

EL DESARROLLO POSTCONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA (1)

Por ALEJANDRO TORRES GUTIÉRREZ

SUMARIO

RESUMEN.—I. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA MATERIA.—II. EL DESARROLLO LEGAL DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA Y EL SISTEMA DE ACUERDOS: II.1. *El Sistema de Acuerdos*. II.2. *La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*.—III. LA DISTORSIÓN ENTRE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL Y LA PRAXIS LEGAL. SUPUESTOS CONCRETOS: III.1. *El problema de la personalidad jurídica de las minorías religiosas en España*. III.2. *El sistema educativo y la cuestión religiosa*. III.3. *Las relaciones económicas entre el Estado y las confesiones religiosas minoritarias*: III.3.A. Cooperación económica directa. III.3.B. Cooperación económica indirecta. III.4. *El modelo matrimonial*. III.5. *Regulación jurídica de determinados supuestos de objeción de conciencia*: III.5.A. El descanso semanal. III.5.B. Tratamientos médicos. III.6. *Regulación de la asistencia religiosa en centros públicos*. III.7. *Régimen registral de los inmuebles de titularidad eclesiástica*.—IV. CONCLUSIONES. EL AGOTAMIENTO DEL MODELO DE LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA. HACIA UN MODELO DE DERECHO COMÚN.

RESUMEN

La entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 supuso una redefinición del modelo de relaciones entre el Estado y las Confesiones Religiosas, abandonando el tradicional modelo de confesionalidad, para inaugurar,

(1) Trabajo realizado con cargo a la financiación obtenida del Ministerio de Educación y Cultura, dentro del Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento. Proyecto de Investigación: PB98-1108-C04-02, dirigido por el Profesor DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, de la Universidad Complutense de Madrid.

al menos desde una perspectiva teórica, otro caracterizado por la neutralidad del Estado. En nuestro estudio abordaremos las principales deficiencias que presenta nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en lo relativo al desarrollo que de las previsiones constitucionales hace la legislación ordinaria, intentando poner de relieve las insuficiencias que presenta el modelo esbozado en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, desde una doble perspectiva: 1) La neutralidad del Estado, proclamada en el artículo 16.3 CE. 2) La igualdad de los individuos, haciendo una especial referencia a aquellas personas que no se integran en la confesión religiosa mayoritaria.

I. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA MATERIA

Para hacer un más exacto diagnóstico de los eventuales problemas que van a suscitarse, resulta de enorme interés proceder a analizar los principios constitucionales vigentes en el modelo de relaciones entre el Estado y las Confesiones Religiosas en España en nuestros días. La larga tradición confesional española, sufre una quiebra con la Constitución de 1978, en cuyo artículo 16.3 se manifiesta que *ninguna confesión tendrá carácter estatal*, que conlleva la separación entre la Iglesia y el Estado, por lo que en términos *constitucionales* no puede hablarse en puridad de confesión mayoritaria y confesiones minoritarias.

Por otro lado conviene no perder de vista el contenido del artículo 14 de la Constitución, en cuya virtud queda prohibida cualquier discriminación por motivos religiosos.

Si aceptamos el pacífico postulado que afirma que la Constitución parte de una óptica *personalista*, a diferencia del modelo *institucionalista* de la dictadura del General Franco, y que consecuentemente en nuestra Carta Magna el individuo ocupa el centro del ordenamiento jurídico, cabría preguntar a la Constitución en primer lugar por cómo son los individuos y a continuación sobre cómo se define al Estado:

1) Los ciudadanos en lo relativo al derecho fundamental de libertad religiosa:

a) Según el artículo 16.1 de la Constitución gozan de plena libertad a la hora de ejercer el derecho fundamental de libertad ideológica, religiosa y de culto, sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del *orden público* protegido por la Ley.

A esta redacción cabe objetar la mención al *orden público*, que es un concepto jurídico indeterminado, que sobre la experiencia histórica muy bien puede introducir en todos nosotros el miedo a que el derecho funda-

mental de libertad ideológica y religiosa pueda quedar vacío de contenido y legitimarse de este modo eventuales arbitrariedades administrativas. Este innegable *riesgo* puede quedar *atenuado* e incluso puede llegar a *anularse* si dotamos a este límite del *orden público* del contenido de ser mera traducción de los valores constitucionales.

Sin embargo esta crítica no debe empañar el gran avance que supuso en la historia de nuestro constitucionalismo el artículo 16.1 de nuestra Carta Magna, pues fue la primera vez en que se reconoce la libertad ideológica y religiosa con toda su plenitud en un texto constitucional sin necesidad de recurrir a la *pudiventa* solución de 1869, en que se reconocía en primer lugar la libertad religiosa a los extranjeros y sólo a continuación se hacía lo propio con los nacionales, *si es que hubiere alguno que no fuere católico*, y sin *necesidad* tampoco de provocar una guerra civil, como ocurrió en 1936, aunque en este caso la culpa no fuera sólo del texto constitucional de 1931, cuanto de la poco acertada legislación de desarrollo y la escasa, por no decir nula, *clarividencia* de la clase política de la época.

b) Además por aplicación del artículo 14 de la Constitución los españoles son iguales ante la Ley en este punto, de manera que no cabe discriminación por motivos religiosos. Obsérvese que la redacción literal del artículo 14 es contundente, al afirmar que *los españoles —todos— son iguales ante la Ley*.

La Constitución pudiera haber dicho que sólo *algunos* españoles serían iguales ante la Ley, por ejemplo los pertenecientes a la Confesión Religiosa mayoritaria, o sólo los pertenecientes a cuatro confesiones religiosas, pongamos por caso las cuatro que han firmado a día de hoy un acuerdo de cooperación con el Estado: católicos, evangélicos, musulmanes y judíos. Pero sin embargo la Constitución emplea la fórmula genérica *los españoles*, y la consecuencia del empleo de esta fórmula genérica es evidente: iguales ante la Ley lo son *todos* y no *algunos*.

Históricamente no todos los españoles fueron iguales ante la Ley a la hora de ejercer su derecho a la libertad religiosa, no fue así ni en la Edad Media, ni durante el Antiguo Régimen, cuando el Estado hacía *profesión de fe*, afirmando que existía una única religión verdadera, la católica. Hubiera sido posible optar por esa otra solución, pero no fue así, y por ello es preciso extraer todas las consecuencias que de ello se deriva.

2) Si preguntamos por cómo se define al Estado, el artículo 16.3 de la Constitución opta por decir que el Estado no es confesional, o para ser más exactos, se afirma que *ninguna confesión tendrá carácter estatal*.

Obsérvese que la Constitución dice muy claro que *ninguna* confesión tendrá carácter estatal, pudiera haber dicho perfectamente que una única

confesión —por ejemplo la Católica—, tendría carácter estatal, o que sólo 2, 3 ó 4. Pero sin embargo dijo muy claro que *ninguna* gozaría de tal carácter.

El tener muy presente cuál es la redacción literal de la Carta Magna supone un punto de partida imprescindible para el desarrollo de nuestro trabajo. En este sentido advertimos que nuestro enfoque será deliberadamente *positivista*, en el sentido que partiremos del tenor literal de la Constitución como punto de partida irrenunciable, sin que ello suponga de nuestra parte un juicio de valor sobre el que esa redacción sea, o no, *la mejor* de todas las posibles, nos *limitamos* a aceptarla como el punto de partida al que se llegó a resultas de un consenso constitucional, el mismo que tuvo como fruto la redacción actual del Título II o del Título VIII de la Constitución, de no fácil elaboración, y sobre cuya idoneidad no entramos a juzgar, pese a que de ello ni debe desprenderse que nos merezca el juicio subjetivo de ser la *mejor* solución a la forma de Estado y a la estructuración territorial del mismo, ni por otro lado deba inducir a nadie a la menor sospecha sobre nuestra lealtad hacia la voluntad mayoritariamente manifestada por los ciudadanos en todos estos puntos.

II. EL DESARROLLO LEGAL DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA Y EL SISTEMA DE ACUERDOS

II.1. *El Sistema de Acuerdos*

Pese a la contundente definición del principio de igualdad contenida en el artículo 14 de la Constitución Española, cabe preguntarse si no se dan en la práctica auténticas discriminaciones desde el momento en que determinadas confesiones religiosas gozan de marcos estatutarios privilegiados, nacidos de un Acuerdo con el Estado español, como ocurre con los católicos (2), y los protestantes (3), judíos (4) y musulmanes (5), acuerdos a los que no han accedido el resto de confesiones religiosas (6).

(2) Acuerdos de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos, Asuntos Económicos, Enseñanza y Asuntos Culturales y Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos.

(3) Ley 24/1992, de 19 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

(4) Ley 25/1992, de 19 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

(5) Ley 26/1992, de 19 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

(6) J. A. SOUTO PAZ: «Relevancia jurídica de las minorías religiosas», en J. DE LUCAS MARTÍN (coord.): *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 137.

Los Acuerdos de 1979 entre el Estado y la Iglesia Católica regulan una serie de materias *sensibles*:

- 1) La asistencia religiosa en centros públicos: instalaciones militares, hospitales y prisiones.
- 2) La cooperación económica del Estado con la Iglesia Católica (7):
 - a) La mal llamada asignación tributaria en el IRPF.
 - b) Los beneficios fiscales a la Iglesia Católica.
- 3) Los asuntos educativos y la enseñanza religiosa.
- 4) Ciertas cuestiones jurídicas, especialmente las relativas al reconocimiento de sentencias dictadas por los tribunales eclesiásticos en causas matrimoniales.

Estos acuerdos presentan cuatro grandes peculiaridades:

1) A diferencia de lo que ocurre con los de 1992 firmados con las confesiones religiosas minoritarias, se *asimilan* a Tratados Internacionales, lo cual implica que su régimen de modificación, derogación y suspensión, es el previsto para los Tratados Internacionales en el artículo 96 de la Constitución.

2) Su interpretación se hará de forma conjunta por el Estado y la Iglesia Católica.

3) Por otro lado la Iglesia no ha reconocido un tribunal superior que pueda juzgarla, como por ejemplo el Tribunal Internacional de Justicia, en una tradición que procede desde la Edad Media. Esto plantea una situación insólita, imaginemos qué ocurriría si dos sujetos firmasen por ejemplo un contrato de arrendamiento, y una de las partes, el arrendador o el arrendatario decidiera unilateralmente que no va a reconocer a ningún tribunal el poder conocer en las eventuales disputas que se puedan suscitar durante la vida del contrato.

4) Son sólo *formalmente* postconstitucionales. La Constitución se sancionó por el Rey el día 27 de diciembre de 1978, y se publicó y entró en vigor el día 29. Pues bien, los Acuerdos con la Iglesia Católica llevan fecha de 3 de enero de 1979, resultando materialmente imposible el que la negociación pudiera cerrarse en tan sólo cinco días, de los cuales alguno era festivo.

El principal problema que plantea los Acuerdos de 1979 es que muchas de sus cláusulas no son susceptibles de interpretación alguna que sea conforme a la Constitución, y en otras ocasiones es la Iglesia Católica la que se

(7) Sobre este tema pueden consultarse: Desde una perspectiva histórica: A. TORRES GUTIÉRREZ: *Iglesia y Fisco en la Historia de España*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 2000, 622 págs. Respecto al derecho vigente en España: A. TORRES GUTIÉRREZ: *Régimen Fiscal de las Confesiones Religiosas en España*, Editorial Colex, Madrid, 2001, 312 págs.

opone a cualquier interpretación de los mismos que sea conforme a la Constitución, algo que es especialmente patente en el caso del Acuerdo de Asuntos Culturales en lo referido a:

1) La impartición de la enseñanza de la religión en condiciones *equiparables* al resto de las asignaturas curriculares, algo que choca con el principio de separación Iglesia-Estado, pues no se puede exigir a un Estado en que *ninguna confesión tendrá carácter estatal*, que el adoctrinamiento religioso en un determinado dogma corra por cargo y cuenta del Estado, y que pueda llegar a tener repercusión en el expediente académico del alumno en circunstancias de competitividad de expedientes.

2) La peculiar situación de los profesores de religión católica, que son pagados por el Estado, pero que sin embargo son contratados y despedidos —o para ser más precisos: *no son renovados*— al libre arbitrio de los ordinarios católicos, y para los que el hecho de contraer matrimonio con un divorciado, mantener una relación extramatrimonial, divorciarse o casarse civilmente, pueden ser causas suficientes de despido, o si se prefiere, de *no renovación*, de una relación contractual que como hemos dicho consiste en adoctrinar en los dogmas de un concreto credo religioso, con cargo a dinero público, en un Estado cuya Carta Magna niega la confesionalidad del mismo.

II.2. *La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, desarrolla el derecho fundamental de libertad religiosa en España. La primera reacción de un cierto sector de la Iglesia Católica consistió en afirmar que la misma no se le aplicaba, por regirse la Iglesia en sus relaciones con el Estado por medio de los Acuerdos de 1979.

Cabría cuestionarse seriamente la legitimidad de la previsión contenida en el apartado 1.º del artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, de establecer el tamiz de un *notorio arraigo* para que una confesión religiosa en función de su *ámbito y número de creyentes*, pueda suscribir un acuerdo de cooperación con el Estado, que le garantice el acceso a un estatuto particular, al que no podrán acceder las confesiones religiosas minoritarias que carecen de tal *notorio arraigo*.

El concepto de *notorio arraigo* ha tenido una serie de consecuencias que sólo con benevolencia pueden ser calificadas como *nefastas*. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que introduce un enorme riesgo de discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de la Administración, y que incluso puede llegar a consolidar un modelo de Estado *pluriconfesional* por la vía

de los hechos. Nótese que no hemos afirmado que por ello el modelo de Estado deba de ser calificado como *pluriconfesional*, nos hemos limitado a advertir del riesgo de la consolidación de esta nota, pero teniendo meridianamente claro que el Estado es laico, neutral y no confesional.

De este modo, estos estatutos jurídicos, producto de una normativa convencional, carecerán de los caracteres de *generalidad* y *objetividad*, para pasar a configurarse a partir de las notas de *singularidad* y *subjetividad*. De ahí, a la consagración de un principio de discriminación de los individuos y de los grupos, en función de sus creencias religiosas, sólo queda un paso (8).

De hecho cabría cuestionarse la viabilidad lógica de esta técnica de relación, la del sistema de acuerdos, atendiendo a sus propios orígenes, pues surgieron en una situación bien diferente a la actual: en un momento de tensión o conflicto entre la Iglesia y el Estado, con el objetivo de proceder a un recíproco intercambio de contrapartidas, algo que quizás no sea operativo en una situación como la actual, en que se parte de un modelo de neutralidad en cuanto a la estructura interna del Estado, por lo que sería más útil optar por un modelo de derecho común, aplicable con carácter general a todas las confesiones religiosas, por el mero hecho de su inscripción registral, pues a diferencia de lo que ocurre en Italia, en España no existe una constitucionalización del principio de bilateralidad, al modo de los artículos 7 y 8 de su vigente Constitución.

La *solución adoptada* implica la necesidad de tener un *notorio arraigo* para acceder al modelo de *acuerdos*, lo que ha llevado a situaciones que calificaríamos como *pintorescas*, si no encubrieran ataques frontales a derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos y a la propia definición constitucional del Estado y de los derechos de los particulares:

1) No deja de llamar la atención el incluir a los ortodoxos entre los evangélicos (9). Ello se explica mejor si se advierte que la Iglesia Ortodoxa no presenta casualmente ninguna situación *a priori* de *desconfianza* desde un punto de vista social, ni de los poderes públicos.

2) Sin embargo los Testigos de Jehová no han accedido al sistema de acuerdos, ni han conseguido el reconocimiento de su *notorio arraigo* por parte del Estado, pese a que la opinión de muchos expertos parece apuntar a ello.

He de reconocer que este no es un trabajo realizado por un sociólogo, pero me resisto a creer que existan en España razones objetivas para recono-

(8) J. A. SOUTO PAZ: «Relevancia jurídica de las minorías religiosas», en J. DE LUCAS MARTÍN (coord.): *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 137.

(9) ANA FERNÁNDEZ CORONADO: *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación*. Civitas, Madrid, 1995, págs. 52 y 53.

cer un acuerdo a los ortodoxos, y no a los Testigos de Jehová. En cualquier caso el investigar si en España es mayor el número de ortodoxos o el de Testigos de Jehová no deja de ser una *anécdota*, o si se prefiere, un mero *dato estadístico*, porque lo realmente importante es que los *españoles* —todos— son iguales ante la Ley por imperativo del artículo 14 y que *ninguna* —no una, ni cuatro...— tendrá carácter estatal (10).

Los acuerdos de 1992 regulan las relaciones del Estado con evangélicos, judíos y musulmanes, no son tratados internacionales sino leyes ordinarias. Su interpretación se hará unilateralmente por el Estado. En el fondo sobre los mismos pende la sombra histórica de la *tradición concordataria* católica, pero aplicada a las minorías religiosas, con un eventual riesgo de introducir soluciones pluriconfesionales, que dejen fuera de la cobertura del principio de igualdad a las confesiones religiosas que por las razones que sean, no accedan a los mismos.

El resto de las Confesiones Religiosas pertenecerán a uno de estos dos grupos:

1) O al de las meramente inscritas en el Registro Especial de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, que gozan de personalidad jurídica, y poco más, y cuyos fieles son en esta materia ciudadanos de tercera categoría.

2) O al de las que ni siquiera han podido acceder a ese Registro, por lo que pueden encontrar serios problemas para ver reconocida su personalidad jurídica, con el consiguiente riesgo de incurrir en inseguridad jurídica y discrecionalidad administrativa. Estaríamos ante ciudadanos de cuarta categoría.

III. LA DISTORSIÓN ENTRE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL Y LA PRAXIS LEGAL. SUPUESTOS CONCRETOS

III.1. *El problema de la personalidad jurídica de las minorías religiosas en España*

Pese a que en teoría en España rige el principio de no discriminación por motivos religiosos, en virtud del artículo 14 de la Constitución, en nuestro ordenamiento jurídico puede distinguirse perfectamente entre aquellas confesiones religiosas sujetas sin más al derecho común de asociaciones, y aquellas que por el contrario gozan de un derecho especial, con un estatuto

(10) A la crítica del modelo de acuerdos se dedicó el número 0 de la Revista *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, dirigida por el Profesor DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ, y que aglutinó los trabajos de muchos especialistas de Derecho Eclesiástico del Estado de las Universidades públicas españolas.

jurídico más favorable, y dentro de las cuales a su vez hay que distinguir varias categorías:

1) El régimen de la Iglesia Católica, que goza del conjunto de privilegios reconocidos en los Acuerdos de 1979.

2) La situación de las confesiones religiosas que suscribieron los Acuerdos de 1992: evangélicos, judíos y musulmanes.

3) El resto de confesiones que no gozan de acuerdo con el Estado pero que han accedido al Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.

4) E incluso cabría tener en cuenta un cuarto caso, que abarcaría a aquellos colectivos de naturaleza religiosa, que no se encontrasen inscritos en el Registro especial de confesiones religiosas del Ministerio de Justicia, sino en el de asociaciones

Para poder acceder a este Registro especial se precisan los siguientes requisitos (11):

1) No contradicción con ninguno de los elementos del orden público.

2) Contar con un significativo número de miembros.

3) Probar que tiene naturaleza y fines religiosos.

De hecho la previsión del artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, en virtud de la cual quedan fuera del ámbito de su protección las actividades, finalidades y entidades ajenas a lo religioso, ha solido ser base suficiente en la práctica para dar cobertura a la aplicación por parte de la Administración, de un concepto de religión muy próximo al de religión judeo-cristiano, especialmente cuando se trataba de grupos *bajo sospecha* de la opinión pública, produciéndose con frecuencia una inversión de la carga de la prueba, al desplazarse la misma sobre el grupo que debe probar su naturaleza religiosa, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico americano.

Cabe dudar de la constitucionalidad de la exigencia de calificación sustancial para poder proceder a la inscripción en el Registro de una entidad religiosa, pues introducir *elementos extraños* pudiera ser tachado de inconstitucional, porque la calificación registral debe atenerse exclusivamente a la constatación de los requisitos formales legalmente exigidos, pues la Constitución no exige una calificación sustancial de los requisitos para proceder a la misma, que de producirse, pudiera conllevar sin duda con suma frecuencia una lesión del derecho fundamental de asociación (12).

(11) D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ: «Derecho de la Libertad de Conciencia», *Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 576.

(12) J. A. SOUTO PAZ: *Comunidad Política y libertad de creencias. Introducción a las*

La doctrina (13) ha criticado el que el artículo 5 de la LOLR configure la inscripción en el Registro Especial de Entidades Religiosas con carácter constitutivo, al afirmar que *las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro Público*, cuando en el artículo 22 de la Constitución, se declara que la inscripción registral de las asociaciones sólo se produce a efectos de publicidad, al afirmar en su párrafo 3.º que *las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad*. Tal vez ello sea una muestra de la desconfianza del poder público hacia determinados movimientos religiosos atípicos de carácter minoritario, lo que provoca este *reforzamiento* de los requisitos exigidos para el acceso al registro de las confesiones religiosas minoritarias, y que repercute indirectamente en el ulterior goce de los beneficios que el registro conlleva.

La Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación de 22 de marzo de 2002, aplicable a las asociaciones especiales, como las confesiones religiosas, no sólo como Derecho supletorio, sino también como *Derecho común mínimo*, niega a la Administración competencia para denegar la inscripción por algo que no sean defectos advertibles en los documentos que deben presentarse como el acta fundacional y estatutos, sin que pueda extenderse más allá. Exige únicamente tres personas para la constitución de la Asociación y respecto a los fines de la misma se limita a exigir que se especifiquen y sean calificados por la propia entidad solicitante cuya buena fe se presume. Se sustituye el *reconocimiento* por la *declaración*, con la correspondiente inversión de la carga de la prueba en contra, que deberá correr ahora a cargo de la Administración. En cuanto a la denegación de la inscripción por apreciación de indicios de delito la nueva Ley niega que la Administración tenga tal competencia en supuesto alguno y atribuye esa competencia en exclusiva a los jueces y Tribunales.

III.2. *El sistema educativo y la cuestión religiosa*

Tal vez sea ésta una de las vías más importantes de influencia social de la Iglesia Católica, la confesión religiosa mayoritaria en España.

Libertades públicas en el Derecho Comparado, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pág. 539.

(13) J. A. SOUTO PAZ: *Comunidad Política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades públicas en el Derecho Comparado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pág. 538.

Desde esta perspectiva llaman la atención dos elementos:

1) El enorme peso de la Iglesia Católica en España en cuanto al control de la educación privada en España, que pone bajo gestión de manos eclesiásticas millones de euros en concepto de conciertos educativos. Muchas cuestiones cabría plantearse a este respecto, algunas de ellas no del todo *políticamente correctas*, como la opacidad que a veces parece transmitir el régimen de contratación del profesorado en los colegios privados, en un sistema en que los criterios de *mérito, capacidad y publicidad* muy bien podían ser reforzados.

2) El extraordinario peso que tradicionalmente ha tenido la enseñanza de la religión católica en España, pese a los esfuerzos legislativos por adecuar nuestro derecho positivo a los principios constitucionales a lo largo de la última década, tendente a disminuir su peso específico en los currículos escolares, descompensado durante todo el franquismo, potenciando la voluntariedad del estudio de la enseñanza de la religión católica, y desterrando el carácter obligatorio y evaluable que tuvo durante la dictadura, e intentándose redefinir el estatuto jurídico del profesorado de religión, en el sentido de desvincularlo de la administración para pasar a depender de las respectivas confesiones religiosas.

Es cuando menos *dudoso* que sea una competencia del Estado el asumir el adoctrinamiento dogmático religioso de sus ciudadanos, en un Estado en que *ninguna* confesión tendrá carácter estatal. En países con una mayor separación entre el Estado y las Confesiones Religiosas, el adoctrinamiento religioso queda circunscrito a la esfera de la familia, y no es una tarea de la escuela pública.

¿Cómo explicar el principio de igualdad y no discriminación en este punto, respecto a los ciudadanos que no están adscritos a ninguna de las cuatro confesiones religiosas que suscribieron un acuerdo de cooperación con el Estado?

Se hace imprescindible distinguir entre la religión entendida como *hecho cultural* y como *dogma*:

1) La religión entendida como hecho cultural bien puede ser objeto de estudio en uno o varios cursos académicos, esos conocimientos contribuirían sin duda a la correcta formación de todos los menores.

La vertiente histórica del fenómeno religioso, como la ética o la formación en los valores constitucionales son útiles a *todos* los menores, no sólo a los que deciden no acudir a la clase de educación en el dogma.

2) Otra cosa más que dudosa es que el adoctrinamiento dogmático sea una competencia del Estado. Para quienes sostienen lo contrario, les preguntaríamos qué ha sido del *muro de separación*, implícito en la afirmación del

artículo 16.3 de la Constitución, por el que *ninguna confesión tendrá carácter estatal*.

Es inaceptable que circunstancias extraacadémicas que pertenecen a la vida privada de los profesores de religión, como el hecho de contraer matrimonio, divorciarse o separarse, que constituyen el núcleo esencial de su *dignidad* como persona, puedan influir en su relación laboral como docentes, pagados por el Estado, pero contratados y despedidos libremente por los órganos confesionales.

Los profesores de religión no pueden ver menoscabado no sólo la dignidad como personas que les reconoce la Constitución, sino tampoco su derecho fundamental a la *intimidación*. Recordemos cómo en caso de aparentes colisiones entre derechos fundamentales el Tribunal Constitucional se ha mostrado partidario de armonizar en la medida de lo posible ambos derechos, acudiendo a criterios de proporcionalidad, de forma que nunca un derecho pueda verse vaciado de contenido. En este campo sin embargo son muchas las *dudas* fundadas que en conciencia se nos plantean.

No faltarán quienes deliberadamente construyan un *muro de separación* lo suficientemente bajo para no herir intereses creados, ni romper con la tradición histórica o el pretendido sentir de una real o supuesta mayoría sociológica. Quizás no se den cuenta que de ahí a la confesionalidad histórica o sociológica, sólo hay un paso.

Cuando menos *dudamos* que la formación en el dogma religioso sea una *prestación* del Estado. Mientras que el artículo 16.3 de la Constitución afirma rotundamente que *ninguna confesión tendrá carácter estatal*:

1) Difícilmente tendrá cabida dentro del sistema educativo público la financiación del adoctrinamiento religioso.

2) Menos aún que sea calificable esa educación. *Evaluabilidad* que sin embargo parece ser una consecuencia natural del artículo IV del Acuerdo de Asuntos Culturales de 1979, según el cual *la enseñanza de la doctrina católica... en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales*. Ello nos induce a dudar de la propia constitucionalidad del artículo IV del Acuerdo de Asuntos Culturales de 1979.

3) En ningún caso el que eventualmente unos alumnos reciban la formación en la doctrina religiosa escogida por sus padres o tutores, dará derecho a éstos, o menos aún a los poderes públicos, a decidir sobre cómo invierten el tiempo lectivo el resto de alumnos.

III.3. *Las relaciones económicas entre el Estado y las confesiones religiosas minoritarias*

III.3.A. *Cooperación económica directa*

En este campo, la distinción fundamental a la hora de estudiar los regímenes existentes se establece entre la Iglesia Católica y el resto de Confesiones religiosas, pues sólo aquélla tiene acceso a la asignación tributaria en el IRPF.

Lo cierto es que el privilegio concedido a la Iglesia Católica encuentra una muy difícil justificación desde la perspectiva constitucional, desde el momento que según el artículo 16.3 de la Constitución, *ninguna confesión tiene en España, carácter estatal*, que hace inexplicable la perpetuación en el tiempo del sistema de asignación tributaria en el IRPF en su favor, cuando en el párrafo 5.º del artículo 2 del Acuerdo de Asuntos Económicos de 1979, la Iglesia Católica *declaró su propósito de lograr por sí misma los recursos suficientes para la atención de sus necesidades*.

Fue precisamente ese carácter *transitorio* (14), lo que motivó su no concesión a las Confesiones que suscribieron los Acuerdos de 1992, pese a que especialmente los evangélicos y musulmanes estaban interesados en ella (15), y ello pese a que no han faltado quienes piensan que esta *interinidad* va a prolongarse durante décadas (16). Se ha llegado a afirmar por Souto que *los hechos parecen descubrir otras intenciones* y que *la Iglesia española, tal vez por la desidia de los católicos españoles o por la propia incapacidad de convocatoria de la jerarquía parece renunciar a conseguir esta meta final de la autofinanciación* (17).

(14) D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ: «Los Acuerdos y el principio de igualdad; Comparación con los Acuerdos con la Iglesia Católica y situación jurídica de las confesiones sin acuerdo», en *Acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias. Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Marcial Pons, Barcelona, 1994, Madrid, 1996, pág. 202.

(15) Las pretensiones de las comunidades islámicas iban dirigidas incluso a conseguir un sistema de dotación directa por parte del Estado, que encontró la frontal negativa del Gobierno, por su manifiesta inconstitucionalidad. A. FERNÁNDEZ CORONADO: *Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación (los pactos con las confesiones: Leyes 24, 25 y 26 de 1992)*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 56, 89 y 93.

(16) M. PÉREZ LUQUE: «El Impuesto sobre la Renta y la Asignación Tributaria a la Iglesia», en *Revista Técnica Tributaria*, núm. 6, 1989, págs. 121 y 125.

(17) J. A. SOUTO PAZ: «Prólogo» al libro: C. PRESAS BARROSA: *El clero católico en el derecho español. Dotación, asignación tributaria, ¿autofinanciación?*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1998, pág. 15. A. TORRES GUTIÉRREZ: «La asignación tributaria en España. Una quiebra del principio de laicidad del Estado», *Boletín de la So-*

A pesar del tiempo transcurrido desde 1978, la cooperación económica directa del Estado con la Iglesia Católica se mantiene, como si se tratara de una más de las empresas públicas endémicamente deficitarias que han lastrado durante décadas los presupuestos generales del Estado.

Cuando a la hora de realizar su declaración de la renta se pregunta al ciudadano si desea atribuir el 0,52 por 100 de su cuota tributaria al Estado, a la Iglesia Católica, a ambos o a ninguno de los dos, en realidad estamos ante una pregunta *retórica*, pues la Iglesia Católica tiene garantizado *a priori* un mínimo mensual que a lo largo de 2001 (18) ha sido de 1.812.167.000 pesetas, es decir, 10.891.343 euros, que equivalen a 21.746 millones de pesetas anuales y para el año 2002 (19) ha ascendido a 11.109.169,99 euros mensuales, que equivalen a 22.180 millones de pesetas al año, cuyo cobro ha tenido garantizado por la Ley de Presupuestos, aunque no se llegue a esa cifra en las declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, como efectivamente ha venido sucediendo. Baste recordar que en el ejercicio fiscal de 1999 sólo se recaudaron por la Iglesia Católica 14.747 millones y en el de 2000 únicamente 16.262 millones de pesetas, por lo que en realidad no estamos ante un modelo de *asignación tributaria*, sino de verdadera *dotación presupuestaria*. La disposición adicional vigésimo tercera de la Ley de PGE para 2003, ha prorrogado este modelo para 2003, 2004 y 2005, previendo que para el final de este período pueda prorrogarse o revisarse el porcentaje y suprimirse el carácter de mínimo de los pagos a cuenta.

La disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley de PGE para 2004 ha fijado la cuantía mínima de los pagos mensuales para el año 2003 en 11.331.353 euros (1.885.378.500 pesetas) que equivalen a 135.976.236 euros anuales (22.624.542.003 pesetas).

El artículo II.5 del Acuerdo de Asuntos Económicos de 1979 dice que la Iglesia *declara su propósito de lograr por sí misma los recursos suficientes para sus necesidades*. Ese propósito manifestado en 1979 aún no ha sido puesto en práctica, ni exigido por ninguno de los gobiernos democráticos que se han ido turnando en el poder durante casi un cuarto de siglo.

ciudad Española de Ciencias de las Religiones, núm. 12, diciembre de 1999, Sociedad Española de Ciencias de las Religiones, Madrid, 1999, págs. 24 a 33.

(18) «Apartado 1 de la Disposición Adicional Vigésima primera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2001», *BOE de 29 de diciembre de 2000*.

(19) «Apartado 1 de la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2002», *BOE de 31 de diciembre de 2001*.

III.3.B. *Cooperación económica indirecta*

Nuevamente aquí encontramos una diversidad de regímenes, que encuentra un muy difícil acomodo a los principios constitucionales, y que sólo encuentra su explicación en la desidia del legislador o en la inercia de la historia.

Derogado el viejo privilegio del artículo XX del Concordato de 1953, que establecía la inmunidad fiscal de la dotación presupuestaria al clero prevista en el artículo XIX del mismo, de manifiesta inconstitucionalidad por vulneración, entre otros, de los artículos 14, 16 y 31 de la Constitución, ha desaparecido el principal núcleo de inmunidad fiscal en la imposición directa del que gozó la Iglesia durante casi tres décadas.

El fundamento general al régimen de beneficios fiscales a favor de las confesiones religiosas hay que encontrarlo en el derecho fundamental de libertad religiosa, y en la imposibilidad de penalizar a los ciudadanos creyentes, respecto a los no creyentes, cuando los primeros desean poner en práctica sus propias creencias, en el ejercicio de su citado derecho fundamental. Pero subyacen numerosos tratos de favor que benefician a la Iglesia, muchos de ellos de imposible justificación a la luz de los principios constitucionales, pues con frecuencia los mismos suponen poner en duda el principio de laicidad del Estado.

Pongamos como botón de muestra los siguientes:

1) En materia de fiscalidad estatal indirecta, destacan dos cuestiones: la *no sujeción a los impuestos sobre... el gasto o consumo*, y por tanto al IVA, de las adquisiciones de *objetos destinados al culto —católico—*, contemplada en el artículo III, apartado c) del AAE de 1979, así como el problema de la subrogación del IVA respecto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, a partir de 1986, en buena parte de las exenciones previstas para las transmisiones de inmuebles a título oneroso, en el artículo IV.1.C) del Acuerdo de Asuntos Económicos, siempre que *los bienes o derechos adquiridos se destinen al culto, a la sustentación del clero, al sagrado apostolado o al ejercicio de la caridad*.

Se plantea un claro conflicto (20):

(20) DE JUAN, LÓPEZ IRANZO, ZURDO: *El IVA en España*, Madrid, 1985, pág. 43; J. M. GARCÍA MARGALLO: *El IVA: Reglamento consultas y contabilización*, Madrid, 1986, págs. 72 a 73; E. GONZÁLEZ GARCÍA: «Régimen Fiscal y subvenciones a las Instituciones de la Iglesia Católica», en *Constitución y Acuerdos Iglesia-Estado. Actas del II Simposio Hispano-Alemán*, Universidad Pontificia de Comillas en Madrid, Madrid, 1988, pág. 299; J. F. PONT CLEMENTE: *La exención tributaria*, Madrid, 1986, pág. 156, y A. TORRES GUTIÉRREZ: «Consideraciones generales sobre el Régimen Fiscal de las Confesiones Religiosas en España», *Revista*

a) Las exenciones perturban la mecánica del IVA, al tratarse de un impuesto en que el sujeto exento lo es respecto de sus actividades (entrega de bienes, prestaciones de servicios e importaciones), pero no respecto a sus adquisiciones.

b) La normativa comunitaria sobre armonización fiscal en materia de IVA, y más concretamente la VI Directiva, recoge un *numerus clausus* de exenciones tributarias en este impuesto, entre las que no se encuentra ésta.

La Comisión de las Comunidades Europeas, con fecha 23 de noviembre de 1989 dirigió un escrito de queja a la Representación permanente de España en la Comunidad, por considerar que los beneficios fiscales de la OM del Ministerio de Hacienda de 29 de febrero de 1988 (21), y la Resolución de la Dirección General de Tributos de 14 de marzo de 1988 (22), que desarrolla-

de Contabilidad y Tributación, diciembre de 1996, núm. 165, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1996, págs. 75 a 88.

(21) Publicada en el BOE de 12 de marzo de 1988. Su apartado 3.º indicaba:

En aplicación de lo establecido en el artículo III, letra c), del Acuerdo antes mencionado, estarán no sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido las entregas o importaciones de objetos destinados exclusivamente al culto por el adquirente o el importador siempre que las correspondientes adquisiciones o importaciones se efectúen directamente por las Entidades a que se refiere el apartado segundo, letra a) de esta Orden, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.º, número 5 del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

La no sujeción quedará condicionada a que el adquirente aporte al sujeto pasivo que realice las entregas un documento justificativo de la naturaleza y el destino al culto de los objetos adquiridos expedido, según proceda, por el Ordinario del lugar, o el Superior o Superiora provincial correspondiente.

En los casos de importación, el importador deberá presentar en la Aduana el documento justificativo a que se refiere el párrafo anterior.

Cuando el sujeto pasivo que realice la entrega esté sometido al régimen especial del recargo de equivalencia, la Delegación o Administración de Hacienda de su domicilio fiscal procederá a realizar la devolución, del recargo soportado en la adquisición de los bienes entregados, previo expediente en que se acredite la procedencia de la misma.

Las solicitudes de devolución se referirán al año natural inmediato anterior. No obstante, podrá solicitarse la devolución al término de un trimestre natural, cuando el importe acumulado a devolver haya superado en el curso del mismo la cuantía de 25.000 pesetas.

Serán admisibles las solicitudes de devolución correspondientes a un periodo de tiempo inferior al año siempre que dicho periodo concluya el día 31 de diciembre.

El plazo para la presentación de dichas solicitudes será el de los veinte primeros días naturales del mes posterior al periodo a que se refieran.

(22) Publicada en el BOE de 23 de marzo de 1988, y que contesta a la Consulta Vinculante sobre si están sujetas a IVA las entregas e importaciones de objetos destinados al culto, ratificando la doctrina de la Orden Ministerial de 29 de febrero de 1988 al resolver:

Primero. Estarán sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido las entregas e importaciones de objetos de culto, tales como altares, sagrarios, cálices, copones, custodias, cru-

ban el artículo III, C) del AAE, no se encontraban incluidos en la VI Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 17 de mayo de 1977, de armonización de la legislación de los estados miembros en materia de impuestos sobre la cifra de negocios. La argumentación del Gobierno español se limitó a que el AAE constituía un compromiso previo al ingreso de España en la CEE en 1986 (23).

La respuesta dada por el Gobierno español, peca de indudable debilidad y obliga a replantearnos en el futuro la conveniencia de acudir a estas fórmulas pacticias o pseudopacticias, a la hora de regular las relaciones entre el Estado y las Confesiones Religiosas.

Todo ello sin entrar a considerar si el beneficio afecta a los bienes muebles o también a los inmuebles, como algunos han pretendido, o si hace referencia a los bienes que sólo puedan destinarse teleológicamente a funciones culturales, o por el contrario son susceptibles de otros usos alternativos, con lo que la fiscalización de eventuales fraudes, pudiera brillar por su ausencia.

Ello sin contar con el problema de las transmisiones de viviendas destinadas a la residencia de los clérigos —*sustentación del clero*—, declaradas exentas del ITP —y por tanto del IVA— por aplicación del artículo IV.1.c) del Acuerdo, que es un privilegio del cual no gozan ni siquiera funcionarios públicos que cumplen un papel destacadísimo en el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la libertad de educación o de información.

El resto de confesiones religiosas —las minorías religiosas, si se prefiere— no gozan de ninguno de estos privilegios atribuidos a la Iglesia Católica

cifijos, imágenes, retablos, lámparas del Santísimo, candeleros, candelabros, bandejas de comunión, incensarios, apagavelas, tecas, trípticos y otras análogas, cuando se efectúen por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

Segundo. No obstante, estarán no sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido las entregas o importaciones de los citados objetos cuando sean destinados por el adquirente o, en su caso, el importador exclusivamente al culto, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el apartado tercero de la Orden de 29 de febrero de 1988, por la que se aclara el alcance de la no sujeción y de las exenciones establecidas en los artículos III y IV del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, respecto al Impuesto sobre el Valor Añadido.

(23) D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la Libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la UCM, Madrid, 1991, 2.ª ed., pág. 909, y A. TORRES GUTIÉRREZ: «Aplicación del IVA a la Iglesia Católica: Estudio del artículo III del Acuerdo sobre Asuntos Económicos de 3 de enero de 1979, entre el Estado Español y la Santa Sede», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, tomo II, Diputació de Castelló, 1999, págs. 875 a 882.

ca, en un país que dice ser laico, y neutral, separado de la Iglesia, y en el que los ciudadanos son iguales ante la Ley.

El problema no se resolvería atribuyendo este beneficio a las confesiones minoritarias (con lo que se perpetuaría la lesión del principio de laicidad), sino suprimiendo este trato de favor de la Iglesia Católica.

2) Especiales dudas de constitucionalidad se plantean a nuestro entender, en otros dos campos de la fiscalidad local, en materia de IBI:

a) La exención del pago del IBI de las viviendas de los ministros de culto católicos, protestantes y musulmanes, de la que no gozan ni siquiera la inmensa mayoría de los servidores públicos.

Piénsese por ejemplo en el caso de un Rector de una Universidad Pública, que es un funcionario público, elegido conforme al procedimiento establecido en una norma jurídica con rango de Ley, y que pese a cumplir también un papel esencial en el desarrollo del derecho fundamental a la educación, no goza de este privilegio y debe abonar el IBI por el disfrute de la vivienda que constituye su residencia particular (como abonaría también el IVA o el ITP y AJD, en caso de adquisición), algo que no hace un ministro de culto católico.

¿Cómo explicar que en un país en que ninguna confesión tiene carácter estatal, los ministros de culto de ciertas confesiones religiosas puedan gozar de un régimen fiscal mejor que el de los funcionarios públicos?

b) La exención en el IBI de los huertos y jardines de titularidad religiosa de aquellas confesiones que han suscrito un acuerdo con el Estado (el resto, las meramente inscritas no gozan de este beneficio, por supuesto), respecto a cuya justificación teleológica —la remoción de obstáculos para la plena realización del derecho fundamental de libertad religiosa— no hemos sido capaces de encontrar explicación alguna.

Tan sólo se me ocurre una explicación, la de la inercia de la historia, que la ha perpetuado en el tiempo desde la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 23 de mayo de 1845, que ya la recogía, con el breve paréntesis de la Ley de Congregaciones Religiosas de 2 de junio de 1933, en cuyo artículo 12.3 se establecía una excepción expresa respecto a los mismos.

3) Todo ello sin olvidar los beneficios fiscales de las confesiones religiosas que han suscrito Acuerdos de Cooperación con el Estado (cuatro por tanto, y no el resto de confesiones religiosas *minoritarias*, meramente inscritas) en materia de contribuciones especiales, pese a que aquí rige el principio de beneficio, y no el de capacidad de pago.

Contribuciones especiales son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes, como consecuencia de la realización de

obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos (24).

La nota diferenciadora clave entre la contribución especial y el impuesto está en que en la contribución especial, además de la existencia de una actividad administrativa específica, es preciso que el desarrollo de esa actividad proporcione una ventaja o beneficio particular al sujeto pasivo (25).

Por ello la doctrina científica (26) ha señalado la dificultad de encontrar una suficiente justificación doctrinal para las exenciones en las contribuciones especiales, *pues si existe un beneficio especial e individualizable como consecuencia del establecimiento de una inversión pública, del establecimiento de un servicio público, etc., que como tal debe rescatar la Hacienda Pública, no debiera concederse exención alguna*. Es por ello que a nosotros se nos antoja que estamos en este supuesto ante un beneficio fiscal un tanto atípico, y que encuentra muy difícil justificación, desde el momento que supone reconocer una evidente inmunidad fiscal subjetiva a las Confesiones Religiosas que han suscrito acuerdos con el Estado, máxime cuando ellas obtienen un beneficio del establecimiento o ampliación de un servicio público, al cual no contribuyen económicamente.

Entendemos que la solución al problema de la financiación de las Confesiones Religiosas debiera venir por la fórmula del incentivo fiscal a las donaciones, mediante deducciones en el IRPF y el Impuesto sobre Sociedades, solución ensayada en las Leyes estatales 30/1994 y 49/2002, y en la Ley Foral 10/1996, aunque sin limitar este beneficio a la firma de un acuerdo con el Estado, sino reconociéndoselo a todas las confesiones escritas.

III.4. *El modelo matrimonial*

Ha sido éste uno de los sectores respecto a los cuales la Iglesia católica más reticencias ha planteado a la hora de defender sus parcelas de control e influencia social, y donde quizás se haya manifestado con carácter más patente en los últimos veinte años, el retroceso que ha experimentado su capa-

(24) Artículo 26.1, letra b), de la Ley 230/1963, General Tributaria. *BOE de 31 de diciembre de 1963*. Y en sentido similar: artículo 28 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales. *BOE de 30 de diciembre de 1988 y 14 de agosto de 1990*.

(25) J. L. PÉREZ DE AYALA y E. GONZÁLEZ: *Derecho Tributario*, I, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 1994, pág. 173.

(26) C. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA: «Régimen Tributario», en J. GIMÉNEZ y MARTÍNEZ DE CARVAJAL y C. CORRAL SALVADOR (coord.): *Iglesia y Estado en España. Régimen Jurídico de sus relaciones*, Rioduero, Madrid, 1980, pág. 207.

cidad de influencia en la sociedad española a la hora de determinar los comportamientos individuales de los ciudadanos.

La primera gran quiebra fue la legalización del divorcio en 1981, hecho que suponía toda una revolución en la sociedad de una época, aunque quizás fuese más que una auténtica revolución social, la manifestación más palpable de la dificultad que el Derecho tiene para ir en contra de los sentimientos imperantes en la sociedad en que debe ser aplicado.

Sin embargo la principal *fractura* que sufre el sistema matrimonial *católico* en España desde la perspectiva de su repercusión civil, se produce un poco antes, cuando se firma el Acuerdo de Asuntos Jurídicos de 1979, en cuyo artículo VI se positiviza la cláusula de ajuste al Derecho del Estado, de las resoluciones eclesiásticas y decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, para que pudieran tener eficacia en el orden civil, *ajuste* que debía ser verificado por el Tribunal civil competente.

Con ello la jurisdicción canónica en la materia queda en buena parte vacía de contenido, y pierde la Iglesia uno de sus más importantes instrumentos de influencia social.

Sin embargo, tal vez por la excesiva influencia que han venido tradicionalmente ejerciendo sobre la configuración civil del matrimonio, los esquemas canónicos en la materia, el ordenamiento civil aún no dé suficiente cobertura jurídica a fórmulas convivenciales atípicas que socialmente se presentan en la praxis cada vez con más frecuencia, fruto de la evolución de la mentalidad de los ciudadanos en esta materia.

Me refiero especialmente a la regulación jurídica de las fórmulas convivenciales *more uxorio* que muestran *atipicidades* en alguno de los elementos esenciales de la institución matrimonial:

1) *Atipicidad subjetiva*: Quizás queden insuficientemente cubiertas por el ordenamiento jurídico nuevas fórmulas de convivencia, cada vez más frecuentes:

a) Como la de los homosexuales, o los transexuales, a los que el corsé del esquema legal: unión de un hombre con una mujer, quizás demasiado rígido, parece no dar una solución suficiente de cara a tutelar consecuencias que desde la perspectiva de la seguridad jurídica y de las más elementales reglas de equidad, parecerían incuestionables, en materia de cobertura de la seguridad social o de derecho sucesorio, e incluso en el marco de la definición de las relaciones paternofiliales y la adopción de menores.

b) O las fórmulas poligámicas, que doctrinalmente se rechazan mayoritariamente por el derecho positivo vigente así como por la doctrina científica española actual, quizás excesivamente imbuidos por un concepto del orden público tomado de una tradición judeo-cristiana, en que la poligamia no

tiene cabida, y que se construye ignorando otros esquemas religiosos y culturales como el musulmán, quizás por ser minoritaria su presencia.

2) *Atipicidad en la forma*, referida a la aún insuficiente cobertura legal desde la perspectiva tuitiva del bienestar material y de la seguridad jurídica de la legislación en materia de parejas en que la convivencia *more uxorio* lo es de hecho, es decir, de aquellas fórmulas convivenciales que huyen de los formalismos a la hora de constituirse.

III.5. *Regulación jurídica de determinados supuestos de objeción de conciencia*

III.5.A. *El descanso semanal*

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 19/1985, de 13 de febrero, abordó el caso de una trabajadora, que se convierte a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, planteándosele un supuesto de objeción de conciencia sobrevenida respecto al día de descanso semanal, en su Fundamento Jurídico 1.º, rechazó la posibilidad de invocar el derecho de libertad religiosa y de conciencia, *por una de las partes contratantes, para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas*, solución criticable sobre la base de diversos argumentos (27):

1) La aparente colisión se presenta entre derechos de diverso rango, pues la trabajadora alega el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa contenido en el artículo 16.1 CE frente al poder de organización del empresario, contenido en el artículo 38 CE, que carece de la naturaleza de derecho fundamental que sí tiene el anterior.

2) Ignora que el artículo 2.1.a) de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, incluye dentro del contenido del derecho de libertad religiosa, el derecho a *cambiar de Confesión o abandonar la que tenía*.

La solución del TC presenta una perspectiva centrada únicamente en términos *contractuales*, cuando este problema sólo puede resolverse desde un enfoque *extracontractual*, pues estamos ante dos derechos uno de los cuales

(27) A. CASTRO JOVER: «La libertad de conciencia y la objeción de conciencia individual en la jurisprudencia constitucional española», en J. MARTÍNEZ-TORRÓN (ed.): *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Granada 13 a 16 de mayo de 1997*, Ed. Comares, Granada, 1998, págs. 167 a 172. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la Libertad de Conciencia. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 298 a 302.

es fundamental, mientras que el otro es meramente constitucional. Debieran haberse seguido los siguientes criterios:

- 1) Conservar en lo posible el contenido sustancial de ambos derechos.
- 2) Aplicar el criterio de proporcionalidad, a la hora de ponderar el correcto equilibrio entre el derecho fundamental de libertad de conciencia del trabajador y el derecho de organización de la empresa del empresario.

III.5.B. *Tratamientos médicos*

Pensemos por ejemplo en el caso de la objeción de conciencia a ciertos tratamientos médicos, especialmente problemática en ciertas minorías religiosas como los Testigos de Jehová, que rechazan frontalmente las transfusiones de sangre, y que es una proyección de su derecho de libertad de conciencia en cuanto derecho a comportarse conforme a sus propias convicciones, repercutiendo todo ello en el ámbito del derecho a la salud y el derecho a la asistencia sanitaria.

La jurisprudencia del TS y del TC, ha descartado por ahora la posibilidad de solicitar el reintegro de los gastos médicos ocasionados como consecuencia de la opción por parte del paciente a favor de técnicas médicas alternativas a las ofrecidas por el sistema sanitario público, más costosas, pero imprescindibles para poder obviar el recurso a transfusiones sanguíneas, frontalmente rechazado por motivos de conciencia.

Castro Jover (28) y Llamazares (29), han criticado esta falta de sensibilidad legal y jurisprudencial, proponiendo una más justa ponderación de los intereses en juego, proponiendo un reintegro de los gastos médicos, siquiera en la cuantía proporcional al coste de la operación de haberse practicado en un centro público, por entender que esta solución es más equitativa desde la perspectiva del principio de igualdad y libertad religiosa.

III.6. *Regulación de la asistencia religiosa en centros públicos*

La entrada en vigor de la Constitución obligó a redefinir el modelo de prestación de la asistencia religiosa en centros públicos, provocando la desa-

(28) A. CASTRO JOVER: «Asistencia sanitaria y libertad religiosa, un supuesto: la denegación de reintegro de gastos médicos a los Testigos de Jehová», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, tomo I, Diputació de Castelló, 1999, págs. 211 a 219.

(29) D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la Libertad de Conciencia. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 306 a 311.

parición del viejo sistema de integración orgánica propio del régimen de utilidad franquista, en virtud del cuál la citada asistencia religiosa, era prestada por individuos que gozaban del estatuto de funcionarios públicos, y que por su puesto sólo beneficiaba a la Iglesia Católica.

Por ello, en la actualidad, tanto respecto a la Iglesia Católica, como respecto a las confesiones religiosas, no cabe optar por un modelo de integración orgánica, por lo que se ha venido a generalizar el modelo de libertad de salida o en su caso de libertad de acceso de los respectivos pastores, que son expresamente recogidos en los Acuerdos de 1992 en sus correlativos artículos 8, respecto a la asistencia religiosa en la Fuerza Armadas, y en sus artículos 9 respecto a la asistencia religiosa en centros o establecimientos penitenciarios, hospitalarios, asistenciales o análogos.

III.7. Régimen registral de los inmuebles de titularidad eclesiástica

Siempre llamó nuestra atención la referencia contenida en el artículo 5.4 del Reglamento Hipotecario, en virtud de la cual se excluía de la inscripción registral, a los templos destinados al culto católico, en lo que parecía constituir una equiparación al régimen aplicable a los bienes inmuebles públicos, que tampoco podían acceder al Registro, y que paradójicamente, lejos de suponer un privilegio a favor de la Iglesia, suponía para la misma la imposibilidad de gozar de las ventajas de la publicidad registral respecto a esos inmuebles que quedaban fuera de la inscripción.

La reciente reforma operada en el Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (30), ha suprimido la excepción contenida en el citado artículo 5.4 por considerarla inconstitucional en su Exposición de Motivos, algo que pese a resultar a todas luces evidente, ha tardado en ser modificado casi veinte años desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978.

La nueva redacción dada por el artículo 1 del citado Real Decreto a los artículos 4 (31) y 5 (32) del Reglamento Hipotecario, viene de este modo a posibilitar el acceso al Registro Hipotecario, de cualesquiera bienes inmuebles de titularidad eclesiástica, así como de los derechos reales constituidos sobre los mismos.

(30) *Boletín Oficial del Estado de 29 de septiembre de 1998.*

(31) *Serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona física o jurídica a que pertenezcan, y por tanto, los de las Administraciones públicas y los de las entidades civiles o eclesiásticas.*

(32) *Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción conforme a su legislación especial.*

Sin embargo, y a nuestro juicio inexplicablemente, se ha dejado escapar la posibilidad de aprovechar esta oportunidad en que se afronta una reforma a fondo de nuestra legislación hipotecaria, para haber procedido a la modificación de los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 304 de su Reglamento, en que se equipara a la Iglesia Católica con el Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho Público, a la hora de facilitar la inmatriculación de bienes inmuebles de titularidad eclesiástica, al legitimarse a los Diocesanos a expedir las certificaciones pertinentes, asimilándoles de este modo a auténticos *funcionarios públicos*.

Cierto es que en su día López Alarcón (33) defendió una supuesta *cláusula de confesión más favorecida*, a resultas de la cual defendía la extensión de este privilegio al resto de confesiones religiosas. Sin embargo no creemos que aprovechar la *vis expansiva* del principio constitucional de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución, ayude a resolver satisfactoriamente el problema (34), porque persistiría el escollo de la incompatibilidad de esta previsión con el principio de laicidad del Estado, contenido en el artículo 16.3 de nuestra Carta Magna, que afirma expresamente que *ninguna confesión tendrá carácter estatal*, fórmula que sin ser la más feliz para definir un estado laico, aporta los parámetros suficientes para establecer una eventual *regla de tres* que resuelva el *problema*, desde el momento en que si ninguna confesión tiene carácter estatal, difícilmente se van a poder atribuir competencias de *cuasi* fedatarios públicos a ninguno de sus miembros, por muy cualificados que éstos sean.

De hecho creemos que nuestra crítica al mantenimiento de estos artículos (35), encuentra apoyo doctrinal y jurisprudencial. Así, autores como García García (36) han sostenido que estos preceptos han perdido toda su razón de ser si se tiene en cuenta lo establecido en los artículos 16.3 de la Constitución y 1.3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

De hecho es trasladable plenamente a esta materia la línea jurisprudencial en que se enmarcan Sentencias del Tribunal Constitucional como la 340/1993, de 13 de mayo, que declaró inconstitucional el *viejo* artículo 76.1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, por

(33) M. LÓPEZ ALARCÓN: «Régimen patrimonial de las Confesiones Religiosas», en VV.AA.: *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Pamplona, 1994, pág. 743.

(34) A lo sumo contribuiría a multiplicarlo.

(35) A. TORRES GUTIÉRREZ: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, de 13 de mayo», en *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Granada, 13 a 16 de mayo de 1997*, Editorial Comares, Granada, 1998, págs. 849 a 856.

(36) J. M. GARCÍA GARCÍA: *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, Madrid, 1990, 2.ª ed., pág. 97.

equiparar a la Iglesia católica con el Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho Público, a la hora de no precisar acreditar la necesidad de ocupación a la hora de desalojar a los inquilinos que ocupasen inmuebles arrendados de titularidad eclesiástica (37).

En la medida que persista el mantenimiento de estos preceptos, se estará contraviniendo claramente la doctrina del Tribunal Constitucional tendente a vedar cualquier confusión entre funciones religiosas y funciones estatales, recogida en el Fundamento Jurídico 4.º, letra *d*) de la Sentencia 340/1993, y el Fundamento Jurídico 1.º de la Sentencia 24/1982 (38).

IV. CONCLUSIONES: EL AGOTAMIENTO DEL MODELO DE LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA. HACIA UN MODELO DE DERECHO COMÚN

Como ha señalado la doctrina (39), para superar las eventuales discriminaciones prestacionales se hace necesario incluir en la legislación general, muchas de las prestaciones reconocidas convencionalmente, tales como la aplicación de un régimen fiscal asimilado al de las entidades sin ánimo de lucro, la inviolabilidad de los lugares de culto, la inclusión de los ministros de culto en el régimen general de la seguridad social, los efectos civiles del matrimonio religioso, etc., dejando el sistema pacticio o convencional exclusivamente para la resolución de problemas específicos y singulares de cada confesión religiosa, que no pueden quedar solucionados desde la legislación general, y que a decir verdad afectarían a ámbitos materiales muy restringidos y de contenido más bien puntual, a título de ejemplo podríamos citar:

- 1) La poligamia islámica.
- 2) Ciertas objeciones de conciencia a tratamientos médicos y al descanso semanal.
- 3) El registro de marcas de ciertas particularidades específicas de la tradición de ciertas confesiones, como las denominaciones *Casher*, y sus va-

(37) Y que determinó la desaparición de este privilegio en el texto de la vigente Ley de Arrendamiento Urbanos de 24 de noviembre de 1994, *Boletín Oficial del Estado de 25 de noviembre de 1994*.

(38) A. TORRES GUTIERREZ: «A propósito de la reforma del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en materia de registro de los bienes inmuebles de titularidad eclesiástica», *Boletín de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones*, núm. 11, julio de 1999, págs. 85 a 87.

(39) J. A. SOUTO PAZ: «Relevancia jurídica de las minorías religiosas», en J. DE LUCAS MARTÍN (coord.): *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 138.

riantes *Kasher*, *Kosher* y *Kashrut*, en el caso de los judíos, o *Halal*, en el caso de los musulmanes (40).

No podemos pasar por alto el alto contenido garantista de la normativa española en materia de reconocimiento y protección de las minorías religiosas, ni minusvalorar el enorme paso adelante que supusieron los Acuerdos de 1992 (41), pero ello no nos puede hacer olvidar la necesidad de plantearnos la situación del resto de minorías religiosas que carecen de un Acuerdo de cooperación con el Estado, ni la necesidad de tomar en consideración las indudables ventajas que presentaría la adopción de un régimen de derecho común a favor de todas las confesiones religiosas, con el que quedarían plenamente salvaguardados el principio de igualdad de todos los ciudadanos y la neutralidad del Estado en esta materia.

Tal vez por ello se haga preciso tomar conciencia de la necesidad de plantearse la conveniencia de adoptar en la medida de lo posible un régimen general de derecho común, que haga que sean plenamente predicables del ordenamiento jurídico español, los principios de neutralidad del Estado e igualdad de todos los ciudadanos, incluidos aquellos individuos que se adhieren a las confesiones religiosas minoritarias, especialmente a aquellas meramente inscritas y que no gozan de un acuerdo de cooperación con el Estado.

Para facilitar la implantación de un modelo de derecho común de corte francés, se haría conveniente comenzar a pensar en el abandono de los cauces pactistas —obviamente con carácter exclusivo de ser favorable a las confesiones con *notorio arraigo*— del artículo 7 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Aunque esto quizás se quede en el campo de las propuestas *de lege ferenda*, y quizás nunca llegue a verse plasmado en Derecho positivo.

Si se nos preguntase por un diagnóstico sobre la situación, diría que se aprecian claros síntomas de *esquizofrenia* ente el tenor literal de la Constitución y el desarrollo legal ordinario. Me atrevería incluso a dar un remedio, que sería la adopción de un modelo de *derecho común* plenamente adecuado a los principios constitucionales. No soy optimista sin embargo respecto a que ésta vaya a ser la evolución del modelo en un futuro próximo.

(40) Pueden verse al respecto los artículos 14 de las Leyes 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueban los Acuerdos de cooperación con la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

(41) J. A. SOUTO PAZ: «Relevancia jurídica de las minorías religiosas», en J. DE LUCAS MARTÍN (coord.): *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 139.