

---

# Parte general

---

## Laicidad, acuerdos con las confesiones y pluralismo religioso

PID\_00268810

Àlex Seglers Gómez-Quintero †  
Marta Gámiz Sanfeliu

Revisión a cargo de  
Joan Capseta Castellà  
María Jesús Gutiérrez del Moral

---

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 6 horas

---



**Àlex Seglers Gómez-Quintero**

†

Doctor en Derecho. Profesor agregado de Derecho eclesiástico del Estado en la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB).

**Marta Gámiz Sanfeliu**

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho eclesiástico del Estado en la Universidad Internacional de Cataluña (UIC).

**Joan Capseta Castellà**

Doctor en Derecho. Abogado en ejercicio. Mediador. Profesor asociado de la Universidad Pompeu Fabra (UPF).

**María Jesús Gutiérrez del Moral**

Doctora en Derecho. Profesora titular de Derecho eclesiástico del Estado en la Universidad de Girona (UdG).

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por el profesor: Miquel Peguera Poch (2019)

Segunda edición: septiembre 2019

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

Todos los derechos reservados

© de esta edición, FUOC, 2019

Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona

Realización editorial: FUOC

*Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.*

# Índice

<b>1. Constitucionalismo y religión.....</b>	<b>5</b>
1.1. De los textos decimonónicos a la Segunda República (1931) .....	5
1.2. Del Franquismo (1939) a la Transición política (1975) .....	9
<b>2. Libertad religiosa y no discriminación.....</b>	<b>14</b>
2.1. El principio de libertad religiosa y de creencias .....	14
2.2. El principio de igualdad y no discriminación religiosa .....	17
<b>3. Laicidad y cooperación con las confesiones.....</b>	<b>21</b>
3.1. El principio de laicidad (aconfesionalidad) .....	21
3.2. El principio de cooperación con las confesiones .....	25
<b>4. Sistema de fuentes y acuerdos de cooperación Estado- Confesiones.....</b>	<b>31</b>
4.1. Las fuentes formal y materialmente unilaterales .....	31
4.2. Las fuentes formalmente unilaterales pero materialmente bilaterales .....	35
4.2.1. Los Acuerdos con la Santa Sede de 1976 y 1979 .....	35
4.2.2. Los Acuerdos de cooperación de 1992 con las confesiones judía, evangélica e islámica .....	38
4.3. La recepción estatal de las normas confesionales .....	43
<b>5. Proyecciones jurídicas del pluralismo religioso.....</b>	<b>46</b>
5.1. Los símbolos personales: el <i>hiyab</i> , la kipá y otros .....	46
5.2. Los símbolos estáticos: el crucifijo .....	50
5.3. Los matrimonios concertados, el repudio, la clitoridectomía y los castigos corporales .....	55
5.4. La poligamia y la cultura pública común .....	59
5.5. El islamismo ante la democracia y la laicidad .....	65



# 1. Constitucionalismo y religión

## 1.1. De los textos decimonónicos a la Segunda República (1931)

El tratamiento jurídico de la religión y el estatus de la Iglesia católica han sido dos constantes a lo largo de nuestra historia constitucional, tanto que su regulación específica muestra que la autonomía de científica del *Law and Religion* se debe en parte a su anclaje constitucional y político. Por ello en este epígrafe haremos un repaso de lo que se ha dado en llamar la o las "cuestiones religiosas", entendidas como sinónimo de conflicto entre el factor religioso institucional representado por la Iglesia católica y el Estado. Creemos que, para llegar a comprender el alcance y significado de la solución jurídica actual, resulta aconsejable referirse a los textos constitucionales que influyeron en los periodos y regímenes anteriores a la vigente Constitución.

Como fórmula del Estado de Derecho, la confesionalidad surge con la Constitución de Bayona de 6 de julio de 1808, que se abre, en su parte dispositiva, con el artículo primero del título I –bajo la rúbrica "De la Religión"–, proclamando solemnemente que "La Religión Católica, Apostólica, Romana, en España y en todas las posesiones españolas, será la religión del Rey y de la Nación, y no se permitirá ninguna otra".

La confesionalidad estatal se acompaña de una invocación a Dios y de una prohibición de otras religiones. Es la pauta que seguirá la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812, al decir en su artículo 12 que "La religión de la Nación española es y será perpetuamente la Católica, Apostólica, Romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra". Se trata de una declaración política inamovible y dogmática, que tutela ex profeso a una sola de las religiones –por ejemplo manteniendo el Tribunal de la Inquisición– y margina al resto de los cultos. Con todo, las Cortes de Cádiz llevaron a cabo una doble labor: cambiaron de 1810 a 1812 el régimen político e impulsaron una cierta transformación social gracias a la libertad de imprenta, que provocaría una eclosión inmediata de publicaciones.

Una vez superada la Restauración fernandina (1814-1833), tres nuevas fórmulas de confesionalidad –menos excluyentes– lograrán estar vigentes en dos textos constitucionales y un concordato con la Santa Sede, todo ello bajo la regencia de María Cristina de Borbón y el reinado de Isabel II.

La Constitución de 18 de junio de 1837 señalará en su artículo 11 que "La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la Religión Católica que profesan los españoles". Este nuevo texto constitucional fue elaborado por

### Confesionalidad

Como fórmula del Estado de Derecho, la confesionalidad surge con la Constitución de Bayona de 6 de julio de 1808, que se abre, en su parte dispositiva, con el artículo primero del título I –bajo la rúbrica "De la Religión"–, proclamando solemnemente que "La Religión Católica, Apostólica, Romana, en España y en todas las posesiones españolas, será la religión del Rey y de la Nación, y no se permitirá ninguna otra".

una Comisión en la que su presidente, Agustín de Argüelles (1776-1844), ya había desempeñado un papel importante en la redacción de la Constitución de 1812. Por ello mantuvo una línea de continuidad marcada por un liberalismo doctrinario que contempló la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes.

Más expresiva –aunque lacónica también– será la fórmula de confesionalidad de la Constitución de 24 de mayo de 1845, cuyo artículo 11 declarará que "La religión de la Nación española es la Católica, Apostólica, Romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros".

Ambos textos políticos se caracterizaron por su confesionalidad y su reiterado compromiso de mantener el culto católico. Sin embargo, la Constitución de 1845 tuvo un carácter ideológico más conservador. Aunque muchos de sus artículos fueron una transcripción casi literal de los de la de 1837, en el terreno religioso no solo se partió de la condición católica del pueblo español, sino también de su inveterada unidad religiosa.

Más solemne –si cabe– e inequívoco será el Concordato de 16 de marzo de 1851, suscrito por los plenipotenciarios de Pío IX (1792-1878) y de Isabel II (1830-1904). Fuente bilateral del *Law and Religion* de la época, en su artículo 1 se establece que "La Religión Católica, Apostólica, Romana, que con exclusión de cualquier otro culto continúa siendo la única de la Nación española, se conservará siempre en los dominios de S. M. Católica con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la ley de Dios y lo dispuesto en los sagrados Cánones".

Sin duda, una línea política importante de esta etapa consistió en el restablecimiento de las relaciones entre la Iglesia católica y el Estado por medio del concordato. El militar liberal y progresista Juan Prim (1814-1870) declararía en las Cortes –a propósito del concordato– que "es digno de los tiempos de Torquemada; de ese Concordato que quiere entregar la educación de la juventud española como la expansión de la filosofía al fanatismo de la teocracia; de ese Concordato, en fin, que quiere imponernos los conventos de frailes".

La ruptura producida como consecuencia de la desamortización religiosa había comportado un periodo de tensas relaciones entre ambos poderes, pero la situación cambió al comenzar la Década Moderada (1844-1854). La monarquía isabelina, para consolidar su poder y marginar a la oposición carlista, optó por el reconocimiento y la legitimación del papa, incluso interviniendo militarmente en la defensa de los Estados Pontificios.

Con el concordato se solidificarían las bases de una política religiosa que duraría prácticamente hasta la Segunda República (1931). Una política que, en todos esos años, únicamente fue alterada por el Sexenio Revolucionario (de 1868 a 1874) y, más tarde, por algunos proyectos del regeneracionismo liberal impulsados por José Canalejas (1854-1912), ya durante la Restauración de

1876. Un ejemplo fue la conocida como "Ley del Candado", que constaba de un único pero elocuente artículo. Decía así: Artículo Único de la Ley de 27 de diciembre de 1910:

"No se establecerán nuevas asociaciones pertenecientes a órdenes o congregaciones religiosas canónicamente reconocidas, sin la autorización del Ministerio de Gracia y justicia consignada en Real Decreto. [...] No se concederá dicha autorización cuando más de la tercera parte de los individuos que hayan de formar la nueva asociación sean extranjeros".

Especial interés ofrece la Constitución de 1 de junio de 1869. Elaborada con inusitada rapidez, diseñaba una monarquía constitucional y democrática; protegía derechos elementales como la libertad de enseñanza, de residencia o la inviolabilidad del correo, al tiempo que especificaba las condiciones que debía observar toda detención legal. Asimismo, introdujo por vez primera la tolerancia civil en materia religiosa. Su célebre artículo 21 disponía que:

"La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica.

El ejercicio público o privado de cualquiera otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitación que las reglas universales de la moral y del derecho.

Si algunos españoles profesasen otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior".

Texto liberal y progresista –fruto de unos años revolucionarios–, su principal novedad es que asentó la soberanía en la nación e incorporó la fórmula de la tolerancia de los cultos acatólicos, restringiendo la confesionalidad en sus tres fundamentales acepciones. En efecto, el término "confesionalidad" suele prestarse a equívocos; sin embargo, tres suelen ser las acepciones más clarificadoras: la **confesionalidad sociológica**: consiste en el reconocimiento estatal de que la gran mayoría de sus ciudadanos profesan una determinada religión; la **confesionalidad formal**: se produce cuando el Estado se califica a sí mismo como profesante de una determinada religión; y, finalmente, la **confesionalidad material o sustancial**: que es cuando el Estado adecua y acomoda sus leyes a una determinada religión.

En consecuencia, la Constitución de 1869 superó al Concordato de 1851, ya que la moral y el dogma católicos dejarán de actuar como límites a la libertad religiosa de los ciudadanos. Interesa, igualmente, retener que el artículo 27 introdujo la prohibición de discriminación en la obtención y desempeño de los cargos y empleos públicos, los cuales eran "independientes de la religión que profesen los españoles".

Llegamos así a la Constitución de 2 de julio 1876, promulgada por Alfonso XII (1857-1885). De ideología conservadora, la soberanía se fundamentaba en las Cortes con el Rey. Su artículo 11, que sería el antecedente del futuro artículo 6 del Fuero de los Españoles, quedó redactado en los términos siguientes:

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

Nadie será molestado en territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana.

No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado".

El texto político de la Restauración ahondaría en el binomio confesionalidad/tolerancia que, como solución transaccional, traía causa de las anteriores Constituciones decimonónicas. La fórmula elegida, en la que el Estado se comprometía a mantener el clero católico, supuso un freno a la libertad religiosa y de conciencia. Por más que la confesionalidad estatal se matizara con la tolerancia a las iglesias y comunidades religiosas minoritarias, al final se permitió únicamente el culto público de la Iglesia católica.

Como solución transaccional que fue, el precepto 11 de la Constitución de 1876 se convertiría en una de las primordiales bases sobre las que se asentaría el régimen de la Restauración, que cambió con la Segunda República, tras el sorprendente resultado de las elecciones municipales de abril de 1931, debido, sobre todo, al colapso del sistema de organización caciquil.

La Constitución de 9 de diciembre de 1931 establecerá en su artículo 3 que "El Estado español no tiene religión oficial". Y, en el título III, relativo a los "Derechos y deberes de los españoles", se consignarán las garantías individuales que a lo largo de cuatro preceptos se referirán a la cuestión religiosa.

El artículo 25 abolirá cualquier privilegio jurídico basado en "la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas [o] las creencias religiosas". El 26 señalará que "Todas las confesiones serán consideradas como asociaciones sometidas a una ley especial. El Estado, las regiones, las provincias y los municipios no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las iglesias, asociaciones e instituciones religiosas. Una ley especial regulará la total extinción, en un plazo máximo de dos años, del presupuesto del clero".

Por su parte, el artículo 27 reconocerá la "libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión [...], salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública". Y, finalmente, el artículo 41 dispondrá que "No se podrá molestar ni perseguir a ningún funcionario público por sus opiniones políticas, sociales y religiosas".

Cuando se iba a debatir en el Parlamento el artículo 26 de la Constitución, el gobierno estaba ya dividido. El presidente Alcalá Zamora (1877-1949) y Miguel Maura (1887-1971), igual que muchos otros católicos, eran partidarios de una separación amistosa entre la Iglesia y el Estado, formalizada mediante un concordato aprobado por las Cortes Generales.

Una de las posturas más extremistas fue la de los radicales socialistas, que propusieron expulsar a todas las órdenes religiosas y nacionalizar los bienes eclesiásticos, mientras que los sectores moderados estaban de acuerdo con la fórmula concordataria. El dilema se solucionó con la intervención de Manuel Azaña (1880-1940), cuando en 1931 afirmó que la España de los siglos XVI y XVII había sido católica –en el sentido en que lo eran sus manifestaciones culturales, artísticas, sociales, etcétera–, mientras que la del siglo pasado había dejado de serlo. De su discurso se dijo que causó escándalo, pero que tenía fundamento:

"Durante muchos siglos, la actividad especulativa del pensamiento europeo se hizo dentro del cristianismo, el cual tomó para sí el pensamiento del mundo antiguo y lo adaptó con más o menos fidelidad y congruencia a la fe cristiana; pero también desde hace siglos el pensamiento y la actividad especulativa de Europa han dejado, por lo menos, de ser católicos [...]. España era católica en el siglo XVI, a pesar de que había muchos y muy importantes disidentes, algunos de los cuales son gloria y esplendor de la literatura castellana, y España ha dejado de ser católica, a pesar de que existan ahora muchos millones de españoles católicos, creyentes [...]. Esto quiere decir que los sedimentos se sobreponen por el aluvión de la Historia, y que un sedimento tarda en desaparecer y soterrarse cuando ya en las alturas se ha evaporado el espíritu religioso que lo lanzó".

La Constitución de 1931 significó, ciertamente, una ruptura respecto a los anteriores textos constitucionales, hasta el extremo de que amparó actitudes laicistas e ideocráticas. Lo que definió al Estado no fue la garantía de la libertad religiosa, sino el laicismo oficial: el ejercicio de la libertad religiosa no se valoró positivamente, el Concordato de 1851 se ignoró por completo, la enseñanza pasó a ser enteramente laica y algunas de las instituciones que conformaban –y conforman– la moral católica se suplierán en beneficio del reconocimiento civil del matrimonio y el divorcio.

A diferencia de la Constitución actual, la de la Segunda República se caracterizó también por la centralización de la política religiosa. El título I, dedicado a la "Organización nacional", señalará en su artículo 14 que es "de exclusiva competencia del Estado español la legislación y la ejecución directa en las materias siguientes: [...] 2.ª Relación entre las iglesias y el Estado y régimen de cultos".

## **1.2. Del Franquismo (1939) a la Transición política (1975)**

Después del alzamiento militar y el final de la Guerra Civil, el régimen del general Francisco Franco (1892-1975) supuso un corte drástico y profundo con el pasado político inmediato. Originariamente, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945 asentó en su artículo 6 que:

"La profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado español, gozará de protección oficial.

Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto.

No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la religión oficial".

Años después, y debido en parte al asentimiento dado reservadamente por la Santa Sede al artículo 6 del Fuero, se suscribiría el Concordato de 27 de agosto de 1953, cuyas negociaciones se iniciaron en 1950. Se ha dicho que, en líneas generales, el Concordato fue un triunfo de la diplomacia franquista porque contribuía a dar vigor exterior al régimen, por lo que fue utilizado propagandísticamente por Franco para afianzar su poder.

Las líneas maestras del Concordato se contienen en sus dos primeros preceptos. En el primero se lee que "La Religión Católica, Apostólica, Romana sigue siendo la única de la Nación española y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le correspondan en conformidad con la Ley divina y el Derecho canónico". Mientras que en el apartado 1 del artículo 2 se dice que "El Estado español reconoce a la Iglesia Católica el carácter de sociedad perfecta y le garantiza el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual y de su jurisdicción, así como el libre y público ejercicio del culto".

En consonancia con la confesionalidad vigente, la Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958, establecería en su artículo 2 que "La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación".

Sin embargo, el influjo del Concilio Vaticano II y la Declaración *Dignitatis humanae*, de 7 de diciembre de 1965, –que analizamos en el epígrafe 3.3–, impulsó el tránsito de un régimen de tolerancia religiosa a otro en el que se tendría que reconocer el derecho civil de libertad religiosa.

Por lo general, los historiadores han coincidido en señalar que el Concilio supuso para algunos españoles el reconocimiento de un modo de entender la religiosidad en un clima de tolerancia y libertad; para muchos, incluida una buena parte del episcopado hispano, el descubrimiento de una nueva realidad que en más de una ocasión les costaría comprender.

No obstante, la rápida captación del mensaje liberador del Concilio Vaticano II por parte de amplios sectores del clero y, en menor medida, del laicado, así como la subida al solio pontificio del papa Pablo VI (1897-1978), deseoso de la democratización de la dictadura, determinarían que el episcopado se fuera desplazando lentamente de sus tradicionales posiciones. Ganados crecientemente a una mentalidad de cambio estructural, quedaron progresivamente seducidos por la idea, tal y como quería un vasto y, sobre todo, influyente conglomerado social, de convertir a la Iglesia en el motor de las transformaciones requeridas por una nación que asistía a mudanzas profundas de sus actuaciones socioeconómicas y de sus ideas y creencias.

El resultado fue el tránsito de un régimen de tolerancia a otro de libertad, que se plasmó en la exposición de motivos de la Ley 44/1967, de 28 de junio, de Libertad Religiosa. En ella se dice que "la doctrina de la Iglesia Católica inspirará en España su legislación", de ahí que después del Concilio surgiera "la necesidad de modificar el artículo 6 del Fuero de los Españoles por imperativo del principio fundamental del Estado español de que queda hecho mérito". Por tal razón, en la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, el artículo 6 quedaría redactado en los términos siguientes:

"La profesión y práctica de la religión católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial.

El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que a la vez salvaguarde la moral y el orden público".

Como se ha observado, he aquí la gran paradoja: es la propia religión confesada por el Estado la que obliga a este a aceptar la integración de las libertades como uno de sus postulados.

Por lo demás, la Ley 44/1967, de 28 de junio, convenía en el apartado primero del artículo 1 que "El Estado español reconoce el derecho a la libertad religiosa fundado en la dignidad de la persona humana y asegura a esta, con la protección necesaria, la inmunidad de toda coacción en el ejercicio legítimo de tal derecho". Pero, en el apartado tercero del mismo precepto, se matizaba claramente que "El ejercicio del derecho a la libertad religiosa, concebido según la doctrina católica, ha de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus Leyes Fundamentales".

En cuanto a los límites, se consignaba naturalmente el respeto a la religión católica: "2.1 El derecho a la libertad religiosa no tendrá más limitaciones que las derivadas del acatamiento a las leyes, del respeto a la religión católica, que es la de la Nación española, y a las otras confesiones religiosas; a la moral, a la paz y a la convivencia públicas y a los legítimos derechos ajenos como exigencias del orden público".

Asimismo, y al igual que ocurriera con la Constitución de 1931, esta Ley centralizaba en el Ministerio de Justicia la "competencia administrativa de todas las cuestiones relacionadas con el derecho civil a la libertad religiosa. [...] Como órgano mismo se constituirá en la Subsecretaría una Comisión de Libertad Religiosa<sup>1</sup>". Y también, en el artículo 36, se decía que en el "Ministerio de Justicia se instituirá un Registro de asociaciones confesionales no católicas y de ministros de los cultos no católicos en España".

<sup>(1)</sup>Artículo 34.1

A la muerte de Franco, España emprendió el camino de la transición a la democracia. En ese nuevo contexto se suscribió el **Acuerdo de 28 de julio de 1976 entre la Santa Sede y el Estado español**. En su preámbulo se exponen las razones que lo justifican: la primera es el "profundo proceso de transformación que la sociedad española ha experimentado en estos últimos años aun en

lo que concierne a las relaciones entre la comunidad política y las confesiones religiosas"; la segunda son los nuevos principios introducidos por el Concilio Vaticano II, "a los que deben ajustarse las relaciones entre la comunidad política y la Iglesia, tanto la mutua independencia de ambas Partes, en su propio campo, cuanto una sana colaboración entre ellas"; y la tercera de las razones el "hecho de que la mayoría del pueblo español profesa la Religión Católica".

En su breve articulado se pone fin al derecho de presentación y al privilegio del fuero.

**Artículo I:** "1. El nombramiento de Arzobispos y Obispos es de exclusiva competencia de la Santa Sede". **Artículo II:** "3. En ningún caso los clérigos y los religiosos podrán ser requeridos por los Jueces u otras Autoridades para dar información sobre personas o materias de que hayan tenido conocimiento por razón de su ministerio".

Según se ha reconocido, y al hilo de este Acuerdo de 1976, la disonancia entre las autoridades políticas y religiosas se agudizó en los últimos años del régimen franquista y afectó a todos los aspectos de su relación. Desde finales de los años sesenta se planteó la necesidad de redactar un nuevo concordato, ya que el Vaticano había solicitado que los Estados que tuviesen el privilegio de la presentación de obispos renunciaran a él, pero Franco se mantuvo en su postura de que solo podía realizarse en el contexto global de las relaciones entre ambos poderes. Sin duda la Iglesia católica española, no sin desgarros y tensiones, realizó su propia transición para superar la Guerra Civil mucho antes de que se produjera el cambio político que condujo a la democracia y a una nueva sociedad.

Como se ha visto, en España los regímenes jurídicos han sido más excluyentes que integradores. No han faltado ejemplos: los largos periodos centralistas frente a los movimientos periféricos; la monarquía frente a los partidarios del republicanismo; el papel del Ejército frente a la ciudadanía civil; la represión del sindicalismo frente al empresariado; la exclusión de las otras lenguas que no fueran el castellano y, por lo que aquí interesa, el monopolio religioso frente a la libertad de conciencia, condujeron a los constituyentes a abordar el complejo reto fundamental de la Constitución de 1978, que era el de transformar tales vicios endémicos y elaborar no solo un texto político, sino un sistema articulado que vertebrara la pluralidad de todo tipo de movimientos, creencias y nacionalidades que estaban en peligro de confrontación al final de la dictadura de Franco, y que debía materializarse en lo que algún autor denominó una Constitución "integradora".

Durante las negociaciones de la Constitución de 1978, la posición legal de la Iglesia católica –y su reconocimiento constitucional– se convirtieron en una realidad de signo político que había que consensuar y no combatir a ultranza, como había ocurrido en el pasado. Con razón se ha dicho que el artículo 16 de la Constitución supone una desdramatización del fenómeno religioso que no habían logrado los textos constitucionales anteriores.

Por tal razón, este precepto que encuadra el *Law and Religion* actual iba a convertirse en la plataforma común de referencia teórica para la solución "política" de las "cuestiones religiosas"; plataforma de la que además ha quedado eliminada –al menos teóricamente– la doble intransigencia del integrismo religioso y del sectarismo persecutorio del laicismo.

Como se verá en los sucesivos capítulos, la Constitución de 1978 modificó los planteamientos en las relaciones Iglesia-Estado, iniciando un nuevo curso histórico en el que se reconocerán sin ambages los derechos de la libertad religiosa y la no confesionalidad del Estado.

## 2. Libertad religiosa y no discriminación

### 2.1. El principio de libertad religiosa y de creencias

El artículo 16.1 CE garantiza la libertad religiosa y de culto de los individuos y las comunidades. Este punto de partida entronca con una acepción amplia de la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, según dispone el título preliminar de la Constitución en su artículo 1.1: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

Pero ¿qué es la libertad? ¿Es posible orientar su sentido para una mejor comprensión de las claves hermenéuticas del *Law and Religion*? Responder a ambas preguntas no es, obviamente, tarea fácil. Con todo, desde un prisma filosófico hay dos entendimientos básicos que nos pueden ser útiles para nuestro propósito.

El primero pone el énfasis en la libertad como medio para alcanzar el Bien, la Virtud. Se trata en este caso de una libertad de perfección. Aquí, la libertad del ciudadano-creyente no está separada de Dios; al contrario, le permite conseguir una vida de excelencia. El segundo entendimiento, en cambio, parte de la libertad como facultad neutral y autónoma de elección: el valor de esta clase de libertad reside únicamente en la voluntad individual, sean cuales sean las intenciones de la persona. Se trata, pues, de una libertad de indiferencia, que permite elegir entre contrarios.

La libertad, como clave hermenéutica, se completa con el término "religiosa". También en este caso existen dos comprensiones. Por ejemplo, en la tradición norteamericana la religión es un hecho importante. Al no marginar de su discurso público la cuestión de los fundamentos del Bien, la religión permite transformar la sociedad. En cambio, en Europa, se ha ido fraguando un concepto negativo de religión. Los motivos hunden sus raíces en la intolerancia religiosa, las guerras de religión (siglo XVI), la Ilustración (siglo XVIII) y el actual proceso de secularización posmoderna.

Más allá de estos procesos históricos y de si la religión –como fenómeno social– debe o no permear de valores la esfera pública –cuestión que trataremos al abordar la laicidad–, conviene detenerse un momento en las **funciones que cumple el principio de libertad religiosa**, para luego analizar su significado según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

**En primer lugar**, la libertad religiosa cumple una función de garantía de inmunidad frente al totalitarismo estatal. La historia demuestra que el poder político siente en ocasiones la tentación de usurpar el lugar de Dios, de imponer su verdad al tiempo que niega las verdades en las que los ciudadanos creen.

**En segundo lugar**, la libertad religiosa facilita la construcción y la realización de la identidad personal y comunitaria de la persona. Al tratar aspectos centrales de la existencia humana (el Bien, el Mal, la Moral) y el sentido de la vida, conecta al hombre con el origen, el destino y sus intuiciones más profundas. Sin la posibilidad de ejercer esta libertad, el ser humano estaría perdido en una crisis de sentido, porque la libertad de religión da respuesta a esa crisis.

**En tercer lugar**, supone una afirmación al servicio de la verdad sobre el Bien del hombre y su autorrealización. La perspectiva positiva-creyente remite la libertad religiosa al servicio de la Verdad y la Virtud. El mundo es lugar de encuentro con Dios más allá de la clausura de la conciencia. Por ello es posible construir bajo este presupuesto una sociedad libre y virtuosa.

Ya, **por último**, la libertad religiosa es vista como una respuesta al malestar generado por la posmodernidad: la libertad de religión no solo como realización personal, sino como proyecto creativo de vida social frente al individualismo, la soledad o la pérdida de la intervención activa en la gestión de los asuntos públicos.

La Constitución española estableció en su artículo 10.1 que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la persona, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". Es así como los derechos de la libertad religiosa y de culto se encuentran íntimamente vinculados a la dignidad humana, como más tarde reconoció sin ambages el propio Tribunal Constitucional:

"Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de esta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás".

STC 53/1985, de 11 de abril

Esta sentencia señala también que las libertades públicas y los derechos fundamentales "no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de este [...] los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social»".

Asimismo, de "la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano".

De esta serie de argumentos surgen tres ideas: la primera es que la libertad religiosa es consustancial a la dignidad humana; la segunda es que esta libertad se configura como un componente estructural (no circunstancial) del ordenamiento jurídico, pues expresa un sistema de valores que nace en el Occidente judeocristiano; la tercera idea se refiere al papel del Estado: si en su dimensión negativa el poder político no debe interferir en el acto de fe del ciudadano, en su dimensión positiva debe promover que la ciudadanía haga efectiva su libertad religiosa sin premios ni castigos, independientemente de cuál sea la religión o el sistema de creencias que profese.

El Tribunal Constitucional ha definido el principio de libertad religiosa iterando los mismos razonamientos que ya hiciera desde inicios de la década de los ochenta. Así, en el Auto 617/1984, de 31 de octubre, señaló que la libertad religiosa "en cuanto libertad de conciencia [...] se concreta en la posibilidad jurídicamente garantizada de acomodar el sujeto su conducta religiosa y su forma de vida a sus propias convicciones con exclusión de cualquier intervención por parte del Estado, quien, por otra parte, asume la protección del ejercicio de dicha libertad frente a otras personas o grupos sociales".

Posteriormente, en la STC 141/2000, de 29 de mayo, afirmó que "la libertad de creencias, sean estas de índole religioso o secular [...] protege frente a cualquier clase de compulsión externa de un poder público en materia de conciencia que impida o sancione a una persona por creer en lo que desea (dimensión interna) y hacer manifiesta su creencia si así lo quiere (dimensión externa)". Como libertad, ampara "un *agere licere* consistente, por lo que ahora importa, en profesar las creencias que se desee y conducirse de acuerdo con ellas, así como mantenerlas frente a terceros y poder hacer proselitismo de las mismas. Esa facultad constitucional tiene una particular manifestación en el derecho a no ser discriminado por razón de credo o religión, de modo que las diferentes creencias no pueden sustentar diferencias de trato jurídico". Veamos a continuación el significado de este otro principio, el de igualdad religiosa.

## 2.2. El principio de igualdad y no discriminación religiosa

Al igual que la libertad, la igualdad se configura como otro de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Pero, además, la Constitución señala en su artículo 14 que los españoles son iguales ante la ley, "sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Con el **principio de igualdad religiosa** queremos significar que forma parte del común patrimonio jurídico de la persona la titularidad del ejercicio de la libertad religiosa en igualdad de calidad y trato ante la ley. El correlato de esta afirmación es la no discriminación por razón de fe, religión o creencias, incluidas las seculares. Hay, por tanto, una expresa prohibición constitucional de cualquier privilegio o restricción basada en motivos religiosos que tenga por objeto menoscabar la igualdad de titularidad y de ejercicio de la libertad religiosa, tanto en el plano individual como en el plano colectivo. Como en nuestro sistema no es dable discriminar a unas confesiones respecto de otras, el principio de igualdad deberá modular al principio de cooperación con las confesiones.

¿Cómo ha definido el Tribunal Constitucional el principio de igualdad? En su jurisprudencia se distingue la uniformidad de la verdadera igualdad. Aplicar a distintos supuestos de hecho idénticas soluciones jurídicas supone incurrir en uniformidad y, por ello mismo, en discriminación.

Por ejemplo, la STC 340/1993, de 16 de noviembre, sostuvo que el legislador puede configurar legítimamente una "diferenciación favorable" en beneficio de unos sujetos respecto de otros, siempre que la desigualdad de trato responda a circunstancias objetivas vinculadas a la utilidad e interés general.

Este argumento será proseguido más ampliamente por virtud de la STC 214/1994, de 14 de julio:

"a) No toda desigualdad de trato [religioso] en la Ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha diferenciación la produce solo aquella desigualdad [religiosa] que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable [no arbitraria ni carente de fundamento racional];

b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas [...];

c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados;

d) [...] las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción [deben ser] adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos".

Sin embargo, al afrontar el principio de igualdad debemos dar un paso más, y distinguir entre la **discriminación directa** y la **indirecta**. La primera queda prohibida *ex* artículo 14 CE. Supone una diferencia de trato jurídico intencionada. En cambio, la discriminación indirecta es mucho más sutil: consiste en una diferencia inintencionada de trato jurídico, que trae causa de una norma (ley o reglamento) aparentemente neutral y con un propósito secular.

Una sentencia que recoge este planteamiento es la 13/2001, de 29 de enero, en la que el Tribunal Constitucional dio en señalar lo siguiente:

"En el estudio de las discriminaciones fundadas en razones expresamente prohibidas [...] hemos de partir de que la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 CE comprende no solo la discriminación patente, es decir, el tratamiento jurídico manifiesto e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta, esto es, aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo".

Vemos, pues, que para la jurisprudencia constitucional caben dos tipos de discriminación o de lesión del principio de igualdad: por un lado, la patente, directa o intencionada, y, por otro, la encubierta, indirecta o no intencionada. En el ejercicio de la libertad religiosa son frecuentes las discriminaciones indirectas. Pensemos en los casos que afectan a fieles de iglesias cuyas festividades no se celebran los domingos y no obtienen el permiso de su empresa para asistir a los actos de culto (véase la STC 19/1985, de 13 de febrero, relativa a una fiel adventista), o en aquellos otros en los que una norma prohíbe cualquier tipo de símbolo religioso -velo, turbante, kipa- en las escuelas o en los lugares de trabajo (véanse la STSJ de las Islas Baleares, de 9 de septiembre de 2002; la STEDH de 15 de enero de 2013, Eweida y otros contra el Reino Unido; o las SSTJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos C-188/15, Bougnaoui y ADDH, y C-157/15, G4S Secure Solutions).

En estos supuestos, aunque la normativa se aplique neutralmente a todos por igual sin distinción de credo religioso, en el fondo lo que se está generando es una discriminación indirecta que produce una desventaja particular a unas personas respecto de otras. Ante legislaciones neutrales superimpuestas uniformemente, la alternativa factible no es otra que la de intentar el acomodo razonable de las particularidades (no solo religiosas sino también étnicas, culturales, de edad, discapacidad, orientación sexual, etc.) de determinados colectivos o personas que sufren un efecto adverso al situárseles en una particular desventaja.

Paulatinamente, la experiencia jurídica continental se ha sensibilizado al respecto. Por ejemplo, en el Derecho de la Unión Europea la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, se refirió a la discriminación indirecta estableciendo un marco general para la igualdad de trato en el trabajo. Poste-

riormente, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificaría el Estatuto de los Trabajadores para acoger la prohibición de discriminaciones encubiertas.

Con todo, ha sido la jurisprudencia norteamericana –estadounidense y canadiense– la pionera en la tutela de las discriminaciones indirectas de los trabajadores. Esto se aprecia en los medios de defensa que en el ámbito de las relaciones laborales pueden oponer los empresarios frente a las demandas de acomodo religioso de los empleados. Son los siguientes medios: en primer lugar, los empresarios deben demostrar que la normativa que produce una discriminación indirecta al trabajador no es arbitraria, pues guarda estrecha relación con el puesto de trabajo y es debida a razones económicas y de servicio (*business necessity*). En segundo lugar, el empresario debe demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles para acomodar al empleado; las negociaciones deben regirse por el principio recíproco de la *bona fide occupational*. En último lugar, deberá probar que la acomodación religiosa supone para la empresa un gravamen ciertamente excesivo (*undue hardship*).

Tres son los aspectos que conforman este concepto:

- 1) Los costes económicos, cuya valoración debe ser real –no hipotética– y efectuarse en función de variables como el tamaño de la empresa, la coyuntura económica y el número de demandantes de acomodación.
- 2) Que la norma laboral que motiva la discriminación indirecta sea necesaria para el funcionamiento eficaz del servicio de la compañía. En ocasiones, podrá suplirse la norma por otra menos discriminatoria y que permita, igualmente, atender los servicios que se requieran.
- 3) El tercer aspecto por sopesar se refiere a los derechos y libertades de terceras personas –empleados, clientes, etc.–, que no pueden ser vulnerados por la acomodación.

Es significativo destacar que, en todos los casos, recae en las empresas la carga de la prueba, cuya dirección es la que posee el *ius variandi* y conoce mejor que el trabajador las necesidades económicas, de servicio o de producción que pueden ir surgiendo en el desarrollo de su actividad. Por ello, si un trabajador no puede ser acomodado, el empresario deberá probar el porqué de su decisión.

Hay quien ha visto en la tutela efectiva de la discriminación indirecta una aproximación a la denominada "igualdad compleja", que vendría a ser una alternativa al neutralismo de la igualdad liberal clásica. Para algunos autores, la multiculturalidad estaría aconsejando el diseño de un nuevo modelo de igualdad no examinado aún en las cartas internacionales de derechos huma-

nos, probablemente porque exige una construcción constante, admitiendo diferencias sin permitir desigualdades; admitiendo, en definitiva, desemejanzas recíprocas.

Nuestro modelo de *Law and Religion* no llega a tanto: por ahora se mantiene con una firme prudencia en el respeto a la igualdad religiosa, y para ello protege ante las discriminaciones por motivos religiosos. En el plano individual la protección es evidente, mientras que en el plano de los grupos religiosos la igualdad se ha puesto en conexión con otro principio informador: el de cooperación. Como se verá en el próximo capítulo, desde 1992 los instrumentos pacticios han conferido un estatus jurídico (o *ius singulare*) que ha permitido a las confesiones religiosas judía, protestante e islámica equipararse progresivamente a la Iglesia católica.

## 3. Laicidad y cooperación con las confesiones

### 3.1. El principio de laicidad (aconfesionalidad)

La laicidad es un concepto-valor que en los últimos años ha adquirido una atención especial en los medios de comunicación y en las agendas políticas. Fenómenos como la inmigración y el creciente pluralismo religioso de nuestras sociedades, así como la emergencia del islamismo político y la irrupción de los denominados *new religious movements* han contribuido al resurgimiento de este concepto.

De todos modos, conviene advertir de antemano de que no existe un modelo universal o unívoco de laicidad. Si esta es la forma jurídico-política con la que cada Estado decide configurarse ante el fenómeno social religioso, es obvio que en la Unión Europea conviven distintos modelos de laicidad. Casi tantos como Estados hay.

#### Modelos de laicidad en la Unión Europea

Cada nación es fruto de su propia historia. Por ejemplo, los países protestantes suelen caracterizarse por un modelo de Iglesia de Estado. Es el caso de Dinamarca, Suecia o Finlandia, donde sus respectivas iglesias evangélico-luteranas gozan de carácter nacional. Sus parlamentos legislan sobre la estructura y la administración de las mismas, y sus pastores tienen la condición de funcionarios, al tiempo que en los presupuestos generales se consignan partidas para el mantenimiento de estas iglesias.

Otro ejemplo es la presbiteriana Escocia, donde la Iglesia de Escocia es la oficial de conformidad con la *Church of Scotland Act 1921*, o la propia Inglaterra, donde la reina es la gobernadora suprema de la Iglesia anglicana: nombra a los obispos y arzobispos, mientras que al Parlamento compete la regulación jurídica de la Iglesia e incluso el control de la doctrina moral y el culto. El Estado también sustenta económicamente a su Iglesia.

En Grecia el preámbulo de la Constitución hace una referencia a la "Santa Trinidad consustancial e indivisible". La Iglesia ortodoxa es por mandato constitucional la confesión dominante, disfruta de personalidad jurídica pública –no privada– y recibe cuantiosos fondos económicos provenientes de la hacienda estatal para financiar sus actividades, que incluyen los salarios y las pensiones de los ministros de culto. Aunque la legislación penal de Grecia prohíbe el proselitismo del resto de las confesiones, el TEDH ha resuelto abundantes litigios en contra del Estado griego sobre este particular. La Ley 590/1977, de 31 de mayo, aprobó la Carta Estatutaria de la Iglesia ortodoxa griega, fijando la cooperación en materias de interés común entre el Estado y la mencionada Iglesia. Estos países podrían encuadrarse en el **modelo de Iglesia de Estado**.

Otros, en cambio, se caracterizan por su pertenencia al **modelo de laicidad cooperativa**. Holanda, con predominio de la Iglesia católica y la Iglesia reformada calvinista, posee un sistema llamado *pilliers* que permite a las dos confesiones crear sus propios organismos políticos, sociales y culturales, además de recibir dinero del erario público. Irlanda, que reconoce la valoración positiva de la religión, admite que la Iglesia católica gestione la mayor parte de los centros educativos y hospitalarios. De hecho, más del 95% de la población se confiesa católica.

Por su parte, Alemania, Austria y Bélgica han suscrito concordatos de rango internacional con la Santa Sede y tienen firmados acuerdos con las confesiones protestantes. Luxemburgo las financia con cargo a los presupuestos generales, y en Alemania es vigente el impuesto religioso. La enseñanza religiosa se contempla dentro de los respectivos sistemas educativos.

Finalmente, Italia, Portugal y España –todos ellos de mayoría católica– se caracterizan su modelo de laicidad mediante la firma de acuerdos de cooperación con la Santa Sede y otras confesiones, en virtud de los cuales regulan aquellas materias que son consideradas de interés común.

El único Estado de los fundadores de la Unión Europea que se declara explícitamente laico es Francia. El artículo 2 de la Constitución de 1958 señala que es una "República indivisible, laica, democrática y social". La Ley de Separación entre la Iglesia y el Estado, de 9 de diciembre de 1905, sigue todavía vigente, pese a obedecer a un contexto histórico de confrontación entre clericales y anticlericales. La laicidad francesa implica que el Estado no financia ninguna confesión, si bien el patrimonio histórico-artístico de la Iglesia católica es sostenido en su mayor parte por este, al igual que la construcción de algunos lugares de culto, por ejemplo mezquitas, y la asistencia religiosa en prisiones y hospitales.

Se trata, en suma, de una laicidad que empezó siendo estricta y que con el paso del tiempo se ha ido matizando, incluso suavizando en sus perfiles, por más que la aprobación de algunas polémicas leyes como la *Loi n. 2001-504 du 12 juin 2001*, para reforzar la represión de los movimientos sectarios –en la que incluyeron a confesiones legalizadas en otros Estados de la UE–, o la *Loi n. 2004-228 du 15 mars 2004*, que prohíbe los símbolos religiosos personales en las escuelas, hayan sido criticadas por importantes ONG defensoras de los derechos humanos.

Más allá de las distintas relaciones Iglesia-Estado, existe un límite infranqueable que debe ser escrupulosamente observado. Nos referimos al respeto a la libertad religiosa de los ciudadanos. Estos no pueden ser discriminados por razones de fe, credo o creencias. No de otro modo lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su constante jurisprudencia. Si las políticas de cooperación institucional con los actores religiosos pueden variar de intensidad dependiendo de circunstancias varias, el ejercicio de la libertad religiosa debe garantizarse a todas las personas por igual, independientemente de cuál sea su iglesia o confesión.

El modelo español de relaciones Iglesias-Estado se enmarca, como hemos señalado, en la laicidad cooperativa, también llamada laicidad positiva, cuyas cotas de neutralidad y separación institucional gozan de unos estándares más plausibles que los de muchos otros Estados miembros de la UE, incluidos los de la Europa del Este.

Nuestro modelo se sustenta en el fundamento legal *ex* artículo 16.3 CE, por virtud de la cual "ninguna confesión tendrá carácter estatal", lo que no impide que los poderes públicos tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantengan "las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones".

#### **¿Cuáles han sido los argumentos jurisprudenciales del TC para definir el artículo 16.3 CE?**

En la STC 24/1982, de 13 de mayo, se sostuvo que el artículo 16.3 impide "que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos. Al mismo tiempo, el citado precepto constitucional veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales. Por lo que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o actitudes de signo religioso".

Dos años después, en el ATC 617/1984, de 31 de octubre, se afirmó que, "por su carácter pluralista y aconfesional, el Estado no viene obligado a trasladar a la esfera jurídico-civil los principios o valores religiosos que gravan la conciencia de determinados fieles y se insertan en el orden intraeclesial". Asimismo, "la aconfesionalidad del Estado no supone una total incomunicación entre él y las diversas confesiones, especialmente la Católica".

En otras decisiones, el TC se ha referido a la prohibición del Estado de decantarse y proteger específicamente a una sola de las varias iglesias existentes en la sociedad española: en el ATC 180/1986, de 21 de febrero, señaló que "no cabe una protección especial a una confesión determinada". La STC 265/1988, de 22 de diciembre, relativa a la eficacia civil de una dispensa de matrimonio rato y no consumado, reconocerá el "carácter separado de ambas potestades", por lo que la vía del recurso de amparo constitucional no podrá alcanzar al examen y enjuiciamiento de la actuación de los órganos que en el ámbito del ordenamiento canónico desempeñan funciones de naturaleza judicial o administrativa.

La STC 340/1993, de 16 de noviembre, después de referirse al pluralismo religioso de la sociedad, sostendrá que "las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica". Y poco después, la STC 177/1996, de 11 de noviembre, insistirá en "el mandato de neutralidad en materia religiosa [...], que veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales, [...] se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática".

Una recapitulación de esta serie de argumentos nos lleva a tres reflexiones sobre nuestro modelo de laicidad:

- 1) Separación institucional Estado-Iglesias: se impide la confesionalización de los poderes públicos y la estatalización de las iglesias, pues ninguna confesión está dentro de las estructuras del Estado ni ningún poder público se halla en las estructuras de las confesiones; con todo, en algunos casos cabría una cierta integración orgánica<sup>2</sup>.
- 2) Neutralidad en el tratamiento de los poderes públicos con respecto a las iglesias y confesiones, en cuanto representantes institucionales del factor religioso.
- 3) Distinción axiológica entre valores democráticos y teocráticos, lo que no obsta para que los ciudadanos informen con su compromiso político y social la ética pública y que esta se refleje en la legislación operante.

<sup>(2)</sup>STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 5; o la posterior STC 101/2004, de 2 de junio, FJ 5.

Después de la década de los noventa, el TC siguió perfilando aún más el significado del principio de laicidad, adjetivándolo ahora con el calificativo "positiva". Posiblemente latía el influjo de la jurisprudencia italiana.

Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Constitucional, de 12 de abril de 1989, núm. 203, la doctrina eclesialista de ese país consideró que se había producido una auténtica *svolta ermeneutica*: "La laicidad [...] es uno de los perfiles de la forma de Estado delineados en la Carta Constitucional de la República, principio que implica no indiferencia del Estado frente a las religiones sino garantía del Estado para la salvaguardia de la libertad de religión, en régimen de pluralismo confesional y cultural".

Pues bien, en las SSTC 128/2001, de 4 de junio, 154/2002, de 18 de julio y 101/2004, de 2 de junio, el TC sostuvo invariable la siguiente fundamentación jurídica:

"En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el artículo 16.3 CE: primero, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos [de todos, no solo del Estado] con las diversas iglesias. En este sentido [...] «el artículo 16.3 de la Constitución [...] considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva»".

De tal razonamiento se infiere que ambos principios –el de laicidad y el de cooperación– se han concebido y conectado parejamente, como una dimensión objetiva de la libertad religiosa. Pero es menester consignar que el TC, al referirse a la laicidad como "positiva", no se detiene a valorar los contenidos ético-morales de los ciudadanos, o la verdad de las creencias alegadas. Si así fuera, estaríamos ante una suerte de nueva Inquisición.

Ni en España ni en Italia se ha identificado el hipotético relativismo ético-moral de la sociedad con la "laicidad positiva". De lo contrario, parecería que la neutralidad del Estado acumula una carga negativa, moral y políticamente reprochable en los mismos términos democráticos y, en definitiva, deja de ser neutral.

Nótese que, cuando la laicidad es calificada como positiva, eso se debe a que los dos principios del artículo 16.3 CE no se excluyen y permiten el mantenimiento de relaciones cooperativas. Pero estas relaciones no suponen que el Estado deba valorar favorablemente un patrimonio estable de verdades religiosas, dogmáticas o ideocráticas no sometido a consenso democrático. Es más, por muy perenne o extendido que sea, tal patrimonio de verdades religiosas o ideológicas no puede vulnerar el concepto jurídico-político de "sociedad democrática", consolidado en la Unión Europea en torno a cuatro indispensables principios: pluralismo, tolerancia, espíritu de apertura y libertad de expresión<sup>3</sup>.

<sup>(3)</sup>STEDH Handsyde contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

De lo dicho hasta ahora, se infiere que un Estado *perfeccionista*, es decir, no neutral con las cosmovisiones de los ciudadanos, pretendería (por ejemplo sirviéndose de una mal entendida laicidad positiva) decidir todas las cuestiones de política pública –ya se tratase de derechos, recursos o virtudes– sobre la base de cómo promocionar mejor un particular concepto de la vida buena (el católico, el musulmán, el judío, el ideocrático, etc.) que se considera el más gratificante o valioso. Sin embargo, esto no ocurre en nuestro modelo de relaciones Iglesias-Estado, porque cuando el TC se refiere a la expresión "laicidad positiva" no lo hace cual instrumento de un Estado español que ahora se transforma en perfeccionista para legitimar, así, unas determinadas creencias religiosas o ideológicas en detrimento de las otras.

En efecto, lo que un Estado laico o aconfesional debe valorar no son los dogmas religiosos o ideológicos, sino la contribución de las iglesias y las asociaciones civiles al bien común, es decir, los frutos sociales que se derivan de las convicciones o creencias de la ciudadanía. Por eso debe tenerlas en cuenta,

pero tenerlas en cuenta no significa valorarlas como lo haría un Estado perfeccionista mediante una mal entendida laicidad positiva, que, al fin y al cabo, es una laicidad que renuncia a ser lo más neutral posible.

Es cierto que el Estado español no puede servirse de la laicidad para privilegiar una determinada religión, pero ello no obsta para que las iglesias y sus representantes legítimos dispongan de libertad para informar e influir con su compromiso la ética y los valores públicos operativos, mediante la participación política y el activismo social de sus fieles. Estos, como ciudadanos que son, tienen reconocidos los derechos fundamentales de participación democrática y libertad religiosa y de expresión.

### 3.2. El principio de cooperación con las confesiones

Hemos visto que el primer inciso del artículo 16.3 CE se refería a la laicidad: ninguna confesión tendrá carácter estatal, que es tanto como decir que ningún Estado tendrá carácter confesional. Vamos ahora a centrarnos en el segundo inciso, más largo, que contiene la cuarta clave hermenéutica de comprensión del *Law and Religion*: "Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones".

Del contenido de este precepto hay tres cuestiones que deben ser abordadas: el significado del mandato de tener en cuenta las creencias religiosas –no las de otro tipo– de la sociedad española, el mantenimiento de relaciones de cooperación con las confesiones –no se menciona otra clase de grupos o comunidades– y la inclusión explícita en la parte final del precepto de la Iglesia católica. Una vez aclaradas estas cuestiones previas, expondremos las características de la cooperación.

Cuando el artículo 16.3 CE menciona las creencias y añade que son las religiosas, se está refiriendo a aquellas convicciones, certezas y doctrinas basadas en un firme asentimiento y conformidad con una fe, principalmente revelada e histórica. En el *status mentis* de los constituyentes se pensaba en los grandes monoteísmos tradicionales y en los movimientos y escisiones de ellos derivados.

Sin embargo, en el lenguaje jurídico, para tener en cuenta este tipo de creencias había dos opciones posibles: definir en positivo lo que por creencias religiosas debía entenderse o bien delimitar lo que no iba a ser, en puridad, propiamente religioso. Semejante operación no se sustanció en sede constitucional, sino mediante el desarrollo directo del artículo 16.1 CE. Así, la **Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa**, establecería en su artículo 3.2 la denominada "cláusula de exclusión".

¿Qué función cumple en nuestro ordenamiento esta cláusula? Sencillamente el de circunscribir o demarcar lo que jurídicamente queda fuera del ámbito de protección de la LOLR, esto es, "las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos".

De este modo, la LOLR no aporta una definición en positivo de religión o de lo que por creencias religiosas debe entenderse. Lo único que forja es una operación en negativo, expresando lo que no es religioso y, en consecuencia, lo que no forma parte de las creencias religiosas.

El artículo 3.2 LOLR guarda estrecha conexión con el artículo 5.2 de la misma Ley Orgánica, que establece los requisitos de acceso al **Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia**, al objeto de que las confesiones obtengan la correspondiente personalidad jurídica. Los requisitos que deben acreditar son la denominación, el domicilio, el ámbito territorial de actuación, la demostración de sus fines religiosos –y no de otra clase–, el respeto al orden público y a los derechos y libertades de los demás y, por último, su régimen de funcionamiento interno, así como la relación nominal de los representantes de la confesión, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación.

Si bien no existe un concepto legal de "creencia religiosa", la cláusula de exclusión nos resulta útil para, al menos, delimitar lo que en nuestro modelo de *Law and Religion* no es jurídicamente considerado como religioso. Mediante el artículo 3.2 LOLR el Estado va a decidir qué finalidades y actividades no son efectivamente religiosas; cuestión distinta será si en su praxis administrativa el RER efectúa un mero control formal de verificación reglada o, por el contrario, va más allá y se dedica a aportar *ex novo* un concepto en positivo de lo que por fines religiosos debe entenderse, o a efectuar valoraciones materiales de esos distintos fines alegados por los grupos que pretenden adquirir el reconocimiento legal de su personalidad y tipicidad religiosas por medio de la inscripción. Pero esto es algo que habremos de estudiar en el capítulo 8 del próximo módulo.

La unanimidad de la doctrina entiende que el principio cooperativo es la fuente de la que emanan los respectivos acuerdos del Estado con las confesiones. En cambio, donde no hay coincidencia es en la importancia de este principio. ¿Se encuentra en la misma posición que los restantes? Para unos, la cooperación queda subordinada a la libertad e igualdad religiosas, mientras que para otros se situaría en pie de igualdad. A nuestro juicio, la subordinación parece lógica, máxime cuando los dos principios que califican al Estado español con relación al factor religioso son los de libertad e igualdad –que también son valores superiores–, y no los dos incisos del artículo 16.3 CE (laicidad y cooperación).

#### Ved también

Art. 6 del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas.

Los fundamentos doctrinales del principio cooperativo han basculado en torno a nociones como el necesario diálogo entre las confesiones y los poderes públicos, la valoración democrática y social de las iglesias, la consideración positiva del hecho cultural-religioso y su aportación al bien común.

Siguiendo tales argumentos, la doctrina entiende que el principio de cooperación constitucionaliza el común entendimiento para la elaboración del estatus jurídico de cada confesión e iglesia. Cuestión distinta es si debe articularse ese estatus mediante instrumentos jurídico-pacticios como los acuerdos de cooperación. ¿Se precisa una regulación bilateral para que las confesiones e iglesias contribuyan al bien común de la sociedad?

En un régimen político de libertades, tal contribución no precisa obligatoriamente de la existencia de un diálogo institucionalizado. Es más, si el fundamento de la cooperación descansa en la función promocional de los poderes públicos, lo que el Estado debe valorar prioritaria y positivamente no será tanto ese hecho, factor o fenómeno religioso –sea por la inercia histórica o por el arraigo social de una determina confesión–, sino el ejercicio de los derechos de la libertad religiosa y de culto de los ciudadanos en condiciones de igualdad.

La cooperación, que se expresa mediante una serie de mecanismos jurídico-administrativos, es un principio abierto dirigido a todos los poderes públicos. Cualquiera que sea su fundamentación debe ser interpretada de modo sistemático sin orillar el resto de principios constitucionales. En la eclesiasticística ha sido habitual un entendimiento de la cooperación conectada no solo con el artículo 16.3 CE, sino también con el 9.2 CE. Este precepto manda a los poderes públicos que promuevan "las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas", añadiendo que deben "remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud". De este modo se faculta a los poderes públicos para que intervengan en la efectividad de los derechos que componen la libertad de religión.

Repárese en que una cosa es promover los derechos fundamentales y libertades públicas, como la religiosa, y otra muy distinta entender la cooperación como la sede en la que manifestar la dimensión sustancial de esa libertad. Tal argumento supondría aceptar que, sin cooperación, no habría posibilidades para que la libertad y la igualdad religiosas llegasen a ser reales y efectivas.

De una interpretación conjunta y sistemática, no es necesario recoger la cooperación como principio constitucional para que, efectivamente, las relaciones entre el Estado y las confesiones sean de cooperación. Un Estado puede ser perfectamente respetuoso con la libertad religiosa individual y comunitaria sin constitucionalizar las relaciones de cooperación, como ocurre en Estados Unidos o Canadá, países de tradición separatista pero que se caracterizan por proteger sin ambages la libertad religiosa.

Por ello, una fundamentación del principio cooperativo sustentada en el mismo plano que el de libertad religiosa o en concepciones metajurídicas corre el riesgo de alejarse del sentido que el artículo 16.3 CE adquiere en nuestro texto constitucional, y que no es otro que el de un mandato propiamente funcional, que actúa como filtro modalizador de los otros tres principios. Así, la cooperación presenta un significado instrumental por cuanto se pone al servicio de una determinada concepción de los derechos fundamentales, basada en la remoción de obstáculos para hacerlos reales y efectivos.

El cometido de la cooperación –desde la perspectiva pública– no es otro que el de facilitar el ejercicio de la libertad religiosa. No persigue el fomento de la o las religiones mediante una serie de técnicas normativas y ejecutivas. En consecuencia, la cooperación podrá actuar como el definidor que precisa la libertad religiosa en un Estado social para hacerse actuable. Ese carácter modalizante del principio cooperativo se halla en el origen de su literalidad, que proviene de una obligación constitucional. Y de hecho, así lo ha reconocido el TC en su sentencia 66/1982, de 12 de noviembre, al decir que "el propio texto legal [...] obliga a los poderes públicos a tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantener las relaciones de cooperación consiguientes".

Por último, cabe significar un dato más que avala nuestro planteamiento sobre el principio de cooperación como clave hermenéutica subordinada a las restantes. Siguiendo con la jurisprudencia del TC, esta nos dice que la eventual violación de las relaciones cooperativas por parte del Estado no justificaría un recurso de amparo. En efecto, no existe un derecho fundamental a la cooperación exigible en sede confesional. Ello es así por cuanto tales relaciones no son equiparables a la libertad e igualdad religiosa, cuya vulneración sí que es recurrible directamente en amparo. El FJ 5 de la STC 93/1983, de 8 de noviembre, lo expresó paladinamente:

"[...] la representación del recurrente afirma también que se ha producido una violación del artículo 16.3 [...] en cuanto establece que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones. En cuanto a esta pretendida vulneración [se refiere a la negativa de cooperar], debemos señalar que el recurso de amparo se circunscribe a la tutela de los derechos fundamentales comprendidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, además de la objeción de conciencia de su artículo 30, [...] por lo que, en consecuencia, la violación alegada no puede encuadrarse dentro de tales derechos, ya que, como es obvio, el artículo 16.3 regula un deber de cooperación del Estado con la Iglesia Católica y demás confesiones y no un derecho fundamental de los ciudadanos del que sea titular el actor".

La inclusión de la Iglesia católica en el artículo 16.3 CE no puede conllevar *a radice* una discriminación en el principio de cooperación. Constitucionalmente, a todas las confesiones se les predica el mismo común entendimiento o colaboración con el Estado. No obstante, lo que ocurre es, en primer lugar, que la mención de la Iglesia católica se ha visto como un paradigma extensivo de trato específico a las demás confesiones; y, en segundo lugar, que con esa mención la Iglesia está supliendo la necesidad de acreditar el requisito del no-

torio arraigo –establecido *ex* artículo 7.1 LOLR–, a los efectos de cooperar por vía legislativa, pues ya queda plenamente arraigada en el propio texto constitucional.

Algunos autores han defendido que la existencia de un régimen normativo especial para la Iglesia católica tiene una justificación suficiente por razones de tipo histórico y sociológico, de ahí que las diferencias existentes entre los grupos religiosos por su distinto arraigo social resultan jurídicamente relevantes en el ordenamiento español. Lo que, con abstracción de los datos legales, podría ser considerado como un mero presupuesto de hecho sin un preciso alcance jurídico se habría convertido en un elemento distintivo entre los grupos religiosos, que podría justificar objetiva y razonablemente una diferencia de trato en el desarrollo del principio de cooperación.

En cambio, otro sector doctrinal rechaza la tesis del realismo histórico y sociológico, y entiende que la mención explícita de la Iglesia supone una especie de confesionalidad solapada o encubierta, al tiempo que se constituye como un elemento perturbador del sistema, que podemos calificar suficientemente como innecesario o injustificado.

Nosotros nos situamos en un punto intermedio. A partir de un diagnóstico objetivo, con esta mención se pretendieron tres objetivos: **a)** eliminar de la solución religiosa de la Constitución todo tinte antirreligioso; **b)** reconocer explícitamente que la religión católica es la mayoritaria en el Estado español; **c)** valorar positivamente la acción de la Iglesia católica en relación con el bien común de la sociedad española.

A nuestro juicio, y respetando siempre las distintas aportaciones doctrinales, creemos que la mención de la Iglesia católica es fruto de la calculada ambigüedad que late en todo el artículo 16 CE. De esta mención no hay que extraer más consecuencias jurídicas que aquellas que puedan derivarse del reconocimiento inobjetable de una realidad social como es la Iglesia católica, institucionalizada antes que el propio Estado español, y cuyo notorio arraigo está fuera de toda duda. Por consiguiente, su inclusión no vulnera *per se* ninguno de los cuatro principios del *Law and Religion*. Se trata de una mención explicativa, que constata un hecho fáctico que tendrá solo en la medida en que el hecho perdure.

De lo expuesto hasta ahora, podemos deducir las **características del principio cooperativo**, según queda configurado constitucionalmente:

**1) Instrumentalidad y subordinación:** la cooperación, se dijo, no era equiparable a los principios de libertad e igualdad religiosa, e incluso al de laicidad.

**2) Diversidad (no uniformidad):** se coopera en función del arraigo social y de la previa inscripción registral<sup>4</sup>.

<sup>(4)</sup>Artículo 7.1 LOLR

**3) Voluntariedad:** no existe un derecho subjetivo de los sujetos o interlocutores confesionales para exigir a los poderes públicos que cooperen.

**4) Complementariedad:** a diferencia de las concepciones liberales clásicas, decimonónicas, hoy día el ejercicio de la libertad religiosa, para ser real y efectivo, requiere del reconocimiento de facetas o dimensiones prestacionales que pueden articularse de dos modos: unilateralmente (como es el caso de la LOLR) o bilateralmente (es decir, mediante los acuerdos de cooperación). Estas impulsiones promocionales complementan el contenido de la libertad religiosa, que *natura sua* no es un derecho de prestación.

**5) Territorialidad:** en el Estado compuesto autonómico español cabe la cooperación autonómica y local sin recurrir al 7.1 LOLR. En efecto, el 16.3 CE menciona a todos los poderes públicos, los cuales, en función de sus competencias, podrán también colaborar unilateral o bilateralmente con las confesiones. De hecho, en la experiencia jurídica de la Comunidad Autónoma de Cataluña se han suscrito varios convenios de colaboración con la Iglesia católica y otras entidades religiosas como el Consejo Islámico, la Comunidad Israelita, la Comunidad Local Bahá'í o la Liga por la Laicidad.

## 4. Sistema de fuentes y acuerdos de cooperación Estado-Confesiones

### 4.1. Las fuentes formal y materialmente unilaterales

El Código civil señala en su artículo 1.1 que las fuentes de nuestro Derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Por otra parte, la jurisprudencia, tal y como indica el artículo 1.6, complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales.

Esta primera aproximación a nuestro sistema de fuentes debe ponerse en relación con la Constitución, que, como vértice del sistema jurídico, sienta las bases del sistema de distribución normativo entre los diferentes órganos con competencias dentro de nuestro Estado descentralizado y complejo. Nos referimos a las diferentes competencias legislativas en manos del Estado y de las comunidades autónomas. Igualmente, el texto constitucional nos aporta la existencia de diferentes tipos de normas jurídicas (leyes orgánicas, leyes, decretos legislativos, tratados internacionales, etc.), así como también el reconocimiento de la potestad reglamentaria del Gobierno, tanto estatal como autonómico.

El sistema de fuentes en Derecho y Religiones ha sufrido con el reconocimiento de la libertad religiosa una profunda transformación: se ha transitado de un Derecho que regulaba bilateralmente las necesidades propias de una única religión de Estado –la representada institucionalmente por la Iglesia católica– a la regulación de la diversidad religiosa, cada vez más abundante y que rompe con la regulación monolítica anterior. Ello dificulta en progresión geométrica la labor del legislador, que ahora debe afrontar la regulación de un hecho religioso diversificado y ponerlo en relación con el difícil reparto de materias competenciales entre Estado y comunidades autónomas.

Para ilustrar un poco más esa complejidad, se puede citar una materia concreta. Por ejemplo, en materia de enseñanza de la religión, la primera distinción que debe realizarse, desde el plano de las fuentes, es la existencia de un Derecho internacional aplicable a la Iglesia católica, y, por el contrario, al resto de las confesiones que tienen suscrito un acuerdo de colaboración se les aplica una ley estatal. Primera conclusión: diferentes planos normativos. En segundo lugar, el Estado descentralizado complejo traslada las competencias en materia de enseñanza a manos de las comunidades autónomas: el Estado sienta las bases, pero el desarrollo pertenece a las diferentes comunidades autónomas, incluso en materias que requieren de su regulación primaria de una pieza, como la de la ley orgánica. Así, como segunda conclusión, verificamos la existencia de posibles regulaciones de un mismo hecho social. En definitiva, el rasgo que caracteriza el *Law and Religion* en la actualidad es su complejidad, lo que hace absolutamente necesario que el operador jurídico conozca y maneje con destreza nuestro peculiar sistema de fuentes.

Cada sector del ordenamiento jurídico encuentra unas fuentes específicas propias que le son de aplicación. En materia de *Law and Religion*, la principal nota característica que nos vamos a encontrar estriba en la dispersión. No existe un código único, como puede ocurrir con el Código civil o el Código penal. En nuestra materia la mayoría de las normas que configuran el sistema de fuentes se encuentran clasificadas en textos normativos de otras ramas del Derecho. Sin embargo, cabe agruparlas todas ellas por el objeto que regulan, y que ya vimos que era la dimensión social del factor religioso.

La clasificación entre **fuentes unilaterales** y **bilaterales** ha sido tratada en sede doctrinal. En el primer grupo –las unilaterales– se incluyen todas las que proceden exclusivamente de los órganos legislativos del Estado, mientras que en el segundo –las bilaterales–, todas las que tienen un origen pacticio, esto es, las que encuentran su base en un acuerdo o convenio entre el Estado y las respectivas confesiones religiosas. Estas normas por fuerza son materialmente bilaterales, ya que sus contenidos son acordados entre las dos partes: la estatal y la religiosa.

Esta clasificación de las fuentes presenta una marcada influencia de la doctrina italiana. Incluso algún autor ha llegado a distinguir entre fuentes unilaterales de procedencia estatal, fuentes unilaterales de procedencia confesional, normas concordadas o acordadas y fuentes bilaterales de procedencia internacional. La categoría de fuentes bilaterales es ampliada por aquellos autores que incluyen en la misma el Derecho de las confesiones, o, incluso, todas aquellas disposiciones del Estado (decretos, órdenes ministeriales, etc.) cuyo contenido haya sido fijado de común acuerdo con las distintas confesiones.

Finalmente, no faltan quienes, al elaborar las fuentes del *Law and Religion* español, prescinden de toda clasificación, en la convicción de que la propia complejidad del sistema de fuentes, así como la superación de las concepciones formalistas, impiden utilizar los esquemas tradicionales. ¿Qué razones se alegan?:

1) La distinción entre **fuentes unilaterales** y **fuentes bilaterales** parece contradecirse con la propia naturaleza y esencia de las fuentes del *Law and Religion*, las cuales, por definición, son todas formal y materialmente unilaterales. El término *bilateral* resultaría cuanto menos equívoco en este sentido, toda vez que parece hacer referencia a una competencia compartida, incluso a una potestad legislativa en común con las distintas confesiones religiosas, lo que en nuestro Derecho sería indefendible. No puede entenderse el principio de cooperación constitucional en esos términos, pues ello atentaría contra la propia soberanía del Estado, al admitir una potestad normativa por encima del mismo, sin un acto previo de soberanía, como ocurre en el campo internacional o en el supuesto de que una norma de derecho confesional entre a formar parte del derecho interno. En contra, se ha dicho que tienen la consideración de fuentes formalmente unilaterales pero materialmente bilaterales, en el sentido de que en ellas se reconoce una especie de competencia compar-

tida a la hora de elaborar todos aquellos decretos y órdenes ministeriales cuyo contenido es fruto de la ejecución de un acuerdo marco o de un pacto con alguna confesión religiosa.

2) Con esta terminología se hace referencia a dos aspectos distintos, que, sin embargo, parecen confundirse: la **fuerza formal** y el **ámbito de elaboración de la norma**. La fuerza formal es, en todos los casos, el Estado, o, mejor, sus órganos con potestad legislativa, con independencia del ámbito, nacional o internacional, en el que se haya elaborado la norma. La propia intervención del Parlamento en la conclusión de los acuerdos internacionales con la Santa Sede, aunque esta sea preferentemente un acto de política exterior, pone de relieve este dato. En todo caso, y desde la óptica del *Law and Religion*, esta sigue siendo la única fuerza formal y, sin su sanción, cualquier pacto carecería de fuerza normativa. No hay, en consecuencia, ningún acto por parte de la confesión religiosa correspondiente que constituya fuente normativa inmediata para el Estado.

3) Aunque, en principio, pueda parecer que la calificación de fuentes bilaterales que se da a los acuerdos con la Santa Sede es exacta, no dejan de plantearse algunas dudas por su doble naturaleza: **acuerdo internacional** y **norma de Derecho interno**, lo que las coloca en una situación prevalente frente a los restantes convenios celebrados por el Estado con otras confesiones.

4) En cuanto a los acuerdos con las confesiones no católicas y su inclusión dentro de las llamadas fuentes pacticias, tampoco resulta muy convincente, pues su pretendido carácter pacticio es más de forma que de fondo, por cuanto su elaboración mediante un pacto no desvirtúa su verdadera naturaleza jurídica. En contra de lo expresado en este último punto se han pronunciado varios autores, que calificaron los acuerdos como "normativa paccionada", y en virtud del principio *pacta sunt servanda* se le impediría al Estado modificar las leyes sin el consentimiento de la otra parte contratante, que es la minoría religiosa. Otros utilizan el término "leyes con negociación previa" o "convenios de Derecho público". Lo que se pretende es aproximar o equiparar los Acuerdos de 1992 firmados con las comunidades judía, evangélica y musulmana a los Acuerdos de 1979 suscritos con la Santa Sede. Para ello, plantean la ilegitimidad de una interpretación, modificación o derogación unilateral por parte del Estado, sin contar con la parte religiosa. De ahí que las materias reguladas en esos tres acuerdos sean materia reservada, inatacable por una ley que contemple ese objeto con carácter más general, y que resulta ilegítima su derogación unilateral por parte del Estado sobre la base de la obligación asumida por aquél en el artículo 7 LOLR, reforzada por la aplicación del principio constitucional de igualdad, que mueve a seguir el criterio *pacta sunt servanda*, como sucede con los acuerdos con la Santa Sede.

5) Al contrario que los autores anteriores, otra línea doctrinal aporta una visión distinta, y considera que los acuerdos con las otras confesiones son un mero presupuesto y un momento procesal de la formación de la voluntad del

Parlamento, por lo que los considera una ley unilateral ordinaria, que puede ser modificada unilateralmente por el Estado mediante el Parlamento, único soberano en un sistema democrático. Otros opinan que los acuerdos son normativa bilateral, porque, básicamente, forman parte del denominado Bloque de la Constitucionalidad, ordenado en virtud del artículo 7 LOLR en relación con el artículo 16.3 CE, por lo que no sería posible una modificación unilateral de los mismos por parte del Estado.

En definitiva, y como resumen, podemos afirmar que el debate sobre el carácter unilateral o bilateral de los acuerdos con las otras confesiones sigue abierto. En cambio, en los acuerdos con la Santa Sede, lo cierto es que las dudas son menores, pues estamos –como veremos en siguiente epígrafe– ante tratados internacionales concordatarios.

Las fuentes formal y materialmente unilaterales son aquellas que elaboran y aprueban los órganos legislativos y administrativos competentes del Estado. Son materialmente unilaterales porque las confesiones no aportan contenidos a esas leyes. En cambio, los acuerdos de cooperación con la Santa Sede y las minorías, al ser pactados con el Estado, son materialmente bilaterales.

En cualquier caso, desde el punto de vista formal todas las normas que integran el *Law and Religion* –pactadas o no– son necesariamente unilaterales, ya que el principio de laicidad impide que las confesiones legislen cual si fueran Parlamento. En democracia legislan los representantes elegidos por el pueblo, cosa que no ocurre en las teocracias, donde las leyes son religiosas y se dirigen a la sociedad.

Por lo que atañe a las fuentes unilaterales, si seguimos un orden jerárquico empezaremos con la Constitución; la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa; las leyes ordinarias estatales y autonómicas y las normas de las Administraciones públicas.

Dado que en anteriores epígrafes analizamos la importancia de la Constitución de 1978 para el *Law and Religion* y que en el próximo trataremos exclusivamente la LOLR, conviene que ahora aludamos por un momento a las **normas administrativas**.

Las Administraciones públicas, por medio de sus diferentes resoluciones, se pronuncian en materia de libertad religiosa en multitud de ocasiones. Por citar algunos ejemplos: la solicitud de inscripción de un grupo que se autodenomina religioso en el Registro de Entidades Religiosas, con la consiguiente resolución administrativa; o la solicitud de asilo por motivos de persecución religiosa; o la solicitud de objeción de conciencia (antes al servicio militar obligatorio, y ahora a determinadas asignaturas del sistema educativo; o la negativa de un médico a efectuar una vasectomía a un varón; o el caso de una mujer

#### Ved también

La restante legislación estatal y autonómica será objeto de estudio en el módulo 2, en función de los temas que se estudien.

que solicita que su documento nacional de identidad sea realizado con un velo que le cubre el rostro; o resoluciones administrativas en denominaciones alimentarias para alimentos tratados o elaborados con una determinada técnica confesional –por ejemplo *kosher* o *halal*–; o la solicitud de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que solicitan ser relevados de tareas que implican ceremonias religiosas o participar en actos de culto, etcétera).

En definitiva, ante las Administraciones se manifiestan demandas en materia de libertad religiosa que hacen que estemos ante una fuente de primer orden, y que debe atender a la efectiva promoción y realización de esta libertad fundamental.

Pasemos ahora al estudio de las fuentes formalmente unilaterales pero materialmente bilaterales, pactadas por el Estado y las confesiones religiosas.

## **4.2. Las fuentes formalmente unilaterales pero materialmente bilaterales**

### **4.2.1. Los Acuerdos con la Santa Sede de 1976 y 1979**

La STS de 7 de julio del 2000 aseguró que la naturaleza jurídica de los acuerdos Estado-Santa Sede tiene "carácter de tratado internacional, a los efectos previstos en el artículo 93 y siguientes de la Constitución", puesto que reúnen "todos los requisitos necesarios para alcanzar ese rango por cuanto fue firmado por el Plenipotenciario de España y el Plenipotenciario de la Santa Sede, ambos nombrados al efecto".

Se cumple así lo dispuesto en el artículo 93 CE: "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución". Para el Tribunal Supremo "concurren en dicho Instrumento todos los requisitos exigidos por el artículo 96 de la Constitución para formar parte de nuestro ordenamiento interno, no solo con rango normativo de una ley, sino con valor incluso superior a las disposiciones estatales y a la Constitución misma, como se deduce de lo que dispone el artículo 95.1 de dicha norma fundamental y puesto que ha pasado a formar parte del ordenamiento interno, las normas jurídicas que contiene son de aplicación directa en España, por mandato expreso del artículo 1.5 del Código Civil".

Como señala el artículo 96 CE, "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional".

El estatus internacional de la Santa Sede permite afirmar que los Acuerdos de 1976 y 1979 –que analizaremos sectorialmente más adelante– sean "convenciones bilaterales de Derecho público externo", las cuales producen sus efectos en un ámbito jurídico distinto del de los respectivos ordenamientos jurídicos del Estado y de la Iglesia. Hoy existe unanimidad en la opinión de que los concordatos son acuerdos muy semejantes a los tratados internacionales, equiparados a estos en muchos de sus efectos en el ordenamiento estatal. La conclusión es obvia, ya que la Santa Sede es un sujeto de Derecho internacional.

El despliegue autonómico de los Acuerdos de 1979 se instrumenta por medio del 149.1.3 CE y de las cláusulas internacionales estatutarias. Estas prevén que las comunidades autónomas sean informadas de la negociación conducente a la firma de los tratados internacionales. Ello es así porque las autonomías deberán desarrollarlos en función de sus competencias. Sin embargo, el contexto de la Transición hizo no tener en cuenta, al negociar los acuerdos, la posibilidad constitucional, que luego sería realidad, de la construcción de un Estado de las autonomías, por lo que el contenido de estos convenios con la Santa Sede se ordenó, sin lugar a dudas, según una concepción centralista del Estado. Lo ideal, de haber estado presente la idea de un Estado de las autonomías, hubiera sido establecer, en las materias que presumiblemente se preveían conflictivas, pautas marco que hubieran podido ser desarrolladas con posterioridad por la Iglesia con las respectivas comunidades autónomas.

Tradicionalmente, la materia reguladora del hecho o factor religioso estaba dedicada a la Iglesia católica, y esta se resolvía mediante la firma de concordatos. Así se ha denominado de forma tradicional a los acuerdos celebrados entre la Santa Sede y el Estado español. Dichos acuerdos han sido, de forma recurrente, la fuente más relevante del *Law and Religion* español.

Es la tradición de pacto, de que la norma jurídica contenga el acuerdo suscrito sobre las materias que son de interés para la Iglesia y para el Estado mediante un instrumento jurídico, la que da lugar a la existencia de una fuente específica dentro del *Law and Religion*.

Las fuentes bilaterales técnicamente tienen su razón de ser en el compromiso estatal de cooperación con las confesiones religiosas que se encuentra recogido en el artículo 16.3 CE. Sin embargo, y aunque si bien es cierto que nuestra Constitución, a diferencia de la italiana, no impone como vimos la obligación de cooperar mediante acuerdos, también es cierto que con el artículo 16.3 se está posibilitando la existencia de la fórmula pacticia junto con lo previsto en el artículo 7 LOLR.

Los acuerdos con la Iglesia Católica constituyen un porcentaje muy importante en materia de fuentes de *Law and Religion*. Los más importantes, o los que podemos denominar "marco", serán los de naturaleza internacional, los que reconocen a la Santa Sede como un sujeto de Derecho internacional y recogen las materias de interés para la Estado y la Iglesia católica. El carácter interna-

#### La figura del concordato

La figura jurídica del concordato se sustanciaba mediante un acto solemne y formal en el que la máxima autoridad de la Iglesia Católica y del Estado español acordaba el régimen jurídico de las materias que interesaban a ambas partes.

La figura de los concordatos ha sido usada en todos los Estados, no es solo una figura de nuestro Derecho. Sin embargo, en España ha tenido especial importancia por su larga historia. El último de los concordatos fue suscrito en el año 1953.

cional, pero también nacional de la Iglesia católica cuando actúa por medio de la Conferencia Episcopal Española, o más localizado a escala nacional, cuando actúa por medio de alguna o varias diócesis, hace que además de los tratados internacionales encontremos otras disposiciones nacionales o autonómicas o incluso de municipios en forma de acuerdos entre la Iglesia y los diferentes órganos del Estado descentralizado en el marco de sus competencias.

Los acuerdos con la Santa Sede constituyen una de las particularidades más relevantes en materia de fuentes de *Law and Religion*. En la actualidad, los concordatos que contenían todo el conjunto de materias de interés para el Estado y la Iglesia católica han sido sustituidos por acuerdos específicos en distintas materias que, aunque presentan un sentido de conjunto, poseen la ventaja de una mayor flexibilidad, de forma que para una potencial revisión no es necesario modificar todos los acuerdos, sino solamente uno en concreto. En definitiva, la sustitución del concordato por acuerdos parciales aporta una mayor elasticidad al sistema pacticio.

En este momento, se encuentran vigentes los siguientes acuerdos:

1) Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español, de 28 de julio de 1976, sobre renuncia de privilegios. En este pacto resulta especialmente relevante su preámbulo –inspirado en los postulados del Concilio Vaticano II–, y que sienta las bases de las relaciones Iglesia-Estado que se determinarán en los posteriores Acuerdos del año 1979. En su contenido, la Iglesia renuncia al denominado "privilegio del fuero", por el cual los eclesiásticos no podían ser juzgados por la jurisdicción estatal, y el Estado renuncia a su "privilegio de designación de altas dignidades eclesiásticas" (o "privilegio de presentación") en España. También regula el secreto religioso: "En ningún caso los clérigos y los religiosos podrán ser requeridos por los Jueces u otras Autoridades para dar información sobre personas o materias de que hayan tenido conocimiento por razón de su ministerio".

2) Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre asuntos jurídicos. Básicamente, este pacto contiene los procedimientos de adquisición de personalidad jurídica de los distintos entes en los que se organiza la Iglesia católica en España, el reconocimiento del derecho de asistencia religiosa católica, el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico, así como la eficacia civil de las sentencias de nulidad matrimonial canónica y resoluciones de matrimonio rato y no consumado.

3) Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales. El contenido de este pacto establece la enseñanza de la religión católica en los centros docentes, el derecho de la Iglesia a establecer seminarios conciliares y universidades de la Iglesia, y el compromiso mutuo de colaborar en el sostenimiento del patrimonio histórico-artístico eclesiástico.

4) Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre asuntos económicos. Se contiene la financiación de la Iglesia, tanto la que recibe de forma directa como la que obtiene de forma indirecta sobre la base de supuestos de no sujeción y exenciones, en definitiva, del conjunto de ventajas fiscales.

5) Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos. Se regula la asistencia religiosa católica en las Fuerzas Armadas, el Vicariato General Castrense y la abolición del servicio militar de los clérigos.

Junto a estos acuerdos, se mantienen todavía vigentes otros dos: el Convenio entre el Estado español y la Santa Sede, de 5 de abril de 1962, sobre reconocimiento, a efectos civiles, de estudios no eclesiásticos realizados en universidades de la Iglesia; y el Acuerdo de 21 de diciembre de 1994, sobre asuntos de interés común en Tierra Santa.

Sobre la base de los acuerdos con la Santa Sede, hay otras cuestiones que también interesan a la Iglesia católica, pero con un alcance menor a la temática que resulta de los acuerdos. Estas cuestiones se han materializado en la vía de acuerdos con la intervención de la Conferencia Episcopal Española.

Los acuerdos en el ámbito nacional comenzaron a funcionar inmediatamente después de haberse firmado los acuerdos internacionales anteriores. Otros asuntos o materias de interés para la Iglesia católica poseen un necesario enfoque mucho más localizado, que se circunscribe en ocasiones a un determinado territorio, que puede coincidir con el de una comunidad autónoma o incluso con un ayuntamiento de una localidad concreta. Estos acuerdos básicamente se circunscriben a materias de patrimonio histórico-artístico, turismo, urbanismo, asistencia religiosa en lugares públicos, medios de comunicación social de titularidad de las comunidades autónomas, asistencia religiosa en prisiones y hospitales, así como otros temas, reiteramos, de competencia autonómica o municipal. Nos referiremos a estos acuerdos denominados "menores" o "derivados", porque efectivamente se ciñen al desarrollo de los Tratados Internacionales de 1979, en el módulo 3.

#### **4.2.2. Los Acuerdos de cooperación de 1992 con las confesiones judía, evangélica e islámica**

Los Acuerdos suscritos entre el Estado y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España no son equiparables a los Acuerdos de 1979. Es cierto que antes de 1992 la doctrina intentó promover teorías para lograr una mayor simetría con las fuentes bilaterales que rigen las relaciones del Estado y la Santa Sede. Pero ello es imposible dada la naturaleza internacional de los Acuerdos de 1976 y 1979.

Además, después de 1992 los acuerdos con estas tres confesiones se adjetivaron con una ligera *vis satirica*: meras "fotocopias", "acuerdos clónicos", "leído uno, leídos todos", mero "significado simbólico" de carta otorgada por el Estado, que sirvió de justificación moral, con más efectos psicológicos que jurídicos, a unas confesiones que habían estado claramente discriminadas en el pasado. Incluso se ha dicho que los Acuerdos de 1992 no suministran "protecciones externas" o "derechos de acomodo multiculturales". Pese a todo, el desarrollo unilateral de estos acuerdos sí que puede irse equiparando al desarrollo de los Acuerdos de 1979. Nuestro modelo veta la discriminación directa, y protege cada vez más la indirecta mediante normas unilaterales.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los Acuerdos de 1992? A diferencia de los Acuerdos internacionales de 1976 y 1979, aquí se trata de **Derecho interno del Estado**. Lo que formalmente se muestra como fuente creadora de Derecho es la ley de las Cortes por la que tales acuerdos son aprobados. En efecto, si

atendemos al *iter* de aprobación de los mismos –mediante las leyes 24, 25 y 26 de 1992, de 10 de noviembre–, hay que decir que ese *iter* no refuerza *per se* el cumplimiento de la regla *stare pactis*.

Aun coincidiendo puntualmente con el de los tratados internacionales, los proyectos de ley bien pudieron haberse rechazado en bloque en el mismo procedimiento de urgencia con lectura única. Con fundamento en su propia soberanía popular, las Cortes poseen legitimidad para introducir enmiendas parciales. Que en fecha de 27 de junio de 1992 la Mesa de la Cámara no lo estimase oportuno para el trámite parlamentario no significa que no pudiera haber optado por lo contrario (de hecho, en el Senado el procedimiento fue el ordinario).

Por tanto, las leyes que aprobaron los Acuerdos de 1992 no pudieron ser otra cosa que formalmente unilaterales, aunque materialmente sean bilaterales, pues lo cierto es que los contenidos de los tres acuerdos se incorporaron como anexo a las tres leyes. Al canalizarse mediante ley ordinaria, los acuerdos con las tres confesiones gozan de toda la protección que le dispensa en su aplicación y vigencia el propio ordenamiento, pero, en todo caso, bajo el poder decisorio de las Cortes, quienes pueden derogarla en cualquier momento sin la anuencia de la correspondiente confesión, o incluso aprobar leyes sectoriales que, afectando a las tres federaciones, no se remitan a los acuerdos.

Por ello, toda la fuerza normativa la obtienen los tres acuerdos gracias a las propias leyes que los incorporan al ordenamiento estatal, y no tanto del principio *pacta sunt servanda*, que únicamente es aplicable a los tratados internacionales. Los tres acuerdos solo sirvieron de base a las tres leyes de 1992.

Consecuentemente, hay algunos autores que plantean que el término "bilateral" resulta cuanto menos equívoco, y que no es dable calificar a las leyes 24, 25 y 26 de 1992 como "especiales" o "reforzadas", a diferencia de lo que sucede en el sistema italiano, cuyas *intese* con las minorías figuran literalmente en el propio texto constitucional. Tres son las razones que alegan estos autores:

1) Que nuestra Constitución no impone (no constitucionaliza) ninguna forma o modalidad concreta de plasmación del régimen de común entendimiento.

2) Que el sistema de la Constitución española difiere del propio de la Constitución italiana<sup>5</sup>, que se caracteriza por constitucionalizar el concordato con la Iglesia católica y el régimen de *intese* para el resto de los cultos admitidos. De hecho, bastaría tan solo con una simple modificación unilateral del artículo único de la ley que precede a los anexos para derogar el contenido vigente de los Acuerdos de 1992.

<sup>(5)</sup> Artículos 7 y 8

3) Que el Gobierno no viene obligado jurídicamente a tramitar en sede parlamentaria los pactos con las confesiones religiosas. En nuestro ordenamiento no existe ningún recurso jurídico que permita a la confesión religiosa obligar

al Gobierno a su tramitación o, en su caso, pedirle responsabilidades o, incluso, exigir el cumplimiento de los distintos pactos. En todo caso, estaremos en presencia de una mera responsabilidad política.

Dicho esto, conviene también referirse a las competencias autonómicas: ¿por qué no se contemplaron en los Acuerdos de 1992? Estimamos que, dada la exclusión de las comunidades autónomas (también competentes *ratione materiae* en el desarrollo de los acuerdos), estos debieran haber estipulado algún tipo de mecanismo interadministrativo de relación entre el Gobierno central y los autonómicos. Tal situación podía explicarse en 1979, cuando no se había iniciado el proceso autonómico, pero no en 1992, cuando el Estado compuesto de las Autonomías llevaba más de una década funcionando.

A estas rémoras estructurales, añadamos otra: el modelo español necesita para pactar que las confesiones religiosas creen órganos *ad hoc* para su negociación con el Estado. En concreto, se produce una "ficción jurídica", como otras muchas que surgen en nuestro ordenamiento, de forma que el Estado negocia con federaciones o comisiones que antes de la gestación de los tres acuerdos no existían, y que se crean expresamente para este fin. Así, a los efectos de dotar de un marco jurídico a las minorías religiosas en nuestro país, expresamente se crean los siguientes órganos asociativos confesionales: **FEREDE** (Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España); **CIE** (Comisión Islámica de España); **FCI** (Federación de Comunidades Israelitas de España, ahora denominada **FCJ**: Federación de Comunidades Judías).

Conforme a la propia exposición de motivos de las tres leyes que regulan los acuerdos con las confesiones minoritarias, el fin de estos órganos es, en primer lugar, la negociación misma de los acuerdos, pero también, en segundo lugar, el seguimiento de los acuerdos. Creando estos órganos asociativos se consigue un único interlocutor confesional que se relaciona con el Estado, que negocia y sirve de cauce específico para hacer llegar al Estado sus necesidades jurídicas, con lo cual en teoría se asegura la promoción de la libertad religiosa.

En la actualidad, a escala estatal se encuentran vigentes los siguientes acuerdos:

- 1) Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, aprobado por Ley 24/1992, de 10 de noviembre.
- 2) Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Judías de España, aprobado por Ley 25/1992, de 10 de noviembre.
- 3) Acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre.

Entrando ya en el contenido del texto de los acuerdos, este ha sido objeto de críticas doctrinales. Se trata de un contenido programático, cuya fuerza jurídica se irá viendo a medida que sean desarrollados. Para ello se requiere voluntad política. Las materias que regulan alcanzan ámbitos como el derecho a establecer lugares de culto, parcelas en los cementerios municipales, ritos funerarios, protección social para los pastores, rabinos e imanes, eficacia civil de los matrimonios, festividades religiosas, enseñanza, asistencia religiosa, dietas alimentarias, comercialización de productos *kosher* y *halal*, financiación indirecta, patrimonio histórico-artístico, etc.

Llama la atención que el contenido de los acuerdos sea prácticamente idéntico. Sin embargo, con independencia de las críticas que puedan realizarse, los acuerdos supusieron un avance en nuestro sistema jurídico. Esta valoración positiva no es óbice para que se insista más en su desarrollo, y que se conceda mayor grado de protección y promoción a las minorías en materia religiosa.

Interesa ahora comentar el **contenido de las disposiciones adicionales** de las citadas leyes, el cual resulta plenamente coincidente:

- 1) Cuando se pretenda modificar el contenido de cualquiera de los acuerdos, el Gobierno debe comunicarlo a los órganos asociativos que interese con el fin de que manifiesten su opinión y consideración (disposición adicional primera).
- 2) Los acuerdos podrán ser objeto de revisión –total o parcial– por iniciativa de ambas partes; también podrán ser denunciados unilateralmente siempre que se notifique a la otra parte con seis meses de antelación (disposición adicional segunda).
- 3) En cuanto al desarrollo normativo de los acuerdos, es el Gobierno el que ostenta la potestad para ello, sin perjuicio de que las comisiones mixtas paritarias creadas puedan asumir funciones asesoras (disposiciones adicionales tercera y única).

Como se deduce, la parte civil –el Gobierno– tiene una preeminencia respecto a las tres minorías. No ocurre esto en los acuerdos con la Santa Sede: al tener rango internacional, las modificaciones unilaterales que ambas partes quieran realizar deberán pactarse mutuamente. De hecho, se han creado comisiones mixtas para resolver de común acuerdo las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de los artículos de los Acuerdos de 1979.

Por último, es menester referirse a los dos requisitos que deben acreditar las minorías para negociar con el Gobierno acuerdos de cooperación al amparo del artículo 7 LOLR. Dispone este artículo que:

"1. El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales. 2. En los Acuerdos o Convenios, y respetando siempre el principio de igualdad, se podrá extender a dichas Iglesias, Confesiones y Comunidades los beneficios fiscales previstos en el Ordenamiento jurídico general para las Entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico".

Pues bien, **inscripción** en el Registro de Entidades Religiosas y obtención del **notorio arraigo** –que lo concede el Gobierno del Estado– son las dos exigencias sin las cuales no se pueden pactar estos acuerdos.

En el segundo apartado del próximo módulo abordaremos detenidamente el primero de estos requisitos. Veamos ahora el segundo.

El **notorio arraigo** tiene una **doble dimensión**:

1) **La formal**: se trata de un acto jurídico-público en virtud de la cual el Estado declara que una religión, o bien los representantes institucionalizados de una religión, gozan de arraigo notorio en España.

2) **La material**: se trata de un acto que exige valorar el cumplimiento de una serie de requisitos que establece la legislación.

La normativa que desarrolla esta declaración es el **Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España**.

Para su obtención, las entidades religiosas tendrán que cumplir los siguientes requisitos (artículo 3):

a) Llevar inscritas en España al menos treinta años. Este plazo se puede reducir a quince años si acreditan estar reconocidas en el extranjero con una antigüedad de al menos sesenta años.

b) Estar presentes en al menos diez comunidades autónomas y/o Ceuta y Melilla.

c) Tener un mínimo de cien entradas en el Registro de Entidades Religiosas, entre entes y lugares de culto. En casos excepcionales de especial relevancia por su actividad o por el número de miembros, estos apuntes podrán ser inferiores.

d) Tener una estructura interna y organización adecuada.

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

El reconocimiento se solicitará por la propia entidad interesada a la Subdirección General de Relaciones con las Confesiones, haciendo constar la identificación de los representantes legales, una memoria explicativa que acredite el

cumplimiento de los requisitos y el domicilio a efectos de notificaciones (artículo 4). La resolverá el ministro de Justicia mediante una orden ministerial, previo informe de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa. El silencio administrativo es positivo después de seis meses desde la presentación (artículo 5).

Contra la resolución se puede interponer recurso de reposición o directamente ir a la vía contencioso-administrativa (artículo 5, RD 593-2015).

También se prevé la pérdida del notorio arraigo, que se producirá en caso de dejar de cumplir algunos de los requisitos necesarios, o a petición de la propia entidad.

Actualmente tienen reconocido el notorio arraigo:

- Iglesia católica (reconocida por la propia Constitución)
- Protestantismo (desde el 14 de diciembre de 1984)
- Judaísmo (desde el 14 de diciembre de 1984)
- Religión islámica (desde el 14 de julio de 1989)
- Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (desde el 23 de abril de 2003)
- Iglesia de los Testigos de Jehová (desde el 29 de junio de 2006)
- Budismo (desde el 18 de octubre de 2007)
- Iglesia ortodoxa (desde el 15 de abril de 2010)

Seguramente en el futuro habrá otras confesiones, hoy minoritarias, que podrán también alcanzar el notorio arraigo.

### **4.3. La recepción estatal de las normas confesionales**

Entre las fuentes del *Law and Religion* hay también que tener en cuenta las normas de los ordenamientos de las confesiones religiosas, que tienen relevancia jurídica en el ordenamiento del Estado. Esto es especialmente importante en el caso del Derecho canónico, pues se trata de un Derecho codificado, que incluso es supletorio en algunos Estados. El Derecho Canónico constituye un ordenamiento jurídico completo, indispensable para la formación de nuestro Derecho actual, y que junto al Derecho Romano fraguó el *ius commune* que daría lugar a la formación de los ordenamientos jurídicos occidentales.

Las confesiones, iglesias o comunidades religiosas poseen, por regla general, un ordenamiento jurídico propio más o menos complejo donde existen disposiciones variadas.

Todas esas normas confesionales propias de las distintas confesiones religiosas no tienen por sí mismas fuerza normativa en nuestro ordenamiento. Solamente vinculan a los fieles y dirigentes religiosos, sin la coacción que caracteriza al Derecho estatal. Son básicamente normas de carácter jurídico, organizativo y moral que configuran las relaciones internas de los miembros. No obstante, las normas estatutarias pueden llegar a formar parte del ordenamiento español, siempre que sean asumidas como propias por el Estado.

El ordenamiento jurídico del Estado las puede hacer suyas desde dos puntos de vista. En primer lugar, como norma jurídica interna de obligado cumplimiento, con lo cual entran dentro del ordenamiento civil normas confesionales que el Estado hace suyas. En segundo lugar, las normas religiosas pueden gozar de fuerza interpretativa; en este supuesto, las normas confesionales forman parte del ordenamiento jurídico solo desde la esfera interpretativa, de forma que el concepto de determinada institución que aporta el Derecho confesional la hace propia el ordenamiento jurídico estatal.

Para que tenga lugar esa estatalización del Derecho estatutario confesional, el ordenamiento jurídico-civil utiliza tres **mecanismos**:

**1) Remisión material o recepticia:** el ordenamiento jurídico estatal toma para sí una norma propia del Derecho confesional, la recibe dentro de su legislación de forma que se convierte en una norma estatal, con independencia de su vigencia dentro del Derecho confesional estatutario. Se da, pues, una conversión de la norma religiosa en norma civil. Esta remisión puede plantear incompatibilidades con el principio de laicidad, y es propio de Estados confesionales. Por ejemplo, sería el caso hipotético en que un Estado no aceptara en su legislación más matrimonio que el propio de una iglesia determinada, excluyendo tanto el civil como el de las otras confesiones. Cuando se deba interpretar, se hará con los principios del ordenamiento civil.

**2) Remisión formal o no recepticia:** el Estado reconoce eficacia a una relación jurídica desarrollada conforme a las normas de otro ordenamiento jurídico. El caso más representativo es el reconocimiento de eficacia jurídica a las resoluciones de matrimonio rato y no consumado y sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial canónica por parte del Derecho estatal. Aquí no se plantean dudas acerca de la compatibilidad con la laicidad. Si debe hacerse alguna interpretación, se hará conforme a los principios del ordenamiento confesional.

**3) Técnica del presupuesto de hecho:** consiste en considerar la norma confesional como un mero dato de hecho del que parte el ordenamiento del Estado. Por ejemplo, sería el caso del uso de menciones legales en las normas estatales referidas a instituciones confesionales, como cuando el Derecho del Estado

#### Derecho interno

La propia LOLR ya había previsto la existencia de esa autoformación jurídica o Derecho estatutario interno mediante lo dispuesto en su artículo 6, que veremos en el módulo 2.

#### Ejemplo

Por ejemplo, el Estado no define lo que es un obispo (eso corresponde a la Iglesia Católica), por lo que el ordenamiento estatal partirá del Derecho canónico para regular los efectos jurídicos que se deriven del término "obispo".

señala a la Conferencia Episcopal, a los obispos, a los rabinos, a las mezquitas, a los salones del Reino, etcétera. Si verdaderamente es laico, no corresponde al Estado definir lo que es un obispo o una sinagoga, puesto que ésta es una competencia de cada iglesia o comunidad religiosa.

## 5. Proyecciones jurídicas del pluralismo religioso

### 5.1. Los símbolos personales: el *hiyab*, la *kipá* y otros

A diferencia de otros Estados más multiculturales, como los Estados Unidos o Canadá, en España no se ha producido una espiral de conflictos de similar envergadura. No obstante, se tiene constancia de un informe de los servicios jurídicos de la Dirección General de la Policía que admitió las fotografías de mujeres musulmanas de nacionalidad española, siempre y cuando visualizasen determinados rasgos faciales, como la frente, las cejas, los ojos, la nariz, los labios y la barbilla, sin los cuales la identificación de su titular no prosperaría.

En el verano de 1987, el presidente de la Comunidad Islámica de Sevilla se dirigió por escrito al gobernador civil, informándole de las quejas y protestas de musulmanas que encontraban dificultades a la hora de obtener el documento nacional de identidad y el pasaporte, dado que los servicios de la policía rechazaban las fotografías que se hacían con el pañuelo cubriendo los cabellos y las orejas. El presidente de la Comunidad alegaba que la religión islámica impone el *hiyab* cuando las mujeres están fuera de sus casas; y que se había enterado de que las monjas católicas obtenían los documentos oficiales presentando fotografías con la cabeza cubierta por la toca del hábito.

El artículo 5.1 del Decreto 196/1976, de 6 de febrero, que regulaba el documento nacional de identidad, disponía que el DNI "llevará incorporada la fotografía del rostro de su titular de frente y con la cabeza descubierta". Si interpretamos aisladamente este precepto, parece claro que cualquier pieza de ropa que cubra la cabeza invalidaría la obtención de los documentos de identidad.

Sin embargo, los servicios jurídicos de la policía reconocieron que semejante requisito "no es importante en el caso de las mujeres, puesto que estas pueden hacerse la fotografía con distintos peinados que disimulan de hecho el nacimiento del cabello en la región frontal y que, en muchas ocasiones, cubren los pabellones auriculares, por lo que el hecho de que la fotografía no sea con la cabeza descubierta, siempre que se vean correctamente las facciones del rostro, no tiene mayor trascendencia [...] Por otra parte, es cierto que existe cierta tolerancia respecto a las fotografías que presentan las religiosas católicas, en las que aparecen con el tocado propio del hábito de la orden religiosa a la que pertenecen".

Pero el 30 de junio –unos días más tarde– se pronunció el jefe del Servicio Jurídico del Ministerio del Interior. En su razonamiento aseguró que el DNI es uno de los "aspectos relacionados o conexos con el orden público. Ha de entenderse, pues, que la libertad religiosa queda limitada en sus manifestacio-

nes [...] si impide o frustra la finalidad a que tiende el D.N.I.". Entonces, la pregunta que cabe formular es si el *hiyab* estaría impidiendo o bien frustrando la finalidad identificadora del documento.

Pues bien, para el jefe del Servicio Jurídico la respuesta debe ser negativa, dado que con "esta creencia religiosa no se impide la identificación de la persona, a través del documento fotográfico [...], ha de admitirse que la confección del D.N.I. se practique para las mujeres de nacionalidad española que profesan la religión islámica respetando las creencias de su culto".

Pero los conflictos prosiguieron. El 5 de octubre de 1998 el imán Najem Al-Hassan Al-Khalaf envió un escrito a la Subdelegación del Gobierno de Barcelona quejándose de que algunos funcionarios no aceptaban las fotografías de las musulmanas de su Comunidad. La respuesta que recibió fue favorable, por lo que parece que se confirma la praxis administrativa iniciada en 1987.

Años más tarde se abrió un expediente disciplinario a un conductor de autobuses que había vulnerado el artículo 26 del Convenio colectivo de la Empresa de Transportes Municipales, en la que trabajaba desde el 29 de julio de 1985. El convenio regulaba la indumentaria obligatoria de los empleados, y excluía los sombreros u otros complementos similares que cubriesen la cabeza.

Llevado el caso por la vía judicial, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 9 de septiembre del 2002, reconoció sin ambages el poder de dirección y organización del empresario, que "legítima en ocasiones para imponer a los trabajadores la uniformidad de vestimenta durante la prestación de su trabajo". Pero este ámbito patronal de decisión, prosigue, no puede atentar "a la dignidad y honor del trabajador [...] o a cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución".

Tales son los límites al *ius variandi* empresarial. Asimismo, se reitera que "no existen derechos ilimitados, y el derecho de la empresa a imponer a sus empleados el uso de un determinado uniforme cabe por ello que ceda si colisiona con un derecho al que deba atribuirse rango preponderante". Y este derecho obviamente es el de libertad religiosa.

De inmediato confirma que el gorro del conductor "no obedece a un mero capricho o al seguimiento de modas [puesto que] es miembro de la Comunidad Israelita de Mallorca y practicante de la religión judía desde hace unos 23 años, así como que esta creencia considera necesario tener siempre cubierta la cabeza en señal de respeto a la divinidad".

De hecho, la kipá usada por los judíos ortodoxos es una práctica hebraica que se origina en Babilonia durante el período talmúdico, y obliga a cubrirse la cabeza ante Dios Omnipresente, salvo si están inconscientes, sumergidos bajo el agua o en peligro de muerte inminente. Naturalmente, el conductor no se encontraba en ninguno de estos supuestos

Así pues, y con apoyo en la jurisprudencia constitucional sobre libertad de religión, la utilización de la kipá:

"[...] constituye para el demandante un acto prescrito por su religión, de manera que el conflicto se plantea entre el derecho de la empresa a dirigir la actividad laboral [...] y el derecho fundamental a la libertad religiosa de uno de sus empleados, [que] incluye, junto a la garantía de la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, de un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, una «dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros»".

Por ello, ante un conflicto de estas características prevalece la doctrina de la ponderación de los intereses en juego y las circunstancias que concurren en función de cada situación concreta, "ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatible con ellos".

Y a juicio del tribunal, la conducta del trabajador no ha causado "daño o menoscabo a la imagen de la empresa, incidente o trastorno cualquiera durante la ejecución del servicio o, más en general, ninguna clase de perjuicio".

Los mismos argumentos son recogidos en la Sentencia del TSJ de Andalucía, Sala Social, Granada, Sección 1.ª, n.º 2965/2011, de 21 de diciembre, para determinar la improcedencia del cambio de centro de trabajo de una monitora de yoga de un club wellness por su indumentaria hinduista.

En consecuencia, pasa a preguntarse por qué la empresa, que durante años consintió la kipá, cambia ahora de actitud, sabiendo que la costumbre del trabajador no afecta negativamente a los intereses empresariales:

"[...] no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa, rayana, pues, en el autoritarismo, que hiere, sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados; máxime cuando la demandada es una empresa municipal y por tanto perteneciente al sector público, y puede que, por ello, más comprometida que las de puro carácter privado con el cumplimiento efectivo de los valores constitucionales".

La Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1, de Palma de Mallorca, n.º 31/2017, de 6 de febrero de 2017, es importante en cuanto que recoge la doctrina del TEDH y enumera los requisitos que se deben tener en cuenta para declarar la procedencia o no de la prohibición.

Se trata de una empleada administrativa, "agente de *handling*", del departamento de servicio al pasajero, con antigüedad de 1/3/2007, de la empresa Acciona Airport Services S.A.U., que fue sancionada siete veces con suspensión de empleo y sueldo por llevar velo islámico (*hiyab*). Tenía un contrato fijo discontinuo y en el manual operativo del departamento figura la obligación de llevar el uniforme.

El 21 de diciembre de 2015 comunicó a la empresa su intención de llevar velo, y los representantes se lo autorizaron provisionalmente mientras elevaban la consulta a los servicios jurídicos. El 23 le comunicaron que no estaba permitido por la exigencia de uniformidad e imagen corporativa. Y desde entonces se van sucediendo las sanciones. Hay periodos en los que lo lleva y otros en los que no.

El Juzgado recuerda que:

- a) la empresa no alegó tener una política de neutralidad religiosa, ni normas que prohibiesen explícitamente el velo;
- b) tampoco alegó que le hubiese causado algún perjuicio empresarial; y
- c) que la vestimenta no era un requisito profesional esencial y determinante (como por ejemplo en una trabajadora de un laboratorio).

La resolución está de acuerdo con la STEDH, Sección 4.<sup>a</sup>, de 15 de enero de 2013, caso Eweida y otros contra Reino Unido, en el cual se trataba de una trabajadora de British Airways que llevaba una cruz y fue sancionada. Como la cruz no era grande y no interfería en su trabajo, ni tan siquiera en el uniforme, se consideró inocua y dieron la razón a la trabajadora.

En Francia, el conocido como *affaire des foulards* se intentó resolver en 1989 y, posteriormente, en 1995 mediante sendas circulares de los responsables ministeriales de Educación. Pero lo cierto es que al final el entonces presidente, Jacques Chirac, hubo de crear una comisión de expertos presidida por Bernard Stasi, mediador de la República, para repensar la *laïcité* y dictaminar sobre la conveniencia de una ley que prohibiese el velo en las escuelas. Esta pretensión fue ratificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 4 de diciembre del 2008 (caso Kervanci contra Francia), en el que se dictaminó que la interdicción o la prohibición del velo no era contraria a la libertad religiosa.

La Comisión Stasi para la aplicación del principio de la laicidad en la República se pronunció favorablemente por la defensa de la laicidad, incluyendo la prohibición de todo signo considerado "ostensible", como la kipá judía, las cruces de gran tamaño o el velo islámico. Así, del *Projet de loi relatif à l'application du principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics* se pasó a la *Loi n. 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*. Su artículo primero consigna que "está prohibido el uso, en escuelas, colegios e institutos públicos, de signos o atuendos mediante los cuales los alumnos manifiesten abiertamente su afiliación religiosa".

Francia, Estados Unidos, Canadá y España son modelos distintos. El primero apuesta por una laicidad estricta, que puede lesionar la libertad religiosa y el derecho a la propia imagen. Los Estados Unidos se basan en la promoción de un cierto multiculturalismo favorable a la libertad frente a leyes aparentemente neutrales que pueden generar discriminaciones indirectas, igual que Canadá, con su técnica del acomodo razonable, que es un concepto que se sustancia mediante soluciones *ad casum*.

España, por su parte, después de décadas de homogeneidad cultural-religiosa, se aproxima más a la experiencia canadiense, evitando en la medida de lo posible las discriminaciones indirectas, ya que las directas quedaron prohibidas en la propia Constitución de 1978, cuyo artículo 14 vimos que consagró el principio de igualdad.

Para la gestión de la multiculturalidad se precisa profundizar en la técnica del acomodo razonable en lugar de superimponer soluciones apriorísticas y unilaterales. El jacobinismo trata de convertir en sagrado el dogma laicista, identificándolo metafísicamente con una sola manera histórica de realizarlo. Sin embargo, el transcurso del tiempo y la composición del *demos* francés, norteamericano o español ya no es el mismo que el de antaño.

## 5.2. Los símbolos estáticos: el crucifijo

Uno de los primeros casos relativos al uso de símbolos estáticos en el marco de las instituciones públicas se produjo en la Universidad de Valencia. Su claustro decidió reformar el antiguo escudo universitario, que databa de 1771, borrándole la imagen de la Virgen de la Sapiencia. Disconformes con esta decisión, un grupo de profesores y alumnos optó por impugnarla y obtuvo un juicio favorable por parte de los tribunales ordinarios.

Sin embargo, el claustro de la Universidad recurrió ante el Tribunal Constitucional, alegando que se había vulnerado el derecho a la autonomía universitaria contemplado en el artículo 27.10 de la Constitución. Y este tribunal, revocando las sentencias anteriores, amparó la decisión del claustro por virtud de su sentencia 130/1991, de 6 de junio.

### Nota

Sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia, de 11 de diciembre de 1987, y del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1990.

¿Cuáles fueron los argumentos de fondo? Veámoslos:

Según el Tribunal Constitucional, cualquier universidad pública está legitimada para retirar de su escudo oficial la imagen de la Virgen, siempre que así lo decidan las autoridades universitarias competentes.

Como corporaciones públicas que son, cada universidad posee "plena capacidad de decisión en aquellos aspectos que no son objeto de regulación específica en la Ley, y resulta asimismo patente que la concreción de este derecho fundamental se materializó con la aprobación de la Ley de Reforma Universitaria, que [...] ha precisado el conjunto de facultades que dotan de contenido al derecho fundamental de autonomía universitaria; facultades entre las que se encuentra la potestad de autoformación entendida como la capacidad de la Universidad para dotarse de su propia norma de funcionamiento o, lo que es lo mismo, de un Ordenamiento específico y diferenciado, sin perjuicio de las relaciones de coordinación con otros ordenamientos en los que aquél necesariamente ha de integrarse".

No obstante, conviene hacer notar que la neutralidad –o, si se prefiere, la laicidad–, no obliga *per se* a privar de imágenes religiosas a los escudos universitarios. Por respeto a la historia y la tradición, las corporaciones públicas podrían, igualmente, mantener los símbolos religiosos que ya se encontraban presentes en sus respectivos emblemas.

A juicio del Constitucional, todo dependerá de que la decisión que adopten los órganos legitimados de representación sea democrática:

"[...] la vía natural de expresión de la idea y del contenido que la sociedad –en nuestro caso, la comunidad universitaria– tiene del interés público vigente en cada momento, cuando se trata de la adopción de Acuerdos que llevan consigo opciones de naturaleza primaria o prevalentemente política –como los adoptados por el Claustro Constituyente en representación de la comunidad universitaria y en ejercicio de su autonomía– lo constituye la voluntad mayoritaria de los órganos representativos, formada en debate público y a través de los procedimientos jurídicos establecidos, cuya observancia queda sujeta en todo caso al control de Jueces y Tribunales".

Con todo, el Constitucional reconoce que la decisión que tome el claustro, aunque sea legítima y adoptada por mayoría, no será absolutamente neutral, puesto que:

"[...] la simple decisión de alterar o modificar en un determinado sentido la simbología representativa de la institución universitaria lleva implícita un juicio de valor respecto a los símbolos preexistentes. Se considera que la nueva simbología identifica mejor a la institución representada o desempeña de manera más oportuna o conveniente la función integradora o representativa que todo símbolo comporta o, lisa y llanamente, satisface o responde mejor a las sensibilidades y preferencias de diversa índole de quienes con su voto contribuyeron a la aprobación de los nuevos elementos representativos de la Universidad".

Situado en la tesitura de tener que decidir sobre la supresión o el mantenimiento de la imagen religiosa, el máximo intérprete de la Carta Magna entenderá que "es más adecuado a la lógica de un Estado aconfesional un escudo universitario sin elementos de significado religioso que con ellos".

Al hilo de esta sentencia, Martínez-Torrón ha escrito que "la utilización legítima de simbología religiosa en las instituciones públicas debe responder a una relación con la historia de la institución de que se trate –o la historia del país–, que frecuentemente tiene antiguas raíces religiosas. En tales casos, el símbolo religioso resulta "secularizado" en su uso institucional, como un modo de mantener un vínculo con la tradición. Al contrario, cuando esa justificación histórica no existe, el empleo de símbolos religiosos en instituciones públicas no parece fácilmente compatible con la Constitución, pues transmite públicamente un mensaje de contenido religioso. Lo cual significaría que un Estado neutral estaría protagonizando la creación *ex novo* de una tradición de naturaleza religiosa, con la consiguiente «confusión entre funciones religiosas y funciones estatales»".

La doctrina de esta sentencia fue confirmada en el recurso de amparo contra el nombramiento como patrona del Colegio de Abogados de Sevilla de la "Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada". En sentencia de 28 de marzo de 2011, el TC subraya que la configuración de los signos de identidad puede "obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de 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 misma línea se han dictado diversas sentencias, como la del TSJ de Madrid de 20 de mayo de 2011 o la del TSJ de Aragón de 6 de noviembre de 2012. En ambas el argumento es que la laicidad positiva no puede suponer un rechazo del hecho social religioso y es compatible con la presencia de símbolos religiosos en lugares públicos si estos son expresión de la historia y la cultura de nuestro país. 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 artículo 16.3 CE".

La doctrina de esta primera sentencia no fue seguida por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Valladolid, de 14 de noviembre del 2008, que ordenó la retirada de los crucifijos de una escuela, a pesar de que el consejo escolar del colegio público Macías Picabea adoptara en una decisión democrática –votada en secreto– mantener sus símbolos religiosos estáticos. Sin embargo, la decisión fue recurrida por la Asociación Cultural Escuela Laica de Valladolid. El fundamento clave de esta sentencia es el cuarto, que pasamos a analizar.

Conviene advertir que el Juzgado eludió la doctrina del Tribunal Constitucional. Este, en su sentencia 130/1991, de 6 de junio, que acabamos de reseñar, resolvió sobre el escudo de la Universidad de Valencia, en el que figuraba la imagen de la Virgen de la Sapiencia. El máximo intérprete de la Constitución adujo que era más lógico a la aconfesionalidad estatal la no presencia de sím-

bolos religiosos. Pero no concluyó que debían ser mantenidos o retirados de las instituciones públicas. Esa decisión recaía en los órganos competentes de cada centro concernido: el claustro de una universidad, el pleno de un Ayuntamiento o el consejo de una escuela. Tan adecuada a la laicidad es una decisión favorable al crucifijo como desfavorable, pues estamos ante una laicidad participativa, casuística y no excluyente.

En cambio, en su sentencia de 14 de noviembre del 2008, el Juzgado de Valladolid ordenó la retirada de los crucifijos, obviando la autonomía de la escuela.

Por un lado, señaló que el crucifijo no es un símbolo proselitista. Ni directa o indirectamente persigue esa finalidad, pues su exhibición en las aulas no pretende convencer del propio credo, ni atraer nuevos adeptos a la religión cristiana. Pero, por otro lado, afirmó que "sí se considera que la presencia de símbolos religiosos en las aulas y dependencias comunes del centro educativo público en el que se imparte enseñanza a menores que se encuentran en plena fase de formación de su personalidad vulnera los derechos fundamentales contemplados en los artículos 14 y 16.1 y 3."

Lo cierto es que, si la cruz no implica proselitismo, resulta improbable que vulnere la libertad o la igualdad de creencias de los alumnos. Tampoco viola el artículo 16.3 de la Constitución: ya hemos visto que la laicidad no excluye la exhibición de imágenes religiosas en centros públicos, sean las de una Virgen o las de unas simples cruces. Además, la sentencia reconoce que los crucifijos no interfieren en la docencia, al tiempo que forman parte del acervo sociocultural español, y a tal fin pone de ejemplo la cruz de la bandera asturiana.

Por tanto, cabe preguntarse por qué el Juzgado optó finalmente por desalojar los crucifijos. Dos fueron las conjeturas aducidas.

La primera, en la connotación religiosa –no solo cultural– de la imagen de una cruz, que se proyecta en zonas comunes del centro educativo en el que reciben educación menores de edad en fase de formación de su voluntad e intelecto.

Y la segunda, en que "puede provocar en estos [en los discentes] el sentimiento de que el Estado está más cercano a la confesión con la que guardan relación los símbolos presentes en el centro público que a otras confesiones respecto de las que no está presente ningún símbolo en el centro público, con lo que el efecto que se produce, o puede producirse, con la presencia de los símbolos religiosos es la aproximación a la confesión religiosa representada en el centro por considerar que es la más próxima al Estado y una forma de estar próximo a este".

Connotación religiosa de un símbolo donde estudian menores en fase de formación (pero sin proselitismo) y sentimiento de aproximación (no de apoyo explícito) de la escuela a una confesión (se refiere a la Iglesia católica, aunque el crucifijo no es privativo de esta) son, pues, las dos hipótesis de las que se sirve el Juzgado para retirar las cruces.

Seguramente hubiera sido más coherente demostrar si el crucifijo genera o no proselitismo. Pero eso debían haberlo denunciado los padres de los alumnos supuestamente ofendidos por la presencia de los crucifijos, o miembros disconformes del propio consejo escolar.

El riesgo de este tipo de conjeturas es que suponen admitir que la visión de cualquier símbolo religioso –dinámico o estático– es susceptible de conculcar el artículo 16 de la Constitución. Mientras no haya una legislación sobre la materia, *a priori* ni la libertad de creencias ni la laicidad del Estado exigen, para su plena efectividad, que se cancelen imágenes religiosas previamente aceptadas por las instituciones o centros públicos concernidos. Se trata de símbolos con un origen cultural-religioso, pero que la tradición ha ido secularizando en su uso institucional.

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en sentencia de 14 de diciembre de 2009, vino a confirmar solo en parte dicha sentencia, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lautsi contra Italia* de 2009. En este sentido, matiza que la eliminación del crucifijo de las aulas escolares solo es necesaria cuando existe una situación conflictiva en la que pueden verse afectados los derechos fundamentales tanto de los estudiantes como de sus padres. Por tanto, la petición de retirada debe concederse cuando esté seriamente fundada en motivos religiosos.

Por otra parte, la solución de la sentencia de 14 de noviembre de 2008 del Juzgado de Valladolid es contraria a la nueva doctrina del TEDH establecida en el caso **Lautsi contra Italia** (conocida como *Lautsi II*). En sentencia de 18 de marzo de 2011, la Gran Sala del Tribunal estableció que un símbolo religioso pasivo, como es la cruz, no puede vulnerar los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad educativa. Un símbolo estático no es comparable con el rezo de oraciones o con la participación en actividades religiosas.

Argumenta que el mantenimiento de los crucifijos en las aulas puede ser considerado una falta de respeto hacia los no creyentes, pero las percepciones subjetivas no son suficientes para poder hablar de lesión del derecho de los padres a decidir la formación de sus hijos. Por tanto, se ha de atender al caso concreto, a la seriedad de las convicciones y a la prueba de cómo se ven afectadas dichas convicciones por la actuación de los poderes públicos o del Estado, debiendo acudir al principio de proporcionalidad.

### 5.3. Los matrimonios concertados, el repudio, la clitoridectomía y los castigos corporales

Si bien es verdad que el compromiso con los principios demoliberales exige una apertura hacia la multiculturalidad, no es menos cierto que una de las preocupaciones de las sociedades de acogida radica en la intensidad de los límites que pueden imponerse a determinadas prácticas étnicas o religiosas.

Es sabido que en algunas ocasiones se ha reclamado que los Estados de la Unión Europea reconozcan jurídicamente a los inmigrantes un estatuto familiar distinto del que se aplica a los otros ciudadanos europeos. Al respecto, se argumenta que la libertad religiosa incluiría la concesión de demandas como las que encabezan este epígrafe. En las líneas que siguen se expondrán algunos de los casos más peculiares, combinando dos niveles de análisis: el teórico y el jurisprudencial, que, al cabo, es el que aporta la solución legal aplicable.

Los **matrimonios forzados** obedecen a una costumbre que no tiene una sólida base religiosa y no son privativos de los países musulmanes. En el Estado español la literatura popular nos ha descrito historias de sacerdotes casamenteros que se encargaban de unir a parejas entre los propietarios de las masías. Los defensores de esta práctica exponen que los matrimonios son más felices y durarán más tiempo, ya que al comprometerse con el vínculo matrimonial las familias respectivas amplían su propia red social. Como apunta Parekh, según "la visión asiática las personas son una parte integral de las familias, y sus vidas no les pertenecen solamente a ellos, sino también a ellas".

En contra se argumenta que, si la decisión de la pareja no es enteramente libre, se ofende el valor de la autonomía personal y la concepción canónica del matrimonio, basado en el consentimiento aceptado libremente por las dos partes.

Como ha puesto de relieve Briones, las legislaciones europeas, inspiradas en unos valores públicos de influjo cristiano, no aceptan el matrimonio concertado en contra de la voluntad de los contrayentes. De hecho, la imposición del contrato marital y del cónyuge infringiría *a radice* el artículo 45 del Código civil, por virtud del cual "no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta".

Estos matrimonios son prohibidos y penados en el artículo 172 bis del Código penal como un tipo específico del delito de coacciones. Su regulación presenta algunos problemas, como la exigencia de la intimidación grave o la referencia al tipo de coacciones, lo que dejará fuera algunos supuestos de matrimonios forzosos:

- "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".

Cuestión distinta sería que los prometidos se mostrasen de acuerdo con la decisión paterna y aceptasen el concierto que las familias propusiesen: entonces no habría inconvenientes legales, porque la decisión recaería finalmente en la propia pareja. Respecto a la celebración del matrimonio (*nikāh*), el Derecho islámico permite que la futura esposa sea representada por un tutor para que este le preste el consentimiento, pero esta modalidad no se corresponde con la obligación impuesta de que el consentimiento sea personal y libre por parte de la mujer.

La institución matrimonial, tal como se entiende hoy día en la Unión Europea, nos conduce a la paridad civil de derechos y deberes entre los cónyuges, incluidos los musulmanes. Las legislaciones democráticas no permiten la aplicación del Derecho islámico cuando se atribuye al marido una posición general de preeminencia en el seno de la familia: a veces imponiendo a la mujer obediencia, otras veces excluyéndola de la custodia de los hijos menores si ella es cristiana o judía, y, finalmente, compeliendo a los hijos a recibir la educación basada en la religión que profese el esposo.

El Derecho islámico únicamente concede al hombre musulmán la posibilidad de casarse con mujeres cristianas y judías (Corán 5:5). Pero la hipotética imposición de esta costumbre contradice los artículos 12 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El primero señala que "a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho", mientras que el segundo dispone que el disfrute de los derechos y libertades se asegure sin ninguna distinción, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Respecto al repudio *talāq*, debe citarse la Resolución de 2 de noviembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que confirmó el principio general de que:

"[...] para nuestro Derecho este repudio no tiene la consideración de un verdadero divorcio al persistir el ligamen o vínculo; de esa manera, el segundo matrimonio del interesado, válido según su ley personal, resultaría incompatible con nuestro sistema jurídico matrimonial que establece, el de ligamen, como impedimento para contraer matrimonio, sanciona civilmente con la nulidad al contraído en esas circunstancias y persigue penalmente el delito de bigamia. Por todo ello, debe operar en este caso la excepción de orden público [...] y denegar la práctica de la inscripción pretendida hasta tanto no se acredite en debida forma la total ruptura del vínculo matrimonial anterior del contrayente".

El repudio no se equipara al divorcio, que exige el cumplimiento de las pautas fijadas en la legislación del Estado. En cambio, para el Derecho islámico el repudio parcial –dado que no deviene definitivo– permite que el hombre

se desdiga y recupere a la mujer en un periodo de tres meses o tres menstruaciones (Corán 2:228). Significativamente, en árabe *talāq* significa 'deshacerse de ligámenes'.

Otra práctica que ha sido foco de alarma y atención pública es la **mutilación genital o clitoridectomía**. Su explicación antropológica no parece sustentarse en una precedencia exclusivamente religiosa, pese a que se practica en algunos países musulmanes. Se calcula que cerca de dos millones de jóvenes son forzadas a someterse a ella cada año.

Las razones que se esgrimen para defender la mutilación genital sostienen que esta es una costumbre fuertemente relacionada con la tradición cultural y las normas sobre la sexualidad y la reproducción. Se añade también que no es una práctica prohibida por la religión islámica y que con ella se garantiza la virginidad de las adolescentes, la autodisciplina social, la aceptación de las jóvenes como miembros de pleno derecho en el seno de la comunidad y el hecho de que, en el futuro, no sean rechazadas para el matrimonio.

Por el contrario, la historia enseña que en la Europa occidental medieval se utilizaban los cinturones de castidad para evitar la promiscuidad y, durante el siglo XIX, se habían practicado clitoridectomías porque se pensaba que con ellas se curaban la epilepsia, la histeria y la incontinencia sexual. Por último, se recuerda que los Estados democráticos permiten intervenciones de cirugía plástica, como el aumento de los pechos, las liposucciones abdominales, el *lifting*, los tatuajes, el *piercing*, etc.

La mayoría de estos argumentos pueden rebatirse con paladina objetividad: ni el Corán menciona la mutilación genital ni tampoco su valor cultural es tan importante para las comunidades religiosas o étnicas, especialmente cuando sus miembros emigran y acaban residiendo en los países occidentales, caracterizados por una forma de vida urbana y no tribal. Pero, sin duda, el trauma psicológico que sufren las menores, la falta de satisfacción sexual a lo largo de la vida y la vulneración del derecho fundamental a su integridad física son las razones que evidencian el rechazo ético y legal de esta práctica.

El rechazo a la mutilación genital femenina se materializó por primera vez en un tribunal español al condenar la Audiencia Provincial de Teruel, en la Sentencia n.º 26, de 15 de noviembre de 2011, a unos padres gambianos por un delito de lesiones con mutilación genital, practicado a su hija sobre los ocho meses de edad, a tenor del artículo 149.2 del Código penal. Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo en la Sentencia n.º 835/12, de 31 de octubre.

Ha habido avances para la erradicación de estas prácticas, y quizás el más significativo se dio en el Parlamento de la Unión Africana, que el 8 de agosto de 2016 aprobó una resolución, por unanimidad de los 53 países, en la que se prohibía esta práctica, lo que a su vez comportó el endurecimiento de las penas en varios países.

Pese a las discrepancias teológicas, los **castigos corporales** a la esposa no son ajenos al islam (Corán 4:34). Los malos tratos no son aceptados en las democracias liberales, pero ciertamente la violencia doméstica en las sociedades occidentales es muy frecuente, y esto no nos da ninguna base para estar satisfechos ni para hacer comparaciones autocomplacientes con las culturas no occidentales.

En el Estado español tenemos constancia de un caso que resolvía un delito de lesiones de un hombre que hirió a su mujer alegando que se lo permitía su religión. Con buen criterio, la Audiencia Provincial de Lérida encuadró penalmente los hechos, excluyendo la pretendida legitimidad religiosa del acusado:

(6) Sentencia de 12 de enero del 2004

"El posible choque cultural que pueda producirse entre un inmigrante de religión islámica y una sociedad industrializada como la nuestra en la que fija su domicilio no puede constituir causa de exención de responsabilidad penal, [...] cuando el tipo penal cometido consiste en la realización de actos de violencia física y psíquica contra los diferentes integrantes del núcleo familiar, en concreto la esposa y los hijos menores de edad, y que va más allá de un simple «no dejar salir a las hijas», sobre todo cuando el principal motivo de las discusiones familiares no se ciñe al ámbito de la moralidad o de la ética, ni tan solo religiosa, sino que son motivadas por cuestiones económicas, al quedarse el imputado con escasos recursos económicos familiares unido a problemas de alcoholismo y ludopatía".

Otro caso –con distinta tipificación– recayó en el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona<sup>6</sup>. Iba precedido de una intensa campaña mediática debido a la publicación del opúsculo *La mujer en el Islam*, editado por La Casa del Libro Árabe de Barcelona. Su autor, un conocido imán egipcio que desarrolla su actividad en Fuengirola, fue acusado y condenado a quince meses de prisión por un delito de incitación a la violencia por razón de género.

Partiendo de unos pasajes del Corán, el imán explicaba en las páginas 86 y 87 que los golpes a las mujeres "no deben ser fuertes y duros, porque la finalidad es hacer sufrir psicológicamente y no humillar ni maltratar físicamente. [Los golpes] deben administrarse en unas partes concretas del cuerpo, como los pies y las manos, y debe utilizarse una vara no demasiado gruesa, sino fina y ligera para que no deje cicatrices o hematomas en el cuerpo".

El análisis de la sentencia puede dividirse en tres argumentos: primero, en el peso de las opiniones personales del autor; segundo, en la importancia que adquiere el imán como guía espiritual de su comunidad; y tercero, en el papel que juega la religión en un Estado aconfesional pero como coartada para vulnerar el derecho a la integridad física y moral de la mujer, invocando para ello una pretendida herejía.

En cuanto a las opiniones del autor, el tribunal entiende que, al margen de otras citas literales del Corán, el imán añadió una serie de "opiniones personales [que] devienen mensajes contrarios a la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges [...]; toda la obra está presidida por un tono de machismo obsoleto, en algunos casos muy acentuado". Y concluye que este "machismo obsoleto" no es ajeno a nuestra sociedad española: "Puede recordarse que la situación de la mujer en nuestro país era muy parecida en tiempos no muy lejanos y que en la actualidad el tratamiento de la mujer en diversos aspectos sigue siendo diferenciador respecto al hombre".

En cuanto al rol del imán como guía religioso de su comunidad –y pese a que no concurren circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal–, el fallo le recuerda que debería haber sido más cauteloso, que precisamente "por su condición de jefe espiritual y conocedor de su influencia, debió extremar la cautela al opinar sobre temas de alta sensibilidad social".

Además "por su formación, disfruta de fama de experto en teología islámica [...] y mueve a la gente a desplazarse para escuchar sus prédicas [...]. Esta tarea de divulgación forma parte de sus tareas como imán de la mezquita de Fuengirola y responsable del Centro Cultural Islámico Sohail, en resumen, como jefe espiritual de su comunidad [...] integrada por gente sencilla que no posee la sólida formación de su guía espiritual".

Finalmente, respecto a la posible herejía, el tribunal rebate uno de los puntos de la defensa, que consistía en la imposibilidad del imán de contradecir el texto coránico sin incurrir en apostasía o sacrilegio, con el consiguiente riesgo de incurrir en una especie de amenaza similar a la de Salman Rushdie, autor del best-séller *The Satanic Verses*. En este punto, en la sentencia se argumenta con acierto que, en un Estado aconfesional como el español, "ni la posibilidad de ser tratado por los correligionarios [los otros musulmanes] como un hereje o de ser expulsado ni el respeto a la ortodoxia doctrinal pueden servir de fundamento a la publicación de opiniones provocadoras de la violencia física contra las mujeres".

#### **5.4. La poligamia y la cultura pública común**

La defensa de la poliginia se alimenta de aportaciones varias. Se ha entendido que forma parte del bagaje reconocido expresamente en el Corán (4:3). También se ha dicho que resulta más humana que el divorcio, ya que permite al esposo casarse con otra mujer sin tenerse que separar de la primera; en general, algunos sostienen que reduce la tentación del varón a la infidelidad, al tiempo que evita los hijos extramatrimoniales si el hombre contrae matrimonio con la amante.

Asimismo, en algunas sociedades la numerosa proporción demográfica de mujeres exige esta práctica, ya que, si no, muchas se quedarían solteras. Igualmente se critica la hipocresía occidental respecto al divorcio, puesto que en la mayoría de las ocasiones se origina a causa de una nueva relación del hombre casado, a modo de una especie de poliginia consecutiva, que estaría reflejando que la frontera con la monogamia no es tan fácil de trazar.

Otros autores entienden que, si el problema radica en la asimetría hombre/mujer, esta podría salvarse mediante un sistema legal que permitiese a los dos sexos tener más de una pareja, aunque entre los musulmanes solo los varones aprovecharan esta posibilidad. Es más, el hecho de prohibir la poligamia no encaja con el principio general que dice que en circunstancias normales los adultos deberían poder establecer los contratos o las relaciones personales que deseen.

Como explica Combalía, el Corán no fuerza a los fieles a practicar la poliginia: únicamente la considera como una posibilidad si el varón puede tratar a sus mujeres con idéntico respeto y estimación. Sin embargo, la monogamia es un hecho cultural decisivo en el Occidente cristiano, y supera a la poliginia desde varias perspectivas; en particular éticamente, como dignificación de la mujer y el hombre devenidos en matrimonio en igualdad de derechos y deberes.

Aunque no solamente permiten la poligamia algunos países islámicos. También la practicaron otras confesiones religiosas, en este caso cristianas. En *Reynolds v. United States*, de 1878, un mormón polígamo fue acusado por haber

vulnerado la *Anty-Bigamy Act*, de 1862, que declaraba ilegal este tipo de cohabitación y prohibía que los polígamos trabajasen como funcionarios de los Estados Unidos.

El acusado alegaba que la poligamia se aceptada por "una revelación a Joseph Smith, el fundador y profeta de la mencionada Iglesia", y que "la negativa a practicar la poligamia sería la condena en la vida futura". El demandante "había recibido permiso de las autoridades religiosas para formar un matrimonio poligámico [...]. Daniel H. Wells, ministro de culto de la Iglesia mormona, ofició el matrimonio y casó al acusado con una mujer llamada Schofiel, en la época en la que cometió el delito, [y] la ceremonia de casamiento se llevó a cabo siguiendo las doctrinas de la Iglesia mencionada".

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos comienza recordando que "la palabra «religión» no se encuentra definida en la Constitución. [Y se pregunta] cuál es la libertad religiosa que se nos ha garantizado". La respuesta pasa por aceptar que "la poligamia siempre ha sido odiosa entre las naciones del norte y del oeste de Europa, y hasta el establecimiento de la Iglesia mormona era una característica exclusiva de la vida de los pueblos asiáticos y africanos. En nuestra ley, el segundo matrimonio no tiene ninguna significación, está vacío, y desde las etapas iniciales de la historia de Inglaterra la poligamia ha sido tratada como una ofensa a toda la sociedad".

El Tribunal confirma que una ley democrática puede prohibir la poligamia, aunque los creyentes propugnen que es una costumbre religiosa imperativa, necesaria para salvar el alma. Según el Supremo,

"Las leyes se componen para controlar las acciones, y pese a que no pueden interferir en las creencias religiosas y opiniones generales, sí que pueden interferir en las prácticas. Supongamos que una persona creyese que los sacrificios humanos fuesen una parte necesaria del culto religioso: ¿sería posible la no-oposición o la no-interferencia del gobierno civil bajo el que se vive para evitar el sacrificio? O si una esposa creyese, por motivos religiosos, que su deber es incinerarse en la pira funeraria de su difunto esposo, ¿estaría fuera de la competencia del gobierno evitar que llevase a término su creencia religiosa?".

Esta decisión jurisprudencial del siglo XIX manifiesta claramente que la ley civil y democrática prevalece frente a la norma religiosa. A partir de esta sentencia, la mayoría de las familias mormonas abandonaron la poligamia.

En la Unión Europea, fruto de una interpretación atenuada del orden público, hay algunos Estados que han acabado por reconocer el reagrupamiento familiar de matrimonios poligámicos que se celebraron en sus respectivos países de origen antes de emigrar el esposo. Pero este no es el caso español: con la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que reforma la anterior legislación de extranjería, se mantiene la prohibición categórica del reagrupamiento familiar de los matrimonios poligámicos.

Se siguen así los criterios de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Uno de los ejemplos más conocidos afectó a una persona que pretendía inscribir en el Registro Civil su segundo matrimonio, celebrado en Marruecos con anterioridad a la adquisición de la nacionalidad española. El ciudadano marroquí alegaba que el hecho de contraerlo –pese a estar ya casado– era una permisión de la ley de su país.

Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado resolvió que "a pesar de que este segundo enlace sería válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, se debe aplicar el estatuto personal de los contrayentes, [la ley] aplicable como regla según nuestras normas de conflicto debe quedar excluida en virtud de la excepción del orden público internacional, que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, ya que esto atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio" (resolución de la DGRN de 2 de noviembre de 1999).

Pues bien, es esta concepción española del matrimonio la que, en sede jurisprudencial, va a reputarse como una de las condiciones jurídicas que servirán para demostrar la integración de los extranjeros en nuestro país. La monogamia se convierte en un requisito de lo que para la legislación civil es el suficiente grado de integración en la sociedad española.

En efecto, la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de Modificación del Código Civil en Materia de Nacionalidad, dispone en su artículo 22.4 que para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que el interesado justifique, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, "buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española".

El caso principia con la impugnación de la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril del 2000 por parte de un ciudadano marroquí al que se le deniega la nacionalidad española por carecer del necesario grado de integración en la sociedad española, y ello pese a haber obtenido los permisos de trabajo y residencia en 1979.

Consideremos la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio del 2004. Para este tribunal:

"[...] el hecho de mantener diversas esposas de modo simultáneo no puede olvidarse que es un dato relevante a la hora de determinar el grado de adaptación e integración a la sociedad española [...], ello sin que pueda entender realizada ninguna consideración negativa sobre los preceptos morales y religiosos que admiten esta costumbre". Por consiguiente, "no se puede considerar que exista factor de discriminación alguno al denegar la nacionalidad a personas que ponen en práctica esta norma, sino que al valorar este elemento, se está realizando una simple toma en consideración de un requisito legal como es el de la adaptación a las costumbres españolas como muestra de integración que exige el artículo 22.4 del Código Civil".

Asimismo, "aun admitiendo que ha fallecido la primera esposa, tiene dos. Y por más que esto sea conforme con la legislación y la religión islámica, no lo es conforme a la legislación española. Por lo que no puede aceptarse la pretendida integración a los usos y costumbres de eso que se llama sociedad española, porque el significante «sociedad» se emplea en ese artículo 22.4 del Código Civil con el significado político-sociológico de «convivencia de una comunidad humana bajo usos comunes»".

El Supremo entiende que "una cosa es obtener el derecho de residencia, y otra cosa es obtener la ciudadanía española, la cual otorga derechos que la residencia no confiere". En tal sentido, la ciudadanía española es "un plus que se adquiere [y se concreta en] el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes".

Ciertamente, uno de los objetivos de todo Estado es la integración de los inmigrantes. Cuestión distinta es lo que podemos entender por integración. En cualquier caso, se precisa el reconocimiento de los derechos humanos y sociales básicos.

Pero ¿es posible hablar de integración orillando las especificidades multiculturales de los inmigrantes? Otro ejemplo lo tenemos en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio del 2008, que no otorgó la nacionalidad española a un senegalés polígamico.

Según el Tribunal, el demandante "no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que está casado con dos esposas". La poligamia supone "un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monogámica".

Para la concesión de la nacionalidad<sup>7</sup>, vimos que el Código civil exigía buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española.

<sup>(7)</sup>Artículo 22.4

Sin embargo, el TS reinterpreta el precepto y distingue dos caminos. Para obtener el permiso de residencia basta la mera "integración suficiente" en España. En cambio, para obtener la nacionalidad el Tribunal exige la "integración total", pues la nacionalidad "comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas".

De nada sirvió que el senegalés afectado alegara buena conducta cívica y arraigo laboral, social y vecinal durante más de una década, en la que entabló amistad con españoles, pagó sus impuestos y cotizó a la Seguridad Social.

La clave para construir una cultura pública común pasa por el respeto al orden público, sea o no atenuado. Esto es lo que se desprende del texto de la sentencia:

"La poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero". Y añade: "[t]an opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito".

El Supremo entiende el orden público lejos de su primigenia concepción policial, al definirlo como "el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico".

Un primer resquicio en esta doctrina lo tenemos en el orden social, donde cada vez es más frecuente otorgar el derecho a la pensión de viudedad a las distintas mujeres de un fallecido polígamo. El origen se sitúa en el Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, en cuyo artículo 23 se establecía 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". Años más tarde, el 26 de febrero de 2001, se firmó el Convenio sobre Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, con un artículo 24 en la misma línea.

En ambos convenios se establece que en caso de fallecimiento de un trabajador polígamo se aplicará su derecho personal, por lo que si la situación matrimonial se generó lícitamente en estos países, España debe reconocerla. La consecuencia es que la pensión de viudedad se divide entre las esposas. Al haber firmado estos convenios ya no se puede oponer la excepción de orden público internacional (véase STS, Sala de lo Contencioso, de 24 de enero de 2018).

¿Y los trabajadores polígamos de otras nacionalidades que fallecen en España? ¿Tienen derecho a que se les aplique también su derecho personal? En principio la respuesta debe ser negativa, ya que la legislación de la Seguridad Social ni reconoce la poligamia en España ni lo puede hacer.

Pero la respuesta no es pacífica, y existe jurisprudencia divergente. Sobre la base del criterio del "orden público atenuado" diversos juzgados de lo social han ido otorgando también este derecho a situaciones creadas por trabajadores polígamos de otras nacionalidades cuyos países no tienen acuerdos ni convenios con España.

El primero fue el Juzgado de lo Social núm. 3 de La Coruña, en sentencia de 13 de julio de 1998 (confirmada por el TSJ de Galicia en sentencia de 2 de abril de 2002), en la que, aplicando las leyes personales de unos contrayentes senegaleses, reconoce la pensión de viudedad a favor de las cónyuges supérstites, dividiéndola en partes iguales.

En contra, tenemos la sentencia del TSJ de Cataluña, de 30 de julio de 2003, que en el caso de una familia gambiana la otorgó solo a la primera esposa, por atentar la poligamia contra el orden público y por lo tanto ninguna efectividad debe comportar.

La pregunta, no obstante, es qué sucederá cuando en un futuro se multipliquen controversias de esta clase. Olvidar las raíces y fundamentos de la cultura mayoritaria no es posible, ni deseable. Pero una adecuada vivencia de la in-

terculturalidad no puede tampoco huir de un consenso basado en principios morales y jurídicos, más que apelaciones abstractas a las raíces culturales y religiosas.

La integración es la capacidad de dar cabida, en la sociedad receptora, al patrimonio cultural y religioso de los inmigrantes, pero de un modo que sea estable y moralmente defendible. Para ello, si debe ser moralmente defendible, cabe pensar en **tres premisas éticas**:

**Primera:** la búsqueda compartida del bien común, que no es el bien particular de los miembros de una confesión o religión, sino el bien de toda la sociedad. El bien común entendido como el conjunto de aquellas condiciones de la vida social que permiten tanto a los grupos como a cada individuo conseguir con mayor plenitud y facilidad la propia perfección. Una contribución específica al bien común de la ciudadanía –también la musulmana– nos lleva a un proceso de enriquecimiento recíproco.

**Segunda:** la valoración consciente de las reivindicaciones cultural-religiosas a la luz de la evolución histórica y de la realidad social del país receptor. Por ello, siguiendo a Kymlicka, el ejercicio de la libertad religiosa no ampararía la imposición de restricciones internas, pero sí de protecciones externas. Las restricciones internas obligan a los fieles a mantener la religión en contra de su voluntad; en cambio, las protecciones externas facilitarían la conservación de estilos de vida religiosos (pero compatibles con los valores demoliberales) ante la presión aculturadora de la sociedad mayoritaria.

**Tercera:** la vindicación de las prácticas que generan conflictos ocultos no son necesariamente imprescindibles para mantener la cultura societal, que proporciona a sus miembros unas maneras de vivir significativas que se despliegan por toda la gama de las actividades humanas y sociales, educativas y religiosas tanto en la esfera pública como en la privada.

Dado que el diseño taxonómico de los derechos de libertad religiosa ya permite la transmisión de la fe de padres a hijos y el mantenimiento de la cultura religiosa, será en el ejercicio de los derechos de esta libertad donde deba ponerse el acento para evitar discriminaciones indirectas.

Hemos visto que los conflictos descritos contrastan con los valores públicos operantes de las sociedades occidentales. Entendemos por "valores públicos operantes" el depósito de consenso característico de la propuesta demoliberal y que en nuestra sociedad se ha erigido por cierta influencia de la cosmovisión cristiana. Aunque desde foros multiculturalistas se haya criticado que estos valores operantes no son neutrales, lo cierto es que son los mayoritarios, y de ellos debemos partir para profundizar –con rigor y valentía– en un diálogo intercultural abierto, serio y veritativo, que influya en la jurisprudencia y en una concepción más etnocultural de la justicia.

## 5.5. El islamismo ante la democracia y la laicidad

En nuestro contexto, y por su importancia jurídica, es interesante abordar la dimensión política del islamismo, y su compatibilidad o incompatibilidad con el proyecto europeo. Lo haremos tomando en consideración la sentencia de 31 de julio del 2001, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que disolvió el *Refah Partisi*.

El 19 de julio de 1983 se fundó el *Refah Partisi* o Partido de la Prosperidad, cuya implantación fue aumentando hasta obtener el 22% de los votos en las legislativas de 1995, y el 35% en las municipales de 1996. Con 158 escaños de los 450 que componen la Asamblea Nacional turca, accedió al poder en coalición con Tansu Çiller, líder del partido *Drogu Yol*.

El 21 de mayo de 1997 el procurador general de la Corte de Casación solicitó a la Corte Constitucional la disolución del *Refah*, alegando que el partido se había convertido en un centro de actividades contrarias a la laicidad. ¿Cuáles eran las pruebas que invocaba?

Primera, que sus dirigentes hacían intervenciones públicas pidiendo el uso del velo en escuelas y administraciones, contrariando la jurisprudencia turca; segunda, que Necmettin Erbakan, el líder del partido, había propuesto abolir el principio de laicidad sugiriendo que los fieles de cada confesión siguieran sus propias leyes religiosas, y no las del Parlamento turco; tercera, que debía instaurarse la supremacía del Corán y la *yihad* por medio de la televisión; cuarta, que durante el ramadán había habido líderes islamistas de otros países en su residencia oficial; quinta, que, por Decreto de 13 de enero de 1997, el Comité de Ministros que él mismo dirigía reorganizó los horarios de trabajo para adaptarlos al ramadán; sexta, que otros líderes del *Refah* habían propuesto públicamente y sin excluir la violencia la transformación de Turquía en una teocracia, sin que los órganos internos del *Refah* les amonestaran.

Por tales razones, el 7 de julio de 1997 el procurador general llevó a la Corte Constitucional turca las pruebas contra el *Refah*. Cuatro días después, sus dirigentes presentaron su defensa: sostenían que las declaraciones se habían descontextualizado; que como diputados gozaban de inmunidad parlamentaria y de libertad de expresión; que el partido no era un centro de actividades contrarias a la laicidad, ya que sus estatutos y el programa electoral aceptaban este principio; y que la acusación de disolución obedecía a intereses de multinacionales.

Sin embargo, el 16 de enero de 1998 la Corte Constitucional acordó disolver el *Refah*. Se basaba en que, efectivamente, sus dirigentes habían convertido el partido en un centro contrario a la laicidad turca, lo que vulnera el artículo 2 de la Constitución, que dispone que "la República de Turquía es un Estado de derecho y democrático, laico y social, respetuoso de los derechos de los hombres en un espíritu de paz social, de solidaridad nacional y de justicia".

Los dirigentes del *Refah* impugnaron la decisión ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que debía examinar si la disolución obedecía a una verdadera necesidad social y si había sido proporcionada a los objetivos constitucionales de Turquía.

¿Cuáles son los argumentos del Tribunal Europeo?

Principia el Tribunal destacando los esfuerzos de la Corte Constitucional en relación con la defensa de la laicidad, que concibe como un principio que protege la democracia. El *Refah* también defiende la laicidad en sus estatutos, pero de manera diferente. Para la Corte turca, la laicidad es inexplicable si no se pone en conexión con la historia de Turquía, desde el Imperio Otomano hasta el régimen de Kemal Atatürk. La confusión acerca del principio de laicidad la aborda el Tribunal Europeo a partir de tres evidencias: la instauración de un sistema multijurídico confesional; la implantación de la *sharia* o ley islámica; y la posibilidad de acudir a la *yihad*.

Respecto al sistema multijurídico, el Tribunal Europeo señala que discrimina a los ciudadanos según sean sus creencias. La consecuencia política sería que la sociedad turca quedaría dividida en función de las adscripciones religiosas, ya que cada persona debería regirse por las reglas y dogmas de su religión. Un sistema que organizase la convivencia de este modo se opondría frontalmente a la unidad legal y jurídica de la República turca. Este sistema no reconoce derechos y deberes a los ciudadanos, sino a los fieles, sobre la base de la respectiva pertenencia religiosa.

Respecto a la pretensión de implantar la *sharia*, el Tribunal Europeo sigue los argumentos de la Corte Constitucional, que afirman que la ley islámica, interpretada como propone el *Refah*, "es la antítesis de la democracia, en la medida en que se fundamenta en valores dogmáticos y es contraria a la supremacía de la razón, de las concepciones de la libertad, la autonomía y del ideal de la humanidad desarrollado por la ciencia". La *sharia* presenta un carácter inmutable, ajeno a los principios democráticos de pluralismo, participación política y evolución de los derechos y libertades.

Por último, respecto las llamadas a la *yihad*, el Tribunal Europeo reconoce que las pruebas aportadas eran ambiguas: si bien los líderes del *Refah* no utilizaron la fuerza, no amonestaron públicamente a los miembros del partido que se mostraron favorables a la violencia.

El Tribunal Europeo asume que el proyecto político islamista del *Refah* no es teórico, sino real. El número de escaños obtenidos, la inspiración religiosa de su política, la incorporación de miembros al partido condenados penalmente con anterioridad y la oposición de este partido a reconocer como delito los actos que atenten contra la laicidad llevan al Tribunal a ratificar la sentencia de la Corte Constitucional turca, favorable a la disolución del *Refah*.

Con la excusa de dar un sentido diferente a la laicidad, los líderes de este partido habían declarado su intención de instaurar la ley islámica y un sistema multijurídico, y para el Tribunal "cualquier Estado democrático puede prohibir la realización de un proyecto político que atente contra la paz civil, la democracia y el Convenio Europeo de Derechos Humanos".

Asimismo, concluye que la disolución del *Refah* es proporcionada: de los 158 diputados, a solo cinco se les suspendieron sus funciones por un período máximo de cinco años, al tiempo que la confiscación de los bienes del partido obedecía al artículo 11 del Convenio, que reconoce el derecho de asociación si no peligran "la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos".

En democracia existe el riesgo de que la esfera pública sea colonizada por doctrinas omnicomprendivas de índole ideocrático o teocrático. En el caso expuesto, es claro que el Tribunal Europeo encuadra el litigio a partir de la confrontación antitética de la *sharia* y la laicidad.

Sin embargo, el caso también remite a un problema superior: la garantía de la libertad religiosa, que vimos al inicio de este módulo, la cual impulsa a distinguir entre ciudadanía musulmana –personas que profesan el islam– de los líderes políticos islamistas.

Estamos de acuerdo con Ballestín en que el islamista es un musulmán que "reflexiona sobre el mundo que le rodea y, desde esta experiencia, entiende que la solución de los problemas de su entorno pasa por una reinterpretación del mensaje y de los contenidos del islam. Esta reinterpretación, dada la naturaleza del islam y el marco social de la reflexión [Turquía], acaba conduciendo a la adopción de una militancia política en cuyo marco las respuestas de los musulmanes –en este caso, islamistas– pueden variar según los problemas que se planteen y la radicalidad con la que sean tratados".

El *Refah* es un movimiento político cuyo objetivo es la reislamización de las instituciones políticas turcas, para instaurar un Estado islámico basado en la *sharia*. Pues bien, ¿cuál es el esquema de análisis de la sentencia ante el programa político del *Refah*?

Con relación al sistema multijurídico, nada se dice sobre los ateos y agnósticos. ¿Sobre la base de qué normas se regirían estos ciudadanos turcos? ¿Las religiosas o las democráticas? ¿Cuál sería su estatus jurídico? Si predominara una visión radical de la *sharia* se pasaría a un confesionalismo comunitarista incompatible con la libertad de creencias y la ley civil como producto de la democracia popular. Un sistema teocrático llevaría a los ciudadanos a pronunciarse sobre su religión, infringiéndose la libertad religiosa.

La ley islámica extiende sus efectos no solo a los musulmanes, por lo cual la implementación de un sistema multijurídico confinaría a los cristianos y a los judíos a organizarse según sus propios dogmas. Nada se prevé para los apóstatas de estas religiones.

El Tribunal Europeo distingue entre los intereses religiosos de una confesión o de un partido político y los de la sociedad. Que los líderes del *Refah* deseen un régimen teocrático es algo que deriva de su libertad de creencias. Pero instaurarlo supondría laminar la libertad de creencias de los contrarios a este partido y favorables a la democracia laica y constitucional.

Así pues, no todas las actuaciones políticas motivadas por creencias religiosas pueden ampararse bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es cierto que la libertad de expresión no prohíbe a los políticos islamistas presentar su propuesta, pero de vencer democráticamente debería, también democráticamente, respetar los derechos fundamentales de los demás.

El TEDH compara determinado islamismo político con el fascismo, y reclama una reacción basada en la "democracia militante". Consiguientemente, debemos preguntarnos si existe en la Unión Europea un concepto jurídico de sociedad democrática. Más que una definición exhaustiva, hay parámetros indispensables sin los que la democracia no podría regir.

Así, para el Tribunal, una sociedad será plenamente democrática cuando reúna estas características: tolerancia, pluralismo, espíritu de apertura y expresión libre de todas las ideas, incluso las que se opongan, hieran o molesten al Estado o a una parte del pueblo. Estos parámetros fueron invocados por los tres magistrados contrarios a la disolución del *Refah*.

A partir de los argumentos expuestos no parece que la base del litigio gire únicamente sobre la laicidad. La incompatibilidad se estaría produciendo entre la hipotética aplicación de una manera de entender la *sharia* y los parámetros que dan sentido a la democracia. La laicidad, por su parte, sería un principio jurídico que actuaría defensivamente ante una real implementación de la *sharia* del *Refah*, pues no prevé la separación institucional Religión-Estado. De ahí que la *sharia* no sea acomodable a la laicidad. Pero la laicidad no supone laicismo: únicamente plasma un muro de contención ante los excesos omní-comprensivos de carácter político o religioso.

Este muro o pantalla es el que impide al *Refah* gobernar islámicamente, y lo que acentúa las contradicciones del islamismo político en Occidente. Al no poder edificar una sociedad genuinamente islámica en el interior de los Estados miembros, se aleja del poder democrático para recluirse en la vivencia personal y en la privacidad de la fe.

Con este caso hemos visto que, en Europa, no todas las tradiciones ideológicas o religiosas son integrables en Estados culturalmente liberales y formalmente laicos. Aunque el liberalismo admita en una primera fase todos los argumentos ofertados en el debate público, en una segunda fase habrá de someter los resultados de la deliberación a la prueba de las libertades intelectuales, que no pueden ser vulneradas por doctrinas hegemónicas omnicomprensivas.