que «la presente Ley regula y despenaliza la eutanasia en determinados supuestos, definidos claramente, y sujetos a garantías suficientes que salvaguarden la absoluta libertad de la decisión, descartando presión externa de cualquier índole». Y no solo en ese momento alardea el texto legal de haber rodeado a la práctica de la eutanasia de las suficientes garantías y seguridad jurídica en su aplicación con la creación y aprobación de esta ley. También en el preámbulo, en otro párrafo, tras definir a la eutanasia como la actuación que produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo por dicha persona, y que se lleva a cabo en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios, vuelve a referirse a ello, señalando que el Estado está obligado a proveer un régimen jurídico que establezca las garantías necesarias y de seguridad jurídica y que, cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e

integridad, como es la que define el contexto eutanásico antes descrito, el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida. Insiste el preámbulo de la ley en que «han de establecerse garantías para que la decisión de poner fin a la vida se produzca con absoluta libertad, autonomía y conocimiento, protegida por tanto de presiones de toda índole que pudieran provenir de entornos sociales, económicos o familiares desfavorables, o incluso de decisiones apresuradas».

A la vista de estas últimas afirmaciones, nos preguntamos, ¿realmente se está rodeando a la figura de la eutanasia, con esta ley, de todas las garantías necesarias para que su práctica y despenalización sea jurídicamente aceptable?. Y nos cuestionamos esto como miembro vocal de la Comisión de Garantía y Evaluación de la eutanasia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en que llevamos algo más de un año aplicando esta ley y autorizando la práctica de la eutanasia en todos aquellos supuestos en los que entendemos que se cumplen todos los requisitos exigidos por la ley.

En este trabajo vamos a acercarnos a todo ello. Vamos a observar la definición y el tratamiento que realiza la ley de la figura de la eutanasia y vamos a observar cómo y qué se despenaliza exactamente. Vamos a analizar y a describir el trabajo que hacemos en la Comisión de Garantía y Evaluación de la eutanasia de la Comunidad Autónoma de Andalucía y vamos a explicar cómo nos limitamos a aplicar la ley y cuáles han venido siendo los resultados de dicha aplicación.

2. El solicitante de la eutanasia en la nueva ley de regulación de la eutanasia

Como es sabido, hasta no hace mucho, en nuestro país, causar o contribuir activamente a la muerte de una persona enferma y afectada por graves padecimientos, era una conducta penalmente relevante, pero la toma en consideración de esa situación de enfermedad y padecimiento, unido a que tal adelantamiento de la muerte del sujeto pasivo se llevara a cabo en respuesta a su petición, expresa, seria e inequívoca, determinaba un tratamiento atenuatorio de la pena que se encontraba en el artículo 143.4 del Código Penal, en el que, desde luego, el término eutanasia no aparecía para nada (García Álvarez, 2021a).

La cuestión es que, a pesar de ese tratamiento atenuatorio, desde hace algún tiempo se venía luchando por la legalización de la figura de la eutanasia desde ciertos sectores sociales. Sin embargo, al mismo tiempo, la posibilidad de su legalización también venía generando rechazo de otra parte de la sociedad, fundamentalmente, por existir un temor innegable a que eso fuera un medio fácil para aliviar el coste y la carga que, para sus familias, y para

las arcas públicas representan, en ocasiones, los ancianos y los enfermos (García Álvarez, 2021a).

Con independencia de que, como señalábamos en nuestra introducción, a partir de ahora, con la nueva ley, es una posibilidad real que los españoles podamos poner término a nuestras vidas si se dan ciertas circunstancias, con la ayuda e incluso colaboración ejecutiva —impune— de los facultativos, la regulación propuesta a la práctica de la eutanasia no ha sido recibida de forma unánime ni por los juristas, ni por el personal sanitario ni, en definitivas cuentas, por el conjunto de la sociedad española (García Álvarez, 2021b)[2].

Pasamos así a convertirnos en el sexto país del mundo en regular la eutanasia. Esta regulación y legalización de la eutanasia conlleva, consecuentemente, la modificación del artículo 143 del Código Penal antes citado. Es la Disposición final primera de la Ley Orgánica, de regulación de la eutanasia, la que lo modifica, en su apartado 4 y procede a añadirle un apartado 5, en los siguientes términos:

> «4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e intolerables, por la petición expresa, seria e inequívoca de ésta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.
>
> 5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de una persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia.»

Como puede observarse en el nuevo apartado 5 de este artículo, no responderá penalmente quien «causare o cooperare activamente a la muerte de una persona siempre y cuando sea cumpliendo lo establecido en la Ley orgánica reguladora de la eutanasia» y es precisamente esto lo que lleva a estudiar qué es exactamente lo que ha de cumplirse para que tal causación o cooperación activa a la muerte de otro, quede fuera del ámbito de lo penalmente relevante.

El artículo 1 de la ley, en su párrafo primero, ya empieza señalando que «el objeto de la 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». Esto significa, o implica, que solo ciertas personas van a tener el derecho a solicitar la prestación de la ayuda a morir, la cual ha de prestarse siguiendo un determinado procedimiento que se describe en la ley.

---

[2] Aclarar que esto se desprende de diferentes noticias publicadas sobre el tema en los principales periódicos del país. Véase, por ejemplo: https://www.abc.es/sociedad/eutanasia/; https://www.elmundo.es/t/eu/eutanasia.html; https://elpais.com/noticias/eutanasia/.

Pues nos quedamos con la primera parte, que exige que el solicitante de este derecho debe reunir una serie de requisitos. Concretamente, vamos a centrarnos en aquel que se refiere a que ha de «sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable» (artículo 5.1.*d*). Situaciones ambas que constituyen lo que, en el Preámbulo de esta Ley se identifica, a efectos de la misma, como el «contexto eutanásico» antes mencionado y en el que entiende admisible la legalización de la prestación de la ayuda para morir.

Creemos de suma importancia analizar en qué consiste cada una de estas situaciones, para lo que hay que acudir al artículo 3, apartados *b*) y *c*), en los que puede leerse:

> «*b*) Padecimiento grave, crónico e invalidante: Situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación; y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico.
>
> *c*) Enfermedad grave e incurable: la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva.»

Con la expresión «Padecimiento grave, crónico e invalidante», se dan cabida a limitaciones que inciden sobre la autonomía física del paciente y sobre sus actividades de la vida diaria, de manera que no puede valerse por sí mismo; así como sobre su capacidad de expresión y relación.

Con el término «Enfermedad grave e incurable» se alude a la que, por su naturaleza, origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva.

En nuestra opinión, hubiera sido más oportuno que la ley hubiera empleado una fórmula que englobase estos dos grupos de hipótesis reuniendo lo que de verdad entendemos imprescindible para encontrarnos ante un verdadero supuesto de eutanasia y que se pueda prestar la ayuda a morir a una persona de forma impune. Estamos hablando de que la persona que solicite que se le practique la eutanasia deba encontrarse «en una situación de enfermedad terminal e irreversible, abocada a una muerte próxima, considerándose que su vida carece de la calidad mínima para que merezca el calificativo de digna», que es lo que hemos venido exigiendo en nuestra definición de eutanasia y de acción eutanásica desde 2005 (Parejo Guzmán, 2005) y que entendemos que sí rodea a la figura de las suficientes garantías jurídicas (Díaz y García Conlledo y Barber Burusco, 2012).

Como ya señalásemos hace años, en nuestra opinión, el sujeto pasivo propio de la acción eutanásica es un enfermo que, encontrándose en una situación terminal o mortal, merece ser ayudado a morir, con el fin de aliviar sus insoportables dolores y sufrimientos (Llamazares, 2003), es decir, la persona frente a la que se llevará a cabo dicha acción. La principal y única característica que se exige a este sujeto, por tanto, para que pueda decirse que se está ante un supuesto de acción eutanásica, es que se trate de una persona que padezca una enfermedad terminal e irreversible y que esté ya abocado a una muerte próxima (Marcos del Cano, 1999). Este estado terminal o de irreversibilidad en que debe encontrarse el sujeto pasivo es exigible, en nuestra opinión, para que pueda hablarse de eutanasia, en aras de una mayor seguridad jurídica (Parejo Guzmán, 2005).

El que no se exija esa proximidad de la muerte es visto por algunos autores como un acierto (Gutiérrez Alonso, 2019), sin embargo, no estoy segura de que el que la muerte del paciente esté próxima no debiera ser un requisito ineludible para que pueda proceder la prestación de la ayuda para morir. De forma burda podría incluso decirse que, si el paciente no se está, de algún modo, «muriendo», hasta qué punto podría hablarse en estos casos de una verdadera prestación de «ayuda a la muerte» (García Álvarez, 2021b).

En nuestra opinión, y esta es la línea de opinión en la que también se han venido pronunciando posteriormente otros autores de nuestra doctrina, los términos empleados por la ley, antes señalados, en lo concerniente al solicitante de la eutanasia, no son nada precisos y ello ofrece una importante inseguridad jurídica (García Álvarez, 2021a).

3. El trabajo de la Comisión de Garantía y Evaluación de la eutanasia en Andalucía

Si bien ya hemos señalado que, en nuestra opinión, la ley no cubre de garantías a la figura de la eutanasia en lo que se refiere al paciente que la solicita, sí hemos de señalar que la preocupación del legislador por dotar del máximo nivel de garantías al procedimiento a seguir le ha llevado a dedicar dos capítulos de la Ley, uno a las garantías en el acceso a la prestación y otro a las Comisiones de Garantía y Evaluación (capítulos IV y V, respectivamente), además de otras garantías indirectas recogidas en varios preceptos distribuidos a lo largo del texto legal.

Todo esto revela la loable preocupación del legislador de que no se produzcan desviaciones, abusos o incluso prácticas ilegales. Al mismo tiempo, revela la conciencia del legislador sobre la vulnerabilidad de las personas afectadas y la desconfianza de que el sistema de medicalización de la eutanasia fuera del ambiente familiar puede ser propicio para realizar prácticas ilegales, contrarias a los intereses de los pacientes en situación grave y terminal, hayan solicitado o no la eutanasia (Romeo Casabona, 2021).

La ley orgánica de regulación de la eutanasia prevé la creación y constitución obligatoria de una Comisión de Garantía y Evaluación en cada una de las Comunidades Autónomas (art. 17 de la Ley). El régimen jurídico de las mismas será fijado por el gobierno de cada Comunidad Autónoma, por lo que su organización interna podrá ser distinta para cada Comisión, dejando abierta la posibilidad de que se establezcan criterios dispares en el ámbito de sus respectivas competencias, sin perjuicio de los mecanismos de homogeneización que se establecen en la ley estatal. En todo caso, será multidisciplinar, debiendo contar con personal médico, de enfermería y juristas, con un número mínimo de siete miembros. Asimismo, se establece para estos el deber de secreto (art. 19).

Por lo que se refiere a las funciones de estas Comisiones, en el artículo 18 de la Ley se establece que son las siguientes:

a) Resolver en el plazo máximo de veinte días naturales diversas reclamaciones. La variedad de reclamaciones, plazos, personas reclamantes y otros aspectos es muy elevada, siguiendo la línea de máxima burocratización que caracteriza a esta Ley, cuando debió haberse optado, por lo contrario, sin perjuicio de mantener las garantías necesarias.

b) Verificar en el plazo máximo de dos meses si la prestación de ayuda para morir se ha realizado de acuerdo con los procedimientos previstos en la ley. Es decir, una vez practicada la eutanasia. Nada hay que objetar a esta tarea, que puede servir de verificación y control ex post sobre la observancia real de los requisitos y procedimientos legalmente previstos. La detección del incumplimiento de alguno de los requisitos fundamentales podría generar dudas sobre la validez del proceso eutanásico y fundamentar los deberes legales de denuncia o de comunicación a las autoridades competentes por indicios de delito.

c) Detectar posibles problemas en el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley, proponiendo, en su caso, mejoras concretas para su incorporación a los manuales de buenas prácticas y protocolos.

d) Resolver dudas o cuestiones que puedan surgir durante la aplicación de la Ley, sirviendo de órgano consultivo en su ámbito territorial concreto.

e) Elaborar y hacer público un informe anual de evaluación acerca de la aplicación de la Ley en su ámbito territorial concreto. Dicho informe deberá remitirse al órgano competente en materia de salud.

f) Aquellas otras que puedan atribuirles los gobiernos autonómicos, así como, en el caso de las Ciudades de Ceuta y Melilla, el Ministerio de Sanidad.

«Sin perjuicio de las matizaciones comentadas, todas estas funciones se mueven en el ámbito de lo razonable» (Romeo Casabona, 2021, 305).

En España se practicaron 180 eutanasias el primer año de aplicación de la ley. Lo explicó la ministra de Sanidad, Carolina Darias, el junio en que se celebraba el acto conmemorativo del primer año de en entrada en vigor de la Ley de la eutanasia.

El problema, en muchos casos, radica en «definir qué es un sufrimiento insoportable». En los enfermos terminales no hay duda, pero sí hay casos en que dudas de las capacidades del enfermo. También de los motivos para pedir la eutanasia. Son los casos en que se acaba denegando la eutanasia.

Hablando con cifras en la Comunidad Autónoma de Andalucía, siendo la fuente directa de las mismas la Comisión de Garantía y Evaluación de la eutanasia en Andalucía, hasta la fecha, han llegado a la misma 74 expedientes, si se incluyen los que están en estudio a día de hoy, los no iniciados, etc.

En los años 2021 y 2022 se han llevado a su Comisión de Garantía y Evaluación de la eutanasia 51 solicitudes (2 en el año 2021 y 49 en el 2022). De las 51 solicitudes, 32 eran de hombres y 19 de mujeres.

De las 51 solicitudes hay 35 resoluciones con informe favorable del Médico Responsable y 16 expedientes con informe desfavorable.

De otra parte, hay 32 expedientes con informe favorable del Médico Responsable y del Médico Consultor.

Nos encontramos 30 informes favorables de la DUPLA, es decir, de las dos personas de la Comisión (un médico y un jurista) que se encargan de cada expediente.

Hay 20 reclamaciones vistas en el Pleno de la Comisión, de los cuales tres han sido estimatorias y el resto desestimatorias.

Las patologías a las que hacen referencia las solicitudes presentadas son las siguientes: Neurológica, 19; Oncológica, 10; Psiquiátrica, 4; Medicina Intensiva, 1; Pluripatológica, 13; Respiratoria, 3; Cardiovascular, 1.

Ha habido un total de 24 verificaciones de la prestación (14 en domicilio y 10 en el ámbito hospitalario).

Si bien hemos podido leer recientemente en la prensa que en esta Comunidad Autónoma se demora la aplicación de la Ley de la Eutanasia por falta de formación e información de los profesionales de la sanidad pública andaluza, hemos de señalar y señalamos con absoluto conocimiento de causa que, en Andalucía, se cumple con la Ley de la Eutanasia. Para ello el Servicio Andaluz de Salud (SAS) ofrece el procedimiento para solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, y tiene establecido el protocolo para sus profesionales, así como las garantías que han de observarse en un proceso de estas características.

Cabe señalar que todos los profesionales sanitarios que pueden intervenir en este proceso han recibido la información e instrucciones oportunas mediante los canales habituales de comunicación de los protocolos de trabajo en el SAS. Asimismo, se están realizando ediciones de formación continuamente y además existe asesoramiento continuo a cualquier profesional que lo solicita.

Ya antes de la entrada en vigor de la ley, se celebró una jornada de formación dirigida a los equipos directivos de la sanidad pública, donde partici-

paron de manera fundamental los Comités de Ética Asistencial de Andalucía (CEAS). Un grupo motor de estos comités explicó los distintos contenidos de la normativa. Los CEAS son un elemento fundamental en el desarrollo de la Ley dando apoyo y asesoramiento a todos los centros sanitarios o instituciones que lo integran.

Igualmente, varios grupo de expertos del SAS y de la Consejería de Salud y Consumo han trabajado intensamente para dar respuesta a las actuaciones que marca la Ley o relacionadas con ella, como son la difusión y la información sobre la misma, la formación de los profesionales, los procedimientos documentales que soportan los distintos procesos, las modificaciones necesarias en los sistemas de información e historia clínica, los protocolos asistenciales y el decreto por el que debe establecerse el procedimiento de objeción, entre otras acciones.

Con todo esto, la Junta de Andalucía se compromete con el mandato de la Ley y realiza todos los esfuerzos para garantizar su cumplimiento.

No obstante, consideramos esencial por supuesto seguir trabajando en ofertar a los pacientes todos los recursos posibles para su asistencia y, entre ellos, cuidados paliativos accesibles y de calidad.

Como miembro de la Comisión en Andalucía debo referirme al hecho de que la misma funciona a la perfección, aplicando y llevando a efecto lo señalado por la ley de manera estricta por lo que, si alguien quiere buscar disfunciones en las decisiones tomadas por ella, deberá hacerlo en el tenor literal de la ley. Igual la ley no es del todo acertada, debería haber rodeado a la figura de la eutanasia de mayores garantías jurídicas y, como advierte Payán Ellacuria (Payán Ellacuria, 2020), «la falta de certeza y de apoyo institucional puede tener como consecuencia un aumento de la medicina defensiva, lo que sería el efecto totalmente opuesto a lo pretendido».

4. Conclusiones

En primer término, hemos podido observar que esta Ley Orgánica regula, en realidad, algo que no es exactamente en nuestra opinión coincidente con la eutanasia, al referirse a unas prácticas, que, en cuanto al solicitante, no son constitutivas de una eutanasia en sentido estricto. En definitiva, la cuestión es si esta Ley, analizada en profundidad y con detalle, es lo suficientemente precisa y garantista. Considero que el legislador debería haber empleado una fórmula más clara y exigente que reuniera cuestiones que me parecen fundamentales para que se plantee la posibilidad de que se ayude a una persona a morir impunemente. Esto es, una merma de la salud en el paciente que le mantenga en una situación de enfermedad terminal e irreversible abocada a una muerte próxima. Es decir, considero que el solicitante se debe estar muriendo para que podamos hablar con propiedad de que se le está prestando ayuda para morir.

Y, en segundo término, entiendo que el problema radica en que la Ley Orgánica, de regulación de la eutanasia, ni exige que el paciente reúna los requisitos que entiendo deben concurrir, ni nuestro Sistema sanitario de Salud ofrece en el momento actual unos tratamientos paliativos adecuados para toda la población. Por lo que, siendo ésta la realidad, considero que esta Ley no debería haber sido aprobada en los términos en los que lo ha sido (Barquín Sanz, 2020), ya que, como advierte Payán Ellacuria, «la falta de certeza y de apoyo institucional puede tener como consecuencia un aumento de la medicina defensiva, lo que sería el efecto totalmente opuesto a lo pretendido» (Payán Ellacuria, 2020).

BIBLIOGRAFÍA

Barquín Sanz, J. (2020). «Despenalización de la eutanasia: no empezamos bien». *Almacén de Derecho*. Disponible en: https://almacendederecho.org/despenalizacion-de-la-eutanasia-no-empezamos-bien.

Díaz y García Conlledo, M. y Barber Burusco, M. S. (2012). *Nuevo Foro Penal, 79*.

García Álvarez, P. (2021a). La legalización de la eutanasia: la nueva redacción del artículo 143 del Código Penal, en sus apartados 4 y 5. En *Contra la política criminal de tolerancia cero: libro-homenaje al profesor doctor Ignacio Muñagorri Laguía*. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra.

García Álvarez, P. (2021b). La reforma del artículo 143 del código penal por la ley orgánica, de regulación de la eutanasia, ¿la despenalización de la eutanasia, «por fin»? *Revista General de Derecho Penal, 35*.

Gutiérrez Alonso, E. (2019). Consideraciones sobre la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el día 21 de mayo de 2018, *Gaceta médica de Bilbao: Revista Oficial de la Academia de Ciencias Médicas de Bilbao, 116*(2), 96-99. En: http://www.gacetamedicabilbao.eus/index.php/gacetamedicabilbao/article/view/703.

Llamazares, D. (2003). Libertad de conciencia y libertad de comportamiento. Conciencia y derecho (cap. V). En *Derecho de la libertad de conciencia (II). Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación* (2.ª ed., reelaborada y puesta al día). Civitas, Madrid.

Marcos del Cano, A. M. (1999). *La eutanasia, estudio filosófico-jurídico*. Marcial Pons, Madrid/Barcelona.

Parejo Guzmán, M. J. (2005). *La eutanasia, ¿un derecho?* Thomson-Aranzadi, Navarra.

Payán Ellacuria, E. (2020). Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de lege ferenda. *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas, 5*. Disponible en: https://ojs.ehu.eus/index.php/eguzkilore/article/view/21828/19648.

Romeo Casabona, C. (2021). La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal. *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto, 2,* 283-(303-305)314.

13 DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. TRANSPARENCIA Y GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LA DIVERSIDAD RELIGIOSA

José Daniel Pelayo Olmedo.
Profesor titular de Derecho eclesiástico del Estado.
UNED.

1. Afrontando un desafío práctico con implicaciones jurídico y técnicas: la gestión de la información registral.
2. El derecho de acceso a la información pública.
   2.1. Derecho de acceso y su contenido.
   2.2. Sujetos y legitimación para ejercitar el derecho de acceso.
   2.3. Resolución de los expedientes: causas de inadmisión y límites.
3. La transparencia administrativa: de la publicidad activa y sus obligaciones.
   3.1. El principio de «publicidad activa».
   3.2. Las obligaciones de la «publicidad activa».
   3.3. Modalidades de acceso: de la accesibilidad, interoperabilidad y reutilización.
4. De la condición de registro público del RER a la concreción jurídica de la publicidad registral en el contexto del derecho de acceso y la transparencia.
   4.1. Una primera aproximación a las personas legitimadas y las modalidades de acceso.
   4.2. Afrontando los nuevos retos en la gestión de la información registral: la digitalización y el derecho de acceso en el RER.
5. A modo de conclusión: fortalezas y necesidades en la gestión de la información registral de las entidades religiosas.

De tal maestra... aprender de la generosidad científica

La aprobación del texto constitucional en 1978 trajo consigo un nuevo sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales y, con él, de protección de la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Fernández-Coronado, 2021, 402-403)[1]. La importancia y dimensión de esta evo-

[1] Junto a esta nueva fórmula, nuestra Constitución incorpora un modelo, casi inédito de laicidad positiva o aconfesionalidad, que ordena la relación institucional con las comunidades religiosas bajo los parámetros de separación, neutralidad y cooperación (Suárez Pertierra, 2014; Celador Angón, 2018). Un modelo casi inédito en nuestro sistema, pues la Constitución de 1931 consagraba el

lución fue tal que la doctrina eclesiasticista coetánea, entre la que se encuentra la profesora Fernández-Coronado, no escatimó esfuerzos por aportar una interpretación sistemática del nuevo modelo y sus características. Al participar en este merecido homenaje, nada nuevo aportaría manifestando mi admiración por la profundidad, honestidad científica y utilidad de los trabajos de la profesora Fernández-Coronado, pues todo ellos son de sobra conocidos por los especialistas en Derecho eclesiástico del Estado y utilizados como una referencia imprescindible en sus estudios[2]. Donde creo poder y debo aportar algo es expresando mi más sincero agradecimiento por todos estos años de magisterio, por su apoyo y su consejo desinteresado, especialmente cuando se trata de reflexionar sobre un elemento básico del sistema que, para mí, a pesar del tiempo, sigue siendo un campo de investigación científica fundamental: el Registro de entidades religiosas (en adelante RER)[3].

1. Afrontando un desafío práctico con implicaciones jurídico y técnicas: la gestión de la información registral

A lo largo de estos 44 años de vigencia constitucional, el RER y su actividad se ha consolidado como una pieza clave en el reconocimiento jurídico de las entidades religiosas. Casi en ningún momento ha dejado de «resurgir» en el interés científico de los investigadores (Pineda Marcos, 2020), de ser objeto de análisis en resoluciones judiciales sobre nuevas pretensiones registrales (Palomino, 2022), de renovaciones legislativas e, incluso, de cambios de dependencia orgánica. Y, con todas ellas, se abren nuevas vías que impactan sobre su realidad práctica (Alenda Salinas, 2016). Porque acercarse al RER ya no se trata solo de discernir sobre el carácter constitutivo o declarativo de la inscripción, sobre la interpretación del concepto «fines religiosos», imprescindible en cualquier modelo (Celador Angón, 2021), etc., sino que también es cada vez más necesario (re)pensar el impacto que tienen sobre él fenómenos tan actuales como la digitalización (Herrera Ceballos, 2020) o la progresiva

---

principio de separación, pero los poderes públicos no se mantuvieron neutrales respecto a la dimensión institucional de la libertad de conciencia, especialmente por los artículos 27 y 26 de la Constitución y la Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas de 1933 (Suárez Pertierra, 2001; Torres Gutiérrez, 2014, 135 y ss).

[2] Sin duda, podemos encontrar estudios especialmente significativos de la autora en temas esenciales, como el artículo 16 en el modelo constitucional (Fernández-Coronado, 2014), de conceptos jurídicos indeterminados especialmente significativos, como el «notorio arraigo» (Fernández-Coronado, 2020) o de la concreción práctica más destacada de un principio esencial de nuestro sistema, el de cooperación: los acuerdos. Tanto de momentos relevantes, como fue el *iter* negociador de los acuerdos de 1992 (Fernández-Coronado, 1995), como de su adecuación constitucional al contexto social actual (Fernández-Coronado, 2009).

[3] Fue gracias a su dirección que tuve la oportunidad de acercarme al análisis de su actividad, organización y funcionamiento para aportar, con su inestimable ayuda, mi reflexión personal, como fruto de mi Tesis doctoral (Pelayo Olmedo, 2007).

implantación de la administración electrónica en la tramitación y gestión de sus expedientes (Murillo Muñoz, 2020).

Y es que el RER, como unidad integrada en la Administración General del Estado, está sujeto al cumplimiento de las obligaciones que derivan de las actualizaciones normativas sobre el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público[4], sobre la administración electrónica[5] o la transparencia[6], donde se reclaman compromisos tan importantes como implementar la digitalización en sus procesos, dotar su actividad de transparencia y gestionar el «derecho de acceso» a la «información pública» de los ciudadanos.

Porque, la actividad diaria del RER, sobre la que tienen un efecto real estos nuevos compromisos, es extraordinaria. Por ejemplo, desde agosto de 2021 a agosto de 2022, en solo un año, se han gestionado 610 nuevos procedimientos de inscripción, 1.599 de modificación de representantes legales, 395 de modificaciones estatutarias, 102 solicitudes de cancelación registral, 152 anotaciones de lugares de culto, 92 anotaciones de adhesiones o desvinculaciones a federaciones, se han emitido miles de certificados de inscripción registral, de representación legal y de otros datos registrales. A su vez, hay cerca de 20.000 entidades registradas activas y unas 6.423 que figuran como canceladas, a las que podemos añadir las desistidas, denegadas, pendientes de inscripción, etc., que suman, en total, alrededor de 2.300[7]. Todo ello supone la escalofriante cifra de unos 30.000 expedientes registrales, donde se contiene una gran cantidad de información que es grabada, recopilada, archivada, etc.[8].

Todo ello nos ha llevado a preguntarnos cómo afronta o debe afrontar jurídicamente el RER, como órgano administrativo, dos objetivos vitales para el desarrollo de su labor, vinculados, especialmente, con su condición de instrumento orientado a la publicidad:

a) Primero, ¿quién y cómo puede acceder a la información que obra en el Registro?

---

[4] Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

[5] Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. «Comprender el proceso de transformación digital supone asumir que esta evolución afecta a todos los sectores (a la Administración y a los poderes públicos también) y que este nuevo escenario conlleva un cambio completo de paradigma en donde las acciones y las estrategias están en constante evolución, las estructuras se forman y rehacen constantemente...» (Neira Barral, 2022, 16).

[6] Ley 19/2013, de 9 de, diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante Ley 19/2013 de Transparencia y Buen Gobierno).

[7] Fuente: Subdirección General de Libertad Religiosa, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática.

[8] En definitiva, que es tratada, usando la terminología de la normativa sobre protección de datos, véase artículo 4.2 del 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante RGPD).

b) Segundo, ¿qué implica cumplir con el deber de transparencia en la actuación administrativa de un registro público y cómo debe hacerlo?[9].

En este estudio, abordaremos ambos elementos, pero con la finalidad de analizarlos como parte de los retos actuales a los que se enfrenta la gestión del RER.

2. El derecho de acceso a la información pública

Nuestra Constitución reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos (art. 105 b) CE). Como parte de ese conjunto de registros y archivos públicos, podemos afirmar que el acceso a la información del RER responde a un derecho constitucional. Más allá de que existe una clara posición doctrinal a otorgarle naturaleza de derecho fundamental (Cotino Hueso, 2017; Rollnert Liern, 2014; Hernández Ramos, 2018; Orgaz Valle, 2020, pp. 316 a 324)[10], podemos decir que en la práctica se ha hecho derivar una normativa específica de esta fórmula constitucional. Por tanto, podemos concluir que el acceso, finalmente, se ha ordenado como un derecho instrumental de configuración legal. Por último, esta base constitucional aporta un tercer elemento fundamental, los límites a su ejercicio, que nuclea en torno a 3 elementos esenciales: la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de delitos y la intimidad de la persona.

Al optar por dotarle de una naturaleza instrumental de configuración legal, su plasmación práctica podría haberse concretado en la propia legislación sobre el procedimiento administrativo. Si bien, la nueva Ley 39/2015 opta finalmente por remitir su configuración jurídica a una legislación específica. Aunque, junto a la remisión en su artículo 13 incluye dos elementos que, en nuestra opinión, son esenciales para entender su configuración jurídica:

a) El término «información pública», como objeto de su cobertura [art. 13, apartado *d*)].

b) La garantía del derecho a la seguridad y confidencialidad de los datos de carácter personal que obran en los ficheros, sistemas y aplicaciones de la Administración [art. 13, apartado *h*)], con una referencia expresa a la protección de datos, que se está revelando como un reto principal en la gestión de la información religiosa (Rodríguez García, 2019; Vidal Gallardo, 2021; Alenda Salinas, 2021).

---

[9] Si bien, y más desde la perspectiva de este estudio, ambas preguntas se refieren a elemento que no dejan de ser las dos caras de la misma moneda, la gestión de la información pública sobre diversidad religiosa, la diferencia radica en el sujeto al que se refiere y sus facultades/responsabilidad: el ciudadano, con su derecho de acceso, en el primer caso, la administración, con el deber de transparencia en el segundo (Ruiz-Rico Ruiz, 2021, 50 a 52).

[10] Especialmente vinculado al derecho de información, artículo 20 CE, y a la participación política, artículo 23 CE (Cotino Hueso, 2021, 22 y 26 a 28).

2.1. Derecho de acceso y su contenido

Sin una definición expresa del «derecho de acceso», más allá de la lógica posibilidad de acceder a los registros y archivos administrativos, la Ley 19/2013 dota de contenido al concepto sobre el que pivota su ejercicio, la «información pública», que en su artículo 13 define como el conjunto de:

> «(...) contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

Un concepto integrador que está en línea con la normativa europea (García Muñoz, 2019, 74) y que el propio Tribunal Supremo considera lo suficientemente amplio para integrar la variedad no solo de documentos, sino también de información que se manejan en la administración:

> «Esta delimitación objetiva del derecho de acceso se extiende de forma amplia, más allá de los documentos y la forma escrita, a los contenidos en cualquier formato o soporte, cuando concurran los presupuestos de que dichos documentos o contenidos se encuentren en poder de las Administraciones y demás sujetos obligados por la LTAIBG, por haber sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones» (STS 1519/2020, FJ 4, apartado 5).

2.2. Sujetos y legitimación para ejercitar el derecho de acceso

En cuanto a las personas que pueden ejercerlo, queda claro que el acceso a la «información pública» se configura como un derecho de alcance general para todos los ciudadanos (Fernández Ramos y Pérez Minguió, 2022, 32-36). Como señalará la STS 1519/2020, FJ 4, apartado 4:

> «Así pues, la LTAIBG reconoce la titularidad del derecho de acceso de forma muy amplia a "todas las personas", sin mayores distinciones, empleando una fórmula similar a la del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 18 de junio de 2009, que en su artículo 2.1 señala que "cada Parte garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo a acceder..." a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas. Esta amplia delimitación subjetiva es igualmente similar a la que resulta del artículo 105.*b*) de la CE, que reconoce "a los ciudadanos" el acceso a los archivos y registros administrativos».

De esta garantía universal se deriva que no es necesario motivar la solicitud para legitimar al interesado, aunque voluntariamente el solicitante puede manifestar las razones por las que realizan su solicitud, si así lo estiman necesario. En todo caso, la falta de motivación no puede ser en ningún caso causa de rechazo de la solicitud (art. 17.3 de la Ley 19/2013). En concreto, la STS 1519/2020, FJ 4, apartado 7, señala:

> «(...) la falta de justificación o motivación no podrá, por si sola, fundar la desestimación de la solicitud, de lo que se sigue que la expresión en la solicitud de una justificación basada en intereses "meramente privados", como son los que aprecian la sentencia impugnada y la resolución del CTBG en este caso, tampoco puede por si sola ser causa del rechazo de la solicitud, salvo que concurran otras circunstancias como, por vía de ejemplo, el carácter abusivo de la solicitud no justificado con la finalidad de transparencia de la ley, que como antes se ha dicho constituye la causa de inadmisión del artículo 18.3 LTAIBG».

Se trata en definitiva de un derecho que se ejerce a instancia de parte, presentado (art. 17 de la Ley 19/2013) una solicitud ante el organismo que la posea, donde deberá identificarse, concretar la información que solicita, la modalidad de acceso que requiere (electrónica, física, etc.) y aportar los datos necesarios para tramitar su solicitud[11] (Barrero Rodríguez, 2021, 134-142; Martín Delgado, 2021, 67).

2.3. Resolución de los expedientes: causas de inadmisión y límites

El plazo del que dispone la administración para resolver la solicitud es de un mes, ampliable a otro cuando el volumen o la complejidad de la información lo haga necesario, previendo la norma, expresamente, el carácter negativo del silencio (art. 20 de la Ley 19/2013)[12].

Una vez recibida, la solicitud puede ser aceptada denegada y/o inadmitida. Cuando es aceptada, la principal modalidad de acceso prevista en la norma cuando se resuelve la admisión es utilizar medios electrónicos para transmitir la información, algo que encaja con la línea de actuación diseñada para hacer efectiva la transparencia administrativa, salvo que no se pueda o que el solicitante haya optado expresamente en su solicitud por utilizar otra modalidad (art. 22 de la Ley 19/2013). Por tanto, atendiendo a los términos generales, cuando la información sea pública y accesible, la resolución positiva

[11] Como, por ejemplo, facilitar una dirección de contacto para remitir las comunicaciones, preferiblemente electrónica.

[12] Para un mayor detalle sobre la regulación del plazo (Barrero Rodríguez, 2021, 152-160).

puede consistir, simplemente, en indicar el modo de acceso (art. 22.3 de la Ley 19/2013).

La solicitud podrá ser inadmitida cuando:

a) Se refiera a información que se esté elaborando o se vaya a publicar, que sea de carácter auxiliar o de apoyo al contenido principal —por ejemplo, notas, opiniones, resúmenes, informes internos, etc.—, y/o que requiera una reelaboración previa para poder ser transmitida.
b) Sean solicitudes repetitivas o manifiestamente abusivas.
c) Se dirijan a un órgano que no disponga de esa información y desconozca el órgano competente (art. 18 de la Ley 19/2013; STS 1519/2020, 12 de noviembre de 2020, FJ 4, apartado 6).

Aunque, en el último caso al acordar la inadmisión, por entender que no se tiene competencia, la resolución deberá indicar el órgano que se considera competente e informar de ello al solicitante (art. 19 de la Ley 19/2013).

Se ha dicho que, en la práctica las causas de inadmisión se están convirtiendo en el principal condicionante, cuando no impedimento, del «derecho de acceso», por lo que resulta importante reforzar la idea de su aplicación restrictiva y condicionada, debiendo ser especialmente motivadas las resoluciones de inadmisión (Martín Delgado, 2021, 96; Cotino Hueso, 2021, 35)[13].

En su caso, al estudiar la solicitud, la administración puede requerir para que el interesado subsane la falta de cumplimento de ciertos requisitos exigidos en la norma. La norma prevé el supuesto en el que no se identifica suficientemente la información a la que se solicita acceso, debiendo concretarla en el plazo de 10 días y, en el caso de no hacerlo, teniéndole por desistido (art. 19.2 de la Ley 19/2013). Pero también puede suceder que la administración considere que la información solicitada puede afectar a derechos e intereses de terceros, para lo que prevé un periodo de alegaciones de 15 días, del que será informado el solicitante, mientras el plazo de resolución queda suspendido hasta que se cumpla ese periodo (art. 19.3 de la Ley 19/2013).

Por último, cuando la resolución sea denegatoria deberá estar motivada y fundamentada en alguno de los límites y condiciones establecidas en la norma. El artículo 14 de la Ley 19/2013 ofrece una relación exhaustiva de límites más detallada que los previstos en la Constitución, que se construye en consonancia con el Derecho europeo (Boix Palop, 2021, 229) —en concreto de acuerdo con el Reglamento CE núm. 1049/2001 (Neira Barral, 2022, 25)—,

[13] Por ejemplo, en un caso concreto, cuando se trata de aplicar la causa prevista en el artículo 18.1.*e*), una de las más utilizadas, el TS nos recordaba que para estimar su concurrencia la «(...) LTAIBG exige el doble requisito de carácter abusivo de la solicitud y falta de justificación en la finalidad de transparencia de la ley (...)» (STS 1519/2020, FJ 4, apartado 6).

que van desde la seguridad nacional hasta la prevención de ilícitos penales previstos en la Constitución, pasando por nuevos elementos como las relaciones exteriores, el medio ambiente, etc.[14]. Si bien, esta amplitud no debe ser vista como un obstáculo premeditado para restringir el derecho de acceso. La aplicación de los límites deberá siempre estar justificada y habrá de ser proporcional al objeto y finalidad de la protección. Aún más, como se ha dicho, la norma no diseña un sistema de aplicación genérica de los límites, si no que para apreciar su aplicación requiere una valoración de las circunstancias del caso concreto, teniendo especialmente en cuenta la concurrencia de un interés público o privado que justifique el acceso y «(...) debiendo hacerse una ponderación de los intereses en juego, el de acceso a la información pública, por un lado, y el protegido por la limitación de que se trate» (STS 66/2021, FJ 4, apartado 8).

La resolución denegatoria en aplicación de los límites establecidos deberá publicarse, previa disociación de los datos personales que pudiera contener (art. 14.3 de la Ley 19/2013), teniendo en cuenta que si la mera indicación de la existencia o no de los datos vulnerase alguno de estos límites, deberá indicarse en la resolución de desestimación de la solicitud (art. 20.3 de la Ley 19/2013). Esta resolución puede ser reclamada, en el plazo de un mes desde su notificación, ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que se erige como el órgano de control específico, tanto para la transparencia como para el cumplimiento de las solicitudes de acceso, que actúa con anterioridad al recurso contencioso-administrativo[15].

Pero, tal es la importancia de garantizar el «derecho al acceso» que, incluso teniendo en cuenta la posible aplicación de límites, en la propia norma siempre queda abierta la posibilidad de conceder «acceso parcial a la información», acceso a la parte que pudiera no verse afectada por su aplicación (STS 454/2021, FJ 2, apartado 4 *in fine*), con la condición de que la información no resulte distorsionada o carente de sentido. En todo caso, la resolución deberá indicar al interesado que parte de la información se ha omitido, (art. 16 de la Ley 19/2013). Ahora bien, si se acuerda el «acceso parcial a la información» la resolución deberá estar motivada, igual que en el caso de que la resolución sea denegatoria o, siendo positiva, la información transmitida afec-

[14] En concreto el artículo 14 de la Ley 19/2013 se refiere a: «(...) *a*) la seguridad nacional; *b*) la defensa; *c*) las relaciones exteriores; *d*) la seguridad pública; *e*) la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; *f*) la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; *g*) las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; *h*) los intereses económicos y comerciales; *i*) la política económica y monetaria; *j*) el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; *k*) la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; *l*) la protección del medio ambiente». Sobre los límites del derecho de acceso puede verse: *Los límites al derecho de acceso a la información pública,* Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2017. Disponible en https://www.inap.es/documents/10136/1702085/PagInicia-Los-limites-al-derecho-de-acceso-a-la-informacion.pdf/9aea0552-f64d-b5c4-121d-6769074c5ff0.

[15] Véase artículos 23 y 24 de la Ley 19/2013. Para un estudio de la realidad práctica de este sistema de reclamaciones puede verse en (Martín Delgado, 2021, 81-96).

te a un tercero que, en audiencia previa, se haya opuesto (art. 20 de la Ley 19/2013)[16].

Junto a esta configuración de los límites específicos, la protección de datos personales puede condicionar el ejercicio «derecho de acceso» (STS 1519/2020, FJ 4, apartado 6). Especialmente cuando esa información contenga datos que revelan la ideología, religión, creencias, etc.[17]. En este caso, la Ley 19/2013 señala que siempre deberá contarse con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, salvo que esos datos fueran ya públicos[18].

Pero, igual que prevé la posibilidad de acudir al «acceso parcial» para no acabar con una aplicación expansiva de los límites, la Ley prevé la «disociación de los datos»[19] como medida para salvaguardar los datos personales y, así, impedir su identificación e inaplicar el límite previsto en el art. 15[20].

Por último, como señala la STS 1519/2020, FJ 4, apartado 6, no debemos olvidar que, a estos límites y causas de inadmisión, debe sumarse: «(...) los contemplados por la disposición adicional primera de la LTAIBG, que prevé, por un lado, la aplicación de la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo «al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso», a los documentos que se integren en el mismo (apartado 1), y por otro lado, la aplicación de la normativa específica de aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información (apartado 2)».

En el primer caso, es importante la expresión «en curso», de lo que se deriva que la legislación específica del procedimiento se aplicará al solicitante, en su condición de interesado, cuando sea parte de un procedimiento que aún se encuentren en curso. Pero, esto no significa que una vez finalizados los interesados queden excluidos de aplicarles el régimen de acceso establecido en la Ley 19/2013 (STS 66/2010).

---

[16] En el último supuesto, cuando hay oposición de tercero cuyos derechos o intereses se vean afectado, no podrá acordarse el acceso hasta que transcurra el plazo para interponer recurso o este se haya resuelto confirmando el derecho, véase artículo 22 de la Ley 19/2013.

[17] Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el acceso se concederá previa ponderación entre el interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados, en especial el de protección de datos. Para realizar esta ponderación el órgano tendrá en cuenta: la justificación de los solicitantes en el ejercicio del derecho de acceso o su condición de investigadores cuando motiven la solicitud por fines históricos, científicos o estadísticos; el menor perjuicio de los afectados cuando la información contuviera datos meramente identificativos; la mayor garantía de los afectados cuando la información contenga datos que puedan afectar a su intimidad, a su seguridad o sean menores de edad, véase artículo 15.3 de la Ley 19/2013.

[18] Igualmente ocurre cuando los datos se refieren al origen racial, a la salud, vida sexual, datos genéticos o biométricos o relativas a la comisión de infracciones penales o administrativas sin amonestación pública. Para todo, véase artículo 15.1 de la Ley 19/2013.

[19] Disociación o pseudonimización, en términos del régimen de protección de datos, véase artículo 4.5 del RGPD.

[20] Artículo 15.4 de la Ley 19/2013. En todo caso, al transmitirlos el solicitante será advertido de que todo tratamiento posterior de los datos obtenidos mediante el ejercicio del derecho de acceso está sometido al cumplimento de la normativa sobre protección, véase artículo 15.5 de la Ley 19/2013.

En el segundo caso, tras considerar inicialmente el Tribunal Supremo que el régimen de acceso especial debía estar previsto en una normativa con rango de Ley (STS 748/2020) finalmente estimó que la existencia de disposiciones específicas, incluso con carácter previo a la Ley 19/2013, podría considerarse como un régimen específico. La Ley 19/2013 actuaría, en todo caso, como derecho supletorio (STS 314/2021) (Fernández Ramos y Pérez Minguió, 2022, 52-59).

3. La transparencia administrativa: de la publicidad activa y sus obligaciones

Del mismo modo que el «derecho de acceso», la determinación jurídica de la transparencia administrativa está anclada al reconocimiento constitucional del «acceso» a los archivos y registros públicos (Carrillo, 2015, 269)[21]. Como en el caso anterior, sin aportar una noción específica de transparencia (Neira Barral, 2022, 18), la norma se centra en delimitar qué obligaciones debe cumplir a la administración para asegurar y garantizar el acceso a esos registros y archivos.

3.1. El principio de «publicidad activa»

En este contexto, la Ley 19/2013 instaura el principio de «publicidad activa», concretando las obligaciones que deben desarrollar los organismos públicos que aparecen relacionados como sujetos activos. Es tan amplio este ámbito subjetivo de aplicación que incluso ya se ha analizado la oportuna inclusión de las entidades religiosas como receptoras de aportaciones económicas públicas (Gómez Hidalgo, 2022). En cualquier caso, la Ley opta por aplicar una perspectiva amplia y al aproximarnos a este precepto, casi sorprende la detallada exhaustividad con la pretende relacionar el conjunto de órganos sujetos al deber de transparencia e información (Ruiz-Rico Ruiz, 2021, 57; Carrillo, 2015, 276-277). Se entiende esta apelación global a la implicación de todas las autoridades públicas porque la norma no solo tiene una dimensión funcional, sino que responde al desafío de dar respuesta al clima de desafección ciudadana con los poderes públicos, incentivando así el flujo de información que hace más real y efectiva la participación ciudadana, instaurando el principio de «publicidad activa», que permita superar los déficits de información existen-

[21] Aquí resulta interesante traer a colación las reflexiones de Neira Barral (2022, 51) cuando señala: «El legislador finalmente optó por esta segunda posibilidad, principalmente motivado por las dudas que le entraron en la tramitación del anteproyecto de la Ley de transparencia en relación con su anclaje constitucional a la hora de tener que vincular su naturaleza; y, también, en un segundo orden, para evitar su tramitación como Ley orgánica. Lo que dificultaría la entrada de las comunidades autónomas para elaborar su propia legislación».

tes, y ampliando los espacios y ámbitos institucionales sobre los que se debe proyectar ese deber de ser transparente (Ruiz-Rico Ruiz, 2021, 55)[22].

La condición de «activa» con el que se califica a la publicidad de la administración en el ámbito de la transparencia supone un *extra* al mero tratamiento de las solicitudes de acceso a la información pública que pudieran recibir. Esta condición implica que los órganos administrativos tienen la obligación de publicar de oficio, de forma periódica y actualizada, aquella información sobre su organización, estructura, funcionamiento y a los mecanismos interpuestos para su control que resulte relevante (art. 5 de la Ley 19/2013). El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno también controlará el cumplimiento de las actividades de «publicidad activa» (art. 9 de la Ley 19/2013)[23].

3.2. Las obligaciones de la «publicidad activa»

Esta obligación de «publicidad activa» se concreta sobre cuatro contenidos básicos:

a) La información institucional, organizativa y de planificación, que deberá incluir las funciones que desarrolla el órgano administrativo, un organigrama que identifique su estructura organizativa y los responsables —su perfil y trayectoria— y la normativa que le sea de aplicación. En este apartado se incluirá la planificación anual o plurianual de su actividad con identificación de los objetivos, actividades, medios y tiempo previsto para su cumplimiento (art. 6.1 de la Ley 19/2013). Y como obligación especifica, derivada de los requisitos previstos para el encargado del tratamiento en materia de protección de datos[24], en este espacio se asigna para publicar la información que se derive de un Registro de las actividades de tratamiento desarrolladas por el organismo (art. 6 bis de la Ley 19/2013).

b) La información de relevancia jurídica, donde se incluyen: las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o las respuestas a consultas planteadas por particulares u otros órganos cuando supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos; los proyectos de Ley o de Decretos legislativos y los proyectos de reglamentos que

[22] La Ley «(...) llegaba en un momento de crucial importancia en España. El clima de crispación social, la desafección de los ciudadanos con respecto a la clase política, y los innumerables casos de corrupción que durante años habían mantenido algunos partidos políticos, no dejaban de aflorar» (Orgaz Valle, 2020, 300).

[23] Su composición, fines, etc. vienen establecidos en los artículos 33 a 40 de la norma. Para más detalle (Martín de LLano, 2022; Ruiz-Rico Ruiz, 2021, 61-63).

[24] Según lo previsto en el art. 31 y 77 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

se desarrollan a su iniciativa; las memorias e informes que conforman los expedientes de elaboración de esos textos normativos, con especial atención a la memoria de análisis de impacto normativo; los documentos que deben ser sometidos a información pública durante su tramitación (art. 7 de la Ley 19/2013).

c) La información de relevancia económica, presupuestaria y estadística, que incluirá los actos de gestión administrativa que tiene repercusión económica, como: contratos, los convenios suscritos, las subvenciones y ayudas económicas concedidas, los presupuestos, las cuentas anuales e informes de auditoría, retribuciones de altos cargos y máximos responsables, indemnizaciones en su caso, resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad, declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales, información estadística para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos prestados (art. 8 de la Ley 19/2013).

d) Finalmente, la información cuyo acceso es solicitado con mayor frecuencia por los ciudadanos.

3.3. Modalidades de acceso: de la accesibilidad, interoperabilidad y reutilización

Como ya advertía Naciones Unidas[25], la Administración debe asegurarse de que el acceso a la información sea fácil y gratuito. No obstante, siendo, como veremos, la accesibilidad un principio general, también se han puesto de manifiesto sus debilidades desde el punto de vista operativo, pues el acceso libre y anónimo de los datos reduce la capacidad de las administraciones de medir su uso, identificar el perfil de usuarios, los principales usos a los que se destinan, etc., y así mejorar los servicios prestados (Vázquez Martínez y Martínez López, 2020, 15).

El espacio normativamente previsto para desarrollar esta «publicidad activa» son las Sedes electrónicas y/o los espacios webs (art. 5 de la Ley 19/2013).

---

[25] Véase párrafo 19 de la Observación General núm. 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, donde señala: «Los Estados partes deberían hacer todo lo posible para garantizar un acceso fácil, rápido, efectivo y práctico a esa información. Además, los Estados partes deberían poner en aplicación los procedimientos necesarios para tener acceso a la información, por ejemplo, leyes sobre la libertad de información. Los procedimientos deberían disponer que las solicitudes de información se tramitaran con puntualidad y conforme a normas claras que fueran compatibles con el Pacto. Respecto de las solicitudes de información no deberían percibirse derechos que llegaran a constituir un obstáculo no razonable al acceso a la información. Las autoridades deberían exponer las razones de cualquier denegación del acceso a la información. Habría que establecer dispositivos para los recursos contra las denegaciones del acceso a la información y para las solicitudes que se hayan dejado sin respuesta»», disponible en: https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrdB0H1l5979OVGGB%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaqoW3y%2FrwBqQ1hhVz2z2lpRr6MpU%2B%2FxEikw9fDbYE4QPFdIFW1VlMIVkoM%2B312r7R [última visita el 13 de septiembre de 2022].

Pero, la norma también instaura un canal específico: el «Portal de Transparencia»[26] (art. 10 de la Ley 19/2013). Por tanto, para alcanzar cuotas eficaces de facilidad en el acceso, se apuesta por que la información esté disponible de manera clara, estructurada y comprensible por los interesados y en formatos reutilizables (art. 5 de la Ley 19/2013) y este compromiso deriva en la consiguiente necesidad de que los organismos públicos, a la hora de diseñar y gestionar los espacios digitales antedichos, apliquen soluciones que faciliten la accesibilidad, la interoperabilidad de los archivos, su calidad y su posible reutilización[27].

En definitiva, accesibilidad, interoperabilidad y reutilización[28] se posicionan como los principios técnicos básicos de la «publicidad activa» (art. 11 de la Ley 19/2013)[29] para la disposición de información en las Sedes electrónicas. Mientras que seguridad, defensa, relaciones exteriores, y un largo etcétera, junto al respeto al derecho de protección de datos, tal y como vimos respecto al derecho de acceso, serán sus límites (arts. 14 y 15 de la Ley 19/2013).

4. De la condición de Registro público del RER a la concreción jurídica de la publicidad registral en el contexto del derecho de acceso y la transparencia

Como es de sobra conocido, la existencia e intervención del RER en el modelo de reconocimiento jurídico de las entidades religiosas tiene su base jurídica en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, donde se hace una referencia genérica a la necesidad de inscribirse en el «(...) correspondiente Registro público, que se crea, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia»[30]. Sin más detalles que concretaran su existencia y actuación, el desarro-

---

[26] Dependiente del Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática

[27] Especialmente, deberá aplicarse el principio de accesibilidad universal y diseño para todos, que garantice el acceso de manera comprensible a las personas con discapacidad (art. 5 de la Ley 19/2013).

[28] Respecto a la reutilización debe tenerse en cuenta la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

[29] Donde concreta estos principios: «(...) *a*) accesibilidad: se proporcionará información estructurada sobre los documentos y recursos de información con vistas a facilitar la identificación y búsqueda de la información; *b*) interoperabilidad: la información publicada será conforme al Esquema Nacional de Interoperabilidad, aprobado por el Real Decreto 4/2010, de 8 enero, así como a las normas técnicas de interoperabilidad; *c*) reutilización: se fomentará que la información sea publicada en formatos que permita su reutilización, de acuerdo con lo previsto en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público y en su normativa de desarrollo (...)».

[30] Si bien, esa fórmula tan aparentemente indefinida no se genera desde un vacío de la praxis administrativa que requiriera la implantación *ex novo* de un organismo público y la definición de sus competencias. Se aprovecha la experiencia previa adecuándolo a un sistema constitucional nuevo. Tradicionalmente se asignaba la competencia para la gestión de la libertad religiosa al Ministerio de Justicia y se contemplaba la existencia de un Registro o archivo donde se recogía la información. En este sentido, véanse Ley relativa a Confesiones y Congregaciones Religiosas de

llo reglamentario del RER no se hizo esperar y, al poco tiempo, el legislador aprobó un reglamento específico sobre su organización y funcionamiento[31]. Debido a su parquedad, tan solo ocho artículos y dos disposiciones transitorias, apenas podemos encontrar disposiciones específicas sobre el procedimiento administrativo registral del RER y, mucho menos, del tratamiento que debía darse a la información que generaba su actividad registral. Lo que sí determinó fueron las tres pautas básicas que se mantendrán inmutables en la configuración jurídica del RER:

a) Se califica jurídicamente al RER como un Registro público (art. 1 del RD 142/1981), de lo que se hace derivar, explícitamente, su obligación de actuar en pro de la publicidad e, implícitamente, el reconocimiento de un derecho de acceso general a los ciudadanos, en los términos constitucionales del artículo 105 CE.
b) Se específica la estructura funcional básica del Registro sobre la que se realiza la recogida y clasificación de los expedientes registrales, compuesta de dos partes fundamentales: la «ficha registral»[32] y el «protocolo anejo»[33].
c) Por último, se alude al establecimiento de un sistema de certificaciones como medio cualificado para transmitir la información obrante en el Registro, ya que actúa como prueba fehaciente de lo inscrito[34].

Sobre estas bases se construirá inicialmente el sistema jurídico de publicidad del RER.

1933, disponible en https://www.boe.es/gazeta/dias/1933/06/03/pdfs/GMD-1933-154.pdf, el Decreto de 27 de julio de 1933, dictando normas para la aplicación de la Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas, disponible en: https://www.boe.es/gazeta/dias/1933/07/28/pdfs/GMD-1933-209.pdf, el Decreto 326/1959 de 12 de marzo, sobre el modo de acreditar la existencia y personalidad de las Asociaciones e Instituciones religiosas a las que se refiere el artículo 4 del Concordato, https://www.boe.es/gazeta/dias/1959/03/16/pdfs/BOE-1959-64.pdf, la Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa, específicamente los artículo 34 a 38, disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1967-10949, y la Orden de 5 de abril de 1968 conteniendo normas complementarias para la ejecución de la Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa, donde se detallan los requisitos y la actividad propia de esa gestión, disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1968-463.

[31] Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, con tan solo 8 artículos y dos disposiciones transitorias, disponible en https://www.boe.es/eli/es/rd/1981/01/09/142.

[32] En la que, de conformidad con el artículo 7.1 del RD 142/1981, se consignaban los datos que se requerían en el artículo 3 del mismo Real Decreto para la inscripción: *a*) denominación de la entidad; *b*) domicilio; *c*) fines religiosos; *d*) régimen de funcionamiento y organismos representativos, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación; *e*) potestativamente, la relación nominal de las personas que ostentan la representación legal de la entidad.

[33] Compuesto, según el artículo 7.3 del RD 142/1981, tanto por la documentación que acreditaba el cumplimiento de los requisitos de inscripción, como toda aquella que se fuera generando durante la vida de la entidad y relativa a sus modificaciones.

[34] Véanse Disposiciones transitorias primera y segunda del RD 142/1981.

4.1. Una primera aproximación a las personas legitimadas y las modalidades de acceso

Sobre esta regulación incipiente del RER, fue realmente la Orden de 11 de mayo de 1984 sobre publicidad del Registro de entidades religiosas la que concretó, en la práctica, las bases jurídicas que apenas enunciaba el primer Real Decreto. Esta Orden diseñó un sistema de publicidad en torno a dos categorías esenciales: las personas legitimadas para conocer el contenido registral y las modalidades de publicidad en las que se puede producir la transmisión (Preámbulo de la Orden).

Tras recordar el carácter público del RER, la Orden de 1984 garantizaba el derecho de acceso a la información, ahora ya sí de forma expresa, a «toda persona que tenga interés en conocer su contenido» (art. 1 de la Orden). De esta forma, parecía adecuarse al reconocimiento constitucional de acceso general a todos los ciudadanos, si bien, la cuestión residía en la interpretación que debía darse a la expresión «que tenga interés», referida al solicitante. Ciñéndonos a lo establecido en esta *Orden* podemos decir que finalmente la interpretación debía ser laxa, ya que en el caso de los particulares el interés se presumía por el mero hecho de presentar la solicitud (art. 1 de la Orden) y en el caso de las autoridades judiciales y/o administrativas se garantizaba el acceso en el ejercicio de sus funciones (art. 2 de la Orden). Solo excepcionalmente se requería un interés cualificado, es decir debidamente justificado, cuando el solicitante, fuera particular o autoridad pública, pidiera información sobre asientos que hubieran sido cancelados por sentencia judicial firme (art. 3 de la Orden).

En cuanto a las modalidades de transmisión de la información la Orden fijó dos mecanismos que, como veremos, se han mantenido en la nueva regulación, con un criterio que las diferencia, la acreditación fehaciente de lo inscrito. Por tanto, podemos encontrarnos con una fórmula fehaciente de acreditar la información transmitida, los certificados (art. 5 de la Orden de 1984), delimitando su contenido y estructura en los artículos 7 a 11 de la Orden, y otra meramente informativa, las *notas simples informativas* (art. 5 de la Orden)[35].

4.2. Afrontando los nuevos retos en la gestión de la información registral: la digitalización y el derecho de acceso en el RER

De este modelo de publicidad básico se ha tenido que pasar a la utilización de herramientas de gestión y de almacenamiento digitales, a la necesidad de cumplir con los deberes de transparencia de la actuación administrativa y a afrontar la gestión del derecho de acceso a la información pública. El im-

[35] Ambos eran emitidos por el jefe de Sección (art. 11 de la Orden).

pacto de la digitalización, en primer lugar, ha sido claro y, desde la reforma del Real Decreto que regula el RER en el año 2015, ya está expresamente previsto que las solicitudes de inicio de un procedimiento registral en el RER, la documentación que deben presentarse en ellos, así como el archivo o almacenamiento de toda esa información, deberá realizarse en formato electrónico (art. 21 y disp. adic. 3.ª del RD 594/2015).

En este contexto, como dijimos, se mantiene la estructura de recogida, clasificación y almacenamiento de la información, pero se adaptada a su informatización. Así la «ficha registral» deja de realizarse en hojas normalizadas (art. 7 del RD 142/1981) para ser elaborada por procedimientos electrónicos (art. 27 del RD 594/2015). Todos los datos de la actividad registral que cada entidad haya ido desarrollando, desde su inscripción original hasta su cancelación registral, pasando por la anotación de modificaciones estatutarias, de representación legal, etc., quedarán recogidos en esa «ficha registral». Se trata de un elemento fundamental para cumplir con a la claridad y estructuración de la información que, además, permite su accesibilidad e interoperabilidad.

Pero además la «ficha registral», según lo previsto en el artículo 27.1 y 2 del RD 594/2015, podría contener, en nuestra opinión, hasta cuatro tipos de datos:

a) Datos específicamente registrales: número registral, sección registral en la que se ubican[36] y los procedimientos realizados que suponen una anotación, ordenados por orden cronológico.

b) Datos de identificación de la entidad: como su denominación, la fecha de su creación o fundación, su domicilio social, el domicilio de notificaciones, etc., e incluso datos como dirección de correo electrónico, teléfono de contacto, etc., cuando hayan sido voluntariamente aportados.

c) Datos estructurales de su condición jurídica: como su clasificación entre los tipos de entidades inscribibles (iglesia, confesión, comunidad, asociación, federación, fundación, etc.), su dependencia jurídica, estructural y/o interna a otra entidad, los lugares y ministros de culto bajo su dependencia —que quieran anotar siguiendo el procedimiento establecido a tal efecto en el propio Decreto—, su pertenencia a una Federación o su baja a la misma.

d) Los datos de personas asociadas a su organización y funcionamiento: como la identidad de los titulares de los órganos de gobierno y de representación legal pero, también, de los solicitantes de cada uno de los procedimientos.

Además, junto a la «ficha registral» pervive el «protocolo anejo», formado por todos los documentos y títulos constitucionales, así como los que permi-

[36] De acuerdo con las secciones recogidas en el artículo 26 del RD 594/2015.

ten a la entidad acreditar que cumple los requisitos exigidos en los distintos procedimientos que haya podido instar la entidad. Se trata de un verdadero «archivo registral», donde se almacenará el expediente de cada entidad. En él se contienen desde documentación estructural de la entidad hasta certificados, solicitudes, documentos oficiales, etc. aportados para el procedimiento (art. 27.2 y 3 del RD 594/2015). Toda esta información, que forma parte del expediente registral, está sujeta en su gestión al carácter público del RER, lo que conlleva su consideración de «información pública» y el correlativo deber de transparencia y la garantía del derecho de acceso de todo ciudadano (art. 30 del RD 594/2015).

En cuanto a las personas legitimadas, la nueva regulación del RER parte de un reconocimiento genérico del derecho de acceso a todos los ciudadanos. Solo en el caso de que la solicitud de acceso a la información se refiera a una certificación total del protocolo anejo, es decir la reproducción integra de toda la documentación, se requiere una legitimación especial al solicitante: que sea quien puede actuar en nombre de la entidad, es decir su representante legal o persona debidamente autorizada (art. 31.4 del RD 594/2015).

Respecto a las modalidades de acceso a la información, la actual normativa de organización y funcionamiento del RER, adaptada a la progresiva implantación de la administración electrónica, introduce los medios y recursos electrónicos como medio principal para acceder a la información registral (art. 30.2 del RD 594/2015)[37] y, específicamente, se utiliza la «sede electrónica» del Ministerio de Presidencia para presentar la solicitud de los procedimientos, donde se informa de los requisitos legales y técnicos para cada uno de los procedimientos[38]. Una actuación que se sitúa, por tanto, en línea con las obligaciones de «publicidad activa» previstas en la normativa sobre transparencia y los medios para desarrollarla y facilitar la relación electrónica con el administrado. No obstante, se mantiene expresamente la posibilidad de remitir una solicitud escrita a la unidad gestora del RER donde, atendiendo a la remisión material que realiza el RD 594/2015 a la Ley 39/2015, en ella se incluirán datos personales, como el nombre del solicitante (o su representante) y su firma —o una certificación que acredite la autenticidad de su voluntad—, junto a otros como el lugar y la fecha de la solicitud, los hechos, razones y objeto de la petición expresado con claridad y el medio preferente para realizar la notificación[39].

---

[37] Además de la página específica de la Subdirección General de Libertad Religiosa: https://www.mpr.gob.es/mpr/subse/libertad-religiosa/Paginas/index.aspx se puso en marcha un buscador de información sobre las entidades religiosas: https://maper.mjusticia.gob.es/Maper/RER.action.

[38] En la Sede electrónica del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática existe un portal específico para los procedimientos registrales del RER: https://mpr.sede.gob.es/procedimientos/index/categoria/1280 al seleccionar cada uno de ellos, se exponen los requisitos técnicos y legales para realizarlos.

[39] Estos datos, son los generalmente previstos para toda solicitud de inicio de un expediente administrativo a instancia de parte, según lo establecido en el artículo 66 de la Ley 39/2015, en sustitución del anterior artículo 70 de la Ley 30/1992 que es al que se refiere el texto del artículo 30 del Real Decreto 594/2015.

Por su parte, el RD 594/2015 añade dos condiciones específicas: primero, una condición general: que los procedimientos sobre los que se solicita el acceso se encuentren terminados a la fecha de solicitud; segundo, una condición particular: la necesidad de que en la solicitud de acceso el propio interesado especifique los documentos concretos a los que quiera acceder (art. 30.2 del RD 594/2015). En todo caso, el interesado esta compelido a suministrar todas las circunstancias que conozca para facilitar la búsqueda del asiento o documentación que solicita, previendo la posibilidad de ser requerido para que, en el plazo de diez días, aporte los datos imprescindibles para localizar la información, si los datos aportados no lo permiten (art. 33.1 del RD 594/2015). Por tanto, no se admite la solicitud de consulta genérica de expedientes (art. 30.3 del RD 594/2015), algo plenamente justificado por la cantidad de datos personales que puede llegar a incluir y que, como señala la normativa, por lo que, en todo caso, la publicidad formal del RER está sujeta expresamente a los requisitos establecidos en la legislación sobre protección de datos (art. 30.4 del RD 594/2015).

Pero, además de estas disposiciones generales, debemos tener en cuenta que, como Registro administrativo, la transmisión de la información puede realizarse a través de certificaciones o copias del contenido del asiento, los instrumentos previstos para desarrollar la publicidad formal para dar fe de lo que obra inscrito.

Por lo que ambos medios pueden jugar un doble papel, como instrumento de acreditación de la situación jurídica para los titulares o terceros interesados y también de transmisión de la información registral. Y es que las certificaciones, son los medios para acreditar fehacientemente el contenido de los asientos y de los documentos archivados en el RER (art. 31.1 del RD 594/2015)[40]. Estas certificaciones pueden ser positivas, dando traslado de la información que obra en el Registro (art. 31.2 del RD 594/2015), o negativas, señalando que los datos e información solicitados no figuran en el RER.

Las certificaciones positivas, que sí trasladan información registrada, podrán ser totales o parciales. Será total cuando la certificación reproduzca íntegramente los asientos practicados en la ficha registral o cuando incluya una «(...) reproducción íntegra de todos los documentos archivados presentados por los particulares (...)» (art. 31.3 del RD 594/2015). En este último caso, como vimos, la cesión o transmisión de los documentos completa del expediente, está condicionada, por el propio RD 594/2015, a que el acceso sea requerido por la propia entidad o persona autorizada por ella, salvo que sea solicitada por autoridades judiciales y administrativas en el ejercicio de sus competencias (art. 30.4 del RD 594/2015).

Por su parte, la certificación será parcial cuando se refiera exclusivamente a una parte de la información que obra en el Registro y, en línea con lo visto

[40] Que ahora serán expedidas por el Jefe/a de Servicio del Registro (art. 33.2 del RD 594/2015).

previamente, ella se deberá informar, expresamente, al solicitante que, según se desprende de los asientos en el Registro, «(...) en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione (...)» la información acreditada (art. 31.5 del RD 594/2015). Y, de manera específica, para la acreditación de la condición de representante legal de la entidad el RD 594/2015 advierte que deberá indicar expresamente, además, la fecha de inscripción «(...) que, con posterioridad a dicha fecha, no se ha recibido en el Registro ninguna comunicación que modifique la representación de la entidad» (art. 34 del RD 594/2015. Por último, cabe la posibilidad de acudir a la utilización de «copias de los asientos», un «mero traslado de los asientos y datos que figuran en el Registro, que se expedirá con indicación del número de hojas y la fecha en la que se extiende» (art. 32 del RD 594/2015).

Según la propia normativa del RER, la obtención de copias de los asientos está condicionada a la eficacia del funcionamiento del Servicio, algo que justifica remitiéndose a una antigua normativa ahora ya derogada[41]. Si bien, es interesante tenerlo en cuenta ya que su referencia podría explicar la referencia del RD 594/2015 a algunas condiciones: además de la subordinación del cumplimiento de la solicitud a la situación del servicio, también se recoge la obligación de realizar una solicitud individualizada de los documentos a consultar, prohibiendo las solicitudes de información genérica, como vimos antes, o la necesidad de que el procedimiento estuviera «terminado» a la fecha de la solicitud[42]. Respecto a esta última condición, a pesar de que no aparece expresamente en la regulación anterior, es interesante traer aquí a colación las palabras de Guichot Reina (2021, 176) respecto al acceso y la transparencia en los procedimientos acabados:

---

[41] En concreto, se refiere al artículo 37 de la Ley 30/1992, modificado por propia la Ley 19/2013 y que, por derogación de la Ley 39/2015, dejó de tener eficacia.

[42] Literalmente, el texto del precepto decía: «7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas». Sobre este artículo García Muñoz (2019, 71-72) ha dicho que: «(...) ofrecía una regulación incompleta y sumamente condicionada del derecho a acceder a información pública, a día de hoy derogada: primeramente, porque el precepto se ubicaba a modo de un contenido más de la ley reguladora del régimen administrativo general, y no como una ley específica y horizontal en materia de transparencia; en segundo lugar, porque su apartado sexto se remitía al régimen establecido en disposiciones específicas y, en lugar de constituir una ley básica de mínimos, parecía configurarse como una ley general que podía ser desvirtuada por cualquier norma sectorial; y en cuanto al ejercicio del derecho de acceso se refiere, se encontraba sujeto a condiciones significativamente limitativas: era necesario que la información estuviese integrada en un documento y este, a su vez, en un expediente, es decir, se refiriese a un procedimiento administrativo; a la vez, había de tratase de un procedimiento cerrado o terminado, y la información debía encontrase en un archivo o registro administrativo. La redacción del precepto, además, parecía exigir, en la persona solicitante, la concurrencia de un interés legítimo para acceder a la información».

> «El sentido más común —aunque con excepciones— de la doctrina del CTBG es muy limitativo de las posibilidades de acceso a información cuando se relaciona con un procedimiento en curso, que, en la práctica, las más de las veces, quedan limitadas a los interesados y a través de la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo y no de la normativa sobre transparencia en línea, en esto, con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.»

Por último, como hemos dicho, en la regulación de la publicidad formal en el RER se establece un hito importante en cuanto a su alcance, la necesidad de que toda transmisión y cesión de información se desarrolle de conformidad con la normativa sobre protección de datos. Esta conformidad, condiciona tanto la actuación del encargado a la hora de transmitir esa información, sujeta expresamente como vimos a no incumplir los requisitos establecidos en el sistema de protección de datos cuando emita y dé traslado de los certificados y/o las copias de los asientos (art. 30.4 del RD 594/2015), como la de que quien recibe esa información, expresamente compelido a cumplir con la prohibición de crear ficheros con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la religión o creencias (art. 30.5 del RD 594/2015).

La denegación de acceso a la información viene expresamente prevista en el reglamento, señalando que la resolución será competencia del titular de la Subdirección General de Libertad Religiosa, fijando dos condiciones: deberá estar motivada y emitida en el plazo máximo de dos meses desde la recepción de la solicitud (art. 33.3 del RD 594/2015). En todo caso, la normativa aún contempla la posibilidad de interponer recurso de alzada frente a las resoluciones emitidas por el titular de la Subdirección General de Libertad Religiosa, en los términos previstos por la normativa general sobre procedimiento administrativo (art. 33.4 del RD 594/2015).

5. A modo de conclusión: fortalezas y necesidades en la gestión de la información registral de las entidades religiosas

La irrupción de la tecnología en el desarrollo de los procesos humanos y la relevancia alcanzada por la información, su difusión, transmisión, uso y gestión, son elementos característicos de la sociedad del siglo XXI y están provocando una adecuación de los objetivos jurídicos. Combinados, el creciente flujo de información y el incremento de las capacidades técnicas parar tratarla, han urgido el necesario desarrollo legislativo sobre protección de datos personales. Cada uno por separado, han situado conceptos como administración electrónica, transparencia, derecho de acceso, sede electrónica, certificado electrónico personal, etc., en el centro de las modificaciones e innovaciones legislativas sobre el procedimiento administrativo y el gobierno

responsable. Y aunque aparentemente son aspectos alejados de la tradicional perspectiva con la que se afrontaba el estudio del RER, debemos tener muy en cuenta su impacto sobre sus procedimientos y los nuevos retos que implican en la práctica.

La digitalización no solo ha facilitado y racionalizado los recursos necesarios para el tratamiento y almacenamiento de la información registral en el RER, sino que ha permitido apostar por impulsar las nuevas formas de relación entre administración y administrado, entre el servicio del RER y las comunidades religiosas, de difusión de la información registral, etc. Pero también plantean nuevos retos, como la responsabilidad de la Administración de ser transparente de forma activa, de disponer los recursos para garantizar la accesibilidad, la interoperabilidad y la reutilización de los documentos y, en su gestión diaria, no traspasar los delicados márgenes entre cumplir con la obligación de aportar publicidad activa y respetar los datos personales, el alcance universal de la legitimidad y, por su puesto, los derechos fundamentales en juego, en concreto la libertad ideológica y religiosa.

Como hemos tenido la oportunidad de ver, la reforma del Real Decreto 594/2015 trató de afrontar los retos previendo:

a) La aplicación de la administración electrónica en sus procedimientos administrativos.
b) La disposición de un sistema electrónico para la recogida de la información, pero especialmente para su almacenamiento, sistematización y accesibilidad.
c) Una garantía de acceso a la información registral.
d) La necesaria protección de los datos personales, especialmente al considerarse datos sensibles.

Sin embargo, como ya sucediera en 1984, son líneas estratégicas que, con el tiempo, requieren de una concreción y adaptación a la normativa sobre administración electrónica, sobre transparencia y sobre el derecho de acceso. Por ello, en nuestra opinión, para concretar la normativa en este sentido, deben ser tenidas en cuenta las siguientes necesidades:

— Tras la reforma de las Leyes 39 y 40 del año 2015, la administración electrónica se ha concretado a través del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, lo que hace necesario una revisión para concretar su aplicabilidad.
— La regulación de la publicidad formal del RER adoptado en el Real Decreto 594/2015 sigue un esquema tradicional, basado fundamentalmente en la configuración jurídica de la labor de acreditación pública de la información para los sujetos (comunidades religiosas) y terceros interesados mediante un sistema de certificados fehacientes

de la información, pero sería necesario concretar la labor de transmisión de la información y su alcance, apenas incipiente con la mera mención a la posibilidad de emitir copias simples, a la existencia del portal, etc.

— En esta última labor sería interesante establecer una clara distinción entre la información estructural, organizativa, jurídica, contractual y práctica del Órgano y Servicio que gestiona la labora del Registro, y la información registral vinculada a la acreditación del reconocimiento formal de ser sujeto colectivo en el ejercicio de un derecho fundamental: el de libertad ideológica y religiosa de forma colectiva. La primera es la que, como vimos, se constituye como verdadero objeto de publicidad activa y, por tanto, objeto de transparencia. La segunda quedaría más vinculada al nivel de concreción que se realizara respecto al derecho de acceso.

— En el caso de la información registral sobre el reconocimiento formal de la entidad, es necesario un desarrollo normativo donde se concreten cuestiones como:

a) La oportunidad de mantener un régimen específico, en el contexto de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013, donde además se regularía, de una forma más eficiente, cuestiones como el acceso a la información de procesos en curso, la audiencia a terceros afectados, etc. Esta situación, en nuestra opinión, estaría legitimada en la principal función del RER, un instrumento ordenado al ejercicio de un derecho fundamental: la libertad ideológica y religiosa, que aunque no aparece expresamente previsto como límite en la regulación sobre derecho de acceso es un prius de nuestro sistema, y su rol de instrumento ordenado a la cooperación en el sentido del artículo 9.2 CE. Si bien, la regulación y garantía recogida en la Ley sobre transparencia y derecho de acceso debe ser el mínimo común utilizado para la concreción de ese régimen específico del RER, en cuestiones como: legitimación, modalidades de acceso, aplicación de principios, causas de inadmisión, motivos de requerimiento o límites.

b) La oportuna separación entre elementos que no contiene información personal —datos estructurales, registrales, etc., de la entidad, objeto de una publicidad directa, accesible y transparente— del conjunto de documentos que integran el expediente e incorporan datos personales, donde habría que aplicar las soluciones de acceso parcial y disociación de datos o pseudonimización.

c) El especial tratamiento y aplicación de la protección de los datos personales en esa información adicional al expediente (solicitudes, protocolos, certificados, etc., donde se contienen datos de personas que no son representantes legales de la entidad —desde

notarios intervinientes, hasta autorizados, avalistas y personas que integran la entidad sin ejercer la representación: vocales, tesoreros, etc.—) pero, sobre todo, en determinadas categorías internas de las confesiones que han sido recientemente incorporadas a la información registral, como por ejemplo ministros de culto, y sus correspondientes garantías.

d) El papel que debe ocupar el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno respecto a posibles reclamaciones en el ejercicio del derecho de acceso, frente a la posibilidad de utilizar el tradicional instrumento de recursos en la actividad certificadora.

BIBLIOGRAFÍA

Alenda Salinas, M. (2021). ¿Hay «derecho al olvido», digital o escriturario, en el caso de los datos personales existentes en libros bautismales? ¿Contradicciones en el sistema? En VV.AA., D. Llamazares Fernández, J. M. Contreras Mazarío, Ó. Celador Angón, M. C. Llamazares Calzadilla, A. Rodríguez Moya, F. Amerigo Cuervo-Arango y G. Suárez Pertierra (coord.), *El Derecho eclesiástico del Estado: en homenaje al profesor doctor Gustavo Suárez Pertierra* (pp. 1119 a 1134). CEPC-Tirant lo Blanch.

Alenda Salinas, M. (2016). Repercusión de la doctrina, científica y jurisprudencial, en la nueva regulación reglamentaria del registro de entidades religiosas. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 32,* 1209-1248.

Barrero Rodríguez, C. (2021). El procedimiento de acceso a la información pública y sus limitaciones al ejercicio del derecho. En VV.AA., L. Cotino y A. Boix (coord.), *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (pp. 131-163). Tirant lo Blanch, Valencia.

Boix Palop, A. (2021). Límites al derecho de acceso a la información pública en procedimientos de información y actuaciones previas. En VV.AA., L. Cotino y A. Boix (coord.), *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (pp. 227-241). Tirant lo Blanch, Valencia.

Carrillo, M. (2015). Transparencia y derechos de acceso a la información en las administraciones públicas. *Parlamento y Constitución. Anuario, 17,* 267-284.

Celador Angón, O. (2021). Definición de religión y organización con fines religiosos en el ordenamiento jurídico estadounidense. *Ius canonicum, 61*(122), diciembre, 595-634.

Celador Angón, O. (2018). Artículo 16.3. En VV.AA., C. Montesinos Padilla (coord.), P. Pérez Tremps (dir.) y A. Sáiz Arnaiz (dir.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018: libro-homenaje a Luis López Guerra* (vol. 1, tomo I, preámbulo a artículo 96, pp. 379-388). Tirant lo Blanch, Valencia.

Cotino Hueso, L. (2021). Los Derechos fundamentales de acceso a la información pública cuentan con un privilegiado régimen jurídico. En VV.AA., L. Cotino y A. Boix (coord.), *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (pp. 21-63). Tirant lo Blanch, Valencia.

Cotino Hueso, L. (2017). El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental. *Teoría y Realidad Constitucional, 40,* 279-316.

Fernández-Coronado, A. (1995). *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación (los pactos con las confesiones, leyes 24, 25 y 26 de 1992)*. Cívitas, Madrid.

Fernández-Coronado, A. (2009). Sentido de la cooperación del Estado laico en una sociedad multireligiosa. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 19.*

Fernández-Coronado, A. (2014). El significado del artículo 16 en el contexto constitucional. En VV.AA., A. Fernández-Coronado González et al. (coord.), *Libertad de conciencia, laicidad y derecho: «liber discipulorum»: en homenaje al profesor doctor Dionisio Llamazares Fernández* (pp. 87-106). Civitas.

Fernández-Coronado, A. (2020). La nueva regulación del notorio arraigo en el marco de la cooperación constitucional. *Derecho y Religión, 15* (ejemplar dedicado a: 40 aniversario de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa), 161-168.

Fernández-Coronado, A. (2021). La posición del Estado Laico ante la secularización de la sociedad española. En VV.AA., D. Llamazares Fernández, J. M. Contreras Mazario, Ó. Celador Angón, M. C. Llamazares Calzadilla, A. Rodríguez Moya, F. Amerigo Cuervo-Arango y G. Suárez Pertierra (coord.), *El Derecho eclesiástico del Estado: en homenaje al profesor doctor Gustavo Suárez Pertierra* (pp. 399-418). CEPC-Tirant lo Blanch.

Fernández Ramos, S. y Pérez Minguió, J. M (2022). El derecho de acceso a la información pública: la doctrina del Tribunal Supremo. En VV.AA., S. Fernández Ramos, J. M. Pérez Minguió, A. Galdámez Morales (coord.), *Nuevos enfoques sobre transparencia y Derecho de acceso a la información pública* (pp. 25-60). Aranzadi, Cizur la Menor (Navarra).

García Muñoz, O. (2019). El concepto de información pública en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y en la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. *Revista Española de la Transparencia, 9* (segundo semestre), 69-96.

Gómez Hidalgo, A. (2022). *Compliance* para entidades privadas religiosas: cumplimiento obligatorio y buenas prácticas. En VV.AA., S. Fernández Ramos, J. M. Pérez Monguió, A. Galdámez Morales (coord.), *Nuevos enfoques sobre transparencia y Derecho de acceso a la información pública* (pp. 265-282). Aranzadi, Cizur la Menor (Navarra).

Guichot Reina, E. (2021). Límites a la transparencia que protegen la integridad de los procedimientos administrativos y judiciales y su relación con el acceso de los interesados a la información: ¿garantizar la efectividad de los procedimientos o la libertad de decidir si la presión de la mirada ajena?. En VV.AA., L. Cotino y A. Boix (coord.), *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (pp. 165-196). Tirant lo Blanch, Valencia.

Hernández Ramos, M. (2018). El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH: un derecho instrumental imprescindible para la eficacia del Convenio desde la teoría general de los derechos. *Teoría y Realidad Constitucional, 42,* 483-509.

Herrera Ceballos, E. (2020). La digitalización del Registro de Entidades Religiosas. En VV.AA., J. M. Vázquez García-Peñuela (ed. lit.) e I. Cano Ruiz (ed. lit.), *El derecho de libertad religiosa en el entorno digital* (pp. 339-352). ISBN: 978-84-9045-932-4.

Martín Delgado, I. (2021). Los límites efectivos al derecho de acceso. En VV.AA., L. Cotino y A. Boix (coord.), *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (pp. 65-98). Tirant lo Blanch, Valencia.

Martín de Llano, M. I. (2022). Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: estructura orgánica y eficacia de sus resoluciones. En VV.AA., S. Fernández Ramos, J. M. Pérez Monguió, A. Galdámez Morales (coord.), *Nuevos enfoques sobre transparencia y Derecho de acceso a la información pública* (pp. 61-77). Aranzadi, Cizur la Menor (Navarra).

Murillo Muñoz, M. (2020). El ejercicio del derecho de libertad religiosa en el ámbito de la administración electrónica. En VV.AA., J. M. Vázquez García-Peñuela (ed. lit.) e I. Cano Ruiz (ed. lit.), *El derecho de libertad religiosa en el entorno digital* (pp. 77-92).

Neira Barral, D. (2022). *Transparencia de las administraciones públicas y acceso a la información.* Colex, A Coruña.

Orgaz Valle, A. (2020). Apuntes sobre la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen gobierno: su aplicación a los partidos políticos. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, 36,* 295-344.

Palomino, R. (2022). La Iglesia del Monstruo del Espagueti Volador y las confesiones religiosas en el derecho español. Apuntes desde la jurisprudencia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 26*(1), 215-244.

Pelayo Olmedo, J. D. (2007). *Las comunidades ideológicas y religiosas, la personalidad jurídica y la actividad registral.* Ministerio de Justicia.

Pineda Marcos, M. (2020). El resurgimiento del registro de entidades religiosas. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 53.*

Rodríguez García, J. A. (2019). Autonomía de las confesiones y derecho comunitario: La protección de los datos personales en este contexto. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 49.*

Rollnert Liern, G. (2014). El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la Ley de transparencia. *Teoría y Realidad Constitucional, 34,* 349-368.

Ruiz-Rico Ruiz, G. (2021). La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa. *Revista de Derecho Político, 110* (enero-abril), 47-78.

Suárez Pertierra, G. (2014). Acuerdos y convenios: crisis de un modelo. En VV. AA., *Libertad de conciencia, laicidad y derecho: «liber discipulorum» en homenaje al profesor doctor Dionisio Llamazares Fernández* (pp. 225-253). Civitas, Madrid.

Suárez Pertierra, G. (2001). El laicismo de la Constitución republicana. En VV.AA. y D. Llamazares Fernández (ed.), *Estado y religión. Proceso de secularización y laicidad. Homenaje a don Fernando de los Ríos* (pp. 57-84). UCIII-BOE, Madrid.

Torres Gutiérrez, A. (2014). La levedad de la laicidad y sus claroscuros en España. En VV.AA., *Libertad de conciencia, laicidad y derecho: «liber discipulorum» en homenaje al profesor doctor Dionisio Llamazares Fernández*. Civitas, Madrid.

Vázquez Martínez, R. (coord.) y Martinez López, M. (2020). *Las Administraciones Públicas ante la reutilización de la información pública*. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. http://doi.org/10.30923/AAPPReuInf-2020.

Vidal Gallardo, M. (2021). Libertad de conciencia y derecho a la intimidad. Especial referencia a los datos religiosos de carácter personal. En VV.AA., D. Llamazares Fernández, J. M. Contreras Mazarío, Ó. Celador Angón, M. C. Llamazares Calzadilla, A. Rodríguez Moya, F. Amerigo Cuervo-Arango y G. Suárez Pertierra (coord.), *El Derecho eclesiástico del Estado: en homenaje al profesor doctor Gustavo Suárez Pertierra* (pp. 1179-1202). CEPC-Tirant lo Blanch.

14 ALGUNOS DESARROLLOS RECIENTES EN EL SISTEMA MATRIMONIAL INGLÉS: MATRIMONIO RELIGIOSO Y MATRIMONIO DE CREENCIA

José Ramón Polo Sabau
Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Málaga

1. Introducción.
2. Una tímida flexibilización de la forma de celebración conyugal a raíz de la pandemia de la COVID.
3. El tan esperado informe de la *Law Commission* sobre la reforma integral del sistema matrimonial inglés.
   3.1. La flexibilización de las formas conyugales y la homogeneización (con matices) del estatuto jurídico de los matrimonios religiosos.
   3.2. El reconocimiento civil de los matrimonios de creencia.
4. Algunas conclusiones.

1. Introducción

En el ámbito geográfico de las Islas británicas, especialmente en los últimos años, están teniendo lugar importantes cambios normativos que afectan a la configuración de los sistemas matrimoniales vigentes en esos países.

Entre esos cambios destaca, sin duda, el que representa la tendencia hacia la instauración de un estatuto común aplicable a todos los matrimonios religiosos con la consiguiente supresión de los regímenes especiales de los que, por razones históricas, venían disfrutando algunos de ellos, una tendencia a la que, con ciertos matices, podría sumarse ahora también la legislación inglesa[1] como se verá, así como igualmente sobresale el cambio que concierne al proceso de reconocimiento del denominado matrimonio de creencia, un

[1] Utilizaré aquí esta más abreviada expresión, pero téngase en cuenta que la reforma que se propone en el dictamen de la *Law Commission* que más adelante será analizado afectaría al sistema matrimonial vigente tanto en Inglaterra como en Gales.

proceso que actualmente es ya prácticamente completo en la medida en la que, tras la muy reciente reforma operada en la legislación de la Bailía de Guernsey, solo resta por sumarse a él la normativa propia de la Isla de Man.

Por matrimonio de creencia *(belief marriage),* conviene ya dejarlo sentado, se entiende aquella modalidad conyugal propia de los también denominados grupos de creencia *(belief bodies),* esto es de aquellas organizaciones cuya misma razón de ser estriba en la profesión y promoción conjuntas, por parte de sus miembros, de una serie de creencias y convicciones, de una determinada cosmovisión en definitiva, de naturaleza ideológica o filosófica. Estos grupos, de los que el paradigma es sin duda el de los denominados humanistas que gozan en estos países de una enorme implantación social, ocasionalmente reciben la denominación equivalente de grupos seculares *(secular bodies),* en cuyo caso sus ritos maritales son reconocidos bajo la etiqueta del matrimonio secular *(secular marriage).*

Todo aquel sumamente interesante fenómeno de la incorporación de esa peculiar modalidad conyugal a estos sistemas matrimoniales ha sido ya objeto de atención por mi parte en numerosos trabajos, en los que he podido detenerme en el estudio específico de cada una de las normativas locales implicadas (véase la bibliografía final).

En el supuesto concreto de la legislación vigente en Inglaterra y Gales en el que se centran estas páginas, el acontecimiento más relevante en esta materia se produjo recientemente al ser dictada la sentencia de la *High Court,* de 31 de julio de 2020, en el caso *Harrison vs. Secretary of State for Justice & Others,* con la que fue declarado al fin el carácter discriminatorio de la falta de reconocimiento del matrimonio de creencia en el ordenamiento de esos países (véase Polo Sabau, 2021a).

En las páginas que siguen, con las que modestamente me sumo al tan merecido homenaje que, desde la comunidad académica, se le brinda mediante esta obra colectiva a la profesora Fernández-Coronado con motivo de su jubilación, pretendo dar razón de las novedades más significativas que han tenido lugar recientemente en la legislación inglesa y que atañen tanto a la eficacia civil del matrimonio religioso como, asimismo, al régimen de reconocimiento del matrimonio de creencia.

2. Una tímida flexibilización de la forma de celebración conyugal a raíz de la pandemia de la COVID

La pandemia de la COVID obligó a realizar toda una serie de cambios normativos que, afectando a muy diversos ámbitos, estuvieron encaminados a salvaguardar la salud pública.

Concretamente en el terreno del sistema matrimonial, ese objetivo movió a los poderes públicos a modificar el régimen de la celebración conyugal para permitir, como parecía lógico y muy necesario ante el evidente menor riesgo

de contagio, la celebración del enlace también en lugares abiertos y no solo en el interior de los edificios hasta entonces habilitados para tal fin.

A este respecto conviene recordar que el sistema matrimonial inglés básicamente se vertebra en torno a la categoría de los edificios registrados, esto es permite la válida celebración del connubio ya sea en una oficina del Registro o en una dependencia oficialmente habilitada a ese propósito *(approved premises)* para el caso de la forma civil, de un lado, o bien en un lugar de culto registrado tratándose del matrimonio religioso, de otro y teniendo en cuenta que tanto el matrimonio anglicano como también el cuáquero y el judío gozan de un estatuto propio de reconocimiento.

En este contexto y para tratar de frenar el avance de la pandemia, las autoridades inglesas permitieron temporalmente la celebración del matrimonio en los espacios abiertos anejos a los mencionados edificios registrados, allí donde los hubiere, pero finalmente y tras realizar la pertinente consulta pública con un resultado abrumadoramente favorable, el Gobierno de ese país ha optado por convertir en permanente esa posibilidad bajo la premisa de que, con ello, se facilita a los ciudadanos la elección de una ceremonia nupcial civil más personalizada y adaptada a sus eventuales necesidades y aspiraciones, sin menoscabo del principio de seguridad jurídica.

Así las cosas, en abril de 2022 entraron en vigor las correspondientes disposiciones reglamentarias *[The Marriages and Civil Partnerships (Approved Premises) (Amendment) Regulations 2022]* que, afectando a la forma civil, admiten ahora la válida celebración del enlace al aire libre en los terrenos adyacentes al edificio registrado de que se trate. En el supuesto de las formas religiosas y dado que en esta ocasión sería necesario un cambio legislativo y no meramente reglamentario, el Gobierno inglés ha anunciado que se propone asimismo impulsar la pertinente disposición *(Legislative Review Order)* para permitir igualmente esa celebración de la ceremonia religiosa en esos lugares abiertos.

3. El tan esperado informe de la *Law Commission* sobre la reforma integral del sistema matrimonial inglés

Si hay algo en lo que la práctica totalidad de la doctrina científica ha venido coincidiendo en este terreno es en el hecho de que el sistema matrimonial vigente en Inglaterra y Gales resulta, en su conjunto, innecesariamente complejo, excesivamente burocratizado y lastrado por una serie de rigideces que impiden a los particulares satisfacer sus deseos de llevar a cabo con una mayor libertad una ceremonia nupcial más personalizada y adaptada a sus necesidades, a lo que habría que añadir la generalizada percepción de que se trata de un sistema marcado por la existencia de notables desigualdades en lo que concierne tanto a los distintos estatutos aplicables a los respectivos ritos religiosos admitidos como, asimismo, a la falta de reconocimiento de los

matrimonios de creencia que, por el contrario, sí han encontrado ya un amplio acomodo en las restantes legislaciones de Reino Unido[2].

Las razones por las que la vigente regulación matrimonial presenta todos esos defectos son, por lo demás, bien conocidas. Estamos ante un modelo que se ha ido configurando paulatinamente de manera, podríamos decir, parcheada, a partir de la existencia de unos estatutos propios de reconocimiento de los que tradicionalmente se venían beneficiando tanto la confesión oficial como también algunas otras históricamente muy arraigadas en el país, a los que se han ido sumando toda una serie de disposiciones sucesivamente promulgadas a medida que iban surgiendo ciertas necesidades de adaptación al cambio social pero de una manera muy coyuntural, a menudo sin la necesaria visión de conjunto y por tanto en ocasiones con una notable falta de perspectiva sistemática.

Ante este panorama, desde hace décadas son numerosas las voces que han reclamado una reformulación integral del sistema matrimonial inglés con el propósito de simplificarlo, de hacerlo más operativo en la práctica y, sobre todo, de depurarlo y eliminar de él las desigualdades objetivamente existentes en lo que atañe tanto a la eficacia civil de las distintas formas maritales religiosas como, también, en lo que se refiere a la falta de reconocimiento del matrimonio de creencia[3].

Casi invariablemente, las autoridades políticas en cuya mano estaba dar el correspondiente impulso a las reformas legales solicitadas han evitado hacerlo así, escudándose frecuentemente en el hecho de que, dada la complejidad y las características del sistema vigente, no sería adecuado añadir nuevas

---

[2] Estas desigualdades son elocuentemente resumidas en el dictamen del modo que sigue: *Weddings law in England and Wales is extremely complex, with different rules applying to different types of weddings. Under the framework of the current law —the Marriage Act 1949— couples must choose between a civil wedding and a religious wedding. Religious weddings are further divided by the law into different types: Anglican (meaning the Church of England and the Church in Wales), Jewish, Quaker, and any other religious group. Anglican, Jewish and Quaker weddings are governed by rules distinct to each; weddings conducted by any other religious group are governed by a single set of rules that apply to all weddings taking place in registered places of worship* (§1.15); *All couples except those having an Anglican wedding must complete the civil preliminaries process; couples having an Anglican wedding alone have the option of Anglican preliminaries. Most religious weddings must be conducted in a place of worship, but there are exceptions for couples having Jewish and Quaker weddings, and for some having Anglican weddings. Civil weddings must take place at either a register office or on approved premises, although recent amendments to the law allow those marrying on approved premises to do so outdoors. Civil weddings and religious weddings in registered places of worship must include the prescribed declarations and words of contract; Anglican, Jewish and Quaker weddings do not, instead taking place according to the rites or usages of those groups. Couples cannot have a legally recognised Humanist ceremony, or a ceremony according to other non-religious beliefs, and couples having civil weddings cannot include anything other than incidental religious references. All these rules are underpinned by complex provisions affecting every stage of the process of getting married* (§1.16).

[3] Una excelente monografía sobre toda esta materia y sus antecedentes normativos, incluyendo una muy argumentada exposición crítica de los principales problemas que ha venido planteando el complejo sistema matrimonial inglés, así como de las propuestas e iniciativas de reforma que se han venido sucediendo en las últimas décadas, puede verse en Sandberg, 2021.

modificaciones parciales en uno u otro aspecto, pues lo que verdaderamente sería necesario es una reformulación global del modelo; en los últimos tiempos, además, estando como estaba en curso un amplio y ambicioso proyecto de estudio y revisión de todo este sector normativo por parte de la *Law Commission* (en adelante también la Comisión), las distintas iniciativas de cambio legal en este terreno han sido por lo general rechazadas, precisamente, apelando a la necesidad de esperar a que ese dictamen del reputado órgano consultivo viese la luz.

Seguramente el punto de inflexión en esta materia, ejemplo paradigmático además de lo que acaba de señalarse, lo constituya la precitada sentencia de la *High Court,* de 31 de julio de 2020. En esta importantísima resolución, como se apuntó, por vez primera se declaró judicialmente el carácter discriminatorio del sistema matrimonial inglés, concretamente por lo que atañe a la falta de reconocimiento del matrimonio humanista —de los matrimonios de creencia en general— que genera, a juicio del Tribunal y como sostenían los recurrentes, una injustificada desigualdad en la regulación matrimonial entre quienes profesan creencias religiosas y quienes tienen otro tipo de convicciones ideológicas o filosóficas. La sentencia, no obstante, determinó que, pese a todo, por razones prácticas era conveniente esperar a la conclusión del proceso de revisión ya emprendido por la *Law Commission,* permitiendo así a las autoridades inglesas posponer hasta ese momento los pertinentes cambios normativos ahora ya inevitablemente requeridos por el resultado del fallo judicial.

Así las cosas hace escasas fechas, concretamente el 19 de julio de 2022, acaba de hacerse público, al fin, el tan largamente esperado dictamen de la *Law Commission* bajo el título *Celebrating Marriage: A New Weddings Law*[4].

Se trata de un texto muy extenso —cerca de quinientas páginas— en el que se propone una reforma integral del sistema matrimonial vigente en Inglaterra y Gales bajo la premisa de que, en efecto y como se viene denunciando generalizadamente desde hace décadas, estamos ante un modelo normativo que ha quedado francamente obsoleto, que se muestra en muchos aspectos confuso y que, en general, resulta en exceso restrictivo y en ciertas facetas claramente discriminatorio[5].

A continuación destacaré los elementos más relevantes de esta importante propuesta de cambio en lo que concierne, especialmente, al régimen de la eficacia civil del matrimonio religioso y, asimismo, al reconocimiento del matrimonio de creencia.

---

[4] El texto íntegro del dictamen se encuentra accesible en el sitio web de la *Law Commission*.

[5] *Weddings law in England and Wales restricts how couples are permitted to celebrate their weddings, for historical reasons rather than current policy reasons. Complexity and inconsistency mean that different couples are bound by different rules. Because of unnecessary restrictions, many couples cannot have a legally recognised wedding in a place that is meaningful to them. Many couples also cannot have a ceremony which contains the vows, rituals and music that best reflect their beliefs and preferences. Unnecessary regulation and bureaucracy contribute to some couples having to spend more on the legal aspects of their wedding than other couples* (§1.5).

3.1. La flexibilización de las formas conyugales y la homogeneización (con matices) del estatuto jurídico de los matrimonios religiosos

Como elemento central y vertebrador del nuevo sistema matrimonial, la Comisión propugna la superación del modelo vigente, basado en la determinación y el registro de una serie de edificios y dependencias en los que se puede celebrar válidamente el enlace, y su sustitución por otro modelo ahora centrado en la habilitación concedida a ciertas personas que adquieren así la condición de oficiantes autorizados para asistir válidamente a la celebración del connubio, con independencia del lugar concreto en el que vaya a tener lugar la ceremonia nupcial.

Ello, como es obvio, supone una concepción notablemente distinta del modelo, un auténtico cambio de paradigma con el que el sistema matrimonial en gran medida se equipara a las legislaciones de otros países cercanos[6], flexibilizándose extraordinariamente el régimen de la forma de celebración con consecuencias concretas como, por ejemplo, la del reconocimiento del matrimonio de creencia, aunque en esto último, como se verá después con mayor detalle, el dictamen de la Comisión se pronuncia en términos que pueden acaso plantear algunas dudas.

En primer lugar, cabe destacar que la implantación del nuevo modelo daría a los contrayentes una amplísima libertad a la hora de elegir el lugar de celebración de su matrimonio, pues no siendo ya necesario que ese lugar se circunscriba a la oficina del Registro o a uno de los edificios o de los lugares de culto registrados (o espacios abiertos adyacentes según se había autorizado recientemente), el enlace podría celebrarse casi en cualquier sitio imaginable, tanto tratándose de edificios cerrados (espacios institucionales, dependencias municipales o, incluso, en el propio domicilio de los contrayentes) como, asimismo, de lugares abiertos (parques y jardines, playas, etc.)[7].

---

[6] *Although our recommendations for reform might seem radical to some, they are neither novel nor untested. Our near neighbours in Scotland, Northern Ireland, Ireland, Jersey, and Guernsey have all reformed their laws to reflect modern society and to give couples more choice. Other jurisdictions which share common traditions, for example, Australia, Canada, and New Zealand, also operate modern, fit-for-purpose schemes, which give couples significant choice over where and how their weddings can be celebrated. By bringing the law up to date, our recommendations will make the law in England and Wales more similar to the laws in these countries. In particular, in many ways, our recommendations will make the law of England and Wales similar to the law in Scotland, where regulation has long focussed on the person conducting the wedding rather than on the location where it takes place* (§1.10). La Comisión relata algo más detalladamente el sentido de las reformas introducidas en esas otras jurisdicciones cercanas, especialmente en las de las Islas británicas, en los apartados 1.38 y 1.39.

[7] *[...] We recommend that the existing restrictions on where weddings can take place should be abolished. Under our recommendations, weddings will be able to take place in any type of location, provided that the officiant agrees to the location, considering safety and dignity. As a result, religious and (if enabled to officiate at weddings) non-religious belief organisations will be able to set their own rules as to where weddings conducted according to their beliefs take place* (§1.112).

Por otra parte, esa muy amplia libertad de los futuros cónyuges se extendería también al contenido mismo de la ceremonia nupcial, que ya no quedaría sujeto a unas normas tan rígidas y restrictivas como las ahora existentes sino que, por el contrario, permitiría un alto grado de personalización en función de los deseos, creencias y valores de los contrayentes.

Aunque este trabajo pone el foco sobre los cambios que afectan a los matrimonios religioso y de creencia, quizá no esté de más destacar también que el dictamen, por lo que se refiere a la forma estrictamente civil, satisface al fin la pretensión de que la ceremonia conyugal se desarrolle también en estos supuestos de una manera menos encorsetada, más apta en definitiva para reflejar de algún modo las creencias y los valores que profesan los contrayentes. En este sentido, la Comisión propone que a la ceremonia civil se le puedan eventualmente incorporar ciertos elementos religiosos como es el caso, por ejemplo, de los himnos, las oraciones o las lecturas religiosas, siempre y cuando, eso sí, todo ello no desvirtúe la esencia de la celebración nupcial en tanto que esta ha de poder ser identificada claramente como una ceremonia civil.

En lo que respecta al matrimonio religioso, según lo que se propone en el dictamen, no solo la celebración del enlace no tendría ya que llevarse a cabo necesariamente en un lugar de culto registrado sino que, además, tampoco sería obligatoria, como lo es actualmente, la utilización de una fórmula específica que ha de observarse en la mutua prestación del consentimiento8. Además, la Comisión contempla también la posibilidad de una suerte de celebración conyugal mixta para el caso de que los contrayentes profesen religiones diferentes, que contendría elementos propios de las creencias de ambos y se desarrollaría mediante el concurso de uno de los denominados ministros multiconfesionales *(interfaith ministers),* personas que se han formado en el estudio de las principales religiones y corrientes espirituales y que, como tales, están socialmente reconocidas en Inglaterra.

Pero más allá de estos cambios atinentes al lugar y al modo en que habrá de transcurrir la ceremonia nupcial, sin duda el elemento más relevante de toda esta propuesta de revisión lo constituye, como se anticipó, el cambio de paradigma que representa el paso de un modelo centrado en el lugar de celebración a otro basado en la figura del oficiante autorizado[9].

Con ello, la Comisión aspira a establecer un régimen de reconocimiento común y homogéneo en el que, buscando un adecuado equilibrio entre la ga-

---

[8] *[...] Our recommendations focus on the essential requirements of the ceremony. The couple will be required to express their consent to be married in each other's presence, as well as the presence of the officiant and two witnesses. In a belief ceremony, the couple will be able to express consent by their words or actions, in any way that reflects a shared understanding of an expression of consent within that ceremony. In a civil ceremony, the couple will be required to express their consent by saying required words of contract or words to the same effect* (§1.111).

[9] *To address the significant problems with the law, we recommend comprehensive reform: an entirely new scheme to govern weddings law. Our recommendations Will change the law from the foundations up, transforming the law from a system based on the building in which a ceremony takes place to an officiant-based scheme* (§1.7).

rantía de la libertad de los contrayentes en este terreno y la salvaguarda de los intereses estatales implicados, se simplifique y se racionalice el modelo y queden asimismo suprimidas las desigualdades existentes en el tratamiento de los diversos grupos sociales, aunque lo cierto es que este último propósito se ve en alguna medida matizado en el dictamen al justificarse en él, pese a todo, la pervivencia de ciertas peculiaridades atinentes en exclusiva al matrimonio anglicano[10].

En todo caso, esas peculiaridades en lo fundamental y más relevante se circunscriben a la fase previa a la celebración propiamente dicha del enlace, en la que, según se propone en el dictamen, la excepción a aquel proyectado régimen común la constituiría el mantenimiento de la eficacia civil de los trámites previos propios de esa modalidad marital *(anglican preliminaries),* a diferencia de todas las restantes formas de matrimonio para las que la Comisión propone un único y común procedimiento concerniente a esa fase preliminar.

Más allá de la especialidad que acaba de mencionarse y de ciertos requisitos específicos aplicables a la forma civil para que esta mantenga visiblemente su inequívoca naturaleza en cuanto tal, en el dictamen se propone una normativa que, reconocidamente, aspira a establecer en todo aquello en lo que sea posible las mismas reglas de reconocimiento para todas las modalidades conyugales, tanto para la forma estrictamente civil como para las formas religiosas o las ideológicas o filosóficas, y todo ello con el declarado propósito de garantizar plenamente la vigencia del principio de igualdad de trato, no solo entre los diversos ritos religiosos sino también entre estos últimos y las formas conyugales propias de los denominados grupos de creencia; resulta, en este sentido, ciertamente significativo que la Comisión se refiera globalmente a todos ellos, ya sean matrimonios religiosos o ideológicos o filosóficos, como ceremonias de creencia *(belief ceremonies),* pues en definitiva se trata de actos con los que, en la esfera matrimonial, los ciudadanos exteriorizan sus creencias y convicciones, sean estas de la naturaleza que sean y sin que exista justificación para que unas u otras se vean discriminadas por el ordenamiento[11].

---

[10] *We recommend this fundamental change, and other ancillary reforms, based on the principles underpinning our review, which we agreed with Government at the outset of our project [...]. These principles have directed us to find a balance between giving couples freedom over their weddings, to allow them to celebrate them according to their own beliefs, whilst ensuring that the state's legitimate interest in weddings is protected (including, for example, in identifying and protecting against forced and sham weddings). These principles have also directed us to seek to harmonise and rationalise the law, including eliminating the differences in treatment between groups. However, as we explain in the pages that follow, we think that some exceptional treatment of the Anglican churches is justified in relation to certain specific aspects of the law governing weddings* (§1.8).

[11] *Our recommendations ensure, as far as possible, that the same legal rules apply to all weddings, whether the wedding consists of a civil ceremony, a religious ceremony or (if enabled by Government) a non-religious belief ceremony. Some specific requirements will apply to civil ceremonies in order to ensure they are clearly identifiable as such. As regards belief ceremonies —a term we use to refer collectively to religious and non-religious belief ceremonies— the same legal rules will apply, as far as possible, to all beliefs. The main remaining difference that will continue to exist is that Anglican weddings will continue to be able to be preceded by Anglican preliminaries, such as the calling of banns. All other weddings, as under the current law, will need to be preceded by civil preliminaries* (§2.3).

Como se ha reiterado, el aspecto vertebrador de todo este nuevo modelo lo constituye la sustitución de un procedimiento basado en el elemento del lugar de celebración registrado por otro que, ahora, se centra en la categoría del oficiante autorizado; no obstante, conviene precisar que la Comisión opta por un peculiar mecanismo en el que, resultando en todo caso imprescindible la presencia de dicho oficiante, sobre el que pesan ciertas responsabilidades y obligaciones principalmente en garantía de la seguridad jurídica y que podrá ser él mismo quien dirija la ceremonia, se admite también la posibilidad de que esto último lo lleve a cabo otra persona, el entonces denominado celebrante, con lo que queda establecida la distinción a estos efectos entre ambas categorías subjetivas[12].

Con todo y dejando aparte esta última precisión que, en cierto modo, no deja de ser anecdótica, pues en cualquier supuesto resulta obligada la presencia del oficiante, que es quien propiamente ejerce para el ordenamiento la función de testigo cualificado con todas sus consecuencias, el nuevo modelo responde a un esquema esencial que se resume de esta manera: básicamente el connubio podrá adoptar dos modalidades, matrimonio civil o matrimonio de creencia, dependiendo de la identidad del oficiante autorizado por el Estado —un oficiante civil[13] o uno designado ya sea por una confesión religiosa o bien por uno de los denominados grupos de creencia, respectivamente *(nominated officiants)*—, teniendo además en cuenta que se podrá acreditar a los sujetos correspondientes para oficiar específicamente una u otra modalidad conyugal, pero no ambas[14].

Cabe advertir que es en este tema en el que, junto con lo que se plantea a propósito de los trámites preliminares, se aprecia en el dictamen la otra más notable peculiaridad relativa al matrimonio anglicano, ya que se mantiene

---

[12] *The central feature of our scheme is that it shifts the focus of regulation from the building or venue where the wedding takes place, to the officiant. Every wedding will be attended by an officiant, who will have specific legal obligations in relation to the wedding. The officiant may also conduct the wedding ceremony, but under our scheme the role of officiant is distinct from that of a celebrant. Therefore it will be possible for someone other than the officiant to conduct the wedding* (§2.4).

[13] Incidentalmente y como un síntoma más del propósito de flexibilización de esta materia, conviene hacer notar que la Comisión propone también, para la forma estrictamente civil, que el Estado pueda acreditar a determinadas personas independientes *(independent officiants),* al margen de los sujetos que desempeñan esta función en su condición de detentadores del correspondiente cargo oficial como es el caso del encargado del Registro: *[...] Our recommendations will also enable independent officiants —that is, officiants who are not registrars, and are not affiliated to a religious or non-religious belief organisation— to conduct civil weddings, again, only if Government decides that they should be able to do so* (§2.12). Asimismo, el dictamen propone la creación de una categoría específica de oficiantes para el supuesto de las ceremonias civiles celebradas a bordo de barcos británicos situados en aguas internacionales, los llamados *Maritime officiants: [...] our recommended scheme will also include a new category of officiant, called maritime officiants. Their role will be solely to officiate at civil weddings in international waters on board cruise ships registered in the United Kingdom with a port of choice in England or Wales* (§4.332).

[14] *[...] Under our recommendations, a wedding will either be a civil or a belief ceremony. Its type will be determined based on the identity of the officiant: officiants will be authorised to officiate at either civil or belief ceremonies, but not both. Civil ceremonies will be subject to specific rules about the content of the ceremony* (§2.5).

sustancialmente vigente la normativa específica actualmente aplicable a la designación y autorización de los ministros de esta confesión para su intervención como oficiantes de la ceremonia nupcial, hasta el punto de que la Comisión menciona específicamente a los ministros anglicanos como uno de los posibles tipos de oficiante que contemplaría la nueva normativa junto al más genérico de los oficiantes nominados, siendo este último el que alude globalmente a aquellos sujetos eventualmente designados por las restantes confesiones religiosas así como por los grupos de creencia[15].

Dejando aparte esta peculiaridad o, si se prefiere, esta excepción a lo que, de otro modo, sería un estatuto plenamente común de reconocimiento para todos los ritos religiosos conyugales, el criterio general que se establece en la propuesta de la Comisión es el de que, tanto las confesiones religiosas como los grupos de creencia, podrán ambos designar a estos efectos a los sujetos que estimen conveniente, que habrán de ser personas idóneas para desempeñar este cometido *(a fit and proper person)* y que, ulteriormente, deberán solicitar la correspondiente autorización al encargado del Registro civil al que, además, se le encomienda la tarea de dar la pertinente publicidad a las listas de oficiantes autorizados[16].

Así pues, a la vista de todo ello, con la única excepción de la pervivencia de las antes mencionadas especialidades atinentes al matrimonio anglicano, por lo demás queda establecido un régimen de reconocimiento común a todas las restantes formas religiosas maritales, un régimen que, básicamente, solo requiere del cumplimiento de unos trámites preliminares civiles *(civil preliminaries)* —con los que los poderes públicos pretenden cerciorarse de que concurren en los contrayentes todos los requisitos de capacidad que estipula la legislación civil—, así como también de la mutua prestación del consentimiento conyugal en presencia de testigos. Esos trámites que conciernen al matrimonio *in fieri* son ahora reformados, en la propuesta de la Comisión, con el objeto de hacerlos más sencillos y operativos[17], al tiempo que

---

[15] *[...] the different (potential) types of officiant under our scheme: registration officers, Anglican clergy, nominated officiants, independent officiants, and maritime officiants. As our scheme envisages little change to how registration officers and Anglican clergy are authorised, our primary focus is on the appointment and regulation of nominated officiants, independent officiants, and maritime officiants* [§1.110 (2)].

[16] *[...] nominated officiants, independent officiants, and maritime officiants. In each case, we recommend that they should apply for authorisation by the General Register Office and should be required to be fit and proper persons to conduct weddings. Religious organisations and (if enabled by Government to officiate at weddings) non-religious belief organisations will be responsible for nominating officiants to conduct weddings. [...] We recommend that the General Register Office should maintain public lists of all nominated officiants, independent officiants, and maritime Officiants* [§1.110 (2)].

[17] *We make recommendations to reform civil preliminaries in several important ways. Under our recommendations, no prior period of residence will be required in order to give notice. Individuals will be able to give notice in person in any registration district or give initial notice online. Notice will then be displayed on a publicly accessible Government website for the waiting period. If initial notice is given online, an in person interview will be required to take place at least five days before the schedule is issued. Where initial notice is given in person, an interview will take place at the time notice is given* [§1.109 (2)].

también, con ese mismo propósito, se sugieren algunas modificaciones en los preliminares específicos del matrimonio anglicano cuya pervivencia se propone en el dictamen[18], pues no ha de olvidarse que la promulgación de esta normativa propiamente religiosa compete también a las autoridades estatales en el peculiar sistema legal inglés presidido por el principio de confesionalidad (sobre esto último, más ampliamente, véase Polo Sabau, 2020b).

Al margen de todas estas tan elementales exigencias, tanto el lugar de celebración como el desarrollo concreto de la ceremonia serán los que los contrayentes elijan libremente de acuerdo a sus particulares creencias religiosas; en estos aspectos este estatuto es, de hecho, el que actualmente ya resulta aplicable tanto al matrimonio cuáquero como al judío que, por razones históricas, vienen gozando de este régimen privilegiado que, de implementarse la propuesta normativa que nos ocupa, obviamente dejará de serlo[19].

Por último conviene subrayar que, como ha quedado apuntado, este mismo esquema común de reconocimiento será el que resulte también aplicable a los matrimonios celebrados en la forma propia de cualquiera de los grupos ideológicos o filosóficos que dispongan de ella, los denominados matrimonios de creencia, plenamente equiparados a estos efectos a los matrimonios religiosos y cuyo reconocimiento estatal es contemplado en el dictamen aunque lo es, eso sí, en términos hipotéticos que seguramente re-

---

[18] *Where an Anglican wedding is authorised by way of banns, we recommend that they should only be required to be published in the couple's parish(es) of residence. Where this is not possible, we recommend that the wedding should be authorised in another way, by civil preliminaries, a common licence or a special licence; this will enable the intricate and confusing provisions about where banns must be called in the alternative to be abolished. We also make recommendations to require that each of the couple is required to attend an in- person meeting and provide evidence in advance of a wedding being authorised by banns or a common licence, to align these processes more closely with the civil preliminaries* [§1.109 (3)].

[19] *While none are generally possible under the current law, some groups already enjoy most of these benefits. Jewish and Quaker weddings can take place in any location and do not need to include words prescribed by law. In broad terms, our recommendations will place all religious groups (other than the Anglican churches, which retain a distinct position in some specific respects) in the same position, as far as weddings law is concerned, as that currently enjoyed by Jews and Quakers. Our recommendations enable other religious ceremonies to give rise to legally recognised weddings, subject to compliance with civil preliminaries, without imposing additional requirements as regards where the wedding can take place and as to the content of the ceremony. Our recommendations respect the rich traditions of wedding ceremonies within religions, requiring only that the couple consents to be legally married in the presence of each other, their witnesses and the officiant* (§2.11); de hecho la peculiaridad que actualmente atañe a ambos tipos de matrimonio es incluso mayor y concierne a otras facetas de la celebración marital: *[...] (3) Weddings taking place in registered places of worship, that is religious weddings other than Anglican, Jewish and Quaker weddings, must be attended in the first year of the place's registration by a registrar of the registration district; thereafter, they must be attended by either a registrar or an authorized person of the place of worship. Two witnesses must also attend. (4) The legislation does not require Jewish and Quaker weddings to be attended by anyone other than the couple. There is no statutory requirement for the attendance of witnesses or the person responsible for ensuring the marriage is registered (that is, the Jewish synagogue secretary or Quaker officer)* (§1.25).

quieran de alguna explicación más detallada[20]. Seguidamente expondré algunas de las claves de la proyectada introducción de esta novedosa figura en la legislación inglesa.

3.2. El reconocimiento civil de los matrimonios de creencia

La Comisión, de entrada, deja claro que, conforme a las concretas premisas establecidas por el Gobierno al impulsar este proceso de estudio y revisión *(Terms of Reference),* la cuestión acerca de si deberían o no reconocerse los matrimonios de creencia en el ordenamiento inglés quedó al margen de los aspectos sobre los que este órgano consultivo debía pronunciarse. De este modo, aunque en el dictamen se contempla el novedoso reconocimiento de esta modalidad marital a la que, en esencia, se somete al mismo estatuto común que regiría para el matrimonio religioso, lo cierto es que ello se hace con esa condicionalidad, esto es, especificando en todo momento que esa diseñada normativa sería de aplicación solo si el Gobierno decidiese, finalmente, dar carta de naturaleza legal a estos tipos de matrimonio al operar la reforma global de este sector del ordenamiento para la que fue solicitado el dictamen[21].

Con ello, como es razonable deducir, lo que en principio parece estar dándose a entender es que la eventual incorporación del matrimonio de creencia a la legislación inglesa obedecería, básicamente, a una decisión puramente discrecional por parte de las autoridades de este país, lo cual, a la luz de lo declarado por la *High Court* en su precitada sentencia de 31 de julio de 2020, en realidad no es así en absoluto.

Lo que por el contrario se determinó en esta resolución judicial fue que la legislación actual, en tanto no reconoce el matrimonio de creencia, a la luz de las prescripciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos resulta inequívocamente discriminatoria para las personas que profesan creencias o convicciones no religiosas, lo que, conforme a lo estipulado en la *Human Rights Act* de 1998, obligaría al Gobierno inglés a realizar los oportunos cam-

---

[20] *Further, our recommendations will enable non-religious belief organisations, such as Humanists, to conduct legally binding weddings, on the same basis as religious organisations [...]* (§2.12).

[21] *[...] As our Terms of Reference make clear, it is a matter for Government to decide whether to enable non-religious belief organisations to take this role [...]* (§2.12); *[...] (1) The question of whether non-religious belief organisations, including Humanists, and/or independent celebrants should be able to conduct legally binding weddings is not a matter for us to consider, as our Terms of Reference state. However, we have considered, and make recommendations on, how either or both non-religious belief organisations and/or independent celebrants could be enabled to officiate at weddings in a reformed law. We have sought to ensure that any recommendations we make would work well if they applied to Humanist weddings and weddings conducted by independent celebrants, bearing in mind how both Humanist celebrants and independent celebrants currently conduct non-legally binding ceremonies* (§1.49).

bios normativos para eliminar esa desigualdad de trato; lo que sucedió fue que, pese a ello, a la vista de la situación en la que se encontraba entonces el proceso de revisión de esta materia por parte de la *Law Commission* y, asimismo, teniendo en cuenta que aquellos cambios imprescindibles podrían introducir una mayor complejidad y confusión en un sistema matrimonial ya de por sí complejo y confuso en grado sumo, el Tribunal optó por permitir que se mantuviese vigente la actual legislación —y con ella la discriminación declarada— hasta tanto viese la luz la definitiva propuesta de reforma integral realizada por la *Law Commission* (un más extenso análisis del contenido de esta sentencia puede verse en Polo Sabau, 2021).

El matiz es, como se ve, importante, porque realmente la *High Court* no declaró que esa discriminación estuviese de algún modo justificada por el hecho de que se hallara en curso ese proceso de revisión global, como literalmente se proclama en el dictamen en un pasaje de redacción un tanto desafortunada[22], sino que, antes bien, lo que se declaró en la sentencia es que esa diferencia de trato derivada de la falta de reconocimiento del matrimonio de creencia era contraria al Convenio Europeo y estaba, por tanto, a todas luces jurídicamente injustificada, aunque por razones coyunturales fuese conveniente demorar en el tiempo la necesaria respuesta normativa por parte de los poderes públicos, lo cual es evidentemente algo muy distinto; al cabo, lo que se declaró justificado, podríamos decir, no fue la discriminación misma sino, más bien, la falta de una inmediata reacción gubernamental ante ella.

En todo caso, quizá la explicación a todo ello sea más sencilla de lo que en un principio pudiera pensarse, ya que es la propia Comisión la que expresamente reconoce que no ha tenido en cuenta el contenido de la sentencia a la hora de emitir su dictamen y se ha ceñido, estrictamente, a dar respuesta a las cuestiones específicas inicialmente planteadas por el Gobierno como objeto de la consulta, y más concretamente, entre ellas, a la de cómo y bajo qué condiciones podría implementarse adecuadamente, en su caso, un régimen de reconocimiento del matrimonio de creencia en este país[23]; de ahí que en el dictamen, cada vez que se hace una referencia a ese eventual estatuto del matrimonio de creencia, se advierta que ello se propone «para el caso de que

[22] *More recently, six couples challenged the current law's lack of recognition of Humanist weddings on human rights grounds. In its 2020 judgment, published shortly before the Consultation Paper was published, the High Court determined that weddings law treats Humanist couples differently to those who hold religious beliefs; however, it determined that the difference in treatment was justified because of the wider review of weddings law that was taking place. The court agreed that it had been demonstrated that there was «a legitimate aim in seeking to address differences in treatment as part of a wholesale reform of the law of marriage»* (§1.66).

[23] *The High Court decision has not affected our review. As we explain at paragraph 1.49(1) above, as specified in our Terms of Reference, in this project we are not considering the question of whether non-religious belief organisations, including Humanists, should be able to conduct legally binding weddings. However, our Terms of Reference require that we consider how weddings by Humanist and other non-religious belief organisations could be incorporated into a new scheme [...]»* (§1.67).

el Gobierno decida reconocerlo», lo cual, a la vista del sentido del fallo de la *High Court,* se antoja ya a estas alturas un tanto extemporáneo por los motivos expuestos[24].

Sea como fuere, lo que sin duda debe destacarse es el hecho de que ese proyectado régimen de reconocimiento del matrimonio de creencia es el mismo que se propone para el matrimonio en forma religiosa, un régimen que, por consiguiente, ahora sí puede decirse que es verdaderamente común a todos los ritos maritales basados en las creencias o convicciones de los individuos, ya sean estas religiosas, ideológicas o filosóficas —con la mencionada excepción, eso sí, del estatuto del matrimonio anglicano—[25].

En definitiva, la Comisión deja inequívocamente claro que su propuesta implica una reforma global y radical del entero sistema matrimonial primordialmente guiada por el propósito de simplificar el modelo y, sobre todo, de garantizar más plenamente la vigencia del principio de igualdad en este ámbito, para lo que en esencia se propone un único régimen de reconocimiento aplicable a todas las modalidades conyugales, ya se trate del matrimonio civil o del matrimonio de creencia —este último religioso, ideológico o filosófico—. Este régimen común, por definición, implicaría la supresión de las diferencias de tratamiento actualmente existentes entre dichas modalidades y la consiguiente eliminación de las discriminaciones que afectan a algunos individuos en este terreno en razón de su particular afiliación religiosa, ideológica o filosófica, ya que básicamente la proyectada nueva normativa, centrada ahora en la figura del oficiante autorizado, permitiría a cualesquiera contrayentes elegir libremente la forma concreta y el lugar de celebración de su enlace, cumpliendo en todo caso por seguridad jurídica unas mínimas exigencias de certeza en la mutua prestación del consentimiento marital así como, también, satisfaciendo el requisito de que el enlace se lleve a cabo en

---

[24] Como perspicazmente se ha señalado, *This comes to the fore in the Report's discussion of Humanist marriages where the decision in R (on the application of Harrison) vs. Secretary of State for Justice [2020] EWHC 2096 (Admin), handed down weeks before the publication of the Consultation Paper, made it clear that the current law breached human rights in not affording equal treatment to non-religious beliefs and held that this was only justified for now by the fact that the Law Commission was working on the area. However, the Law Commission's Report does not use this finding to galvanise the need for reform. On my reading, Harrison means that the Government must do something or be subject to further litigation (unless the Bill of Rights is passed and human rights law is neutered). The Report states that the Harrison «decision has not affected our review» because the terms of reference prescribe that they are not considering «the question of whether non-religious belief organisations, including Humanists, should be able to conduct legally binding weddings» but are being asked to «consider how weddings by Humanist and other nonreligious belief organisations could be incorporated into a new scheme» (para 1.49). Yet, given that «fairness and equality» is one of the principles underpinning the review, more could be made of a clear judicial finding that the status quo is not human rights compliant and why* (Sandberg, 2022).

[25] *[...] we make recommendations which would allow weddings conducted by non-religious belief organisations to be legally recognised, should Government enable them to do so. Our recommendations would allow non-religious belief organisations to nominate officiants in the same way that religious organisations will be able to nominate officiants* (§1.67).

un lugar que, a criterio del oficiante, reúna las necesarias condiciones de seguridad y preserve la dignidad del matrimonio[26].

Conviene por último hacer mención a un problema que, como era previsible, ha surgido en aquellas legislaciones cercanas en las que se ha dado acogida a la figura del matrimonio de creencia y que, ahora también, se ha planteado en esta propuesta de reforma, y ese no es otro que el que se deriva de la necesidad de determinar lo que haya de entenderse por un grupo ideológico o filosófico, por un grupo de creencia, puesto que, pese a establecerse un régimen común de reconocimiento en los términos ya expuestos, la nueva normativa no deja de contemplar de manera específica esa posibilidad de que sean este tipo de grupos los que designen a las personas que habrán de ser autorizadas para intervenir como oficiantes en la ceremonia.

Se trata en definitiva de un problema paralelo al que, por su parte, suscita la definición legal de la religión o del grupo religioso a esos mismos efectos matrimoniales y que, en buena lógica, surge inevitablemente cada vez que el ordenamiento contempla de manera especial y, por tanto, obliga a determinar el significado de una u otra categoría —grupo religioso y grupo ideológico o filosófico— (más ampliamente, véase Polo Sabau, 2021b).

La distinción, por lo demás, tiene si cabe menor sentido aún si lo que se pretende establecer es, en último término, un estatuto común a ambas formas maritales, como es el caso de esta proyectada reforma en la que, como se vio, las dos modalidades son concebidas unitariamente bajo la amplia fórmula genérica de las *ceremonias de creencia,* pero de cualquier modo la existencia misma de esa diferenciación legal obliga a realizar esa determinación jurídica, aunque aquella tenga una virtualidad que exclusivamente se circunscribe al plano de la designación de los correspondientes oficiantes, ya que el restante procedimiento de atribución de efectos civiles sí es verdaderamente común.

Sin entrar ahora en excesivas honduras, ya que este es un aspecto que seguramente sea más provechoso analizar con detalle una vez que, como parece esperable —aunque quizá no en un muy corto plazo—, la propuesta se plasme en una nueva normativa y esta pueda ser examinada también a la luz de su efectiva aplicación, sí al menos cabe hacer mención del modo en el que la Comisión afronta este asunto.

---

[26] *By transforming the law from the foundations up, our recommendations answer the difficult questions of fairness that would arise in making unique provision for Humanist weddings within the current buildings-based scheme. We recommend a scheme that will place all weddings on a level playing field: whether a civil, religious, or (if enabled) non-religious belief wedding, all will be able to take place in the form agreed between the parties and the officiant, and all will be able to take place in any type of location, subject to the agreement of the officiant considering safety and dignity. Our recommendations remove the unfairness in the current law, which limits some couples more than others in where and how they can marry. Our recommendations also prevent any unfairness from arising if provision is made in the law for Humanist weddings, in contrast to the difference in treatment that would arise with piecemeal Reform* (§1.68).

A este respecto, el criterio que inicialmente se fija en el dictamen es el de que, por grupo de creencia no religioso —que es la fórmula con la que aparece designado—, se entenderá aquella organización cuyo único o principal propósito sea el de profesar y promover un sistema de creencias no religiosas, sistema este al que han de adherirse los miembros de dicha organización con un nivel de seriedad y coherencia que lo haga susceptible de caer bajo el ámbito de protección del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[27].

La premisa, así formulada, resulta seguramente de muy escasa ayuda hermenéutica pues, más allá de la evidente tautología (un grupo de creencia no religioso es aquel que promueve un sistema de creencias no religiosas), la referencia a ese precepto del Convenio Europeo atañe a unos parámetros que, en rigor, a su vez conciernen a la eventual determinación de si se trata o no de creencias cuya manifestación social es susceptible de ser tutelada por esa norma, pero no así al hecho de que sean consideradas creencias de una u otra naturaleza —religiosa o no religiosa—.

De ahí que haya que avanzar en la lectura del dictamen para encontrar alguna mayor concreción en este espinoso asunto, y es entonces cuando nos encontramos con algunas interesantes apreciaciones que atañen no ya solo a la propia determinación de la categoría del grupo de creencia no religioso sino, como una cuestión previa, al mismo debate acerca de si dicha categoría debe o no ser contemplada de manera especial y diferenciada respecto de la del grupo religioso[28].

Sobre este último punto, la Comisión señala que, en las premisas fijadas por el Gobierno a la hora de plantear la consulta, ya estaba implícita la necesidad de considerar diferenciadamente ambas categorías, y aclara además que esa distinción es importante básicamente por dos razones principales: en primer lugar, las confesiones religiosas tienen reconocido actualmente —y ello no se discute en el dictamen— el derecho a no ser obligadas a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, mientras que por el contrario la Comisión asume que existe la decisión política de que los grupos de creencia no religiosos no gocen de ese derecho y a ella acomoda su esquema de reforma; en segundo término, el dictamen reitera que el eventual reconocimiento del matrimonio de estos grupos de creencia, conforme a esas mismas premisas inicialmente fijadas por las autoridades, es una opción que depende de la voluntad del Gobierno, de manera que la reforma proyectada ha de contemplar los dos escenarios posibles, eso es, una nueva legislación con y sin el reconocimiento de esa modalidad marital. Estos dos motivos, se advier-

---

[27] *[...] If enabled, a non-religious belief organisation must be one whose sole or principal purpose is the advancement of a system of non-religious beliefs which have a level of cogency, seriousness, cohesion and importance that brings them within the meaning of article 9 of the European Convention on Human Rights [...]* [§1.110 (2)].

[28] *We should first address the issue raised by some consultees as to whether our scheme should distinguish between religious and non-religious belief organisations* (§4.135).

te, abogan por la necesidad de una concepción específica y diferenciada de una y otra categoría legal[29].

A partir de ahí, lógicamente, no solo se suscita la cuestión de la definición legal del grupo de creencia no religioso sino, también y paralelamente, la no menos espinosa cuestión de la determinación legal de lo que haya de entenderse por un grupo religioso (sobre esta compleja y dificultosa cuestión y su repercusión en el contexto del sistema matrimonial, puede verse Polo Sabau, 2015a, especialmente 606 y ss), aunque esta última es en cierto sentido orillada en el dictamen apelando al hecho de que no fue inicialmente este uno de los aspectos objeto de específica consulta, a lo que habría que añadir que, según entiende la Comisión, el asunto está ya resuelto por la jurisprudencia de manera suficientemente satisfactoria[30].

Por su parte, el de la determinación de una categoría específica del grupo de creencia no religioso no es, en realidad, un tema menos vidrioso jurídicamente, y en este sentido la Comisión —como de hecho ha sucedido en otras legislaciones nacionales en las que se ha verificado el mismo problema— parece haberse visto obligada a entrar en terrenos particularmente resbaladizos y de una virtualidad jurídica, a los efectos pretendidos, como mínimo cuestionable.

Así, el dictamen entra aquí en sutiles disquisiciones semánticas, como es el caso de su afirmación de que en realidad no está definiendo a dichos grupos, lo que supuestamente sería más problemático, sino más bien describiéndolos[31], al tiempo que, so pretexto de atender a las sugerencias de las organizaciones consultadas a lo largo del proceso de revisión, apela a ciertos

---

[29] *Our Terms of Reference assume that there is a difference between a religious organisation and a non-religious belief organisation. This distinction is important for two reasons. First, we are not considering whether religious groups should be obliged to solemnize the marriages of same-sex couples. Under our scheme, as under the current law, religious organisations will be free to determine whether or not to conduct same-sex weddings. By contrast, it is a policy assumption underpinning our review that any non-religious belief organisation given the right to conduct weddings will not be able to discriminate between opposite- and same sex couples. Second, it is not our role to recommend whether non-religious belief organisations should be able to conduct weddings: given that our recommended scheme could apply if only religious organisations are able to conduct legal weddings, or if both religious and non-religious belief organisations are able to conduct weddings, depending on what Government decides, it must be possible to distinguish between the two* (§4.136).

[30] *As explained above, we did not ask a specific consultation question as to what would constitute a religious organisation, on the basis that the definition of religion was outside our Terms of Reference. We did however note in the Consultation Paper that the description set out in R (Hodkin) vs. Registrar General of Births, Deaths and Marriages was sufficiently broad to encompass organisations such as OneSpirit Interfaith Foundation. It clearly also already encompasses Pagan religions, as evidenced by the Glastonbury Goddess Temple being a registered place of worship for weddings. In our view the challenges faced by interfaith ministers and Pagan priests, priestesses or other officials under the current law are a consequence of the requirement for a place of worship, not the definition of religion* (§4.137).

[31] *In the light of consultees' responses, we should emphasise that our original definition of non-religious belief organisations was intended to convey the types of groups under consideration rather than being an attempt to draft a definition that could be included in a statute. In the discussion that follows we refer to our description of non-religious belief organisations as that better reflects our intentions* (§4.139).

argumentos para justificar la especificidad jurídica de estos grupos, argumentos tales como el de que, en la realidad social, estos actúan de manera distinta respecto a cómo lo hacen las confesiones religiosas, especialmente en lo tocante a si el grupo en cuestión pretende o no, y de qué manera, enseñar a sus adeptos la forma en la que deben vivir sus vidas de acuerdo a sus creencias; asimismo, la Comisión señala que la expresión grupo secular, con la que en algunos países se califica legalmente a estas organizaciones, en vista de su carácter controvertido y de las posibles distintas interpretaciones a que puede dar lugar, debiera ser mejor sustituida por la de grupo de creencia no religioso, presuntamente más clarificadora[32].

Por último, acaso consciente de que, en el fondo, se está desenvolviendo en un terreno de muy dudosa juridicidad, seguramente más propio de la sociología o, incluso, de la teología, la Comisión parece no querer ir mucho más allá y descarta que sea necesario además cualificar legalmente a estos grupos exigiendo por ejemplo que ostenten una naturaleza filosófica o ética (lo que, como es obvio, obligaría a determinar jurídicamente el significado de ambas expresiones con no menor dificultad que la que ya presenta la determinación legal de la naturaleza religiosa), todo lo cual lleva finalmente a este órgano consultivo a recurrir al precitado expediente del artículo 9 del Convenio Europeo, como un parámetro selectivo supuestamente idóneo para delimitar legalmente lo que debamos entender por grupo de creencia no religioso[33].

4. Algunas conclusiones

Como antes señalé, seguramente el momento adecuado para un análisis más en profundidad del alcance y las consecuencias de la reforma proyectada llegará cuando esta última, como parece muy previsible, en efecto se transforme en una nueva normativa en vigor. No obstante, sí pueden ya apuntarse algunas breves conclusiones en relación con las principales claves de esta propuesta de cambio.

---

[32] *We have also reflected on and revised that description to take consultees' concerns into account. Our revised description is less closely aligned with the description of religions in R (Hodkin) vs. Registrar General of Births, Deaths and Marriages. We appreciate that the result is to sharpen the difference between religious and non-religious belief organisations. However, responses from non religious belief organisations illustrated that the two operate in different ways, in particular in terms of whether the organisation seeks to «teach its adherents how they are to live their lives» in conformity with its beliefs. In addition, given that «secular» attracted both criticism and varying interpretations among consultees, we now take the view that the term «non-religious» is preferable* (§4.140).

[33] *We have considered whether any further qualification such as «philosophical» or «ethical» is needed. However, we think that consultees' concerns would be better addressed by limiting the types of non-religious belief organisations able to nominate officiants to ones that advance beliefs whose level of cogency, seriousness, cohesion and importance brings them within article 9 of the European Convention on Human Rights. We think this approach will help to convey that these are recognised belief systems that have been adjudged worthy of respect in a democratic society within the case law on protected beliefs under the Equality Act 2010* (§4.141).

En primer lugar, hay que subrayar la enorme importancia que tendría sin duda el auténtico y radical cambio de paradigma que supondría, de llegar a verificarse, el tránsito de un modelo basado en la acreditación del lugar de celebración a otro centrado en la figura del oficiante autorizado. No menor relevancia tendría, asimismo, el reconocimiento del matrimonio de creencia en Inglaterra y Gales, largamente reclamado en la sociedad de estos países especialmente por parte del muy extendido grupo de los denominados humanistas, como también ha de subrayarse la gran trascendencia de la opción por un novedoso estatuto común de reconocimiento aplicable a todas las formas religiosas conyugales —con la conocida excepción aplicable al matrimonio anglicano—. Todos estos cambios representarían en su conjunto un verdadero hito histórico en este sistema matrimonial y, por tanto, la reforma proyectada sería, sin duda, de una enorme importancia.

Aunque en la práctica pudiera tal vez considerarse que la mencionada excepción es de orden menor, en tanto afecta solo a algunos aspectos del mecanismo de reconocimiento que en principio se pretende común a todos los ritos maritales religiosos y lo hace, además, de una forma que acaso pueda concebirse como de escasa trascendencia en cuanto a su carácter más o menos privilegiado respecto de ese régimen común, lo cierto es que se trata de una peculiaridad que no deja de resultar llamativa, teniendo en cuenta que este impulso de cambio está reconocidamente guiado, de manera muy eminente, por el propósito de garantizar con mayor plenitud en este terreno la vigencia del principio de igualdad y no discriminación.

Con todo, como tantas veces ocurre, la explicación a esta circunstancia reside en motivaciones en última instancia extrajurídicas y ligadas más bien al plano sociológico y al peso de la tradición histórica, y de hecho es la propia Comisión la que así lo deja entrever cuando, habiendo sentado la premisa de que las desigualdades actualmente existentes en el sistema matrimonial inglés entre unos y otros ritos religiosos obedecen básicamente a esos precedentes históricos, pero son ya *prima facie* inexplicables e injustificables jurídicamente[34], y habiendo asimismo postulado en consecuencia que lo más adecuado para salvaguardar el valor de la igualdad sería la instauración de un único estatuto plenamente común para todos los matrimonios religiosos, termina pese a todo por reconocer que ha sido la posición defendida por algunas de las confesiones concernidas la que le ha movido a mantener vigente la referida peculiaridad[35]. Adicionalmente uno bien pudiera pensar que también aquí ha influido la idea, que ya hemos visto proyectada en otros ámbitos, de

[34] *Although these differences arose from specific historical circumstances, on their face, they are now inexplicable. They are also unjustifiable, with little relevance to the way weddings are conducted in England and Wales today* (§1.27).

[35] *Although we continue to believe that there may be wider benefits to moving to a system of universal civil preliminaries, in the light of consultees' general support for the retention of Anglican preliminaries, we proceed on the basis that the dual system of civil and Anglican preliminaries will remain* [§1.109 (1)].

que la eliminación de este aspecto del régimen privilegiado del que goza la confesión oficial podría tal vez poner en riesgo, a modo de efecto dominó podríamos decir, el entero sistema de la confesionalidad estatal ya de por sí muy cuestionado desde algunos sectores sociales, aunque esto no deja de ser una intuición de la que, por lo que se me alcanza, no hay un claro y explícito reflejo en el dictameAsimismo y para terminar, sin dejar de reconocer la enorme importancia de la incorporación, al fin, del matrimonio de creencia al ordenamiento de estos países, lo cierto es que la opción por la diferenciación inicial de los matrimonios de los grupos religiosos y los de los grupos de creencia no religiosos, con ciertas consecuencias jurídicas, no solo parece oponerse a la premisa que ha llevado a la Comisión a concebir conjuntamente ambas modalidades bajo la etiqueta global de las *ceremonias de creencia* sino que, además, suscita algunos problemas definitorios de difícil solución desde el mundo del Derecho, tal y como se ha apuntado y en línea con lo que ya ha acontecido en otras legislaciones cercanas. Particularmente cuestionable se antoja, por solo poner un ejemplo, el argumento de que la diferenciación resulta necesaria habida cuenta de que los grupos de creencia no van a gozar de uno de los derechos de los que sí disfruta y seguiría disfrutando una confesión religiosa, como es concretamente el de no ser obligado a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo; si el *leit motiv,* o uno de los principales, de toda esta reforma es el de la supresión de las desigualdades en el tratamiento no solo de las diversas confesiones sino, también y más ampliamente, de los diversos grupos de creencia —religiosos y no religiosos—, y de hecho en el propio dictamen ocasionalmente hay muestras de otras facetas en las que la Comisión ha rechazado la implementación de requisitos diferentes para unos y otros[36], a mi juicio no termina de entenderse aquí la justificación misma de aquella diferencia de trato ni, por tanto, derivadamente tampoco su utilización a efectos de justificar la propia concepción especial y diferenciada del grupo de creencia no religioso, en los términos que han quedado expuestos.

Habrá que esperar, en cualquier caso, a la futura respuesta del Gobierno para comprobar el modo en el que toda esta propuesta se plasma en una nueva legislación, y será entonces el momento de incidir más detenida y profundamente en todas estas cuestiones.

[36] *We agree with Humanists UK that it would be wrong to preclude non-religious belief organisations from championing political causes if no equivalent restriction applies to religious organisations* (§4.144).

BIBLIOGRAFÍA

Polo Sabau, J. R. (2015a). Sistema matrimonial y concepto legal de confesión religiosa en el ordenamiento jurídico inglés. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, XXXI.*

Polo Sabau, J. R. (2015b). El matrimonio en forma religiosa y el matrimonio de los grupos ideológicos o filosóficos en el ordenamiento jurídico irlandés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 752.*

Polo Sabau, J. R. (2015c). La eficacia civil del matrimonio religioso y el nuevo *matrimonio de creencia* en el ordenamiento jurídico de Escocia. *Anuario de Derecho Civil, LXVIII*(1).

Polo Sabau, J. R. (2016). *Matrimonio, Derecho y factor religioso.* Dykinson, Madrid.

Polo Sabau, J. R. (2017a). Una reciente propuesta de reforma del sistema matrimonial inglés: el informe de la *Law Commission* de 17 de diciembre de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 762.*

Polo Sabau, J. R. (2017b). El reconocimiento del llamado matrimonio de creencia en Irlanda del Norte: la revolucionaria sentencia de la *High Court* de 9 de junio de 2017. *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale, 29.*

Polo Sabau, J. R. (2018a). La consolidación del *matrimonio de creencia* en Irlanda del Norte. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones en el caso *Smyth, Re Judicial Review, de 28 de junio de 2018. Revista de Derecho Civil, 4.*

Polo Sabau, J. R. (2018b). El reconocimiento legal de los *matrimonios de creencia* en Jersey tras la aprobación de la *Marriage and Civil Status (Amendment no. 4) (Jersey) Law 2018. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 770.*

Polo Sabau, J. R. (2020a). Un nuevo Proyecto de ley de reconocimiento del matrimonio de creencia en Inglaterra: el *Marriage (Approved Organisations) Bill. Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale, 10.*

Polo Sabau, J. R. (2020b). El principio de neutralidad religiosa de las instituciones públicas en el Reino Unido. En B. Aláez y S. Díaz Rendón (coords.), *Modelos de neutralidad religiosa del Estado: experiencias comparadas.* Tirant lo Blanch, Ciudad de México.

Polo Sabau, J. R. (2021a). La (parcialmente exitosa) tentativa de reconocimiento del matrimonio humanista en Inglaterra y Gales por la vía jurisprudencial. *Anuario de Derecho Civil, 74*(4).

Polo Sabau, J. R. (2021b). El fenómeno del reconocimiento jurídico de los *matrimonios de creencia* y la concepción de la libertad religiosa como un derecho especial. En VV.AA., *El Derecho Eclesiástico del Estado. En homenaje al profesor doctor Gustavo Suárez Pertierra.* Tirant lo Blanch, Madrid.

Sandberg, R. (2021). *Religion and Marriage Law. The Need for Reform.* Bristol University Press, Bristol.

Sandberg, R. (2022). *Déjà* I Do: Some Initial Thoughts on the Law Commission's «Celebrating Marriage» Report. *Law & Religion UK*, 23 de julio de 2022. https://lawandreligionuk.com/2022/07/23/deja-i-do-some-initial-thoughts-on-the-law-commissions-celebrating-marriage-report/.

15 MIGRACIÓN ISLÁMICA Y SU INFLUENCIA EN LA DIVERSIDAD RELIGIOSA ESPAÑOLA ACTUAL

M.ª Teresa Regueiro García
Profesora Titular de Universidad de Derecho eclesiástico del Estado
UNED

1. Introducción.
2. Sociología del Islam en la España actual.
   2.1. Antecedentes históricos.
   2.2. El Islam en la España actual.
3. La realidad institucional del Islam en la España actual.
   3.1. Problemas del acuerdo entre el Estado y la CIE.
   3.2. Modificaciones en las organizaciones musulmanas y su relación con el Estado español.

1. Introducción

El reconocimiento de la libertad ideológica en la Constitución de 1978 y el paulatino crecimiento del movimiento migratorio son dos de los factores que han provocado profundas transformaciones en la sociedad española contemporánea desde el punto de vista de la pluralidad ideológica y religiosa[1]. Este fenómeno ha tenido un claro reflejo en los profundos cambios sociales que han tenido lugar en nuestros pueblos y ciudades lo que, a su vez, ha generado la necesidad de gestionar nuevas prácticas y actividades relacionadas con las convicciones de las personas. Las decisiones que adopten los poderes públicos en relación con todas ellas habrán de ajustarse a los parámetros constitucionales, frente a los que no cabe aducir que son expresión de una cultura concreta, en nuestro caso la occidental, y que, por este motivo, pueda imponerse sobre las demás que coexisten en el territorio nacional (Sánchez y Elías, 2002). El sentido de estas políticas legislativas no solo servirá para ofrecer una respuesta lícita y legítima respecto a determinadas manifestaciones religiosas, que por ser diferentes sean desconocidas por la mayoría de los ciudadanos, sino que, además, operaran como criterios que permitan enjuiciar la legitimidad de aquellas prácticas socio-culturales que

[1] Como advierten Hernando de Larramendi y García Ortiz, el fenómeno migratorio ha dado lugar a un proceso de «recomposición de lo religioso en la modernidad tardía» (2009, 18).

sean diversas a las que forman parte integrante de nuestra identidad nacional (Aláez, 2003). Una de las colectividades que poseen tradiciones y señas de identidad diferenciadas son las comunidades musulmanas que residen en el territorio nacional, a pesar de la profunda influencia que ha ejercido el Islam en Europea en general (Vernet, 1999) y en España en particular (Lucas, 2002).

Sobre la base de esta hipótesis, el objeto del presente estudio va a ser analizar la influencia de la llegada de contingentes migratorios de nacionales de países musulmanes en la organización institucional de la realidad islámica contemporánea española.

2. Sociología del Islam en la España actual

2.1. Antecedentes históricos

Excepción hecha de la religión (Küng, 2006), el Islam ha ejercido una notoria influencia en muchos de los ámbitos que conforman nuestro bagaje ideológico, intelectual y cultural (Borrás, 2000). A pesar de que el primer siglo de la ocupación musulmana fue muy pobre desde el punto de vista cultural (Vernet, 1999), a principios del siglo IX los árabes que permanecieron en la Península Ibérica empezaron a ejercer una enorme influencia en las artes, en las ciencias del conocimiento, en la medicina y, en general, en algunas de las costumbres y las tradiciones que singularizan nuestra identidad nacional (Escudero, 2006) en su confronto con las de otros países europeos de nuestro entorno más cercano. La clave del éxito de la gestión jurídica y política del fenómeno ideológico y religioso en el Al-Andalus fue la habilidad de los gobernantes árabes para mantener, por motivos de interés político, el pacífico encuentro entre las civilizaciones cristiana, hebrea y musulmana (Hasnaoui, 2004), lo cual solo fue posible mediante el establecimiento de un sistema cualificado de tolerancia cercano, en algunos territorios y en algunos períodos, al de libertad religiosa (Escudero, 2006).

En efecto, las comunidades de musulmanes que habitaban la Península, bien por provenir de países árabes o por conversión de autóctonos, practicaban sus actos y ritos cultuales con arreglo a los mandatos de la revelación divina contenidos en la Sharía, edificaron sus lugares de culto e instauraron sus propios órganos jurisdiccionales para la resolución de los conflictos que, en su caso, tuvieran lugar entre ellos y con los judíos y los cristianos (Hasnaoui, 2004). Los primeros siglos de la presencia árabe en la Península se caracterizaron por el reconocimiento, no sin restricciones, de la libertad religiosa a todos los habitantes de los territorios ocupados (Escudero, 2006) y, en líneas generales, por una actitud de exquisito respeto hacia los lugares de culto, actos rituales y textos sagrados de ambas tradiciones ideológicas (Qui-

lis, 1999). Los conflictos surgidos por motivos religiosos eran resueltos por la jurisdicción islámica que, a su vez, sirvió de base para elaboración de las *fatwa*[2] que reglamentaban la vida social y religiosa de las tres comunidades en pro del establecimiento de un modelo intercultural de justa y pacífica convivencia (Hasnaoui, 2004).

Esta situación cambió a finales del siglo XI, como consecuencia del inicio del conflicto bélico de la Reconquista. La actitud de intolerancia de los monarcas cristianos hacia los creyentes musulmanes que no se convirtieron a la religión católica, trajo consigo la imposición por parte de las autoridades islámicas de restricciones hacia la práctica en público del culto cristiano en los territorios que aún estaban sometidos al dominio árabe (Morán, 2006). Tanto los reyes cristianos como los sucesivos Califas adoptaron estas medias con el fin de mantener la unidad política en los territorios bajo su dominio respectivo, mediante la consecución, en esta ocasión, de la unidad religiosa. La Reconquista concluyó mediante la entrega de la ciudad de Granada a los Reyes Católicos que, a cambio, otorgaron las Capitulaciones a los vencidos el 2 de enero de 1492. Si bien el fin primordial de esta norma fue poner fin de manera pacífica al conflicto entre musulmanes y cristianos (Garrido, 1992) y restaurar la coexistencia pacífica de ambas comunidades en todos los Reinos de la Península (Cabrera, 2004).

En 1502 Fernando el Católico dictó una Pragmática Real que ordenaba la expulsión de los territorios peninsulares de los musulmanes que no se habían convertido al cristianismo (Tatary, 1999). La promulgación de esta norma no se plasmó en el ámbito ideológico, pues los moriscos continuaron practicando los ritos y actos cultuales propios del Islam (Gallego y Gámir, 1996). La práctica de estos ritos también fue tolerada implícitamente por Carlos I, más preocupado por la resolución de los conflictos de índole político y económico que florecieron en los territorios bajo su dominio imperial. La actitud del Emperador, si bien no facilitó el dialogo intercultural que tuvo lugar anteriormente entre los musulmanes y cristianos, sí hizo posible que ambas comunidades convivieran de forma pacífica hasta que accediera al trono Felipe II (Ladero, 1979). El dogmatismo ideológico de este monarca, junto al recelo de la Alta Jerarquía eclesiástica frente a la práctica en público del culto islámico en España[3], determinaron que Felipe III, uno de los máximos defensores de

[2] La *Fatwa* o doctrina fijada por las principales tradiciones ideológicas islámicas. A este respecto, resulta de interés reseñar que la labor exegética llevada a cabo por los primeros intérpretes de los textos del Corán y de la Sunna fue esencial para que tuviese lugar la consolidación del Derecho islámico en los territorios de influencia musulmana. Este proceso se produjo a través de la labor de la *Ijtihad* que, en su sentido originario, hace referencia al esfuerzo de investigación y de autentificación de los textos y compilaciones legislativas que componen el cuerpo dogmático y jurídico de la Sharía. Los jurisconsultos de las primeras comunidades islámicas mantuvieron posturas discrepantes acerca el alcance y el significado de los mandatos de la revelación divina lo que, a la postre, dio lugar a la instauración de las dos grandes corrientes ideológicas del Islam (Brasa, 1981).

[3] Hasta el extremo que fuera perseguido y drásticamente condenado por el Tribunal de Santa Inquisición en los años sucesivos (Escudero, 2006).

la fe católica, decretase la expulsión de los musulmanes conversos al cristianismo residentes en España en el año 1602, con la finalidad primordial de mantener la unidad política y religiosa en el Imperio, a través de la imposición coactiva de la profesión de la fe católica (Vernet y Masats, 1987).

La reaparición en la esfera pública del Islam en España, no tuvo lugar hasta finales de los años 40 del pasado siglo, como consecuencia de la concesión de la nacionalidad española a inmigrantes procedentes de aquellos países árabes con los que Franco había entablado relaciones bilaterales de cordialidad (Planet, 2008). Todos ellos se aglutinaron en torno a domicilios particulares e instituciones culturales, donde practicaban el culto islámico en clandestinidad, hasta que tuvo lugar la promulgación de la Ley Orgánica del Estado número 44, reguladora del derecho civil a la libertad en materia religiosa, de 28 de junio 1967 (*BOE,* núm. 156, de 1 de julio de 1967). Dicha Ley instauró un sistema de tolerancia hacia la práctica, en público, de otros cultos no católicos[4] que, en todo caso, debían ser compatibles con el principio de confesionalidad del Estado, en tanto en cuanto principio integrante del orden público que limitaba, en mucho, el ejercicio efectivo de aquella libertad[5]. El disfrute de los derechos individuales consagrados en la Ley se encontraba condicionado a que perteneciesen formalmente a una confesión religiosa inscrita en el Registro de Asociaciones Confesionales (Pérez-Llantada, 1972), que fue creado a tal efecto por el Ministerio de Justicia en cumplimiento de los dispuesto en esta norma y en su normativa reglamentaria de desarrollo[6]. En el fondo, como ha señalado la doctrina, este órgano administrativo tenía como fin primordial fiscalizar las actividades y los fines de las entidades acatólicas que, hasta entonces, venían practicando sus actos cultuales en la clandestinidad (Arza, 1977). A raíz de la promulgación de la citada Ley, los actos cultuales solo podían ser llevados a cabo en lugares debidamente autorizados para ello por el gobernador civil competente e, incluso, su práctica en privado debía ser comunicada a la citada autoridad con suficiente tiempo de antelación (art. 21 de la Ley de la libertad religiosa de 1967).

La entrada en vigor de esta norma no fomentó el fenómeno del asociacionismo ideológico en España durante los últimos años del régimen franquista (Ciáurriz, 2004). Los creyentes musulmanes residentes en nuestro país conti-

---

[4] Pues, como advirtió Suárez Pertierra: «La parte expositiva de la Ley declara la intención fundamental de insertar en el Derecho español un principio admitido por el Fuero de los españoles, de manera programática, mediante una "eficaz técnica jurídica" que salvaguarde algunos valores recogidos por el ordenamiento: moral, orden público y reconocimiento especial de la confesión católica» (1978, 40).

[5] Sobre un análisis en profundidad de los principios que integraban el contenido esencial del orden público durante el régimen franquista a raíz de la promulgación de la Ley de libertad religiosa de 1967 (Suárez Pertierra, 1977).

[6] El Registro de Asociaciones Confesionales fue creado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley reguladora del derecho civil a la libertad en materia religiosa de 1967, y desarrollado por obra de la Orden Ministerial sobre normas complementarias para la ejecución de la citada Ley, de 5 de abril de 1968 (*BOE,* núm. 86, de 9 de abril de 1968).

nuaron practicando sus actos de culto en clandestinidad o en instituciones de carácter cultural y, de hecho, solo se constituyeron legalmente a través de la inscripción en el Registro de Asociaciones Confesionales de las Asociaciones Islámicas de Melilla y Ceuta en 1968 y 1971 respectivamente, y de la Asociación Musulmana de España que fue creada en Madrid en 1971 (Tatary, 1995). La aparición y florecimiento de las Comunidades que conforman la realidad islámica española, se debe al giro de 180 grados que tuvo lugar en las relaciones entre el Estado y las entidades ideológicas y religiosas, como consecuencia de la promulgación del Texto cconstitucional de 1978 (*BOE,* núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

2.2. El Islam en la España actual

En los últimos años ha tenido lugar un paulatino aumento de los movimientos migratorios de nacionales procedentes de países musulmanes hacia España y otros Estados de la Unión Europea.

El *Estudio demográfico sobre la población musulmana* elaborado por la Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIDE) y el Observatorio Andalusí recoge que, a fecha de 31 de diciembre de 2021, el censo de musulmanes que residen de forma regular en nuestro país se eleva a un total de 2.250.486 ciudadanos, destacando los procedentes del Magreb (principalmente de Marruecos), África Occidental (principalmente Senegal) y Pakistán. Además hay que mencionar que existen 950.962 personas con nacionalidad española[7].

Conforme a la encuesta de opinión elaborada por la Agencia Metroscopia para el Ministerio de Trabajo e Inmigración en abril de 2010 sobre *La comunidad musulmana de origen inmigrante en España*[8], resulta que el 12% de los entrevistados se han declararon musulmanes no practicantes, un 2% no se pronunció acerca su nivel de religiosidad y el 52% de encuestados afirmaron que son musulmanes muy practicantes y el 34% se consideraron practicantes ocasionales.

Según *Estudio demográfico sobre la población musulmana,* a 31 de diciembre de 2021 residen en el territorio nacional 2.250.486 musulmanes, lo que equivale al 4,7% del total de la población. Sobre el mapa autonómico del país, los musulmanes que residen legalmente en España se encuentran distribuidos geográficamente de la manera siguiente:

---

[7] El *Estudio demográfico sobre la población musulmana* puede ser consultado a través del link: http://oban.multiplexor.es/estademograf.pdf (15 de enero de 2023).

[8] La encuesta *La Comunidad Musulmana de origen inmigrante en España* puede ser consultada en la web oficial del Ministerio del Interior a través del link: http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/PDF_notas_de_prensa/2010/estudiio_com_musulmana_2009.pdf (15 de enero de 2023).

Comunidad autónoma	Musulmanes	% Población
Andalucía	365.675	4,3
Aragón	65.482	4,9
Asturias	9.144	0,9
Baleares	64.476	5,5
Canarias	78.094	3,6
Cantabria	6.113	1,0
Castilla-La Mancha	78.477	3,8
Castilla y León	45.780	1,9
Cataluña	617.453	7,9
Ceuta	36.095	43,2
Extremadura	20.463	1,9
Galicia	22.365	0,8
La Rioja	21.352	6,6
Madrid	309.469	4,6
Melilla	44.523	51,6
Murcia	125.445	8,2
Navarra	16.131	5,0
País Vasco	69.197	3,1
Valencia	237.671	4,7
Total	**2.250.486**	**4,7**

Destacan en número absoluto Cataluña, Andalucía y Madrid y en porcentaje, además Melilla y Ceuta, Murcia y Cataluña.

3. La realidad institucional del Islam en la España actual

Es innegable el aumento de la comunidad islámica en España, lo que ha originado la creación de organizaciones propias, como mas adelante indicamos, y la promulgación de legislación que ha permitido organizar las relaciones entre el Estado y las mismas.

Dentro de esta legislación, que atañe tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas, destacamos los Acuerdos entre el Estado y la Comunidad Islámica de 1992 y la Ley de Jurisdicción voluntaria de 2015.

3.1. Problemas del acuerdo entre el Estado y la CIE

Institucionalmente, la práctica mayoría de creyentes se aglutinan en alguna Comunidad islámica que ha adquirido personalidad jurídica en España mediante su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas (RER). A principios de los años noventa del pasado siglo ya habían adquirido personalidad jurídica unas 40 comunidades aproximadamente. El paulatino aumento de población inmigrante

procedente de Estados de influencia musulmana[9], ha multiplicado el número de asociaciones musulmanas legalmente reconocidas (Tatary, 1995), en el año 2010 según los datos que han sido publicados en el *Observatorio del pluralismo religioso en España* dependiente del Ministerio de Justicia, existían 1.031 comunidades inscritas en el RER. Dicho Registro radica desde 2015 en el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, en el año 2021 el número de comunidades inscritas en el Registro supero las 1.755.

La Comisión Islámica de España (CIE) es el órgano que representa a la realidad islámica española contemporánea, pues actúa como interlocutor de las mismas ante el Estado español y las Administraciones públicas. La CIE se compone, a su vez, por dos Federaciones que son independientes entre sí: la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (FEERI), y la UCIDE[10]. Sin embargo, según los datos proporcionados por la Subdirección General de Relaciones con las Confesiones, no todas las asociaciones musulmanas legalmente reconocidas formaban parte de la CIE, bien a través de su admisión en las dos federaciones que la componen, la UCIDE o la FEERI, bien de forma independiente a ambas federaciones. Lo que, a su vez, implica que estas entidades no se benefician del estatuto legal especial de signo favorable constituido por el Acuerdo de cooperación concertado entre el Estado español y la CIE en 1992[11] y su normativa estatal y/o autonómica de desarrollo. Como advirtió Fernández-Coronado hace unos años, una de las grandes virtudes de este Pacto fue, precisamente, acotar los distintos ámbitos en los que la cooperación con estas colectividades constituye una exigencia derivada de la promoción efectiva de la libertad ideológica de los creyentes musulmanes que residen en el territorio nacional (1995) y del modelo de laicidad positiva vigente en España[12]. En este sentido, resuelta de interés reseñar que el Acuerdo

---

[9] A este respecto, el Gobierno constató en un muestreo elaborado en el marco del Plan Nacional para la Alianza de las Civilizaciones que un 49% de los inmigrantes procedentes de Estados musulmanes encuestados se declaran «muy practicantes» y un 36% «practicantes ocasionales». Todo ello en base a la *Encuesta de opinión. La comunidad musulmana de origen inmigrante en España* elaborada por los Ministerios del Interior, de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales en 2008.

[10] Todo ello en base al análisis en profundidad del proceso de formación de ambas Federaciones y de su unificación en la CIE como exigencia previa para ostentar notorio arraigo en la sociedad española elaborado por Fernández-Coronado (1995).

[11] Aprobada en virtud de la Ley núm. 26, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica de España, de 10 de noviembre de 1992 (*BOE,* núm. 272, de 12 de noviembre de 1992).

[12] En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que: «El contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen, pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el artículo 2 LOLR y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4).

de cooperación con la CIE de 1992 contiene, entre otras normas, un conjunto de disposiciones que pueden ser agrupadas en torno a las siguientes categorías jurídicas:

1. Normas de Derecho común especial (Pardo, 2008). En su conjunto considerado, estas disposiciones «no pueden conceptuarse como expresiones debidas por el Estado en razón de la garantía del derecho de libertad religiosa, pero sí constituyen modalidades de cooperación estatal dirigidas a facilitar su ejercicio por parte de las confesiones y sus fieles» (Torrón, 1996, 160). Se trata de los preceptos del Acuerdo concernientes a: 1.º) La conservación, mantenimiento y disposición de los bienes que conforman el patrimonio histórico, artístico y cultural islámico nacional (art. 13 del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992); 2.º) Las nociones legales de lugares de culto, ministros de culto y funciones religiosas islámicas (arts. 2.1, 3.1 y 6 del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992); 3.º) La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas y en centros hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros establecimientos públicos (arts. 8.3 y 9 del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992); 4.º) La enseñanza de la religión musulmana en centros docentes públicos (apartados 1-5 del art. 10 del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992); 5.º) La eficacia civil del matrimonio celebrado ante un ministro de culto islámico (art. 7 del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992); 6.º) Régimen fiscal y tributario de las Comunidades Islámicas y/o sus actividades (apartados 2-5 del art. 11 del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992), y 7.º) Desarrollo de algunas las manifestaciones de la libertad ideológica de los creyentes musulmanes contempladas en el artículo 2.2 de la LOLR[13].
2. Normas de Derecho singular (Pardo, 2008). Se trata de previsiones que, como señala Fernández-Coronado, tratan de promover el pleno disfrute de la libertad ideológica de los creyentes musulmanes residentes en España (1995). A esta categoría pertenecen los artículos del Acuerdo que, en conjunto considerados, constituyen el régimen jurídico relativo a: 1.º) Las festividades religiosas y el descanso semanal islámico (art. 12 del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992); 2.º) El consumo de alimentos y cosméticos musulmanes (art. 14 del Acuer-

[13] Siguiendo a Pardo Prieto, las disposiciones del Acuerdo que tratan de garantizar el pleno disfrute de los derechos de los creyentes musulmanes consagradas en el artículo 2.2 de la LOLR atañen al pleno disfrute: 1.º) El derecho a establecer mezquitas y lugares de reunión con fines ideológicos (art. 2.1 del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992); 2.º) El derecho a formar a imanes (art. 10.5 del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992), y 3.º) Los derechos a configurar su identidad ideológica islámica, a mantener relaciones con otras comunidades islámicas u otras confesiones religiosas de ámbito nacional o internacional, y a crear asociaciones, fundaciones e instituciones para la realización de sus propios fines (art. 1 del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992) (2008).

do de cooperación con la CIE de 1992); 3.º) Los cementerios y ritos funerarios (art. 2.5 del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992), y 4.º) La financiación estatal de las Comunidades islámicas federadas en la CIE (apartados 1 y 5 del art. 11 del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992) que, en la práctica, se ha materializado a través del derecho a obtener subvenciones de la Fundación Pluralismo y Convivencia para el desarrollo de sus actividades cultuales, educativas y culturales[14].

Frente a este estatuto jurídico, las asociaciones islámicas legalmente reconocidas que se encuentran federadas en la CIE están sometidas al estatuto contemplado con carácter general en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, sobre Libertad Religiosa (*BOE,* núm. 177, de 24 de julio de 1980) para todas las confesiones religiosas legalmente reconocidas en España. Basta echar un vistazo al contenido de la Ley, para comprobar cómo estas colectividades gozan, en realidad, de un estatuto jurídico prácticamente idéntico al de las asociaciones que no se encuentran legalmente reconocidas en España, pues esta norma se limita a contemplar: de un lado, el régimen de autonomía interna de la entidad de que se trate, lo que no es más que una exigencia consustancial a la propia laicidad estatal; y, de otro, el haz de derechos y libertades que forman parte del contenido esencial de dimensión «religiosa» de la libertad ideológica de los ciudadanos y de los grupos en que se integren (Llamazares, 2000), cuyo disfrute solo requiere el reconocimiento positivo de aquella libertad en el Texto constitucional.

3.2. Modificaciones en las organizaciones musulmanas y su relación con el Estado español

La existencia de una duplicidad de regímenes jurídicos de la realidad islámica española en el año 2010, se debe a que las solicitudes de ingreso en la CIE deben ser aprobadas por los miembros de la Comisión Permanente de esta Federación que, en todo caso, «podrá denegar su admisión por índole religioso» (art. 1 de los Estatutos de la CIE). La Comisión ha denegado el ingreso en la federación a asociaciones islámicas inscritas en el RER, que han nacido como consecuencia de la llegada de inmigrantes musulmanes a nues-

[14] La Fundación Pluralismo y Convivencia fue creada, entre otros fines, para financiar con cargo a fondos públicos, las actividades cultuales, educativas y culturales de las entidades religiosas que forman parte de algunas de las federaciones que firmaron los Acuerdos de cooperación con el Estado en 1992 o de aquellas otras que, ostentando la calificación de notorio arraigo en España, firmen un Pacto de cooperación en el futuro.

Las actividades y proyectos que financia la Fundación pueden ser consultadas a través del link: http://www.pluralismoyconvivencia.es/subvenciones/ (18 de enero de 2023).

tro país[15]. Y es que el Islam, a diferencia de otras religiones monoteístas, es una cosmovisión de la realidad muy compleja, en la que convergen varias interpretaciones oficiales de los mandatos divinos de Alá que, a su vez, se encuentran influenciadas en nuestros días por las costumbres y las tradiciones culturales propias de cada uno de los Estados de mayoría musulmana (Küng, 2006). Bajo el prisma cultural, las comunidades musulmanas que han nacido como consecuencia del aumento del fenómeno migratorio en nuestro país, aglutinan a creyentes musulmanes procedentes de Estados que, como hemos visto anteriormente, poseen señas de identidad étnico-culturales bien diferenciadas entre sí.

La existencia de dos cabezas de la CIE durante años, llevo a desencuentros por parte de las comunidades musulmanas que no formaban parte de ninguna de las dos grandes federaciones UCIDE y FEERI. Las nuevas federaciones, al no poder incorporarse a las existentes, mantenían relaciones con las Administraciones locales y autonómicas al margen de la CIE, por ello la Administración se replanteó rediseñar el modelo existente y hubo varios intentos de reestructuración llevados a cabo en el año 1998 por la Dirección General de Asuntos Religiosos, que no llegaron a buen término. En 2010 la Dirección General de Relaciones con las Confesiones promovió una nueva reestructuración de la CIE permitiendo que nuevas federaciones se adhiriesen como miembros, pero las dos federaciones ya existentes pusieron de manifiesto la posible quiebra del principio de neutralidad del Estado, al considerar que este no debía inmiscuirse en su organización interna (Rossell, 2022).

El sistema de laicidad positiva vigente en España[16] impide que los poderes públicos no pueden intervenir en las decisiones de la CIE que, sin embargo, está condicionado el pleno disfrute efectivo de aquellas manifestaciones específicas de la libertad ideológica contempladas en el Acuerdo de cooperación de 1992 y en su legislación estatal y/o autonómica de desarrollo a los miembros de estos colectivos islámicos (Pardo, 2008). Para poner fin a este conflicto interreligioso-cultural, en abril de 2011 fue creado el Consejo Islámico Español por la UCIDE y otras agrupaciones musulmanas legalmente reco-

[15] «Muchas no han podido beneficiarse del Acuerdo de Cooperación porque hasta la fecha solo una entidad ha accedido a la CIE de manera directa, mientras que las demás lo han hecho mediante adhesiones a las federaciones. Esto ha motivado que, en la actualidad, de las entidades islámicas inscritas más del treinta por ciento no formen parte de la CIE y, por tanto, no estén incluidas en el Acuerdo, a pesar de su voluntad reiterada de acogerse al mismo». Todo ello en base a la Exposición de Motivos del Real Decreto 1384/2011, de 14 de octubre, por el que se desarrolla el artículo 1 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, aprobado por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre (*BOE,* núm. 255, de 22 de octubre de 2011).

[16] Neutralidad ante el fenómeno social ideológico, separación entre el estado y las comunidades ideológicas y religiosas y cooperación en orden a promover el pleno disfrute del derecho fundamental de la libertad ideológica de los ciudadanos son los pilares del sistema de laicidad positiva consagrado implícitamente en el artículo 16.3 de la Constitución de 1978 (Suárez-Pertierra, 2009).

nocidas en España[17], con la finalidad primordial de constituirse como un órgano de interlocución con el Estado, para el desarrollo y aplicación del Acuerdo de cooperación de 1992 con la CIE. Y, lo más importante, a dicha entidad podrían incorporarse las Comunidades Islámicas, las comunidades y federaciones islámicas inscritas en el RER, sin otro requisito que la aceptación de los contenidos del Acuerdo de cooperación y del Reglamento de Régimen Interno del Consejo (apartados 1 y 3 de los Estatutos del Consejo Islámico Español). Para dar operatividad práctica al Consejo, el gobierno elaboró en el Proyecto de Real Decreto de desarrollo del citado Pacto de septiembre de 2011[18]. El apartado 2 del art. Único de este Proyecto establecía que: «Se procede a extender los derechos contenidos en el Acuerdo del Estado con la Comisión Islámica de España, a las Comunidades Islámicas, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, que formen parte o posteriormente se incorporen al «Consejo Islámico Español»[19].

La propuesta fue recriminada por el representante legal de la FEERI considerándola como una injerencia inadmisible del Gobierno en el régimen de organización y autonomía interna de la realidad islámica española[20]. Ante esta situación, el 29 de septiembre de 2011 el Consejo de Estado emitió un Dictamen sobre el citado Proyecto de Real Decreto[21] cuyo apartado II afirmaba que: «Las relaciones de cooperación del Estado... con las comunidades de confesión musulmana... deben regularse por Ley aprobada por las Cortes Generales». El mismo instrumento normativo ha de utilizar el Estado para extender uno de esos acuerdos a otras comunidades o entidades distintas de las específicamente previstas en esas leyes. En la misma línea, si pretende configurarse la extensión de referencia como una modificación del Acuerdo existente —para extender sus efectos más allá de lo previsto en él—, es claro que

[17] Los fundadores del Consejo fueron: 1) Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIDE); 2) Consejo Islámico Superior de la Comunidad Valenciana (CICOVA); 3) Federación Musulmana de España (FEME); 4) Federación Islámica de Cataluña (FICAT); 5) Federación Musulmana de la Comunidad Valenciana (FEMCOVA)?; 6) Federación Islámica Catalana de Entidades Religiosas (FIC); 7) Federación Agrupaciones Islámicas por la Convivencia en España (FAICE); 8) Federación Islámica para la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (FICAIB); 9) Federación de Comunidades Musulmanas Africanas de España (FCMAE); 10) Federación Islámica De Andalucía (FIDA); 11) Federación Islámica de la Región de Murcia (FIRM); 12) Federación de Comunidades Musulmanas de Castilla-La Mancha. (FECOM). Información que puede ser consultada a través del link: http://www.consejoislamico.es/portal/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=30&Itemid=56&lang=es (23 de enero de 2023).

[18] El Proyecto de Real Decreto puede ser consultado a través del link: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2011-1473 (24 de enero de 2023).

[19] Una solución similar para garantizar el pleno disfrute de la libertad ideológica de los creyentes musulmanes residentes en España fue propuesta hace unos años por Pérez Álvarez (2010).

[20] Así lo manifestó el Presidente de la FFERI en un recorte de prensa publicado en Europa Press el 5 de abril de 2011. Esta noticia que puede ser consultada a través del link: http://feeri.eu/index.php/noticias/146-el-consejo-islamico-espanol-ha-sido-un-parto-prematuro-provocado-incluso-por-la-propia-administracion.html (24 de enero de 2023).

[21] El Dictamen del Consejo de Estado puede ser consulado a través del link: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2011-1473 (24 de enero de 2023).

es necesario un instrumento normativo del mismo rango que el que aprobó aquel Acuerdo (esto es, una ley)»[22].

Hechas estas aclaraciones, el Consejo de Estado constata que existen trabas para que las comunidades islámicas legalmente reconocidas en España puedan federarse en la CIE, que es el «cauce institucional a través del cual las comunidades islámicas pueden acceder a los derechos previstos en el Acuerdo; trabas que, siendo indebidas, supondrían una actuación antijurídica de la citada entidad. En consecuencia, la falta de acceso de determinadas comunidades islámicas a la citada Comisión (CIE) puede tener relevantes consecuencias sobre el ejercicio del derecho de libertad religiosa de las personas pertenecientes a dichas comunidades ante las que el Estado, una vez constatadas, debe reaccionar, asumiendo las responsabilidades que le incumben para garantizar el libre ejercicio de ese derecho fundamental. El Consejo de Estado no puede pronunciarse sobre las razones, naturaleza o responsabilidad última de tales trabas (puesto que no lo permite la documentación —limitada— obrante en el expediente); ahora bien, en la medida en que, desde la Administración, se aprecie su existencia, resultará necesaria la adopción de medidas orientadas a la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten el libre ejercicio del derecho de libertad religiosa, así como su efectividad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución en relación con su artículo 16, que garantiza la libertad religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades... El Consejo de Estado no puede entrar a sugerir contenidos concretos de ese eventual desarrollo del artículo 1 del Acuerdo, pero en él podría preverse la adopción de medidas orientadas a impedir actuaciones como las aludidas, contrarias al espíritu del Acuerdo, y que podrían ir desde actuaciones sobre otras normas reglamentarias adoptadas en desarrollo del Acuerdo —o de la Ley 26/1992—, hasta la denuncia del Acuerdo o la promoción de una revisión del mismo, en ambos casos sobre la base de lo previsto en su disposición adicional segunda; y respetando, en todo caso, los derechos que la Ley ha reconocido a las entidades preexistentes» (apartado III del Dictamen del Consejo de Estado, de 29 de septiembre de 2001).

Las recomendaciones del Consejo de Estado determinaron, en primer lugar, que el gobierno descartase la propuesta inicial de extender el contenido del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992 y su normativa estatal y/o autonómica de desarrollo a las comunidades federadas en el Consejo Islámico Español. Y, en segundo término, que el ejecutivo haya acometido el desarrollo reglamentario del Pacto de 1992 en los términos indicados por el alto órgano consultivo, por obra del Real Decreto 1384/2011, de 14 de octubre (Exposición de Motivos del Real Decreto 1384/2011, de 14 de octu-

[22] De conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Acuerdo de cooperación con la CIE de 1992 que prevé que «podrá ser objeto de revisión, total o parcial, por iniciativa de cualquiera de ellas, sin perjuicio de su ulterior tramitación parlamentaria».

bre). En orden a facilitar que todas las comunidades islámicas inscritas en el RER puedan beneficiarse del mismo estatuto jurídico que las entidades federadas, el artículo único del Real Decreto prevé la necesidad de que la CIE deniegue, motivadamente, la solicitud de federación de una comunidad islámica legalmente reconocida en España en el plazo máximo de 10 días. Transcurrido dicho periodo de tiempo sin que el Pleno de la Federación haya emitido su decisión, la entidad solicitante parará a formar parte de la Federación siempre que haya manifestado la aceptación del contenido del Acuerdo de cooperación de 1992. En el supuesto de que la Comisión emitiera oposición motivada, el Registro emitirá resolución denegando la solicitud anotación contra la que, no obstante, se podrá interponer recurso de alzada, pudiéndose recabar para su decisión informe de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

Todo en ello, en suma, a fin de promover las condiciones que permitan que la igual libertad ideológica de todos los musulmanes y los grupos en que se integran, sean reales y efectivos, con absoluta independencia de cuáles sean sus señas de identidad nacional y/o cultural, conforme al sistema de laicidad positiva instaurado por el artículo 16.3 interpretado en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución[23].

El 18 de septiembre de 2015 los dos secretarios generales de la CIE se reunieron, pero no fructificaron los acuerdos a los que había llegado los presidentes de ambas federaciones.

El 20 de octubre de 2016 se presentaron al RER los nuevos estatutos; en 2017 la FEERI inició un proceso de demanda ante los Tribunales para anular dichos acuerdos. El 13 de enero de 2021 se desestimó la demanda; al no haber recurso, los estatutos aprobados entonces se consideran vigentes. En ellos, se establecen, entre otras cuestiones, unos nuevos órganos de dirección, se crean unas comisiones técnicas y se organiza una estructura territorial (Rossell, 2022).

[23] Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional: «Las claves para comprender el dinamismo interno del modelo de laicidad instaurado por el constituyente de 1978 son: «*a*) de una parte, el que surge del propio artículo 16 CE, conforme al cual el Estado y los poderes públicos han de adoptar ante el hecho religioso una actitud de abstención o neutralidad, que se traduce en el mandato de que ninguna confesión tenga carácter estatal, contenido en el apartado 3, inciso primero, de dicho precepto constitucional, y *b*) el que hunde sus raíces en el artículo 9.2 del Texto constitucional, conforme al cual se impone a los poderes públicos una directriz de actuación favorecedora de la libertad del individuo y de los grupos en que se integra, y creadora de las adecuadas condiciones para que tales libertades sean reales y efectivas, y no meros enunciados carentes de real contenido» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 7).

BIBLIOGRAFÍA

Aláez Corral, B. (2003). Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar. *Revista Española de Derecho Constitucional, 67.*

Anuario de derecho eclesiástico del Estado, 38.

Arza, A. (1977). Influencia de las Ley de las Confesiones y congregaciones religiosas de 1933 en la Ley de Libertad Religiosa de 1967. *Revista de Estudios Políticos, 194.*

Borrás Gualís, G. (2000). Introducción histórica y artística. En VV. AA., *El arte mudéjar. La estética islámica en el arte cristiano.* ELECTA, Viena.

Cabrera Muñoz, E. (2004). Judíos, musulmanes y cristianos en la Baja Edad Media. En J. M. Pérez-Prendes (ed.), *La violencia y los enfrentamientos entre las culturas.* IUSTEL, Madrid.

Ciáurriz Labiano, M. J. (2004). La situación jurídica de las comunidades islámicas en España. En A. Motilla de la Calle (ed.), *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural.* Trotta, Madrid.

De Lucas, J. (2002). La inmigración islámica: de nuevo religión y política en las sociedades multiculturales europeas. *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos, 2.*

Escudero, M. (2006). El Islam, hoy en España. En VV. AA., *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.* Ministerio de Justicia, Madrid.

Estévez Brasa, M. T. (1981). *Derecho civil islámico.* DEPALMA. Buenos Aires.

Fernández-Coronado, A. (1995). *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación. Los pactos con las confesiones: Leyes 24, 25 y 26 de 1992.* Civitas, Madrid.

Gallego Burín, A. y Gámir Sandoval, A. (1996). *Los moriscos del Reino de Granda según el Sínodo de Guadix de 1554.* ARCHIVIUM, Granada.

Garrido Atienza, M. (1992) *Las Capitulaciones para la entrega de Granada.* Universidad de Granada, Granada.

Hasnaoui, M. (2004). Diferencia y convivencia de las culturas en el marco islámico. En J. M. Pérez-Prendes (ed.), *La violencia y los enfrentamientos entre las culturas.* IUSTEL, Madrid.

Hernando de Larramendi, M. y García Ortiz, P. (2009). Introducción. En M. Hernando de Larramendi y P. García Ortiz (eds.), *Minorías religiosas en Castilla-La Mancha.* Icaria Editorial/Fundación Pluralismo y Convivencia, Barcelona.

Küng, H. (2006). *El Islam. Historia, presente, futuro* (traducido por José Manuel Lozano Godor y Juan Antonio Conde Gómez). Trotta, Madrid.

Ladero Quesada, M. A. (1979). *Granada. Historia de un país islámico* (2.ª ed.). Gredos, Madrid.

Llamazares Fernández, D. (2000). LOLR: las contradicciones del sistema. *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos, 0.*

Martínez Torrón, J. (1994). *Separatismo y cooperación en los Acuerdos del Estado con las minorías religiosas.* Comares, Granada.

Morán García, G. M. (2006). Los grupos sociales de religión no cristiana en el ámbito del Derecho canónico. En VV.AA., *La nueva realidad religiosa españo-*

la: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Ministerio de Justicia, Madrid.

Pardo Prieto, P. (2008). *Laicidad y Acuerdos del Estado con confesiones religiosas*. Tirant lo Blanch, Valencia.

Pérez Álvarez, S. (2010). Reflejos del pasado en la gestión de la realidad islámica española contemporánea. *E-legal History Review, 9*.

Pérez-Llantada Gutiérrez, J. (1972). La Ley 44/1967 y los derechos civiles individuales de libertad religiosa. En VV.AA., *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

Planet, A. y Moreras, J. (2008). *Islam e inmigración*. CEPC, Colección Foro, Madrid.

Quilis Merín, M. (1999). *Orígenes históricos de la lengua española*. Cuadernos de Filología. Universidad de Valencia, Valencia.

Rosell Granados, J. (2022). La Comisión Islámica de España: 30 años de interlocución y desarrollo del Acuerdo de Cooperación de 1992. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 38*.

Sánchez Ferriz, R. y Elías Méndez, C. (2002). *Nuevo reto para la escuela. Libertad religiosa y fenómeno migratorio*. MINIM, Valencia.

Suárez Pertierra, G. (1977). Libertad religiosa y orden público. *Revista de Derecho Público, 66*.

Suárez Pertierra, G. (1978). *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico español*. Scriptorium Victoriens, Vitoria.

Suárez Pertierra, G. (2009). La laicidad en la Constitución Española. En J. Martínez Torrón (ed.), *Estado y religión en la Constitución Europea y en la Constitución Española*. Comares, Granada.

Tatary Bakry, R. (1995). Libertad religiosa y Acuerdo de cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España. En M. Abumalham, *Comunidades islámicas en Europa*. Trotta, Madrid.

Tatary Bakry, R. (1999). El Islam y la libertad religiosa. En A. Hera y R. M. Martínez de Codes (coord.), *Encuentro de las tres confesiones religiosas. Cristianismo, judaísmo e Islam*. Ministerio de Justicia, Madrid.

Vernet, J. (1999). *Lo que Europa debe al Islam de España*. El Acantilado, Barcelona.

Vernet, J. y Masats, R. (1987). *Al-Andalus. El Islam en España*. Lunwerg, Barcelona.

16 DE LA SODOMÍA CON CASTIGO Y LA PATOLOGIZACIÓN DE LA HOMO/BI/TRANSEXUALIDAD A LA PLENA LIBERTAD SEXUAL CON POSIBILIDADES NO BINARIAS

Fernando Santamaría Lambás.
Profesor Contratado Doctor.
Universidad de Valladolid.

1. Introducción.
2. Apuntes históricos del paso de sociedades cerradas a sociedades abiertas en relación con la identidad y orientación sexual.
   2.1. Primera etapa: épocas de visibilidad y tolerancia. La homosexualidad y la heterosexualidad configuradoras ambas de lo normativo.
   2.2. Segunda etapa: épocas de invisibilidad y castigo religioso y civil. Finales del Imperio romano y la Edad Media, reino de lo heterosexual como normativo y de lo homosexual como no normativo y fuertemente castigado.
   2.3. Tercera etapa: desde la Ilustración, una ventana abierta al mundo en general, pero no en materia de sexo y género, al siglo XVIII.
   2.4. Cuarta etapa: de la patologizacion de las conductas que no responden al modelo heteronormativo a su despatologización.
   2.5. Del proceso hacia el pleno ejercicio de las libertades y de adquisición de derechos en condiciones de igualdad en materia sexual. Avances hacia la libertad sexual hasta la consecución de la posibilidad de vivir la plena libertad sexual de forma no necesariamente binaria.

1. Introducción

La sociedad ha condicionado, incluso en ocasiones determinado, la vida del ser humano; y esto ha sido una constante a lo largo de la historia. Al pensar en cómo se configura una sociedad, podemos acudir a la división dicotómica (sociedades cerradas-sociedades abiertas) (Muñoz, 2011, 137-140), de modo que el hecho de pertenecer a una u otra, supondrá como veremos una diferencia abismal para la persona.

Las sociedades cerradas son aquellas basadas en lo establecido por la sociedad. En ellas no existe el individuo como tal, que pueda detentar su mis-

midad, sino que se le obliga a permanecer silente. Algunas características de las sociedades cerradas son:

1. Son sociedades mágicas y estáticas, donde predominan los tabúes.
2. Se dotan de normas y costumbres inmutables, existiendo gran rigidez.
3. Se traslada sobre los seres humanos la creencia de que esas uniformidades son impuestas por una voluntad sobrenatural.
4. Son autoritarias. No cabe la crítica.
5. Buscan la uniformidad, de modo que se tolera una débil diferenciación.

Las sociedad abiertas son aquellas que priorizan al individuo frente al colectivo. Es la persona la que cobra protagonismo, en base a la exaltación del principio del personalismo. En ellas todo ser humano tiene cabida, sienta como sienta, piense como piense y cuando actúa conforme a su conciencia, dentro del respeto a la Ley. Algunas características de las sociedades abiertas son:

1. Son sociedades racionales, laicas y dinámicas.
2. En ellas se separa lo convencional de lo que no lo es.
3. Para estas sociedades las instituciones son creaciones de los seres humanos y existen por y para ellos.
4. Hay espíritu crítico, gran flexibilidad, de modo que caben la decisiones personales: espíritu crítico.
5. Sociedad de la diferencia, del pluralismo, sociedad dinámica.

No es fácil el paso de una sociedad cerrada a una abierta, puede transcurrir mucho tiempo en ese tránsito. Y cuando comienza el proceso, hay una primera etapa de tolerancia (Llamazares, 2011, 32-34), que generalmente suele ser, en primer lugar, de tolerancia horizontal (tolerancia social entre ciudadanos). Desde ese momento hasta que el poder político (tolerancia vertical) tolera esas conductas para después incorporarlas al mundo del Derecho pueden pasar muchos años.

2. Apuntes históricos del paso de sociedades cerradas a sociedades abiertas en relación con la identidad y orientación sexual

Hemos divido la actitud hacia la orientación e identidad sexual en cinco grandes etapas: una primera, de visibilidad y tolerancia; una segunda, de invisibilidad y castigo religioso y civil; una tercera, de patologizacion de las conductas sexuales no heterosexuales; una cuarta, de visibilidad, tolerancia horizontal y vertical, y una quinta, del proceso hacia el pleno ejercicio de las

libertades y de adquisición de derechos en condiciones de igualdad en materia sexual.

2.1. Primera etapa: épocas de visibilidad y tolerancia. La homosexualidad y la heterosexualidad configuradoras ambas de lo normativo

La actitud hacia la homosexualidad ha variado a lo largo de la historia, según la sociedad a la que nos remontemos. Es de suponer que en la más remota antiguedad (Robert-Brady, 2013, 661), cuando todavía el sexo no estaba mediatizado por la cultura, se hubiesen producido prácticas sexuales entre hombres y entre mujeres entre sí.

En algunas culturas de la antigüedad se castigó la homosexualidad (antigua Mesopotamia) y en otras, se ejerció la tolerancia respecto a la misma (Grecia, Roma). En el Antiguo Egipto, las prácticas homosexuales eran admitidas (Martín, 2011, 245-276) incluyendo frecuentemente las prácticas sodomíticas en sus cultos religiosos. Y en aquel contexto, la homosexualidad nunca fue vista como una anormalidad frente a la heterosexualidad; más bien al contrario, fue vivida como una alternativa sexual, lo que chocará frontalmente con el lugar que ocupará la heterosexualidad en sociedades de tradición judeocristiana, como la nuestra.

Las antiguas Grecia y Roma comparten aspectos comunes en cuanto a la visibilizacion y normalizacion de la homosexualidad, así como la invisibilidad de la homosexualidad femenina (lesbianismo), fruto de la concepción que se tenía de la mujer como ser inferior al hombre. Y a la vez compartían un interés por las relaciones heterosexuales como garantes del mantenimiento de la especie.

Es de destacar la escasa bibliografía sobre la homosexualidad femenina, que es fruto, bien de la ocultación de textos, bien de la tergiversación de los mismos. Se ha descubierto ahondando en la mitología que se encuentran vestigios de la homosexualidad femenina, tanto en textos poéticos, como en fuentes iconográficas, como las pinturas murales descubiertas en las termas suburbanas de Pompeya.

Se entiende que las prácticas homosexuales de las mujeres solo se podían presentar en la forma del tribadismo. Las *tríbadas* eran mujeres que tenían un clítoris de un gran tamaño que permitía tanto la fornicación como la pedicación.

La doctrina entiende que la mayoría de las escenas eróticas de la ceramografía griega son problablemente fantasias masculinas, mas que reales actividades sexuales preferidas por las mujeres.

En la concepción de griegos y romanos de la época imperial la homosexualidad femenina solo puede concebirse como un intento de una mujer de sustituir a un hombre, considerándose que el placer solo lo pueden dar los hombres.

Martos (2001, 1-19) sostiene que se puede afirmar que en la antiguedad hubo prácticas de coito lésbico artificial. El contexto griego para la homose-

xualidad se desarrolla a través del ámbito educativo y del militar. En el contexto educativo, la relación homosexual era un aspecto más de la educación dada por el adulto (*érates* o amante activo) al *púber* (efebo pasivo). Esa subordinación del efebo al varón adulto era transitoria. La pederestia ocupó un lugar relevante en la formación moral y cívica del ciudadano (Sagristani, 2010, 62-63), ya que a través de la misma, los jóvenes aprendían del amante las artes de la política y la virtud del ciudadano. Y en la institución militar se consideraba que la homosexualidad daba un sentido de camaradería que ayudaría a la hora de la lucha en la batalla.

Es conocida en la obra de Platón *El Banquete,* la distinción entre dos tipos de amores (Platón, 5). Uno, era el amor «vulgar», inspirado por Afrodita Pandemia y, el otro, inspirado por Afrodita Urania que se dirigía exclusivamente a los jóvenes. Se entendía la superioridad de éste último, del amor masculino, porque permitía unir amor y virtud, frente a lo que se hacía por necesidad (reproducción biológica), que era inferior a lo que se hacía por valor estético (Sagristani, 2010, 63).

En la antigua Roma el contexto en el que se produce la homosexualidad es fuertemente clasista, pues la clase alta (varón activo) puede mantener relaciones homosexuales con el esclavo (varón pasivo). De modo que está mal visto por la sociedad que el amo pudiese ocupar una posición pasiva y el esclavo la activa en la relación sexual. Sobre esta cuestión de la posición activa o pasiva en la relación sexual tendremos oportunidad de hablar en un contexto actual que pretende romper con ese binarismo que tiene mucho que ver con el binarismo (varón/mujer) y que quizá lo reproduce.

La relación homosexual en Roma se concibe desde una doble variante. La práctica sexual como relacion esporádica, entendida como sexo sin amor y donde la prostitución homosexual se desarrollaba. Y por otro lado, la relación homosexual desde el amor que hizo surgir por primera vez el matrimonio homosexual que era reservado para la clase alta. Es conocido el caso de Nerón que contrajo matrimonio legal homosexual en dos ocasiones con dos hombres distintos.

2.2. Segunda etapa: épocas de invisibilidad y castigo religioso y civil. Finales del Imperio romano y la Edad Media, reino de lo heterosexual como normativo y de lo homosexual como no normativo y fuertemente castigado

La religion judía rechazaba la homosexualidad y la perseguía con pena de muerte (Bazán, 2017, 1-2). Ello se evidencia en la Biblia, en Génesis (19:1-11), aunque en Jueces (19:22-30) se ve como los sodomitas no fueron condenados por un «pecado sexual», sino por faltar al deber sagrado de hospitalidad que era algo común en muchas civilizaciones antiguas. La primera explicación homosexual de la decadencia de Sodoma es dada por Philo de Alejandría (13

a. C.-45/50 d. C.), pero la Sodoma de Philo está situada en la costa del Mediterráneo y no es la Sodoma de la Biblia (Hopman, 2016, 114-115). En el Nuevo Testamento queda claro para los cristianos que Jesús consideró que el pecado de Sodoma fue atentar contra la hospitalidad (Lucas, 10:8-12), Mateo (10:5-15) y de una lectura global del evangelio coincidimos con (Rivera, 4) en que «convertir el sexo en el eje fundamental de la moral, como se hace con frecuencia, es una gravísima traición al mensaje liberador de Jesús».

Ya en época del Imperio romano, desde el siglo IV hasta Justiniano, los emperadores procuraron una politica represiva para frenar la expansión de la homosexualidad entre adultos y *pueri,* llegando a castigarse con pena de muerte la pasividad sexual y con posterioridad la homosexualidad activa (Muñoz, 2013, 223-226).

La *Lex Scantinia de Nefanda Venere*[1] trató de limitar las conductas homosexuales, pero no tuvo éxito en su intento. Su regulación castigaba al adulto que mantenía relaciones sexuales con un muchacho de 16 años y también sancionaba a los *molles* o compañeros pasivos en la relación. Ante la insuficiencia de esa ley se aprobó el edicto de *Adtemptata Pudiciticia* (Musso, 2020, 145-165), para tratar de limitar el ejercicio de estas prácticas homosexuales. Los esfuerzos del emperador Augusto no tuvieron éxito, ya que las prácticas homosexuales continuaron ejercitándose, siendo la orientación sexual del *cives* de libre elección, aumentando incluso el número de ciudadanos bisexuales que elegían, según su intención fuera el mero placer o, la búsqueda de procreación y conformación de una familia.

Con el surgimiento del cristianismo, el emperador Constantino hacia el año 319 d. C. comenzó a apoyarse en las iglesias cristianas para condenar taxativamente las prácticas abusivas con menores (pederastia) y calificar las relaciones sexuales anales (sodomía) como crímenes. El 4 de diciembre del año 342 d. C. los emperadores Constancio y Constante, a través de una Constitución en Milán, condenaron, no solo la homosexualidad pasiva, sino además a aquellos homosexuales que pretendían casarse con una mujer. Parece deducirse que la pena impuesta era la decapitación, pero en realidad, se trataba de la muerte en la hoguera. El 6 de agosto del año 390 d. C. Valentiniano, Arcadio y Teodosio, en una Constitución dirigida a Orencio, castigaron el ejercicio de estas relaciones con la muerte por llamas. En 390 Teodosio I proclamó una ley prohibiendo todas las relaciones homosexuales, castigándolas con la pena de muerte, condena que se mantiene en la legislación de Justiniano I del 538 d. C. hasta el final del Imperio oriental.

En el año 438 d. C. la Constitución de Teodosio el Grande fue incluida por Teodosio II en el Código Teodosiano y, por primera vez, se condenaba a la hoguera a todos los homosexuales pasivos sin distinción. Hasta el siglo V la política imperial había respetado los principios de la ética sexual antigua

[1] Disponible en: *Lex Scantinia de nefanda venere* (Green) (univ-grenoble-alpes.fr), consultado el 10 de abril de 2022.

condenándose a muerte solo a los homosexuales pasivos y quedando impunes los activos dada su virilidad. Con la llegada de Justiniano la situación cambió radicalmente y la homosexualidad, aun practicándose con respeto a las normas antiguas, debía desaparecer radicalmente por considerarse como una relación contra *natura* en ofensa a Dios.

La legislación justinianea luchó contra lo que consideraba como lujuria o placeres sexuales antinaturales, de tal modo que los que cometían tales actos instigaban al diablo *(diabolica instigatione)* y eran culpables, debiéndose confesar ante el patriarca y hacer penitencia. Al principio, la pena por el ejercicio de estas prácticas fue la castración, pero tras la divulgación del *Corpus Iuris Civilis*[2] (Bazán, 435) y con las Instituciones justinianeas publicadas en el año 533 d. C., también se sancionaba con pena de muerte a aquella persona que realizase cualquier manifestación homosexual, ya actuase de forma pasiva o activa, por considerarse: «un pecado imperdonable e inmemorable que ofendía al Señor más que ningún otro».

En el *Corpus Iuris Civilis* se recogen diversas Constituciones que proscriben la sodomía. Justiniano promulgó poco después dos nuevas Constituciones que confirmaron la pena de muerte para los homosexuales activos y pasivos. Primero, la Constitución del año 538 d. C., que contemplaba una doble sanción: de un lado, la sanción humana de pena de muerte impuesta por la sociedad, y de otro, la sanción divina al ser un crimen religioso castigado por deseo divino. Segundo, la Constitución del año 559 d. C., que no ofreciendo novedad en la regulación, indicaba que se persiguiese a todos aquellos que cometiesen actos lujuriosos contra natura.

Tras la caída del Imperio Romano, penetra la ideología cristiana que dominará en la Edad Media, produciéndose un cambio radical en la concepción sobre la homosexualidad. En un primer momento, la Iglesia católica la condenó como pecado, pasando inmediatamente a tipificarse como delito, siendo perseguido y sancionado, y finalmente, tras su destipificación penal, se catalogó como enfermedad. Esto tiene su origen en la función meramente reproductora que la Iglesia Católica atribuye al sexo y en la confusión medieval entre pecado y delito.

Existía una doble jurisdicción, los tribunales estatales y el Tribunal de la Inquisición, encargados de aplicar sus respectivas leyes, llegando a confundirse incluso en muchos temas en los que ambos tenían jurisdicción. Tal es el caso de la homosexualidad que estaba penalizada por ambas jurisdicciones con gran severidad, llegando a ser más dura la eclesiástica.

Las raices de la vinculación de la carnalidad con el pecado se deben a las doctrinas de los estoicos y los gnosticos de la Antigüedad tardía (Cabanes, 2003, 1-2). Con posterioridad serán los padres de la Iglesia de los siglos IV y V d. C. quienes partiendo de esas doctrinas elaborarán una ética sexual que se ha man-

[2] Disponible en: *Codex Iustinianus* (Krueger) (univ-grenoble-alpes.fr), consultado el 10 de abril de 2022.

tenido durante siglos. Esa vinculación entre placer sexual y pecado empieza a tener vigencia a partir del siglo II d. C., en buena medida por influjos gnósticos y maniqueos, en cuyos planteamientos lo corpóreo y material es malo y principio del mal, mientras que lo intelectual y espiritual es bueno y principio del bien. Casi desde entonces el placer sexual era legítimo en el varón porque estaba al servicio de la procreación sin duda alguna, pero no estaba tan claro que fuera así en la mujer. Si la contribución de la mujer a la generación provenía de su semen, como sostenía Galeno en *De semine* (lib. II, caps. I y IV), entonces el placer de la mujer era tan lícito y necesario como el del hombre para una mejor generación, pero si la contribución provenía de la sangre postmenstrual, como sostenía Aristóteles en *De generatione animalium* entonces el placer de la mujer no contribuía a la generación ni era legítimo. Además, la experiencia ponía de manifiesto que muchas mujeres concebían sin placer (Choza, 2006, 84-85).

Las fuentes que nos permiten acercar al oscurantismo medieval en materia sexual son: religiosas (los libros pentenciales, los Concilios y los escritos de teólogos), médicas, filosóficas y literarias, entre otras.

Ese ataque a la homosexualidad al final del Imperio romano, no tuvo acogida en el Imperio bizantino, ni en los reinos germánicos de Europa occidental, siendo excepción el caso de la Hispania visigoda donde se prohíbe la sodomía bajo pena de castración y penitencia eclesiástica (Bazán, 2007, 435). En el reino visigodo de Toledo (siglos V y VI) las relaciones homosexuales fueron rechazadas (Valverde, 2020, 277).

En la Edad Media se aprobaron leyes de sodomía inspiradas en la opinión judeocristiana en toda Europa, siendo en un principio las autoridades de cada ciudad y posteriormente la inquisición la encargada de perseguir a los homosexuales. En los países musulmanes también en la *sharia* se incorporaron las prácticas homosexuales masculinas como delitos.

En el siglo XI se produjeron importantes cambios sociales y como resistencia del poder frente a los mismos se criminalizó y persiguió a grupos, individuos, comportamientos e ideologías, así como aspectos de la vida pública y privada. Esa represión dirigida hacia herejes, judíos, leprosos, etc., en el siglo XIII se dirigió contra los sodomitas y, posteriormente, en los siglos XIV y XV se perseguirá a vagabundos, ociosos y falsos pobres. En definitiva, se persigue a todo aquel que pone en peligro la estabilidad social, construyéndose la sociedad medieval como una sociedad uniformada y sometida a lo establecido por el poder, donde no cabe el individuo, sino el sujeto encajado en el molde social establecido (Bazán, 2007, 437-438).

En el siglo XI, desde el punto de vista de la Iglesia Católica se dejó atrás la indiferencia hacia la sodomía y se pasó a atacarla especialmente (Hopman, 2000, 117-118). No había hasta ese momento en los penitenciales un interés excepcional por el tratamiento severo de la homosexualidad, salvo la solicitud de una actuación mas rigurosa respecto a las prácticas homosexuales del abad Pedro Damiani con su libro *Liber Gomorrhianus* (1051), dirigido al Papa León IX. En el siglo XI las reclamaciones sobre el acto sexual *contra natura* con-

cernían especialmente a la nobleza, para posteriormente, ser los clérigos los principales sospechosos y, con posterioridad, los intelectuales de las universidades, tanto profesores como estudiantes.

El III Concilio de Letrán de 1179 (Bazán, 2007, 436) introdujo la excomunión para los laicos que practicaran la sodomía. Desde el siglo XIII (Bazán, 2007, 118) se produce un aumento de la intolerancia contra los homosexuales, uniéndose la sodomía a la moral del musulmán (los sarracenos). Algo similar aconteció en la consideración que hace el teólogo judío Moisés Maimónides (1135-1204) que consideraba a los paganos, tanto musulmanes como cristianos, más inclinados hacia la sodomía que a los judíos. Todas las religiones reveladas, Judaísmo, Cristianismo e Islam, forman un frente unido contra las conductas de hombres homosexuales y mujeres lesbianas (Rizvi, 2010, 74). En el siglo XIII por primera vez se relacionó la sodomía con la herejía y también con la brujería. Algunas sectas, se dice, adoraban al diablo besando el ano de su líder y participando en orgías bisexuales. Sin duda, los teólogos escolásticos del siglo XIII, Agustín de Hipona (354-430 d. C.) y Tomás de Aquino (1225-1274) marcarán el pesimismo sobre la sexualidad humana, como si de una losa se tratase. Se pone tanto el acento en la finalidad del acto sexual para la procreación, que toda sexualidad que no se dirige a tal fin pasa a ser fuertemente condenada por la Iglesia Católica.

Con la llegada de la represión del Antiguo Régimen (Martín, 251-254) y junto a la entrada en vigor del *Líber Iudiciorum*[3] (siglo XII) se promulgaron leyes contra las relaciones homosexuales, ley «de los hombres que yacen con otros hombres» o ley «de los sodomitas» que contemplaban duras penas para esos delitos (Martín, 2011, 251-254). La primera, preveía el castigo de castración a los sodomitas (homosexuales) y su entrega a los obispos para su encarcelamiento, además de la disolución de su vínculo matrimonial cuando eran casados. La segunda de estas leyes, preveía la castración y la excomunión. Llamamos la atención sobre que ambas leyes hacían distinción entre eclesiásticos y legos, siendo más duros los castigos para estos últimos.

Tras la invasión de la Peninsula ibérica por los árabes, se dividió territorialmente la actitud frente a las relaciones homosexuales. La cultura árabe trajo consigo la tolerancia frente a este tipo de relaciones en sus territorios, chocando frontalmente con la prohibición absoluta en los territorios cristianos.

Los pueblos orientales eran los más cultos, con civilizaciones más avanzadas en todos los sentidos y, por ello, los más tolerantes, religiosa y sexualmente hablando; sin embargo, los pueblos occidentales, mucho más atrasados y menos cultos, eran también los más obcecados y menos tolerantes.

En los territorios cristianos consolidados en la Reconquista se continuó aplicando el *Líber Iudiciorum* (siglo XII). En el siglo XIII, con Alfonso X, en su labor de unificación legislativa del Reino de Castilla, aparecen dos nuevos textos legales en los que se continúa castigando la homosexualidad con el Fuero Real de

[3] Disponible en: *Liber Iudiciorum* (boe.es), consultado el 10 de abril de 2022.

1255 y las Partidas redactadas en Castilla durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), aún más crueles que antes, condenándose en ambos textos el delito de realizar actos homosexuales con la pena de muerte, por primera vez en Europa, y calificándose dichos actos como *contra natura*. En Las Partidas se recogió por primera vez la homosexualidad femenina que tenía un castigo menor que la masculina debido al papel secundario que se le otorgaba a la mujer.

Dos siglos más tarde, los Reyes Católicos dictaron la Pragmática de 1497, llamada «Como ha de ser castigado el pecado nefando contra naturaleza», en la que se califica el delito de homosexualidad como herejía y crimen de *Laesae Magestatis,* y aumentan las penas para ese delito. En esta ley se castigaba al homosexual con la hoguera y la confiscación de todos sus bienes. Hasta 1524 no dispuso la Inquisición española del monopolio jurisdiccional sobre la sodomía (Bazán, 2007, 437), siendo ese año cuando el Papa Clemente VII concedió en 1524 un breve autorizando a la Inquisición a conocer del pecado-delito de sodomía, pero solo en el territorio de la Corona de Aragón, ya que en la Corona de Castilla la jurisdicción sobre la sodomía permaneció en manos de la justicia ordinaria, tanto si era civil como eclesiástica. Esta misma ley mantuvo su vigor durante el reinado de Felipe II (1556-1598). El único problema que planteaba era el de prueba, que por su insuficiencia permitía que personas se librasen de la hoguera. Fue Felipe II quien eliminó el problema de la prueba a través de ciertas medidas, con su Pragmática de 1598 denominada «De la forma como se ha tener probado el pecado nefando contra naturam»[4]. Se establecía con ello que cualquiera podía denunciar a un sodomita ante el juez y morirían tanto quien cometió el pecado como quien lo consintió, salvo los menores de 14 años. Esta legislación sobre la homosexualidad es la que recogió la Novísima Recopilación de 1805[5] y las penas se mantuvieron en vigor hasta la llegada del Código Penal español de 1822 que ya no tipifica el delito de sodomía, influenciado por el Código Penal francés de 1810.

2.3. Tercera etapa: desde la Ilustración, una ventana abierta al mundo en general, pero no en materia de sexo y género, al siglo XVIII

Las ideas de la Ilustración (Ugarte, 2002, 68-72) llegan a España en forma de enciclopedismo, y se enfrentan a toda la concepción medieval habida hasta ese momento, que había perseguido a través de la inquisición a una serie de grupos, judaizantes, moriscos, protestantes, jansenistas, místicos, magos, brujas, masones, activistas políticos, blasfemos, y dentro de «temas varios», se incluían, clérigos, casados, usureros, sodomitas, individuos que simulaban ser sacerdotes, poseídos, etc. (Lea, 2020).

---

[4] Disponible en: a-031-138 (21).pdf (ugr.es), consultado el 10 de abril de 2022.

[5] Disponible en: BOE.es - *Novísima Recopilación de las Leyes de España,* consultado el 10 de abril de 2022.

La inquisición reprimió la homosexualidad dentro del marco genérico de represión de la libertad religiosa y de pensamiento, con un claro ataque a la libertad de conciencia. La auténtica represión es más contra el afecto homosexual que contra las conductas sexuales sodomíticas en sí (Ugarte, 2020, 6), ya que no se discriminaba al heterosexual por mantener una conducta sodomita, sino al hombre que tenía afecto por otro hombre. Llama la atención la poca tolerancia, de ilustrados primero y, románticos después, respecto de las relaciones entre personas del mismo sexo. Y es que, parece que la Razón no impregnó las cuestiones relativas a las relaciones sexuales, sino que en esta materia permanenecieron, al menos públicamente, en el enfoque biologicista que había mantenido la Iglesia católica, con una clara confusión entre los conceptos de sexo y género. A pesar de que el Renacimiento conllevó importantes cambios culturales y sociales, sin embargo, la represión a los homosexuales continuó. Durante los siglos XVII y XVIII se detectaron focos de subcultura homosexual en las grandes ciudades europeas (París, Londres) (Robert-Brady, 2013, 664-665). El siglo XVII fue un siglo de muchos conflictos en el continente europeo. En el plano intelectual triunfa la razón, lo que supuso una unanimidad en materia religiosa, y se produce un rechazo general de las iglesias, sobre todo de la católica. Hay coincidencia en que la moral religiosa debe ser sustituida por la natural. Todavía perdura un concepto sexual monista basado en la tradición hipocrático-galénica (Laqueur, 15-53) que posteriormente con la Ilustración pasará a ser binario.

2.4. Cuarta etapa: de la patologizacion de las conductas que no responden al modelo heteronormativo a su despatologización

En el siglo XIX, la homosexualidad sigue considerandose pecado, pero ya no delito (Martín, 2011, 254-255) y se pasó de la represión eclesiástica y secular a considerar patología lo relacionado con el deseo homosexual.

La secularización de la sociedad durante el siglo XIX, hará que la perspectiva respecto a los castigos medievales cambie y, sin llegarse en absoluto a un reconocimiento de derechos, al menos se pierde la brutalidad de los castigos habidos hasta ese momento. En 1868, el activista Kertbeny introdujo el término homosexual y en 1886 se populariza el concepto a raíz del libro *Psychopathia Sexualis* de Richard Freiherr Von Krafft-Ebing (Robert-Brady, 2013, 668). Hacia 1890 con los avances del psicoanálisis se le otorga a la homosexualidad el estatus de enfermedad mental, lo que a pesar de llamarnos hoy en día la atención, en su momento supuso un avance respecto a la situación medieval de pecado-delito. Al obtener el estatus de enfermos mentales, al menos podían ser visibles públicamente.

En la segunda mitad del siglo XIX algunos activistas, promovieron iniciativas a favor de la despenalización de la homosexualidad, aunque sus acciones aisladas no alcanzaron gran relevancia social. Será en la Alemania de 1897 a

1930, donde debemos situar los primeros movimientos a favor de los homosexuales, con la creación de organizaciones en favor de los mismos, como «el Comité científico humanista», «la comunidad de los Propios» y «la asociación de amistad alemana». «El Comité científico» de 1897 se constituye en la primera organización social que lucha por defender los derechos de los homosexuales a nivel mundial. En 1903 se funda «la comunidad de los Propios», por Adolf Brand, junto con otros activistas. El ideal que defendían era el amor homosexual entre hombres viriles y la pederastia según el modelo griego. Hacia 1945 surge el movimiento homófilo que pretendió conseguir la aceptación de los homosexuales y el respeto por parte del resto de los miembros de la sociedad. Publicaron revistas que difundieron los conocimientos científicos sobre la homosexualidad tratando el tema desde un enfoque positivo. En varios países europeos y americanos se formaron varias organizaciones homófilas desde 1945 a 1960. En 1948, encontramos las aportaciones de Alfred Kinsey, que ayudan no solo en relacion con la teoría científica sobre la homosexualidad, sino también en los gestores de los movimientos prohomosexuales que se generaban en diversos países y continentes en la época, entre ellos América Latina (Robert-Brady, 2013, 666-668).

En 1973 se retiró la homosexualidad del DSM *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (*Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales,* de la American Psychiatric Association) y se sustituyó el diagnóstico por «perturbaciones en la orientación sexual», en el DSM-II[6] y en su reimpresión. En el DSM-III[7] se sustituyó por «homosexualidad egodistónica», término que se eliminó en la revisión del DSM III-R[8] en 1986, al considerar que toda persona homosexual podía pasar temporalmente por una etapa de dudas y confusión mientras se definía su orientación sexual y que a ésto no debía denominarse trastorno. Por ello, en 1987 se excluyó la categoría de homosexualidad egodistónica del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM) (Montoya, 2006, 202). La APA (Asociación Psiquiátrica Americana) clasifica ahora el persistente e intenso malestar sobre la orientación sexual propia como uno de los «trastornos sexuales no especificados». En la CIE (clasificación internacional de enfermedades)[9] la homosexualidad estuvo incluida hasta 1990, desapareciendo de la versión décima de dicha clasificación.

Las investigaciones médicas y psicológicas sobre la problemática de la transexualidad se cifran a comienzos del siglo xx (Platero, 2007, 23). Del Preambulo de la Organización Mundial de la Salud de 1946 se desprende la necesidad de tratamiento médico de las personas transexuales, negándose ellos a la consideracion de enfermos (Platero, 2007, 37). En la actualidad, los trastornos de

---

[6] Disponible en: *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-II) (madinamerica.com), consultado el 22 de junio de 2022.

[7] Disponible en: DSM-III.pdf - Google Drive, consultado el 22 de junio de 2022.

[8] Disponible en: DSM III-R_compressed.pdf - Google Drive, consultado el 22 de junio de 2022.

[9] Disponible en: eCIE-Maps - CIE-10-ES Diagnósticos (mscbs.gob.es), consultado el 22 de junio de 2022.

identidad de género y la transexualidad figuran perfectamente definidos y descritos en el protocolo establecido por la *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's* (HBIGDA) y en las clasificaciones internacionales de enfermedades, CIE-10[10] y DSM-IV[11] (Platero, 39). El término transexual apareció por primera vez, en la literatutra médica en los trabajos de Hirschfeld en 1923, pero hablaban sin hacer distinciones de travestismo, homosexualidad afeminada y transexualismo. Cauldwell en 1949 fue el primero en usar el término transexualismo en un sentido más actual, es decir, para denominar a los individuos que desean vivir de forma permanente como miembros del sexo opuesto y que quieren someterse a la cirugía de reasignación de sexo. La primera definición de transexualidad es de 1953 y se debe a Harry Benjamin. El sentimiento de pertenecer a un determiando sexo, biológica y psicológicamente se llama identidad de sexo o género, y fue definido por Money en 1955. En 1973, Fisk propone el término disforia de género que incluye al transexualismo pero también a otros trastornos de identidad de género.

Hacia 1950 se usó por primera vez el término transexual por el médico David Cauldwell. Hasta entonces no se diferenciaba de travestismo. El término transexual lo desarrolló el endocrinólogo Harry Benjamin en los años cincuenta y se popularizó en los años sesenta. El autor consideraba que la transexualidad era una enfermedad que no se podía curar con psicoterapia y que exigía la adecuación del cuerpo al género al que por convicción psicológica se pertenecía. En 1979 se constituyó la *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association* (HBIGDA) que aprobó unas directrices asistenciales que se revisan periódicamente y sirven como guía asistencial para los Trastornos de identidad de género. Una aportación fundamental en la definición de la transexualidad la proporcionó John Money, endocrinólogo y sexólogo. Tras sus estudios en personas que habían nacido con genitales ambiguos por alteraciones en la diferenciación sexual, consideró que la identidad de género se relacionaba directamente con el sexo asignado y la crianza, definiéndose ésta en los dos o tres primeros años de vida. En su formulación, el sexo se vincula a lo biológico, mientras que el género se refiere a los componentes comportamentales y sociales. Respecto a las clasificaciones psiquiátricas internacionales, en 1980 apareció la Transexualidad como diagnóstico en el DSM-III. En el DSM-IV se abandonó el término usándose Trastorno de identidad de género. Supuso una cierta ampliación de los sujetos incluidos ya que no es necesario querer transformar el cuerpo para ser diagnosticable. En la CIE-10 aparece transexualismo como diagnóstico dentro de los trastornos de identidad sexual. El movimiento a favor de la despatologización solicita, entre otras cuestiones, la retirada del Trastorno de identidad de género de los

[10] Disponible en: Clasif_Inter_Enfer_CIE_10_rev_3_ed.diag.pdf (sanidad.gob.es), consultado el 22 de junio de 2022.

[11] Disponible en: dsm-iv castellano - completo.pdf - Google Drive, consultado el 22 de junio de 2022.

manuales internacionales de diagnóstico (en las versiones DSM-V[12] y CIE-11[13]) (Polo y Olivares, 2011, 286-290).

En la actualidad, todavía quedan grupos minoritarios que insisten en la patologizacion de esas conductas, a tavés de las técnicas de conversión, con clara lesión de los derechos fundamentales (Carrillo, 2021, 167-174; Borrillo, 2022, 1-9).

2.5. Del proceso hacia el pleno ejercicio de las libertades y de adquisición de derechos en condiciones de igualdad en materia sexual. Avances hacia la libertad sexual hasta la consecución de la posibilidad de vivir la plena libertad sexual de forma no necesariamente binaria

En el proceso de alcanzar el pleno ejercicio de las libertades y derechos en materia sexual (AA.VV., 2019, 488), se ha pasado ya de hablar del acto a hacerlo de la identidad personal. Para poder hablar de la plena libertad sexual es necesario acudir a los múltiples vocablos que muestran la realidad LGTBI+ (Ramos, 445-449). El Diccionario panhispánico del español jurídico define LGTBI[14] como «1. Gral. (lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales). Perteneciente o relativo a lesbianas, gais, transexuales, bisexuales o intersexuales. Derechos, colectivo LGTBI. 2. Gral. Persona que se considera a sí misma como LGTBI». Esa nueva realidad LGTBI+ o LGTBIQ+, por incluir el fenómeno Queer expresamente, está planteando en el ámbito jurídico una necesidad de aprobación o modificación de la normativa legal en los países que quieren respetar los derechos de todos en condiciones de igualdad. Esto desde un punto vista doctrinal se puede percibir en la forma de ver de dos autores. Frente a la perspectiva de John Money (Polo y Olivares, 2011, 289) en la que se conectaba el sexo a lo biológico y el género al constructo social, encontramos la postura de Judith Butler (2002, 323-328) que en su teoría performativa del género señala que es el género el que precede al sexo y no a la inversa. Se ha llegado a afirmar por algunos sectores que tanto el sexo como el género son constructos culturales (MOOC).

En la actualidad, es claro el avance producido a lo largo del siglo XX en el mundo occidental hacia sociedades abiertas y por ende, laicas (Llamazares, 2011, 174-181) y con una constante progresión en la conquista de derechos de igualdad en libertad para todas las personas, con independencia de su orientación sexual e identidad de género. Los derechos adquiridos entre otros, a contraer matrimonio, a la adopción, etc., nos situan en una

---

[12] Disponible en: DSM-5 en Español.pdf - Google Drive, consultado el 22 de junio de 2022.

[13] Disponible en: (37) CIE-11 (en español).pdf - Waldyr Flecha - Academia.edu, consultado el 22 de junio de 2022.

[14] Disponible en: Definición de LGTBI - *Diccionario panhispánico del español jurídico* - RAE, consultado el 22 de junio de 2022.

perspectiva de *iure condendo* de cara al siglo XXI que debe hace reflexionar al poder político sobre la necesidad de dejar de legislar con una mentalidad binaria, en la que todo se distingue en binomios, como hombre/mujer, heterosexual/homosexual, etc., para dar el salto a una visión en la que los polos de ese binarismo se acerquen el uno al otro formando un continuo (hombre-mujer) (heterosexual-homosexual), de modo que sea la propia persona la que se identifique en ese continuo o fuera del mismo. Esto no significa, bajo ningún concepto, que no se deba seguir hablando de hombre y mujer, sino que además se pueda hablar de otras categorías, para aquellas personas que no se identifiquen en los dos señaladas. Lo que debe interesar al legislador es que hay un ser humano detrás, una persona que tiene iguales derechos.

En España, los códigos penales del siglo XIX, no contienen ya el delito de sodomía, pero al menos hasta el CP de 1995 mantienen una posición heteronormativa de la sexualidad, siendo en el CP vigente cuando el proceso de secularizacion de la libertad de conciencia (Santamaría, 2002, 435) empieza a alejarse de visiones monolíticas de la sociedad.

En los últimos años, se ha legislado sobre orientación e identidad sexual, tanto en la normativa estatal como autonómica.

La modificación del Código civil para la aprobación del matrimonio igualitario, a través de la Ley 13/2015, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio[15], supuso el derecho a contraer matrimonio con personas del mismo o diferente sexo y, las distintas leyes de parejas de hecho de las Comunidades autónomas reconocen una realidad social que no opta por el matrimonio, sino por una convivencia, bien de hecho —parejas de hecho *strictu sensu*—, bien de derecho, llamadas también parejas de hecho, aunque en este caso, en realidad son parejas de derecho, puesto que el mismo pasa a regular la situación contenida en un registro público.

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas[16].

En junio de 2022, el gobierno español ha aprobado el anteproyecto de ley para la igualdad de las personas —trans— y la garantía de los derechos LGTBI[17] para su remisión al Congreso de los Diputados. Habrá que esperar a que el texto aprobado sea ley, pero en el anteproyecto se mantiene en la línea de las legislaciones de los países[18] que reconocen ampliamente estos derechos

---

[15] Disponible en: BOE-A-2005-11364 Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, consultado el 22 de junio de 2022.

[16] Disponible en: BOE-A-2007-5585 Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, consultado el 22 de junio de 2022.

[17] El Anteproyecto de ley está disponible en: *Denominación* (igualdad.gob.es), consultado el 22 de junio de 2022.

[18] El índice *LGTB Equality Index* está disponible en: LGBT Equality Index - Equaldex, consultado el 21 de octubre de 2022.

(Argentina, Australia, Austria, Canadá, Chile, Colombia, Dinamarca, Islandia, Noruega, entre otros) (VV.AA., 2009, 488; Gauche, 2011, 592).

Las Comunidades Autónomas han aprobado leyes al respecto en los últimos años, aunque ya con anterioridad a 2016 se había manifestado la preocupación por la identidad de género (Aventosa, 2015, 745-760). Las leyes aprobadas en los últimos años son: La Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía[19]. La Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de Igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón[20]. La Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de Islas Baleares[21]. La Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Cantabria, de Garantía de Derechos de las personas lesbianas, gais, trans, transgénero, bisexuales e intersexuales y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género[22]. La Ley 2/2021, de 7 de junio, de Canarias, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales[23] ha derogado la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. La Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha[24]. La Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de Cataluña[25]. La Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura[26]. La Ley 2/2014, de 14 de abril, por la

---

[19] Disponible en: Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía. (boe.es), consultado el 22 de junio de 2022.

[20] Disponible en: BOE-A-2018-715-4 Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, consultado el 22 de junio de 2022.

[21] Disponible en: Disposición 6310 del *BOE* núm. 157 de 2016, consultado el 22 de junio de 2022.

[22] Disponible en: BOE.es - BOE-A-2020-15880 Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género. consultado el 20 de octubre de 2022.

[23] Disponible en: BOE-A-2021-11382 Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales, consultado el 20 de octubre de 2022.

[24] Disponible en: q15318-15350.pdf (boe.es) consultado el 20 de octubre de 2022.

[25] Disponible en: Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia. (boe.es), consultado el 22 de junio de 2022.

[26] Disponible en: Disposición 5015 del *BOE* núm. 108 de 2015, consultado el 20 de octubre de 2022.

igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia[27]. La Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid[28]. La Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero, e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la comunidad autónoma de la Región de Murcia[29]. La Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+ de Navarra[30]. La Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja[31]. La Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTB de la Comunidad Valenciana[32]. La Ley 9/2019, de 27 de junio, de modificación de la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales del País Vasco[33].

La situación en las Comunidades Autónomas restantes es la siguiente: en Asturias, la ley de identidad sexual se encuentra en trámite parlamentario[34]. En Castilla y León no hay ley al respecto, tras la desestimación el 22 de noviembre de 2019, por el Pleno de las Cortes de Castilla y León de la Toma en Consideración de la Proposición de Ley de igualdad social de la diversidad sexual y de género, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Mixto, publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León,* núm. 21, de 26 de septiembre de 2019[35].

---

[27] Disponible en: BOE-A-2014-5488 Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia. consultado el 20 de octubre de 2022.

[28] Disponible en: Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid (boe.es), consultado el 20 de octubre de 2022.

[29] Disponible en: BOE-A-2016-6170 Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia., consultado el 20 de octubre de 2022.

[30] Disponible en: BOE-A-2017-8527 Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+., consultado el 20 de octubre de 2022.

[31] Disponible en: BOE-A-2022-3601 Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja., consultado el 20 de octubre de 2022.

[32] Disponible en: Disposición 281 del *BOE* núm. 10 de 2019, consultado el 20 de octubre de 2022.

[33] Disponible en: BOE-A-2019-10599 Ley 9/2019, de 27 de junio, de modificación de la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales., consultado el 20 de octubre de 2022.

[34] Disponible en: Resoluciones dictadas - Junta General del Principado de Asturias (jgpa.es), consultado el 20 de octubre de 2022.

[35] Disponible en: CCyL: Tramitación PPL 1/10, consultado el 20 de octubre de 2022.

BIBLIOGRAFÍA

Aventosa del Río, J. (2015). La regulacion de la identidad de género en las Comunidaddes Autónomas. *Actualidad Jurídica Iberoamericana, 2,* 745-760.

AA.VV. (2019). *La protección de los derechos fundamentales de LGTBI* (pp. 488). Tirant lo blanch, Valencia. Disponible en: *La protección de los Derechos fundamentales de personas LBTBI* (uva.es), 488 pp., consultado el 24 de mayo de 2022.

Atienza Macías, E. y Armaza Armaza, E. J. (2014). La transexualidad aspectos jurídico sanitarios en el ordenamiento español. *Salud Colectiva, 10,* 365-377.

Bazán Díaz, I. (2007). La construcción del discurso homofóbico en la Europa critiana medieval. *En la España Medieval, 30,* 433-454.

Borrillo, D. (2022). Terapias de conversión sexual y Derechos Humanos. II Congreso Internacional LGTBI de Andalucía Consejería de Igualdad de la Junta de Andalucía, Málaga, España. Disponible en: *Terapias de conversión sexual y Derechos Humanos* (archives-ouvertes.fr).

Butler, J. (2002). *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y del «sexo», discursivos* (339 pp.). Buenos Aires, Paidós.

Cabanes Jiménez, P. (2003). La sexualidad en la Europa medieval cristiana, *Lemir, 7,* 11.

Carrillo Garzón, A. E. (2021). Entrevista a Víctyor Madrigral Broloz. Trapias de conversion sexual como violación de los derechos humanos. *Iuris Dictio, Nº 27.* Disponible en: *Terapias de conversión sexual como violación a los derechos humanos - Iuris Dictio* (usfq.edu.ec).

Choza Armenta, J. L. (2006). Pequeña historia cultural de la moral sexual cristiana. *Thémata. Revista de Filosofía, 36,* 81-100.

García-Gabilán Sangil, J. (2013). Los delitos de traición, herejía y sodomía en el ordenamiento jurídico castellano de los siglos XVI y XVII. *Revista de Derecho Público, 44,* 91-103.

Gauche Marchetti, X. (2011). *Discriminación por sexualidad en el Derecho Internacional de los Derecho Humanos. Con especial referencia a la discriminación por Orientacion sexual e identidad de género* [Tesis doctoral, Universidad Autonoma de Madrid, 592 pp.]. Disponible en: Microsoft Word - TESIS XGM - marzo 2011 - dos caras.doc (uam.es), consultado el 21 de octubre de 2022.

Gómez De Maya, J. (2013). El codificador ante el crimen nefando. *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), LXXXIII,* 139-184. Disponible en: abrir_pdf.php (boe.es), consultado el 24 de junio de 2022.

Hopman, J. (2000). La sodomía en la historia de la moral eclesial. Masculinidades. *Identidad, Sexualidad y Familia, 113.* Disponible en: http://www.engagingmen.net/files/resources/2010/EME/Masculinidades_identidad_sexualidad_y_familia.pdf#page=114, consultado el 30 de junio de 2022.

Awi M., A. (2001). ¿Qué dice la Biblia sobre la homosexualidad? *Teología y Vida, 42*(4), 377-398. Disponible en: https://dx.doi.org/10.4067/S0049-34492001000400001, consultado el 22 de junio de 2022.

Laquer, T. (1990). *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud* (413 pp.) [traducción de Eugenio Portela]. Cátedra, Universidad de Valencia.

Lea, H. (2020). *Historia de la Inquisición española* (vol. III, 2.ª ed.). Boletín Oficial del Estado. Disponible en: *Historia de la Inquisición Española* (tomo III) (boe.es), , consultado el 22 de junio de 2022.

Llamazares Fernández, D. (2011). *Derecho de la libertad de conciencia I. Conciencia, tolerancia y laicidad* (431 pp.). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.

Martín Sánchez, M. (2011). Aproximación histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa. *Estudios Constitucionales, 9*(1), 245-276.

Martos Montiel, J. F. (2001). Homosexualidad femenina en Grecia y Roma. *Orientaciones: Revista de Homosexualidades, 2,* 37-54. Disponible en: http://webpersonal.uma.es/de/JFMARTOS/PDF/Orientaciones.pdf, consultado el 10 de abril de 2022.

Mas Grau, J. (2017). Del transexualismo a la disforia de género en el DSM. Cambios terminológicos, misma esencia patologizante. *Revista Internacional de Sociología, 75*(2), 12. Disponible en: Vista de Del transexualismo a la disforia de género en el DSM. Cambios terminológicos, misma esencia patologizante (csic.es), consultado el 30 de junio de 2022.

Molina, F. (2010). «La herejización de la sodomía moderna. Consideraciones teológicas y *praxis* inquisitorial». *Hispania Sacra, LXII*(126), 539-562. Disponible en: (23) La herejización de la sodomía en la sociedad moderna. Consideraciones teológicas y praxis inquisitorial - Fernanda Molina - Academia.edu, consultado el 24 de junio de 2022.

MOOC titulado *Representaciones culturales de las sexualidades,* de la Universidad Autónoma de Barcelona. Disponible en: https://www.coursera.org/learn/representaciones-culturales/lecture/droTK/guia-de-lectura-dentro-fuera-para-repensar-las-palabras, consultado el 20 de junio de 2022.

Montoya Montoya, G. J. (2006). Aproximación bioética a las terapias reparativas: tratamiento para el cambio de la orientación sexual. *Acta Bioethica, 12*(2), 199-210.

Muñoz Catalán, E. (2013). La impotencia «generandi» en el matrimonio romano homosexual. *Foro Nueva Época, 13*(2), 211-230.

Muñoz Ferriol, A. La doble dimensión de la sociedad abierta y el papel de la discusión crítica. *Quaderns de Filosofia i Ciencia, 41,* 137-148.

Musso Arratia, B. (2020). Adtemptata pudicitia: el acoso callejero en la experiencia jurídica romana. *Rev. Estud. Hist.-Juríd., 42,* 145-165 [online]. Disponible en: Adtemptata pudicitia: el acoso callejero en la experiencia jurídica romana (scielo.cl), consultado el 22 de junio de 2022.

Peidro, S. (2021). La patologizacion de la homosexualidad en los Manuales diagnoisticos y calsificaciones psiquistricas. *Revista de Bioética y Derecho,* 221-235. Disponible en: La patologizacion de la homosexualidad en los manuales diagnosticos y clasificacioens psiquiatricas.pdf, consultado el 30 de junio de 2022.

Platero Méndez, R. (2007). Transexualidad y agenda política: una historia de (dis) continuidades y patologización. *Política y Sociedad, 46*(1 y 2)1 y 2, 107-128.

Platón. *El Banquete.* Disponible en: azf05285.pdf (filosofia.org), consultado el 21 de junio de 2022.

Polo Usaola, C. y Olivares Zarco, D. (2011). Consideraciones en torno a la propuesta de despatologización de la transexualidad. *Revista Asociación Española de Neuropsiquiatría, 31*(2), 285-302.

Ramos, P. (2020). *Glosario de vocablos relacionados con el movimiento LGTBI+. El género y el sistema de (in)justicia* (pp. 445-449). Tirant lo blanch, Valencia. Disponible en: biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413360157, consultado el 21 de junio de 2022.

Rivera, R. S. *¿Qué dice la Biblia sobre la homosexualidad?* Disponible en: Que dice la biblia sobre la homosexualidad - ¿Qué dice la Biblia sobre la homosexualidad? Por Rafael - StuDocu, consultado el 15 de septiembre de 2022.

Rizvi, S.M. (2010). *Sexualidad en el Islam*. Biblioteca Islámica AhlulBait. Disponible en: http://islamoriente.com/sites/default/files/cckfilefield/Book_pdf_file/Libro%20Sexualidad%20en%20el%20islam.pdf, consultado el 21 de junio de 2022.

Robert-Brady, Y. (2013). Apuntes históricos sobre el lugar de la homosexualidad masculina en el contexto internacional. *Santiago, 132,* 660-673. Disponible en: Apuntes históricos sobre el lugar de la homosexualidad masculina en el contexto internacional - Santiago (uo.edu.cu), consultado el 21 de junio de 2022.

Sagristani, M. y Córdoba, N. (2010). Sexualidad femenina en la Grecia clásica: reproducción y placer. *Anuario de la Escuela de Historia Virtual, 1,* 55-72.

Santamaría Lambás, F. (2002). *El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia* (435 pp.). Universidad de Valladolid.

Ugarte Pérez, F. J. (2002). La Ilustrada lucha por los derechos homosexuales. *Claves de la Razón Práctica, 123,* 2002. Disponible en: La ilustrada lucha por los derechos homosexuales - Dialnet (unirioja.es), consultado el 21 de junio de 2022.

Valverde Castro, R. (2020). La condena legal de la homosexualidad masculina en el reino visigodo de Toledo. *Studia Historica. Historia Antigua, 38,* 273-307. Disponible en: Studia historica : historia antigua : 38, 2020 - Ediciones Universidad de Salamanca - Torrossa, consultado el 21 de junio de 2022.

17 LA SANTA SEDE Y LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Gustavo Suárez Pertierra.
Catedrático Emérito de Derecho eclesiástico del Estado.
UNED.

1. La Convención sobre los Derechos del Niño.
2. La Santa Sede y la Convención.
2.1. Ratificación y compromiso.
2.2. Declaración y Reservas.
2.3. Protocolos facultativos.
3. La Santa Sede ante el Comité de Derechos del Niño.
3.1. Una doble personalidad.
3.1.1. La base del argumento.
3.1.2. La controversia.
3.1.3. Un debate sin acuerdo.
3.2. El enfoque de los derechos del niño en la doctrina de la Santa Sede.
3.2.1. La dignidad de la persona humana, fundamento de los derechos del niño.
3.2.2. Los derechos del niño desde la perspectiva de la Iglesia.
3.2.3. Las posiciones enfrentadas.
3.2.4. Una interpretación necesaria.
4. Consideraciones finales.
4.1. En cuanto al alcance del cambio.
4.2. En cuanto a la extensión de la obligación del tratado.
4.3. En cuanto al valor jurídico de las recomendaciones del Comité.

1. La convención sobre los derechos del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante «la Convención») es uno de los nueve tratados básicos que desarrollan la Declaración Universal de Derechos Humanos[1]. Otros tratados hacen referencia a los ni-

[1] La bibliografía sobre la Convención, en general y sobre su significado, estructura y alcance, es muy amplia desde diferentes perspectivas. He tenido a la vista como referencias básicas para redactar las notas introductorias los siguientes estudios: Cardona Llorens, J. (2012); Carmona Luque, R. (2012); Espinosa Bayal, M. A. (2021). También pueden verse Aldecoa Luzárraga, F. y Forner Delaygua, J. (2010); Carmona Luque, R. (2011); Hodking, R. y Newell, P (2004); Ochaíta, E. y Espinosa Bayal, M. A. (2004); Ochaíta, E. y Espinosa Bayal, M. A. (2012); Verdugo, M. A. y Soler Sala, V. (1996).

ños[2] o bien les son de aplicación determinados aspectos de su contenido, pero la Convención es el único texto internacional que recoge la referencia del niño como su aplicación fundamental. La Convención ha tenido un extraordinario éxito. Es el tratado que más adhesiones ha suscitado en la historia: ha sido ratificado por todos los estados, salvo Estados Unidos que, sin embargo, ha procedido a su firma e, incluso, ha ratificado dos de sus tres protocolos.

Este texto internacional significa un cambio que la doctrina ha calificado como revolucionario, porque supone la alteración del paradigma en la consideración del niño por el Derecho, novedad que ya se venía anunciando desde la segunda mitad del siglo XX con el proceso de empoderamiento de los grupos en situación de vulnerabilidad (Cardona, 2006). El gran paso que produce la Convención es el reconocimiento de derechos al niño como sujeto de derecho autónomo, sin interposición de los padres o del poder público. En 1989, la fecha de la Convención, se pasa, por primera vez en la historia de la humanidad, de un enfoque tutelar a un enfoque de derechos; en eso consiste el cambio revolucionario (Espinosa, 2021).

Por lo demás, la Convención no introduce derechos nuevos, sino que atribuye al niño, que no es un sujeto plenamente autónomo, la plenitud de derechos que corresponden al adulto especificándolos a su condición. La perspectiva del tratado es precisamente el enfoque sobre la obligación que tienen los poderes públicos para garantizar la protección y disfrute de esos derechos al niño, según un criterio de universalidad expresado así: «todos los derechos, de todos los niños, en todos los Estados» (Carmona, 2011, 61).

La estructura de la Convención se fundamenta en cuatro principios generales:

1. Prohibición de discriminación (art. 2.2).
2. Interés superior del niño (art. 3.1).
3. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6.1 y 2).
4. Derecho a expresar su opinión y a ser escuchado (art. 12).

Estos cuatro principios son generales porque han de tenerse en cuenta para la interpretación y aplicación de todos los demás derechos, pero también se configuran ellos mismos como derechos autónomos.

El elemento más sobresaliente de la Convención, que impregna todo su articulado, es el principio del *interés superior del niño*. No es exactamente un concepto nuevo, pues ya se recogía en la Declaración de Derechos del Niño de 1959 y en la Convención sobre todas las Formas de eliminación de la Discriminación contra la Mujer, aunque sí es novedosa su ubicación en un tratado internacional como elemento nuclear de los derechos que se reconocen

[2] Con objeto de simplificar, en este estudio se utiliza el término «niño» y «niños» para hacer referencia a niños, niñas y adolescentes.

por el mismo. Según define el órgano de control del tratado, al que luego se aludirá, se trata de un *derecho,* un *principio* y una *norma de procedimiento*[3]. Como tal principio, está aludido en diversos lugares paralelos de la propia Convención y su naturaleza debe entenderse en un sentido dinámico, pues abarca distintos temas en constante evolución[4]. Por su contenido complejo, su aplicación debe examinarse caso por caso[5].

Un elemento básico del interés superior del niño es el principio general aludido en el artículo 12: el derecho del niño a ser escuchado. Según muchos autores, forma, junto con el anterior, el núcleo de la innovación que la Convención produce. En efecto, los dos principios, por su referencia esencial a la capacidad e independencia del niño, tienen un significado y alcance que les convierten en paradigma del cambio. Comprende también el derecho a ser informado (art. 12) y el proceso que lleva al ejercicio de este derecho se conoce como proceso de participación y constituye como tal un derecho ciudadano básico, que se atribuye por primera vez al niño por medio de la Convención.

La Convención forma parte sustancial del sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas[6], uno de cuyos instrumentos más importantes es el Comité de Derechos del Niño (en adelante, el Comité), creado por la propia Convención a la par que los correspondientes comités creados por el resto de los tratados básicos de derechos humanos. Las funciones del Comité son de interpretación de la Convención y de sus protocolos y de control de su aplicación (Cardona, 2012). Su labor se desarrolla a través de un procedimiento reglado que consta de diferentes fases:

1. Emisión de *informes* periódicos por el Estado parte sobre la aplicación de la Convención, a los dos años de la ratificación el primero y con carácter quinquenal después.
2. Remisión al Estado parte de una *Lista de cuestiones* por el Comité respecto del informe.
3. Formulación de las *Observaciones finales* y de las subsiguientes *Recomendaciones* al Estado parte[7].

El Comité conoce también, en su caso, las *Observaciones* de la sociedad civil que hayan podido ser realizadas. Finalmente, las *Recomendaciones* que emite,

---

[3] Observación General núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1), CRC/C/GC/14, 1, de 1 de febrero de 2913. Todos los documentos citados pueden verse en la página oficial del Comité de Derechos del Niño: www2.ohchr.org. Se utilizan siempre los textos oficiales en español. Los documentos no traducidos a este idioma siguen una versión realizada por el propio autor.

[4] *Ibid,* 11.

[5] *Ibid,* 32.

[6] Una visión general de los mecanismos de protección en Espinosa Bayal, M. A. (2021).

[7] Para una descripción del procedimiento, Cardona Llorens, J., Sanz Caballero, S. y Arrufat Cárdava, A. (2022) y Espinosa Bayal, M. A. (2021).

a cuya naturaleza se hará referencia más adelante, marcan las líneas principales de interpretación, a las que se suman en paralelo las *Observaciones generales*, 25 hasta el momento, sobre diversas cuestiones referidas en el tratado[8].

2. La Santa Sede y la Convención

2.1. Ratificación y compromiso

La Iglesia se siente parte importante de la Convención y en línea con los compromisos establecidos en ella. Reclama repetidamente su protagonismo activo en los trabajos de preparación del tratado, al que se adhirió inmediatamente después de su aprobación, el 20 de abril de 1990. Fue el cuarto Estado en prestar su adhesión y han sido continuas sus manifestaciones en favor de la Convención, muchas de las cuales se citan como muestra[9], así como las contribuciones de índole diversa en orden a su cumplimiento y aplicación[10]. Todo ello concuerda, se dice, con la tradición permanente de la Iglesia católica *en favor de los miembros más débiles de la familia humana, entre los cuales los niños han sido siempre objeto de una atención especial*[11]. En este sentido, la Santa Sede difunde el tratado, promueve la enseñanza de la Convención en las escuelas y la formación de los profesionales en los derechos que contiene[12].

La doctrina católica manifiesta de manera permanente la aplicación de sus principios a toda la humanidad, por encima de ideologías y credos. Pero, con respecto de la Convención, reclama la Iglesia una suerte de «autoridad moral», de modo que la propia ratificación del tratado alienta a los demás Estados a la dicha adhesión y al cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo[13]. Así pues, el compromiso de la Santa Sede con la Convención alcanza no solo al orden interno, sino también a una especie de acción ejemplar con respecto de la comunidad internacional en toda su extensión.

Esta posición es perfectamente reconocida por el Comité, que no solo valora el trabajo de la Santa Sede en orden a promover el bienestar de la infancia, sino que manifiesta abiertamente el importante papel de la Iglesia

---

[8] No se ha tenido en cuenta para la descripción de las funciones, las derivadas del Tercer Protocolo relativo al procedimiento de comunicaciones, que no ha sido suscrito por la Santa Sede.

[9] Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Informes iniciales que los Estados partes debían presentar en 1992. Adición. Santa sede, 2 de marzo de 1994. CRC/C3/Add.27, 28 de marzo de 1994, 17. En adelante Doc I *Informe 1*.

[10] Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Segundo informe periódico que los Estados parte debían presentar en 1997. Santa Sede, 27 de septiembre de 2011. CRC/Vat/2, 22 de octubre de 2012, 56. En adelante Doc III *Informe 2*.

[11] Doc I *Informe 1,* 60.

[12] Doc III *Informe 2,* 55.

[13] *Ibid,* 5.

en el mundo para difundir y alcanzar los objetivos de la Convención[14]. Esta declaración es particularmente expresa en relación con los protocolos al tratado. El Comité manifiesta dicho reconocimiento cuando pide a la Santa Sede que *use toda su autoridad moral* para dar a conocer ampliamente entre la ciudadanía en general, incluidos los niños, el *Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* y a poner en marcha programas de sensibilización sobre el particular en estrecha cooperación con organizaciones de la sociedad civil, medios de comunicación, sector privado y los propios niños[15]. Lo mismo se observa en relación al *Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en conflictos armados,* cuando recomienda a la Santa Sede, con reiteración, que intensifique sus esfuerzos para apoyar la sensibilización y capacitación sobre las disposiciones del Protocolo o para «alentar» a la Iglesia a que siga desempeñando una *función determinante en los foros internacionales* para eliminar el reclutamiento y la utilización de niños en conflictos armados[16].

2.2. Declaración y Reservas

Los tratados multilaterales suelen ir acompañados de reservas o declaraciones interpretativas que tienen por objeto fijar la posición del Estado parte sobre ciertos alcances o determinadas disposiciones incluidas en el texto. Se ha venido manteniendo que la posibilidad de esta práctica favorece el principio de universalidad de los tratados abriendo mayores cauces de adhesión.

El régimen de reservas se encuentra establecido por la Convención de Viena de 1969, que permite su aplicación con tal que no contradigan el *objeto* y *fin* del propio tratado. Se trata de conceptos indeterminados, muy difíciles de objetivar y con respecto de los cuales los propios convenios suelen incluir cláusulas de incompatibilidad, como la que recoge el artículo 51.2 de la Convención. El Comité establece que dichas salvedades no pueden consistir en reservas generales y dichas cláusulas son válidas cuando se entienden compatibles y los Estados firmantes no formulan objeciones sustantivas.

---

[14] Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño. Santa Sede. CRC/C/15/Add,46, 27 de noviembre de 1995, 4. En adelante, Doc II, *Observaciones finales 1.*

[15] Observaciones finales sobre el informe presentado por la Santa Sede en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. CRC/C/OPSC/VAT/CO1, 25 de febrero de 2014, 16. En adelante Doc IX. *Observaciones finales Protocolo venta de niños.*

[16] Observaciones finales sobre el informe presentado por la Santa Sede en virtud del artículo 8, párrafo 1, del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados. CRC/C/OPAC/VAT/CO/!, de 25 de febrero de 2014, 8, 10, 16. En adelante Doc VIII *Observaciones finales Protocolo conflictos armados.*

Se ha discutido si el régimen de Viena es aplicable a los tratados de derechos humanos, ciertamente dotados de algunas especificidades que podrían poner en cuestión su conveniencia. Sin embargo, estas reservas suelen ser muy frecuentes en los tratados de esta naturaleza, siendo la Convención un ejemplo evidente al respecto.

La Convención, en efecto, va acompañada de un conjunto muy numeroso de reservas y declaraciones interpretativas, sometidas o no a la objeción de las partes firmantes. Tanto es así que se ha dicho que su número y alcance «representan un evidente empobrecimiento de la universalidad casi absoluta lograda respecto de la ratificación» (Carmona, 2011, 309). Según la información oficial, más de 60 Estados han presentado sus reservas, aunque algunos han renunciado a ellas.

Son muy frecuentes las reservas planteadas desde la incompatibilidad con los postulados religiosos por los países islámicos (Arabia Saudí, Afganistán, Irán, Kuwait, Pakistán...), muchas de ellas de carácter general y la mayoría objetadas por diversos Estados firmantes.

Obviamente, la Santa Sede es un caso original. Presentó a la Convención una declaración interpretativa y tres reservas, que no han sido objetadas por nadie[17]. Su tenor es el siguiente:

a) La Declaración, en cuyo sentido han de entenderse las subsiguientes reservas, previene que «... la Convención representa una promulgación de principios previamente adoptados por las Naciones Unidas y *... salvaguardará los derechos del niño tanto antes como después del nacimiento...*». Este planteamiento, expresamente aludido en el párrafo noveno del Preámbulo de la Convención, deberá informar la interpretación de todo el tratado. Además, «... la Santa Sede, al adherirse a esta Convención, *no se propone prescindir en modo alguno de su misión específica, que es de orden moral y religioso*».

b) La Reserva *a*) dispone que la frase «la educación y servicios en materia de planificación de la familia», del artículo 24, párrafo 2, apartado *f*), *se refiere solamente a aquellos métodos de planificación de la familia que considera moralmente aceptables, es decir, los métodos naturales de planificación de la familia...*

c) La Reserva *b*) establece que *La Santa Sede interpreta los artículos de la Convención de manera que permita salvaguardar los derechos primordiales e inalienables de los padres, en particular los derechos que conciernen a la educación (arts. 13 y 28), la religión (art. 14), la asociación con otros (art. 15) y la intimidad (art. 16)...*

d) La Reserva *c*) se refiere a la aplicación de la Convención en el contexto particular del Estado de la Ciudad del Vaticano: *La aplicación*

[17] *Reservas, declaraciones y objeciones relativas a la Convención sobre los derechos del Niño. Nota del secretario General.* (CRC/C/2/Rev. 3, p. 29).

de la Convención ha de ser de hecho compatible con la naturaleza particular del Estado de la Ciudad del Vaticano y las fuentes del derecho objetivo (art. 1 de la Ley de 7 de junio de 1929, núm. 11) y, habida cuenta de su limitada extensión, con su legislación en materia de nacionalidad, acceso y residencia.

A pesar de su aceptación, parece justificada la preocupación del Comité por el mantenimiento de las expresadas Reservas, preocupación que concreta en lo relativo a una posible restricción al pleno reconocimiento del niño como sujeto de derechos, e insta al Estado parte a *reexaminar sus reservas a la Convención con vistas a retirarlas*[18]. Pero esta recomendación provoca, por el contrario, la reafirmación de la Santa Sede en la naturaleza y el contenido de las mismas. Sostiene el Vaticano que son necesarias, porque la Convención establece unos *mínimos de conducta* aceptable que se pretenden ampliar con la propia doctrina, referida a «conceptos morales que se consideran de importancia primordial»[19]. Argumenta que Declaración y Reservas no son incompatibles con el *objeto* y *fin* de la Convención, que ningún Estado se ha opuesto a ellas y que se atienen *al espíritu original de la Convención y contribuyen a su objeto y fin*[20]. Y se alega una contundente razón: tales cláusulas son aún más importantes *si se tienen en cuenta las tentativas de redefinir o crear nuevos términos, derechos y principios que no se ajustan a una visión auténtica y holística de la persona humana y de sus derechos y deberes ni constituyen una interpretación de buena fe del texto de la Convención…* Finalmente, sostiene la Santa Sede que los términos, derechos y principios que suele usar el Comité en sus observaciones no gozan del necesario consenso internacional[21]. Más adelante se verá cómo se concretan de hecho tales Reservas.

2.3. Protocolos facultativos

Se ha aludido más arriba a los protocolos facultativos. La Convención va acompañada de varios Protocolos sobre distintas cuestiones que, por tratarse de textos facultativos, requieren la ratificación expresa de los Estados firmantes. Estos Protocolos son habituales en los tratados de derechos humanos. Han de tener una estrecha vinculación con el acuerdo internacional del que dimanan, contribuyen a concretar sus contenidos y constituyen un mecanismo de interpretación del propio tratado. En definitiva, se trata de instrumentos de refuerzo del respectivo tratado internacional (Espinosa, 2021).

---

[18] Doc II *Observaciones finales 1,* 7 y 10.
[19] Doc III *Informe 2,* 14.
[20] *Ibid,* 15.
[21] Doc III *Informe 2,* 18.

Acompañan a la Convención los siguientes Protocolos:

1. Sobre la participación en conflictos armados.
2. Sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
3. Sobre el procedimiento de comunicaciones.

Los dos primeros fueron aprobados en el año 2000, mientras que el último data de 2011.

La incidencia de los Protocolos sobre cuestiones concretas, que exigen una protección más estricta, provoca que los Estados sean más cautelosos a la hora de asumir los compromisos suplementarios que estos textos plantean. Así, mientras que el primero de ellos ha sido ratificado por 172 Estados y el segundo por 178, de los 196 que han ratificado la Convención, el *Protocolo sobre procedimiento de comunicaciones,* que prevé la tramitación de denuncias directas ante el Comité de Derechos del Niño sobre casos de violación de derechos humanos y ausencia o mal funcionamiento de los mecanismos nacionales de reparación, ha sido firmado tan solo por 63 Estados, de los cuales 49 lo han ratificado.

En esta línea, la Santa Sede, que ha ratificado los dos primeros Protocolos, forma parte de los Estados que no lo han hecho sobre el *Protocolo relativo al procedimiento de comunicaciones,* sin que hasta el momento hayan tenido éxito los llamamientos a la adhesión del propio Comité[22].

3. La Santa Sede ante el Comité de derechos del niño

De acuerdo con lo previsto en el artículo 44 de la Convención, la Santa sede ha presentado sus informes sobre el cumplimiento de las previsiones del tratado. El primero de ellos tiene fecha de 2 de marzo de 1994 y recibe las *Observaciones finales* del Comité en noviembre de 1995. El segundo Informe (y último hasta ahora) es de 27 de septiembre de 2011 y se corresponde con los que debían haberse presentado en 1997, 2002 y 2007, es decir, con los Informes II, III y IV. Las *Observaciones finales* son de enero de 2014 y en ellas el Comité lamenta el retraso en la presentación del documento, *lo que ha impedido examinar la aplicación de la Convención por la Santa Sede durante 14 años*[23] e insta a presentar el siguiente *Informe a más tardar el 1 de septiembre de 2017*[24], previsión que no se ha cumplido. Finalmente, se han presentado los Informes referentes a los dos Protocolos firmados por la Santa

[22] Comité de Derechos del Niño. Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Santa Sede. CRC/C/VAT/CO/2, 62. En adelante Doc V *Observaciones finales 2.*

[23] Doc V *Observaciones finales 2,* 2.

[24] *Ibid,* 66.

Sede, el relativo al texto sobre *Conflictos armados* (de 22 de octubre de 2012; *Observaciones Finales* de febrero de 2014) y el de *Venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía* (de 25 de febrero de 2014; *Observaciones finales* de febrero de 2014).

Todos estos Informes han seguido el procedimiento establecido en sus diferentes fases. Hay que decir que tanto los documentos principales como los análisis y respuestas contienen información relevante, incorporan diversas perspectivas, aportan un buen soporte documental y plantean, junto con las cuestiones de fondo que se tratarán detenidamente, diversos aspectos de interés. En todo el proceso está presente el carácter original de la Santa Sede en tanto que Estado de la Ciudad del Vaticano, que impide, incluso, desde la perspectiva del Estado parte, cumplimentar los Informes según las instrucciones del Comité[25]. Lo más llamativo en todo el desarrollo del procedimiento es la aportación de unos *Comentarios a las observaciones finales,* que suele expresar la Santa Sede. Estos Comentarios se apartan de la práctica habitual, que es la conclusión del proceso cuando las *Observaciones finales* se formulan, aunque no es el único caso, puesto que hay otros Estados que utilizan idéntico procedimiento.

En cualquier caso, dos son, en mi criterio, las cuestiones principales que se plantean en toda la tramitación. Estas cuestiones están íntimamente conectadas entre sí, expresan concluyentemente la posición de la Santa Sede y condicionan la aplicación de la Convención en su conjunto. Son las siguientes.

3.1. Una doble personalidad

La Iglesia católica se presenta en ocasiones como una entidad dotada de personalidad jurídica internacional. Esto es muy importante para la propia confesión religiosa, que es universal e independiente, porque le permite situarse en el mismo nivel que el Estado e, incluso, pactar las relaciones bilaterales mediante acuerdos de carácter internacional. Lo mismo sucede con los tratados multilaterales, como es el caso de la Convención. La Iglesia católica compromete su apoyo al acuerdo en su condición de sujeto de relaciones internacionales con base en la naturaleza jurídica internacional del Estado de la Ciudad del Vaticano.

Para la Iglesia católica importa también otra faceta: su personalidad interna como confesión religiosa, que tiene presencia universal, cuenta con ordenamiento jurídico propio de naturaleza específica (el carácter confesional) y dispone de órganos de gobierno que se relacionan entre sí de acuerdo con principios fijados desde antiguo, entre los cuales la primacía del pontífice es el principal.

---

[25] Doc I *Informe 1,* 3.

En el intercambio de Informes y Recomendaciones cruzados entre la Santa Sede y el Comité se plantea una cuestión de fondo, que es precisamente el alcance del compromiso que adquiere la Iglesia católica con su vinculación al tratado de la Convención. Es decir, si las obligaciones contraídas vinculan, por un lado, a la entidad religiosa en su conjunto en la doble perspectiva de Estado soberano y organización religiosa y, por otro, si la exigente visión de los derechos del niño que la Convención plantea debe recogerse también en el Derecho interno de carácter confesional.

Como se verá, se abre en este extremo una aguda controversia, no resuelta, que coloca en posiciones divergentes a Iglesia y Comité. Se trata, pues, en efecto, de un tema de fondo, sin duda el más radical desde la perspectiva de la relación con el Comité de Derechos del Niño, sobre el que conviene detenerse.

3.1.1. *La base del argumento*

La Iglesia católica se presenta en los informes al Comité como una entidad de *orden religioso y moral de alcance universal*[26], de manera que extiende su autoridad moral no solo a las llamadas iglesias locales, sino también a toda la humanidad[27]. Esto es así de modo tal que para la Iglesia su compromiso con el tratado ejerce una función de impulso a la ratificación por parte de otros Estados[28], lo cual reconoce el propio Comité, que, según se ha dicho, le recomienda el uso de «toda su autoridad moral» para dar a conocer el tratado y los derechos del niño[29].

Por otra parte, la Santa Sede, como órgano supremo de la Iglesia, se reconoce como sujeto de Derecho internacional[30] o *sujeto soberano de Derecho internacional*[31]. Pero, a partir de aquí, inmediatamente se alude a su naturaleza especial[32] o a su *personalidad original, autónoma e independiente de cualquier autoridad o jurisdicción*[33]. En esta condición tiene la Iglesia relaciones con los Estados y participa en las organizaciones multilaterales como miembro o en otra condición y, en el caso de los organismos de NNUU, como observador permanente.

Esta personalidad jurídica internacional es independiente del territorio; siempre se ha mantenido esta posición, incluso cuando faltó la base territorial[34], de modo que no cabe confundir ambos elementos. El Estado de la

---

[26] Doc I *Informe 1,* I.
[27] *Ibid,* 5.
[28] Doc III *Informe 2,* 5.
[29] Doc III *Informe 2,* 5. Doc IX *Observaciones finales Protocolo conflictos armados*, 16.
[30] Doc I *Informe 1,* 1.
[31] Doc III *Informe 2,* 1.
[32] Doc I *Informe 1,* 1.
[33] Doc III *Informe 2,* 1.
[34] Doc III *Informe 2,* 4.

Ciudad del Vaticano viene a ser una plataforma instrumental, ya que la jurisdicción de la Iglesia sobre un territorio tiene por *única función ser el fundamento de su autonomía y por único objetivo garantizar el libre ejercicio de su función espiritual*[35].

De esta construcción técnica se sirve la Santa Sede para expresar su posición frente a la Convención. Se trata de una perspectiva particular que le permite contar con dos facetas, una interna y otra externa, para atender los compromisos adquiridos. Porque lo más importante es que la naturaleza de la misión, de carácter religioso y moral, es lo que marca la diferencia y lo que permite a la Iglesia adoptar frente al tratado una postura igualmente original, a saber: autoridad moral e imperatividad formal (u obligatoriedad jurídica) son asuntos diferentes y que, como tales, no pueden confundirse.

La autoridad moral, según esto, no justifica que la Iglesia pueda imponer la aplicación de los principios de la Convención en todos los territorios en los que está presente. Así, después de admitir una vez más que la Santa Sede difunde los principios de la Convención hacia *todas las personas de buena voluntad*, sin embargo, se sostiene que *las obligaciones de la Convención... se aplican a los ciudadanos del Vaticano, así como, en su caso, al personal diplomático de la Santa Sede o sus funcionarios que residen fuera del territorio del Estado Ciudad del Vaticano* (pero la Iglesia) *... no tiene la capacidad ni la legitimidad para imponer los principios antes mencionados a las comunidades e instituciones locales presentes en el territorio de otros estados y cuyas actividades se ajustan a las leyes nacionales...*[36]. El liderazgo moral no constituye una autoridad legalmente vinculante para nadie y los obispos o superiores no actúan como representantes o delegados del Papa[37].

Así pues, las disposiciones de la Convención no pueden aplicarse a la Iglesia universal y, por tanto, hay que entender que de la vinculación de la Santa Sede al tratado no se derivan compromisos para la Iglesia en su conjunto. Es muy expresiva al efecto una nota aclaratoria incluida en los *Comentarios* de la Santa Sede a las *Observaciones finales* del Comité: *La «autoridad moral» o «liderazgo moral», a los que el Comité se ha referido en varias ocasiones... no constituye una autoridad legalmente vinculante sobre nadie. Tal lealtad no puede transformarse en una obligación de tratado. El hecho de que el órgano central de la Iglesia haya «compartido» abiertamente las mejores prácticas, especialmente en lo que respecta a la protección de los niños, más allá de sus estrictas obligaciones en virtud de la Convención de Derechos del Niño, no debe interpretarse erróneamente como una sugerencia de que los asuntos intraeclesiásticos entran dentro del mandato de un órgano de tratados*[38].

---

[35] Doc I *Informe 1,* 1; Doc III *Informe 2,* 4.

[36] Comentarios de la Santa Sede sobre las Observaciones Finales del Comité de derechos de la infancia de 29 de septiembre de 2014, 3. Página oficial del Comité de Derechos del Niño: www2.ohchr.org. En adelante Doc VI *Comentarios.*

[37] *Ibid,* 3, 4.

[38] *Ibid,* 6, n. 9.

3.1.2. *La controversia*

El Comité no se ve en condiciones de convalidar esta actitud. Recuerda por ello a la Santa Sede que al ratificar la Convención *asume el compromiso de aplicarla no solo dentro del territorio del Estado de la Ciudad del Vaticano, sino también en su calidad de poder supremo de la Iglesia católica en todo el mundo*[39]. Por ejemplo, inquieta al Comité que ciertos delitos recogidos en el *Protocolo facultativo sobre Venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía,* firmado por la Santa Sede, que han sido incluidos en las leyes que afectan al Estado Vaticano, se limite a este territorio y no alcance a todas las personas e instituciones sometidas a la autoridad de la Iglesia[40].

Frente a esta posición y mediante el procedimiento inusual antes aludido, reacciona la Santa Sede con una amplia batería de argumentos. Aunque generalmente las *Observaciones finales* del Comité culminan el proceso de análisis, en este caso se aporta por la Santa Sede un nuevo documento bajo la forma de *Comentarios a las observaciones finales,* que la Secretaría de Estado vaticana solicita se incorporen al Informe del Comité de Derechos del Niño y se transmitan a la Asamblea General de NNUU (Nota Verbal 4322/14/RS). Estos Comentarios expresan con mucha contundencia ciertos argumentos.

En primer lugar, se aduce que la aplicación de lo establecido en la Convención por parte de la Iglesia en el territorio de otros Estados podría constituir una violación del principio de no injerencia en los asuntos internos[41]. Pero, abundando en esta línea argumental, sostiene la Santa Sede que cuando el Comité se refiere a la aplicación universal de la Convención por parte de la Iglesia *ofrece un nuevo y controvertido enfoque de la «jurisdicción» que contradice claramente la interpretación general de este concepto en el derecho internacional*[42]. De seguir la pretensión del Comité, estaríamos ante una especie de «jurisdicción legal universal» contraria a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para concluir que la Santa Sede *no ratifica un tratado en nombre de todos los católicos del mundo y, por tanto, no tiene la obligación de «aplicar» la Convención en los territorios de otros Estados en nombre de los católicos... La misión religiosa y moral de la Iglesia no puede transformarse en un asunto de «jurisdicción legal unitaria»...*[43].

Hay un segundo argumento relevante. Rechaza la Santa Sede la incursión del Comité en el Derecho canónico, que es un sistema jurídico diferente al ordenamiento de los Estados. En varios documentos del proceso de análisis del Comité se recogen detenidas explicaciones sobre el carácter del ordena-

---

[39] Comité de los derechos del Niño. Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Santa Sede. CRC/C/VAT/CO/2, 8. En adelante Doc V *Observaciones finales,* 2; Doc IX *Observaciones finales Protocolo venta de niños,* 3.

[40] Doc IX *Observaciones finales sobre Protocolo venta de niños,* 11-12.

[41] Doc VI *Comentarios,* 3.

[42] *Ibid,* 10.

[43] *Ibid.*

miento jurídico de la Iglesia, que es un modelo distinto por origen, medios, misión espiritual y moral, estructura organizativa, fin sobrenatural y por la protección de bienes espirituales y temporales[44].

Según esto, el Derecho canónico es fuente primaria de todo el Derecho de la Iglesia, también de las leyes aplicables en la Ciudad del Vaticano, y su principal criterio de interpretación. Pero no todas las normas canónicas pueden ser trasladadas al gobierno temporal del Estado Vaticano, que cuenta también con el Derecho italiano como sistema de reglas complementario. Y, consecuentemente, el sistema canónico es un fenómeno intraeclesial en el que el Comité no puede entrar. Las únicas leyes comparables a las de los Estados son las que rigen en la Ciudad del Vaticano y la deriva del argumento alcanza en su paroxismo a una prolija explicación sobre el acceso restringido a la ciudadanía vaticana, según la cual, en datos de 2009, de los 567 ciudadanos del Estado de la Ciudad del Vaticano, había 49 niños, supuestamente los específicamente afectados por los derechos establecidos en la Convención[45].

Por último, refieren los informes, ciertas Recomendaciones del Comité no tienen en cuenta los principios del Derecho internacional de los Tratados, al tiempo que hacen interpretaciones poco habituales que no pueden aplicarse al caso[46].

3.1.3. *Un debate sin acuerdo*

Hasta aquí la posición divergente mantenida entre la Santa Sede y el Comité. La cuestión no ha quedado resuelta y sin duda se volverá a plantear con ocasión de ulteriores informes. Se ha llegado a una especie de *impasse* provocado por la construcción de un argumento, ciertamente original, basado en la doble naturaleza de la Iglesia.

Lo cierto es que esta posición limita sustantivamente el alcance de las obligaciones derivadas del tratado. Sin entrar en consideraciones que exceden el presente análisis, procede tener en cuenta lo siguiente:

a) Nadie pide a la Iglesia, tampoco el Comité, que imponga la aplicación del tratado en aquellos territorios en los que no tiene jurisdicción, aunque no sería algo inédito (Cardona, 2012)[47]. La Iglesia no es un Estado. Tan solo incorpora la personalidad jurídica internacional como

---

[44] Para todo ello, *ibid,* 9.

[45] Doc III *Informe 2,* 106 y ss.

[46] Doc VI *Comentarios,* 15-16.

[47] La Corte Internacional de Justicia concreta el ámbito de vigencia de la Convención en el sentido de que las obligaciones del Estado en él contenidas, no se ciñen exclusivamente a su territorio, sino también a toda actividad fuera de su territorio que se encuentre bajo su jurisdicción, pues «si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional» sin que esto suponga injerencia alguna. El autor glosa el *Avis* de 9 de julio de 2004: *Consequences juridiques de l'edification d'un mur dans le territoire palestinien occupé.*

plataforma instrumental para sostener con independencia su condición de organización religiosa. De ahí su originalidad y de ahí, también, la Declaración incorporada a la Convención, que intenta salvar la misión propia de la entidad religiosa. Es más, dejando a salvo circunstancias históricas, la confesión católica no se identifica con ningún Estado, de modo que no adquiere la condición de religión oficial prácticamente en parte alguna ni esa es hoy su doctrina. Tampoco es un Estado dentro del Estado, aunque históricamente se haya comportado en ocasiones como tal. En cambio, la Iglesia católica se extiende transversalmente por todo el planeta, de modo que siempre actúa dentro de los límites territoriales de una soberanía estatal, lo cual explica que la relación Iglesia-Estado se haya definido como dialéctica y justifica el empleo de instrumentos de prevención del conflicto y resolución de controversias, como el concordato. Sobre estas bases, en todos los países en los que actúa y con independencia del grado de libertad con que pueda desarrollar su doctrina y del necesario acatamiento de las normas del Estado respectivo, la Iglesia aplica a sus miembros su propio ordenamiento que, en efecto, sigue las particularidades propias de un Derecho confesional, que tiene naturaleza distinta al Derecho del Estado. Y al aplicar su ordenamiento, la Iglesia sí puede imponer a sus órganos, a su personal, a toda su estructura de gobierno y a sus fieles una interpretación auténtica de la Convención en tanto que Estado parte de la misma. No es aceptable la posición según la cual la aplicación de las obligaciones de la Convención a individuos e instituciones miembros de la confesión religiosa pudiera suponer una indebida injerencia en el ámbito de los Estados.

b) Igualmente, parece poco justificable el argumento sobre la implantación de una jurisdicción universal. Sin perjuicio de las dificultades del traslado de categoría propias del Derecho internacional al Derecho interno de la confesión religiosa (de nuevo habría que traer al caso, aunque en sentido inverso, la tan mencionada originalidad y la naturaleza de la misión), la aplicación universal de las normas canónicas es un principio de vigencia[48]. Por su parte, la personalidad jurídica de la Iglesia y de sus instituciones suele ser reconocida por los ordenamientos civiles, ya por vía de derecho común, ya por vía concordataria, mediante remisiones o en aplicación de la técnica del presupuesto[49]. Para la Iglesia, su jurisdicción es plena en lo que se refiere a la violación de las leyes eclesiásticas[50] y la organización de tribunales, que prevé una planta jurisdiccional con arreglo a los fueros per-

[48] Véase *Libro I* del Código de Derecho canónico CIC: «Título I. De las leyes eclesiásticas».

[49] Sirva como ejemplo el caso español: Acuerdo entre el estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979 (*BOE,* de 15 de diciembre).

[50] Can. 1401 CIC.

sonal y material, así como la reserva a determinados órganos centrales del conocimiento de ciertas conductas, también[51]. Por último, cuando se trata de comportamientos constitutivos de delitos civiles, son los propios órganos eclesiásticos los que reciben instrucciones sobre la comunicación de los hechos a los órganos jurisdiccionales del Estado para su depuración[52].

c) La capacidad de imponer las normas canónicas, incluidas las derivadas de los Convenios internacionales, alcanza a la relación con las iglesias locales y a todas las instituciones gobernadas por la Iglesia, que no pueden contravenir los principios comprometidos por la Santa Sede en su acción soberana en el plano internacional. Esto afecta tanto a las relaciones internacionales bilaterales (concordatos y acuerdos, que son tratados internacionales de obligado cumplimiento) y a las relaciones internacionales multilaterales, en las que la Iglesia se comporta como un Estado más. Este argumento no sería discutible con solo aplicar criterios fundamentales en el ordenamiento, como los principios generales del Derecho o el principio de jerarquía normativa. Pero es que el Código de Derecho canónico se cuida mucho de advertir que las leyes eclesiásticas no pueden contravenir los convenios de la Santa Sede con los Estados o con «otras sociedades políticas[53]. Por lo demás, resulta improcedente sostener que el principio de primacía se ve afectado por límites insalvables derivados del principio complementario de colegialidad. La «constitución jerárquica de la Iglesia», según el Código de Derecho canónico, asegura la plena potestad universal e inmediata del Papa y la primacía de su potestad ordinaria sobre las Iglesias particulares[54]. La articulación funcional de los organismos centrales de la Iglesia con las Iglesias particulares dispone de mecanismos que permiten asegurar la unidad de doctrina y la aplicación de las normas jurídicas, que se incorporan al ordenamiento por virtud de una vinculación derivada del ejercicio de la personalidad jurídica internacional de la Santa Sede.

d) En cuanto a la vigencia concreta de la Convención, la Iglesia puede perfectamente instruir a sus miembros sobre lo que suponen las obligaciones asumidas. Eso es precisamente lo que hace cotidianamente cuando dirige su magisterio a los miembros de la confesión religiosa. En otras palabras, lo que no puede hacer la Iglesia es imponer una

---

[51] Véase *Libro VII* del CIC: «De los procesos».

[52] Por ejemplo, véase «Protocolo de actuación de la Iglesia en España para tratar los casos de los delitos más graves cometidos contra la moral por parte de clérigos», de la Conferencia Episcopal Española, 22 de julio de 2010 (en página oficial de la CEE).

[53] Canon 3 CIC, en el *Libro I*. «De las normas eclesiásticas»: Los cánones del Código no abrogan ni derogan los convenios de la Santa Sede con las naciones o con otras sociedades políticas; por tanto, estos convenios siguen en vigor como hasta ahora, sin que obsten en nada las prescripciones contrarias de este Código.

[54] Cáns. 331 y 333 CIC.

norma a sus miembros con la coactividad que implica el Derecho del Estado, cosa que sucedió en determinados períodos históricos mediante el recurso al llamado «brazo secular». El carácter imperativo de la norma canónica, de cualquier clase de norma canónica, se basa en la adscripción personal y dura mientras dure la voluntad de pertenencia del individuo a la organización religiosa. Pero, teniendo en cuenta esta naturaleza, las normas canónicas rigen la actuación de las estructuras de gobierno de la Iglesia y también las conductas de los fieles creyentes en tanto se consideren concernidos por los pronunciamientos de la autoridad eclesial. Nadie diría que esto supone una injerencia indebida en la competencia de otro Estado.

e) Finalmente, desde otro ángulo y para completar el análisis en cuanto a la doctrina del Comité sobre ciertos alcances de la Convención en lo relativo al Derecho canónico, sí debe tenerse en cuenta en este caso que, como explica detenidamente la Santa Sede, se trata de un ordenamiento de naturaleza especial. Quiere decirse con ello que el Comité no puede entrar a discutir las bases y principios sobre los que se asienta el ordenamiento confesional, estén amparadas o no por las reservas al tratado. El Comité debe discriminar entre aquellos contenidos ineludibles de los derechos que la Convención reconoce y aquellas concreciones de los mismos derivadas de la aplicación de los principios confesionales. La especificidad de las soluciones canónicas puede provenir de doctrinas que tienen raíz en el dogma religioso o de la aplicación de técnicas propias del Derecho confesional, especialmente relacionadas con el fuero interno de las personas, en lo que el Derecho civil, al contrario del Derecho confesional, no puede entrar[55]. Al fondo de este problema me referiré a continuación.

3.2. El enfoque de los derechos del niño en la doctrina de la Santa Sede

Este es el segundo de los grandes temas que, en conjunto, se decantan de la doctrina de la Iglesia expuesta en los informes al Comité. El análisis de las posiciones debe determinar la coincidencia o divergencia sobre el alcance de los derechos del niño entre la doctrina de la Santa Sede y la opinión del organismo de control de la Convención. El contraste de los diversos enfoques permite destacar ciertas discordancias, algunas de forma, pero otras de mayor entidad.

[55] Una buena prueba de esta especificidad es la reciente reforma del Libro VI del CIC: «Las sanciones penales en la Iglesia», por medio de la Constitución Apostólica *Pascite gregem Dei,* de 23 de mayo de 2021, fundamentalmente derivada de la necesidad de puesta al día de la parte penal del CIC de 1983.

3.2.1. *La dignidad de la persona humana, fundamento de los derechos del niño*

La dignidad intrínseca de la persona humana es el fundamento de todos sus derechos, también de los derechos del niño. En línea con la doctrina de NNUU, que se cita en el Preámbulo de la Convención y del propio tratado, la Iglesia católica recoge también en su doctrina que el niño cuenta como persona con dignidad propia, que es la fuente de sus derechos[56]. Con todo, hay buen cuidado en afirmar, en línea también con los postulados del derecho natural, que los derechos del niño como persona dimanan de una fuente superior, de modo que *preceden a cualquier convenio o acuerdo político*[57]. Hay, pues, una cierta perspectiva diferente en el enfoque desde el principio: mientras que la Convención parte de un cambio sustancial en la atribución de derechos al niño como derechos propios, la doctrina que la Iglesia defiende permanece vigente desde antiguo. Se diría que el enfoque novedoso que inspira la Convención, según el cual, por primera vez en la historia de la humanidad, se declara al niño dueño de sus propios derechos, sin interposición ni tutela de persona adulta o del poder público, no es percibido como tal cambio revolucionario por el magisterio católico. Este es el punto de partida, que se completa con los siguientes criterios:

a) Se distingue entre dignidad intrínseca y dignidad adquirida a través de la formación y de la educación[58]. Y expresamente se afirma que los derechos naturales de los niños están *intrínsecamente relacionados* con los derechos de los padres[59], lo cual responde, como se verá, a un firme criterio según el cual los derechos de los hijos están mediatizados o condicionados por los derechos y deberes de sus progenitores.

b) Los derechos del niño no pueden considerarse fuera del contexto de la familia. Tanto es así que la protección de los derechos del niño solo alcanza su plena eficacia cuando el sistema jurídico de los Estados y el de la comunidad internacional respeta cabalmente la familia y sus derechos[60]. Esta doctrina no emana directamente de la Convención, sino de la propia doctrina de la religión, formulada en concreto en la Carta de los Derechos de la Familia de 1983[61].

c) Desde esta plataforma es como deben tratarse los derechos del niño en los que se pone más atención, a saber, el derecho a la vida, la atención primaria y la educación, la libertad de religión, el derecho de asociación, el acceso a la información y la vida privada[62].

---

[56] Doc I *Informe 1,* 4.
[57] Doc III *Informe 2,* 23.
[58] *Ibid.*
[59] *Ibid.*
[60] *Ibid,* 23 c.
[61] Doc I *Informe 1,* 5 y 6.
[62] Doc III *Informe 2,* 23, f ss.

d) En el desarrollo de estos derechos, la posición del Estado es subsidiaria. El poder público solo puede intervenir si se demuestra que se vulneran los derechos del niño dentro de la familia y se citan como posibles vulneraciones el maltrato físico y/o el abuso sexual, pero también la manipulación de embriones y el aborto[63].

3.2.2. *Los derechos del niño desde la perspectiva de la Iglesia*

Si se acude al desarrollo de algunos derechos concretos, a lo que los informes de la Santa Sede conceden buena importancia, es de destacar lo siguiente, obviamente sin pretensiones de exhaustividad:

a) Por lo que se refiere al derecho a la vida, se incorpora, naturalmente, la doctrina católica, ampliamente apoyada en los textos del magisterio: *el sujeto del derecho es el ser humano en cualquier momento de su desarrollo, desde su concepción hasta su muerte natural*[64]. La doctrina está desarrollada en la Carta de los Derechos de la Familia[65].

b) De nuevo con apoyo en el mismo documento, el derecho a la educación se configura ante todo como *el derecho original, primero e inalienable* de los padres para educar a sus hijos[66], lo cual alcanza al derecho a educar según las propias convicciones morales y religiosas, a la capacidad de elegir escuelas o al derecho de los padres a que sus hijos no sean obligados a seguir cursos que no estén en consonancia con sus convicciones[67]. Expresamente se indica que *los derechos de los padres son violados cuando el Estado impone un sistema obligatorio de educación del que se excluye toda formación religiosa*[68]. Todo ello se reafirma de manera contundente en el Informe de 2012, incluyendo un curioso argumento: la educación que se propone, que es una educación para la trascendencia, es un objetivo que traduce más fielmente la exigencia de la Convención. Los criterios que se incluyen en los artcs. 28 y 29 de la misma son *criterios mínimos* que quedan desbordados con el planteamiento trascendente que se propone[69]. Se ha adjetivado el argumento como curioso, porque no es oficial ni compartido por todos los Estados partes, sino un criterio religioso que no puede ser impuesto con carácter general.

---

[63] *Ibid,* 23 g.
[64] Doc I *Informe 1,* 7.
[65] *Ibid,* 8; más ampliamente recogido en Doc III *Informe 2,* 23 g-h.
[66] Doc I *Informe 1,* 10.
[67] *Ibid.*
[68] Doc I *Informe 1,* 10 d.
[69] Doc III *Informe 2,* 26, *in fine.*

Llaman la atención al respecto de este derecho dos cuestiones. La primera es que no se encuentra a lo largo de toda la doctrina que expresan los informes ni una sola referencia al derecho de participación del niño, que es una proposición ciudadana básica del tratado, incluso cuando se hace referencia al derecho de los padres y maestros a la colaboración en el funcionamiento de las escuelas *y en la formulación y aplicación de la política educativa*[70]. La cuestión no es menor. Antes se ha explicado que la doctrina más acabada destaca el respeto a las opiniones del niño y a su participación en aquellas cuestiones que le afecten como uno de los principios básicos de la Convención, que recoge así el considerado como primer derecho ciudadano. Pues bien, no solo se advierte en los informes de la Santa Sede la indicada ausencia de una alusión a este principio, sino que el artículo 12 del tratado, que es el que lo estipula, se convierte, según se verá, en uno de los principales puntos críticos cuando se contrapone expresamente a los derechos de los padres en la formulación extensiva que se plantea por la Santa Sede. El citado artículo 12 es uno de los supuestos de la Convención que genera mayor desconfianza.

En segundo lugar, se manifiesta un interés especial por destacar como un ámbito propio la educación de las niñas. Después de resaltar lo que se alude como *principios fundamentales* de la educación de las niñas, que constituyen toda una teoría sobre particularismos antropológicos que van más allá de la discriminación femenina, los textos proponen una renovada investigación antropológica dirigida a enfrentar *las corrientes culturales y políticas que tratan de eliminar o, al menos, ofuscar y confundir las diferencias sexuales inscritas en la naturaleza humana, considerándolas una construcción cultural...*[71]. La fuerza del argumento se sustenta, además, en la denuncia del término *género,* que utiliza el Comité en sus Observaciones, pero que es ciertamente ajeno al lenguaje de la Convención. En base a ello, los Informes sientan las siguientes afirmaciones en relación con el término: *a) ... La Santa Sede excluye... las interpretaciones dudosas basadas en corrientes mundiales de opinión según las cuales la identidad sexual se puede adaptar indefinidamente según surjan fines nuevos y diferentes. También se disocia de la noción biológica determinista de que todos los roles y las relaciones de los dos sexos están fijados en un patrón único estático...; y b) ... La Santa Sede rechaza toda interpretación innovadora de la palabra género que la asocie a la categoría de «orientación sexual» o «identidad de género»...,* que pueden generar

[70] Doc I *Informe 1,* 10 e.
[71] Doc III *Informe 2,* 36 k.

graves incertidumbres[72]. Estamos, en realidad, ante una nueva Declaración, esta vez con carácter sobrevenido, si así fuera posible, puesto que fija la posición de la Iglesia sobre el uso de un término, que excede con mucho la simple rúbrica *Terminología* en la que quiere inscribir el Informe tal referencia[73].

c) En cuanto a la libertad de religión, es un derecho que concierne a niños y a adultos, pero la función de los padres tiene un lugar central, toda vez que les corresponde el derecho a determinar la formación religiosa y moral que deben recibir sus hijos[74]. De ahí que se advierta al poder civil sobre la necesidad de reconocer este derecho y evitar que de su ejercicio se deriven cargas injustas para los padres[75].

3.2.3. *Las posiciones enfrentadas*

3.2.3.1. La posición del Comité

Frente a este planteamiento reacciona el Comité con sus Observaciones que, en conjunto, salen al paso de lo que considera una desnaturalización del espíritu de la Convención. Ya en las *Observaciones finales* al primer Informe, que son limitadas y cuidadosas, expresa el Comité su preocupación por la vigencia de las Reservas, porque afectan al *pleno reconocimiento del niño como sujeto de derechos*[76]. También llama la atención sobre la necesidad de tener en cuenta el principio del interés superior del niño y el respeto a sus opiniones en las actividades, instituciones y organizaciones de la Iglesia que se ocupan de sus derechos[77].

Pero, aunque las observaciones son particulares, utiliza el Comité un argumento que sitúa el debate sobre el enfoque de derechos en uno de sus centros neurálgicos. En efecto, se piden aclaraciones sobre la posición de la Santa Sede en relación con los artículos 5 y 12 de la Convención, relativo el primero a los derechos de los padres para dirigir y orientar a sus hijos en el ejercicio de sus derechos y el segundo al derecho del niño a expresar su opinión libremente cuando esté en condiciones de formarse un juicio. La petición de aclaraciones se justifica en la inquietud del Comité acerca de que *el derecho de los padres no puede socavar los derechos de los hijos a expresar sus opiniones*[78]. Las *Recomendaciones* no pasan de ahí, pero sientan un argumento que será utilizado más tarde con diferentes alcances.

---

[72] Doc III *Informe 2,* 36.
[73] *Ibid.*
[74] Doc I *Informe 1,* 11.
[75] *Ibid,* Doc III *Informe 2,* 23 m.
[76] Doc II *Observaciones finales 1,* 7.
[77] *Ibid,* 14.
[78] *Ibid,* 13.

Algo muy diferente sucede con las *Observaciones finales* al segundo Informe. En este caso, la doctrina del Comité sobre el particular se muestra más hecha y madura. A efectos puramente sistemáticos, pueden distinguirse dos aspectos en el documento:

1. En el campo de los principios básicos se reclama la garantía del interés superior del niño, en términos generales, en todos los procedimientos y políticas, programas y proyectos relacionados con la infancia[79] y, en particular, en el derecho de los niños a expresar su opinión, con respecto de lo cual se dice que *garantizar este derecho es una obligación jurídica de la Convención que no está abierto a la discrecionalidad de los Estados Partes*[80]. En la misma línea, reitera el alto órgano su preocupación por que la Santa Sede siga considerando que los derechos del artículo 12 *socavan* los derechos y obligaciones de los padres[81].

   Hay en este campo un asunto al que el Comité concede alto valor en relación con la igualdad de género, pero al que no es posible más que aludir en estas líneas. Se considera, y así lo reconoce la Santa Sede, que la prioridad que se concede por parte de la doctrina de la Iglesia a la promoción de la *complementariedad e igualdad en la dignidad* se opone a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención y son argumentos que se utilizan con frecuencia para fundamentar discriminaciones legales y políticas[82].

   Todas estas cuestiones no son menores y se reflejan en las *Recomendaciones* al Estado examinado. Así, se recomienda a la Iglesia.

   a) Que proceda al examen de su ordenamiento jurídico interno para *cerciorarse de que cumple cabalmente la Convención*[83].
   b) Crear un organismo de alto nivel con *mandato y capacidad* para coordinar el ejercicio de los derechos del niño en todos los consejos y conferencias episcopales[84].
   c) Poner en marcha un mecanismo de vigilancia del respeto y cumplimiento de *los derechos del niño por los particulares y las instituciones sujetos a su autoridad*[85].

2. Las Observaciones conceden importancia a ciertas cuestiones concretas, incluidas oficialmente bajo la rúbrica *Información de Organiza-*

---

[79] Doc V *Observaciones finales 2,* 30.
[80] *Ibid,* 32.
[81] *Ibid,* 31.
[82] *Ibid,* 27.
[83] *Ibid,* 14.
[84] *Ibid,* 16.
[85] *Ibid,* 19-20.

ciones de la Sociedad Civil[86]. Algunas de ellas son significativas y conocidas por la opinión pública y provocan, como se verá, la respuesta categórica de la Santa Sede.

La primera cuestión se refiere a la investigación de las denuncias de abusos sexuales de niños. La posición del Comité es muy contundente, con afirmaciones muy categóricas. Así, sostiene que *la Santa Sede ha preferido sistemáticamente preservar la reputación de la Iglesia y proteger a los autores de dicho abuso y no el interés superior del niño*[87]. Ello combinado con la denuncia de que la Santa Sede se ha negado a suministrar los datos requeridos sobre estos procedimientos, los cuales, sometidos a confidencialidad, han permitido que la gran mayoría de los abusadores y casi todos los encubridores hayan evadido los procedimientos judiciales civiles[88]. Esto provoca una serie de enérgicas Recomendaciones a la Iglesia sobre investigación de los casos, prevención de las conductas, transparencia, etc.[89].

Junto a estas rotundas valoraciones, también se acogen supuestos que permiten reclamar el derecho de los niños a conocer a sus padres, cuando son *engendrados por sacerdotes católicos,* con grave acusación contra los pactos de confidencialidad que afectan a las madres[90], así como la condena de la práctica de abandono anónimo de bebés organizado por ciertas asociaciones (buzones para bebés), que vulneran gravemente el derecho a la identidad del niño[91].

Finalmente, se incluyen en las Observaciones el rechazo a la violencia contra las niñas producidas en instituciones irlandesas hasta 1996[92] o la condena contra castigos corporales en instituciones católicas[93] o en los entornos familiares[94], así como la desinstitucionalización de niños acogidos en instituciones, que deben ser reintegrados a sus familias[95].

3.2.3.2. La posición de la Santa Sede

Si las Observaciones del Comité son terminantes, no lo es menos la reacción de la Santa Sede. En contra de la práctica habitual, aunque como más

---

[86] Pueden verse en la página oficial del Comité de Derechos del Niño: www2.ohchr.org.
[87] Doc V *Observaciones finales 2,* 29; Doc IX *Observaciones finales Protocolo venta de niños,* 9 y 33-34.
[88] Doc V *Observaciones finales 2,* 43 *b*) y *c*).
[89] *Ibid,* 43.
[90] *Ibid,* 33-34.
[91] *Ibid,* 35-36, 58.
[92] *Ibid,* 37 y ss.
[93] *Ibid,* 40, 45 y ss.
[94] *Ibid,* 49.
[95] *Ibid,* 53.

arriba se ha indicado no es este el único supuesto, en este caso las Recomendaciones van seguidas de un escrito de respuesta en forma de Comentarios.

Considera la Iglesia que las *Observaciones finales* son de tal importancia que el Comité se extralimita al pronunciarlas. Como se ha indicado *ut supra,* el nuevo Informe desarrolla un argumento jurídico que refuerza la posición tan solo apuntada en pronunciamientos anteriores. Pero, en términos generales, se acusa al organismo de Ginebra de no tener en cuenta en sus pronunciamientos los principios de Derecho internacional que rigen los tratados: igualdad soberana, independencia de los Estados, no injerencia en los asuntos internos, libre consentimiento, buena fe y *pacta sunt servanda*[96].

Preocupa especialmente a la Santa Sede la introducción de nuevos términos, que desvían a la Convención de su significado ordinario. Así sucede con expresiones controvertidas no incluidas en el texto, como la de *género,* ya aludida en otros documentos, que, según los Comentarios, pretende introducir *una amplia plataforma ideológica*[97].

Es totalmente inaceptable para la Iglesia que las Observaciones del Comité aboguen por el aborto[98] o que se promueva la expresión *diversas formas de familia* como una cuestión de principio[99], mientras que la expresión *anticoncepción* que utilizan las Recomendaciones debe ser sustituida por la de *planificación familiar,* esta sí presente en el texto de la Convención, interpretada según el sentido de la reserva[100].

Avanzando un paso más, las Observaciones, según el Informe ampliado, suponen una indebida injerencia en la libertad de religión en lo que se refiere a la autonomía de las confesiones religiosas frente a la intervención del Estado[101]. En la misma línea de respeto a la libertad religiosa, los Comentarios se reafirman en la doctrina de la complementariedad entre sexos que fue fuertemente criticada por el Comité. Sus indicaciones y recomendaciones *promueven estereotipos negativos y manifestaciones de intolerancia contra los miembros de la religión católica,* se insiste[102].

3.2.4. *Una interpretación necesaria*

Este planteamiento se apoya en muy buena medida en la Declaración y Reservas que acompañan a la Convención y cuyo tenor ya se ha indicado.

En este sentido, se defiende por la Iglesia que la Santa Sede interpreta el tratado *de buena fe,* según contexto y de acuerdo con *objeto* y *fin* conforme

---

[96] Doc VI *Comentarios*, 15, en concreto puntos *a*), *b*), *c*) y *d*).
[97] *Ibid,* 17 *e*).
[98] *Ibid,* 17 *a*).
[99] *Ibid, b*).
[100] *Ibid, c*).
[101] *Ibid,* 18.
[102] *Ibid,* 22 *e*), *in fine.*

a la Convención de Viena. Así pues, la interpretación del tratado a través de los criterios expuestos en nada contradice las reservas establecidas, que son parte sustancial de la prestación del consentimiento. Si las interpretaciones se apartan del espíritu original, sería un cambio imprevisto y fundamental de las circunstancias, que modificarían radicalmente el carácter de las obligaciones de la Santa Sede[103].

De lo dicho hasta aquí, se desprende lo siguiente: *a*) Que el Comité se vea obligado, cuando se enfrenta con la doctrina mantenida en la rendición de cuentas por la Santa Sede a través de sus informes, no solo a contradecir la doctrina expuesta según los criterios de los componentes del órgano internacional, sino también a sugerir el levantamiento de las reservas, y *b*) Que la Santa Sede ampare su interpretación de la Convención de acuerdo con las mismas.

Sobre esta contradicción, cabría decir en términos generales que las reservas son claras en ciertos aspectos; no tanto en otros. Así, tanto la Declaración como la primera Reserva amparan la doctrina firme de la Iglesia sobre la concepción o el aborto. La Reserva *a*) se ha preocupado de incorporar al concepto de *planificación familiar* la interpretación según la cual dicho concepto se refiere al empleo de métodos naturales en la planificación de la familia, de acuerdo con doctrina reiterada de la dicha religión. Igualmente, cuando la Declaración reclama una interpretación de la Convención de acuerdo con la Declaración de Derechos del Niño de 1959, que la propia Convención incorpora y que hace referencia a la salvaguarda de los derechos del niño tanto antes como después de su nacimiento, poco hay que decir sobre interpretaciones sesgadas o inapropiadas del texto del tratado internacional, aunque de hecho supone una ampliación del ámbito de aplicación del tratado.

Ahora bien, las reservas son muy abiertas en otros aspectos. En su intención de abarcar diversas perspectivas extraordinariamente complejas, el concepto *derechos primordiales e inalienables de los padres*, que es el núcleo de la Reserva *b*), resulta de una amplitud e inconcreción notables. Ello es especialmente apreciable cuando se intenta aplicar el axioma a un abanico de derechos fundamentales como la educación, la religión, la asociación o la intimidad. Sobre estos derechos y libertades fundamentales se puede insistir en la necesidad de aplicar como criterio básico de interpretación, del que la Convención de Derechos del Niño no puede apartarse, la Declaración Universal de Derechos Humanos, más no la aplicación de criterios propios de un entendimiento específico de la doctrina de los derechos humanos, que no puede ser impuesto con carácter general. No ampara el alcance de tal interpretación la referencia genérica a la salvaguarda de la misión específica de orden moral y religioso que introduce la Reserva al tratado.

En este caso, por el contrario, se abre cuando menos una especie de zona gris en la que es posible plantear algunas incógnitas:

---

[103] Doc III *Informe 2,* 20.

a) Si la defensa de los derechos primordiales e inalienables de los padres puede limitar el desarrollo de los derechos de los hijos y en qué términos.
b) Si la aplicación de dicho criterio pueda lesionar los principios básicos de la Convención, especialmente el interés superior del niño.

Las Reservas no pueden servir para dejar sin efecto o desnaturalizar, al menos, los principios básicos de la Convención, sin perjuicio de admitir la validez de las mismas en la buena técnica de la teoría de tratados.

Ahora bien, es este un asunto que desborda, a mi entender, tanto el alcance como la técnica de las reservas al tratado. El Comité se encuentra, en efecto, ante una situación que no tiene referencias comparadas y que no puede ser resuelta con la estricta aplicación de las reglas del Derecho internacional. En la acción de distinguir entre aquello que es consustancial a la doctrina religiosa y lo que supone la concreción histórica del contenido de un derecho, el Comité debe centrarse en lo segundo, porque el primero es un campo en el que no está habilitado para entrar.

Sobre estas bases, lo menos que puede decirse es que es preciso hacer una aplicación de la Convención que, respetuosa con las Reservas emitidas, asegure que no se produzca una *desnaturalización* de la misma mediante una reinterpretación que retrotraiga los avances contenidos en ella, especialmente en el reconocimiento al niño de *derechos propios,* a situaciones anteriores de tutela que el tratado supera felizmente.

O bien, dicho en positivo, *la presunción apoya una interpretación de los derechos del niño en la Convención de acuerdo con el espíritu que la inspira,* sin perjuicio de otros criterios interpretativos que pueden hacerse valer en el ámbito interno de los Estrados firmantes, mas no en el campo de las obligaciones internacionales derivadas de los tratados, especialmente si se apoya en Reservas de gran amplitud e inconcreción y sobre aspectos en los que la doctrina ha manifestado reiteradamente posiciones solventes.

Por estas razones, la labor del Comité en el análisis de la aplicación del tratado por parte de la Santa Sede debe centrarse, siempre en mi opinión, principalmente y ante todo, en la determinación de los *contenidos sustanciales de los derechos* en él recogidos, especialmente en el alcance del derecho «original, primero e inalienable» de los padres para educar a sus hijos, en contraste con el principio primordial del interés superior del niño.

4. Consideraciones finales

El proceso de elaboración del tratado ha sido muy laborioso. Es preciso indicar que durante su preparación, que consumió diez años, siempre se tuvieron en cuenta las dificultades que suponía llegar a un consenso universal entre posiciones dispares en tradición, cultura, religión, condición social (Car-

mona, 2011) y en un bosque de ordenamientos jurídicos diversos. A estas dificultades deberían responder las reservas al tratado que, ciertamente, aseguran su universalidad.

Antes se ha referido el compromiso con la Convención insistentemente expresado por la Santa Sede y gráficamente patente en su condición de ser uno de los primeros Estados firmantes del tratado. También ha ratificado el Convenio contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes y el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aunque es cierto que no ha firmado el resto de los tratados básicos de Derechos Humanos y tampoco el tercer Protocolo de la Convención sobre el Procedimiento de Comunicaciones, cuya aplicación ha sido considerada por la doctrina como el gran reto del futuro sobre la vigencia de la Convención (Cardona, 2012).

Sin embargo, en mi opinión. deben tenerse en cuenta algunas consideraciones sobre las posiciones de la Santa Sede acerca de la Convención:

4.1. En cuanto al alcance del cambio

El considerado «cambio revolucionario» que, a pesar de todos los matices, supone la Convención no puede ser considerado tan solo nominal, o bien, en otras palabras, debe ser forzosamente dotado de contenido. Esto quiere el tratado cuando expresa un mandato imperativo a los Estados partes: el de adoptar «todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención» (art. 4). Y a esto se refiere la preocupación del Comité frente a las posibilidades de desnaturalización del tratado por la aplicación de las doctrinas religiosas o por el alcance que deba darse a las reservas establecidas por los Estados firmantes.

En este sentido, la Iglesia no puede pretender una interpretación unívoca de los postulados de la Convención según las doctrinas morales o religiosas que representa. Es cierto que la Convención establece unos «mínimos de conducta» admitidos por todos, pero ni la Santa sede ni otro Estado parte están habilitados para ofrecer una interpretación auténtica sobre contenidos que exceden los mínimos enunciados, porque esta función está reservada a los órganos de interpretación y control de la Convención. Una moral religiosa no es universal y ninguna organización (ni ningún Estado parte) puede pretender la imposición general de una doctrina que no es necesariamente compartida por todos mediante la influencia que le otorga la plataforma de su personalidad jurídica internacional (Pozos, 2016).

Cosa distinta es que un Estado parte entienda que debe expresar el alcance de su adhesión al tratado por medio de una reserva. Pero también en este caso existen condiciones que deben satisfacerse, como son los requerimientos derivados del *objeto y fin* del tratado, que no pueden desconocerse y que en

este caso es la sustitución de un enfoque de tutela por un enfoque de derechos. Ese es el mínimo obligadamente dispuesto por el tratado. Cuando se formulan reservas tan generales como las que se han detallado en el cuerpo de este escrito se corre el peligro de desnaturalizar el objeto y fin del tratado amparado por el Convenio de Viena.

Esto es lo que preocupa al Comité, más que la interposición de unas reservas en sí mismas consideradas. La expresión más gráfica de la generalidad mencionada es la doctrina relativa a los *derechos inalienables y primordiales* de los padres referido en la Reserva *b*). El órgano de control expresamente se refiere, como se ha visto, a que e*l derecho de los padres no puede socavar los derechos de los hijos a expresar sus opiniones*[104]. Lo que es primordial es el principio del interés superior del niño que, al concretarlo, provoca en el Comité la siguiente doctrina: *lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño, no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño recogidos en la Convención*[105]. O sea, ningún derecho reconocido puede verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.

4.2. En cuanto a la extensión de la obligación del tratado

El argumento sustentado en lo que hemos denominado «doble personalidad de la Iglesia» constituye un brillante artificio, pero conduce a un reduccionismo que razonablemente considera inaceptable el Comité. No parece adecuado limitar la imperatividad formal de las obligaciones derivadas de la Convención a los nacionales del Estado de la Ciudad del vaticano, cuando la autoridad de la Iglesia, en sus términos confesionales (los únicos que puede hacer valer el ordenamiento canónico), se extiende a toda la cristiandad y de manera directa se ejerce sobre el personal religioso y las instituciones que pertenecen a la matriz católica. En este sentido, la autoridad moral que se pretende no puede prescindir de su soporte jurídico.

4.3. En cuanto al valor jurídico de las Recomendaciones del comité

El Comité formula en sus *Observaciones finales* un conjunto de Recomendaciones a los Estados que han presentado su Informe. Ya se ha expuesto que la Santa Sede no acepta, sin embargo, el resultado final del proceso de control. Ahora bien, los pronunciamientos del órgano de control son «sugerencias y recomendaciones», como indica el propio artículo 45.*d*) de la Convención y no tienen, por tanto, naturaleza obligatoria ni vinculan a los Estados (Cardona,

---

[104] Doc II *Observaciones finales 1,* 13.
[105] *Observación general 14*, 4.

Sanz y Arrufat, 2022). Naturaleza diferente tendría el pronunciamiento, según parte de la doctrina, si se hiciera en el marco del procedimiento de comunicaciones individuales al amparo del Protocolo de Comunicaciones que, sin embargo, la Santa Sede no ha firmado. Así pues, «no puede reconocerse ningún carácter vinculante a lo indicado... (en tales recomendaciones)... Lo que vincula jurídicamente al Estado es el tratado... Las sugerencias y recomendaciones constituyen exclusivamente una ayuda al Estado, que este puede o no seguir» (Cardona, Sanz y Arrufat, 2022, 199-200).

Y según esto el problema de fondo no es tanto la naturaleza obligatoria o no del pronunciamiento cuanto la determinación por parte del Comité del alcance de las disposiciones incluidas en la Convención, función interpretativa que sí tiene encomendada. De ahí que se haya insistido en la conveniencia de profundizar por parte del Comité en el análisis y determinación del contenido nuclear y por ello imprescindible de los derechos del niño recogidos en la Convención. Si esta apreciación fuere correcta, la responsabilidad del incumplimiento de lo dispuesto en la Convención vendría a derivar del propio tratado y no de las resoluciones del Comité, sin perjuicio, claro está, de la necesidad de la *interpositio legislatoris* por parte de los ordenamientos nacionales.

* * *

Queda por ver si la Santa Sede matiza sus posiciones en el próximo Informe al Comité, que debería haber presentado, como el alto órgano recuerda, a más tardar antes del 1 de septiembre de 2017[106].

BIBLIOGRAFÍA

Aldecoa Luzárraga, F. y Forner Delaygua, J. (2010). *La protección de los niños en el derecho internacional y en las Relaciones Internacionales*. Madrid.

Cardona Llorens, J. (2012). La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos. *Educatio Siglo XXI, 30*(2), 47-68.

Cardona Llorens, J., Sanz Caballero, S. y Arrufat Cárdava, A. (2022). *La protección internacional de la persona*. Valencia.

Carmona Luque, R. (2012). Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados Partes: el enfoque de derechos de las políticas de infancia en España. *Educatio Siglo XXI, 30*(2), 69-88.

Carmona Luque, R. (2011). *La Convención sobre los Derechos del niño. Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid.

Escobar Hernández, C. (2019). Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos

[106] Doc V *Observaciones finales 2,* 66.

Humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio. *Revista Española de Derecho Internacional, 71*(I), 241-250.

Espinosa Bayal, M. A. (2019). El enfoque de derechos de la infancia en los Objetivos de Desarrollo Sostenible. En M. Alfaro, S. Arias y A. Gamba (eds.), *Agenda 2030. Claves.*

Espinosa Bayal, M. A. (2021). La protección internacional de los derechos de la infancia. *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos, 21,* 137-162.

Hodking, R. y Newell, P. (2004). *Manual de aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño.* Ginebra.

Izquierdo, C. (2021). *Los efectos de las decisiones de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolviendo comunicaciones individuales. El caso de España.* https://.blog.fder.uam.es/category/derecho-internacional-publico, 14 de abril.

Ochaíta, E. y Espinosa Bayal, M. A. (2004). *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes. Necesidades y derechos en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.* Madrid.

Ochaíta, E. y Espinosa Bayal, M. A. Los derechos de la infancia desde la perspectiva de las necesidades. *Educatio Siglo XXI, 30*(2), 25-46.

Pozos Bravo, S. S. (2016). La Santa Sede ante el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM, 125,* 145-168.

Verdugo, M. A. y Soler Sala, V. (1996). *La Convención de Derechos del Niño hacia el siglo XXI.* Salamanca.

18 ASIMETRÍAS EN LA FINANCIACIÓN DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EN ESPAÑA: EL CASO ESPECIAL DE LAS CONFESIONES SIN ACUERDO[1]

Alejandro Torres Gutiérrez.
Catedrático de Derecho Constitucional-Facultad de Ciencias Jurídicas.
I-Communitas, Instituto de Investigación Social Avanzada.
Universidad Pública de Navarra.

1. Las asimetrías en la financiación directa.
- 1.1. Antecedentes.
- 1.2. Un mismo modelo, pero tres regímenes diferentes de financiación estatal directa a las confesiones.
  - 1.2.1. El modelo de la Iglesia Católica.
  - 1.2.2. Las confesiones que suscribieron los Acuerdos de 1992.
  - 1.2.3. El resto de confesiones, que carecen de Acuerdo de Cooperación.

2. Las asimetrías en la financiación indirecta.
- 2.1. Asimetrías en la deducibilidad de las donaciones de los fieles en el IRPF.
- 2.2. Asimetrías el Impuesto sobre Sociedades: Deducibilidad de las donaciones, rentas exentas y tipo reducido del 10% respecto al resto de rentas.
- 2.3. Los problemas específicos en relación con las exenciones en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles.
- 2.4. Exenciones en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos.
- 2.5. Beneficios en el Impuesto sobre Instalaciones Construcciones y Obras.
- 2.6. El caso particular de la adquisición de objetos destinados al culto católico en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido.
- 2.7. El caso del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- 2.8. Contribuciones Especiales.

3. La posición de las confesiones sin acuerdo ante un modelo financiero y fiscal profundamente inequitativo.

4. Conclusiones y propuestas de lege ferenda.
- 4.1. La necesidad de un modelo de derecho común aplicable a todas las confesiones inscritas.
- 4.2. La necesidad de revisar el alcance de determinados beneficios fiscales.
- 4.3. Necesidad de actuar y acometer una reforma profunda y equitativa.

[1] Trabajo realizado en el marco del Proyecto «Estatuto Jurídico de las Confesiones Religiosas sin Acuerdo de Cooperación en España - Legal Statute of Religious Groups without Cooperation Agreement in Spain». Referencia: PID2020-114825GB-I00, del que son IPs los Profesores Alejandro Torres Gutiérrez y Óscar Celador Angón. Financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033, dentro de la Convocatoria de Proyectos I+D+i - Modalidades «Retos Investigación» y «Generación de Conocimiento» 2019-2020. Enviado para su publicación el 23 de mayo de 2022.

1. Las asimetrías en la financiación directa

1.1. Antecedentes

Hablar de cooperación económica del Estado con las confesiones religiosas fue históricamente equivalente a hacer referencia a la financiación pública a favor en exclusiva de la Iglesia Católica, y ello por poderosas razones sociológicas, y jurídicas, pues la libertad religiosa no fue reconocida en España hasta 1869. Para aquel entonces, la Iglesia Católica ya llevaba siendo financiada con cargo a los Presupuestos del Estado desde hacía un tiempo, pues a raíz de la desamortización de Mendizabal, el compromiso al que se llegó, es que el Estado asumiera la financiación del clero secular, algo que es ya recogido en el artículo 11 de la Constitución de 1837.

En 1850, sobre un gasto estatal de 1.199.901.368 reales, el clero católico consumía 154.734.603 reales, más del 12% de los Presupuestos. Una cantidad superior a la del pago de intereses de la deuda, (100.136.957 reales), y que doblaba el presupuesto del Ministerio de Marina, 68.161.964 reales, o el de Comercio, Instrucción y Obras Públicas, (61.229.409 reales), y era 8 veces superior al de Justicia, (18.508.851 reales)[2]. La fecha no está elegida al azar, pues hace referencia al momento anterior a la firma del Concordato de 1851, un pacto de caballeros por el que, Isabel II, a cambio de conseguir el reconocimiento por la Santa Sede de sus derechos al trono, que le eran disputados por su tío Don Carlos, (respaldado por los sectores más conservadores de la sociedad española), se compromete a asumir la dotación eclesiástica con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Podríamos reflexionar sobre si ese acuerdo fue el más satisfactorio, o no, para los intereses generales, y qué habría ocurrido si en vez de destinar el 12% del gasto público a financiar al clero, esos recursos públicos se hubieran dedicado a financiar las infraestructuras ferroviarias que estaban construyendo los países de nuestro entorno, o a educación. En ese caso, tal vez España no hubiera adolecido de la tradicionalmente deficiente red de ferrocarriles de estructura

[2] Ley de 10 de febrero de 1850, aprobando los PGE. *Colección Legislativa de España. Primer Cuatrimestre de 1850. Tomo XLIX*. Imprenta Nacional. Madrid, 1850, pp. 391 y 392.

radial, incapaz de vertebrar adecuadamente las regiones periféricas, o no hubiera liderado las tasas de analfabetismo en Europa Occidental a principios del siglo xx. De poco sirve en todo caso lamentarnos de errores políticos pasados, aunque los mismos proyecten sus consecuencias hasta nuestros días.

Tampoco será de gran consuelo saber que una reducida élite política fue consciente del problema, máxime si tenemos en cuenta que los dos intentos que hubo por poner fin, o limitar, la dotación, resultaron frustrados. El primero, fue protagonizado por Eugenio Montero Ríos, que antes de ocupar el cargo de Ministro de Justicia, había venido desempeñando la Cátedra de Derecho Canónico de la Universidad Central de Madrid, y que también lo había sido en Oviedo y Santiago de Compostela, el cual por medio del Real Decreto de 2 de octubre de 1871[3], trató de reducir dicha dotación, argumentando que la *enseñanza laical* y la *beneficencia pública* habían dejado de ser servicios eclesiásticos, y se financiaban públicamente, y recordando, además, la desproporción existente entre el Presupuesto de Obligaciones Eclesiásticas y el total de gastos públicos, al suponer 7,5 de cada 100 pesetas de dicho capítulo de gastos. Montero Ríos proponía una reducción de una cuarta parte de esta partida, pero con la Restauración borbónica, dichos planteamientos son olvidados.

El segundo intento tuvo lugar con motivo de la promulgación de la Constitución de la II República, cuyo artículo 26.3 preveía su total extinción, en un plazo máximo de dos años. Unas previsiones que no serán desarrolladas del modo más respetuoso con el tenor de la Constitución, pues la Ley de Haberes Pasivos del Clero de 6 de abril de 1934[4], reconocía a los individuos del clero que estuvieran en posesión legal de su cargo el 11 de diciembre de 1931 el derecho a percibir desde 1934, una cantidad equivalente a los 2/3 del sueldo que les estaba asignado en los Presupuestos de 1931.

Tras la guerra se reanuda la dotación, siendo garantizada por el art. XIX del Concordato de 1953, y declarada exenta de todo impuesto en su art. XX.3. La doctrina hacendística de la época puso de manifiesto, con *exquisita contención,* la imposibilidad de explicarse un precepto que era incompatible con los principios de capacidad económica, y de generalidad en la contribución al sostenimiento de los gastos, propios de un sistema tributario moderno, (Sebastián, 1956, pp. 274-276).

La entrada en vigor de la Constitución de 1978, viene acompañada de la correlativa firma del Acuerdo de Asuntos Económicos de 1979, en cuyo Preámbulo se dice que «el Estado no puede ni desconocer ni prolongar indefinidamente obligaciones jurídicas contraídas en el pasado», y en su artículo II.5 que la «Iglesia declara su propósito de lograr por sí misma los recursos suficientes para la atención de sus necesidades».

---

[3] Publicado en la Gaceta el 11 de octubre de 1871. *Colección Legislativa de España. Segundo Semestre de 1871. Tomo CVII,* Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1871, pp. 686 y ss.

[4] *Gaceta de Madrid de 10 de abril de 1934. Boletín Jurídico - Administrativo. Anuario de Legislación y Jurisprudencia. «Marcelino Martínez Alcubilla». Apéndice de 1934*, Madrid, 1934, pp. 257 y 258.

1.2. Un mismo modelo, pero tres regímenes diferentes de financiación estatal directa a las confesiones

A pesar de la contundente afirmación del artículo 14 CE, por el que no cabe discriminación por motivos religiosos, y de la rotunda aseveración del artículo 16.3 CE, por el que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», conviene diferenciar en nuestro ordenamiento 3 regímenes diferenciados: el de la Iglesia Católica, el de las confesiones que suscribieron los Acuerdos de 1992, y el resto de confesiones[5].

1.2.1. *El modelo de la Iglesia Católica*

En términos prácticos, los cambios acaecidos con la llegada de la democracia, no supusieron sino una redefinición de la cooperación económica con la Iglesia Católica, en ningún caso el final de la misma. Dicha dotación presupuestaria directa se mantuvo inicialmente incólume, pero a partir de 1988[6], comienza a aplicarse la denominada Asignación Tributaria, que permitirá a los contribuyentes destinar el 0,5239 por 100, de su cuota tributaria, a favor de la Iglesia. Que en la práctica no fue un verdadero sistema de asignación tributaria, sino de dotación presupuestaria encubierta, (pues el exceso de la cantidad satisfecha a la Iglesia por el Estado, sobre las cantidades recaudadas, nunca le fueron exigidas a aquella), llegándose a garantizar con la entrada en vigor de la Ley de PGE para el año 2000[7], a partir de enero de ese año, unos ingresos mensuales *mínimos* de 1.776.634.000 pesetas, (21.319.608.000 pesetas anuales)[8], con independencia de cuál fuera la cantidad efectivamente recaudada, algo que se extendería para el trienio 2000, 2001, 2002, y sería renovado por la Ley de PGE para 2003[9] para los años 2003, 2004 y 2005. Y la Ley de PGE para el año 2006[10] prorrogó del sistema de Asignación Tributaria a la Iglesia Católica, exclusivamente para ese año. La desviación a favor de la Iglesia llegó a superar algunos ejercicios los 38.000.000 de euros[11].

---

[5] Amérigo Cuervo-Arango (2006), Cebriá García (1999), Meseguer Velasco (2000), Motilla de la Calle (2008), Presas Barrosa (1998), Rodríguez Blanco (2007) y Torres Gutiérrez (2000, 2001, 2005, 2019).

[6] Disposición Adicional 5.ª de la Ley 33/1987 de 23 de diciembre, de PGE para 1988.

[7] Ley 54/1999, de 29 de diciembre. BOE, de 30 de diciembre de 1999.

[8] La reforma de 2000, puso fin además, a la contraposición entre la asignación a la Iglesia y otros fines de interés social, permitiendo a los contribuyentes marcar ambas casillas.

[9] Disposición Adicional 23.ª de la Ley. BOE, de 31 de diciembre de 2002.

[10] Disposición Adicional 11ª de la misma. BOE de 30 de diciembre de 2005.

[11] Las cantidades percibidas por la Iglesia, desde que entró en vigor, fueron superiores a las recaudas, con la única excepción de los ejercicios 2005 y 2006. En esos dos ejercicios, excepcionalmente, hubo una diferencia a favor de la Iglesia, que no fue percibida por la misma, pues se había llegado a la cifra máxima fijada con motivo de la reforma de 2000, en que se estableció el límite de 24.000 millones de pesetas, es decir, 144.242.905 euros. (Giménez Barriocanal, 2017, p. 39).

Dotación estatal durante los ejercicios 1987-2006 (importes en euros)

Año IRPF	% Declaración a favor de la Iglesia	Recaudado por asignación tributaria	Recibido por la Iglesia	Diferencia*
1987	35,11	41.677.652,64	79.998.091,00	–38.320.438,36
1988	39,08	44.854.968,03	83.198.015,46	–38.343.047,43
1989	38,24	54.788.764,89	85.693.956,92	–30.905.192,03
1990	39,70	70.187.976,43	91.714.447,13	–21.526.470,69
1991	40,92	80.773.720,27	91.714.447,13	–10.940.726,86
1992	42,29	85.429.539,13	91.714.447,13	–6.284.907,99
1993	42,73	91.287.368,33	91.714.447,13	–427.078,80
1994	38,31	90.001.09333	109.985.215,10	–19.984.121,77
1995	36,58	93.876.542,50	113.807.652,09	–19.931.109,59
1996	33,36	91.738.823,17	117.774.332,98	–26.035.508,80
1997	36,92	101.081.717,00	120.875.554,43	–19.793.837,44
1998	36,62	107.141.045,08	123.399.805,27	–16.258.760,19
1999	39,69	97.681.592,39	125.621.002,77	–27.939.409,37
2000	39,12	107.289.392,36	128.133.425,69	–20.844.032,33
2001	33,28	106.038.636,12	130.696.116,26	–24.657.480,14
2002	34,32	116.158.283,50	133.310.039,56	–17.151.755,06
2003	33,46	116.484.271,23	135.976.236,00	–19.491.964,77
2004	33,60	128.682.326,41	138.695.760,00	–10.013.433,59
2005	33,36	144.974.150,81	144.242.905,00	+731.245,81
2006	33,38	173.827.522,21	144.242.905,00	+29.584.617,21

* Queremos hacer notar que para el cálculo de la diferencia entre cantidades recaudadas por el Estado en concepto de Asignación Tributaria, y las efectivamente percibidas por la Iglesia, en los datos aportados por Giménez Barriocanal, se clasifican, en la columna 3.ª de la tabla anterior, las cifras de Asignación Tributaria recaudadas por el Estado, en función de los ejercicios fiscales en que las rentas fueron devengadas, por ello comienza la serie en 1987. Entendemos que este criterio de devengo, es más correcto que el de caja, que empleó la Conferencia Episcopal en alguna memoria anterior, y que nosotros también hemos usado en algún trabajo previo. (Torres Gutiérrez, 2007, p. 14).

El sistema no se puede considerar un verdadero modelo de asignación tributaria, hasta el 1 de enero de 2007, pues a partir de esa fecha, la Iglesia Católica renunció a los beneficios fiscales que tenía en el IVA, (de dudosa compatibilidad con la VI Directiva[12] de armonización fiscal de la Imposición Indirecta), a cambio de un incremento del coeficiente en la cuota del IRPF hasta el 0,7%, desapareciendo los ingresos mínimos garantizados, de los que venía disfrutando por Ley desde 2000.

Asignación tributaria a la Iglesia Católica

Año IRPF	Declaraciones a favor de la Iglesia	% de declarantes a favor de la Iglesia	Asignación
2007	6.958.012	34,38	242.101.605
2008	7.195.155	34,31	253.423.689
2009	7.260.138	34,75	249.983.345
2010	7.454.823	35,71	248.600.716
2011	7.357.037	34,83	247.935.801
2012	7.339.102	34,87	248.521.593
2013	7.268.597	34,88	246.911.425
2014	7.291.771	34,76	252.287.369
2015	7.347.612	34,93	249.162.060
2016	7.112.844	33,54	256.208.146
2017	7.164.502	33,30	268.048.006
2018	7.192.009	32,32	285.115.797
2019	7.297.646	32,15	301.076.846
2020	7.337.724	31,57	295.498.495

FUENTES: Giménez Barriocanal (2017, p. 40) y portal de transparencia de la Conferencia Episcopal: http://www.transparenciaconferenciaepiscopal.es/procedimiento.html.

[12] VI Directiva del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme. 77/388/CEE En adelante: VI Directiva. En *Diario de las comunidades Europeas. Publicación en Español. Edición especial. 1985. 09. Fiscalidad,* vol. 01, pp. 54-75.

Asignación tributaria a favor de la Iglesia. IRPF 2020. (Campaña 2021. Datos provisionales a marzo de 2022)

Comun.	Declarac. 2020	% dec. 2020	Euros 2020	Declarac. 2019	% Dec. 2019	Euros 2019	Dif. dec. 2020 2019	Dif. % 2020 2019	Diferencia euros 2020 2019
Andalucía	1.469.798	38,80	41.592.642	1.429.599	39,16	41.071.538	40.199	–0,36	521.104
Aragón	245.008	33,92	8.891.618	247.347	34,80	8.775.507	–2.339	–0,89	116.111
Asturias	155.408	29,72	5.568.860	156.142	30,07	5.608.591	–734	–0,35	–39.731
Baleares	146.050	26,50	5.595.287	147.308	26,85	6.545.019	–1.258	–0,35	–949.732
Canarias	240.487	25,33	7.945.151	235.974	25,60	8.348.722	4.513	–0,27	–403.572
Cantabria	107.855	36,83	3.734.362	108.251	37,40	3.695.748	–396	–0,57	38.614
Cast. L. M.	432.153	44,69	10.500.740	429.479	45,18	10.225.907	2.674	–0,49	274.834
Cast. León	533.910	41,93	15.224.526	533.311	42,34	15.246.039	599	–0,41	–21.514
Cataluña	623.293	16,33	33.258.523	631.430	16,92	35.251.722	–8.137	–0,60	–1.993.199
Extremad.	217.086	43,75	4.787.815	214.489	44,03	4.706.248	2.597	–0,27	81.567
Galicia	327.276	24,16	11.324.210	328.511	24,70	11.064.560	–1.235	–0,54	259.650
Madrid	1.313.921	37,69	87.677.995	1.302.882	37,90	89.728.769	11.039	–0,22	–2.050.774
Murcia	288.598	43,07	8.541.770	284.056	43,68	8.379.066	4.542	–0,61	162.704
La Rioja	75.538	43,84	2.336.853	76.131	44,77	2.449.933	–593	–0,93	–113.079
Valencia	721.420	30,00	25.010.346	713.413	30,51	25.138.803	8.007	–0,50	–128.457
Otros	22.338	34,61	1.141.210	21.535	34,93	1.087.991	803	–0,33	53.220
AEAT	6.920.139	32,14	273.131.908	6.859.858	32,58	277.324.163	60.281	–0,44	–4.192.255
Álava	56.173	30,98	2.970.595	57.188	31,58	3.061.358	–1.015	–0,60	–90.764
Guipúzcoa	59.149	15,36	3.460.892	59.327	15,42	3.480.391	–178	–0,06	–19.500
Vizcaya	147.182	23,01	8.969.537	163.737	28,47	10.291.912	–16.555	–5,46	–1.322.375
Navarra	155.081	30,84	6.965.564	157.536	31,48	6.919.020	–2.455	–0,64	46.543
Total	**7.337.724**	**31,57**	**295.498.495**	**7.297.646**	**32,15**	**301.076.846**	**40.078**	**–0,58**	**–5.578.351**

FUENTE: http://www.transparenciaconferenciaepiscopal.es/procedimiento.html.

Lo cierto es que, en principio, la asignación tributaria fue concebida como algo *transitorio*, en tanto en cuanto la Iglesia Católica no consiguiera su plena autofinanciación, y así se vio con motivo de la negociación de los Acuerdos de 1992, (Llamazares Fernández, 1996, p. 202), pese a que los evangélicos y musulmanes estaban especialmente interesados en ella. (Fernández Corona-

do, 1995, pp. 56, 89 y 93), que también vivió muy de cerca aquel proceso negociador, indicará que las pretensiones de las comunidades islámicas iban dirigidas incluso a conseguir un sistema de dotación directa, lo cual encontró la frontal negativa del Gobierno, y ello aunque no faltaron quienes premonitoriamente apuntaron a que esta interinidad iba a prolongarse durante décadas, tal y como ha sucedido, (Pérez Luque, 1989, pp. 121-125).

1.2.2. *Las confesiones que suscribieron los Acuerdos de 1992*

La Disposición Adicional 13.ª de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre de PGE para 2005, contempló, con carácter *temporal,* sic, la posibilidad de una dotación económica de hasta 3.000.000 de euros, durante dicho ejercicio, que con el paso del tiempo ha venido experimentando una serie de fluctuaciones, y cuyo fin sería financiar proyectos que redunde en beneficio de una mejor *integración social y cultural* de las minorías religiosas, presentados por las confesiones no católicas, con Acuerdo de Cooperación, o con declaración de notorio arraigo, y que vendrían a canalizarse por medio de la Fundación Pública Pluralismo y Convivencia. Conviene realizar 3 consideraciones:

1. La previsión tiene carácter *temporal,* pues se contempla «en tanto en cuanto no se alcance la autofinanciación completa de todas las confesiones religiosas en España». Una *temporalidad* que va camino de extenderse durante dos décadas, sin que tenga visos de un final próximo.
2. Es una financiación que tiene 2 diferencias respecto a la de la Iglesia Católica:

   a) Cuantitativamente, afecta a un volumen de recursos menor al de los católicos, (no solo en términos absolutos, sino también relativos, es decir, *per cápita*).
   b) Cualitativamente, no es de libre disposición por las confesiones que la perciben, pues está dirigida en principio a financiar proyectos de *integración social y cultural,* y no el culto en cuanto tal.

3. Es una financiación que ha beneficiado básicamente a las confesiones acatólicas con Acuerdo de Cooperación, (evangélicos, judíos y musulmanes), y no a las que solo gozan de declaración de notorio arraigo, o están meramente inscritas.

Para complicar un poco más el escenario, el Real Decreto 1158/2021, de 28 de diciembre[13], por el que se regula la concesión directa de subvenciones

[13] *BOE,* de 29 de diciembre de 2021.

a las confesiones religiosas minoritarias que han suscrito un Acuerdo de Cooperación por importe de 1.179.623 euros, que quedan distribuidas a favor de la FEREDE, (526.780,35 euros), FCJE, (210.712,14 euros), y CIE, (433.130,51 euros)[14], y que presenta una serie de problemas, desde la perspectiva de 2 principios constitucionales:

1. La del principio de laicidad del Estado, (Castro Jover, 2003, pp. 1-23), pues justifica dichas ayudas por motivos de *interés público y social,* dando la sensación de inducir a una confusión entre fines y funciones, públicas y religiosas, que expresamente se encuentra vedada en la interpretación del artículo 16.3 CE, hecha por el TC en el F.J. 4º de la Sentencia 340/1993, de 16 de noviembre, al ir dirigidas, a título de ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, a la retribución del personal contratado por las Federaciones de las Confesiones beneficiarias, los gastos de funcionamiento ordinario y mantenimiento de dichas entidades, la celebración de jornadas, congresos, reuniones, acciones formativas, asambleas estatutarias, alquileres y equipos, la producción edición y distribución de material divulgativo y publicaciones específicas de la entidad, las dietas y gastos de viaje de los miembros de sus órganos de gobierno, las colaboraciones esporádicas de profesionales, la contratación de servicios profesionales de asesoría contable, jurídica, laboral, financiera, auditoría externa, y los gastos de inversión y alquileres, (incluidos los gastos de reforma o reparación de edificios), y la adquisición de equipos, (artículo 5.3 del RD 1158/2021). A lo que hay que añadir la financiación de las actividades de formación de ministros de culto y profesores de enseñanza religiosa, (artículo 3.2.d. del RD 1158/2021), como si se tratase de un servicio público *sui generis*. Todos estos casos de financiación directa, son a nuestro juicio incompatibles con la afirmación contenida en el artículo 16.3 de la Constitución Española, conforme al cual *ninguna confesión tendrá carácter estatal.*
2. La del principio de igualdad y no discriminación por motivos religiosos, pues solo incluye a las 3 Federaciones de confesiones con Acuerdo de Cooperación, dejando fuera tanto a las confesiones que solo cuentan con declaración de *notorio arraigo,* (cosa que, al menos sobre el papel, no hacía la Disposición Adicional 13.ª de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre de PGE para 2005), como a las meramente inscritas. Cabrían dudas sobre una cierta *arbitrariedad* de esta medida, que se desprenderían del hecho que algunas confesiones sin Acuerdo de Cooperación, que están excluidas por este Real Decreto 1158/2021, como ocurre con la Iglesia Ortodoxa Rumana, por poner un ejemplo, cuentan con un número de fieles muy superior al de alguna de las

[14] Artículo 4 del RD 1158/2021, de 28 de diciembre.

Confesiones con Acuerdo, como es el caso de la Federación de Comunidades Judías de España. Y ello a riesgo de introducir arriesgados sesgos sociológicos, que es algo con lo que desde luego no estamos de acuerdo.

Otro interrogante que se nos plantea, es el de si al tratarse de subvenciones *con carácter excepcional,* sic, (artículo 1 del RD 1158/2021), las mismas van a tener, o no reiteración en el futuro, (aunque su origen se remonta, en última instancia, ya a 2005). Si son *excepcionales,* pudiera esperarse que no se vuelvan a conceder, por lo que cabría preguntarse si el Estado va a mantener la financiación exclusiva a la Iglesia Católica mediante la Asignación Tributaria, que en la recaudación obtenida en las declaraciones de la campaña de declaraciones de IRPF de 2021, (última de la que tenemos datos), respecto al ejercicio económico de 2020, consiguió por este concepto, 295.498.495 euros.

1.2.3. *El resto de confesiones, que carecen de Acuerdo de Cooperación*

Este tercer tipo de confesiones, las que no tienen un Acuerdo de Cooperación, (bien por contar únicamente con declaración de notorio arraigo, o bien por ni siquiera eso y estar meramente inscritas), quedan excluidas tanto del sistema de Asignación Tributaria a favor de la Iglesia, como de la *Dotación Presupuestaria* (por llamar a las cosas por su nombre), contemplada en el Real Decreto 1158/2021, de 28 de diciembre, únicamente pueden contar con la financiación que perciban mediante las donaciones de sus fieles, que por otro lado, y a diferencia de lo que ocurre con la Iglesia Católica y las confesiones que suscribieron los Acuerdos de 1992, no son susceptibles de deducción en el IRPF, lo cual además de ser gravemente discriminatorio, supone una dificultad añadida a su plena y satisfactoria autofinanciación.

2. Las asimetrías en la financiación indirecta

2.1. Asimetrías en la deducibilidad de las donaciones de los fieles en el IRPF

Los sueldos y salarios de los ministros de culto están sujetos y no exentos en el IRPF, al haber desaparecido el anacrónico supuesto de exención que contemplaba el artículo XX.3 del Concordato de 1953, respecto a la dotación de culto y clero, así como por el ejercicio del ministerio sacerdotal católico, a raíz de la entrada en vigor del Acuerdo de Asuntos Económicos de 1979, que nos retrotraía a un modelo de Estado confesional, más propio de la Edad

Media, (donde regía la sacrosanta inmunidad fiscal del clero), que de un Estado moderno, en el que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio», (artículo 31.1 CE).

Únicamente las confesiones con Acuerdo de Cooperación tienen acceso a la deducción de las donaciones en el IRPF, a las que a día de hoy les son aplicados los siguientes porcentajes y límites, en virtud de la Disposición Final 2ª del Real Decreto Ley 17/2020, de 5 de mayo,[15] (que dio una nueva redacción al artículo 19.1 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, con efectos desde el 1 de enero de 2020), y el 11.6 de la Ley 14/2021, de 11 de octubre de 2021[16]:

Deducción de donaciones en el IRPF

Importes y porcentajes a los que dan derecho a deducción	
Importe	**Porcentaje de deducción**
150 primeros euros.	80%
Resto, a partir de 150 euros.	35%
Donativos plurianuales: Si en los dos períodos impositivos inmediatos anteriores se hubieran realizado donativos, donaciones o aportaciones con derecho a deducción en favor de una misma entidad por importe igual o superior, en cada uno de ellos, al del período impositivo anterior, el porcentaje de deducción aplicable a la base de la deducción en favor de esa misma entidad será el 40 por ciento.	40%
Límites	
Las donaciones no deben superar el 10% de la Base Imponible del ejercicio que da derecho a la deducción.	

La transparencia en la rendición de cuentas, por parte de las confesiones, unida a la mentalización de los fieles, son la piedra de bóveda sobre la que debiera de descansar la financiación de las mismas, de forma independiente al Estado, a quien no le compete dicha tarea en un modelo laico de relaciones con las confesiones religiosas, donde «ninguna confesión tendrá carácter estatal».

[15] *BOE,* de 6 de mayo de 2020.
[16] *BOE,* de 12 de octubre de 2021.

2.2. Asimetrías el Impuesto sobre Sociedades: Deducibilidad de las donaciones, rentas exentas y tipo reducido del 10 % respecto al resto de rentas

Conforme al artículo 20 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[17], las deducciones en el Impuesto de Sociedades, por donaciones a favor de las confesiones religiosas con Acuerdo de Cooperación, quedan sujetas a las siguientes condiciones:

Deducción de donaciones en el Impuesto sobre Sociedades

Importes y porcentajes a los que dan derecho a deducción	
Concepto	**Porcentaje de deducción**
Donativos anuales ordinarios.	35 %
Donativos plurianuales: Si en los dos períodos impositivos inmediatos anteriores se hubieran realizado donativos, donaciones o aportaciones con derecho a deducción en favor de una misma entidad por importe igual o superior, en cada uno de ellos, al del período impositivo anterior.	40 %
Límites	
Las donaciones no deben superar el 10 % de la Base Imponible del ejercicio que da derecho a la deducción.	
Cantidades no deducidas	
Las cantidades correspondientes al período impositivo, no deducidas, podrán aplicarse en las liquidaciones de los períodos impositivos que concluyan en los 10 años inmediatos y sucesivos.	

Es cuestionable que la deducibilidad de las donaciones en el Impuesto sobre Sociedades, quede supeditado a la firma de un Acuerdo de Cooperación, y que no sea posible en el caso de las confesiones sin Acuerdo, un problema que se repite en relación con el acceso al resto de beneficios fiscales contemplados en relación con este Impuesto, y que se traducen en el reconocimiento de:

[17] *BOE,* de 24 de diciembre de 2002.

1. Un amplio elenco de rentas exentas en el Impuesto sobre Sociedades.
2. Un tipo *híper* reducido del 10%, que se aplica a las rentas no exentas, y que viene recogido en el artículo 10 de la Ley 49/2002,

El artículo 6 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, incorpora dentro del amplio catálogo de rentas exentas en el Impuesto sobre Sociedades, a favor, exclusivamente, de las confesiones con Acuerdo, a las siguientes:

1. Los donativos y donaciones recibidos para colaborar en sus fines.
2. Las cuotas satisfechas por sus fieles, asociados, colaboradores o benefactores, siempre que no se correspondan con el derecho a percibir una prestación derivada de una explotación económica no exenta.
3. Las subvenciones, salvo las destinadas a financiar explotaciones no exentas.
4. Las rentas procedentes del patrimonio mobiliario e inmobiliario: Dividendos y participaciones en beneficios de sociedades, intereses, cánones y alquileres.
5. Las derivadas de adquisiciones o de transmisiones, por cualquier título, de bienes o derechos, incluidas las obtenidas con ocasión de la disolución de la entidad.
6. Las obtenidas en el ejercicio de las explotaciones económicas exentas a que se refiere el artículo 7 de la Ley 49/2002.

El artículo 7, de la citada Ley 49/2002, reconoce la exención en el Impuesto de Sociedades, de las rentas que procedan de las siguientes explotaciones económicas, siempre y cuando sean desarrolladas en cumplimiento de su objeto o finalidad.

Algunas de dichas actividades exentas, entendemos que deberían de ser objeto de revisión, pues consideramos que pueden alterar la libre competencia, como ocurre con las que, a título de ejemplo, se derivan de:

1. Explotaciones económicas de prestación de servicios de hospitalización o asistencia sanitaria, incluyendo las actividades auxiliares o complementarias de los mismos, como son la entrega de medicamentos o los servicios accesorios de alimentación, alojamiento y transporte.
2. Las explotaciones económicas consistentes en la organización de representaciones musicales, coreográficas, teatrales, cinematográficas o circenses.
3. Las explotaciones económicas de enseñanza y de formación profesional, en todos los niveles y grados del sistema educativo, así como las de educación infantil hasta los tres años, incluida la guarda y custodia de niños hasta esa edad, las de educación especial, las de educación

compensatoria y las de educación permanente y de adultos, cuando estén exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido, así como las explotaciones económicas de alimentación, alojamiento o transporte realizadas por centros docentes y colegios mayores pertenecientes a entidades sin fines lucrativos.

4. Las explotaciones económicas de elaboración, edición, publicación y venta de libros, revistas, folletos, material audiovisual y material multimedia.

2.3. Los problemas específicos en relación con las exenciones en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles

Sólo las confesiones con Acuerdo de Cooperación, gozan de exenciones fiscales en el IBI, reconocidas, tanto en los respectivos Acuerdos, como en la Ley 49/2002.

1. El artículo IV del Acuerdo de Asuntos Económicos de 1979, entre el Estado y la Iglesia Católica, y los respectivos artículos 11 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, que recogen los Acuerdos con la FEREDE, la Federación de Comunidades Religiosas Israelitas de España, y la Comisión Islámica de España, así como otras normas de desarrollo, establecen que están exentos en el pago del IBI, los siguientes bienes inmuebles de las confesiones con Acuerdo:

   a) Los inmuebles destinados al culto, dependencias, o edificios y locales anejos.
   b) La residencia de los ministros de culto.
   c) Los locales destinados a oficinas.
   d) Los seminarios y centros destinados a la formación de ministros de culto.

   Además, el artículo V del Acuerdo de Asuntos Económicos de 1979 señala que toda entidad católica que se dedique a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas u hospitalarias, o de asistencia social tendrán derecho a los beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico-tributario del Estado español prevé para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, los que se conceden a las entidades benéficas privadas. De modo análogo, en el artículo 11.4 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, se establece que las confesiones que suscribieron los Acuerdos, en ellas recogidos, tendrán derecho a los demás beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico tributario del Estado español prevea en cada momento para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, a los que se concedan a las entidades benéficas privadas.

La Orden de 24 de septiembre de 1985, vino a considerar incluidos a los huertos y jardines de titularidad católica entre las dependencias o edificios y locales anejos del artículo IV.1.A), del Acuerdo de Asuntos Económicos de 1979, con la Iglesia Católica, y la Orden de 2 de febrero de 1994, extenderá la exención en el IBI de dichos inmuebles, respecto a evangélicos, judíos y musulmanes.

Huertos y jardines son inmuebles en los que no cabe constatar una vinculación directa entre su titularidad y el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa. En contraste con lo anteriormente expuesto, en nuestro ordenamiento jurídico, las confesiones sin Acuerdo deben de tributar en el IBI por los huertos y jardines de su propiedad, que es lo que a nuestro juicio debiera ocurrir en todo caso.

2. El ámbito material de la exención reconocida a favor de las confesiones con acuerdo es tan amplio, que incluye a todo tipo de inmuebles en los que se realicen actividades calificadas como exentas en el Impuesto sobre Sociedades, (artículo 15.1 de la Ley 49/2002), lo cual incluye a todos los inmuebles en los que se realicen las actividades indicadas en el citado artículo 7 de la Ley 49/2002, así como los bienes arrendados a terceros, y sin uso.

   Esto es así, porque la Disposición Adicional 9.ª de la Ley 49/2002, extiende el régimen previsto en los artículos 5 a 15, ambos inclusive, de la misma, a la Iglesia Católica y a las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos Acuerdos de Cooperación con el Estado español. La existencia de dicho requisito, consistente en la necesidad de haber firmado un Acuerdo de Cooperación con el Estado, deja fuera del disfrute de estas exenciones fiscales, a las confesiones que carecen del mismo.

2.4. Exenciones en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos

Las confesiones religiosas con Acuerdo, gozan de exención en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. En el supuesto de transmisiones de terrenos o de constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio sobre los mismos, efectuadas a título oneroso por una entidad sin fines lucrativos, en general, o por una confesión religiosa, en particular, la exención en el referido impuesto estará condicionada a que tales terrenos cumplan los requisitos establecidos para aplicar la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, (artículo 15.3 de la Ley 49/2002). Resulta nuevamente difícil de justificar esta asimetría, que discrimina negativamente a las Confesiones sin Acuerdo.

2.5. Beneficios en el Impuesto sobre Instalaciones Construcciones y Obras

La Iglesia Católica, (y solo ella), goza de una exención en el mismo a raíz del art. IV.1.B), del Acuerdo de Asuntos Económicos de 1979, que contempla una *críptica* (a la par que *generosa*), «exención total y permanente de los impuestos reales o de producto, sobre la renta y sobre el patrimonio», a favor de la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas, con este único límite, el de no alcanzar a «los rendimientos que pudieran obtener por el ejercicio de explotaciones económicas, ni a los derivados de su patrimonio, cuando su uso se halle cedido, ni a las ganancias de capital, ni tampoco a los rendimientos sometidos a retención en la fuente por impuestos sobre la renta».

Ni la LO 7/1980, de 5 de junio, de Libertad Religiosa, ni los Acuerdos de Cooperación de 1992 con evangélicos, musulmanes y judíos, ni la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, contemplan beneficio tributario alguno equivalente a favor de las confesiones minoritarias. Excepcionalmente, la STSJ de Valencia de 31 de marzo de 2000, reconoció la exención en el ICIO a las obras de construcción de un templo adventista, por aplicación del principio de igualdad en un ejercicio de *malabarismo* que pasó por alto el principio de reserva de Ley en materia tributaria, contemplado en los artículos 31.3 de la Constitución, y 8 de la LGT, así como la prohibición de la interpretación analógica de las exenciones fiscales. Este último argumento fue tenido en cuenta por la STSJ de Madrid de 2 de abril de 2004, para denegar la exención a las obras de construcción de una iglesia y viviendas de la Iglesia Adventista.

Entendemos, como se dejó constancia en este último pronunciamiento, que el principio de reserva de Ley no puede obviarse en materia tributaria, pero simultáneamente debemos resaltar que la situación actual es un ejemplo de discriminación, especialmente injusto en el caso de los lugares de culto, de las confesiones minoritarias, en que no solo no se realiza una actividad económica, sino que se ejerce un derecho fundamental, algo que no debería someterse a gravamen.

2.6. El caso particular de la adquisición de objetos destinados al culto católico en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido

La adquisición de objetos destinados al culto católico, está actualmente sujeta y no exenta al pago del IVA. La Iglesia Católica, que era la única confesión que gozaba de determinados supuestos de no sujeción y exención en el IVA, reconocidos en los artículos III y IV del AAE, renunció a los mismos

con efectos 1 de enero de 2007, a cambio de un incremento en el porcentaje de la Asignación del 0,5239% al 0,7%. Es uno de los pocos casos de asimetría que se han corregido, aunque el incremento del porcentaje de participación en la cuota del IRPF en concepto de Asignación, desde 2007, fue notablemente más oneroso a las arcas públicas, que lo que suponía el reconocimiento de dichos beneficios fiscales en el IVA.

2.7. El caso del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

La Iglesia Católica tiene reconocida en el artículo IV.1.C) del Acuerdo de Asuntos Económicos, la exención en el ITP y AJD cuando los bienes y derechos adquiridos se destinen al «culto, a la sustentación del clero, al sagrado apostolado y al ejercicio de la caridad». En el caso de las confesiones que suscribieron los Acuerdos 1992, los respectivos artículos 11.3.C) de las Leyes 24, 25 y 26/1992, señalan análogamente, que gozan de dicha exención, «siempre que los respectivos bienes o derechos adquiridos se destinen al culto o al ejercicio de la caridad».

Debe de tenerse en cuenta que hay una significativa diferencia, entre el régimen que se aplica a la Iglesia Católica, y el de las confesiones que suscribieron los Acuerdos de 1992, pues en este segundo caso no se incluye la *sustentación del clero,* ni el *sagrado apostolado,* por lo que la adquisición por parte de este último grupo de confesiones, de inmuebles destinados a la vivienda de sus ministros de culto, estaría sujeta y no exenta al pago del ITP y AJD, conforme al tenor literal de los Acuerdos de 1992. Al estar, en última instancia, supeditada la exención en el ITP y AJD, al hecho de haber suscrito un Acuerdo de Cooperación con el Estado, quedan excluidas de este beneficio fiscal, todas las confesiones que carecen del mismo, que estarán sujetas y no exentas a su pago.

2.8. Contribuciones Especiales

Contribuciones especiales son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes, como consecuencia de la realización de obras públicas, o del establecimiento o ampliación de servicios públicos. La nota diferenciadora clave entre la *contribución especial* y el *impuesto,* está en que, en la contribución especial, además de la existencia de una actividad administrativa específica, es preciso que el desarrollo de esa actividad proporcione una ventaja o beneficio particular al sujeto pasivo. La exención en el pago de las contribuciones especiales, alcanza, en el caso de las confesiones que han suscrito un Acuerdo de Cooperación con el Estado, a los mismos inmuebles

exentos en el pago del IBI, por aplicación del artículo IV1.d) del Acuerdo de Asuntos Económicos, con la Iglesia Católica de 1979, y los respectivos artículos 11.3.A) de los Acuerdos de 1992, con la FEREDE, la Federación de Comunidades Israelitas y la Comisión Islámica de España. Estamos nuevamente ante una exención fiscal de la que no gozan las confesiones sin Acuerdo de Cooperación con el Estado.

3. La posición de las confesiones sin acuerdo ante un modelo financiero y fiscal profundamente inequitativo

Las confesiones con mera declaración de notorio arraigo, (como por ejemplo la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, Testigos de Jehová, Budistas y Ortodoxos (a excepción de aquellas iglesias minoritarias que gozan de hospitalidad jurídica en el seno de la FEREDE, es decir, el Patriarcado Ecuménico de Constantinopla, —y con él, el Arzobispado Ortodoxo Griego de España y Portugal—, así como la Iglesia Ortodoxa Serbia), hacen hincapié en que, a efectos fiscales, existe un completo vaciamiento de contenido, de dicha declaración administrativa, pues la misma no conlleva el reconocimiento de ningún tipo de beneficio fiscal.

Esta situación contrasta con lo que ocurre en materia de reconocimiento de efectos al matrimonio celebrado en forma religiosa, algo que el Estado admite a raíz de la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, no solo respecto a las confesiones con Acuerdo, sino también en el caso de las confesiones que solo cuentan con declaración de notorio arraigo. Dichas confesiones con notorio arraigo, han venido sufriendo un largo *periodo de espera* para la firma de un Acuerdo, que oscila entre una y dos décadas, (concretamente en el caso de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, desde 2003, los Testigos de Jehová desde 2006, los Budistas desde 2007, y las Iglesias Ortodoxas desde 2010), sin que hasta el momento se haya apreciado la más mínima voluntad política por parte del Estado, de dar pie a la apertura de negociaciones en dicho sentido, a pesar del especial interés puesto de manifiesto por algunas de ellas.

El presente estado de cosas conlleva que se aplique un régimen fiscal, que discrimina profundamente a aquellas iglesias o confesiones que no han tenido acceso al disfrute de los beneficios ligados a la suscripción de un Acuerdo de Cooperación, respecto a aquellas que sí han tenido oportunidad de ello. La sensación de sufrir un verdadero agravio comparativo, en materia fiscal, es aún mayor en el caso de aquellas confesiones que no han tenido oportunidad de conseguir la declaración de notorio arraigo, (a título de ejemplo: el Hinduismo, la Iglesia de Scientology, Comunidad Bahá`í, la Unión Taoísta de España, Sijismo), pues en estos casos, ni siquiera existe la expectativa de poder llegar a firmar un Acuerdo con el Estado, pues dicho requisito administrativo opera como un presupuesto previo o *conditio sine qua non*.

Cunde entre las confesiones religiosas sin Acuerdo, un sentimiento difuso de estratificación entre confesiones *de primera* (con Acuerdo), *de segunda* (con declaración de notorio arraigo), y *de tercera* (las meramente inscritas), cuando en realidad, todas deberían de recibir un tratamiento equiparable, por parte del Estado, y los poderes públicos en general. Por ello abogan por un sistema tributario menos discriminatorio, y que resulte más equitativo.

Uno de los principales dilemas sobre la mesa es el de la financiación de las confesiones minoritarias. A este respecto convendría hacer una doble reflexión:

1. Una primera alternativa podría consistir en la extensión a las mismas de un modelo de asignación tributaria semejante al de la Iglesia Católica, lo cual plantea el problema de su compatibilización con el principio de laicidad del Estado, y con la previsión constitucional, contenida en el artículo 16.3 de la Carta Magna, en virtud de la cual, ninguna confesión tendrá carácter estatal, y el propio carácter temporal, con el que se previó la financiación directa del Estado a la Iglesia Católica, en el artículo 2.5 del Acuerdo de Asuntos Económicos de 1979, conforme al cual, ésta declaró su propósito de lograr por sí misma los recursos suficientes para la atención de sus necesidades, un compromiso aún vigente, a pesar del largo plazo de tiempo transcurrido desde entonces.
2. Por ello la resolución del problema debería de venir de la mano de lograr su máxima autonomía financiera, a partir de la implicación de los fieles, en su financiación, mediante un sistema de incentivos a la deducción de las donaciones realizadas por personas físicas y/o personas jurídicas, a favor de las mismas, en el IRPF, y en el Impuesto sobre Sociedades. La autosuficiencia financiera de las confesiones minoritarias se obtiene básicamente a partir de aportaciones de sus fieles, es decir, de personas físicas, aunque también pueda venir por medio de donaciones de personas jurídicas, en menor medida.

Las confesiones sin Acuerdo, en el actual contexto coyuntural, ponen de manifiesto las especiales dificultades financieras sufridas recientemente debido a la epidemia de COVID-19, que ha restringido la movilidad de los fieles, y ha obligado a tener que respetar considerables limitaciones de aforo en los templos, (que de hecho permanecieron prácticamente cerrados durante 3 meses, entre marzo y mayo de 2020), lo cual ha ido en detrimento de sus ingresos económicos.

Aunque en algún caso aislado, la Administración Tributaria haya podido admitir algún certificado de donaciones a favor de una confesión sin Acuerdo, entendemos que dicha circunstancia es cuando menos *atípica,* pues carece de cobertura legal, por lo que debiera preverse expresamente en nuestro ordenamiento, a fin de cumplir con la exigencia de previsión legal que se exige

en nuestro ordenamiento, para que todo beneficio fiscal pueda resultar admisible, y desplegar todos sus efectos, respetando el principio de reserva de Ley, que afecta a esta materia.

Las confesiones sin Acuerdo proponen una modificación 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, de modo que se les haga extensivo el acceso a la deducibilidad de las donaciones realizadas por parte de sus fieles, pues consideran que con ello se incrementaría significativamente su nivel de ingresos, y su autosuficiencia financiera. E insisten en que su verdadera naturaleza jurídica no es la de una fundación, (y están en lo cierto), por lo que precisan de un tratamiento jurídico ad hoc a la hora de desarrollar el régimen de beneficios fiscales que les hayan de ser aplicados. Además, simultáneamente, abogan también estas confesiones por una normativa más adecuada, que facilite la creación de fundaciones religiosas, que puedan tener acceso a los beneficios fiscales contemplados para las entidades sin ánimo de lucro. A pesar de las numerosas ocasiones en que se ha hablado de reformar el régimen tributario que se les aplica, especialmente la Ley 49/2002, todas han quedado en meras expectativas, que nunca se han plasmado en la realidad.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

4.1. La necesidad de un modelo de derecho común aplicable a todas las confesiones inscritas

Con el fin de suprimir la asimetría de la que adolece nuestro sistema tributario, debería de homogeneizarse el régimen fiscal que se aplica a todas las confesiones religiosas en España, sin que el mismo se haga depender del hecho de haber suscrito un Acuerdo. Entendemos que el criterio restrictivo de vincular el acceso al régimen de beneficios fiscales a haber firmado un Acuerdo de Cooperación, es una fórmula caducada e inequitativa, y que esta consideración es extensible al caso de la declaración administrativa de notorio arraigo, pues dejan fuera a ciudadanos que profesan credos ampliamente reconocidos a nivel internacional, y con una importante trayectoria histórica a sus espaldas.

¿Puede por ejemplo seguir desconociendo el sistema tributario español la presencia de ciudadanos de credo hindú, una de las confesiones milenarias más importantes del mundo, a la hora de ejercer su derecho fundamental de libertad religiosa? Téngase en cuenta que, en todos los casos, se disponga, o no, de un Acuerdo, o de una declaración administrativa de notorio arraigo, estamos ante confesiones religiosas que agrupan a ciudadanos que están ejerciendo un derecho fundamental, como es el de libertad religiosa.

El absurdo de esta dicotomía se pone particularmente de manifiesto si se analiza el caso particular de las Iglesias Ortodoxas, en cuyo seno cabe apreciar 2 situaciones claramente diferenciadas:

1. Aquellas que han conseguido la *hospitalidad jurídica* en la FEREDE, y a las que les resulta de aplicación los beneficios fiscales reconocidos a consecuencia del Acuerdo de Cooperación recogido en la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, algo que afecta a:

   a) El Patriarcado Ecuménico de Constantinopla, (y con él, el Arzobispado Ortodoxo Griego de España y Portugal), por medio de la *hospitalidad* que les brinda Iglesia Española Reformada Episcopal, (Comunión Anglicana), bajo el nombre *Iglesia Ortodoxa Griega en España.*
   b) La Iglesia Ortodoxa Serbia, que ha conseguido la citada hospitalidad jurídica en la FEREDE, por medio del colectivo Agrupación Evangélica, en el que la mayoría de sus miembros eran Iglesias catalanas, bajo la denominación de *Iglesia Ortodoxa Española,* sic.

   Se trata de dos colectivos *ortodoxos,* integrados en la FEREDE, pero que no son *evangélicos*, pues no tienen nada que ver con la *Iglesia Reformada.* Debe considerarse que el *Cisma de Oriente y Occidente*, o *Gran Cisma,* acaeció en 1054, mientras que la crisis que dio lugar a la *Reforma* aconteció en el siglo XVI, pues no fue hasta el 31 de octubre de 1517, cuando Martín Lutero clavó sus 95 Tesis, en la puerta del castillo de Wittemberg.

   Dicha *hospitalidad jurídica,* no equivale, ni mucho menos, a *formar parte íntegramente* de la estructura de la FEREDE, careciendo de derecho de voto en la toma de decisiones por parte de la misma, pero sin embargo, ha permitido que se extiendan a estos colectivos, los beneficios fiscales reconocidos a dicha federación, así como que se haya reconocido desde un primer momento los matrimonios celebrados por sus ministros de culto, mientras que el resto de Iglesias Ortodoxas hubieron de esperar al reconocimiento de su respectiva forma de celebración religiosa del matrimonio, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio de 2015, de Jurisdicción Voluntaria, que lo hizo con respecto a todas las confesiones con *mera* declaración de *notorio arraigo.*
2. El resto de Iglesias Ortodoxas *radicadas* en España, que no tienen acceso a los beneficios fiscales y financieros *ad hoc,* reservados en nuestro ordenamiento a las confesiones religiosas que han suscrito un Acuerdo de Cooperación con el Estado.

El problema es especialmente grave, si se tiene en cuenta que con ello se está dejando fuera del reconocimiento del acceso a los beneficios fiscales, a los principales colectivos ortodoxos, pues según los datos proporcionados por el INE relativos a los extranjeros residentes en España en 2020, procedentes de países donde la Iglesia Ortodoxa es la mayoritaria, había censados en España: 667.478 ciudadanos rumanos, 122.375 búlgaros, 106.987 ucranianos, a los que habría que sumar 82.788 rusos, 20.824 georgianos, 18.584 moldavos, 5.099 griegos, y 3.902 serbios. Resulta de este modo incongruente que, por ejemplo, el Estado acabe sometiendo a tributación en el IBI, a bienes inmuebles en los que se está ejerciendo un derecho fundamental.

El acceso a los beneficios reservados a un Acuerdo, se vincula a la incorporación a alguna de las entidades que los han suscrito, lo cual presenta un problema adicional, cual es el de dejar fuera de su cobertura, a aquellas comunidades que no han sido admitidas en dichas entidades de naturaleza federativa, por ejemplo, por ser consideradas heréticas, (como es por ejemplo el caso de la Comunidad Ahmadía, cuyos miembros se consideran a sí mismos como musulmanes, pero cuyos postulados dogmáticos son objeto de rechazo por parte de la Comisión Islámica de España). Esto puede tener consecuencias *complejas,* e incluso *indeseadas,* en algunos casos.

Es decir, se debería buscar un modelo de *derecho común,* al que pudiera llegarse, mediante la promulgación de una nueva Ley de Libertad de Conciencia, que superase el actual sistema fragmentado de Acuerdos, y por una adaptación casuística y pormenorizada, de la legislación regulatoria de cada una de las figuras tributarias, a las características de un Estado laico, en que se adopte una actitud de exquisita neutralidad tributaria en relación con las creencias religiosas de los ciudadanos.

Dentro de las modificaciones legales que se consideran especialmente urgentes, estaría la de la Disposición Adicional 9ª de la Ley 49/2002, de modo que el régimen de beneficios fiscales comprendido en los Títulos II y III de dicha Ley, se haga extensivo a todas las confesiones religiosas por el mero hecho de estar *inscritas* en el Registro de entidades religiosas, suprimiendo el requisito de la previa suscripción de un Acuerdo de Cooperación con el Estado.

Este modelo de derecho común, se hace especialmente necesario respecto a:

1. Deducción de donativos y donaciones a favor de todas las confesiones religiosas, por el mero hecho de su inscripción, tanto en el IRPF, como en el Impuesto sobre Sociedades.

   Téngase en cuenta que, en el caso particular de la Iglesia Católica, que obtuvo por medio de la asignación tributaria en la declaración de la renta de 2021, correspondiente a la actividad del ejercicio económico de 2020, la cantidad de 295.498.495 euros, y respecto de la que se estiman unos 10 millones de ciudadanos practicantes, ello representa

la simbólica cifra de 29,5 euros por fiel al año, poco más de 50 céntimos semanales.

Como pone de manifiesto la realidad sociológica, la financiación de las confesiones religiosas se realiza en buena parte mediante aportaciones voluntarias de sus fieles, por lo que aplicar a todas ellas, (y no solo a las que tienen Acuerdo de Cooperación), el generoso porcentaje del 80 %, sobre el razonable techo de los primeros 150 euros donados, supondría un importante acicate a la autonomía financiera de las mismas y la superación del modelo de asignación tributaria, y con ello su independencia económica frente al Estado.

2. Reconocimiento del mismo catálogo de actividades exentas, a favor de las confesiones inscritas, extendiendo a todas ellas el mismo tipo tributario del 10% para las actividades que realicen, y que no se encuentren exentas.
3. Atribución de la exención en el IBI, ICIO, ITP y AJD, Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, así como en las contribuciones especiales, a todas las confesiones inscritas, respecto a los inmuebles destinados al culto, y sus dependencias, o edificios y locales anejos, los destinados a oficinas, así como los inmuebles destinados a la formación de sus ministros de culto.
4. Supresión de las exenciones tributarias reconocidas a las viviendas de los ministros de culto, así como a los huertos y jardines, de las confesiones con Acuerdo.

4.2. La necesidad de revisar el alcance de determinados beneficios fiscales

Adicionalmente entendemos que sería necesario proceder a recalibrar el alcance de los beneficios fiscales reconocidos a las confesiones religiosas, y muy especialmente en los siguientes puntos:

1. Revisión del listado de rentas y actividades económicas exentas en el Impuesto sobre Sociedades, tanto en el caso de aquellas realizadas por las confesiones religiosas, como en general, por las entidades sin ánimo de lucro, y en particular:

   a) Rentas procedentes del patrimonio mobiliario e inmobiliario de la entidad, como son los dividendos y participaciones en beneficios de sociedades, intereses, cánones y alquileres. Creemos que es un beneficio fiscal excesivamente amplio, que en el caso de las confesiones religiosas, y más concretamente, de la Iglesia Católica, no venía reconocido:

- Ni por el artículo XX.4 Concordato de 1953, (pues expresamente afirmaba que todos los ingresos de las entidades eclesiásticas «que no provengan del ejercicio de actividades religiosas propias de su apostolado quedarán sujetos a tributación conforme a las leyes generales del Estado, en paridad de condición con las demás instituciones o personas».
- Ni por el artículo IV.1.B) del AAE de 1979, que al reconocer la exención total y permanente de los impuestos reales o de producto, sobre la renta y sobre el patrimonio a favor de la Iglesia Católica, expresamente contemplaba que dicha exención no alcanzará a los rendimientos que pudieran obtener «por el ejercicio de explotaciones económicas, ni a los derivados de su patrimonio, cuando su uso se halle cedido, ni a las ganancias de capital, ni tampoco a los rendimientos sometidos a retención en la fuente por impuestos sobre la renta».

b) Explotaciones económicas declaradas exentas en el artículo 7 de la Ley 49/2002, como la exención de «las explotaciones económicas de alimentación, alojamiento o transporte realizadas por centros docentes y colegios mayores pertenecientes a entidades sin fines lucrativos, o las explotaciones económicas de elaboración, edición, publicación y venta de libros, revistas, folletos, material audiovisual y material multimedia».

Estamos ante lo que podríamos denominar, como el *coste oculto* de la *cara amable del Estado.* Algo que debería revisarse, no solo por su onerosidad, sino también porque hace referencia a actividades que distan de tener una naturaleza estrictamente religiosa, como es el caso de la especulación bursátil, la explotación del patrimonio inmobiliario en arrendamiento a terceros, u otros rendimientos del capital mobiliario, (acciones, bonos, depósitos bancarios, etc.).

2. Sujeción y no exención en el IBI de los inmuebles destinados a la residencia de ministros de culto, y personal religioso, así como de los huertos y jardines de los que son titulares[18], y de los bienes inmuebles arrendados, o cedidos a terceros.

[18] Entendemos que en estos supuestos no está justificado el reconocimiento de esta exención, por no existir relación alguna entre la titularidad de dichos bienes inmuebles, y el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa, que supuestamente justificaría la existencia de dichas exenciones fiscales. Estamos ante una rémora histórica que tiene su origen en la Ley de 23 de mayo de 1845, de PGE para ese año, que al legislar sobre la relación de ingresos del Estado, en su Letra A recogía la Contribución sobre bienes inmuebles, cultivo y ganadería, y en su Base Segunda, apartado 1.º, establecía la exención absoluta y permanente para «los templos, cementerios y las casas ocupadas por las comunidades religiosas mientras estas existan, con los edificios, huertos y jardines adyacentes destinados al servicio de aquellos, o a la habitación y recreo de los párrocos u otros ministros de la Iglesia».

3. Sujeción y no exención en el ICIO de los inmuebles destinados a residencia de ministros de culto y personal religioso, así como de aquellos inmuebles en los que se realizan actividades económicas no exentas en el Impuesto sobre Sociedades.

   La amplitud con la que se reconoce la exención a favor de la Iglesia Católica, ha planteado dudas sobre su posible incompatibilidad con la legislación europea en materia de ayudas de Estado, algo sobre lo que tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 27 de junio de 2017, donde se señaló que, una congregación religiosa católica, puede ser considera *empresa* en cuanto ejerza una *actividad económica* (lo que incluiría ofrecer cualquier bien o servicio en un mercado determinado), con independencia que se haga sin ánimo de lucro, si se compite con otros operadores con ánimo de lucro, a cambio de una remuneración, algo que habría que entender que sucede en el caso de cursos de enseñanza financiados esencialmente con fondos privados, como ocurre con la enseñanza preescolar, extraescolar y postobligatoria. Dicho Tribunal entiende que habría una *ventaja económica selectiva,* al aliviar las cargas que normalmente recaen sobre una empresa, como sería una exención en el ICIO, otorgada por el Estado o mediante fondos estatales. Esta ayuda afectaría a los intercambios comerciales, pues aunque la empresa no participa en intercambios con otros estados, la ayuda dificulta el que empresas terceros países puedan establecerse en España, distorsionando la competencia al liberar a una empresa de parte de sus costes, haciendo más atractiva su prestación de servicios, siempre que se supere los 200.000 euros en ayudas en un período de 3 años.

   Ese riesgo de distorsión de la competencia, podría también predicarse en relación con determinados beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sociedades y el IBI, reconocidos a favor de las confesiones religiosas, cuando éstas realizan actividades de naturaleza económica.

   Sin embargo, defendemos que todos los lugares de culto estén exentos en el IBI y en el ICIO. No tiene sentido someter al pago del ICIO la construcción de un Salón del Reino de los Testigos de Jehová, o de una Catedral de la Iglesia Ortodoxa Rumana o Rusa, por poner algún ejemplo de confesiones religiosas que no gozan de los beneficios de un Acuerdo de Cooperación con el Estado. En estos inmuebles no se realizan actividades económicas, sino que se ejerce un derecho fundamental, como es la libertad religiosa, en este caso.
4. Sujeción y no exención en el IPT y AJD, de la adquisición de inmuebles destinados a viviendas de los ministros de culto. ¿Tiene sentido someter a gravamen en el ITP y AJD, la adquisición de edificio con el fin de destinarlo a lugar de culto, o de un solar con el fin de edificar

un templo de culto de una confesión sin Acuerdo, como por ejemplo un salón del Reino, o una Iglesia o Catedral Ortodoxa Rumana? Entendemos que en ningún caso la adquisición de este tipo de inmuebles, debiera estar sujeta al pago del mismo, pues en ellos no se realiza actividad económica alguna, resultando inapropiado, en última instancia, someter a gravamen el ejercicio de un derecho fundamental, como es el de libertad religiosa.

Habría que revisar la diferencia existente entre el tenor literal del artículo IV.1.C) del Acuerdo de Asuntos Económicos, y la de los respectivos artículos 11.3.C) de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de modo que no se consideren exentos en el ITP y AJD, las adquisiciones de bienes y derechos adquiridos que se destinen a la sustentación del clero católico, pues ello es un beneficio que excede los límites de un Estado laico, en que ninguna confesión tendrá carácter estatal, por lo que los ministros de culto católicos, no pueden disfrutar de un régimen fiscal que no se reconoce ni siquiera a los funcionarios públicos.

5. Sujeción y no exención en el pago de contribuciones especiales de las viviendas de los ministros de culto.

4.3. Necesidad de actuar y acometer una reforma *profunda* y *equitativa*

Entendemos que la diferenciación en el tratamiento fiscal de las confesiones religiosas, descrito en este estudio, en función de haber suscrito, o no, un Acuerdo de Cooperación con el Estado, debiera ser objeto de una revisión profunda, y urgente, pues de lo contrario corremos el serio riesgo de prolongar *sine die* un modelo profundamente discriminatorio e inequitativo.

Estamos haciendo referencia a ciudadanos que ejercen un derecho fundamental en circunstancias más onerosas, pese a que conviven con nosotros, en muchos casos desde hace décadas, y que con frecuencia proceden de otros países y tradiciones culturales muy diferentes, pero que han hecho un enorme esfuerzo por aprender nuestra lengua, y adaptarse a nuestra sociedad, y conseguir su inclusión en nuestra sociedad, que respetan nuestro ordenamiento jurídico, cumplen con sus obligaciones legales, y satisfacen sus impuestos. Su presencia añade una nota de diversidad, que a todos nos enriquece, porque es precisamente la diferencia y el respeto al otro, (especialmente al que no piensa como nosotros), algo que caracteriza en su esencia a las sociedades abiertas, como es, o al menos, debiera de ser, la nuestra. Es por ello, por lo que nuestro legislador debe poner en marcha un serio y decidido esfuerzo por adaptar nuestro modelo tributario, en materia de libertad de conciencia, a las más elementales exigencias de un modelo laico de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, más neutral e igualitario.

Los cambios propuestos podrían hacerse, por una de estas dos vías:

1. Abriendo el acceso al sistema de Acuerdos a todas las confesiones con declaración de notorio arraigo. Lo cual tendría 2 inconvenientes:

   a) Dependería del grado de voluntad política del ejecutivo, de suscribir un Acuerdo, con cada una de las posibles confesiones candidatas. En las 3 décadas que han transcurrido desde 1992, dicha voluntad o bien ha sido inexistente, o bien no se ha plasmado en realidades concretas.
   b) Seguiría dejando fuera del acceso al régimen de beneficios fiscales, a todas las confesiones que no hayan conseguido dicho reconocimiento, por lo que siempre estaríamos ante un modelo incompleto.

2. O lo que sería aún más equitativo, reconociendo un mismo régimen fiscal a todas las confesiones religiosas, por medio de una nueva Ley de Libertad de Conciencia, y mediante una reforma *ad hoc*, de carácter pormenorizado, de cada una de las normas tributarias, especialmente, de las Disposiciones Adicionales 8ª y 9ª de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, poniendo fin al requisito del Acuerdo previo con el Estado, para poder acceder al mismo, de modo que sea suficiente con la mera inscripción en el Registro, es decir, dotando de pleno contenido y significado, a dicha inscripción registral.

Zalbidea, (2018, pp. 90-92), en uno de los mejores estudios que se han publicado sobre transparencia de la Iglesia, ha calculado que una mejora en sus niveles de transparencia, podría incrementar la contribución de los fieles hasta en un 30%. Con ello se conseguiría un modelo más acorde con los principios constitucionales de laicidad, e igualdad, de modo que los mismos encuentren su plena realización y desarrollo en la legislación ordinaria, algo que, a nuestro juicio, pasado casi medio siglo desde la entrada en vigor de la Constitución, aún no se ha conseguido.

BIBLIOGRAFÍA

Amérigo Cuervo-Arango, F. (2006). *La financiación de las confesiones religiosas en el derecho español vigente.* UNED, Madrid.

Castro Jover, A. (2003). Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos, *RGDCDEE*, 3, 1-32.

Cebriá García, M. (1999). *La autofinanciación de la Iglesia católica en España. Límites y posibilidades.* Salamanca.

Fernández Coronado, A. (1995). *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación. (Los pactos con las confesiones: Leyes 24, 25 y 26 de 1992)*, Civitas, Madrid.

Giménez Barriocanal, F. (2017). Una exposición de la financiación del 0,7% desde la perspectiva de la Iglesia. En Garcimartín, C. (ed.), *La financiación de la libertad religiosa. Actas del VIII Simposio Internacional de Derecho Concordatario* (pp. 23-55). Editorial Comares, Granada.

Llamazares Fernández, D. (1996). Los Acuerdos y el principio de igualdad: Comparación con los Acuerdos con la Iglesia Católica y situación jurídica de las confesiones sin acuerdo. En *Acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias. Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Barcelona. 1994* (pp. 155-206). Marcial Pons, Madrid.

Meseguer Velasco, S. (2000), *El sistema de financiación de la Iglesia Católica a través de las exenciones fiscales*, UCM, Madrid.

Motilla de la Calle, A. (2008). Confesiones religiosas y entidades sin fines de lucro (comparación de su régimen económico). En Álvarez Cortina, A. C. y Rodríguez Blanco, M. (coords.), *Aspectos del régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas* (pp. 1-50). Comares, Granada.

Pérez Luque, M. (1989). El Impuesto sobre la Renta y la Asignación Tributaria a la Iglesia, *Revista Técnica Tributaria,* 6, 121-125.

Presas Barrosa, C. (1998). *El clero católico en el derecho español. Dotación, asignación tributaria, ¿autofinanciación?* Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.

Rodríguez Blanco, M. (2007). El nuevo sistema de financiación de la Iglesia Católica en España, *Quaderni di diritto e política ecclesiastica,* vol. 15, n. 2, pp. 333-352.

Sebastián, M. (1956). «El Concordato y la Hacienda Estatal». *El Concordato de 1953.* Gráficas González, Madrid.

Torres Gutiérrez, A. (2000). *Iglesia y Fisco en la Historia de España.* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.C.M., Madrid.

Torres Gutiérrez, A. (2001). *Régimen fiscal de las Confesiones Religiosas en España.* Colex, Madrid.

Torres Gutiérrez, A. (2005). La financiación de las confesiones religiosas en España. *Estudios de Progreso.* Fundación Alternativas, Madrid.

Torres Gutiérrez, A. (2007). La asignación tributaria y la auto-financiación de las confesiones religiosas en España. *RGDCDEE,* n.º 13, Iustel, 1-38.

Torres Gutiérrez, A. (2019). ¿Límites? en la financiación de las confesiones religiosas en España: una asimetría de difícil encaje en los principios de laicidad y no discriminación. *ADEE,* 39, 47-123.

Zalbidea, D. (2018). *La rendición de cuentas en el ordenamiento canónico: transparencia y misión.* Instituto Martín de Azpilcueta – EUNSA, Pamplona.

19 PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA[1]

Mercedes Vidal Gallardo.
Profesora de Titular de Derecho Eclesiástico del Estado.
Universidad de Valladolid

1. Consideraciones previas.
2. La nacionalidad por residencia en el ordenamiento jurídico español.
3. Integración en la sociedad española como *conditio sine qua non*.
   3.1. Delimitación de su contenido.
   3.2. Introducción de la perspectiva de género en la jurisprudencia española.
      3.2.1. Orientación tradicional de los tribunales españoles.
      3.2.2. La perspectiva de género en la STS 1521/2021, de 17 de diciembre.
         3.2.2.1. Circunstancias del caso.
         3.2.2.2. Resolución del conflicto.
4. Consideraciones finales.

1. Consideraciones previas

La adquisición de la nacionalidad por residencia está prevista en nuestro ordenamiento jurídico como una modalidad de acceso a la nacionalidad española en la que el solicitante debe acreditar, no solo el cumplimiento de unos plazos legales de residencia que ponen de manifiesto, de una manera objetiva, el arraigo en nuestro país del aspirante, sino también, determinados requisitos que dificultan su acreditación en no pocos casos. Se trata de aspectos que integran lo que se han venido a denominar «conceptos jurídicos indeterminados», de manera que el sentido de los pronunciamientos, tanto administrativos como judiciales, ha sido muy dispar al tener que apreciar el órgano competente cuales son las circunstancias que concurren en cada caso para proceder a la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia.

[1] Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Estatuto Jurídico de las Confesiones Religiosas sin Acuerdo de Cooperación en España - Legal Statute of Religious Groups without Cooperation Agreement in Spain». Referencia: PID2020-114825GB-I00. Financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, dentro de la Convocatoria de Proyectos I+D+i-Modalidades «Retos Investigación» y «Generación de Conocimiento» 2019-2020.

Es necesario tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con el régimen general de extranjería, conforme al cual la residencia legal es una especie de «pórtico jurídico» a partir del cual el extranjero es titular de unos derechos y libertades no vinculados a la persona como tal, la concesión de la nacionalidad española no es un derecho fundamental reconocida por la Constitución a los extranjeros. Nuestra Carta Magna se limita a prever que la nacionalidad se adquiere, conserva y pierde de acuerdo con lo establecido por la Ley (art. 11.1. de la CE).

No obstante, la nacionalidad española concede a su titular un *status* y unos derechos superiores a la mera residencia legal en España, y es por eso que nuestro ordenamiento jurídico establece la exigencia de un grado de adaptación superior para los solicitantes de nacionalidad que el exigible a los extranjeros residentes, en cuanto aquéllos pretenden su total equiparación, política y jurídica, a los ciudadanos españoles, lo que sería incongruente con una residencia que, al margen de su duración, se desarrollase con desconocimiento de la forma de vida, costumbres y valores que conforman nuestra sociedad. Y ha sido, precisamente, el desconocimiento de estos extremos, lo que ha venido sirviendo de base, en numerosas ocasiones, para la denegación de la nacionalidad española.

Sin embargo, hasta fechas muy recientes, no se había abordado desde una perspectiva de género este tema, cuestión que es tratada por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2021 y que pone el acento, para el caso de las mujeres migrantes, en la procedencia de ambientes socioculturales discriminatorios, reclamando el acomodo de estas circunstancias a la exigencia legal de la necesaria integración a la sociedad española de la solicitante de la nacionalidad por residencia. Cuestión a la que vamos a dedicar un estudio particular por la novedad que representa este enfoque de género que abre una brecha y supone un punto de inflexión de cara al tratamiento de *lege ferenda* de esta institución.

2. La nacionalidad por residencia en el ordenamiento jurídico español

Con motivo del creciente movimiento migratorio que ha tenido lugar en las dos últimas décadas, han aumentado las solicitudes para la adquisición de la nacionalidad española por residencia a instancia de ciudadanos extranjeros asentados en nuestro país[2]. Esta realidad ha motivado la promulgación de distintas disposiciones normativas destinadas a establecer el régimen jurídico por el que se regula la adquisición de la nacionalidad por esta vía[3].

---

[2] Gil Ibáñez (2001), Martín Márquez (2003) y Ortega Giménez, Alonso García (2016).
[3] Ortega Giménez, López Álvarez (2011) y Cobas Cobiella (2014).

En primer lugar, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de Código Civil. En el primero de los preceptos se hace referencia a los plazos de residencia estable exigidos en las distintas situaciones descritas por la norma[4]. Es en el número 4 del artículo 22, donde se pone de manifiesto que «el interesado deberá justificar, en el expediente regulado en la legislación del Registro civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española»[5].

Estas disposiciones se complementan con lo establecido en el Reglamento del Registro Civil, publicado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, si bien, respecto a las reglas especiales de los expedientes de nacionalidad, esta materia ha sido modificada por el Real Decreto 1004/2015, por el que se aprueba el Reglamento que regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, el cual prevalecerá sobre lo dispuesto en los artículos 220 a 224 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, preceptos que mantendrán, no obstante, su vigencia en la medida en que resulten aplicables a otros procedimientos (según establece la disposición final 2.º del citado Real Decreto)[6]. Conforme a las facultades conferidas por el Real Decreto 1004/2015, se dictó la Orden JUS 1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia.

A partir de estas disposiciones, el procedimiento para la tramitación de los expedientes de concesión de la nacionalidad por residencia ha venido participando de un carácter mixto entre el ámbito judicial, determinado por la atribución de una primera fase del procedimiento a los Registros Civiles, llevados actualmente por Encargados, y el ámbito administrativo, derivado de la esencia del procedimiento y de su resolución por un órgano de la Administración. Este carácter mixto del procedimiento provoca que la media de tiempo empleado en la tramitación de un expediente de nacionalidad por residencia, sea excesivamente largo para dar respuesta a la legítima expectativa del extranjero, residente legal, que pretende la integración efectiva en la sociedad española a través de la obtención de la nacionalidad[7].

Así las cosas, a la vista del número elevado de solicitudes presentadas en los últimos años y de las previsiones para los próximos, se ha hecho necesario establecer un procedimiento más ágil que el empleado hasta ahora, con objeto de poner fin a los retrasos que se vienen generando y que solo han podido ser mitigados a través de actuaciones específicas sin carácter estable. Por ello, la disposición final séptima de la Ley 19/2015, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, establece un procedimiento de carácter netamente administrativo, desa-

[4] Reglero Campos (2002).
[5] Ventura Ventura (2011) y De la Iglesia Monje (2009).
[6] Navarro Gómez-Ferrer, LLopis Rausa (2013).
[7] Ortega Giménez (2013).

rrollado por el Real Decreto 1004/2015 y basado en la tramitación electrónica en todas sus fases, que permite acortar sensiblemente los plazos de resolución.

Por lo que a nuestro estudio se refiere, el Real Decreto 1004/2015 incluye, asimismo, previsiones relativas a la regulación de las pruebas objetivas referidas a los diplomas de español como lengua extranjera (DELE), así como a los conocimientos constitucionales (CCSE), diseñadas y administradas de conformidad con la disposición final séptima de la Ley 19/2015. Además, se faculta al gobierno para el desarrollo de las previsiones relativas a las pruebas de validación de conocimientos constitucionales y socioculturales de España[8].

En este sentido, el Real Decreto de 2015 viene a reconocer, respecto a las pruebas relativas al grado de integración en la sociedad española, que los interesados deberán superar los exámenes para la obtención del diploma de español como lengua extranjera, como mínimo de nivel A2, junto a la prueba que acredite el conocimiento de los valores históricos, constitucionales y socioculturales de España, derivados de la configuración de España como un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, así como del conocimiento y respeto de los principios de conforman la convivencia en la sociedad española. Ambas pruebas serán presenciales, diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes[9].

La prueba de conocimientos constitucionales y socioculturales de España estará formada por un sesenta por ciento de preguntas relativas a conocimientos sobre la Constitución y la organización administrativa y territorial de España y por un cuarenta por ciento de cuestiones sobre la cultura, la historia y la sociedad españolas[10]. Todas las preguntas de esta prueba serán de respuesta cerrada y tendrán el mismo valor dentro del conjunto de la prueba, la cual se llevará a cabo con carácter periódico en los centros de examen reconocidos por el Instituto Cervantes para realizarlas, debiendo estar aprobados y publicados, con carácter previo a las pruebas, los procedimientos y plazos para la solicitud de revisión de calificaciones o reclamaciones.

Si bien la orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, ha dado cumplida respuesta a la necesidad de disponer de un mayor desarrollo y apoyo para la tramitación y resolución del procedimiento para la obtención de la nacionalidad española por residencia, han surgido dificultades y cierta inseguridad jurídica respecto a la tramitación de las dispensas de las pruebas del Instituto Cervantes reguladas en el artículo 10 de la orden, al no existir un procedimiento detallado que determine el órgano competente para resolver, el plazo

---

[8] Guzmán Peces (2005).

[9] Número 3 de la disposición final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, normativa específica del Instituto Cervantes y Real Decreto 1137/2002, de 31 de octubre, por el que se regulan los diplomas de español como lengua extranjera.

[10] Pérez Descalzo (2020).

del procedimiento, el sentido del silencio, los recursos pertinentes o el momento procesal en que ha de solicitarse la dispensa lo que implica, en muchas ocasiones, la suspensión del procedimiento de nacionalidad hasta la completa tramitación de la dispensa introduciendo una importante disfunción procedimental[11].

Por otro lado, han surgido también dificultades respecto a la competencia para resolver los archivos por desistimiento presunto. Hasta la fecha, las resoluciones dictadas por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública resolvían el archivo por delegación de la persona titular del Ministerio de Justicia pudiendo interponerse recurso de reposición.

Sin embargo, la Audiencia Nacional ha establecido que las resoluciones de la Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública por la que se acuerda el archivo de las solicitudes no forman parte de una competencia delegada, sino que se trata de una competencia propia de la persona titular de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública al tratarse de una cuestión procedimental y no de fondo ya que, conforme al artículo 7.1. *b*) del Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio se atribuye a la citada Dirección General la tramitación de los expedientes de nacionalidad. En consecuencia, se hace necesario modificar el artículo 7.3 de la JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, de manera que la resolución dictada ponga fin a la vía administrativa introduciendo el recurso potestativo de reposición en lugar del recurso de alzada[12].

Para resolver alguno de los problemas que derivan de la aplicación de esta Orden, se promulga la reciente Orden JUS/1018/2022, de 24 de octubre, por la que se modifica la Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia (BOE de 28 de octubre de 2022).

No obstante, también algunas disposiciones previas, han de ser tenidas en cuenta para abordar la cuestión de cómo valorar «la integración del extranjero

---

[11] Orden JUS/1018/2022, de 24 de octubre, por la que se modifica la Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia (BOE de 28 de octubre de 2022). Asimismo, y en relación también con las dispensas, el Instituto Cervantes ha señalado que debe facilitarse el proceso de identificación de los candidatos en la realización de las pruebas de examen de conocimiento del idioma español (DELE) y de conocimientos constitucionales y socioculturales (CCSE) ya que la actual identificación mediante el pasaporte junto con la Tarjeta de Identidad de Extranjero (TIE), original y en vigor, resulta muy gravoso ya que la renovación de pasaportes es extremadamente complicada para la mayoría de los ciudadanos extranjeros como consecuencia de las restricciones a la movilidad ocasionadas por la pandemia, cuando no imposible como es el caso de los ciudadanos venezolanos. Además, la enorme disparidad en la forma, contenidos y normas reguladoras de los pasaportes de los distintos países hace que termine no siendo tan fiable la identificación de un ciudadano extranjero mediante el pasaporte como mediante la TIE, que es un documento común a todos los residentes en España.

[12] Ibídem., Exposición de Motivos de Orden JUS/1018/2022, de 24 de octubre.

en la sociedad española». Nos referimos a la Instrucción General de los Registros y del Notariado de 26 de julio de 2007, donde por primera vez se regula este tema, con la finalidad de «mejorar y unificar la conformación del expediente de adquisición de la nacionalidad por residencia, agilizar su tramitación, facilitarlo a los ciudadanos y velar por los derechos de los menores cuando sean los interesados en el procedimiento»[13]. Pretende, asimismo, «recordar la importancia que la inmediación del Encargado del Registro Civil tiene en el examen del grado de integración de extranjero en la sociedad española»[14]. Con esta finalidad, la Instrucción estableció una serie de reglas en relación con la documentación que debe aportar el interesado, incluido el control de autenticidad, incidiendo, asimismo, en la importancia de la valoración del grado de integración del extranjero en la sociedad española a través de la entrevista personal con el Encargado del Registro Civil[15].

Posteriormente, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 2012[16], al referirse a algunos aspectos del plan intensivo de tramitación de los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia, entre otras cuestiones, resalta la especial importancia del contenido de los informes relativos al grado de integración del solicitante de la nacionalidad en la sociedad española. Y en este punto se encarece a los Encargados de los Registros Civiles la adecuada celebración de la entrevista personal, su constancia en acta, así como la elaboración de un informe completo que permita a esta Dirección General formarse un juicio de valor coherente y ponderar adecuadamente el cumplimiento del requisito de la necesaria integración en la sociedad española para adquirir la nacionalidad.

3. Integración en la sociedad española como *conditio sine qua non*

En las disposiciones normativas anteriores, solo se perfila el marco legal donde se recoge la exigencia de la concurrencia del requisito de integración del extranjero en la sociedad española, pero en ningún caso se define el concepto en sus precisos términos. No obstante, vamos a tratar de con-

[13] Preámbulo de la Instrucción de 26 de julio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia. Publicada en BOE, núm. 189 de 08 de agosto de 2007, Vigencia desde 28 de agosto de 2007.

https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/i260707-

[14] Ibídem.

[15] Gómez Campelo (2021).

[16] Instrucción de 2 de octubre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre determinados aspectos del plan intensivo de tramitación de los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia, «BOE» núm. 247, de 13 de octubre de 2012, https://www.boe.es/eli/es/ins/2012/10/02/(1).

cretar los extremos que sirven para delimitar el concepto del que estamos hablando[17].

3.1. Delimitación de su contenido

Como hemos puesto de manifiesto, para la adquisición de la nacionalidad por esta vía, se exige que la residencia sea legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición y que se acredite por el peticionario «buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española», conforme al procedimiento previsto en los artículos 220 a 224 del Reglamento del Registro Civil (en adelante RRC)[18].

Por lo que se refiere a la primera exigencia, el presupuesto que habilita para solicitar la adquisición de la nacionalidad española por la vía prevista en los arts. 21.2 y 22 del Código civil, es la residencia en España. Se entiende que ésta constituye una situación de hecho, que implica que el interesado reside en nuestro país, en el cual tiene su hogar y su centro de vida. Sin embargo, no es suficiente la residencia de hecho. Para la adquisición de la nacionalidad, conforme al art. 22.3 del Código civil, la residencia «habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición».

La condición de la legalidad supone que no basta «cualquier estancia o permanencia en territorio español, aunque sea legal (la de los miembros del servicio diplomático o consular de una nación extranjera, o de los miembros de fuerzas extranjeras destacadas en España, o de extranjeros con pasaporte debidamente visado, entre otros supuestos), sino que ha de tratarse de «residencia legal», entendiendo por tal únicamente la que se encuentra amparada por el correspondiente permiso de permanencia[19].

En cuanto al requisito de la continuidad en la residencia, no implica prohibición absoluta de salir del territorio nacional, puesto que no debe considerarse inexistente por el hecho de que el interesado haya tenido que realizar, durante el período de tiempo contemplado, cortos y esporádicos viajes o salidas al extranjero. «Esta permisión, a falta de fijación *ex lege* de un límite a la duración y frecuencia de los mismos, no puede por menos de merecer una interpretación y aplicación restrictiva, que ha de ser ponderada bajo las perspectivas de la accidentalidad o no frecuencia en su realización, de la brevedad en su duración y de la justificación en sus motivos, pues mantener un criterio amplio y permisivo en esta materia, además de ser contrario a la *ratio legis* del precepto regulador de esta forma de adquisición de la nacionalidad, que, como prueba del ánimo del interesado de integrarse en la comunidad espa-

[17] Celador Angón (2020). Libertad de conciencia, integración e inmigración. Lecciones desde el Reino Unido, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho,* 43.

[18] Rubio Torrano (2010) y Martín Azcano (2014).

[19] STS Sala de lo Civil, de 19 septiembre 1988, STS 11055/1988 - ECLI:ES:TS:1988:11055, FJ.1.

ñola, exige expresamente que su residencia sea continuada, lo que es sinónimo de no interrumpida, podría suponer la apertura de un peligroso y siempre recusable portillo al fraude de ley»[20]. Lógicamente, esta residencia debe ser anterior a la solicitud de adquisición de la nacionalidad.

Por lo que se refiere a los plazos de la residencia, el art. 22 del Código civil dispone:

«1. Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes.
2. Bastará el tiempo de residencia de un año para:

a) El que haya nacido en territorio español.
b) El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar.
c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud.
d) El que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho.
e) El viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho.
f) El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles...».

Es preciso puntualizar que la exigencia de suficiente grado de integración, únicamente se necesita para la adquisición de la nacionalidad por residencia, lo que implica un vínculo directo entre la permanencia en el país y la integración en la sociedad en la que el solicitante reside. De ahí que podamos considerar que, para el legislador, la residencia, a los efectos de la obtención de la nacionalidad, es considerada como «algo más» que el simple transcurso del tiempo, habida cuenta que los plazos de estancia en España exigidos en cada uno de los casos previstos legalmente, acreditan el arraigo en la sociedad en la que se reside, pero no su efectiva integración en la misma.

Por otro lado, es el solicitante, conforme a lo establecido en el art. 22.4 del CC, el que deberá justificar el suficiente grado de integración[21]. Cobra especial relevancia, en este sentido, que esta justificación debe de ser acreditada en el expediente regulado conforme a la legislación del Registro Civil. Para ello, el interesado podrá aportar cualquier medio de prueba admitido en

[20] Ibídem., FJ.4.
[21] Requero Ibáñez (2002).

Derecho (art. 221 RRC), si bien, el encargado está obligado a oír al solicitante, especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles. De todo ello se deduce que la audiencia personal al solicitante se configura como un medio imprescindible, prácticamente exclusivo, para comprobar la concurrencia del requisito de integración.

En consecuencia, el examen de integración que debe realizar el Encargado del Registro Civil debe ser suficiente para servir de base y fundamento a la justificación de la misma a efectos de la adquisición de la nacionalidad española por residencia. Este examen, fruto de la inmediación entre el Encargado y el promotor o interesado en el expediente, incluirá una entrevista personal con el mismo, de la cual deberá resultar un juicio indubitado y expreso del Encargado que deberá incluirse necesariamente en un informe, manifestando si considera al extranjero suficientemente integrado o no en nuestro país.

Es el RRC, en el artículo 220, apartado 5.º, la norma que hace un esfuerzo de aproximación al concepto de integración, al equiparar ésta a la «adaptación a la cultura y estilo de vida españoles», de manera que en la solicitud se debe indicar, entre otros, si se habla castellano u otra lengua española o cualquier circunstancia de adaptación a la cultura o modo de vida españoles, así como el grado de estudios, actividades benéficas o sociales y las demás que estime convenientes».

En último término y, sin perder de vista que se trata de un «concepto jurídico indeterminado», podemos considerar que la consecución de este grado de integración, a los efectos de la adquisición de la nacionalidad por residencia, implica la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales que en gran parte tienen reflejo constitucional, su grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como su arraigo familiar, todo lo cual ha de justificarse por el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente administrativo[22].

3.2. Introducción de la perspectiva de género en la jurisprudencia española

Conforme al art. 22.4 del Código Civil, para adquirir la nacionalidad por residencia, 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. Dado que el Encargado del Registro Civil goza de la inmediación, es a él a quien corresponde comprobar y dejar constancia en el expediente de nacionalidad del grado de integración del peticionario observado en la audiencia personal. Frente al tradicional posicionamiento mantenido por la jurisprudencia sobre esta materia, la Sentencia del

[22] Ortega Giménez (2013).

Tribunal Supremo 1521/2021, de 11 de diciembre, representa un punto de inflexión en esta materia, al introducir la perspectiva de género a la hora de valorar los requisitos exigidos legalmente para preceder al reconocimiento de la nacionalidad por residencia en el caso de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad y carentes de formación. La trascendencia de este pronunciamiento, nos lleva a dedicarle un estudio detallado por la repercusión que, sin duda va a tener *ad futurum,* orientando un nuevo régimen jurídico en esta materia[23].

3.2.1. *Orientación tradicional de los tribunales españoles*[24]

El Tribunal Supremo, en distintas resoluciones, ha considerado que «la integración social deriva de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales españoles, así como del grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, junto al arraigo y la estructura familiar»[25].

Un elemento determinante para justificar el cumplimiento del requisito de integración en la sociedad española es el conocimiento del idioma, «en la medida en que el mismo es necesario para entablar relaciones sociales con terceros en grado suficiente para procurar una integración efectiva en la sociedad. Difícilmente podrá hablarse de integración efectiva en la sociedad si se desconoce por completo el idioma español, o si el conocimiento es tan limitado que impide sostener una conversación ininteligible y funcional sobre las cuestiones que habitualmente acaecen en la vida diaria». No obstante, también considera el Tribunal Supremo un exceso, «apurar el razonamiento hasta sostener que solo existe integración suficiente en la sociedad española cuando se posee un conocimiento acabado de nuestra lengua. Tampoco puede negarse la existencia de esa tan citada integración cuando el solicitante no llega a dominar con total fluidez el español, pero aun así es capaz de entenderse en este idioma y entablar relaciones sociales adecuadas y eficaces con arreglo a los estándares de convivencia usuales. En consecuencia, resulta inevitable una valoración singularizada y casuística de las circunstancias concurrentes para apreciar si, en definitiva, el solicitante posee un conocimiento útil del idioma español que permite tener por existente la integración en la sociedad que legitima la obtención de la nacionalidad»[26].

Por otro lado, respecto al conocimiento por el interesado de la realidad sociopolítica española, las instituciones básicas del Estado o los acontecimien-

---

[23] Lara Aguado (2008).

[24] Sillero Crovetto (2010) y Guzmán Peces (2005).

[25] SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc.6ª, de 28 de noviembre de 2011, STS 8083/2011, ECLI:ES:TS:2011:8083, FJ. 2 y 19 de diciembre de 2011, STS 8626/2011, ECLI:ES:TS:2011:8626, FJ. 1.

[26] STS, Sala de Contencioso-Administrativo, Secc. 6.ª, de 27 de junio de 2011, STS 4132/2011, ECLI:ES:TS:2011:4132, FJ.4.

tos relevantes de la sociedad española, el Tribunal Supremo se pronuncia en sentido análogo, puesto que considera que «difícilmente puede considerarse integrada una persona que, pese a residir durante un largo período de tiempo en España, desconoce elementos al alcance de cualquier ciudadano medio interesado en la sociedad en la que se desenvuelve»[27].

En la línea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional[28] sostiene que «la integración social no deriva exclusivamente del conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, (...) lo cual ha de desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente». Por otra parte, manifiesta el tribunal que »el conocimiento de la lengua y del marco institucional forma parte del grado de adaptación a la cultura española, que, a su vez, es un componente del requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española que el interesado debe justificar, si bien, el nivel de exigencia en cuanto al conocimiento de la lengua y de las instituciones españolas, puede modularse en función del grado de instrucción del interesado y de las demás circunstancias que concurran en el mismo, requiriéndose, en cualquier caso un dominio de la lengua que permita, al menos, una comunicación fluida a nivel oral y un cierto grado de conocimiento de la realidad española de la que se pretende formar parte como un miembro nacional más»[29].

Otro pronunciamiento de especial interés para este estudio, viene de la mano de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 16 de octubre de 2015[30]. En este caso, según se desprende del expediente, se deniega la solicitud porque no ha justificado la solicitante suficiente grado de integración en la sociedad española. Esta denegación obedece a que la Encargada del registro, tras la audiencia, objeta que la interesada no entiende ni habla castellano adecuadamente, razón por la cual informó desfavorablemente la petición de nacionalidad, lo que motivó que la Dirección General de Registros y Notariado denegara la petición. Sin embargo, del acta de audiencia y del cuestionario que respondió la demandante no se desprenden las conclusiones que alcanzó la Encargada, ya que la práctica totalidad de las preguntas fueron contestadas de forma correcta, evidenciando un conocimiento suficiente de la sociedad y de la cultura española, en orden a tener por acreditado el requisito de integración, «requisitos que hemos de identificar —argumenta la sentencia—, con la armonización con los principios y valores sociales que en gran parte tienen reflejo constitucional, su grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como su arraigo familiar»[31]. A modo de ejemplo, para poner de mani-

[27] STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc.6ª, de 17 de octubre de 2011, STS 6503/2011, ECLI:ES:TS:2011:6503, FJ. 3.

[28] SAN de 12 de febrero de 2014, SAN 593/2014, ECLI:ES:AN:2014:593, FJ. 3.

[29] Ibidem., FJ.3.

[30] SAN, de 16 de octubre de 2016, 3545/2015, ECLI:ES:AN:2015:3545, FJ.2.

[31] Ibídem., FJ.3.

fiesto este conocimiento, la resolución argumenta que la actora identifica partidos políticos españoles, conoce cómo se organiza territorialmente España, los monumentos más conocidos no ubicados en Barcelona, así como los sindicatos más representativos. Además, de especial trascendencia resulta el hecho de haber obtenido en España la especialidad en Medicina Familiar Comunitaria y haber asistido a numerosos cursos sobre medicina en nuestro país.

A tenor de lo expuesto, considera el órgano juzgador que «se evidencia un arraigo familiar y sociocultural y un conocimiento del idioma que ha resultado eficaz como vehículo de adquisición de los conocimientos básicos que le han aproximado a la sociedad y a sus instituciones». La sala puede deducir, a través de elementos de juicio del expediente, que la demandante «conoce las costumbres y valores de la sociedad en la que pretende insertarse como nacional y que los asume como propios. En casos como el presente, es inevitable hacer una «valoración singularizada y casuística de las circunstancias concurrentes para apreciar si, en definitiva, el solicitante posee un conocimiento útil del idioma español que permite tener por existente la integración en la sociedad que legitima la obtención de la nacionalidad»[32]. Cabe, en consecuencia, «un conocimiento no acabado del idioma, pero ello no significa falta de integración, cuando el grado de manejo del mismo ha resultado idóneo para conocer y poder asumir los valores de esa sociedad»[33].

En consecuencia, el tribunal, como en otros supuestos semejantes, considera que la causa de denegación que se asentaba en un deficiente grado de integración en la sociedad española se desvanece al no aparecer debidamente acreditada y constar, por el contrario, elementos positivos del necesario grado de integración social del recurrente. Al existir evidencias que demuestran una integración suficiente —art. 22.4 del Código Civil—, concluye el Tribunal que queda acreditado este requisito.

3.2.2. *La perspectiva de género en la STS 1521/2021, de 17 de diciembre*[34]

El sentido de este pronunciamiento del Tribunal Supremo representa un referente al incorporar la perspectiva de género a un tema en el que, hasta este momento, había sido ignorada la particular situación de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres migrantes a la hora de solicitar el reconocimiento de la nacionalidad por residencia en España, con la finalidad de evitar un tratamiento discriminatorio por razón de género.

---

[32] STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 14 noviembre 2011, recurso 2198/2009, STS 7417/2011, ECLI:ES:TS:2011:7417, FJ. 3, y Sentencia de 27 junio 2011, recurso 4496/2008, STS 4132/2011, ECLI:ES:TS:2011:4132, FJ. 4.

[33] Ibídem.

[34] STS de 17 de diciembre de 2021, Sala de lo Contencioso Administrativo, STS 4917/2021, ECLI:ES:TS:2021:4917.

3.2.2.1. Circunstancias del caso

En su pronunciamiento el TS resuelve un recurso de casación interpuesto por una ciudadana marroquí con permiso de residencia en España contra la sentencia de 3 de febrero de 2020, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso 1313/2018, que había sido promovido por la mencionada recurrente, en impugnación de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de julio de 2018, por la que se le denegó la nacionalidad española por residencia. La mencionada resolución denegó la petición por considerar que la solicitante, conforme se había informado por el Encargado del Registro Civil, no tenía un suficiente grado de integración en la sociedad española[35].

Las razones para la decisión adoptada por la Sala sentenciadora se contienen en los fundamentos segundo a cuarto, en los que se razona en los siguientes términos:

> «[...] Está acreditado que la recurrente, que había obtenido permiso de residencia inicial en España el 20 de junio de 2000, formuló su solicitud de nacionalidad española el 10 de septiembre de 2012. El Juez encargado del Registro Civil informó el 28 de abril de 2015 desfavorablemente la solicitud de nacionalidad española formulada por la recurrente. De los datos obrantes en el expediente administrativo, concretamente, del examen ante el juez encargado del Registro Civil que tuvo lugar en Manresa el día 1 de abril de 2015, así como del informe del encargado del Registro Civil, se desprende que la recurrente, desconoce las instituciones y actualidad políticas, así como datos culturales y geográficos de España y su realidad política, social y cultural. Desconoce las costumbres y tradiciones españolas[36].
>
> «[...] El citado requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, precisa de la concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso y cuya valoración lleva a una única solución justa, jurisdiccionalmente controlable, que debe adoptarse por la Administración (art. 103 de la Constitución), sin que propicien soluciones alternativas propias de la discrecionalidad administrativa».[37]

A juicio del tribunal, «[...] La demandante no aparece integrada en la sociedad española, como se pone de manifiesto en la información obrante en el expediente administrativo, más arriba referida y que sirvió de fundamento y motivación de la actuación administrativa objeto del presente recurso. La recurrente

---

[35] SAN 390/2020, de 3 de febrero de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, en el recurso 1313/2018, deducido frente a la resolución de 17 de julio de 2018 de la Dirección General de Registros y Notariado que denegó la solicitud de nacionalidad por residencia por incumplimiento del requisito de integración en la sociedad española.

[36] Ibídem., FJ 4.

[37] Así ha declarado la sentencia de 24 de abril de 1999 (RJ 1999, 4597), citando otras como las de 22-6-82 (RJ 1982, 4829) y 21-12-de 1998 (RJ 1998, 10312).

desconoce las instituciones y actualidad políticas, así como datos culturales y geográficos de España y su realidad política, social y cultural datos relativos a las instituciones políticas españolas, a pesar de que reside legalmente en España desde el 20 de junio de 2000, habiendo formulado su solicitud de nacionalidad española 10 de septiembre de 2012. Pero lo cierto es que no basta, para considerar que una persona que pretende la nacionalidad española reúne el requisito relativo a la integración en su sociedad, con el hecho de su matrimonio, su residencia habitual, el lugar de radicación de sus actividades económicas y familiares y su patrimonio inmobiliario. La recurrente ignora aspectos fundamentales sobre España y su sociedad (desconoce fundamentalmente datos políticos, geográficos y culturales de España), por lo que hemos de concluir que tal desconocimiento se debe a su falta de implicación en las relaciones sociales y culturales, así como con las leyes, las instituciones, costumbres y forma de vida de nuestra sociedad»[38]. Por ello, este tribunal concluye —STS de 24 de abril de 1999, entre otras— «que la denegación de la nacionalidad española del recurrente por falta de integración en la sociedad española aparece debidamente motivada y es ajustada a derecho, según lo previsto en el artículo 22.4 del Código Civil, en relación con los artículos 220 y 221 del reglamento del Registro Civil, por lo que debe descartarse la existencia de arbitrariedad o de indefensión alguna. En consecuencia, debe desestimarse el presente recurso»[39].

En la misma línea, tras la interposición del recurso de casación, el Abogado del Estado se pronuncia sobre su desestimación argumentando que «la exigencia de la integración de los extranjeros que soliciten la nacionalidad comporta un requisito imprescindible, de tal forma que, de acogerse la argumentación de la recurrente, supondría reconocer la nacionalidad a las mujeres con un menor grado de integración, apartándose de la finalidad de la norma, sin que pueda encontrar amparo en lo establecido en la mencionada Ley 3/2007, que precisamente lo que pretende es la equiparación entre hombres y mujeres, que quedaría desvirtuada de accederse a la pretensión de la recurrente»[40]. En ese sentido se pronuncia la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuando reconoce que «las Administraciones Públicas basarán sus políticas en materia de inmigración en base, entre otros, a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres»[41].

3.2.2.2. Resolución del conflicto

A la hora de resolver esta cuestión, el Tribunal Supremo valora la posible atemperación del requisito del «suficiente grado de integración», que constituye, como venimos diciendo a lo largo de este estudio, uno de los presupues-

[38] SAN 390/2020, de 3 de febrero de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, FJ.4.

[39] Ibídem.

[40] STS 4917/2021, de 17 de febrero de 2021, FJ.1.

[41] Art. 2.bis.2º d) de la ley 4/2000, de 11 de enero de 2000, «BOE» núm. 10, de 12/01/2000.

tos para la concesión de la nacionalidad española por residencia, conforme a lo establecido en el artículo 22 del Código Civil, en relación con lo dispuesto en el artículo 14.6.º de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres[42].

Para determinar el alcance que tiene ese requisito y su vinculación a la normativa en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Tribunal tiene en cuenta que ese grado de integración constituye un concepto jurídico indeterminado que confiere a la Administración un amplio criterio de determinación, atendiendo a las circunstancias que en cada caso concurran, a cuyos efectos el legislador establece normas concretas del procedimiento para poder examinar la concurrencia de dicho presupuesto.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto[43], hay que subrayar que «la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 CE responde a la determinación del constituyente de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la mitad de la población. Pese a ello, a día de hoy, las mujeres soportan situaciones de desigualdad y dificultades específicas que se traducen, entre otras consecuencias, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en una mayor dificultad para conciliar la vida personal, familiar y laboral, particularmente por razón de la maternidad»[44].

En esta misma línea el Tribunal Constitucional, ante esta realidad, ha declarado, que es necesario —tal y como reclama la sociedad y se refleja en la intervenciones del legislador— «abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo ligado a la dignidad de la persona y valor de todo ser, y tutelar y favorecer el cambio de conciencia y convivencia que solo la paridad garantiza, fortaleciendo la tutela siempre que se constate una desigualdad histórica que pueda calificarse de "estructural"[45], pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional»[46]. En definitiva, «la prohibición constitucional específica

---

[42] En torno a los criterios generales de actuación de los poderes públicos, dispone el art. 14 que «A los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos: 6. La consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva».

[43] En relación con la incidencia que sobre esa exigencia legal tiene la aplicación de los principios de igualdad efectiva entre hombre y mujer a que se refiere la Ley Orgánica 3/2007, que es la cuestión que centra el debate casacional, el TS acude a la doctrina acuñada al efecto por el Tribunal Constitucional, recopilada en la Sentencia 71/2020, de 29 de junio (ECLI:ES:TC:2020:71).

[44] STC 71/2020, de 29 de junio (ECLI:ES:TC:2020:71, FJ 2.

[45] Como señalara el Pleno de este Tribunal hace escasas fecha, en STC 91/2019, de 3 de julio, ECLI: ES:TC:2019:91, FJ 10. Este pronunciamiento tiene por objeto la aplicación al sistema del cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

[46] STC 108/2019, 19 de octubre, ECLI:ES:TC:2019:108, FJ 3 y STC 12/2008, de 29 de enero, BOE-T-2008-3850, FJ 4).

de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración (...)».[47]

Sobre esos presupuestos, considera el Tribunal Supremo en esta reciente sentencia de 2021 que «esa discriminación puede aparecer de distintas formas, y puede dar lugar a lo que se ha considerado una discriminación directa e indirecta, conforme cabe concluir de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación[48], y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ley que incorpora el acervo comunitario sobre igualdad de sexos[49]. Lo relevante es que, conforme a lo establecido en el artículo 6. 3.º, de la Ley Orgánica, tanto una como otra modalidad se consideran discriminatorias.

La discriminación directa a que se refiere el artículo 6 de la mencionada Ley Orgánica, se configura como «la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.» Es decir, en esta modalidad de la discriminación se produce un tratamiento perjudicial por razón del sexo, en el que el sexo es objeto de consideración de la discriminación[50].

Por lo que se refiere a la discriminación indirecta a que alude el mencionado artículo 6 de la Ley Orgánica, es aquella «situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. En tales situaciones, pese a su aparente irrelevancia, «se perjudica a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, aunque no se exige que la concreta medida comporte un trato más beneficioso atribuido exclusivamente a los varones, sino que es suficiente con que exista una norma o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para las mujeres, un régimen distinto y perjudicial de un grupo social constituido

[47] STC 66/2014, de 5 de mayo, BOE-A-2014-5868, FJ 2.

[48] Bascherini (2006).

[49] Figueroa Bello (2006).

[50] Como declara el TC en su Sentencia 108/2019, «comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca, vinculando particularmente con esto último el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, toda vez que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres...», STC 108/2019, de 30 de septiembre, ECLI: ES:TC:2019:108, FJ. 2.

de forma mayoritaria por mujeres»[51]. Pero, como se establece en el precepto, no es suficiente con esa discriminación subyacente en la norma o en su aplicación respecto de las mujeres. Se requiere además que «no esté constitucionalmente justificada, justificación que debe estar basada en criterios objetivos ajenos a la propia consideración por razón de sexo; es decir, que los poderes públicos no pueden probar que la norma que comporta dicha discriminación encubierta responde a criterios de política social, justificadas por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por sexo. Esa configuración de la discriminación obliga a considerar, al examinar dicha justificación, los datos facilitados por la estadística, que permitan concluir en esa incidencia efectiva de la discriminación que subyace en la norma o en su aplicación»[52].

Como hemos venido exponiendo a lo largo de este estudio, una jurisprudencia constante y reiterada de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha venido estableciendo una ponderación en la apreciación de los requisitos que se imponen en el artículo 22 del Código Civil, unos de carácter reglado y objetivos y otros de apreciación discrecional, por constituir conceptos jurídicos indeterminados, como es el del *suficiente grado de integración en la sociedad española*. En relación con dicha exigencia, ha de estarse a las circunstancias personales del solicitante sin que puedan establecerse criterios objetivos sobre dicha integración. En ese sentido, resulta lógico, a juicio de este Tribunal, seguir esta máxima la hora de valorar dicho presupuesto de la nacionalidad, «cuando la solicitante sea una mujer migrante, en especial, de determinada procedencia de países en que la educación de las mujeres está condicionada a un aislacionismo social»[53]. Y ello obedece a que la aplicación de los criterios generales de actuación que se imponen en el artículo 14 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, en especial, cuando en su párrafo sexto exige tomar en consideración las singulares dificultades en que se encuentran mujeres del colectivo de especial vulnerabilidad, como sería ese supuesto[54].

Así las cosas, sin perjuicio de considerar que la condición de especial vulnerabilidad puede ser predicable respecto de las mujeres migrantes que han estado sometidas a unos usos sociales y culturales muy diferentes de los que rigen en nuestra sociedad, no puede considerarse que la procedencia de ambientes socioculturales discriminatorios de mujeres migrantes pueda servir para relajar la exigencia de la integración en la sociedad española para la

---

[51] Ibídem, FJ.4.

[52] STS 4917/2021, FJ.2.

[53] Ibídem.

[54] Reconoce este precepto que, a los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos: 6.«la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva».

Vid., STS de 12 de mayo de 2009, dictada en el recurso de casación 4248/2005, ECLI:ES:TS:2009:2768.

concesión de la nacionalidad por residencia; pero sí que esa integración no puede desconocer esa procedencia de ambientes de contexto socioculturales discriminatorios y acomodar la exigencia legal a tales circunstancias.

En suma, no puede establecerse una exigencia uniforme para todos los solicitantes porque la integración social, en cuanto referida a formar parte de la sociedad española, solo puede realizarse en función de las propias condiciones personales que concurren en cada solicitante. Si bien es cierto que dicha integración ha de suponer la asunción de los valores esenciales y peculiares de nuestra sociedad, no es menos cierto que no puede desconocerse la formación cultural de quien solicita la integración en una sociedad con la que ya se encuentra relacionada con el previo periodo de residencia que requiere esta modalidad de obtención de la nacionalidad. Por tanto, «no puede existir un estándar generalizado de integración válido para todos los solicitantes, sino que deben valorarse las propias circunstancias personales, entre ellos, indudablemente el déficit de formación cultural por la escasa formación prestada»[55].

En definitiva, si de lo que se trata es de constatar la concurrencia de las condiciones personales que se imponen para establecer el lazo entre el Estado y la solicitante que aspira a integrarse en el mismo con plenitud de derechos, no puede dejar de tomarse en cuenta las peculiares circunstancias personales de la solicitante, en particular, si por la procedencia de entornos sociales en que la mujer ha estado sometida a un ostracismo social, a diferencia de los varones, la normativa en materia de igualdad obliga a la interpretación de dichas condiciones acorde a estas circunstancias.

Y concluye la sentencia que «el grado de integración en la sociedad española debe ser valorado atendiendo a las propias circunstancias personales del solicitante y que la Administración, al examinar la petición de concesión de la nacionalidad por residencia, debe dejar constancia motivada de dichas circunstancias, máxime si en la solicitante concurren circunstancias de vulnerabilidad como puede ser mujer migrante de escasa instrucción y formación cultural, ello sin perjuicio de que tenga que concurrir la exigencia de la integración en relación con los valores sociales, culturales y políticos de nuestro País»[56].

4. Consideraciones finales

En las últimas décadas, la lucha por alcanzar la igualdad de género y acabar con las injusticias que separan a hombres y mujeres se ha convertido en una auténtica «revolución» que ha invadido prácticamente todas las esferas de nuestra actuación como ciudadanos, no solo las sociales, políticas, económicas o culturales sino, también, las que se refieren al ámbito jurídico[57]. Este

[55] STS 1521/2021, de 17 de diciembre, FJ. 2.
[56] Ibídem.
[57] Vaquero López (2018).

movimiento debe trasladarse a los principios que informan las disposiciones normativas, de distinto grado y orden, en nuestro país, cuestión que cobra particular relevancia en materia de extranjería.

La necesaria integración en la sociedad española como requisito para la adquisición de la nacionalidad por residencia, representa un concepto jurídico indeterminado que se ha ido concretando jurisprudencialmente y supone la aceptación y seguimiento de unos principios sociales básicos, especialmente, aquellos recogidos en disposiciones legales que disciplinan los presupuestos esenciales de la convivencia de los ciudadanos.

Teniendo en cuenta que la nacionalidad española concede al peticionario un «status» y unos derechos superiores a los derivados de la mera residencia legal en España, nuestro ordenamiento jurídico establece una exigencia de un grado de adaptación superior para quienes solicitan la nacionalidad que el exigible a los extranjeros residentes, en la medida en que los primeros pretenden su total equiparación política y jurídica a los ciudadanos españoles. El otorgamiento de esta nacionalidad resultaría incongruente con una residencia que, al margen de su duración, se desarrollase con desconocimiento de la forma de vida, costumbres y valores que conforman nuestra sociedad.

En consecuencia, la mera residencia en España durante un largo período de tiempo tan solo justifica el cumplimiento de uno de los requisitos legalmente exigidos para acceder a la nacionalidad española, residencia legal y continuada, pero resulta por sí misma insuficiente, si no va acompañada de una integración real y efectiva en las costumbres y forma de vida españolas. Y esta integración social implica la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen reflejo constitucional, así como su arraigo familiar, todo lo cual ha de acreditar el interesado.

Sin embargo, la perspectiva de género, punto de referencia cada vez más consolidado en el análisis de las diversas instituciones de nuestro ordenamiento jurídico, ha de aplicarse también al ámbito de la nacionalidad española, con la finalidad de atemperar el requisito del «suficiente grado de integración», exigido por el art. 22.4 CC, en el caso de la mujer migrante en un concreto y determinado contexto sociocultural, en aplicación del art. 14.6 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, que considera que las mujeres migrantes forman parte de un colectivo de especial vulnerabilidad.

Esta es la orientación seguida por el Tribunal Supremo en la más reciente jurisprudencia, si bien, desde esta sede proponemos que, de *lege ferenda,* se incorpore el sentido de esta resolución a la normativa reguladora de esta materia para evitar que situaciones manifiestamente discriminatorias por razón de género, se perpetúen *ad futurum,* al amparo de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que puedan justificar este tipo de prácticas lesivas de los derechos de la mujer.

Y esta propuesta legislativa debía pasar, necesariamente, por la adopción de medidas positivas respecto de las mujeres migrantes que en su mayoría se

encuentran en desventaja por haber carecido de una formación básica por su misma condición de mujer, desventaja que se consolida y perpetúa en la práctica, si el país de acogida les impide acceder a la nacionalidad y participar activamente en las distintas instituciones.

BIBLIOGRAFÍA

Bascherini, G. (2006). Las políticas migratorias en Europa: una visión comparada. *Revista de derecho constitucional europeo,* 10, 49-100.

Celador Angón, O. (2020). Libertad de conciencia, integración e inmigración. Lecciones desde el Reino Unido. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho,* 43, 65-86.

Cobas Cobiella, M. (2014). Una mirada a los requisitos de la obtención de la nacionalidad por residencia. *Barataria: revista castellano-manchega de ciencias sociales,* (12), 229-242.

De la Iglesia Monje, M. (2009). La integración española como causa de otorgamiento o denegación de la nacionalidad española por residencia: el supuesto de la poligamia. *Revista crítica de Derecho Inmobiliario,* (712), 921-924.

Figueroa Bello, A. (2006). *El principio de igualdad de trato y la no discriminación por razón de sexo como derecho fundamental en la Unión Europea*. Universidad de Salamanca.

Gómez Campelo, E. (2021). La incidencia de la falta de aportación documental en la concesión de la nacionalidad por residencia. *Cuadernos de derecho transnacional,* 13(1), 887-897.

Gil Ibáñez, J. (2001). La adquisición de la nacionalidad por residencia. *Homenaje a Hernández Gil,* A. coord. Martínez Calcerrada, L. (2), 1275-1304.

Guzmán Peces, M. (2005). La integración en la adquisición de la nacionalidad española por residencia. Comentario a la sentencia de 29 de octubre de 2004 del Tribunal Supremo. En Adam Muñoz, M. D y Blázquez Rodríguez, I. (coords.), *Nacionalidad, extranjería y ciudadanía de la Unión Europea* (pp. 41-50).

Guzmán Peces, M. (2008). La integración en la adquisición de la nacionalidad por residencia. Algunas reflexiones en torno a la apreciación de las cuestiones religiosas por parte de los tribunales, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* 30, 255-288.

Lara Aguado (2008). Adquisición por las mujeres marroquíes de la nacionalidad española por residencia. En Carmen Ruiz Sutil y Ricardo Rueda Valdivia (coords.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España* (pp. 365-392).

Martín Azcano, E. (2014). Requisitos para la adquisición de la nacionalidad por residencia: suficiente grado de integración en la sociedad española. *Actualidad civil,* 6, 1-9.

Martín Márquez, V. (2003). Tramitación de los expedientes de concesión de la nacionalidad española por residencia. En Manuel de Peralta y Carrasco (coord.), *Jornadas sobre la Ley de Extranjería e Inmigración* (pp. 65-72). Cáceres, 26 a 29 de marzo de 2001, Facultad de Derecho.

Navarro Gómez-Ferrer, S. y LLopis Rausa, F. (2013), Adquisición de la nacionalidad española por residencia: la encomienda de nacionalidad a los Registradores de la Propiedad, *Diario La Ley,* 8206.

Navarro Gómez-Ferrer, S. y LLopis Rausa, F. (2015), Comentario al Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia (BOE de 7 de noviembre de 2015), *Diario la Ley,* 8643.

Ortega Giménez, A. y López Álvarez, A. (2011). *Cuestiones socio-jurídicas actuales sobre la inmigración y la integración de personas inmigrantes en España.* Navarra.

Ortega Giménez, A. (2013), Valoración de la integración del extranjero en la sociedad española, cuando solicita la nacionalidad española por residencia: visión actual y futura en España y en parte del extranjero. *Revista Aranzadi Doctrinal,* 8, 211-222.

Ortega Giménez, A y Alonso García, E. (2016). Novedades en el procedimiento de adquisición de la nacionalidad española por residencia. *Economist & Jurist,* 197(24), 22-35.

Pérez Descalzo, M. (2020). Nacionalidad española por residencia. Cultura, lengua e integración. *Libro de Actas del X Congreso Internacional sobre Contenidos, Investigación, Innovación y Docencia* (pp. 232 y ss).

Reglero Campos, L. (2002). El nuevo régimen de adquisición de la nacionalidad española por residencia: plazos y requisitos de permanencia en territorio español. Una especial referencia a los descendientes de emigrantes españoles. *REGAP: Revista galega de administración pública,* 31(1), 39-64.

Requero Ibáñez, J. (2002). Adquisición de la nacionalidad por residencia. Análisis Jurisprudencial del artículo 22.4 del Código Civil: la buena conducta cívica y suficiente grado de integración. *REGAP: Revista galega de administración pública,* 32(1), 53-72.

Rubio Torrano, E. (2010), Adquisición de nacionalidad por residencia y exigencia de buena conducta cívica. *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal,* 3, 11-14.

Sillero Crovetto, B. (2010). Sentencias del Tribunal Supremo-Sala Tercera (Secciones Quinta de 12 de febrero de 2010 y Sexta de 19 de marzo de 2010) que resuelven respecto de la concesión o denegación de la adquisición de la nacionalidad española por residencia en España. *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico,* 33, 55-63.

Vaquero López, M. C. (2018). Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de derecho internacional privado desde una perspectiva de género, *Cuadernos de Derecho Transnacional.* 10(1), 439, DOI:Https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4129.

Ventura Ventura, J. M. (2011). Artículo 22. Obtención de la nacionalidad por residencia. *Código Civil comentado,* Cañizares Laso, A., y otros, 1, (*Título preliminar: De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I: De las personas. Libro II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones* (artículos 1 a 608) / coord. por Pedro de Pablo Contreras, 229-238.

GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA