
Part general

Laïcitat, acords amb les confessions i pluralisme religiós

PID_00268807

Àlex Seglers Gómez-Quintero (†)
Marta Gámiz Sanfeliu

Revisió a càrrec de
Joan Capseta Castellà
María Jesús Gutiérrez del Moral

Temps mínim de dedicació recomanat: 5 hores





Àlex Seglers Gómez-Quintero
(†)

Doctor en Dret. Professor agregat de Dret eclesiàstic de l'Estat a la Universitat Autònoma de Barcelona (UAB).



Marta Gámiz Sanfeliu

Doctora en Dret. Professora de Dret eclesiàstic de l'Estat a la Universitat Internacional de Catalunya (UIC).



Joan Capseta Castellà

Doctor en Dret. Advocat en exercici. Mediator. Professor associat de la Universitat Pompeu Fabra (UPF).



María Jesús Gutiérrez del Moral

Doctora en Dret. Professora Titular de Dret Eclesiàstic de l'Estat a la Universitat de Girona (UdG).

La revisió d'aquest recurs d'aprenentatge UOC ha estat coordinada pel professor: Miquel Peguera Poch (2019)

Segona edició: setembre 2019

© Àlex Seglers Gómez-Quintero, Marta Gámiz Sanfeliu, Joan Capseta Castellà, María Jesús Gutiérrez del Moral

Tots els drets reservats

© d'aquesta edició, FUOC, 2019

Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona

Realització editorial: FUOC

Cap part d'aquesta publicació, incloent-hi el disseny general i la coberta, no pot ser copiada, reproduïda, emmagatzemada o transmesa de cap manera ni per cap mitjà, tant si és elèctric com químic, mecànic, òptic, de gravació, de fotocòpia o per altres mètodes, sense l'autorització prèvia per escrit dels titulars dels drets.

Índex

1. Constitucionalisme i religió.....	5
1.1. Dels textos vuitcentistes a la Segona República (1931)	5
1.2. Del franquisme (1939) a la transició política (1975)	9
2. Llibertat religiosa i no-discriminació.....	13
2.1. El principi de llibertat religiosa i de creences	13
2.2. El principi d'igualtat i no-discriminació religiosa	15
3. Laïcitat i cooperació amb les confessions.....	20
3.1. El principi de laïcitat (aconfessionalitat)	20
3.2. El principi de cooperació amb les confessions	24
4. Sistema de fonts i acords de cooperació Estat-confessions.....	29
4.1. Les fonts formalment i materialment unilaterals	29
4.2. Les fonts formalment unilaterals però materialment bilaterals	33
4.2.1. Els acords amb la Santa Seu de 1976 i 1979	33
4.2.2. Els acords de cooperació de 1992 amb les confessions jueva, evangèlica i islàmica	36
4.3. La recepció estatal de les normes confessionals	41
5. Projeccions jurídiques del pluralisme religiós.....	43
5.1. Els símbols personals: el <i>hijab</i> , la quipà i d'altres	43
5.2. Els símbols estàtics: el crucifix	47
5.3. Els matrimonis concertats, el repudi, la clitoridectomia i els càstigs corporals	51
5.4. La poligàmia i la cultura pública comuna	55
5.5. L'islamisme davant la democràcia i la laïcitat	61

1. Constitucionalisme i religió

1.1. Dels textos vuitcentistes a la Segona República (1931)

El tractament jurídic de la religió i l'estatus de l'Església catòlica han estat dues constants al llarg de la nostra història constitucional, tant que la seva regulació específica mostra que l'autonomia científica del *law and religion* es deu en part al seu ancoratge constitucional i polític. És per això que en aquest epígraf farem un repàs del que s'ha anomenat "la qüestió o les qüestions religioses", enteses com a sinònim de conflicte entre el factor religiós institucional representat per l'Església catòlica i l'Estat. Creiem que per a arribar a comprendre l'abast i el significat de la solució jurídica actual, és aconsellable referir-se als textos constitucionals que van influir en els períodes i règims anteriors a la vigent Constitució.

Com a fórmula de l'estat de dret, la confessionalitat sorgeix amb la Constitució de Baiona de 6 de juliol de 1808, que s'obre, en la part dispositiva, amb l'article primer del títol I –sota la rúbrica "De la religió"–, i proclama solemnement que "la religió catòlica, apostòlica, romana, a Espanya i en totes les possessions espanyoles, és la religió del Rei i de la Nació, i no se'n permet cap altra".

La confessionalitat estatal s'acompanya d'una invocació a Déu i d'una prohibició respecte a les altres religions. És la pauta que seguirà la Constitució de Cadis de 19 de març de 1812. En l'article 12 diu que "la religió de la Nació espanyola és i serà perpètuament la catòlica, apostòlica, romana, única verdadera. La Nació la protegeix mitjançant lleis sàvies i justes, i prohibeix l'exercici de qualsevol altra". Es tracta d'una declaració política inamovible i dogmàtica, que tutela expressament una sola de les religions –per exemple mantenint el Tribunal de la Inquisició– i margina la resta de cultes. Amb tot, les Corts de Cadis van dur a terme una doble tasca: van canviar de 1810 a 1812 el règim polític i van impulsar una certa transformació social gràcies a la llibertat d'impremta, que provocaria una eclosió immediata de publicacions.

Un cop superada la Restauració fernandina (1814-1833), tres noves fórmules de confessionalitat –menys excloents– aconseguiran ser vigents en dos textos constitucionals i un Concordat amb la Santa Seu, tot això sota la regència de Maria Cristina de Borbó i el regnat d'Isabel II.

La Constitució de 18 de juny de 1837 assenyalarà en l'article 11 que "la Nació s'obliga a mantenir el culte i els ministres de la religió catòlica que professen els espanyols". Aquest nou text constitucional el va elaborar una comissió en la qual el seu president, Agustín de Argüelles (1776-1844), ja havia exercit un

Confessionalitat

Com a fórmula de l'estat de dret, la confessionalitat sorgeix amb la Constitució de Baiona de 6 de juliol de 1808, que s'obre, en la part dispositiva, amb l'article primer del títol I –sota la rúbrica "De la religió"–, i proclama solemnement que "la religió catòlica, apostòlica, romana, a Espanya i en totes les possessions espanyoles, és la religió del Rei i de la Nació, i no se'n permet cap altra".

paper important en la redacció de la Constitució de 1812. És per això que va mantenir una línia de continuïtat marcada per un liberalisme doctrinari que va preveure la sobirania compartida entre el Rei i les Corts.

Més expressiva –encara que també lacònica– serà la fórmula de confessionalitat de la Constitució de 24 de maig de 1845, l'article 11 de la qual declararà que "la religió de la Nació espanyola és la catòlica, apostòlica, romana. L'Estat s'obliga a mantenir el culte i els seus ministres".

Tots dos textos polítics es van caracteritzar per la seva confessionalitat i el seu reiterat compromís de mantenir el culte catòlic. Tanmateix, la Constitució de 1845 va tenir un caràcter ideològic més conservador. Encara que molts dels seus articles van ser una transcripció gairebé literal dels de la de 1837, en el terreny religiós, no solament es va partir de la condició catòlica del poble espanyol, sinó també de la seva inveterada unitat religiosa.

Més solemne –si és possible– i inequívoc serà el Concordat de 16 de març de 1851, subscrit pels plenipotenciaris de Pius IX (1792-1878) i d'Isabel II (1830-1904). Font bilateral del *law and religion* de l'època, en l'article 1 s'estableix que "la religió catòlica, apostòlica, romana, que amb exclusió de qualsevol altre culte continua essent l'única de la Nació espanyola, sempre es conservarà en els dominis de S. M. catòlica amb tots els drets i les prerrogatives que ha de gaudir segons la llei de Déu i el que disposin els sagrats canons".

Sens dubte, una línia política important d'aquesta etapa va consistir en el restabliment de les relacions entre l'Església catòlica i l'Estat per mitjà del Concordat. El militar liberal i progressista Juan Prim (1814-1870) declararia a les Corts –a propòsit del Concordat–, que "és digne dels temps de Torquemada; d'aquest Concordat que vol lliurar l'educació de la joventut espanyola com l'expansió de la filosofia al fanatisme de la teocràcia; d'aquest Concordat, en definitiva, que ens vol imposar els convents de frares".

La ruptura produïda com a conseqüència de la desamortització religiosa havia comportat un període de tenses relacions entre tots dos poders, però la situació va canviar en començar la Dècada Moderada (1844-1854). La monarquia isabelina, per a consolidar el seu poder i marginar l'oposició carlista, va optar pel reconeixement i la legitimació del Papa, fins i tot intervenint militarment en la defensa dels estats pontificis.

Amb el Concordat se solidificarien les bases d'una política religiosa que duraria pràcticament fins a la Segona República (1931). Una política que, en tots aquells anys, únicament va ser alterada pel Sexenni Revolucionari de 1868 a 1874, i, més tard, per alguns projectes del regeneracionisme liberal impulsats per José Canalejas (1854-1912), ja durant la Restauració de 1876. Un exemple va ser la coneguda com a "Llei del cademat", que constava d'un article únic però eloqüent. Deia així: Article únic de la Llei de 27 de desembre de 1910:

"No es poden establir noves associacions pertanyents a ordres o congregacions religioses canònicament reconegudes, sense l'autorització del Ministeri de Gràcia i Justícia consignada en un reial decret. [...] Aquesta autorització no es concedeix quan més de la tercera part dels individus que hagin de formar la nova associació siguin estrangers."

Especial interès ofereix la Constitució d'1 de juny de 1869. Elaborada amb inusitada rapidesa, dissenyava una monarquia constitucional i democràtica; protegia drets elementals com la llibertat d'ensenyament, de residència o la inviolabilitat del correu, i especificava les condicions que havia d'observar tota detenció legal. Així mateix, va introduir per primera vegada la tolerància civil en matèria religiosa. El seu cèlebre article 21 disposava el següent:

"La Nació s'obliga a mantenir el culte i els ministres de la religió catòlica.

L'exercici públic o privat de qualsevol altre culte queda garantit a tots els estrangers residents a Espanya, sense més limitació que les regles universals de la moral i del dret.

Si alguns espanyols professen una religió diferent de la catòlica, els és aplicable tot el que disposa el paràgraf anterior."

Text liberal i progressista –fruit d'uns anys revolucionaris–, la seva principal novetat és que va establir la sobirania a la Nació i va incorporar la fórmula de la tolerància dels cultes acatòlics, restringint la confessionalitat en les seves tres accepcions fonamentals. En efecte, el terme *confessionalitat* acostuma a donar lloc a equívocs; tanmateix, solen ser tres les accepcions més aclaridores: la **confessionalitat sociològica**, que consisteix en el reconeixement estatal que la gran majoria dels seus ciutadans professen una determinada religió; la **confessionalitat formal**, que es produeix quan l'Estat es qualifica ell mateix com el que professa una determinada religió, i, finalment, la **confessionalitat material** o **substancial**, que és quan l'Estat adequa i acomoda les seves lleis a una religió determinada.

En conseqüència, la Constitució de 1869 va superar el Concordat de 1851, ja que la moral i el dogma catòlics deixaran d'actuar com a límits a la llibertat religiosa dels ciutadans. Interessa, igualment, retenir que l'article 27 va introduir la prohibició de discriminació en l'obtenció i l'exercici dels càrrecs i ocupacions públiques, els quals eren "independents de la religió que professin els espanyols".

Arribem així a la Constitució de 2 de juliol 1876, promulgada per Alfons XII (1876-1885). D'ideologia conservadora, la sobirania es fonamentava en les Corts amb el Rei. L'article 11, que seria l'antecedent del futur article 6è. del Fur dels espanyols, va quedar redactat en els termes següents:

"La religió catòlica, apostòlica, romana, és la de l'Estat. La Nació s'obliga a mantenir el culte i els seus ministres.

Ningú no pot ser molestat en territori espanyol per les seves opinions religioses, ni per l'exercici del seu culte respectiu, salvant el respecte degut a la moral cristiana.

Tanmateix, no es permeten altres cerimònies ni manifestacions públiques que les de la religió de l'Estat."

El text polític de la Restauració s'endinsaria en el binomi confessionalitat/tolerància que, com a solució transaccional, era motivada per les anteriors constitucions vuitcentistes. La fórmula triada, en la qual l'Estat es comprometia a mantenir el clero catòlic, va suposar un fre a la llibertat religiosa i de consciència. Per més que la confessionalitat estatal es matisés amb la tolerància a les esglésies i comunitats religioses minoritàries, al final es va permetre únicament el culte públic de l'Església catòlica.

Com a solució transaccional que va ser, el precepte 11 de la Constitució de 1876 es convertiria en una de les bases primordials sobre les quals s'establiria el Règim de la Restauració, que va canviar amb la Segona República, després del sorprenent resultat de les eleccions municipals d'abril de 1931, a causa, sobretot, del col·lapse del sistema d'organització de cacic.

La Constitució de 9 de desembre de 1931 estableix en l'article 3 que "l'Estat espanyol no té religió oficial". I, en el títol III, relatiu als "Drets i deures dels espanyols", s'hi consignen les garanties individuals que al llarg de quatre preceptes es referiran a la qüestió religiosa.

L'article 25 aboleix qualsevol privilegi jurídic basat en "la filiació, el sexe, la classe social, la riquesa, les idees polítiques [o] les creences religioses". El 26 assenyala que "totes les confessions es consideren associacions sotmeses a una llei especial. L'Estat, les regions, les províncies i els municipis no han de mantenir, afavorir, ni auxiliar econòmicament les esglésies, associacions i institucions religioses. Una llei especial ha de regular la total extinció, en un termini màxim de dos anys, del pressupost del clero".

Per la seva banda, l'article 27 reconeix la "llibertat de consciència i el dret de professar i practicar lliurement qualsevol religió [...], salvant el respecte degut a les exigències de la moral pública". I finalment l'article 41 disposa que "no es pot molestar ni perseguir cap funcionari públic per les seves opinions polítiques, socials i religioses".

Quan s'anava a debatre en el Parlament l'article 26 de la Constitució, el Govern ja estava dividit. El president Alcalá Zamora (1877-1949) i Miguel Maura (1887-1971), igual que molts altres catòlics, eren partidaris d'una separació amistosa entre l'Església i l'Estat, formalitzada per mitjà d'un concordat aprovat per les Corts Generals.

Una de les posicions més extremistes va ser la dels radicals socialistes, que van proposar expulsar tots els ordes religiosos i nacionalitzar els béns eclesiàstics, mentre que els sectors moderats estaven d'acord amb la fórmula concordatària. El dilema es va solucionar amb la intervenció de Manuel Azaña (1880-1940), quan el 1931 va afirmar que l'Espanya dels segles XVI i XVII havia estat catòlica

–en el sentit en què ho eren les seves manifestacions culturals, artístiques, socials, etcètera–, mentre que la del segle passat ho havia deixat de ser. Del seu discurs es va dir que va causar escàndol, però que tenia fonament:

"Durant molts segles, l'activitat especulativa del pensament europeu es va fer dins del cristianisme, el qual va prendre per a si el pensament del món antic i el va adaptar amb més o menys fidelitat i congruència a la fe cristiana; però també des de fa segles el pensament i l'activitat especulativa d'Europa han deixat, almenys, de ser catòlics [...] Espanya era catòlica al segle XVI, malgrat que hi havia molts i molt importants dissidents, alguns dels quals són glòria i esplendor de la literatura castellana, i Espanya ha deixat de ser catòlica, malgrat que ara hi hagi molts milions d'espanyols catòlics, creients [...] Això vol dir que els sediments se sobreposen per l'al·livió de la Història, i que un sediment triga a desaparèixer i soterrar-se quan a les altures ja s'ha evaporat l'esperit religiós que el va llançar".

La Constitució de 1931 va significar, certament, una ruptura respecte als textos constitucionals anteriors, fins a l'extrem que va emparar actituds laïcistes i ideocràtiques. El que va definir l'Estat no va ser la garantia de la llibertat religiosa, sinó el laïcisme oficial: l'exercici de la llibertat religiosa no es va valorar positivament, el Concordat de 1851 es va ignorar per complet, l'ensenyament va passar a ser enterament laic i algunes de les institucions que conformaven – i conformen– la moral catòlica se suplirien en benefici del reconeixement civil del matrimoni i el divorci.

A diferència de la Constitució actual, la de la Segona República també es va caracteritzar per la centralització de la política religiosa. El títol I, dedicat a l'"Organització nacional," assenyalava en l'article 14 que són "de competència exclusiva de l'Estat espanyol la legislació i l'execució directa en les matèries següents: [...] 2a. Relació entre les esglésies i l'Estat i règim de cultes".

1.2. Del franquisme (1939) a la transició política (1975)

Després de l'alçament militar i el final de la Guerra Civil, el règim del general Francisco Franco (1892-1975) va representar un tall dràstic i profund amb el passat polític immediat. Originàriament, el Fur dels espanyols de 17 de juliol de 1945 va establir en l'article 6è. el següent:

"La professió i pràctica de la religió catòlica, que és la de l'Estat espanyol, té protecció oficial.

Ningú no pot ser molestat per les seves creences religioses ni l'exercici privat del seu culte.

No es permeten altres cerimònies ni manifestacions externes que les de la religió oficial."

Anys després, i en part a causa de l'assentiment donat reservadament per la Santa Seu a l'article 6è. del Fur, se subscriuria el Concordat de 27 d'agost de 1953, les negociacions del qual es van iniciar el 1950. S'ha dit que, en línies generals, el Concordat va ser un triomf de la diplomàcia franquista perquè contribuïa a donar vigor exterior al règim, per la qual cosa Franco el va utilitzar propagandísticament per consolidar el seu poder.

Les línies mestres del Concordat figuren en els seus dos primers preceptes. En el primer es llegeix que "la religió catòlica, apostòlica, romana continua essent l'única de la Nació espanyola i gaudeix dels drets i de les prerrogatives que li corresponguin en conformitat amb la Llei divina i el dret canònic". Mentre que en l'apartat 1 de l'article II es diu que "l'Estat espanyol reconeix a l'Església catòlica el caràcter de societat perfecta i li garanteix el lliure i ple exercici del seu poder espiritual i de la seva jurisdicció, i també l'exercici lliure i públic del culte".

D'acord amb la confessionalitat vigent, la Llei de principis del moviment nacional, de 17 de maig de 1958, establiria en l'article II que "la Nació espanyola considera com a timbre d'honor l'acatament a la Llei de Déu, segons la doctrina de la Santa Església catòlica, apostòlica i romana, única verdadera i fe inseparable de la consciència nacional, que n'ha d'inspirar la legislació".

Tanmateix, l'influx del Concili Vaticà II i la Declaració *Dignitatis humanae*, de 7 de desembre de 1965 –que analitzem en l'epígraf 3.3–, van impulsar el trànsit d'un règim de tolerància religiosa a un altre en què s'hauria de reconèixer el dret civil de llibertat religiosa.

En general, els historiadors han coincidit a assenyalar que el Concili va suposar per a alguns espanyols el reconeixement d'una manera d'entendre la religiositat en un clima de tolerància i llibertat; per a molts, inclosa una bona part de l'episcopat hispà, el descobriment d'una nova realitat que en més d'una ocasió els costaria comprendre.

No obstant això, la ràpida captació del missatge alliberador del Concili Vaticà II per part d'amplis sectors del clero i, en menor mesura, del laïcat, i la pujada al solí pontifici del papa Pau VI (1897-1978), desitjós de la democratització de la dictadura, determinarien que l'episcopat s'anés desplaçant lentament de les seves posicions tradicionals. Guanyats creixentment a una mentalitat de canvi estructural, van quedar progressivament seduïts per la idea, tal com volia un vast i, sobretot, influent conglomerat social, de convertir l'Església en el motor de les transformacions requerides per una nació que assistia a mudances profundes de les seves actuacions socioeconòmiques i de les seves idees i creences.

El resultat va ser el trànsit d'un règim de tolerància a un altre de llibertat, que es va plasmar en l'exposició de motius de la Llei 44/1967, de 28 de juny, de llibertat religiosa. S'hi esmenta que "la doctrina de l'Església catòlica ha d'inspirar a Espanya la seva legislació", i per això després del Concili sorgeix "la necessitat de modificar l'article 6è. del Fur dels espanyols per imperatiu del principi fonamental de l'Estat espanyol que queda fet mèrit". Per aquesta raó, en la Llei orgànica de l'Estat, de 10 de gener de 1967, l'article 6è. quedaria redactat en els termes següents:

"La professió i pràctica de la religió catòlica, que és la de l'Estat espanyol, té la protecció oficial.

L'Estat ha d'assumir la protecció de la llibertat religiosa, que s'ha de garantir mitjançant una tutela jurídica eficaç que alhora salvaguardi la moral i l'ordre públic."

Com s'ha observat, vet aquí la gran paradoxa: és la mateixa religió professada per l'Estat la que obliga aquest a acceptar la integració de les llibertats com un dels seus postulats.

Fora d'això, la Llei 44/1967, de 28 de juny, convenia en l'apartat primer de l'article 1 que "l'Estat espanyol reconeix el dret a la llibertat religiosa fonamentat en la dignitat de la persona humana i assegura a aquesta, amb la protecció necessària, la immunitat de tota coacció en l'exercici legítim d'aquest dret". Però, en l'apartat tercer del mateix precepte, es matisava clarament que "l'exercici del dret a la llibertat religiosa, concebut segons la doctrina catòlica, ha de ser compatible en tot cas amb la confessionalitat de l'Estat espanyol proclamada en les seves lleis fonamentals".

Quant als límits, es consignava naturalment el respecte a la religió catòlica: "2.1 El dret a la llibertat religiosa no té més limitacions que les derivades de l'acatament a les lleis, del respecte a la religió catòlica, que és la de la Nació espanyola, i a les altres confessions religioses; a la moral, a la pau i a la convivència públiques i als legítims drets aliens com a exigències de l'ordre públic".

Així mateix, i com passava amb la Constitució de 1931, aquesta Llei centralitzava en el Ministeri de Justícia la competència administrativa de totes les qüestions relacionades amb el dret civil a la llibertat religiosa. [...] Com a òrgan mateix s'ha de constituir en la Subsecretaria una Comissió de Llibertat Religiosa¹". I també, en l'article 36, es deia que en el "Ministeri de Justícia s'ha d'instituir un registre d'associacions confessionals no catòliques i de ministres dels cultes no catòlics a Espanya".

⁽¹⁾Art. 34.1

En morir Franco Espanya va emprendre el camí de la transició a la democràcia. En aquest nou context es va subscriure l'**Acord de 28 de juliol de 1976 entre la Santa Seu i l'Estat espanyol**. En el preàmbul s'exposen les raons que ho justifiquen: la primera es deu al "profund procés de transformació que la societat espanyola ha experimentat aquests últims anys fins i tot pel que fa a les relacions entre la comunitat política i les confessions religioses"; la segona obeeix als nous principis introduïts pel Concili Vaticà II, "als quals s'han d'ajustar les relacions entre la comunitat política i l'Església, tant la mútua independència de totes dues parts, en el seu propi camp, com una sana col·laboració entre elles", i la tercera de les raons "al fet que la majoria del poble espanyol professa la religió catòlica".

En el seu breu articulat es posa fi al dret de presentació i al privilegi del fur.

Art. I: "1. El nomenament d'arquebisbes i bisbes és d'exclusiva competència de la Santa Seu". **Art. II:** "3. En cap cas els clergues i els religiosos no poden ser requerits pels jutges o altres autoritats" per a donar informació sobre persones o matèries de què hagin tingut coneixement per raó del seu ministeri".

Segons el que s'ha reconegut, respecte d'aquest Acord de 1976, la dissonància entre les autoritats polítiques i religioses es va aguditzar els últims anys del règim franquista i va afectar tots els aspectes de la seva relació. Des de finals dels anys seixanta es va plantejar la necessitat de redactar un nou concordat, ja que el Vaticà havia sol·licitat que els estats que tinguessin el privilegi de la presentació de bisbes hi renunciessin, però Franco es va mantenir en la seva posició que només es podia fer en el context global de les relacions entre tots dos poders. Sens dubte l'Església catòlica espanyola, no sense trencaments i tensions, va dur a terme la seva pròpia transició per a superar la Guerra Civil molt abans que es produís el canvi polític que va conduir a la democràcia i a una nova societat.

Com s'ha vist, a Espanya els règims jurídics han estat més excloents que integradors. No n'han faltat exemples: els llargs períodes centralistes davant els moviments perifèrics; la monarquia davant els partidaris del republicanisme; el paper de l'Exèrcit davant la ciutadania civil; la repressió del sindicalisme davant l'empresariat; l'exclusió de les altres llengües que no fossin el castellà, i, pel que aquí ens interessa, el monopoli religiós davant la llibertat de consciència, van conduir els constituents a abordar el complex repte fonamental de la Constitució de 1978, que era transformar aquests vicis endèmics i elaborar no solament un text polític, sinó un sistema articulat que vertebrés la pluralitat de tot tipus de moviments, creences i nacionalitats que estaven en perill de confrontació al final de la dictadura de Franco, i que s'havia de materialitzar en el que algun autor va denominar una constitució "integradora".

Durant les negociacions de la Constitució de 1978 la posició legal de l'Església catòlica –i el seu reconeixement constitucional– es van convertir en una realitat de signe polític que calia consensuar i no combatre a ultrança, com havia ocorregut en el passat. Amb raó s'ha dit que l'article 16 de la Constitució implica una desdramatització del fenomen religiós que no havien aconseguit els textos constitucionals anteriors.

Per aquesta raó aquest precepte que enquadra el *law and religion* actual, s'anava a convertir en la plataforma comuna de referència teòrica per a la solució "política" de les "qüestions religioses"; plataforma de la qual a més ha quedat eliminada –almenys teòricament– la doble intransigència de l'integrisme religiós i del sectarisme persecutori del laïcisme.

Com es veurà en els capítols successius, la Constitució de 1978 va modificar els plantejaments en les relacions Església-Estat, i va iniciar un nou curs històric en què es reconeixeran sense embuts els drets de la llibertat religiosa i la no-confessionalitat de l'Estat.

2. Llibertat religiosa i no-discriminació

2.1. El principi de llibertat religiosa i de creences

L'article 16.1 CE garanteix la llibertat religiosa i de culte dels individus i les comunitats. Aquest punt de partida entronca amb una accepció àmplia de la llibertat com a valor superior del nostre ordenament jurídic segons el que disposa el títol preliminar de la Constitució en l'article 1.1: "Espanya es constitueix en un Estat social i democràtic de dret, que propugna com a valors superiors del seu ordenament jurídic la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme polític".

Però, què és la llibertat? És possible orientar el seu sentit per a una millor comprensió de les claus hermenèutiques del *law and religion*? Respondre totes dues preguntes no és, òbviament, una tasca fàcil. Amb tot, des d'un prisma filosòfic hi ha dues comprensions bàsiques que ens poden ser útils per al nostre propòsit.

La primera posa l'èmfasi en la llibertat com a mitjà per a assolir el bé, la virtut. Es tracta en aquest cas d'una llibertat de perfecció. Aquí la llibertat del ciutadà-creient no està separada de Déu, al contrari, li permet aconseguir una vida d'excel·lència. La segona comprensió, en canvi, parteix de la llibertat com a facultat neutral i autònoma d'elecció: el valor d'aquesta classe de llibertat resideix únicament en la voluntat individual, siguin quines siguin les intencions de la persona. Es tracta, doncs, d'una llibertat d'indiferència, que permet triar entre contraris.

La llibertat, com a clau hermenèutica, es completa amb el terme *religiosa*. També en aquest cas hi ha dues comprensions. Per exemple, en la tradició nord-americana la religió és un fet important. Com que no margina del seu discurs públic la qüestió dels fonaments del bé, la religió permet transformar la societat. En canvi, a Europa, s'ha anat forjant un concepte negatiu de religió. Els motius enfonsen les seves arrels en la intolerància religiosa, les guerres de religió (segle XVI), la Il·lustració (segle XVIII) i l'actual procés de secularització postmoderna.

Més enllà d'aquests processos històrics i de si la religió –com a fenomen social– ha de penetrar o no de valors l'esfera pública –qüestió que tractarem en abordar la laïcitat–, convé aturar-se un moment en les **funcions que compleix el principi de llibertat religiosa**, i després analitzar-ne el significat segons la jurisprudència del Tribunal Constitucional.

En primer lloc, la llibertat religiosa compleix una funció de garantia d'immunitat davant el totalitarisme estatal. La història demostra que el poder polític de vegades sent la temptació d'usurpar el lloc de Déu, d'imposar la seva veritat mentre nega les veritats en què els ciutadans creuen.

En segon lloc, la llibertat religiosa facilita la construcció i la realització de la identitat personal i comunitària de la persona. Com que tracta aspectes centrals de l'existència humana (el bé, el mal, la moral) i el sentit de la vida, connecta l'ésser humà amb l'origen, el destí i les seves intuïcions més profundes. Sense la possibilitat d'exercir aquesta llibertat l'ésser humà estaria perdut en una crisi de sentit, perquè la llibertat de religió dona resposta a aquesta crisi.

En tercer lloc, comporta una afirmació al servei de la veritat sobre el bé de l'ésser humà i la seva autorealització. La perspectiva positiva-creient remet la llibertat religiosa al servei de la veritat i la virtut. El món és un lloc de trobada amb Déu més enllà de la clausura de la consciència. És per això que és possible construir sota aquest pressupòsit una societat lliure i virtuosa.

Ja, **finalment**, la llibertat religiosa és vista com una resposta al malestar generat per la postmodernitat: la llibertat de religió no solament com a realització personal, sinó com a projecte creatiu de vida social davant l'individualisme, la solitud o la pèrdua de la intervenció activa en la gestió dels assumptes públics.

La Constitució espanyola va establir en l'article 10.1 "la dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la persona, el respecte a la llei i als drets dels altres són fonament de l'ordre polític i de la pau social". És així que els drets de la llibertat religiosa i de culte estan íntimament vinculats a la dignitat humana, com més tard va reconèixer sense embuts el mateix Tribunal Constitucional:

"Juntament amb el valor de la vida humana i substancialment relacionat amb la dimensió moral d'aquesta, la nostra Constitució també ha elevat a valor jurídic fonamental la dignitat de la persona, que, sense perjudici dels drets que li són inherents, està íntimament vinculada amb el desenvolupament de la personalitat (art. 10) i els drets a la integritat física i moral (art. 15), a la llibertat d'idees i creences (art. 16), a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge (art. 18.1). Del sentit d'aquests preceptes es pot deduir que la dignitat és un valor espiritual i moral inherent a la persona, que es manifesta singularment en l'autodeterminació conscient i responsable de la pròpia vida i que comporta la pretensió al respecte per part dels altres."

STC 53/1985, d'11 d'abril

Aquesta sentència també assenyala que les llibertats públiques i els drets fonamentals "no inclouen només drets subjectius de defensa dels individus davant l'Estat, i garanties institucionals, sinó també deures positius per part d'aquest [...] els drets fonamentals són els components estructurals bàsics, tant del conjunt de l'ordre jurídic objectiu com de cada una de les branques que l'integren, atès que són l'expressió jurídica d'un sistema de valors que, per decisió del constituent, ha d'informar del conjunt de l'organització jurídica i política; són, en definitiva, com diu l'article 10 de la Constitució, el «fonament de l'ordre jurídic i de la pau social»".

Així mateix, de "la significació i finalitats d'aquests drets dins l'ordre constitucional es desprèn que la garantia de la seva vigència no es pot limitar a la possibilitat de l'exercici de pretensions per part dels individus, sinó que també l'ha d'assumir l'Estat. Per tant, de l'obligació de la submissió de tots els poders a la Constitució no solament es dedueix l'obligació negativa de l'Estat de no lesionar l'esfera individual o institucional prote-

gida pels drets fonamentals, sinó també l'obligació positiva de contribuir a l'efectivitat d'aquets drets, i dels valors que representen, encara que no hi hagi una pretensió subjectiva per part del ciutadà".

D'aquesta sèrie d'arguments sorgeixen tres idees: la primera és que la llibertat religiosa és consubstancial a la dignitat humana; la segona és que aquesta llibertat es configura com un component estructural (no circumstancial) de l'ordenament jurídic, ja que expressa un sistema de valors que neix a l'Occident judeocristià; la tercera idea es refereix al paper de l'Estat: si en la seva dimensió negativa el poder polític no ha d'interferir en l'acte de fe del ciutadà, en la seva dimensió positiva ha de promoure que la ciutadania faci efectiva la seva llibertat religiosa sense premis ni càstigs, independentment de quina sigui la religió o el sistema de creences que aquesta professi.

El Tribunal Constitucional ha definit el principi de llibertat religiosa iterant els mateixos raonaments que ja va fer des de l'inici de la dècada dels vuitanta. Així, en la Interlocutòria 617/1984, de 31 d'octubre, va assenyalar que la llibertat religiosa "en tant que llibertat de consciència [...] es concreta en la possibilitat jurídicament garantida que el subjecte acomodi la seva conducta religiosa i la seva forma de vida a les seves pròpies conviccions, amb exclusió de qualsevol intervenció per part de l'Estat, el qual, d'altra banda, assumeix la protecció de l'exercici d'aquesta llibertat davant altres persones o grups socials".

Posteriorment, la STC 141/2000, de 29 de maig, va afirmar que "la llibertat de creences, siguin aquestes d'índole religiós o secular [...] protegeix davant qualsevol classe de compulsió externa d'un poder públic en matèria de consciència que impedeixi o sancioni una persona per creure en el que desitja (dimensió interna) i fer manifesta la seva creença si ho vol (dimensió externa)". Com a llibertat, empara "un *agere licere* consistent, pel que ara importa, en professar les creences que es vulgui i conduir-se d'acord amb aquestes, i mantenir-les davant tercers i poder-ne fer proselitisme. Aquesta facultat constitucional té una particular manifestació en el dret a no ser discriminat per raó de credo o religió, de manera que les diferents creences no poden sostenir diferències de tracte jurídic". Vegem a continuació el significat d'aquest altre principi, el d'igualtat religiosa.

2.2. El principi d'igualtat i no-discriminació religiosa

Igual com la llibertat, la igualtat es configura com un altre dels valors superiors de l'ordenament jurídic. Però, a més, la Constitució assenyala en l'article 14 que els espanyols són iguals davant la llei, "sense que pugui prevaler cap discriminació per raó de naixement, raça, sexe, religió, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social".

Amb el **principi d'igualtat religiosa** volem significar que forma part del patrimoni jurídic comú de la persona la titularitat de l'exercici de la llibertat religiosa en igualtat de qualitat i tracte davant la llei. El correlat d'aquesta afirmació és la no-discriminació per raó de fe, religió o creences, incloses les seculars. Hi ha, per tant, una prohibició constitucional expressa de qualsevol privilegi o restricció basat en motius religiosos que tingui per objecte menyscabar la igualtat de titularitat i d'exercici de la llibertat religiosa, tant en el pla individual com en el pla col·lectiu. Com en el nostre sistema no és factible discriminar unes confessions respecte de les altres, el principi d'igualtat haurà de modular el principi de cooperació amb les confessions.

Com ha definit el Tribunal Constitucional el principi d'igualtat? En la seva jurisprudència es distingeix la uniformitat de la verdadera igualtat. Aplicar a diferents supòsits de fet solucions jurídiques idèntiques implica incórrer en uniformitat i, per això mateix, en discriminació.

Per exemple, la STC 340/1993, de 16 de novembre, va sostenir que el legislador pot configurar legítimament una "diferenciació favorable" en benefici d'uns subjectes respecte dels altres, sempre que la desigualtat de tracte respongui a circumstàncies objectives lligades a la utilitat i l'interès general.

Aquest argument serà prosseguit més àmpliament per virtut de la STC 214/1994, de 14 de juliol:

- a) No tota desigualtat de tracte [religiós] en la Llei implica una infracció de l'article 14 de la Constitució, sinó que aquesta diferenciació la produeix només aquella desigualtat [religiosa] que introdueix una diferència entre situacions que es poden considerar iguals i que no tenen una justificació objectiva i raonable [no arbitrària ni mancada de fonament racional];
- b) el principi d'igualtat exigeix que davant supòsits de fet iguals s'apliquin conseqüències jurídiques iguals [...];
- c) el principi d'igualtat no prohibeix al legislador qualsevol desigualtat de tracte, sinó només les desigualtats que siguin artificioses o injustificades perquè no estan fonamentades en criteris objectius i prou raonables d'acord amb criteris o judicis de valor generalment acceptats;
- d) [...] les conseqüències jurídiques que resulten d'aquesta distinció [han de ser] adequades i proporcionades a la finalitat esmentada, de manera que la relació entre la mesura adoptada, el resultat que es produeix i la finalitat pretesa pel legislador superin un judici de proporcionalitat des del punt de vista constitucional, i s'evitin resultats especialment costosos o desmesurats."

Tanmateix, en afrontar el principi d'igualtat, hem de fer un pas més, i distingir entre la **discriminació directa** i la **indirecta**. La primera queda prohibida *ex* article 14 CE. Implica una diferència de tracte jurídic intencionada. En canvi, la discriminació indirecta és molt més subtil: consisteix en una diferència inintencionada de tracte jurídic, que motiva una norma (lleí o reglament) aparentment neutral i amb un propòsit secular.

Una sentència que recull aquest plantejament és la 13/2001, de 29 de gener, en què el Tribunal Constitucional va assenyalar el següent:

"En l'estudi de les discriminacions fonamentades en raons expressament prohibides [...] hem de partir del fet que la prohibició de discriminació consagrada en l'article 14 CE comprèn no solament la discriminació patent, és a dir, el tractament jurídic manifestament i injustificadament diferenciat i desfavorable d'unes persones respecte d'altres, sinó també l'encoberta, és a dir, el tractament formal o aparentment neutre o no discriminatori del qual es deriva, per les diverses circumstàncies de fet concurrents en el cas, un impacte advers sobre la persona objecte de la pràctica o conducta constitucionalment censurable quan la mesura que produeix l'efecte advers no té justificació (no es fonamenta en una exigència objectiva i indispensable per a la consecució d'un objectiu legítim) o no és idònia per a l'assoliment d'aquest objectiu."

Veiem, doncs, que per a la jurisprudència constitucional hi pot haver dos tipus de discriminació o de lesió del principi d'igualtat: d'una banda, la patent, directa o intencionada, i, de l'altra, l'encoberta, indirecta o no intencionada. En l'exercici de la llibertat religiosa són freqüents les discriminacions indirectes. Pensem en els casos que afecten a fidels d'esglésies les festivitats de les quals no se celebren els diumenges i no obtenen el permís de la seva empresa per assistir als actes de culte (vegeu la STC 19/1985, de 13 de febrer, relativa a una fidel adventista), o en aquells altres en els quals una norma prohibeix qualsevol tipus de símbol religiós –vel, turbant, quipà– a les escoles o en els llocs de treball (vegeu la STSJ de les Illes Balears, de 9 de setembre de 2002; la STEDH de 15 de gener de 2013, Eweida i altres contra el Regne Unit; o les SSTJUE de 14 de març de 2017, assumptes C-188/15, Bougnaoui i ADDH, i C-157/15, G4S Secure Solutions).

En aquests supòsits, encara que la normativa s'apliqui neutralment a tothom per igual sense distinció de credo religiós, en el fons el que s'està generant és una discriminació indirecta que produeix un desavantatge particular a unes persones respecte d'altres. Davant legislacions neutrals superimposades uniformement, l'alternativa factible no és cap altra que intentar la col·locació raonable de les particularitats (no solament religioses sinó també ètniques, culturals, d'edat, discapacitat, orientació sexual, etc.) de determinats col·lectius o persones que sofreixen un efecte advers en situar-les en un particular desavantatge.

Gradualment l'experiència jurídica continental s'ha sensibilitzat sobre això. Per exemple, en el dret de la Unió Europea la Directiva 2000/78/CE del Consell, de 27 de novembre, es va referir a la discriminació indirecta i va establir un marc general per a la igualtat de tracte en el treball. Posteriorment, la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, modificaria l'Estatut dels treballadors per a acollir la prohibició de discriminacions encobertes.

Amb tot, ha estat la jurisprudència nord-americana –nord-americana i canadenca– la pionera en la tutela de les discriminacions indirectes dels treballadors. Això s'aprecia en els mitjans de defensa que en l'àmbit de les relacions laborals poden oposar els empresaris davant les demandes de col·locació reli-

giosa dels empleats. Són els mitjans següents: en primer lloc, els empresaris han de demostrar que la normativa que produeix una discriminació indirecta al treballador no és arbitrària, ja que té una relació estreta amb el lloc de treball i és deguda a raons econòmiques i de servei (*business necessity*). En segon lloc, l'empresari ha de demostrar que ha fet tots els esforços possibles per a acomodar l'empleat; les negociacions s'han de regir pel principi recíproc de la *bona fide occupational*. En últim lloc, haurà de provar que l'acomodació religiosa comporta per a l'empresa un gravamen certament excessiu (*undue hardship*).

Tres són els aspectes que conformen aquest concepte:

1) Els costos econòmics, la valoració dels quals ha de ser real –no hipotètica– i s'han d'efectuar en funció de variables com la mida de l'empresa, la conjuntura econòmica i el nombre de demandants d'acomodació.

2) Que la norma laboral que motiva la discriminació indirecta sigui necessària per al funcionament eficaç del servei de la companyia. De vegades, la norma es pot suplir per una altra de menys discriminatòria i que permeti, igualment, atendre els serveis que es requereixin.

3) El tercer aspecte que s'ha de sospesar es refereix als drets i les llibertats de terceres persones –empleats, clients, etc.–, que no poden ser vulnerats per l'acomodació.

És significatiu destacar que en tots els casos recau en les empreses la càrrega de la prova, la direcció de la qual és la que posseeix el *ius variandi* i coneix millor que el treballador les necessitats econòmiques, de servei o de producció que poden anar sorgint en l'exercici de la seva activitat. És per això que, si un treballador no pot ser acomodat, l'empresari haurà de provar el perquè de la seva decisió.

Hi ha qui ha vist en la tutela efectiva de la discriminació indirecta una aproximació a la igualtat denominada complexa, que seria una alternativa al neutralisme de la igualtat liberal clàssica. Per a alguns autors, la multiculturalitat estaria aconsellant el disseny d'un nou model d'igualtat no examinat encara en les cartes internacionals de drets humans, probablement perquè exigeix una construcció constant, admetent diferències sense permetre desigualtats; admetent, en definitiva, dissemblances recíproques.

El nostre model de *law and religion* no arriba a tant: per ara es manté amb una ferma prudència en el respecte a la igualtat religiosa, i per a això protegeix davant les discriminacions per motius religiosos. En el pla individual la protecció és evident, mentre que en el pla dels grups religiosos la igualtat s'ha posat en connexió amb un altre principi informador: el de cooperació. Com es veurà

en el pròxim capítol, des de 1992 els instruments pacticis han conferit un estatus jurídic (o *ius singulare*) que ha permès a les confessions religioses jueva, protestant i islàmica equiparar-se progressivament a l'Església catòlica.

3. Laïcitat i cooperació amb les confessions

3.1. El principi de laïcitat (aconfessionalitat)

La laïcitat és un concepte-valor que els últims anys ha adquirit una atenció especial en els mitjans de comunicació i les agendes polítiques. Fenòmens com la immigració i el creixent pluralisme religiós de les nostres societats, i també l'emergència de l'islamisme polític i la irrupció dels denominats *new religious movements* han contribuït al ressorgiment d'aquest concepte.

De tota manera convé advertir per endavant que no hi ha un model universal o unívoc de laïcitat. Si aquesta és la forma juridicopolítica amb què cada Estat decideix configurar-se davant el fenomen social religiós, és obvi que a la Unió Europea conviuen diferents models de laïcitat. Gairebé tants com estats hi ha.

Models de laïcitat a la Unió Europea

Cada nació és fruit de la seva pròpia història. Per exemple, els països protestants se solen caracteritzar per un model d'església d'estat. És el cas de Dinamarca, Suècia o Finlàndia, on les seves respectives esglésies evangelicouteranes tenen caràcter nacional. Els seus parlaments legislen sobre l'estructura i l'administració d'aquestes esglésies, i els seus pastors tenen la condició de funcionaris, mentre que en els pressupostos generals es consignen partides per a mantenir-les.

Un altre exemple és la presbiteriana Escòcia, on l'Església d'Escòcia és l'oficial de conformitat amb la *Church of Scotland Act 1921*, o la mateixa Anglaterra, on la reina és la governadora suprema de l'Església anglicana: nomena els bisbes i arquebisbes, mentre que competeix al Parlament la regulació jurídica de l'Església i fins i tot el control de la doctrina moral i el culte. L'Estat també sustenta econòmicament la seva església.

A Grècia el preàmbul de la Constitució fa una referència a la "Santa Trinitat consubstancial i indivisible". L'Església ortodoxa és per manament constitucional la confessió dominant, té de personalitat jurídica pública –no privada– i rep abundants fons econòmics provinents de la Hisenda estatal per a finançar les seves activitats, que inclouen els salaris i les pensions dels ministres de culte. Encara que la legislació penal de Grècia prohibeix el proselitisme de la resta de confessions, el TEDH ha resolt abundants litigis en contra de l'Estat grec sobre aquest particular. La Llei 590/1977, de 31 de maig, va aprovar la Carta estatutària de l'Església ortodoxa grega, i va fixar la cooperació en matèries d'interès comú entre l'Estat i l'Església esmentada. Aquests països es podrien enquadrar en el **model d'església d'estat**.

D'altres, en canvi, es caracteritzen per la seva pertinença al **model de laïcitat cooperativa**. Holanda, amb predomini de l'Església catòlica i l'Església calvinista reformada, té un sistema anomenat *pilliers* que permet les dues confessions crear els seus propis organismes polítics, socials i culturals, a més de rebre diners de l'erari públic. Irlanda, que reconeix la valoració positiva de la religió, admet que l'Església catòlica gestioni la majoria de centres educatius i hospitalaris. De fet, més del 95% de la població es confessa catòlica.

Per la seva banda, Alemanya, Àustria i Bèlgica han subscrit concordats de rang internacional amb la Santa Seu i tenen acords firmats amb les confessions protestants. A Luxemburg les financen amb càrrec als pressupostos generals, i a Alemanya és vigent l'impost religiós. L'ensenyament religiós es preveu dins els respectius sistemes educatius.

Finalment, Itàlia, Portugal–tots de majoria catòlica– es caracteritzen pel seu model de laïcitat a través de la firma d'acords de cooperació amb la Santa Seu i altres confessions, en virtut dels quals regulen les matèries que són considerades d'interès comú.

L'únic Estat dels fundadors de la Unió Europea que es declara explícitament laic és França. L'article 2 de la Constitució de 1958 assenyalava que és una "República indivisible, laica, democràtica i social". La Llei de separació entre l'Església i l'Estat, de 9 de desembre de 1905, encara continua vigent, malgrat obeir a un context històric de confrontació entre clericals i anticlericals. La laïcitat francesa implica que l'Estat no finança cap confessió, si bé el patrimoni historicoartístic de l'Església catòlica és sostingut majoritàriament per aquest, com també la construcció d'alguns llocs de culte, per exemple mesquites, i l'assistència religiosa en presons i hospitals.

Es tracta, en suma, d'una laïcitat que va començar essent estricta i que amb el pas del temps s'ha anat matisant, fins i tot suavitzant en els seus perfils, per més que l'aprovació d'algunes polèmiques lleis com la *Loi n. 2001-504 du 12 juin 2001*, per a reforçar la repressió dels moviments sectaris –en la qual van incloure confessions legalitzades en altres estats de la UE–, o la *Loi n. 2004-228 du 15 mars 2004*, que prohibeix els símbols religiosos personals a les escoles, hagin estat criticades per importants ONG defensores dels drets humans.

Més enllà de les diferents relacions Església-Estat, hi ha un límit infranquejable que s'ha d'observar escrupolosament. Ens referim al respecte a la llibertat religiosa dels ciutadans. Aquests no poden ser discriminats per raons de fe, credo o creences. De cap altra manera ho ha entès el Tribunal Europeu de Drets Humans en la seva constant jurisprudència. Si les polítiques de cooperació institucional amb els actors religiosos poden variar d'intensitat segons circumstàncies diverses, l'exercici de la llibertat religiosa s'ha de garantir a totes les persones de la mateixa manera, independentment de quina sigui la seva església o confessió.

El model espanyol de relacions esglésies-Estat s'emmarca, com hem assenyalat, en la laïcitat cooperativa, també anomenada laïcitat positiva, les cotes de neutralitat i separació institucional del qual tenen uns estàndards més plausibles que les de molts altres estats membres de la UE, inclosos els de l'Europa de l'Est.

El nostre model se sustenta en el fonament legal *ex article 16.3 CE*, per virtut del qual "cap confessió no té caràcter estatal," fet que no impedeix que els poders públics tinguin en compte les creences religioses de la societat espanyola i mantinguin "les conseqüents relacions de cooperació amb l'Església catòlica i les altres confessions".

Quins han estat els arguments jurisprudencials del TC per a definir l'article 16.3 CE?

En la STC 24/1982, de 13 de maig, es va sostenir que l'article 16.3 impedeix que els valors o interessos religiosos s'erigeixin en paràmetres per a mesurar la legitimitat o justícia de les normes i actes dels poders públics. Alhora, el precepte constitucional esmentat veda qualsevol tipus de confusió entre funcions religioses i funcions estatals. [Per la qual cosa] l'Estat es prohibeix a si mateix qualsevol concurrència, al costat dels ciutadans, en qualitat de subjecte d'actes o actituds de signe religiós".

Dos anys després, en la ITC 617/1984, de 31 d'octubre, es va afirmar que "pel seu caràcter pluralista i aconfessional, l'Estat no està obligat a traslladar a l'esfera juridicocivil els principis o valors religiosos que graven la consciència de determinats fidels i s'insereixen en l'ordre intraeclesial". Així mateix, "la aconfessionalitat de l'Estat no comporta una total incomunicació entre ell i les diverses confessions, especialment la catòlica".

En altres decisions el TC s'ha referit a la prohibició de l'Estat de decantar-se per una sola de les diverses esglésies existents en la societat espanyola i protegir-la específicament: en la ITC 180/1986, de 21 de febrer, va assenyalar que "no escau una protecció especial a una confessió determinada". La STC 265/1988, de 22 de desembre, relativa a l'eficàcia civil d'una dispensa de matrimoni rat i no consumat, reconeixrà el "caràcter separat de totes dues potestats", per la qual cosa la via del recurs d'empara constitucional no podrà

assolir l'examen i enjudiciament de l'actuació dels òrgans que en l'àmbit de l'ordenament canònic exerceixen funcions de naturalesa judicial o administrativa.

La STC 340/1993, de 16 de novembre, després de referir-se al pluralisme religiós de la societat, sostindrà que "les confessions religioses en cap cas no poden transcendir les finalitats que els són pròpies i ser equiparades a l'Estat, ocupant una posició jurídica igual". I poc després la STC 177/1996, d'11 de novembre, insistirà en "el manament de neutralitat en matèria religiosa [...], que veda qualsevol tipus de confusió entre funcions religioses i estatals [...] i es converteix d'aquesta manera en pressupòsit per a la convivència pacífica entre les diferents conviccions religioses existents en una societat plural i democràtica".

Una recapitulació d'aquesta sèrie d'arguments ens porta a tres reflexions sobre el nostre model de laïcitat:

- 1) Separació institucional Estat-esglésies: s'impedeix la confessionalització dels poders públics i l'estatalització de les esglésies, ja que cap confessió no és dins de les estructures de l'Estat ni cap poder públic es troba en les estructures de les confessions; amb tot, en alguns casos seria procedent una certa integració orgànica².
- 2) Neutralitat en el tractament dels poders públics cap a les esglésies i confessions, com a representants institucionals del factor religiós.
- 3) Distinció axiològica entre valors democràtics i teocràtics, fet que no obsta que els ciutadans informin amb el seu compromís polític i social de l'ètica pública i que aquesta es reflecteixi en la legislació operant.

⁽²⁾STC 24/1982, de 13 de maig, FJ 5; o la posterior STC 101/2004, de 2 de juny, FJ 5.

Després de la dècada dels noranta el TC va continuar perfilant encara més el significat del principi de laïcitat, titllant-lo ara amb el qualificatiu *positiva*. Probablement bategava l'influx de la jurisprudència italiana.

En la Sentència de la Cort Constitucional, de 12 d'abril de 1989, núm. 203, la doctrina eclesiàstica d'aquest país va considerar que s'havia produït una autèntica *svolta ermenèutica*: "la laïcitat [...] és un dels perfils de la forma d'Estat delineats a la Carta constitucional de la República, principi que implica no indiferència de l'Estat davant les religions sinó garantia de l'Estat per a la salvaguarda de la llibertat de religió, en règim de pluralisme confessional i cultural".

Doncs bé, en les STC 128/2001, de 4 de juny, 154/2002, de 18 de juliol i 101/2004, de 2 de juny, el TC va sostenir invariable la fonamentació jurídica següent:

"En la seva dimensió objectiva, la llibertat religiosa comporta una doble exigència, a què es refereix l'article 16.3 CE: primer, la de neutralitat dels poders públics, connatural en l'aconfessionalitat de l'Estat; segon, el manteniment de relacions de cooperació dels poders públics [de tots, no solament de l'Estat] amb les diverses esglésies. En aquest sentit [...] L'article 16.3 de la Constitució [...] considera el component religiós perceptible en la societat espanyola i ordena als poders públics mantenir les conseqüents relacions de cooperació amb l'Església catòlica i les altres confessions, introduint d'aquesta manera una idea d'aconfessionalitat o laïcitat positiva".

D'aquest raonament s'infereix que tots dos principis –el de laïcitat i el de cooperació– s'han concebut i han connectat semblantment, com una dimensió objectiva de la llibertat religiosa. Però és menester consignar que el TC, en re-

ferir-se a la laïcitat com a "positiva", no s'atura a valorar els continguts eticomorals dels ciutadans, o la veritat de les creences al·legades. Si així fos, seríem davant d'una mena de nova Inquisició.

Ni a Espanya ni a Itàlia no s'ha identificat l'hipotètic relativisme eticomoral de la societat amb la "laïcitat positiva". Altrament, semblaria que la neutralitat de l'Estat acumula una càrrega negativa, moral i políticament reprovable en els mateixos termes democràtics i, en definitiva, deixa de ser neutral.

Cal destacar que, quan la laïcitat és qualificada com a positiva, es deu al fet que els dos principis de l'article 16.3 CE no s'exclouen i permeten el manteniment de relacions cooperatives. Però aquestes relacions no impliquen que l'Estat hagi de valorar favorablement un patrimoni estable de veritats religioses, dogmàtiques o ideocràtiques no sotmès a consens democràtic. És més, per molt perenne o estès que sigui, aquest patrimoni de veritats religioses o ideològiques no pot vulnerar el concepte jurídicopolític de "societat democràtica", consolidat a la Unió Europea entorn de quatre principis indispensables: pluralisme, tolerància, esperit d'obertura i llibertat d'expressió³.

⁽³⁾STEDH Handsyde contra el Regne Unit, de 7 de desembre de 1976.

Del que s'ha dit fins ara, s'infereix que un estat *perfeccionista*, és a dir, no neutral amb les cosmovisions dels ciutadans pretendria (per exemple servint-se d'una mal entesa laïcitat positiva) decidir totes les qüestions de política pública –tant si es tracta de drets com de recursos o virtuts–, sobre la base de com promocionar millor un concepte particular de la vida bona (el catòlic, el musulmà, el jueu, l'ideocràtic, etc.) que es considera el més gratificant o valuós. Tanmateix això no passa en el nostre model de relacions esglésies-Estat, perquè quan el TC es refereix a l'expressió "laïcisme positiu" no ho fa "com un instrument d'un Estat espanyol que ara es transforma en perfeccionista per a legitimar, així, unes determinades creences religioses o ideològiques en detriment de les altres.

En efecte, el que un estat laic o aconfessional ha de valorar no són els dogmes religiosos o ideològics, sinó la contribució de les esglésies i les associacions civils al bé comú, és a dir, els fruits socials que es deriven de les conviccions o creences de la ciutadania. Per això les ha de tenir en compte, però tenir-les en compte no significa valorar-les com ho faria un estat perfeccionista per mitjà d'una mal entesa laïcitat positiva, que, al cap i a la fi, és una laïcitat que renuncia a ser com més neutral millor.

És cert que l'Estat espanyol no es pot servir de la laïcitat per a privilegiar una determinada religió, però això no obsta perquè les esglésies i els seus representants legítims disposin de llibertat per a informar i influir amb el seu compromís l'ètica i els valors públics operatius, mitjançant la participació política i l'activisme social dels seus fidels. Aquests, com a ciutadans que són, tenen reconeguts els drets fonamentals de participació democràtica i llibertat religiosa i d'expressió.

3.2. El principi de cooperació amb les confessions

Hem vist que el primer incís de l'article 16.3 CE es referia a la laïcitat: cap confessió no tindrà caràcter estatal, que és com dir que cap estat no tindrà caràcter confessional. Ara ens centrarem en el segon incís, més llarg, que conté la quarta clau hermenèutica de comprensió del *law and religion*: "Els poders públics han de tenir en compte les creences religioses de la societat espanyola i mantenir les conseqüents relacions de cooperació amb l'Església catòlica i les altres confessions".

Del contingut d'aquest precepte s'han d'abordar tres qüestions: el significat del manament de tenir en compte les creences religioses –no les d'un altre tipus– de la societat espanyola, el manteniment de relacions de cooperació amb les confessions –no s'hi esmenta cap altra classe de grups o comunitats–, i la inclusió explícita en la part final del precepte de l'Església catòlica. Una vegada aclarides aquestes qüestions prèvies, exposarem les característiques de la cooperació.

Quan l'article 16.3 CE esmenta les creences i afegeix que són les religioses, s'està referint a les conviccions, certeses i doctrines basades en un ferm assentiment i conformitat amb una fe, principalment revelada i històrica. En l'*status mentis* dels constituents es pensava en els grans monoteismes tradicionals i en els moviments i escissions que se'n deriven.

Tanmateix, en el llenguatge jurídic, per a tenir en compte aquest tipus de creences, hi havia dues opcions possibles: definir en positiu el que s'havia d'entendre per creences religioses, o bé delimitar el que no havia de ser, clarament, pròpiament religiós. Tal operació no es va substanciar des del punt de vista constitucional, sinó mitjançant el desplegament directe de l'article 16.1 CE. Així, la **Llei orgànica 7/1980, de 5 de juliol, de llibertat religiosa**, establiria en l'article 3.2 la denominada clàusula d'exclusió.

Quina funció compleix en el nostre ordenament aquesta clàusula? Senzillament la de circumscriure o demarcar el que jurídicament queda fora de l'àmbit de protecció de la LOLR, és a dir: "Les activitats, finalitats i entitats relacionades amb l'estudi i l'experimentació dels fenòmens psíquics o parapsicològics o la difusió de valors humanístics o espiritualistes o altres finalitats anàlogues alienes a les religioses".

D'aquesta manera la LOLR no aporta una definició en positiu de religió o del que s'ha d'entendre per creences religioses. L'únic que forja és una operació en negatiu, expressant el que no és religiós i, en conseqüència, que no forma part de les creences religioses.

L'article 3.2 LOLR té una estreta connexió amb l'article 5.2 de la mateixa Llei orgànica, que estableix els requisits d'accés al **Registre d'Entitats Religioses del Ministeri de Justícia**, amb la finalitat que les confessions obtinguin la

corresponent personalitat jurídica. Els requisits que han d'acreditar són la denominació, el domicili, l'àmbit territorial d'actuació, la demostració de les seves finalitats religioses –i no d'una altra classe–, el respecte per l'ordre públic i els drets i les llibertats dels altres i, finalment, el seu règim de funcionament intern, i també la relació nominal dels representants de la confessió, amb expressió de les seves facultats i dels requisits per a la seva designació vàlida.

Si bé no existeix un concepte legal de creença religiosa, la clàusula d'exclusió ens és útil per a delimitar, almenys, el que en el nostre model de *law and religion* no és jurídicament considerat com a religió. Mitjançant l'article 3.2 LOLR l'Estat decidirà quines finalitats i activitats no són efectivament religioses. Una qüestió diferent serà si en la seva praxi administrativa el RER efectua un mer control formal de verificació reglada o, al contrari, va més enllà i es dedica a aportar *ex novo* un concepte en positiu del que s'ha d'entendre per finalitats religioses, o a efectuar valoracions materials d'aquests diferents finalitats al·legades pels grups que pretenen adquirir el reconeixement legal de la seva personalitat i tipicitat religioses per mitjà de la inscripció. Però això és una cosa que haurem d'estudiar en l'apartat 2 del pròxim mòdul.

La unanimitat de la doctrina entén que el principi cooperatiu és la font de la qual emanen els respectius acords de l'Estat amb les confessions. En canvi, on no hi ha coincidència és en la importància d'aquest principi. Es troba en la mateixa posició que els restants? Per a uns la cooperació queda subordinada a la llibertat i igualtat religioses, mentre que per a altres se situaria en peu d'igualtat. Segons el nostre parer, la subordinació sembla lògica, sobretot quan els dos principis que qualifiquen l'Estat espanyol amb relació al factor religió són els de llibertat i igualtat –que també són valors superiors–, i no els dos incisos de l'article 16.3 CE (laïcitat i cooperació).

Els fonaments doctrinals del principi cooperatiu han basculat entorn de nocions com el diàleg necessari entre les confessions i els poders públics, la valoració democràtica i social de les esglésies, la consideració positiva del fet cultural i religió i la seva aportació al bé comú.

Seguint aquests arguments, la doctrina entén que el principi de cooperació constitucionalitza l'entesa comú amb vista a l'elaboració de l'estatus jurídic de cada confessió i església. Una qüestió diferent és si aquest estatus s'ha d'articular mitjançant instruments juridicopacticis com els acords de cooperació. Es necessita una regulació bilateral perquè les confessions i esglésies contribueixin al bé comú de la societat?

En un règim polític de llibertats aquesta contribució no necessita obligatòriament l'existència d'un diàleg institucionalitzat. És més, si el fonament de la cooperació descansa en la funció promocional dels poders públics, el que l'Estat ha de valorar prioritàriament i positivament no serà tant aquest fet, factor o

Vegeu també

Art. 6 del Reial decret 594/2015, de 3 de juliol, pel qual es regula el Registre d'Entitats Religioses.

fenomen religiós –sigui per la inèrcia històrica o per l'arrelament social d'una determina confessió–, sinó l'exercici dels drets de la llibertat religiosa i de culte dels ciutadans en condicions d'igualtat.

La cooperació, que s'expressa per mitjà d'una sèrie de mecanismes juridicoadministratius, és un principi obert adreçat a tots els poders públics. Sigui quina sigui la seva fonamentació s'ha d'interpretar de manera sistemàtica sense vorejar la resta de principis constitucionals. En l'eclésiasticística ha estat habitual una entesa de la cooperació connectada no solament amb l'article 16.3 CE, sinó també amb el 9.2 CE. Aquest precepte mana als poders públics que promoguin "les condicions perquè la llibertat i la igualtat de l'individu i els grups a què s'integra siguin reals i efectives", afegint-hi que han de "remoure els obstacles que n'impedeixin o en dificultin la plenitud". D'aquesta manera es faculta els poders públics perquè intervinguin en l'efectivitat dels drets que componen la llibertat de religió.

Cal tenir en compte que una cosa és promoure els drets fonamentals i les llibertats públiques com la religiosa, i una altra de molt diferent és entendre la cooperació com la seu on manifestar la dimensió substancial d'aquesta llibertat. Aquest argument implicaria acceptar que sense cooperació no hi hauria possibilitats perquè la llibertat i la igualtat religioses arribessin a ser reals i efectives.

D'una interpretació conjunta i sistemàtica, no és necessari recollir la cooperació com a principi constitucional perquè, efectivament, les relacions entre l'Estat i les confessions siguin de cooperació. Un estat pot ser perfectament respectuós amb la llibertat religiosa individual i comunitària sense constitucionalitzar les relacions de cooperació, com passa als Estats Units o al Canadà, països de tradició separatista però que es caracteritzen per protegir sense embuts la llibertat religiosa.

És per això que una fonamentació del principi cooperatiu sustentada en el mateix pla que el de llibertat religiosa o en concepcions metajurídiques corre el risc d'allunyar-se del sentit que l'article 16.3 CE adquireix en el nostre text constitucional, i que no és cap altre que el d'un manament pròpiament funcional, que actua com a filtre modalitzador dels altres tres principis. Així, la cooperació presenta un significat instrumental quan es posa al servei d'una determinada concepció dels drets fonamentals, basada en la remoció d'obstacles per a fer-los reals i efectius.

La comesa de la cooperació –des de la perspectiva pública– no és cap altra que facilitar l'exercici de la llibertat religiosa. No persegueix el foment de la religió o de les religions mitjançant una sèrie de tècniques normatives i executives. En conseqüència, la cooperació podrà actuar com el definidor que necessita la llibertat religiosa en un estat social perquè es faci actuable. Aquest caràcter modalitzador del principi cooperatiu es troba en l'origen de la seva literalitat, que prové d'una obligació constitucional. I de fet així ho ha reconegut el TC

en la Sentència 66/1982, de 12 de novembre, en dir que "el mateix text legal [...] obliga els poders públics a tenir en compte les creences religioses de la societat espanyola i mantenir les relacions de cooperació consegüents".

Finalment, cal esmentar una dada més que avala el nostre plantejament sobre el principi de cooperació com a clau hermenèutica subordinada a les restants. Seguint amb la jurisprudència del TC, aquesta ens diu que l'eventual violació de les relacions cooperatives per part de l'Estat no justificaria un recurs d'empara. En efecte, no hi ha un dret fonamental a la cooperació exigible des del punt de vista confessional. Això és així perquè aquestes relacions no són equiparables a la llibertat i igualtat religioses, la vulneració de les quals sí que és susceptible de recurs directament en empara. El FJ 5 de la STC 93/1983, de 8 de novembre, ho va expressar clarament:

"[...] la representació del recurrent afirma també que s'ha produït una violació de l'article 16.3 [...] quan estableix que els poders públics han de tenir en compte les creences de la societat espanyola i mantenir les consegüents relacions de cooperació amb l'Església catòlica i les altres confessions. Quant a aquesta vulneració pretesa [es refereix a la negativa de cooperar], hem d'assenyalar que el recurs d'empara se circumscriu a la tutela dels drets fonamentals compresos en els articles 14 a 29 de la Constitució, a més de l'objecció de consciència del seu article 30 [...] en conseqüència, la violació al·legada no es pot enquadrar dins aquests drets, ja que, com és obvi, l'article 16.3 regula un deure de cooperació de l'Estat amb l'Església catòlica i altres confessions i no un dret fonamental dels ciutadans de què sigui titular l'actor."

La inclusió de l'Església catòlica en l'article 16.3 CE no pot comportar *a radice* una discriminació en el principi de cooperació. Constitucionalment, a totes les confessions se'ls predica la mateixa entesa comuna o col·laboració amb l'Estat. No obstant això, el que passa és, en primer lloc, que la menció de l'Església catòlica s'ha vist com un paradigma extensiu de tracte específic a les altres confessions; i en segon lloc, que amb aquesta menció l'Església està suplint la necessitat d'acreditar el requisit de l'arrelament notori –que estableix *ex* article 7.1 LOLR– a l'efecte de cooperar via legislativa, atès que ja queda plenament arrelada en el mateix text constitucional.

Alguns autors han defensat que l'existència d'un règim normatiu especial per a l'Església catòlica té una justificació suficient en raons de tipus històric i sociològic, i per això les diferències existents entre els grups religiosos pel seu diferent arrelament social són jurídicament rellevants en l'ordenament espanyol. El que, amb abstracció de les dades legals, podria ser considerat com un mer pressupòsit de fet sense un abast jurídic precís, s'hauria convertit en un element distintiu entre els grups religiosos, que podria justificar objectivament i raonablement una diferència de tracte en el desenvolupament del principi de cooperació.

En canvi, un altre sector doctrinal rebutja la tesi del realisme històric i sociològic, i entén que la menció explícita de l'Església implica una espècie de confessionalitat encavalcada o encoberta, mentre es constitueix com un element pertorbador del sistema, que podem qualificar com a innecessari o injustificat.

Nosaltres ens situem en un punt intermedi. A partir d'un diagnòstic objectiu, amb aquesta menció es van pretendre tres objectius: **a)** eliminar tot aspecte antireligiós de la solució religiosa de la Constitució; **b)** reconèixer explícitament que la religió catòlica és la majoritària a l'Estat espanyol; **c)** valorar positivament l'acció de l'Església catòlica en relació amb el bé comú de la societat espanyola.

Segons el nostre parer, i respectant sempre les diferents aportacions doctrinals, creiem que la menció de l'Església catòlica és fruit de l'ambigüitat calculada que batega en tot l'article 16 la CE. D'aquesta menció no s'han d'extreure més conseqüències jurídiques que les que es puguin derivar del reconeixement in-objectable d'una realitat social com és l'Església catòlica, institucionalitzada abans que el mateix Estat espanyol, i l'arrelament notori de la qual és fora de tot dubte. Per tant, la seva inclusió no vulnera *per se* cap dels quatre principis del *law and religion*. Es tracta d'una menció explicativa, que constata un fet fàctic que tindrà només en la mesura que el fet perduri.

Del que s'ha exposat fins ara, podem deduir les **característiques del principi cooperatiu** segons com queda configurat constitucionalment:

1) Instrumentalitat i subordinació: la cooperació, es va dir, no era equiparable als principis de llibertat i igualtat religiosa, i fins i tot al de laïcitat.

2) Diversitat (no-uniformitat): es coopera en funció de l'arrelament social i de la inscripció registral⁴ prèvia.

⁽⁴⁾Art. 7.1 LOLR.

3) Voluntarietat: no hi ha un dret subjectiu dels subjectes o interlocutors confessionals per a exigir als poders públics que cooperin.

4) Complementarietat: a diferència de les concepcions liberals clàssiques, vuitcentistes, avui dia l'exercici de la llibertat religiosa, perquè sigui real i efectiu, requereix el reconeixement de facetes o dimensions prestacionals que es poden articular de dues maneres: unilateralment (com és el cas de la LOLR) o bilateralment (és a dir, per mitjà dels acords de cooperació). Aquestes impulsions promocionals complementen el contingut de la llibertat religiosa, que *natura sua* no és un dret de prestació.

5) Territorialitat: en l'Estat compost autonòmic espanyol és possible la cooperació autonòmica i local sense recórrer a l'article 7.1 LOLR. En efecte, l'article 16.3 CE esmenta tots els poders públics, que, en funció de les seves competències, també podran col·laborar unilateralment o bilateralment amb les confessions. De fet, en l'experiència jurídica de la Comunitat Autònoma de Catalunya s'han subscrit diversos convenis de col·laboració amb l'Església catòlica i altres entitats religioses com el Consell Islàmic, la Comunitat Israelita, la Comunitat Local Bahà'í o la Lliga per la Laïcitat.

4. Sistema de fonts i acords de cooperació Estat-confessions

4.1. Les fonts formalment i materialment unilaterals

El Codi civil assenyala en l'article 1.1 que les fonts del nostre dret són la llei, el costum i els principis generals del dret. D'altra banda, la jurisprudència, com indica l'article 1.6, complementarà l'ordenament jurídic amb la doctrina que, de manera reiterada, estableixi el Tribunal Suprem en interpretar i aplicar la llei, el costum i els principis generals.

Aquesta primera aproximació al nostre sistema de fonts s'ha de posar en relació amb la Constitució que, com a vèrtex del sistema jurídic, estableix les bases del sistema de distribució normatiu entre els diferents òrgans amb competències dins el nostre Estat descentralitzat i complex. Ens referim a les diferents competències legislatives a les mans de l'Estat i de les comunitats autònomes. Igualment, el text constitucional ens aporta l'existència de diferents tipus de normes jurídiques (lleï orgànica, llei, decrets legislatius, tractats internacionals, etc.), i també el reconeixement de la potestat reglamentària del Govern, tant estatal com autonòmic.

El sistema de fonts en dret i religions ha experimentat, amb el reconeixement de la llibertat religiosa, una profunda transformació: s'ha transitat d'un dret que regulava bilateralment les necessitats pròpies d'una única religió d'estat – la representada institucionalment per l'Església catòlica –, a la regulació de la diversitat religiosa, cada vegada més abundant i que trenca amb la regulació monolítica anterior. Això dificulta en progressió geomètrica la tasca del legislador, que ara ha d'afrontar la regulació d'un fet religiós diversificat i posar-lo en relació amb el difícil repartiment de matèries competencials entre Estat i comunitats autònomes.

Per a il·lustrar una mica més aquesta complexitat es pot esmentar una matèria concreta. Per exemple, en matèria d'ensenyament de la religió la primera distinció que s'ha de fer, des del pla de les fonts, és l'existència d'un dret internacional aplicable a l'Església catòlica, i al contrari, a la resta de les confessions que tenen subscript un acord de col·laboració se'ls aplica una llei estatal. Primera conclusió, diferents plans normatius. En segon lloc, l'Estat descentralitzat complex ens aporta la competència en matèria d'ensenyament a les mans de les comunitats autònomes, on l'Estat estableix les bases però el desenvolupament pertany a les diferents comunitats autònomes, fins i tot en matèries que requereixen la seva regulació primària d'una peça com la de la llei orgànica. Així, com a segona conclusió, verifiquem l'existència de possibles regulacions d'un mateix fet social. En definitiva, el tret que caracteritza el *law and religion* en l'actualitat és la seva complexitat, cosa que fa absolutament necessari que l'operador jurídic conegui i manegi amb destresa el nostre peculiar sistema de fonts.

Cada sector de l'ordenament jurídic troba unes fonts específiques pròpies que hi són aplicables. En matèria de *law and religion*, la principal nota característica que ens trobarem resideix en la dispersió. No hi ha un codi únic com pot

passar amb el Codi civil o el Codi penal. En la nostra matèria la majoria de les normes que configuren el sistema de fonts estan classificades en textos normatius d'altres branques del dret. Tanmateix, totes es poden agrupar segons l'objecte que regulen, i que ja vam veure que era la dimensió social del factor religiós.

La classificació entre **fonts unilaterals i bilaterals** ha estat tractada des del punt de vista doctrinal. En el primer grup –les unilaterals– s'inclouen totes les que procedeixen exclusivament dels òrgans legislatius de l'Estat, mentre que en el segon –les bilaterals– totes les que tenen un origen pactici, és a dir: les que troben la seva base en un acord o conveni entre l'Estat i les respectives confessions religioses. Aquestes normes per força són materialment bilaterals, ja que els seus continguts són acordats entre les dues parts: l'estatal i la religiosa.

Aquesta classificació de les fonts presenta una marcada influència de la doctrina italiana. Fins i tot algun autor ha arribat a distingir entre fonts unilaterals de procedència estatal, fonts unilaterals de procedència confessional, normes concordades o acordades i fonts bilaterals de procedència internacional. La categoria de fonts bilaterals és ampliada pels autors que hi inclouen el dret de les confessions, o, fins i tot, totes les disposicions de l'Estat (decrets, ordres ministerials, etc.) el contingut de les quals hagi estat fixat de comú acord amb les diferents confessions.

Finalment, no hi falten els qui, en elaborar les fonts del *law and religion* espanyol, prescindeixen de tota classificació, en la convicció que la mateixa complexitat del sistema de fonts, i la superació de les concepcions formalistes, impedeixen utilitzar els esquemes tradicionals. Quines raons s'al·leguen?:

1) La distinció entre **fonts unilaterals i fonts bilaterals** sembla contradir-se amb la naturalesa i essència mateixa de les fonts del *law and religion* que, per definició, són totes formals i materialment unilaterals. El terme *bilateral* resultaria si més no equívoc en aquest sentit, atès que sembla fer referència a una competència compartida, fins i tot a una potestat legislativa en comú amb les diferents confessions religioses, cosa que en el nostre dret seria indefensable. No es pot entendre el principi de cooperació constitucional en aquests termes, ja que això atemptaria contra la pròpia sobirania de l'Estat, en admetre una potestat normativa per sobre d'aquest, sense un acte previ de sobirania, com passa en el camp internacional o en el supòsit que una norma de dret confessional entri a formar part del dret intern. En contra, s'ha dit que tenen la consideració de fonts formalment unilaterals però materialment bilaterals, en el sentit que s'hi reconeix una espècie de competència compartida a l'hora d'elaborar tots els decrets i les ordres ministerials el contingut dels quals és fruit de l'execució d'un acord marc o d'un pacte amb alguna confessió religiosa.

2) Amb aquesta terminologia es fa referència a dos aspectes diferents, que, tanmateix, semblen confondre's: la **font formal** i l'**àmbit d'elaboració de la norma**. La font formal és, en tots els casos, l'Estat, o, millor, els seus òrgans

amb potestat legislativa, amb independència de l'àmbit, nacional o internacional, en què s'hagi elaborat la norma. La mateixa intervenció del Parlament en la conclusió dels acords internacionals amb la Santa Seu, encara que aquesta sigui preferentment un acte de política exterior, posa en relleu aquesta dada. En tot cas, i des de l'òptica del *law and religion*, aquesta segueix essent l'única font formal i, sense la seva sanció, qualsevol pacte mancaria de força normativa. En conseqüència, no hi ha cap acte per part de la confessió religiosa corresponent que constitueixi una font normativa immediata per a l'Estat.

3) Encara que, en principi, pugui semblar que la qualificació de fonts bilaterals que es dona en els acords amb la Santa Seu és exacta, no es deixen de plantejar alguns dubtes per la seva doble naturalesa: **acord internacional i norma de dret intern**, fet que les col·loca en una situació prevalent davant la resta de convenis subscrits per l'Estat amb altres confessions.

4) Quant als acords amb les confessions no catòliques i la seva inclusió dins les anomenades fonts pactícies, tampoc no és gaire convincent, ja que el seu pretès caràcter pactici és més de forma que de fons, atès que la seva elaboració mitjançant un pacte no desvirtua la seva verdadera naturalesa jurídica. En contra del que hem expressat en aquest últim punt s'han pronunciat diversos autors, que van qualificar els acords com a "normativa paccionada", i en virtut del principi *pacta sunt servanda* se li impediria a l'Estat modificar les lleis sense el consentiment de l'altra part contractant, que és la minoria religiosa. Altres utilitzen l'expressió "lleis amb negociació prèvia" o "convenis de dret públic". El que es pretén és aproximar o equiparar els acords de 1992 signats amb les comunitats jueva, evangèlica i musulmana als acords de 1979 subscrits amb la Santa Seu. Per a això, plantegen la il·legimitat d'una interpretació, modificació o derogació unilateral per part de l'Estat, sense comptar amb la part religiosa. I per això les matèries que regulen aquests tres acords són matèria reservada, inatacable per una llei que prevegi aquest objecte amb caràcter més general, i la derogació unilateral de la qual per part de l'Estat és il·legítima partint de l'obligació assumida per aquell en l'article 7 LOLR, reforçada per l'aplicació del principi constitucional d'igualtat, que mou a seguir el criteri *pacta sunt servanda*, com passa amb els acords amb la Santa Seu.

5) Al contrari que els autors anteriors, una altra línia doctrinal aporta una visió diferent, i considera que els acords amb les altres confessions són un mer supòsit i un moment processal de la formació de la voluntat del Parlament, per la qual cosa els considera una llei unilateral ordinària, que l'Estat pot modificar unilateralment per mitjà del Parlament, únic sobirà en un sistema democràtic. D'altres opinen que els acords són normativa bilateral, perquè, bàsicament, formen part del denominat bloc de la constitucionalitat, ordenat en virtut de l'article 7 LOLR en relació amb l'article 16.3 CE, i que per tant no en seria possible una modificació unilateral per part de l'Estat.

En definitiva, i com a resum, podem afirmar que el debat sobre el caràcter unilateral o bilateral dels acords amb les altres confessions continua obert. En canvi, en els acords amb la Santa Seu, el cert és que els dubtes són menors, ja que –com veurem en l'epígraf següent– som davant de tractats internacionals concordataris.

Les fonts formalment i materialment unilaterals són les que elaboren i aproven els òrgans legislatius i administratius competents de l'Estat. Són materialment unilaterals perquè les confessions no aporten continguts a aquestes lleis. En canvi, els acords de cooperació amb la Santa Seu i les minories, com que es pacten amb l'Estat, són materialment bilaterals.

En qualsevol cas, a nivell formal totes les normes que integren el *law and religion* –pactades o no– són necessàriament unilaterals, ja que el principi de laïcitat impedeix que les confessions legislin com si fossin el Parlament. En democràcia legislen els representants triats pel poble, cosa que no passa en les teocràcies, en què les lleis són religioses i es dirigeixen a la societat.

Pel que fa a les fonts unilaterals, si seguim un ordre jeràrquic començarem amb la Constitució; la Llei orgànica 7/1980, de 5 de juliol, de llibertat religiosa; les lleis ordinàries estatals i autonòmiques, i les normes de les administracions públiques.

Com que en epígrafs anteriors analitzem la importància de la Constitució de 1978 per al *law and religion* i en el pròxim tractarem exclusivament la LOLR, convé que ara al·ludim per un moment a les **normes administratives**.

Les administracions públiques per mitjà de les seves diferents resolucions es pronuncien en matèria de llibertat religiosa en multitud d'ocasions. Per esmentar-ne alguns exemples: la sol·licitud d'inscripció d'un grup que s'autodenomina religiós en el Registre d'Entitats Religioses, amb la consegüent resolució administrativa, o la sol·licitud d'asil per motius de persecució religiosa, o la sol·licitud d'objecció de consciència: abans al servei militar obligatori, i ara davant determinades assignatures del sistema educatiu, o davant la negativa d'un metge a efectuar una vasectomia a un baró, o davant una dona que sol·licita que el seu document nacional d'identitat es faci amb un vel que li cobreix el rostre, o davant resolucions administratives en denominacions alimentàries per a aliments tractats o elaborats amb una determinada tècnica confessional (per exemple caixer o halal), o davant la sol·licitud de membres de les forces i cossos de seguretat que sol·liciten ser rellevats de tasques que impliquen cerimònies religioses o participar en actes de culte, etcètera.

Vegeu també

La legislació estatal i autonòmica restant serà objecte d'estudi en el mòdul II, en funció dels temes que s'hi ha d'estudiar.

En definitiva, davant les administracions es manifesten demandes en matèria de llibertat religiosa que fan que siguem davant una font de primer ordre, i que ha d'atendre la promoció i realització efectiva d'aquesta llibertat fonamental.

Passem ara a l'estudi de les fonts formalment unilaterals però materialment bilaterals, pactades per l'Estat i les confessions religioses.

4.2. Les fonts formalment unilaterals però materialment bilaterals

4.2.1. Els acords amb la Santa Seu de 1976 i 1979

La STS de 7 de juliol de 2000 va assegurar que la naturalesa jurídica dels acords Estat-Santa Seu té "caràcter de tractat internacional, als efectes del que preveuen l'article 93 i següents de la Constitució", ja que reuneixen "tots els requisits necessaris per a assolir aquest rang quan el van signar el plenipotenciari d'Espanya i el plenipotenciari de la Santa Seu, tots dos nomenats a aquest efecte".

Es compleix així el que disposa l'article 93 CE: "Mitjançant una llei orgànica es pot autoritzar la subscripció de tractats pels quals s'atribueixi a una organització o institució internacional l'exercici de competències derivades de la Constitució". Per al Tribunal Suprem "concorren en aquest instrument tots els requisits que exigeix l'article 96 de la Constitució per a formar part del nostre ordenament intern, no solament amb rang normatiu d'una llei, sinó amb valor fins i tot superior a les disposicions estatals i a la Constitució mateixa, com es dedueix del que disposa l'article 95.1 de la norma fonamental esmentada i atès que ha passat a formar part de l'ordenament intern, les normes jurídiques que conté són d'aplicació directa a Espanya, per mandat exprés de l'article 1.5 del Codi civil".

Com assenyala l'article 96 CE: "Els tractats internacionals vàlidament subscrits, una vegada publicats oficialment a Espanya, formen part de l'ordenament intern. Les seves disposicions només es poden derogar, modificar o suspendre en la forma que prevegin els mateixos tractats o d'acord amb les normes generals del dret internacional".

L'estatus internacional de la Santa Seu permet afirmar que els acords de 1976 i 1979 –que analitzarem sectorialment més endavant– siguin "convencions bilaterals de dret públic extern", les quals produeixen els seus efectes en un àmbit jurídic diferent del dels respectius ordenaments jurídics de l'Estat i de l'Església. Avui hi ha unanimitat d'opinions respecte que els concordats són acords molt semblants als tractats internacionals, equiparats a aquests en molts dels seus efectes en l'ordenament estatal. La conclusió és òbvia, ja que la Santa Seu és un subjecte de dret internacional.

El desplegament autonòmic dels acords de 1979 s'instrumenta mitjançant l'article 149.1.3a. CE i les clàusules internacionals estatutàries. Aquestes preveuen que les comunitats autònomes siguin informades de la negociació que condueix a la signatura dels tractats internacionals. Això és així perquè les autonomies els hauran de desplegar en funció de les seves competències. Tanmateix, el context de la transició va fer que no es tingués en compte, en negociar els acords, la possibilitat constitucional, que després seria realitat, de la construcció d'un estat de les autonomies, per la qual cosa el contingut d'aquests convenis amb la Santa Seu es va ordenar, sense cap dubte, a una concepció centralista de l'Estat. L'ideal, si hi hagués estat present la idea d'un estat de les autonomies, hauria estat establir, en les matèries que presumiblement es preveien conflictives, pautes marc que l'Església hagués pogut desenvolupar posteriorment amb les respectives comunitats autònomes.

Tradicionalment la matèria reguladora del fet o factor religió estava dedicada a l'Església catòlica, i aquesta es resolia mitjançant la signatura de concordats. Així s'han denominat tradicionalment els acords subscrits entre la Santa Seu i l'Estat espanyol. Aquests acords han estat, de manera recurrent, la font més rellevant del *law and religion* espanyol.

És la tradició de pacte, que la norma jurídica contingui l'acord subscrit sobre les matèries que són d'interès per a l'Església i per a l'Estat mitjançant un instrument jurídic, la que dona lloc a l'existència d'una font específica dins el *law and religion*.

Les fonts bilaterals tècnicament tenen la seva raó de ser en el compromís estatal de cooperació amb les confessions religioses que recull l'article 16.3 CE. Tanmateix, i encara que si bé és cert que la nostra Constitució, a diferència de la italiana, no imposa com hem vist l'obligació de cooperar mitjançant acords, també és cert que per mitjà de l'article 16.3 s'està possibilitant l'existència de la fórmula pactícia juntament amb el que preveu l'article 7 LOLR.

Els acords amb l'Església catòlica constitueixen un percentatge molt important en matèria de fonts de *law and religion*. Els més importants o els que podem denominar "marc" són els de naturalesa internacional, els que reconeixen la Santa Seu com un subjecte de dret internacional i recullen les matèries d'interès per a l'Estat i l'Església catòlica. El caràcter internacional, però també nacional de l'Església catòlica quan actua a través de la Conferència Episcopal Espanyola, o més localitzat a escala nacional, quan actua a través d'alguna diòcesi o diverses diòcesis, fa que a més dels tractats internacionals trobem altres disposicions nacionals o autonòmiques o fins i tot de municipis en forma d'acords entre l'Església i els diferents òrgans de l'Estat descentralitzat en el marc de les seves competències.

Els acords amb la Santa Seu constitueixen una de les particularitats més rellevants en matèria de fonts de *law and religion*. En l'actualitat, els concordats que contenen tot el conjunt de matèries d'interès per a l'Estat i l'Església catòlica,

La figura del concordat

La figura jurídica del concordat se substanciava mitjançant un acte solemne i formal, en què la màxima autoritat de l'Església catòlica i de l'Estat espanyol acordava el règim jurídic de les matèries que interessaven totes dues parts.

La figura dels concordats ha estat usada en tots els estats, no és només una figura del nostre dret. Tanmateix, a Espanya ha tingut una especial importància per la seva llarga història. L'últim dels concordats es va subscriure l'any 1953.

han estat substituïts per acords específics en diferents matèries que, encara que presenten un sentit de conjunt, tenen l'avantatge d'una màxima flexibilitat, de manera que per a una revisió potencial no és necessari modificar tots els acords, sinó només un de concret. En definitiva, la substitució del concordat per acords parcials aporta més elasticitat al sistema pactici.

En aquest moment són vigents els acords següents:

1) Acord entre la Santa Seu i l'Estat espanyol, de 28 de juliol de 1976, sobre renúncia de privilegis. En aquest pacte és especialment rellevant el seu preàmbul –inspirat en els postulats del Concili Vaticà II–, que va establir les bases de les relacions Església-Estat que es determinaran en els acords posteriors de l'any 1979. En el seu contingut l'Església renuncia al denominat "privilegi del fur", pel qual els clergues no podien ser jutjats per la jurisdicció estatal, i l'Estat renuncia al seu "privilegi de designació d'altres dignitats eclesiàstiques" (o privilegi de presentació) a Espanya. També regula el secret religiós: "En cap cas els clergues i els religiosos no poden ser requerits pels jutges o altres autoritats per a donar informació sobre persones o matèries de què hagin tingut coneixement per raó del seu ministeri".

2) Acord entre l'Estat espanyol i la Santa Seu, de 3 de gener de 1979, sobre afers jurídics. Bàsicament, aquest pacte conté els procediments d'adquisició de personalitat jurídica dels diversos ens en què s'organitza l'Església catòlica a Espanya, el reconeixement del dret d'assistència religiosa catòlica, el reconeixement d'efectes civils al matrimoni canònic, i l'eficàcia civil de les sentències de nul·litat matrimonial canònica i resolucions de matrimoni rat i no consumat.

3) Acord entre l'Estat espanyol i la Santa Seu, de 3 de gener de 1979, sobre ensenyament i afers culturals. El contingut d'aquest pacte estableix l'ensenyament de la religió catòlica als centres docents, el dret de l'Església a establir seminaris conciliaris i universitats de l'Església, i el compromís mutu de col·laborar en el sosteniment del patrimoni historico-artístic eclesiàstic.

4) Acord entre l'Estat espanyol i la Santa Seu, de 3 de gener de 1979, sobre afers econòmics. Hi figura el finançament de l'Església, tant el que rep de manera directa, com el que obté de manera indirecta partint de supòsits de no-subjecció i exempcions, en definitiva, el conjunt d'avantatges fiscals.

5) Acord entre l'Estat espanyol i la Santa Seu, de 3 de gener de 1979, sobre assistència religiosa a les forces armades i servei militar de clergues i religiosos. S'hi regula l'assistència religiosa catòlica a les forces armades, el Vicariat General Castrense i l'abolició del servei militar dels clergues.

Juntament amb aquests acords, encara se'n mantenen vigents uns altres dos: el Conveni entre l'Estat espanyol i la Santa Seu, de 5 d'abril de 1962, sobre reconeixement, a efectes civils, d'estudis no eclesiàstics fets en universitats de l'Església, i l'Acord de 21 de desembre de 1994, sobre afers d'interès comú a Terra Santa.

Sobre la base dels acords amb la Santa Seu, hi ha altres qüestions que també interessin l'Església catòlica, però amb un abast menor a la temàtica que es deriva dels acords. Aquestes qüestions s'han materialitzat en la via d'acords amb la intervenció de la Conferència Episcopal Espanyola.

Els acords en l'àmbit nacional van començar a funcionar immediatament després que se signessin els acords internacionals anteriors. Altres afers o matèries d'interès per a l'Església catòlica tenen un necessari enfocament molt més localitzat, que se circumscriu de vegades a un determinat territori, que pot coincidir amb el d'una comunitat autònoma o fins i tot amb un ajuntament d'una localitat concreta. Aquests acords bàsicament se circumscriuen a matèries de patrimoni historicoartístic, turisme, urbanisme, assistència religiosa en llocs públics, mitjans de comunicació social de titularitat de les comunitats autònomes, assistència religiosa en presons i hospitals, i altres temes, reiterem,

de competència autonòmica o municipal. Ens referirem a aquests acords denominats “menors” o “derivats”, perquè efectivament se cenyeixen al desenvolupament dels Tractats Internacionals de 1979, en el mòdul 3.

4.2.2. Els acords de cooperació de 1992 amb les confessions jueva, evangèlica i islàmica

Els acords subscrits entre l'Estat i la Federació d'Entitats Religioses Evangèliques d'Espanya, la Federació de Comunitats Jueves d'Espanya i la Comissió Islàmica d'Espanya no són equiparables als acords de 1979. És cert que abans de 1992 la doctrina va intentar promoure teories per aconseguir més simetria amb les fonts bilaterals que regeixen les relacions de l'Estat i la Santa Seu. Però això és impossible atesa la naturalesa internacional dels acords de 1976 i 1979.

A més, després de 1992 els acords amb aquestes tres confessions es van adjectivar amb una lleugera *vis satírica*: meres "fotocòpies", "acords clònics", "llegit un, llegits tots", mer "significat simbòlic" de carta atorgada per l'Estat que va servir de justificació moral, amb més efectes psicològics que jurídics, a unes confessions que havien estat clarament discriminades en el passat. Fins i tot s'ha dit que els acords de 1992 no subministren "proteccions externes" o "drets de col·locació multiculturals". Malgrat tot, el desenvolupament unilateral d'aquests acords sí que es pot anar equiparant al desenvolupament dels acords de 1979. El nostre model veta la discriminació directa, i protegeix cada vegada més la indirecta a través de normes unilaterals.

Quina és la naturalesa jurídica dels acords de 1992? A diferència dels acords internacionals de 1976 i 1979, en aquest cas es tracta de **dret intern de l'Estat**. El que formalment es mostra com a font creadora de dret és la llei de les Corts per la qual s'aproven aquests acords. En efecte, si atenem el seu *iter* d'aprovació –per mitjà de les lleis 24, 25 i 26 de 1992, de 10 de novembre–, cal dir que aquest *iter* no reforça *per se* el compliment de la regla *stare pactis*.

Fins i tot coincidint puntualment amb el dels tractats internacionals, els projectes de llei bé es podien haver rebutjat en bloc en el mateix procediment d'urgència amb lectura única. Amb fonament en la seva pròpia sobirania popular, les Corts tenen legitimitat per a introduir esmenes parcials. Que en data de 27 de juny de 1992 la Mesa de la Cambra no ho estimés oportú per al tràmit parlamentari, no significa que no pogués haver optat pel contrari (de fet al Senat el procediment va ser l'ordinari).

Per tant, les lleis que van aprovar els acords de 1992 no van poder ser cap altra cosa que formalment unilaterals, encara que materialment siguin bilaterals, ja que el cert és que els continguts dels tres acords es van incorporar com a annex a les tres lleis. En canalitzar-se mitjançant una llei ordinària, els acords amb les tres confessions gaudeixen de tota la protecció que li dispensa en la seva aplicació i vigència el mateix ordenament, però, en tot cas, sota el poder decisor

de les Corts, que la poden derogar en qualsevol moment sense l'anuència de la corresponent confesió, o fins i tot aprovar lleis sectorials que, tot i afectar les tres federacions, no es remetin als acords.

És per això que, els tres acords obtenen tota la força normativa gràcies a les pròpies lleis que els incorporen a l'ordenament estatal, i no tant del principi *pacta sunt servanda* que únicament és aplicable als tractats internacionals. Els tres acords només van servir de base a les tres lleis de 1992.

Consegüentment, hi ha alguns autors que plantegen que el terme *bilateral* és si més no equívoc, i que no és factible qualificar les lleis 24, 25 i 26 de 1992 com a "especials" o "reforçades", a diferència del que succeeix en el sistema italià, les *intese* del qual amb les minories figuren literalment en el mateix text constitucional. Tres són les raons que al·leguen aquests autors:

1) Perquè la nostra Constitució no imposa (no constitucionalitza) cap forma o modalitat concreta de plasmació del règim d'entesa comuna.

2) Perquè el sistema de la Constitució espanyola difereix del de la Constitució italiana⁵, que es caracteritza per constitucionalitzar el concordat amb l'Església catòlica i el règim d'*intese* per a la resta de cultes admesos. De fet n'hi hauria prou tan sols amb una simple modificació unilateral de l'article únic de la llei que precedeix els annexos per a derogar el contingut vigent dels acords de 1992.

⁽⁵⁾Art. 7 i 8.

3) Perquè el Govern no està obligat jurídicament a tramitar parlamentàriament els pactes amb les confessions religioses. En el nostre ordenament no hi ha cap recurs jurídic que permeti la confessió religiosa obligar el Govern a tramitar-los o, si escau, demanar-li responsabilitats o, fins i tot, exigir el compliment dels diferents pactes. En tot cas som en presència d'una mera responsabilitat política.

Dit això, també convé referir-se a les competències autonòmiques: per què no es van preveure en els acords de 1992? Estimem que, atesa l'exclusió de les comunitats autònomes (també competents *ratione materiae* en el desplegament dels acords), aquests haurien d'haver estipulat algun tipus de mecanisme interadministratiu de relació entre el Govern central i els autonòmics. Aquesta situació es podia explicar el 1979, quan no s'havia iniciat el procés autonòmic, però no el 1992, quan l'Estat compost de les autonomies feia més d'una dècada que funcionava.

A aquestes rèmores estructurals, n'hi afegim una altra: el model espanyol necessita per a pactar generar la necessitat de crear òrgans *ad hoc* per part de les confessions religioses per a la seva negociació amb l'Estat. En concret, es produeix una "ficció jurídica" com moltes altres que sorgeixen en el nostre ordenament, de manera que l'Estat negocia amb federacions o comissions que no existien abans de la gestació dels tres acords, i que es creen expressament per a

aquesta finalitat. Així, a l'efecte de dotar d'un marc jurídic les minories religioses al nostre país, es creen expressament els òrgans associatius confessionals següents: FEREDE (Federació d'Entitats Religioses Evangèliques d'Espanya); CIE (Comissió Islàmica d'Espanya); FCI (Federació de Comunitats Israelites d'Espanya, ara denominada FCJ, Federació de Comunitats Jueves).

De conformitat amb l'exposició de motius de les tres lleis que regulen els acords amb les confessions minoritàries, la finalitat d'aquests òrgans és, en primer lloc, la negociació mateixa dels acords, però també, en segon lloc, el seguiment dels acords. Creant aquests òrgans associatius s'aconsegueix un únic interlocutor confessional que es relaciona amb l'Estat, que negocia i serveix de via específica per a fer arribar a l'Estat les seves necessitats jurídiques, amb la qual cosa en teoria s'assegura la promoció de la llibertat religiosa.

En l'actualitat, a escala estatal són vigents els acords següents:

- 1) Acord de cooperació de l'Estat amb la Federació d'Entitats Religioses Evangèliques d'Espanya, aprovat per la Llei 24/1992, de 10 de novembre.
- 2) Acord de cooperació de l'Estat amb la Federació de Comunitats Juevas d'Espanya, aprovat per la Llei 25/1992, de 10 de novembre.
- 3) Acord de cooperació de l'Estat amb la Comissió Islàmica d'Espanya, aprovat per la Llei 26/1992, de 10 de novembre.

Entrant ja en el contingut del text dels acords, aquest ha estat objecte de crítiques doctrinals. Es tracta d'un contingut programàtic, la força jurídica del qual s'anirà veient a mesura que es despleguin. Per a això es requereix voluntat política. Les matèries que regulen assoleixen àmbits com el dret a establir llocs de culte, parcel·les en els cementiris municipals, ritus funeraris, protecció social per als pastors, rabins i imams, eficàcia civil dels matrimonis, festivitats religioses, ensenyament, assistència religiosa, dietes alimentàries, comercialització de productes caixer i halal, finançament indirecte, patrimoni historico-artístic, etc.

Crida l'atenció que el contingut dels acords sigui pràcticament idèntic. Tanmateix, amb independència de les crítiques que es puguin fer, els acords van representar un avenç en el nostre sistema jurídic. Aquesta valoració positiva no és un obstacle perquè s'insisteixi més en el seu desplegament, i que es concedeixi un grau de protecció i promoció més elevat a les minories en matèria religiosa.

Interessa ara comentar el **contingut de les disposicions addicionals** de les lleis esmentades, el qual és plenament coincident:

1) Quan es pretengui modificar el contingut de qualsevol dels acords, el Govern ho ha de comunicar als òrgans associatius que interressi a fi que manifestin la seva opinió i consideració (disposició addicional primera).

2) Els acords poden ser objecte de revisió –total o parcial– per iniciativa de totes dues parts; també es poden denunciar unilateralment sempre que es notifiqui a l'altra part amb sis mesos d'antelació (disposició addicional segona).

3) Quant al desplegament normatiu dels acords, és el Govern el que té la potestat per a això, sense perjudici que les comissions mixtes paritàries creades puguin assumir funcions assessores (disposicions addicionals tercera i única).

Com es dedueix, la part civil –el Govern– té una preeminència respecte a les tres minories. No passa això en els acords amb la Santa Seu: com que tenen rang internacional les modificacions unilaterals que vulguin fer totes dues parts s'hauran de pactar mútuament. De fet, s'han creat comissions mixtes per a resoldre de comú acord els dubtes o les dificultats que puguin sorgir en la interpretació o aplicació dels articles dels acords de 1979.

Finalment, és necessari referir-se als dos requisits que han d'acreditar les minories per a negociar amb el Govern acords de cooperació a l'empara de l'article 7 LOLR. Disposa aquest article que:

"1. L'Estat, tenint en compte les creences religioses existents a la societat espanyola, ha d'establir, si escau, acords o convenis de cooperació amb les esglésies, confessions i comunitats religioses inscrites en el Registre que pel seu àmbit i nombre de creients hagin assolit un arrelament notori a Espanya. En tot cas, aquests acords s'han d'aprovar mitjançant una llei de les Corts Generals. 2. En els acords o convenis, i respectant sempre el principi d'igualtat, es pot estendre a les esglésies, confessions i comunitats esmentades els beneficis fiscals que prevegi l'ordenament jurídic general per a les entitats sense finalitat de lucre i altres de caràcter benèfic."

Doncs bé, **inscripció** en el Registre d'Entitats Religioses i obtenció de **l'arrelament notori** –que el concedeix el Govern de l'Estat– són les dues exigències sense les quals no es poden pactar aquests acords.

Al segon apartat del proper mòdul abordarem detingudament el primer d'aquests requisits. Vegem ara el segon.

L'arrelament notori té una **doble dimensió**:

1) **La formal**: es tracta d'un acte juridicopúblic en virtut del qual l'Estat declara que una religió, o bé els representants institucionalitzats d'una religió, té arrelament notori a Espanya.

2) **La material**: es tracta d'un acte que exigeix valorar el compliment d'una sèrie de requisits que estableix la legislació.

La normativa que desenvolupa aquesta declaració és el **Reial decret 593/2015, de 3 de juliol, pel qual es regula la declaració de notori arrelament de les confessions religioses a Espanya.**

Per a obtenir-lo, les entitats religioses hauran de complir els requisits següents (article 3):

- a) Portar inscrites a Espanya almenys trenta anys. Aquest termini es pot reduir a quinze anys si acrediten estar reconegudes a l'estranger amb una antiguitat d'almenys seixanta anys.
- b) Estar presents en almenys deu comunitats autònomes i/o Ceuta i Melilla.
- c) Tenir un mínim de cent entrades en el Registre d'Entitats Religioses, entre ens i llocs de culte. En casos excepcionals d'especial rellevància per la seva activitat o pel nombre de membres, aquestes anotacions podran ser inferiors.
- d) Tenir una estructura interna i organització adequada.
- e) Acreditar la seva presència i participació activa en la societat espanyola.

El reconeixement se sol·licitarà per la pròpia entitat interessada a la Sotsdirecció General de Relacions amb les Confessions, fent constar la identificació dels representants legals, una memòria explicativa que acrediti el compliment dels requisits i el domicili a l'efecte de notificacions (article 4). La resoldrà el ministre de Justícia mitjançant una ordre ministerial, previ informe de la Comissió Assessora de Llibertat Religiosa. El silenci administratiu és positiu després de sis mesos des de la presentació (article 5).

Contra la resolució es pot interposar recurs de reposició o directament anar a la via contenciosa administrativa (article 5, RD 593-2015).

També es preveu la pèrdua del notori arrelament, que es produirà en cas de deixar de complir alguns dels requisits necessaris, o a petició de la pròpia entitat.

Actualment tenen reconegut el notori arrelament:

- Església catòlica (reconeguda per la pròpia Constitució)
- Protestantisme (des del 14 de desembre de 1984)
- Judaisme (des del 14 de desembre de 1984)
- Religió islàmica (des del 14 de juliol de 1989)
- Església de Jesucrist dels Sants dels Darrers Dies (des del 23 d'abril de 2003)

- Església dels Testimonis de Jehovà (des del 29 de juny de 2006)
- Budisme (des del 18 d'octubre de 2007)
- Església ortodoxa (des del 15 d'abril de 2010)

Segurament en el futur hi haurà altres confessions, avui minoritàries, que podran també aconseguir el notori arrelament.

4.3. La recepció estatal de les normes confessionals

Entre les fonts del *law and religion* també cal tenir en compte les normes dels ordenaments de les confessions religioses, que tenen rellevància jurídica en l'ordenament de l'Estat. Això és especialment important en el cas del dret canònic, ja que es tracta d'un dret codificat, que fins i tot és supletori en alguns estats. El dret canònic constitueix un ordenament jurídic complet, indispensable per a la formació del nostre dret actual, i que juntament amb el dret romà, va forjar el *ius commune*, que donaria lloc a la formació dels ordenaments jurídics occidentals.

Per regla general, les confessions, esglésies o comunitats religioses tenen un ordenament jurídic propi més o menys complex on hi ha disposicions variades.

Totes aquestes normes confessionals pròpies de les diferents confessions religioses, no tenen per si mateixes força normativa en el nostre ordenament. Només vinculen els religiosos fidels i dirigents, sense la coacció que caracteritza el dret estatal. Són bàsicament normes de caràcter jurídic, organitzatiu i moral que configuren les relacions internes dels membres. No obstant això, les normes estatutàries poden arribar a formar part de l'ordenament espanyol, sempre que l'Estat les assumeixi com a pròpies.

L'ordenament jurídic de l'Estat les pot fer seves des de dos punts de vista. En primer lloc, com a norma jurídica interna de compliment obligat, amb la qual cosa entren dins l'ordenament civil normes confessionals que l'Estat fa seves. En segon lloc, les normes religioses poden tenir força interpretativa; en aquest supòsit, les normes confessionals formen part de l'ordenament jurídic només des de l'esfera interpretativa, de manera que el concepte d'una determinada institució que aporta el dret confessional el fa propi l'ordenament jurídic estatal.

Perquè tingui lloc aquesta estatalització del dret estatutari confessional, l'ordenament jurídic utilitza tres **mecanismes**:

1) **Remissió material o receptícia**: l'ordenament jurídic estatal pren per a si una norma pròpia del dret confessional, la rep dins la seva legislació de manera que es converteix en una norma estatal, amb independència de la seva vigència dins el dret confessional estatutari. Es dona, doncs, una conversió de la norma

Dret intern

La mateixa LOLR ja havia previst l'existència d'aquesta autoformació jurídica o dret estatutari intern mitjançant el que disposa el seu article 6, que veurem en el mòdul II.

Exemple

L'Estat no defineix què és un bisbe, això correspon a l'Església catòlica, per la qual cosa l'ordenament estatal partirà del dret canònic per a regular els efectes jurídics que es derivin del terme *bisbe*.

religiosa en norma civil. Aquesta remissió pot plantejar incompatibilitats amb el principi de laïcitat, i és propi d'estats confessionals. Per exemple, seria el cas hipotètic que un estat no acceptés en la seva legislació cap més matrimoni que el propi d'una església determinada, i n'excloués tant el civil com el de les altres confessions. Quan s'hagi d'interpretar, es farà amb els principis de l'ordenament civil.

2) Remissió formal o no receptícia: l'Estat reconeix eficàcia a una relació jurídica desenvolupada d'acord amb les normes d'un altre ordenament jurídic. El cas més representatiu és el reconeixement d'eficàcia jurídica a les resolucions de matrimoni rat i no consumat i sentències eclesiàstiques de nul·litat matrimonial canònica per part del dret estatal. En aquest cas no es plantegen dubtes sobre la compatibilitat amb la laïcitat. Si cal fer alguna interpretació, es farà conforme als principis de l'ordenament confessional.

3) Tècnica del pressupòsit de fet: consisteix a considerar la norma confessional com una mera dada de fet de la qual parteix l'ordenament de l'Estat. Per exemple, seria el cas de l'ús de mencions legals en les normes estatals referides a institucions confessionals, com quan el dret de l'Estat assenyala la Conferència Episcopal, els bisbes, els rabins, les mesquites, els salons del Regne, etcètera. Si veritablement és laic, no correspon a l'Estat definir el que és un bisbe o una sinagoga, ja que aquesta és una competència de cada església o comunitat religiosa.

5. Projeccions jurídiques del pluralisme religiós

5.1. Els símbols personals: el *hijab*, la quipà i d'altres

A diferència d'altres estats més multiculturals, com els Estats Units o el Canadà, a Espanya no s'ha produït una espiral de conflictes de similar envergadura. No obstant això, es té constància d'un informe dels serveis jurídics de la Direcció General de la Policia que va admetre les fotografies de dones musulmanes de nacionalitat espanyola, sempre que visualitzessin determinats trets facials, com el front, les celles, els ulls, el nas, els llavis i la barbeta, sense els quals la identificació del seu titular no prosperaria.

L'estiu de 1987 el president de la Comunitat Islàmica de Sevilla es va adreçar per escrit al governador civil, per a informar-lo de les queixes i protestes de musulmanes que trobaven dificultats a l'hora d'obtenir el document nacional d'identitat i el passaport, ja que els serveis de la policia rebutjaven les fotografies que es feien amb el mocador cobrint els cabells i les orelles. El president de la Comunitat al·legava que la religió islàmica imposa el *hijab* quan les dones són fora de casa seva, i que s'havia assabentat que les monges catòliques obtenien els documents oficials presentant fotografies amb el cap cobert per la toca de l'hàbit.

L'article 5.1 del Decret 196/1976, de 6 de febrer, que regulava el document nacional d'identitat, disposava que el DNI "ha de portar incorporada la fotografia del rostre del seu titular de cara i amb el cap descobert". Si interpretem aïlladament aquest precepte, sembla clar que qualsevol peça de roba que cobreixi el cap invalidaria l'obtenció dels documents d'identitat.

Tanmateix, els serveis jurídics de la policia van reconèixer que aquest requisit "no és important en el cas de les dones, ja que aquestes es poden fer la fotografia amb diferents pentinats que dissimulen de fet el naixement del cabell a la regió frontal i que, sovint, cobreixen els pavellons auriculars, per la qual cosa el fet que la fotografia no sigui amb el cap descobert, sempre que es vegin correctament les faccions del rostre, no té més transcendència [...] D'altra banda, és cert que hi ha certa tolerància respecte a les fotografies que presenten les religioses catòliques, en les quals apareixen amb la toca pròpia de l'hàbit de l'orde religiós a què pertanyen".

Però el 30 de juny –uns quants dies més tard– es va pronunciar el cap del Servei Jurídic del Ministeri de l'Interior. En el seu raonament es va assegurar que el DNI. és un dels "aspectes relacionats o connexos amb l'ordre públic. S'ha d'entendre, doncs, que la llibertat religiosa queda limitada en les seves

manifestacions [...] si impedeix o frustra la finalitat a què tendeix el DNI". Llavors, la pregunta que es pot formular és si el *hijab* estaria impeding o bé frustraria la finalitat identificadora del document.

Doncs bé, per al cap del Servei Jurídic la resposta ha de ser negativa, ja que amb "aquesta creença religiosa no s'impedeix la identificació de la persona, per mitjà del document fotogràfic [...] s'ha d'admetre que la confecció del DNI es practiqui per a les dones de nacionalitat espanyola que professen la religió islàmica respectant les creences del seu culte".

Però els conflictes van prosseguir. El 5 d'octubre de 1998 l'imam Najem Al-Hassan Al-Khalaf va enviar un escrit a la Subdelegació del Govern de Barcelona, en què es queixava que alguns funcionaris no acceptaven les fotografies de les musulmanes de la seva Comunitat. La resposta que va rebre va ser favorable, per la qual cosa sembla que es confirma la praxi administrativa iniciada el 1987.

Anys més tard es va obrir un expedient disciplinari a un conductor d'autobusos que havia vulnerat l'article 26 del Conveni col·lectiu de l'empresa de transports municipals, en la qual treballava des del 29 de juliol de 1985. El Conveni regulava la indumentària obligatòria dels empleats, i exclouïa els barrets o altres complements similars que cobrissin el cap.

Portat el cas per la via judicial, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, de 9 de setembre de 2002, va reconèixer el poder de direcció i organització de l'empresari, que "legítima de vegades per a imposar als treballadors la uniformitat de vestimenta durant la prestació de la feina". Però aquest àmbit patronal de decisió, prossegueix, no pot atemptar "contra la dignitat i honor del treballador [...] o qualsevol dels drets fonamentals i llibertats públiques que reconeix la Constitució".

Aquests són els límits en el *ius variandi* empresarial. Així mateix, es reitera que "no hi ha drets il·limitats, i el dret de l'empresa a imposar als seus empleats l'ús d'un determinat uniforme pot, per això, cedir si col·lideix amb un dret a què s'hagi d'atribuir un rang preponderant". I aquest dret òbviament és el de llibertat religiosa.

Tot seguit confirma que la gorra del conductor "no obeeix a un mer caprici o al seguiment de modes [ja que] és membre de la Comunitat Israelita de Mallorca i practicant de la religió jueva des de fa uns 23 anys, i que aquesta creença considera necessari tenir sempre cobert el cap en senyal de respecte a la divinitat".

De fet, la quipà usada pels jueus ortodoxos és una pràctica hebraica que s'origina a Babilònia durant el període talmúdic, i obliga que es cobreixi el cap davant Déu omnipresent, llevat de si estan inconscients, submergits sota l'aigua o en perill de mort imminent. Naturalment el conductor no estava en cap d'aquests supòsits.

Així, doncs, i amb suport en la jurisprudència constitucional sobre llibertat de religió, la utilització de la quipà:

"[...] constitueix per al demandant un acte prescrit per la seva religió, de manera que el conflicte es planteja entre el dret de l'empresa a dirigir l'activitat laboral [...] i el dret fonamental a la llibertat religiosa d'un dels seus empleats [que] inclou, juntament amb la garantia de l'existència d'un claustre íntim de creences i, per tant, d'un espai d'autodeterminació intel·lectual davant el fenomen religiós, una «dimensió externa d'*agere licere* que faculta els ciutadans per a actuar d'acord amb les seves pròpies conviccions i mantenir-les davant tercers»."

És per això que, davant un conflicte d'aquestes característiques, preval la doctrina de la ponderació dels interessos en joc i les circumstàncies que es presenten en funció de cada situació concreta, "ponderant fins a quin punt el comportament del treballador al qual obliguen les seves conviccions religioses és innocu per als interessos de l'empresa o, al contrari, incompatible amb aquests".

I segons el parer del Tribunal, la conducta del treballador no ha causat "cap dany o menyscapte a la imatge de l'empresa, incident o trastorn durant l'execució del servei o, més en general, cap classe de perjudici". Els mateixos arguments són recollits a la Sentència del TSJ d'Andalusia, Sala Social, Granada, Secció 1a, núm. 2965/2011, de 21 de desembre, per determinar la improcedència del canvi de centre de treball d'una monitora de ioga d'un club *wellness* per la seva indumentària hinduista.

En conseqüència, passa a preguntar-se per què l'empresa que durant anys va consentir la quipà canvia ara d'actitud, sabent que el costum del treballador no afecta negativament els interessos empresarials:

"[...] no es veu cap raó atenedible que justifiqui en dret una decisió de l'empresa, al caire, doncs, en l'autoritarisme, que fereix, sense profit per a si, els sentiments religiosos d'un dels seus empleats constitucionalment tutelats; sobretot quan la demandada és una empresa municipal i per tant pertanyent al sector públic, i, per això, més compromesa que les de pur caràcter privat amb el compliment efectiu dels valors constitucionals".

La Sentència del Jutjat social núm. 1, de Palma de Mallorca, núm. 31/2017, de 6 de febrer de 2017, és important en tant que recull la doctrina del TEDH i enumera els requisits que s'han de tenir en compte per declarar la procedència o no de la prohibició.

Es tracta d'una empleada administrativa, "agent de *handling*", del departament de servei al passatger, amb antiguitat d'1/3/2007, de l'empresa Acciona Airport Services S.A.U., que va ser sancionada set vegades amb suspensió d'ocupació i sou per portar vel islàmic (hijab). Tenia un contracte fix discontinu i en el manual operatiu del departament figura l'obligació de portar l'uniforme.

El 21 de desembre de 2015 va comunicar a l'empresa la seva intenció de portar vel, i els representants l'hi van autoritzar provisionalment mentre elevaven la consulta als serveis jurídics. El 23 li van comunicar que no estava permès per l'exigència d'uniformitat i imatge corporativa. I des de llavors es van succeir les sancions. Hi ha períodes en els quals el porta i uns altres en els quals no.

El Jutjat recorda que:

- a) l'empresa no va al·legar tenir una política de neutralitat religiosa, ni normes que prohibissin explícitament el vel;
- b) tampoc va al·legar que li hagués causat algun perjudici empresarial; i
- c) que la vestimenta no era un requisit professional essencial i determinant (com per exemple en una treballadora d'un laboratori).

La resolució està d'acord amb la STEDH, Secció 4a, de 15 de gener de 2013, cas Eweida i altres contra el Regne Unit, en el qual es tractava d'una treballadora de British Airways que portava una creu i va ser sancionada. Com que la creu no era gran i no interferia en el seu treball, ni tan sols en l'uniforme, es va considerar innòcua i van donar la raó a la treballadora.

A França, el conegut com a *affaire des foulards* es va intentar resoldre el 1989 i, posteriorment, el 1995 mitjançant sengles circulars dels responsables ministerials d'Educació. Però el cert és que al final el llavors president, Jacques Chirac, va haver de crear una comissió d'experts presidida per Bernard Stasi, mitjancer de la República, per a repensar la *laïcité* i que dictaminés sobre la conveniència d'una llei que prohibís el vel a les escoles. Aquesta pretensió la va ratificar el Tribunal Europeu de Drets Humans, en la Sentència de 4 de desembre de 2008 (cas Kervanci contra França), en què es va dictaminar que la interdicció o la prohibició del vel no era contrària a la llibertat religiosa.

La *Commission Stasi sur l'application du principe de laïcité dans la République* va emetre un informe favorable per la defensa de la laïcitat, incloent-hi la prohibició de tot signe considerat "ostensible", com la quipà jueva, les creus de mida gran o el vel islàmic. Així, del *Projet de loi relatif à l'application du principe de*

laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics es va passar a la *Loi n.º 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*. L'article primer consigna que "dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit".

França, els Estats Units, el Canadà i Espanya són models diferents. El primer aposta per una laïcitat estricta, que pot lesionar la llibertat religiosa i el dret a la pròpia imatge. Els Estats Units es basen en la promoció d'un cert multiculturalisme favorable a la llibertat davant lleis aparentment neutrals que poden generar discriminacions indirectes, igual que el Canadà, amb la seva tècnica de la col·locació raonable, que és un concepte que se substancia mitjançant solucions *ad casum*.

Espanya, per la seva banda, després de dècades d'homogeneïtat cultural i religiosa, s'aproxima més a l'experiència canadenca, i en la mesura del possible evita les discriminacions indirectes, ja que les directes van quedar prohibides en la mateixa Constitució de 1978, l'article 14 de la qual, com hem vist, va consagrar el principi d'igualtat.

Per a la gestió de la multiculturalitat es necessita aprofundir en la tècnica de la col·locació raonable en lloc de superimposar solucions apriorístiques i unilaterals. El jacobinisme tracta de convertir en sagrat el dogma laïcista, identificant-lo metafísicament amb una sola manera històrica de fer-lo. Tanmateix, el transcurs del temps i la composició del *demos* francès, nord-americà o espanyol ja no és el mateix que el d'antany.

5.2. Els símbols estàtics: el crucifix

Un dels primers casos relatius a l'ús de símbols estàtics en el marc de les institucions públiques es va produir a la Universitat de València. El seu Claustre va decidir reformar l'antic escut universitari que datava de 1771 esborrant-hi la imatge de la verge de la Sapiència. Disconformes amb aquesta decisió, un grup de professors i alumnes va optar per impugnar-la i van obtenir un judici favorable per part dels tribunals ordinaris.

Tanmateix, el Claustre de la Universitat va recórrer davant el Tribunal Constitucional, al·legant que s'havia vulnerat el dret a l'autonomia universitària previst en l'article 27.10 de la Constitució. I aquest Tribunal, revocant les sentències anteriors, va emparar la decisió del Claustre per virtut de la Sentència 130/1991, de 6 de juny.

Quins van ser els arguments de fons? Vegem-los:

Nota

Sentències de l'Audiència Territorial de València, d'11 de desembre de 1987, i del Tribunal Suprem, de 12 de juny de 1990.

Segons el Tribunal Constitucional, qualsevol universitat pública està legitimada per a retirar del seu escut oficial la imatge de la verge, sempre que ho decideixin les autoritats universitàries competents.

Com a corporacions públiques que són, cada universitat té "plena capacitat de decisió en els aspectes que no són objecte de regulació específica en la llei, i així mateix és patent que la concreció d'aquest dret fonamental es va materialitzar amb l'aprovació de la Llei de reforma universitària que [...] ha precisat el conjunt de facultats que doten de contingut el dret fonamental d'autonomia universitària; facultats entre les quals hi ha la potestat d'autoformació entesa com la capacitat de la universitat per a dotar-se de la seva pròpia norma de funcionament o, el que és el mateix, d'un ordenament específic i diferenciat, sense perjudici de les relacions de coordinació amb altres ordenaments als quals s'ha d'integrar necessàriament aquell".

No obstant això, convé fer notar que la neutralitat –o, si es prefereix, la laïcitat– no obliga per se a privar d'imatges religioses els escuts universitaris. Per respecte a la història i la tradició, les corporacions públiques podrien mantenir, igualment, els símbols religiosos que ja eren presents en els seus respectius emblemes.

Segons el parer del Constitucional, tot dependrà que la decisió que adoptin els òrgans legitimats de representació sigui democràtica:

"[...] la via natural d'expressió de la idea i del contingut que la societat –en el nostre cas, la comunitat universitària– té de l'interès públic vigent en cada moment, quan es tracta de l'adopció d'acords que comporten opcions de naturalesa primària o prevalentment política –com els adoptats pel Claustre constituent en representació de la comunitat universitària i en exercici de la seva autonomia–, la constitueix la voluntat majoritària dels òrgans representatius, formada en debat públic i per mitjà dels procediments jurídics establerts, l'observança dels quals queda subjecte en tot cas al control de jutges i tribunals."

Amb tot, el Constitucional reconeix que la decisió que prengui el Claustre, encara que sigui legítima i adoptada per majoria, no serà absolutament neutral, ja que:

"[...] la simple decisió d'alterar o modificar en un determinat sentit la simbologia representativa de la institució universitària porta implícit un judici de valor respecte als símbols preexistents. Es considera que la nova simbologia identifica millor la institució representada o exerceix de manera més oportuna o convenient la funció integradora o representativa que comporta tot símbol o, literalment, satisfà les sensibilitats i preferències de diversa índole de qui amb el seu vot va contribuir a l'aprovació dels nous elements representatius de la universitat, o respon millor a aquestes sensibilitats i preferències."

Situat en la tessitura d'haver de decidir sobre la supressió o el manteniment de la imatge religiosa, el màxim intèrpret de la Carta magna entendrà que "és més adequat a la lògica d'un estat aconfessional un escut universitari sense elements de significat religiós que amb aquests elements".

Respecte d'aquesta sentència, Martínez-Torrón ha escrit que "la utilització legítima de simbologia religiosa en les institucions públiques ha de respondre a una relació amb la història de la institució de què es tracti –o la història del país–, que freqüentment té arrels religioses antigues. En aquests casos, el símbol religiós és "secularitzat" en el seu ús

institucional, com una manera de mantenir un vincle amb la tradició. Al contrari, quan aquesta justificació històrica no existeix, l'ús de símbols religiosos en institucions públiques no sembla fàcilment compatible amb la Constitució, ja que transmet públicament un missatge de contingut religiós, i això significaria que un estat neutral estaria protagonitzant la creació ex novo d'una tradició de naturalesa religiosa, amb la consegüent "confusió entre funcions religioses i funcions estatals".

La doctrina d'aquesta sentència va ser confirmada en el recurs d'empara contra el nomenament com a patrona del Col·legi d'Advocats de Sevilla de la "Santíssima Virgen María, en el Misterio del su Concepción Inmaculada". En sentència de 28 de març de 2011, el TC subratlla que la configuració dels signes d'identitat pot "obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de esta, lo que origina que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tengan una connotación religiosa. [...] Por consiguiente, es obvio que no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE".

En la mateixa línia s'han dictat diverses sentències, com la del TSJ de Madrid de 20 de maig de 2011 o la del TSJ d'Aragó de 6 de novembre de 2012. En ambdues l'argument és que la laïcitat positiva no pot suposar un rebuig del fet social religiós i és compatible amb la presència de símbols religiosos en llocs públics si aquests són expressió de la història i la cultura del nostre país. No n'hi ha prou amb constatar l'origen religiós d'un signe identitari perquè se li hagi d'atribuir un significat actual que afecti la neutralitat religiosa que als poders públics imposa l'article 16.3 CE".

La doctrina d'aquesta primera sentència no va ser seguida pel Jutjat Contenciós Administratiu de Valladolid, de 14 de novembre de 2008, que va ordenar la retirada dels crucifixos d'una escola, malgrat que el Consell escolar del col·legi públic Macías Picabea adoptés en una decisió democràtica –votada en secret– mantenir els seus símbols religiosos estàtics. Tanmateix, la decisió va ser objecte de recurs per part de l'Asociación Cultural Escuela Laica de Valladolid. El fonament clau d'aquesta sentència és el quart, que passem a analitzar.

Convé advertir que el Jutjat va eludir la doctrina del Tribunal Constitucional. Aquest, en la Sentència 130/1991, de 6 de juny, que acabem de ressenyar, va resoldre sobre l'escut de la Universitat de València, en què figurava la imatge de la verge de la Sapiència. El màxim intèrpret de la Constitució va aduir que era més lògica a la aconfessionalitat estatal la no-presència de símbols religiosos. Però no va concloure que s'havien de mantenir o retirar de les institucions públiques. Aquesta decisió requeia en els òrgans competents de cada centre concernit: el Claustre d'una universitat, el Ple d'un ajuntament o el Consell d'una escola. Tan adequada a la laïcitat és una decisió favorable al crucifix com desfavorable, ja que som davant una laïcitat participativa, casuística i no excloent.

En canvi, en la Sentència de 14 de novembre de 2008, el Jutjat de Valladolid va ordenar la retirada dels crucifixos obviant l'autonomia de l'escola.

D'una banda, va assenyalar que el crucifix no és un símbol proselitista. Ni directament ni indirectament persegueix aquesta finalitat, ja que la seva exhibició a les aules no pretén convèncer del propi credo, ni atreure nous adeptes a la religió cristiana. Però, d'altra banda, va afirmar que "sí que es considera que la presència de símbols religiosos a les aules i dependències comunes del centre educatiu públic en què s'imparteix ensenyament a menors que estan en plena fase de formació de la seva personalitat vulnera els drets fonamentals que estableixen els articles 14 i 16.1 i 3".

El cert és que si la creu no implica proselitisme és improbable que vulneri la llibertat o la igualtat de creences dels alumnes. Tampoc no viola l'article 16.3 de la Constitució: ja hem vist que la laïcitat no exclou l'exhibició d'imatges religioses en centres públics, siguin les d'una verge o les d'unes simples creus. A més, la sentència reconeix que els crucifixos no interfereixen en la docència, mentre formen part del patrimoni sociocultural espanyol, i a aquest efecte posa com a exemple la creu de la bandera asturiana.

Per tant, ens podem preguntar per què el Jutjat va optar finalment per desallotjar els crucifixos. Dues van ser les conjetures adduïdes.

La primera, en la connotació religiosa –no solament cultural– de la imatge d'una creu, que es projecta en zones comunes del centre educatiu en el qual reben educació menors d'edat en fase de formació de la seva voluntat i intel·lecte.

I la segona, en el fet que "pot provocar en aquests [en els discents] el sentiment que l'Estat és més proper a la confessió amb la qual tenen relació els símbols presents en el centre públic que a altres confessions respecte de les quals no és present cap símbol en el centre públic, amb la qual cosa l'efecte que es produeix, o es pot produir, amb la presència dels símbols religiosos, és l'aproximació a la confessió religiosa representada en el centre perquè es considera que és la més pròxima a l'Estat i una forma d'estar pròxim a aquest".

Connotació religiosa d'un símbol on estudien menors en fase de formació (però sense proselitisme), i sentiment d'aproximació (no de suport explícit) de l'escola cap a una confessió (es refereix a l'Església catòlica, encara que el crucifix no és privatiu d'aquesta), són, doncs, les dues hipòtesis de què se serveix el Jutjat per a retirar les creus.

Segurament hauria estat més coherent demostrar si el crucifix genera o no proselitisme. Però això ho havien d'haver denunciat els pares dels alumnes suposadament ofesos per la presència dels crucifixos, o membres disconformes del mateix Consell escolar.

El risc d'aquest tipus de conjectures és que impliquen admetre que la visió de qualsevol símbol religiós –dinàmic o estàtic– és susceptible de conculcar l'article 16 de la Constitució. Mentre no hi hagi una legislació sobre la matèria, *a priori* ni la llibertat de creences ni la laïcitat de l'Estat no exigeixen, per a la seva plena efectivitat, que es cancel·lin imatges religioses prèviament acceptades per les institucions o centres públics concernits. Es tracta de símbols amb un origen cultural i religiós, però que la tradició ha anat secularitzant pel que fa a l'ús institucional.

No obstant això, el Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó, en sentència de 14 de desembre de 2009, va venir a confirmar només en part aquesta sentència, seguint la doctrina assentada pel Tribunal Europeu de Drets Humans en el cas *Lautsi contra Itàlia* de 2009. En aquest sentit, matisa que l'eliminació del crucifix de les aules escolars només és necessària quan existeix una situació conflictiva en la qual poden veure's afectats els drets fonamentals tant dels estudiants com dels seus pares. Per tant, la petició de retirada ha de concedir-se quan estigui seriosament fundada en motius religiosos.

D'altra banda, la solució de la sentència de 14 de novembre de 2008 del Jutjat de Valladolid és contrària a la nova doctrina del TEDH establerta en el cas **Lautsi contra Itàlia** (coneguda com a *Lautsi II*). En sentència de 18 de març de 2011, la Gran Sala del Tribunal va establir que un símbol religiós passiu, com és la creu, no pot vulnerar els drets fonamentals dels membres de la comunitat educativa. Un símbol estàtic no és comparable amb el res d'oracions o amb la participació en activitats religioses.

Argumenta que el manteniment dels crucifixos a les aules pot ser considerat una falta de respecte cap als no creients, però les percepcions subjectives no són suficients per poder parlar de lesió del dret dels pares a decidir la formació dels seus fills. Per tant, s'ha d'atendre al cas concret, a la serietat de les conviccions i a la prova de com es veuen afectades aquestes conviccions per l'actuació dels poders públics o de l'Estat, havent d'acudir al principi de proporcionalitat.

5.3. Els matrimonis concertats, el repudi, la clitoridectomia i els càstigs corporals

Si bé és veritat que el compromís amb els principis demoliberals exigeix una obertura cap a la multiculturalitat, no és menys cert que una de les preocupacions de les societats d'acollida resideix en la intensitat dels límits que es poden imposar a determinades pràctiques ètniques o religioses.

És sabut que algunes vegades s'ha reclamat que els estats de la Unió Europea reconeguin jurídicament als immigrants un estatut familiar diferent del que s'aplica als altres ciutadans europeus. Sobre això, s'argumenta que la llibertat

religiosa inclouria la concessió de demandes com les que encapçalen aquest epígraf. En les línies que hi ha a continuació s'exposaran alguns dels casos més peculiars, combinant dos nivells d'anàlisi: el teòric i el jurisprudencial, que, al cap i a la fi, és el que aporta la solució legal aplicable.

Els **matrimonis forçats** obeeixen a un costum que no té una base religiosa sòlida i no són privatius dels països musulmans. A l'Estat espanyol la literatura popular ens ha descrit històries de sacerdots matrimoniers que s'encarregaven d'unir parelles entre els propietaris de les masies. Els defensors d'aquesta pràctica exposen que els matrimonis són més feliços i duraran més temps, ja que en comprometre's amb el vincle matrimonial les famílies respectives amplien la seva pròpia xarxa social. Com apunta Parekh, segons "la visió asiàtica les persones són una part integral de les famílies, i les seves vides no els pertanyen només a ells, sinó també a elles".

Per contra, s'argumenta que si la decisió de la parella no és enterament lliure s'ofèn el valor de l'autonomia personal i la concepció canònica del matrimoni, basat en el consentiment acceptat lliurement per les dues parts.

Com ha posat en relleu Briones, les legislacions europees, inspirades en uns valors públics d'influx cristià, no accepten el matrimoni concertat en contra de la voluntat dels contraents. De fet, la imposició del contracte marital i del cònjuge infringiria *a radice* l'article 45 del Codi civil, per virtut del qual "no hi ha matrimoni sense consentiment matrimonial. La condició, el terme o el mode del consentiment es consideren no establerts".

Aquests matrimonis són prohibits i penats en l'article 172 bis del Codi penal com un tipus específic del delictes de coaccions. La seva regulació presenta alguns problemes, com l'exigència de la intimidació greu o la referència al tipus de coaccions, la qual cosa deixarà fora alguns supòsits de matrimonis forçosos:

"1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.

3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad".

Una qüestió diferent seria que els promesos es mostressin d'acord amb la decisió paterna i acceptessin el concert que les famílies proposessin: llavors no hi hauria inconvenients legals, perquè la decisió recauria finalment en la mateixa parella. Respecte a la celebració del matrimoni (*nikāh*), el dret islàmic permet

que la futura esposa sigui representada per un tutor perquè aquest li presti el consentiment, però aquesta modalitat no es correspon amb l'obligació imposada que el consentiment sigui personal i lliure per part de la dona.

La institució matrimonial, tal com s'entén avui dia a la Unió Europea, ens condueix a la paritat civil de drets i deures entre els cònjuges, inclosos els musulmans. Les legislacions democràtiques no permeten l'aplicació del dret islàmic quan s'atribueix al marit una posició general de preeminència al si de la família: de vegades imposant a la dona obediència, altres vegades excloent-la de la custòdia dels fills menors si ella és cristiana o jueva, i, finalment, compel·lint els fills a rebre l'educació basada en la religió que professi l'espòs.

El dret islàmic únicament concedeix a l'home musulmà la possibilitat de casar-se amb dones cristianes i jueves (Alcorà 5:5). Però la hipotètica imposició d'aquest costum contradiu els articles 12 i 14 del Conveni europeu de drets humans. El primer assenyalava que "a partir de l'edat núbil, l'home i la dona tenen dret a casar-se i fundar una família segons les lleis nacionals que regeixin l'exercici d'aquest dret", mentre que el segon disposa que el gaudi dels drets i les llibertats s'asseguri sense cap distinció, especialment per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o altres, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixement o qualsevol altra situació.

Respecte al repudi *talāq*, s'ha d'esmentar la Resolució de 2 de novembre de 1999, de la Direcció General dels Registres i del Notariat, que va confirmar el principi general següent:

"[...] per al nostre dret aquest repudi no té la consideració d'un verdader divorci ja que persisteix el lligam anterior o vincle; d'aquesta manera, el segon matrimoni de l'interessat, vàlid segons la seva llei personal, seria incompatible amb el nostre sistema jurídic matrimonial que estableix el de lligam anterior com a impediment per a contraure matrimoni, sanciona civilment amb la nul·litat el contret en aquestes circumstàncies i persegueix penalment el delictes de bigàmia. Per tot això, ha d'operar en aquest cas l'excepció d'ordre públic [...] i denegar la pràctica de la inscripció pretesa fins que no s'acrediti en forma deguda la ruptura total del vincle matrimonial anterior del contraent."

El repudi no s'equipara al divorci, que exigeix el compliment de les pautes fixades en la legislació de l'Estat. En canvi, per al dret islàmic el repudi parcial – com que no esdevé definitiu – permet que l'home es desdigni i recuperi la dona en un període de tres mesos o tres menstruacions (Alcorà 2:228). Significativament, en àrab *talāq* significa 'desfer-se de lligams anteriors'.

Una altra pràctica que ha estat focus d'alarma i atenció pública és la **mutilació genital o clitoridectomia**. La seva explicació antropològica no sembla sustentat-se en una precedència exclusivament religiosa, malgrat que es practica en alguns països musulmans. Es calcula que prop de dos milions de joves són forçades a sotmetre-s'hi cada any.

Les raons que s'esgrimeixen per a defensar la mutilació genital sostenen que aquest és un costum fortament relacionat amb la tradició cultural i les normes sobre la sexualitat i la reproducció. S'hi afegeix també que no és una pràctica prohibida per la religió islàmica i que es garanteix la virginitat de les adoles-

cents, l'autodisciplina social, l'acceptació de les joves com a membres de ple dret al si de la comunitat i el fet que, en el futur, no siguin rebutjades per al matrimoni.

Al contrari, la història ensenya que a l'Europa occidental medieval s'utilitzaven els cinturons de castedat per a evitar la promiscuïtat i, durant el segle XIX, s'havien practicat clitoridectomies perquè es pensava que d'aquesta manera es curaven l'epilèpsia, la histèria i la incontinença sexual. Finalment, es recorda que els estats democràtics permeten intervencions de cirurgia plàstica, com l'augment dels pits, les liposuccions abdominals, el lífting, els tatuatges, el pírcing, etc.

La majoria d'aquests arguments es poden rebatre amb objectivitat manifesta: ni l'Alcorà esmenta la mutilació genital ni tampoc el seu valor cultural és tan important per a les comunitats religioses o ètniques, especialment quan els seus membres emigren i acaben residint als països occidentals, caracteritzats per una forma de vida urbana i no tribal. Però, sens dubte, el trauma psicològic que sofreixen les menors, la falta de satisfacció sexual al llarg de la vida i la vulneració del dret fonamental a la seva integritat física són les raons que evidencien el rebuig ètic i legal d'aquesta pràctica.

El rebuig a la mutilació genital femenina es va materialitzar per primera vegada en un tribunal espanyol en condemnar l'Audiència Provincial de Terol, en la Sentència núm. 26, de 15 de novembre de 2011, a uns pares gambians per un delictes de lesions amb mutilació genital, practicat a la seva filla al voltant dels vuit mesos d'edat, segons l'article 149.2 del Codi penal. Aquesta sentència va ser confirmada pel Tribunal Suprem en la Sentència núm. 835/12, de 31 d'octubre.

Hi ha hagut avanços per a l'erradicació d'aquestes pràctiques, i potser el més significatiu es va donar al Parlament de la Unió Africana, que el 8 d'agost de 2016 va aprovar una resolució, per unanimitat dels 53 països, en la qual es prohibia aquesta pràctica, la qual cosa al seu torn va comportar l'enduriment de les penes a diversos països.

Malgrat les discrepàncies teològiques, els **càstigs corporals** a l'esposa no són aliens a l'Islam (Alcorà 4:34). Els maltractaments no són acceptats en les democràcies liberals, però certament la violència domèstica a les societats occidentals és molt freqüent, i això no ens dona cap base per a estar satisfets ni per a fer comparacions autocomplaents amb les cultures no occidentals.

A l'Estat espanyol tenim constància d'un cas que resolva un delictes de lesions d'un home que va ferir la seva dona al·legant que li ho permetia la seva religió. Amb bon criteri, l'Audiència Provincial de Lleida va enquadrar penalment els fets, exclouent-ne la pretesa legitimitat religiosa de l'acusat:

"El possible xoc cultural que es pugui produir entre un immigrant de religió islàmica i una societat industrialitzada com la nostra en què fixa el seu domicili no pot constituir una causa d'exempció de responsabilitat penal [...] quan el tipus penal comès consisteix en la realització d'actes de violència física i psíquica contra els diferents integrants del

⁽⁶⁾Sentència de 12 de gener de 2004.

nucli familiar, en concret l'esposa i els fills menors d'edat, i que va més enllà d'un simple «no deixar sortir les filles», sobretot quan el principal motiu de les discussions familiars no se cenyeix a l'àmbit de la moralitat o de l'ètica, ni tan sols religiosa, sinó que són motivades per qüestions econòmiques, ja que l'imputat es queda amb escassos recursos econòmics familiars unit a problemes d'alcoholisme i ludopatia."

Un altre cas –amb una tipificació diferent– va recaure en el Jutjat Penal número 3 de Barcelona⁶. Anava precedit d'una intensa campanya mediàtica a causa de la publicació de l'opuscle *La mujer en el Islam*, editat per La Casa del Libro Árabe de Barcelona. El seu autor, un conegut imam egipci que exerceix la seva activitat a Fuengirola, va ser acusat i va ser condemnat a quinze mesos de presó per un delictes d'incitació a la violència per raó de gènere.

Partint d'uns passatges de l'Alcorà, l'imam explicava en les pàgines 86 i 87 que els cops a les dones "no han de ser forts i durs, perquè la finalitat és fer sofrir psicològicament i no humiliar ni maltractar físicament. [Els cops] s'han d'administrar en unes parts concretes del cos, com els peus i les mans, i s'ha d'utilitzar una vara no gaire gruixuda, sinó fina i lleugera perquè no deixi cicatrius o hematomes en el cos".

L'anàlisi de la sentència es pot dividir en tres arguments: primer, en el pes de les opinions personals de l'autor; segon, en la importància que adquireix l'imam com a guia espiritual de la seva comunitat, i tercer, en el paper que exerceix la religió en un estat aconfessional però com a coartada per a vulnerar el dret a la integritat física i moral de la dona, invocant per a això una pretesa heretgia.

Quant a les opinions de l'autor, el tribunal entén que, al marge d'altres citacions literals de l'Alcorà, l'imam hi va afegir una sèrie d'"opinions personals [que] esdevenen missatges contraris a la igualtat de drets i deures entre els [...] cònjuges; tota l'obra està presidida per un to de masclisme obsolet, en alguns casos molt accentuat". I conclou que aquest "masclisme obsolet" no és aliè a la nostra societat espanyola: "Cal recordar que la situació de la dona al nostre país era molt semblant en temps no gaire llunyans i que en l'actualitat el tractament de la dona en diversos aspectes continua essent diferenciador respecte de l'home".

Respecte al rol de l'imam com a guia religiós de la seva comunitat –i malgrat que no es presenten circumstàncies modificatives de la seva responsabilitat criminal–, la decisió li recorda que hauria d'haver estat més cautelós, precisament "per la seva condició de cap espiritual i coneixedor de la seva influència, hauria d'haver extremat la cautela en opinar sobre temes d'alta sensibilitat social".

A més "per la seva formació, té fama d'expert en teologia islàmica [...] i mou la gent a desplaçar-se per a escoltar les seves prèdiques [...] Aquesta tasca de divulgació forma part de les seves funcions com a imam de la mesquita de Fuengirola i responsable del Centre Cultural Islàmic Sohail, en resum, com a cap espiritual de la seva comunitat [...] integrada per gent senzilla que no posseeix la sòlida formació del seu guia espiritual".

Finalment, respecte a la possible heretgia, el tribunal rebut un dels punts de la defensa, que consistia en la impossibilitat de l'imam de contradir el text alcorànic sense incórrer en apostasia o sacrilegi, amb el consegüent risc d'incórrer en una espècie d'amenaça similar a la de Salman Rushdie, autor del *best-seller Els versos satànics*. En aquest punt, en la sentència s'argumenta amb encert que en un estat aconfessional com l'espanyol, "ni la possibilitat de ser tractat pels coreligionaris [els altres musulmans] com un heretge o de ser expulsat ni el respecte a l'ortodòxia doctrinal poden servir de fonament a la publicació d'opinions provocadores de la violència física contra les dones".

5.4. La poligàmia i la cultura pública comuna

La defensa de la poligínia s'alimenta d'aportacions diverses. S'ha entès que forma part del bagatge reconegut expressament en l'Alcorà (4:3). També s'ha dit que és més humana que el divorci, ja que permet a l'espòs casar-se amb una altra dona sense haver de separar-se de la primera; en general, alguns sostenen que redueix la temptació del baró a la infidelitat, mentre que evita els fills extramatrimonials si l'home contreu matrimoni amb l'amant.

Així mateix, en algunes societats la nombrosa proporció demogràfica de dones exigeix aquesta pràctica, ja que sinó moltes es quedarien solteres. Igualment es critica la hipocresia occidental respecte al divorci, ja que la majoria de vegades s'origina a causa d'una nova relació de l'home casat, talment una espècie de poligínia consecutiva que estaria reflectint que la frontera amb la monogàmia no és tan fàcil de traçar.

Altres autors entenen que si el problema resideix en la asimetria home/dona, aquesta es podria salvar mitjançant un sistema legal que permetés als dos sexes tenir més d'una parella, encara que entre els musulmans només els barons aprofitessin aquesta possibilitat. És més, el fet de prohibir la poligàmia no encaixa amb el principi general que diu que en circumstàncies normals els adults haurien de poder establir els contractes o les relacions personals que vulguin.

Com explica Combalía, l'Alcorà no força els fidels a practicar la poligínia: únicament la considera una possibilitat si el baró pot tractar les seves dones amb el mateix respecte i estimació. Tanmateix, la monogàmia és un fet cultural decisiu a l'Occident cristià, i supera la poligínia des de diverses perspectives; en particular èticament, com a dignificació de la dona i l'home esdevinguts en matrimoni en igualtat de drets i deures.

No solament permeten la poligàmia alguns països islàmics. També la van practicar altres confessions religioses, en aquest cas cristianes. A *Reynolds v. United States*, de 1878, un mormó polígam va ser acusat perquè va vulnerar l'*Anti-Bigamy Act*, de 1862, que declarava il·legal aquest tipus de cohabitació i prohibia que els polígam treballessin com a funcionaris dels Estats Units.

L'acusat al·legava que la poligàmia és acceptada per "una revelació a Joseph Smith, el fundador i profeta de l'església esmentada", i que "la negativa a practicar la poligàmia seria la condemna en la vida futura". El demandant "havia rebut permís de les autoritats religioses per a formar un matrimoni poligàmic [...] Daniel H. Wells, ministre de culte de l'Església mormona, va oficiar el matrimoni i va casar l'acusat amb una dona anomenada Schofiel, en l'època en què va cometre el delict [i] la cerimònia de casament es va dur a terme seguint les doctrines de l'església esmentada".

El Tribunal Suprem dels Estats Units comença recordant que "la paraula *religió*" no està definida en la Constitució. [I es pregunta] quina és la llibertat religiosa que se'ns n'ha garantit". La resposta passa per acceptar que "la poligàmia sempre ha estat odiosa entre les nacions del nord i de l'oest d'Europa, i fins i tot l'establiment de l'Església mormona era una característica exclusiva de la vida dels pobles asiàtics i africans. En la nostra llei, el segon matrimoni no té cap significació, és buit, i des de les etapes inicials de la història d'Anglaterra la poligàmia ha estat tractada com una ofensa a tota la societat".

El Tribunal confirma que una llei democràtica pot prohibir la poligàmia, encara que els creients propugnin que és un costum religiós imperatiu, necessari per a salvar l'ànima. Segons el Suprem:

"Les lleis es componen per a controlar les accions, i malgrat que no poden interferir en les creences religioses i opinions generals, sí que poden interferir en les pràctiques. Suposem que una persona cregués que els sacrificis humans són una part necessària del culte religiós: seria possible la no-oposició o la no-interferència del govern civil sota el qual es viu per a evitar el sacrifici? O si una esposa cregués, per motius religiosos, que el seu deure és incinerar-se a la pira funerària del seu difunt espòs, estaria fora de la competència del govern evitar que portés a terme la seva creença religiosa?"

Aquesta decisió jurisprudencial del segle XIX manifesta clarament que la llei civil i democràtica preval davant la norma religiosa. A partir d'aquesta sentència, la majoria de famílies mormones van abandonar la poligàmia.

A la Unió Europea, fruit d'una interpretació atenuada de l'ordre públic, hi ha alguns estats que han acabat reconeixent el reagrupament familiar de matrimonis poligàmics que es van celebrar en els seus respectius països d'origen abans que l'espòs emigrés. Però aquest no és el cas espanyol: amb la Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre, que reforma l'anterior legislació d'estrangeria, es manté la prohibició categòrica del reagrupament familiar dels matrimonis poligàmics.

Se segueixen així els criteris de la Direcció General dels Registres i del Notariat. Un dels exemples més coneguts va afectar una persona que pretenia inscriure en el Registre Civil el seu segon matrimoni, celebrat al Marroc abans de l'adquisició de la nacionalitat espanyola. El ciutadà marroquí al·legava que el fet de contreure'l –malgrat que ja estava casat– era una permissió de la llei del seu país.

Tanmateix, la Direcció General dels Registres i del Notariat va resoldre que "malgrat que aquest segon enllaç seria vàlid per a l'ordenament marroquí i, en principi, s'ha d'aplicar l'estatut personal dels contraents [la llei] aplicable com a regla segons les nostres normes de conflicte, ha de quedar exclòs en virtut de l'excepció de l'ordre públic internacional, que no pot permetre la inscripció d'un matrimoni poligàmic ja que això atemptaria contra la dignitat constitucional de la persona i contra la concepció espanyola del matrimoni" (resolució de la DGRN de 2 de novembre de 1999).

Butlletí d'Informació del Ministeri de Justícia, resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat, núm. 1859, pàg. 4243 i seg.

Doncs bé, és aquesta concepció espanyola del matrimoni la que, des del punt de vista jurisprudencial, es reputarà com una de les condicions jurídiques que serviran per a demostrar la integració dels estrangers al nostre país. La monogàmia es converteix en un requisit del que per a la legislació civil és el grau d'integració suficient en la societat espanyola.

En efecte, la Llei 36/2002, de 8 d'octubre, de modificació del Codi civil en matèria de nacionalitat, disposa en l'article 22.4 que per a la concessió de la nacionalitat per residència es requereix que l'interessat haurà de justificar, en l'expedient regulat per la legislació del Registre Civil, "bona conducta cívica i un grau d'integració suficient en la societat espanyola".

El cas comença amb la impugnació de la sentència de l'Audiència Nacional de 12 d'abril del 2000 per part d'un ciutadà marroquí al qual es denega la nacionalitat espanyola perquè no té el grau d'integració necessari en la societat espanyola, i això malgrat que va obtenir els permisos de treball i residència el 1979.

Considerem la Sentència del Tribunal Suprem de 26 de juliol de 2004. Per a aquest Tribunal:

"[...] el fet de mantenir diverses esposes de manera simultània no es pot oblidar que és una dada rellevant a l'hora de determinar el grau d'adaptació i integració a la societat espanyola [...] això sense que pugui entendre feta cap consideració negativa sobre els preceptes morals i religiosos que admeten aquest costum". Per tant, "no es pot considerar que hi hagi cap factor de discriminació en denegar la nacionalitat a persones que posen en pràctica aquesta norma, sinó que, en valorar aquest element, s'està fent una simple presa en consideració d'un requisit legal com és el de l'adaptació als costums espanyols com a mostra d'integració que exigeix l'article 22.4 del Codi civil."

Així mateix, "tot i admetent que ha mort la primera esposa, en té dues. I per més que això s'ajusti a la legislació i la religió islàmica, no s'ajusta a la legislació espanyola. Per tant, no es pot acceptar la pretesa integració als usos i costums del que s'anomena societat espanyola, perquè el significat *societat* s'empra en aquest article 22.4 del Codi civil amb el significat politicosociològic de convivència d'una comunitat humana sota usos comuns".

El Suprem entén que "una cosa és obtenir el dret de residència, i una altra és obtenir la ciutadania espanyola, la qual atorga drets que la residència no confereix". En aquest sentit, la ciutadania espanyola és "un plus que s'adquireix [i es concreta en] el dret a participar en els assumptes públics, directament o per mitjà de representants".

Certament, un dels objectius de tot estat és la integració dels immigrants. Una qüestió diferent és el que puguem entendre per integració. En tot cas, es necessita el reconeixement dels drets humans i socials bàsics.

Però, és possible parlar d'integració vorejant les especificitats multiculturals dels immigrants? Un altre exemple el tenim en la Sentència del Tribunal Suprem de 19 de juny de 2008, que no va atorgar la nacionalitat espanyola a un senegalès poligínic.

Segons el Tribunal, el demandant "no ha justificat un grau d'integració suficient en la societat espanyola, ja que està casat amb dues esposes". La poligàmia suposa "un tret de diferenciació notable en una societat que, encara que oberta i tolerant amb usos i costums diferents, no reconeix sinó la unió matrimonial monogàmica".

Per a la concessió de la nacionalitat⁷, hem vist que el Codi civil exigia bona conducta cívica i un grau d'integració suficient en la societat espanyola.

⁽⁷⁾Art. 22.4.

Tanmateix, el TS reinterpreta el precepte i distingeix dos camins. Per a obtenir el permís de residència n'hi ha prou amb la mera "integració suficient" a Espanya. En canvi, per a obtenir la nacionalitat el Tribunal exigeix la "integració total, ja que la nacionalitat comporta tota una sèrie de drets, inclosos els de sufragi actiu i passiu i els d'accedir als càrrecs i les funcions públics".

De res no va servir que el senegalès afectat al·legués bona conducta cívica i arrelament laboral, social i veïnal durant més d'una dècada, en la qual va entaular amistat amb espanyols, va pagar els seus impostos i va cotitzar a la Seguretat Social.

La clau per a construir una cultura pública comuna passa pel respecte a l'ordre públic, sigui o no atenuat. Això és el que es desprèn del text de la sentència:

"La poligàmia no és simplement quelcom de contrari a la legislació espanyola, sinó quelcom que repugna l'ordre públic espanyol, que constitueix sempre un límit infranquejable a l'eficàcia del dret estranger". I hi afegeix: "[t]an oposada a l'ordre públic espanyol és la poligàmia, que l'acte de contraure matrimoni mentre subsisteix un altre matrimoni anterior és delictiu".

El Suprem entén l'ordre públic lluny de la seva concepció policial primigènica, en definir-ho com "el conjunt dels valors fonamentals i irrenunciables sobre els quals es basa el nostre ordenament jurídic sencer".

Una primera esclatxa en aquesta doctrina la tenim en l'ordre social, on cada vegada és més freqüent atorgar el dret a la pensió de viduïtat a les diferents dones d'un mort polígam. L'origen se situa en el Conveni sobre Seguretat Social entre Espanya i el Marroc, de 8 de novembre de 1979, en l'article 23 del qual s'establí que "[l]a pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación". Anys més tard, el 26 de febrer de 2001, es va signar el Conveni sobre Seguretat Social entre el Regne d'Espanya i la República de Tunísia, amb un article 24 en la mateixa línia.

En tots dos convenis s'estableix que en cas de defunció d'un treballador polígam s'aplicarà el seu dret personal, per la qual cosa si la situació matrimonial es va generar lícitament en aquests països, Espanya ha de reconèixer-la. La conseqüència és que la pensió de viduïtat es divideix entre les esposes. En haver signat aquests convenis ja no es pot oposar l'excepció d'ordre públic internacional (veure STS, Sala del Contenciós, de 24 de gener de 2018).

I els treballadors polígams d'altres nacionalitats que moren a Espanya? Tenen dret al fet que se'ls apliqui també el seu dret personal? En principi la resposta ha de ser negativa, ja que la legislació de la Seguretat Social ni reconeix la poligàmia a Espanya ni ho pot fer.

Però la resposta no és pacífica, i existeix jurisprudència divergent. Sobre la base del criteri de “l'ordre públic atenuat” diversos jutjats socials han anat atorgant també aquest dret a situacions creades per treballadors polígams d'altres nacionalitats els països dels quals no tenen acords ni convenis amb Espanya.

El primer va ser el Jutjat social núm. 3 de La Corunya, en sentència de 13 de juliol de 1998 (confirmada pel TSJ de Galícia en sentència de 2 d'abril de 2002), en la qual, aplicant les lleis personals d'uns contraents senegalesos, reconeix la pensió de viduïtat a favor de les cònjuges supèrstites, dividint-la en parts iguals.

En contra, tenim la sentència del TSJ de Catalunya, de 30 de juliol de 2003, que en el cas d'una família gambiana la va atorgar només a la primera esposa, per atemptar la poligàmia contra l'ordre públic i per tant no ha de comportar cap efectivitat.

No obstant això, la pregunta és què succeirà quan en un futur es multipliquin controvèrsies d'aquesta classe. Oblidar les arrels i els fonaments de la cultura majoritària no és possible, ni desitjable. Però una vivència adequada de la interculturalitat tampoc no pot fugir d'un consens basat en principis morals i jurídics, més que apel·lacions abstractes a les arrels culturals i religioses.

La integració és la capacitat de donar cabuda, en la societat receptora, al patrimoni cultural i religió dels immigrants, però d'una manera que sigui estable i moralment defensable. Per a això, si ha de ser moralment defensable, es **pot pensar en tres premisses ètiques**:

Primera: la cerca compartida del bé comú, que no és el bé particular dels membres d'una confessió o religió, sinó el bé de tota la societat. El bé comú entès com el conjunt de les condicions de la vida social que permeten tant als grups com a cada individu aconseguir amb més plenitud i facilitat la pròpia perfecció. Una contribució específica al bé comú de la ciutadania –també la musulmana– ens porta a un procés d'enriquiment recíproc.

Segona: la valoració conscient de les reivindicacions culturals i religioses davant l'evolució històrica i la realitat social del país receptor. És per això que, seguint Kymlicka, l'exercici de la llibertat religiosa no empararia la imposició de restriccions internes, però sí de proteccions externes. Les restriccions internes obliguen els fidels a mantenir la religió en contra de la seva voluntat; en canvi, les proteccions externes facilitarien la conservació d'estils de vida religiosos (però compatibles amb els valors demoliberals) davant la pressió aculturadora de la societat majoritària.

Tercera: la vindicació de les pràctiques que generen conflictes ocults no són necessàriament imprescindibles per a mantenir la cultura societal, que proporciona als seus membres unes formes de vida significatives que es despleguen per tota la gamma de les activitats humanes i socials, educatives i religioses tant en l'esfera pública com en la privada.

Com que el disseny taxonòmic dels drets de llibertat religiosa ja permet la transmissió de la fe de pares a fills i el manteniment de la cultura religiosa, serà en l'exercici dels drets d'aquesta llibertat en què s'hagi de posar l'accent per a evitar discriminacions indirectes.

Hem vist que els conflictes descrits contrasten amb els valors públics operants de les societats occidentals. Entenem per valors públics operants el dipòsit de consens característic de la proposta demoliberal, i que en la nostra societat s'ha erigit per certa influència de la cosmovisió cristiana. Encara que des de fòrums multiculturalistes s'hagi criticat que aquests valors operants no són neutrals, el cert és que són els majoritaris, i n'hem de partir per a aprofundir –amb rigor i valentia– en un diàleg intercultural obert, seriós i veritatiu, que influeixi en la jurisprudència i en una concepció més etnocultural de la Justícia.

5.5. L'islamisme davant la democràcia i la laïcitat

En el nostre context, i per la seva importància jurídica, és interessant abordar la dimensió política de l'islamisme, i la seva compatibilitat o incompatibilitat amb el projecte europeu. Ho farem prenent en consideració la Sentència de 31 de juliol de 2001, del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), que va dissoldre el Refah Partisi.

El 19 de juliol de 1983 es va fundar el Refah Partisi o Partit de la Prosperitat, la implantació del qual va anar augmentant fins a obtenir el 22% dels vots en les legislatives de 1995, i el 35% en les municipals de 1996. Amb 158 escons dels 450 que componen l'Assemblea Nacional turca, va accedir al poder en col·lació amb Tansu Çiller, líder del partit Drogu Yol.

El 21 de maig de 1997 el procurador general de la Cort de Cassació va sol·licitar a la Cort Constitucional la dissolució del Refah, al·legant que el partit s'havia convertit en un centre d'activitats contràries a la laïcitat. Quines eren les proves que invocava?

Primera, que els seus dirigents feien intervencions públiques demanant l'ús del vel en escoles i administracions, contrariant la jurisprudència turca; segona, que Necmettin Erbakan, el líder del partit, havia proposat abolir el principi de laïcitat suggerint que els fidels de cada confessió seguissin les seves pròpies lleis religioses, i no les del Parlament turc; tercera, que s'havia d'instaurar la supremacia de l'Alcorà i el *hijad* a través de la televisió; quarta, que durant el Ramadà hi havia hagut líders islamistes d'altres països en la seva residència oficial; cinquena, que pel Decret de 13 de gener de 1997, el Comitè de Ministres que ell mateix dirigia va reorganitzar els horaris de treball per a adaptar-los al Ramadà; sisena, que altres líders del Refah havien proposat públicament i sense que exclogués la violència la transformació de Turquia en una teocràcia, sense que els òrgans interns del Refah els amonestessin.

Per aquestes raons, el 7 de juliol de 1997 el procurador general va portar a la Cort Constitucional turca les proves contra el Refah. Quatre dies després, els seus dirigents van presentar la seva defensa: sostenien que les declaracions s'havien descontextualitzat; que com a diputats gaudien d'immunitat parlamentària i de llibertat d'expressió; que el partit no era un centre d'activitats contràries a la laïcitat, ja que els seus estatuts i el programa

electoral acceptaven aquest principi, i que l'acusació de dissolució obeïa a interessos de multinacionals.

Tanmateix, el 16 de gener de 1998 la Cort Constitucional va acordar dissoldre el Refah. Es basava en el fet que, efectivament, els seus dirigents havien convertit el partit en un centre contrari a la laïcitat turca, la qual cosa vulnera l'article 2 de la Constitució, que disposa que "la República de Turquia és un estat de dret i democràtic, laic i social, respectuós dels drets dels homes en un esperit de pau social, de solidaritat nacional i de justícia".

Els dirigents del Refah van impugnar la decisió davant el Tribunal Europeu de Drets Humans, que havia d'examinar si la dissolució obeïa a una verdadera necessitat social i si havia estat proporcionada als objectius constitucionals de Turquia.

Quins són els arguments del Tribunal Europeu?

Comença el Tribunal destacant els esforços de la Cort Constitucional en relació amb la defensa de la laïcitat, que concep com un principi que protegeix la democràcia. El Refah també defensa la laïcitat en els seus estatuts, però de manera diferent. Per a la Cort turca, la laïcitat és inexplicable si no es posa en connexió amb la història de Turquia, des de l'Imperi otomà fins al règim de Kemal Attatürk. La confusió sobre el principi de laïcitat l'aborda el Tribunal Europeu a partir de tres evidències: la instauració d'un sistema multijurídic confessional, la implantació de la xaria o Llei islàmica i la possibilitat d'acudir al *hijad*.

Respecte al sistema multijurídic, el Tribunal Europeu assenyala que discrimina els ciutadans segons quines siguin les seves creences. La conseqüència política seria que la societat turca quedaria dividida en funció de les adscripcions religioses, ja que cada persona s'hauria de regir per les regles i dogmes de la seva religió. Un sistema que organitzés la convivència d'aquesta manera s'oposaria frontalment a la unitat legal i jurídica de la República turca. Aquest sistema no reconeix drets i deures als ciutadans, sinó als fidels, sobre la base de la respectiva pertinença religiosa.

Respecte a la pretensió d'implantar la xaria, el Tribunal Europeu segueix els arguments de la Cort Constitucional, que afirmen que la Llei islàmica, interpretada com proposa el Refah, "és l'antítesi de la democràcia, en la mesura que es fonamenta en valors dogmàtics i és contrària a la supremacia de la raó, de les concepcions de la llibertat, l'autonomia i de l'ideal de la humanitat desenvolupat per la ciència". La xaria presenta un caràcter immutable, aliè als principis democràtics de pluralisme, participació política i evolució dels drets i les llibertats.

Finalment, respecte de les crides al *hijad*, el Tribunal Europeu reconeix que les proves aportades eren ambigües: si bé els líders del Refah no van utilitzar la força, no van amonestar públicament els membres del partit que es van mostrar favorables a la violència.

El Tribunal Europeu assumeix que el projecte polític islamista del Refah no és teòric, sinó real. El nombre d'escons obtinguts, la inspiració religiosa de la seva política, la incorporació de membres al partit condemnats penalment anteriorment i l'oposició d'aquest partit a reconèixer com a delictes els actes que atemptin contra la laïcitat, porten el Tribunal a ratificar la sentència de la Cort Constitucional turca, favorable a la dissolució del Refah.

Amb l'excusa de donar un sentit diferent de la laïcitat, els líders d'aquest partit havien declarat la seva intenció d'instaurar la Llei islàmica i un sistema multijurídic, i per al Tribunal "qualsevol estat democràtic pot prohibir la realització d'un projecte polític que atempti contra la pau civil, la democràcia i el Conveni europeu de drets humans".

Així mateix, conclou que la dissolució del Refah és proporcionada: dels 158 diputats, només a cinc els van suspendre les seves funcions per un període màxim de cinc anys, mentre la confiscació dels béns del partit obeïa a l'article 11 del Conveni, que reconeix el dret d'associació si no perillen "la seguretat nacional, la seguretat pública, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral, o la protecció dels drets i llibertats aliens".

En democràcia hi ha el risc que l'esfera pública sigui colonitzada per doctrines omnicomprendives d'índole ideocràtic o teocràtic. En el cas exposat, és clar que el Tribunal Europeu enquadra el litigi a partir de la confrontació antitètica de la xaria i la laïcitat.

Tanmateix, el cas també remet a un problema superior: la garantia de la llibertat religiosa, que vam veure a l'inici d'aquest mòdul, la qual impulsa a distingir entre ciutadania musulmana –persones que professen l'Islam– dels líders polítics islamistes.

Estem d'acord amb Ballestín que l'islamista és un musulmà que "reflexiona sobre el món que l'envolta i, des d'aquesta experiència, entén que la solució dels problemes del seu entorn passa per una reinterpretació del missatge i dels continguts de l'islam. Aquesta reinterpretació, atesa la naturalesa de l'islam i el marc social de la reflexió [Turquia], acaba conduint a l'adopció d'una militància política en el marc de la qual les respostes dels musulmans –en aquest cas, islamistes– poden variar segons els problemes que es plantegin i la radicalitat amb què siguin tractats".

El Refah és un moviment polític l'objectiu del qual és la reislamització de les institucions polítiques turques, per a instaurar un estat islàmic basat en la xaria. Doncs bé, quin és l'esquema d'anàlisi de la sentència davant el programa polític del Refah?

Amb relació al sistema multijurídic, no es diu res sobre els ateus i agnòstics. Sobre la base de quines normes es regirien aquests ciutadans turcs? Les religioses o les democràtiques? Quin seria el seu estatus jurídic? Si hi predominés una visió radical de la xaria es passaria a un confessionalisme comunitarista incompatible amb la llibertat de creences i la llei civil com a producte de la democràcia popular. Un sistema teocràtic portaria els ciutadans a pronunciar-se sobre la seva religió, i s'infringiria la llibertat religiosa.

La Llei islàmica estén els seus efectes no solament només als musulmans, per a qual cosa la implementació d'un sistema multijurídic confinaria els cristians i els jueus a organitzar-se segons els seus propis dogmes. Res no es preveu per a les apòstates d'aquestes religions.

El Tribunal Europeu distingeix entre els interessos religiosos d'una confessió o d'un partit polític i els de la societat. Que els líders del Refah vulguin un règim teocràtic deriva de la seva llibertat de creences. Però instaurar-lo suposaria laminar la llibertat de creences dels contraris a aquest partit, i favorables a la democràcia laica i constitucional.

Així, doncs, no totes les actuacions polítiques motivades per creences religioses es poden emparar sota el Conveni europeu de drets humans. És cert que la llibertat d'expressió no prohibeix als polítics islamistes presentar la seva proposta, però si venç democràticament hauria de respectar, també democràticament, els drets fonamentals dels altres.

El TEDH compara determinat islamisme polític amb el feixisme, i reclama una reacció basada en la "democràcia militant". Conseqüentment, ens hem de preguntar si hi ha a la Unió Europea un concepte jurídic de societat democràtica. Més que una definició exhaustiva, hi ha paràmetres indispensables sense els quals la democràcia no podria regir.

Així, per al Tribunal, una societat serà plenament democràtica quan reuneixi aquestes característiques: tolerància, pluralisme, esperit d'obertura i expressió lliure de totes les idees, fins i tot les que fereixin o molestin l'Estat o una part del poble, o s'hi oposin. Aquests paràmetres van ser invocats pels tres magistrats contraris a la dissolució del Refah.

A partir dels arguments exposats no sembla que la base del litigi versí únicament sobre la laïcitat. La incompatibilitat s'estaria produint entre la hipotètica aplicació d'una manera d'entendre la xaria i els paràmetres que donen sentit a la democràcia. La laïcitat, per la seva banda, seria un principi jurídic que actuaria defensivament davant una implementació real de la xaria del Refah, ja que no preveu la separació institucional religió-Estat. I per això la xaria no és acomodable a la laïcitat. Però la laïcitat no comporta laïcisme: únicament plasma un mur de contenció davant els excessos omnicomprendius de caràcter polític o religiós.

Aquest mur o pantalla és el que impedeix al Refah governar islàmicament, i cosa que accentua les contradiccions de l'islamisme polític a Occident. Com que no es pot edificar una societat genuïnament islàmica a l'interior dels estats membres, s'allunya del poder democràtic i es reclou en la vivència personal i en la privacitat de la fe.

Amb aquest cas hem vist que, a Europa, no totes les tradicions ideològiques o religioses són integrables en estats culturalment liberals i formalment laics. Encara que el liberalisme admeti en una primera fase tots els arguments que ofereix el debat públic, en una segona fase haurà de sotmetre els resultats de la deliberació a la prova de les llibertats intel·lectuals, que no les poden vulnerar doctrines hegemòniques omnicomprendives.