

Dimensiones de la libertad religiosa
en el Derecho español

José Ramón Polo Sabau
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado

Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho español

PRÓLOGO DE
Enrique Álvarez Conde

2014


BOSCH EDITOR

© Febrero 2014 JOSÉ RAMÓN POLO SABAU

© Febrero 2014



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-941435-8-8

D.L.: B. 3438-2014

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain – Impreso en España

*A mi querido y admirado maestro el
profesor José Antonio Souto,
persona de una talla intelectual como
no he conocido otra en la universidad y,
lo que sin duda es mucho más importante,
de una calidad humana sencillamente excepcional.*

Índice

PRÓLOGO	15
PRESENTACIÓN.....	21
CAPÍTULO PRIMERO	
APUNTES SOBRE LA POSICIÓN DE LOS ACUERDOS CON LA IGLESIA CATÓLICA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES	23
1. Introducción	23
2. Los acuerdos concordatarios en el sistema de fuentes del Derecho español.....	24
3. Finalidad y contenido de los concordatos en el Estado constitucional	29
4. La función de los acuerdos concordatarios en el desarrollo normativo de los derechos fundamentales.....	33
5. Epílogo: sobre la pretendida rigidez y el supuesto anacronismo de la legislación común frente a las leyes especiales	47
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA.....	53
1. Introducción: la opción legislativa por la especialidad del régimen de la libertad religiosa.....	53
2. El contenido constitucionalmente declarado del artículo 16 CE.....	58
3. La concepción dogmática del significado constitucional de la libertad religiosa en la doctrina científica española	67

4. Conclusiones: el estatuto constitucional de la libertad de creencias frente al desarrollo normativo de la libertad religiosa	73
---	----

CAPÍTULO TERCERO

LIBERTAD DE CREENCIAS Y ORDEN PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: CLAVES DE INTERPRETACIÓN	95
1. Introducción	95
2. Los posibles significados del concepto de orden público como límite al ejercicio de los derechos fundamentales.....	96
3. El estándar internacional de los derechos humanos y la cláusula de orden público en el art. 16 de la Constitución	99
3.1. Libertad de creencias y orden público en los textos de Naciones Unidas	100
3.2. Libertad de creencias y orden público en el CEDH ..	104
4. Conclusiones.....	107

CAPÍTULO CUARTO

DE NUEVO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS Y SU DISCUTIDA RELACIÓN CON LA GARANTÍA COMÚN ASOCIATIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	115
---	-----

CAPÍTULO QUINTO

NOTAS SOBRE EL ESTATUTO DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EN LA LEY ORGÁNICA DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN	143
1. Introducción	143
2. La naturaleza jurídica de las confesiones religiosas en la LODA	146
3. La determinación del ámbito de aplicación de la LODA y el régimen especial de las confesiones religiosas	150
4. El estatuto de las confesiones ante la exigencia de democracia interna asociativa en la LODA	155
5. La mención implícita de las asociaciones católicas en la LODA y el peso de la tradición concordataria.....	161

CAPÍTULO SEXTO

LA ENSEÑANZA DE LA RELIGIÓN EN LA ESCUELA PÚBLICA: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO NORMATIVO.....	165
1. Introducción.....	165
2. La naturaleza jurídica del derecho consagrado en el art. 27.3 de la Constitución.....	166
3. La naturaleza del derecho en su desarrollo normativo: su conversión parcial y subjetiva en un derecho de prestación.....	171
4. Conclusiones.....	174

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL ESTATUTO DE LAS UNIVERSIDADES CATÓLICAS EN LA LEY ORGÁNICA DE UNIVERSIDADES.....	183
1. Antecedentes históricos.....	183
2. El régimen concordatario de las universidades católicas: el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales de 1979.....	185
3. Las universidades católicas en la Ley Orgánica de Reforma Universitaria de 1983 y en sus normas de desarrollo.....	188
4. El Dictamen del Consejo de Estado de 16 de octubre de 1997.....	192
5. El estatuto de las universidades católicas en la Ley Orgánica de Universidades.....	193
6. Universidades privadas y universidades de la Iglesia: las contradicciones del sistema.....	195

CAPÍTULO OCTAVO

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A LA ASIGNATURA DE EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA ANTE EL TRIBUNAL SUPERMO.....	211
1. Introducción.....	211
2. Argumentos en favor de la objeción de conciencia a la asignatura de EpC: en particular, la postura del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.....	212

3.	La posición del Tribunal Supremo.....	214
3.1.	Constitucionalidad de la asignatura de EpC.....	214
3.2.	La naturaleza del derecho a la objeción de conciencia.....	218
a)	La objeción de conciencia de alcance general..	218
b)	La objeción de conciencia en materia educativa.....	220
3.3.	El fallo del Tribunal: inexistencia del derecho a la objeción de conciencia a EpC.....	222
4.	Algunas observaciones sobre el problema de fondo al hilo de esta doctrina jurisprudencial.....	223

CAPÍTULO NOVENO

	SÍMBOLOS RELIGIOSOS, ESCUELA PÚBLICA Y NEUTRALIDAD IDEOLÓGICA ESTATAL: EL CASO DEL CRUCIFIJO.....	233
1.	Introducción.....	233
2.	El caso del crucifijo ante los tribunales españoles.....	235
3.	El caso del crucifijo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	237
3.1.	La sentencia en el caso <i>Lautsi</i> contra Italia, de 3 de noviembre de 2009.....	237
3.2.	La sentencia en el caso <i>Lautsi</i> contra Italia, de 18 de marzo de 2011.....	239
4.	El crucifijo en la escuela pública y el principio de neutralidad ideológica estatal: algunas observaciones críticas.....	242

CAPÍTULO DÉCIMO

	REFLEXIONES SOBRE EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS.....	253
1.	Introducción.....	253
2.	La valoración positiva del factor religioso y la financiación de las confesiones: la teoría institucionalista.....	256

3.	Las implicaciones del principio personalista y la vulneración de la igualdad en la financiación de las confesiones religiosas	264
4.	La función promocional de los derechos humanos y la idea de la financiación de la libertad religiosa	276
5.	Conclusiones	288

Prólogo

Hoy día resulta generalmente aceptado que el Derecho Constitucional, en su condición de Derecho común a todo el ordenamiento jurídico, es un Derecho principal, lo cual favorece la potencialidad transformadora de las normas constitucionales. Ahora bien, el que las normas constitucionales sean normas principales, porque recogen las decisiones fundamentales adoptadas por la comunidad política a través del ejercicio del poder constituyente, no debe impedir que también contengan reglas, pues el poder constituyente ha considerado necesario que esas decisiones políticas fundamentales, reflejadas en normas principales, tengan un mínimo desarrollo en el propio texto constitucional, garantizando de este modo la permanencia de aquellas.

En un contexto de crisis como el actual, que además de crisis económica es también una crisis institucional y una crisis de legitimidad del propio sistema, las normas jurídicas, y, especialmente, las normas principales que figuran en la Constitución, deben tener una misión fundamental. Frente a la privatización de lo público se impone la constitucionalización de los espacios privados. Y es que resulta una falacia proclamar la existencia, y además contrapuesta, entre espacios públicos y espacios privados. Lo privado no es ajeno a la Constitución, pues esta es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico. Por ello, sus principios deben aplicarse, aunque de distinta forma, a las relaciones *inter privados*. Por ello, los poderes privados, que tienen distinta naturaleza jurídica que los poderes públicos, también están sujetos a los mandatos constitucionales. Por ello, finalmente, la actuación del poder constituyente estableciendo las decisiones políticas fundamentales se impone a unos y a otros. De lo contrario existirían espacios (los privados) inmunes al control democrático, lo cual producirá una crisis de legitimidad del propio sistema.

Por otra parte, también es sabido que la concepción actual de los derechos fundamentales, cuya fuerza transformadora se sitúa en el corazón mismo de ese fenómeno de la plena constitucionalización de las relaciones

sociales, se encuentra íntimamente vinculada en sus orígenes a la llamada cuestión religiosa. Como tantas veces se ha dicho, la libertad religiosa puede ser históricamente concebida como la primera de las libertades. Nacida de las consecuencias de la Reforma Protestante, su reivindicación y defensa por parte de quienes hubieron de escapar de las persecuciones religiosas en la vieja Europa fue el desencadenante del proceso que conduciría a la consolidación de otros derechos y libertades civiles en las incipientes colonias americanas. De todo ello se ocupó magistralmente Adolfo Posada en su prólogo al célebre estudio de Jellinek sobre el origen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En los albores del constitucionalismo contemporáneo, la paulatina garantía jurídica de los derechos fundamentales llegará de la mano de la Ilustración francesa, pero también, y seguramente en no menor medida, de la de los pensadores que dieron forma a las actas fundacionales de las colonias norteamericanas con el objetivo primordial de asegurar la libertad de conciencia de aquellos pobladores.

En nuestro país, la cuestión religiosa había sido una de las asignaturas pendientes de nuestra historia constitucional, sin que nunca se hubiese conseguido, por unas razones u otras, una solución plenamente satisfactoria. La aprobación del artículo 16 de la actual Constitución parecía haber logrado, al fin, una solución equilibrada a tan controvertida cuestión. Pero, sin embargo, si se va más allá de un análisis meramente formal de ese texto y se ahonda en el estudio de los distintos desarrollos normativos a que ha dado lugar, especialmente a causa de algunas de sus interpretaciones más extendidas, fácilmente se comprenderá que la cuestión religiosa dista mucho de haber sido resuelta satisfactoriamente por el constituyente y ha merecido más bien, como señala el profesor Polo en uno de los estudios que componen esta obra, una solución de compromiso fuertemente condicionada por sus más inmediatos antecedentes históricos. En ello está el origen de buena parte de los problemas jurídicos que ha planteado el desarrollo legislativo de aquel precepto constitucional.

Muchos de esos problemas son abordados, desde una perspectiva eminentemente crítica y con un enfoque fundamentalmente constitucionalista, en este nuevo libro de José Ramón Polo que ahora prologamos. Como señala expresamente el propio autor, se trata de una obra compilatoria, pues los diferentes capítulos han sido, previamente, objeto de publicación en revistas científicas de la máxima calidad. Ahora lo que se pretende es dar una unidad y coherencia a la cuestión, presentando de manera conjunta estos estudios

centrados en el régimen jurídico de la libertad religiosa en nuestro Derecho, lo que a mi juicio se consigue plenamente. Y para dar razón de ello tan solo es necesario referirnos ahora a algunas cuestiones puntuales de entre las muchas que se tratan en el libro.

En primer lugar, se estudia la posición de los acuerdos suscritos con la Iglesia Católica en el sistema constitucional de Derechos Fundamentales, su naturaleza jurídica y la función que les corresponde en cuanto al desarrollo de los derechos y libertades constitucionalmente proclamados. A día de hoy, en una visión de conjunto los Acuerdos con la Santa Sede de 1979 parecen más propios de épocas pretéritas, en las que regía el principio de confesionalidad del Estado, y su presencia en el sistema de fuentes, particularmente en materia de desarrollo normativo de la libertad religiosa, resulta especialmente perturbadora. El autor subraya algunos de los problemas que ello ocasiona y demuestra que esos acuerdos no están ni pueden estar de ningún modo al margen de la Constitución y de la legislación orgánica dictada en desarrollo de los derechos fundamentales.

También es analizado el estatuto jurídico de las confesiones religiosas en nuestra legislación a la luz de los principios constitucionales que son aquí de aplicación, y especialmente bajo el prisma del significado de la garantía constitucional asociativa del artículo 22. El autor pone de relieve, con una fundamentación irrefutable, la plena aplicabilidad del régimen constitucional del derecho de asociación a las confesiones religiosas, lo que le lleva a cuestionar algunos de los aspectos que integran el régimen especial de las confesiones tanto en los acuerdos concordatarios como en la ley de libertad religiosa. Asimismo, se pone en cuestión el tratamiento que ha hecho de este tema la ley del derecho de asociación, en la que en efecto se aprecian algunas antinomias especialmente llamativas que afectan, entre otros aspectos, también al régimen de las confesiones religiosas que se desprende de lo dispuesto en esa ley, como el autor se encarga de poner de manifiesto con una argumentación no menos solvente.

La enseñanza de la religión en la escuela pública es también objeto de atención en estas páginas, partiendo del análisis de la naturaleza jurídica del derecho reconocido en el artículo 27.3 de la Constitución, en el que el autor demuestra tener un profundo conocimiento de las categorías dogmáticas que permiten explicar la articulación de nuestro actual sistema de libertades, hasta llegar al desarrollo normativo de aquel derecho, que es aquí valorado negativamente tras haber sido sometido a contraste con aquella naturaleza

jurídica del derecho en la Constitución. Este punto de vista le permite poner de relieve la falta de fundamento constitucional de algunos desarrollos normativos especiales en los que el derecho se transforma y se convierte en un derecho de prestación, como es el caso del régimen jurídico que se contiene en el correspondiente acuerdo concordatario.

Cabe igualmente destacar, por último, el amplio estudio dedicado a la financiación pública de las confesiones religiosas, en el que también queda en evidencia la falta de concordancia entre la naturaleza de la libertad religiosa en la Constitución, que es la propia de un derecho de libertad, y la regulación que sobre este punto se contiene en el acuerdo con la Santa Sede. La financiación directa de las confesiones religiosas, de la Iglesia católica concretamente, la subvención con cargo al erario público de una serie de áreas concretas de actividad como la enseñanza o la asistencia religiosas católicas, suponen una seria amenaza tanto para la aconfesionalidad del Estado como para la igualdad religiosa de los españoles.

Estos son sólo algunos de los temas que se abordan en este libro, y de su lectura se obtiene una clara percepción en el sentido de que, aunque el texto constitucional opta decididamente por el principio de aconfesionalidad del Estado y por el valor de la igualdad, el desarrollo normativo de la libertad religiosa que se ha dado entre nosotros parece ir justamente en sentido contrario. Por ello se impone una nueva ley de libertad religiosa que sea plenamente coherente con los postulados constitucionales, una ley cuya elaboración fue al parecer imposible durante la pasada legislatura.

Aunque seguramente, y en ello coincido con el autor, esa reclamada nueva ley de libertad religiosa no será capaz por sí sola de dotar a ese derecho de un régimen normativo plenamente acorde a los principios constitucionales. El verdadero obstáculo para la implantación de un régimen jurídico de esa naturaleza lo constituyen los acuerdos con la Santa Sede, en la medida en la que comportan un estatuto especial concebido y desarrollado al margen de la vigente ley orgánica de libertad religiosa que, por ello, en la práctica es una ley que no resulta aplicable a la Iglesia católica en su mayor parte.

A mi juicio, el problema radica también en el propio artículo 16 de la Constitución, el cual, si se dan las condiciones para ello, debería ser objeto de una pausada reforma constitucional, aunque esta no adquiriera en esta materia la misma nota de perentoriedad que sí empieza a tener ya en lo referente a otros temas. Y esta reforma debería en mi opinión orientarse hacia los siguientes postulados: a) deslindar la libertad ideológica de la libertad religio-

sa. Estamos ante dos libertades públicas conceptualmente diferentes y, por lo tanto, merecedoras de un tratamiento jurídico-constitucional diferenciado en preceptos distintos, un aspecto en el que discrepo del planteamiento del autor de este libro, tributario del de su maestro, pese a reconocer que su tesis esta notablemente bien argumentada; b) hacer desaparecer la mención a la Iglesia Católica en el artículo 16.3, que únicamente puede justificarse por razones históricas propias del momento en que se produjo la transición política a la democracia; c) proclamar específicamente que, si bien el Estado debe mantener relaciones de cooperación con todas las confesiones religiosas, ello excluye la posibilidad de que los poderes públicos procedan a su financiación directa.

En definitiva, un tratamiento constitucionalmente adecuado de la libertad religiosa requeriría probablemente de la promulgación de una nueva ley orgánica elaborada sobre unas bases distintas y garante del derecho en un verdadero plano de igualdad, adecuadamente complementada en algunos aspectos si fuese necesario mediante lo dispuesto en leyes sectoriales específicas, pero desde luego aplicable a todas las convicciones religiosas y a todas las confesiones sin excepción. La existencia de un régimen especial concordatario regulador de ciertos aspectos propios del contenido esencial del derecho al margen de la ley orgánica no está, en absoluto, constitucionalmente legitimada.

Cada vez estoy más seguro de que las grandes cuestiones deben ser abordadas desde una pluralidad disciplinar. Ninguna disciplina tiene el monopolio de ningún tema o cuestión. Todos debemos aprender de todos. Esto es lo que sucede con la obra del profesor Polo Sabau. En suma, nos encontramos con un libro que aborda, con una claridad expositiva digna de mención, algunos de los principales problemas actuales de la libertad religiosa en nuestro ordenamiento jurídico. Al margen de las normales coincidencias o discrepancias con las distintas conclusiones alcanzadas, no puede negarse que la argumentación efectuada, los rigurosos análisis jurídicos realizados y las opciones metodológicas adoptadas en este libro merecen un juicio altamente favorable. Por ello, creo sinceramente que nos encontramos ante una obra de referencia obligada para los estudiosos del Derecho Público.

Enrique Álvarez Conde

Catedrático de Derecho Constitucional
Director del Instituto de Derecho Público
de la Universidad Rey Juan Carlos

Presentación

El libro que el lector tiene ahora en sus manos recopila y presenta de manera conjunta algunos de los trabajos que son el fruto de mi tarea investigadora en esta materia básicamente en los últimos dos años, de modo que, aun contando con la notable velocidad a la que actualmente tienen lugar los cambios normativos en nuestro Estado constitucional, se trata de una serie de estudios relativamente recientes y que, por tanto, salvo quizás en algún aspecto puntual, mantienen en lo esencial su vigencia en el momento presente. Todos los estudios que componen este volumen han aparecido ya publicados en distintas sedes editoriales, concretamente en diversas revistas científicas y uno de ellos en una obra colectiva dedicada al régimen de las libertades educativas, y de ello se da cuenta al comienzo de cada uno de los capítulos con las correspondientes referencias bibliográficas.

Por otra parte, el título mismo que encabeza esta obra compilatoria tal vez requiera de una breve aclaración: como es notorio, mi concepción del significado que debe otorgarse al contenido del art. 16 de la Constitución es la de que esta norma reconoce un solo derecho fundamental, de carácter omnicomprendivo en la medida en la que comporta un régimen común de protección para la libre manifestación social de las convicciones, cualquiera que sea su particular naturaleza, política, filosófica, religiosa, etc. A este derecho nuestra ley fundamental lo llama libertad ideológica y religiosa, pero igualmente puede designarse recurriendo a otras diversas denominaciones como, de hecho, así lo hacen los textos internacionales suscritos por España en la materia y a los que, bien se sabe, resulta obligado acudir en la búsqueda del contenido constitucionalmente declarado de aquel precepto, merced a lo dispuesto en el canon hermenéutico del art. 10.2 CE. Libertad de creencias; libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; libertad de religión o de convicciones, entre otras, son todas ellas fórmulas normativas con las que, en el ámbito de los tratados internacionales en la materia, se ha designado a esta libertad matriz o, si se prefiere, genética, que está en el origen del reco-

nocimiento de otras tantas libertades públicas especializadas de contenido intelectual. E igualmente podrán hallarse sin dificultad, ya en el plano de la doctrina científica, diversas expresiones con las que, desde perspectivas metodológicas que a menudo difieren en algunos aspectos sustanciales pero que coinciden en este tema medular, se han referido unos u otros autores al derecho constitucionalizado en el art. 16: libertad de ideas y creencias, libertad de conciencia, libertad de pensamiento, etc.

Lo verdaderamente relevante, a estos efectos, no es el *nomen iuris* empleado para designar al derecho en cuestión, sino la percepción de que se trata, en efecto, de un solo derecho, que dispensa a la libre manifestación de las convicciones personales un régimen común de protección, entre otras cosas por exigencias del valor de la igualdad y del principio de no discriminación entre los distintos tipos de creencias y convicciones. De todo ello se da más fundamentada razón en el segundo capítulo de esta obra.

Según esto, podría tal vez parecer improcedente el título escogido para este libro, pero lo cierto es que, en nuestro ordenamiento jurídico, la libertad religiosa ha sido objeto de un desarrollo normativo especial, vertebrado por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y concretado también en el marco de los acuerdos suscritos por el Estado con algunas confesiones religiosas, y, pese a que pueda estimarse, como es mi caso, que ese desarrollo particular no se compadece con el significado que cabe atribuir al art. 16 CE especialmente a la luz de su concepción internacionalmente adecuada, el intérprete no puede dejar de operar en su análisis con la realidad del dato normativo en vigor, sin perjuicio de que, al mismo tiempo, se pueda y se deba someter a contraste ese desarrollo especial de la libertad religiosa, en cualquiera de sus vertientes, con el que se estime verdadero significado iusfundamental de la libertad de creencias, lo que eventualmente podrá conducir a la denuncia de la inadecuación de aquel respecto de este.

Y esta es, precisamente, la perspectiva crítica desde la que primordialmente se afronta el estudio de las diversas dimensiones de la libertad religiosa que son objeto de los trabajos que se presentan conjuntamente en este libro. Si ese abordaje metodológico de las distintas cuestiones tratadas ha conducido al menos a algunos resultados estimables, como es mi deseo, es algo que sólo corresponde ahora juzgar al lector de estas páginas.

Apuntes sobre la posición de los acuerdos con la Iglesia católica en el sistema constitucional de derechos fundamentales*

1. INTRODUCCIÓN

En sustitución del hasta entonces vigente Concordato de 1953, en los albores del actual régimen democrático el Estado español suscribió, como bien se sabe, una serie de acuerdos con la Santa Sede con los que se instauró todo un estatuto jurídico particular para la Iglesia Católica en nuestro país, situado en buena medida extramuros del régimen común previsto para las restantes confesiones en la ley de libertad religiosa de 1980 (LOLR), motivo por el cual esta ley ha sido en ocasiones calificada directamente, con plena razón, como una ley básicamente para las confesiones religiosas no católicas.

Estos acuerdos concordatarios, en consonancia con la naturaleza jurídica que les es propia, ocupan una posición específica en el seno de nuestro sistema constitucional de fuentes del Derecho y, desde esa posición, despliegan sus efectos normativos en los distintos sectores de la realidad social a los que nos remiten las llamadas materias mixtas o materias de interés común para ambas partes firmantes; buena parte de esas materias caen bajo el ámbito de amparo de ciertos derechos fundamentales, tanto del ámbito más genérico de la libertad ideológica y religiosa como, también, del de las restantes libertades públicas de contenido intelectual que constituyen manifestaciones especializadas de esta libertad matriz, de modo que la regulación acordada incorpora también

* Publicado en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 12 (2012), este trabajo constituye una amplia reelaboración y profundización en algunos de los planteamientos que ya expuse en el epígrafe que lleva por título «Derechos fundamentales, relaciones concordatarias y sistema de fuentes en el Estado constitucional», de mi libro *La naturaleza jurídica de las confesiones religiosas en el Derecho Constitucional español*, Málaga, 2008, pp. 249 y ss.

ciertos aspectos concernientes al ejercicio de derechos fundamentales que ya gozan en la legislación general de un amplio régimen de tutela.

En el terreno científico y, singularmente, en el de los cultivadores del Derecho Eclesiástico del Estado, tanto la posición que ocupan como el papel que desempeñan los acuerdos concordatarios en nuestro Derecho han sido, en ocasiones, percibidos de muy distinta forma desde unas u otras posiciones doctrinales, dando lugar a algunos planteamientos que, formulados desde una óptica que se dice específicamente *eclesiasticista* y que se reputa poseedora de una naturaleza y caracteres propios en la hermenéutica de la Constitución, resultan, sin embargo, en mi opinión, dudosamente compatibles con una adecuada intelección de los principios y reglas que determinan el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas en nuestro ordenamiento constitucional.

Desde esta premisa, en las páginas que siguen me dispongo a exponer y analizar, en sus caracteres esenciales, los principales condicionantes que en nuestro ordenamiento constitucional contribuyen a fijar la posición de los acuerdos concordatarios con la Iglesia Católica, así como su función como normas que concurren a la regulación de determinados aspectos atinentes al régimen de ejercicio de los derechos fundamentales; al hilo de esta exposición, pretendo igualmente examinar el alcance de algunas de las posiciones doctrinales que estimo menos consistentes en el sentido antes apuntado, sometiéndolas a contraste con los parámetros comúnmente aceptados por la doctrina publicista y la jurisprudencia constitucional en materia de articulación y desarrollo de nuestro sistema de fuentes del Derecho.

2. LOS ACUERDOS CONCORDATARIOS EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ESPAÑOL

Tras un período de discusión en el que se barajaron distintas opciones al respecto, la sustitución del Concordato de 1953 tuvo lugar, finalmente, mediante la promulgación de una serie de acuerdos parciales que se ocuparon de dotar de un nuevo régimen jurídico a la práctica totalidad de las materias que habían sido objeto de regulación concordataria en el sistema precedente. Un primer acuerdo, con fecha de 28 de julio de 1976, consignó la renuncia a los privilegios de fuero procesal y de presentación de obispos, de los que, respectivamente, venían tradicionalmente disfrutando la Iglesia y el Estado, y sentó las bases del nuevo sistema de relaciones entre ambas partes firmantes; a partir de dichas bases y tomando como referencia el conjunto de materias que habían sido objeto del Concordato, se concluyeron, todos ellos con fecha de 3 de

enero de 1979, otros cuatro acuerdos parciales, dando así una forma jurídica determinada al nuevo marco en el que habrían de desarrollarse desde entonces las relaciones entre el Estado español y la Iglesia católica.

Desde la perspectiva del Derecho español los acuerdos concordatarios son, en primer lugar, tratados internacionales, y en cuanto tales les resultan de aplicación las técnicas y categorías propias del Derecho internacional público y, dentro de este, más concretamente, del llamado Derecho de los tratados. Pero asimismo los acuerdos, una vez que se verifica el mecanismo de integración previsto en el art. 96 de la Constitución, pasan a formar parte del ordenamiento interno, en el que de hecho están llamados a desplegar sus efectos más característicos como normas que se orientan al establecimiento de un estatuto propio y diferenciado de la Iglesia católica en el ordenamiento estatal, así como a la instauración de una serie de garantías que permitan a los ciudadanos católicos ejercer plenamente y sin trabas su derecho a la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones e implicaciones.

Consecuentemente, los acuerdos con la Santa Sede, una vez producida su ratificación parlamentaria y su publicación en el Boletín Oficial del Estado, son ya Derecho interno y están plenamente sometidos, en su interpretación y aplicación, al imperio de la Constitución, que es además la que determina la posición que ocupan dichos acuerdos en el sistema de fuentes del Derecho español. Y esta posición no es otra que la que corresponde a las normas con rango de ley, tal y como se desprende de lo dispuesto en el art. 94 de la Constitución, que requiere de la preceptiva autorización parlamentaria en aquellos casos en los que los tratados «supongan modificación o derogación de alguna Ley o exijan medidas legislativas para su ejecución»; a ello no obsta, como es sabido, el hecho de que el contenido de los tratados no pueda ser derogado, modificado o suspendido sino en la forma prevista en los propios tratados o bien de conformidad con las normas generales del Derecho internacional (*ex* art. 96 de la Constitución), un criterio de orden meramente competencial, que no jerárquico, del que no puede inferirse que los tratados tengan rango supralegal alguno, lo que se vio además confirmado en el devenir parlamentario del proceso constituyente al rechazarse expresamente la atribución de dicho rango que sí estaba contemplada, por el contrario, en el Anteproyecto de Constitución.

En este sentido, en efecto, los tratados internacionales constituyen, en nuestro ordenamiento, una fuente del Derecho estrictamente situada en relación jerárquica de subordinación respecto de la ley fundamental y, por con-

siguiente, no hay la menor duda de que tienen un valor jurídico netamente infraconstitucional en tanto que normas con rango de ley. De ahí que, estando sometidos los tratados a los dictados de la Constitución como cualquier otra norma del Derecho interno, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional los considere susceptibles de ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad, y establezca también, con carácter preventivo, un mecanismo para posibilitar un control previo de su validez¹.

De hecho, los tratados internacionales, y entre ellos lógicamente también los acuerdos con la Santa Sede, se someten al juicio de constitucionalidad en las mismas condiciones en las que lo hace la ley ordinaria. Así lo ha proclamado de manera inequívoca el Tribunal Constitucional, precisamente en relación con la hipótesis del enjuiciamiento constitucional de uno de los acuerdos concordatarios, al señalar que los tratados internacionales han de ser tenidos por normas primarias y, por lo tanto, merecen ser considerados como normas con rango de ley a efectos del control de constitucionalidad, junto a otro tipo de disposiciones que no son formalmente leyes como es el caso de los reglamentos parlamentarios (STC 38/2007, FJ 3º). Por lo tanto, afirmar, como hace a mi juicio erróneamente C. Corral, que el hecho mismo de la ratificación parlamentaria de los acuerdos concordatarios y de su aprobación con arreglo al procedimiento previsto en la Constitución para los tratados internacionales haría ya superflua una posterior constatación de la constitucionalidad de dichos acuerdos², equivaldría a sostener, por ejemplo, que el hecho mismo de la aprobación de una ley ordinaria con estricta observancia de los procedimientos previstos para ello en la ley fundamental impediría eventualmente someterla al control de constitucionalidad; el argumento, como se ve, carece de la mínima consistencia.

Este criterio general que determina claramente la subordinación de los tratados internacionales a los dictados de la Constitución y su equiparación a estos efectos con las normas con rango de ley, en cualquier caso, debe ser matizado por lo que concierne a un tipo particular de tratados internacionales

1 Vid. por todos A. REMIRO, «Artículo 95: inconstitucionalidad en tratado internacional», en O. ALZAGA (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1998.

2 Cfr. C. CORRAL, *Acuerdos España-Santa Sede (1976-1994). Texto y Comentario*, Madrid, 1999, p. 37.

como son aquellos suscritos por España en materia de derechos humanos, a los que se refiere el art. 10.2 de la Constitución. Como es sabido, aun cuando no constituyen propiamente un canon autónomo de constitucionalidad, a este tipo de tratados se les ha reconocido una cierta dimensión supralegal y, paralelamente, una naturaleza en algún sentido *cuasiconstitucional*, habida cuenta de sus determinantes efectos interpretativos sobre el régimen de los derechos fundamentales, que hacen que el contenido de dichos tratados, en la práctica, se convierta en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución (STC 36/1991, FJ 5°).

A los efectos que ahora nos ocupan, hay que recordar que de esa peculiar naturaleza de estos tratados se deriva, básicamente, una especial resistencia a ser constitucionalmente fiscalizados, que, como ha hecho notar A. Saiz Arnaiz, se expresa en la necesidad de extremar la búsqueda de una posible interpretación constitucionalmente adecuada del texto internacional, que permita su integración armónica en nuestro Derecho, antes de someterlo a la declaración de inconstitucionalidad, a menos que se trate de una incompatibilidad iusfundamental insalvable, expresa o manifiesta³. Consecuentemente, ni siquiera estos textos internacionales aludidos por la cláusula de remisión hermenéutica del art. 10.2 quedan al margen de un hipotético juicio de validez al contraste con los preceptos constitucionales, y tampoco cabe dudar de que los restantes tratados internacionales, incluyendo, claro está, a los acuerdos concordatarios con la Iglesia católica, quedan sujetos al control de constitucionalidad como cualquier otra disposición de nuestro ordenamiento jurídico; y además, como no podría ser de otra forma, los acuerdos concordatarios se someten al juicio de constitucionalidad de forma ordinaria y plena, esto es, sin alterar en absoluto el papel que desempeña el art. 10.2 y el acervo normativo al que este nos remite en el eventual enjuiciamiento de dichos acuerdos por parte del Tribunal Constitucional, pues, como ha hecho notar F. Jiménez García, los acuerdos internacionales deben ser examinados «bajo el prisma de este acervo normativo sin que la internacionalidad de la norma imponga al Tribunal Constitucional una rebaja o exclusión de este canon interpretativo»⁴.

3 Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999, p. 270.

4 F. JIMÉNEZ GARCÍA, *La internacionalidad de la Santa Sede y la constitucionalidad de sus acuerdos con España*, Madrid, 2006, p. 123.

A este respecto, sostiene J. Martínez-Torrón que «entre esos tratados internacionales a que alude el artículo 10, pueden considerarse incluidos los Acuerdos con la Santa Sede, lo que induce a interpretar en conformidad con ellos la regulación constitucional del derecho de libertad religiosa –cuando lo que se contempla es su dimensión colectiva–, en orden a precisar el sistema constitucional de relaciones institucionales con la Iglesia católica o a determinar los efectos jurídicos de la actuación de sus miembros»⁵. Este autor se adhiere, así, a la tesis que ya defendiera L. de Echeverría en el mismo sentido y que llevó a este último a postular, incluso, que los acuerdos con la Santa Sede deben ser considerados nada menos que como un parámetro de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales en la Constitución⁶.

De entrada, no se me alcanza la razón por la que Martínez-Torrón excluye de su peculiar criterio hermenéutico a la dimensión individual del derecho de libertad religiosa, pues en los acuerdos se abordan también cuestiones que afectan de pleno a esa vertiente individual y, en la lógica interna de su planteamiento a partir de la premisa adoptada no se justifica esa exclusión parcial, pero lo cierto es que, en todo caso, la interpretación que aquí se propone parece a todas luces excesiva y carente de fundamento constitucional. En este sentido, en su valoración del alcance de la cláusula del art. 10.2, el Tribunal Constitucional ha utilizado un criterio relativamente amplio y flexible, en cuya virtud deben entenderse incluidos, entre los tratados allí citados, también aquellos textos internacionales en los que se incorporan disposiciones que inciden notablemente en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, aun cuando la regulación de estos derechos no constituya estrictamente el objeto directo, propio y específico de esos textos normativos. Pero no puede desconocerse que, de conformidad con el espíritu que anima el precepto, han sido también considerados como objeto del art. 10.2 por la jurisprudencia constitucional sólo cierto tipo de textos, de ámbito muy general y elaborados en el marco de organizaciones internacionales multilaterales, ya sea de alcance universal o regional, tales como las Naciones Unidas o el Consejo de Europa, y así, eventualmente, se han entendi-

5 Cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Jerarquía y antinomias de las fuentes del nuevo Derecho Eclesiástico español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. III, 1987, p. 134.

6 Cfr. L. DE ECHEVERRÍA, «La nueva Constitución ante el hecho religioso», en VV.AA., *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, p. 69.

do incluidos en la referida mención constitucional, por ejemplo, la Convención sobre los derechos del niño emanada de Naciones Unidas (STC 36/1991, FJ 5º), un Convenio del Consejo de Europa sobre protección de datos personales (STC 254/1993, FJ 7º) o un Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (STC 173/1994, FJ 3º y nuevamente en la STC 175/2005, FJ 3º). Este otro tipo de textos internacionales presentan, obviamente, características muy distantes de aquellas que poseen los acuerdos concordatarios y que en absoluto permiten entenderlos incluidos en el enunciado del art. 10.2 de la Constitución, pero en todo caso, aun si se admitiese dialécticamente semejante inclusión, tampoco quedarían dichos acuerdos a salvo del control de constitucionalidad que también es aplicable bajo ciertas condiciones, como se ha visto, a los textos mencionados en esa cláusula de remisión hermenéutica.

En suma, coincido con P. C. Pardo quien, tras analizar esta cuestión aportando argumentos muy atendibles en relación con el significado del art. 10.2 de la ley fundamental y con la naturaleza y caracteres de los acuerdos concordatarios, concluye categóricamente que «imposible se antoja definirlos como tratados en materia de derechos humanos de los del artículo 10.2 de la Constitución española o atribuirles en atención a su naturaleza funciones integradoras del sistema de libertad religiosa»⁷. Ciertamente, así me lo parece.

3. FINALIDAD Y CONTENIDO DE LOS CONCORDATOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Los concordatos suscritos por la Santa Sede con los estados son comúnmente concebidos, ya se dijo, como unos instrumentos normativos encaminados a la instauración de un régimen jurídico propio para la Iglesia católica en dichos estados y, asimismo, dirigidos a la consagración en los distintos ordenamientos estatales de un conjunto de garantías que permitan ejercer plenamente, a quienes profesan esta religión, sus derechos civiles en materia religiosa.

Así, tratándose de regímenes políticos autoritarios o de ausencia de libertades, la regulación concordataria adquiere un sentido cabal y una función benéfica como norma de reconocimiento y protección de determinados derechos, siquiera sea por lo que concierne al limitado ámbito de los suje-

7 P. C. PARDO, *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Valencia, 2008, p. 89; en el mismo sentido, J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, *Derecho Eclesiástico del Estado. Manual de Grado*, Madrid, 2011, p. 218.

tos pertenecientes a esa religión que se erigen en destinatarios de la norma acordada. Pero en el caso del Estado constitucional, reconocedor y garante en plenitud de los derechos fundamentales y las libertades públicas, cabe consecuentemente preguntarse, como así lo han hecho algunos autores, si el concordato puede igualmente contemplarse, bajo esa misma óptica, como norma de reconocimiento y tutela de los derechos civiles de quienes están llamados a ser sus exclusivos destinatarios.

La pregunta está ciertamente justificada, pues es lícito pensar que, en principio, en un régimen de libertades como el que se deriva del Estado constitucional, no hay necesidad alguna de reconocer y tutelar, por la vía acordada, los derechos civiles de quienes profesan esta u otra religión, dado que tales derechos están ya debidamente amparados por la Constitución y las disposiciones dictadas en su desarrollo, y seguramente es esta la idea que está en el trasfondo de la afirmación que se realiza en el Preámbulo del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales de 1979, en el sentido de que la Iglesia debe evitar cualquier discriminación o situación privilegiada —lo que no impide, dicho sea de paso, la instauración en ese mismo acuerdo de un régimen privilegiado para la enseñanza de la religión católica en la escuela pública, mediante la articulación de un derecho de prestación del que carecen quienes profesan otras religiones—.

Así pues, aceptada esta premisa, al menos por mi parte, el objetivo del Concordato en nuestro ordenamiento jurídico ha de ser necesariamente otro, ajeno desde luego a la tutela de aquellos aspectos que conforman las condiciones básicas de ejercicio de los derechos fundamentales o el desarrollo de su contenido esencial, ya adecuadamente satisfecha en el sistema constitucional de derechos y libertades.

Sin embargo, no lo ve así, por ejemplo, R. Navarro-Valls, quien partiendo de la tradicional concepción del concordato como norma de garantía de derechos civiles en materia religiosa, pese a reconocer que ello no resulta estrictamente necesario considera no obstante razonable, actualmente, que las iglesias traten de obtener, por la vía concordada, lo que este autor denomina un *refuerzo suplementario de sus espacios de libertad*⁸. Y con este sonoro eufemismo parece quedar en el aire la inquietante duda acerca de si el reconocimiento de las liber-

8 Cfr. R. NAVARRO-VALLS, «El principio de cooperación y la laicidad del Estado», en J. MARTÍNEZ-TORRÓN (Ed.), *Estado y religión en la Constitución española y en la Constitución europea*, Granada, 2006, p. 42.