

SILVIA MESEGUER VELASCO  
MARÍA DOMINGO GUTIÉRREZ

(COORDINADORAS)

DIGNIDAD HUMANA, DERECHO  
Y DIVERSIDAD RELIGIOSA

LIRCE - INSTITUTO PARA EL ANÁLISIS DE LA LIBERTAD Y LA IDENTIDAD RELIGIOSA, CULTURAL Y ÉTICA

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

DIGNIDAD HUMANA, DERECHO  
Y DIVERSIDAD RELIGIOSA

# DIGNIDAD HUMANA, DERECHO Y DIVERSIDAD RELIGIOSA

SILVIA MESEGUER VELASCO  
MARÍA DOMINGO GUTIÉRREZ  
(COORDINADORAS)

**LIRCE-INSTITUTO PARA EL ANÁLISIS DE LA LIBERTAD  
Y LA IDENTIDAD RELIGIOSA, CULTURAL Y ÉTICA**

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Madrid, 2023

Primera edición: junio 2023

Con la colaboración y patrocinio de:

ICLARS - International Consortium for Law and Religion Studies  
Proyecto “Consciencia, Espiritualidad y Libertad Religiosa” - Real Academia de  
Jurisprudencia y Legislación de España  
Proyecto HUDISOC - Ministerio de Ciencia e Innovación  
Grupo de investigación REDESOC (Religión, derecho y sociedad) - Universidad Complutense



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

© LIRCE - Instituto para el Análisis de la Libertad y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética  
© Para esta edición. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2023

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO BOE:

Papel: 090-23-105-4

En línea, PDF: 090-23-104-9

En línea, ePUB: 090-23-103-3

ISBN: 978-84-340-2938-5

Depósito legal: M-17442-2023

Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid



## ÍNDICE GENERAL

	Páginas
<i>Autores participantes en la obra</i> .....	9
<i>Presentación</i> .....	11
<b>Primera parte: Doctrina jurídica y acción política en la evolución de la libertad religiosa en culturas jurídicas de matriz latina</b>	
1. Rafael Navarro-Valls, <i>El desarrollo del Derecho Eclesiástico del Estado en España: una mirada retrospectiva</i> .....	15
2. Rinaldo Bertolino, <i>Il Diritto ecclesiastico italiano</i> .....	31
3. Carmen Asiaín Pereira, <i>Libertad religiosa y política. Una mirada desde dentro</i> .....	51
4. M. <sup>a</sup> Elena Pimstein Scroggie, <i>Creencias y proceso constitucional chileno</i>	83
<b>Segunda parte: Acomodación del pluralismo religioso en diferentes entornos sociales</b>	
5. Irene María Briones Martínez, <i>Los delitos de odio frente a la libertad de religión y de creencias</i> .....	109
6. Ángel López-Sidro López, <i>Adhan y libertad religiosa</i> .....	133
7. Elena García-Antón Palacios, <i>Dignidad, libertad religiosa y neutralidad ideológica en los movimientos olímpico y paralímpico</i> .....	153
<b>Tercera parte: El Derecho canónico como parte integrante de la cultura jurídica occidental</b>	
8. Silvia Meseguer Velasco, <i>Igualdad y prohibición de discriminar en el ordenamiento canónico</i> .....	175

	Páginas
9. Geraldina Boni, <i>La «cooperatio omnium christifidelium» tra obbligo e diritto-dovere di denuncia</i> .....	193
10. María Domingo Gutiérrez, <i>La trascendencia del Derecho canónico en el proceso de unificación europea</i> .....	219
11. Carlos M. Morán Bustos, <i>Critología en materia probatoria canónica</i> .....	237
<b>Cuarta parte: Algunas consecuencias de la autonomía de las instituciones religiosas en el derecho español</b>	
12. Enrique Herrera Ceballos, <i>La libertad de elección de centro educativo en el marco constitucional español y su vinculación con el ejercicio de la libertad religiosa</i> .....	257
13. Mónica Montero Casillas, <i>Inscripción registral de bienes de entidades religiosas mediante certificación</i> .....	283
14. Víctor Moreno Soler, <i>La creciente preocupación en torno al fanatismo religioso: tendencias y regulación actual en el ámbito penitenciario</i> ....	301
15. José Alfaro Berenguer, <i>El confesor como testigo en el proceso penal de abusos sexuales a menores en la Iglesia Católica en España</i> .....	327

## AUTORES PARTICIPANTES EN LA OBRA

**Rafael Navarro-Valls**, Catedrático Emérito y Profesor de Honor Vitalicio de la Universidad Complutense; Vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y Presidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica.

**Rinaldo Bertolino**, Catedrático Emérito de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado y ex-Rector de la Universidad de Turín. Académico de Honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Miembro de la Academia de las Ciencias de Turín.

**Carmen Asiaín Pereira**, Doctora Profesora en la Universidad de Montevideo; Miembro del Consejo Ejecutivo del ICLARS (*International Center for Law and Religion Studies*). Senadora de la República, Uruguay.

**M<sup>a</sup> Elena Pimstein Scroggie**, Abogado, Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Directora del Centro UC Derecho y Religión.

**Irene M<sup>a</sup> Briones Martínez**, Catedrática en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, y co-Presidenta de la Sección de Derecho Canónico del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

**Ángel López-Sidro López**, Profesor Titular y Director del Departamento de Derecho Público y Común Europeo en la Universidad de Jaén; Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

**Elena García-Antón Palacios**, Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional en la Universidad Europea de Madrid, y Profesora Asociada en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

**Silvia Meseguer Velasco**, Profesora Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y Vicepresidenta de LIRCE-Instituto para el Análisis de la Libertad Religiosa y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética.

**Geraldina Boni**, Catedrática de Derecho Canónico, Derecho Eclesiástico del Estado e Historia del Derecho Canónico en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia.

**María Domingo Gutiérrez**, Profesora Contratada Doctora en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

**Carlos M. Morán Bustos**, Decano del Tribunal de la Rota de España y Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

**Enrique Herrera Ceballos**, Profesor Contratado Doctor en la Universidad de Cantabria, miembro de la Asociación Española de Canonistas y encargado de la planificación académica de la Cátedra Prevención Cantabria.

**Mónica Montero Casillas**, Abogada. Licenciada en Derecho Canónico y co-Presidenta de la Sección de Derecho Canónico del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

**Victor Moreno Soler**, Profesor Contratado Predoctoral (FPU) en el Departamento de Derecho Romano y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Valencia y Secretario Académico del Máster Universitario en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible de la Universidad de Valencia.

**José Alfaro Berenguer**, Profesor interino y Doctorando en Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de Cádiz.



## PRESENTACIÓN

Este libro tiene su origen en algunas ponencias que se presentaron en el Sexto Congreso del ICLARS (*International Consortium for Law and Religion Studies*) celebrado en Córdoba (España), del 19 al 21 de septiembre de 2022. El Congreso fue organizado por LIRCE (Instituto para el Análisis de la Libertad y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética), que actuó en colaboración y con el patrocinio del Proyecto «Consciencia, Espiritualidad y Libertad Religiosa» de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España; la Universidad de Córdoba; la Universidad Internacional de Andalucía (UNIA); el grupo de investigación REDESOC (Religión, Derecho y Sociedad) de la Universidad Complutense en coordinación con el Proyecto de investigación HUDISOC (PID2019-106005GB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación; y otras instituciones locales y regionales, públicas y privadas. El Comité Organizador del congreso estuvo presidido por el profesor Javier Martínez-Torrón, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y actual presidente del ICLARS.

Bajo el tema general *Dignidad humana, derecho y diversidad religiosa: diseñando el futuro de sociedades interculturales* se analizó cómo la noción de dignidad humana, que constituye el eje central de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, puede contribuir a crear un terreno de entendimiento común entre concepciones antagónicas de los derechos humanos que tienen incidencia en el ámbito de la libertad de religión y creencia. Un título similar, *Dignidad humana, derecho y diversidad religiosa*, preside los quince capítulos que componen este volumen, los cuales se estructuran en cuatro partes.

La primera se dedica a contribuciones que, desde la perspectiva de la doctrina jurídica y la acción política, analizan la evolución de la libertad religiosa con especial atención a las culturas jurídicas que hunden sus raíces en países pertenecientes a lo que podríamos considerar la vertiente latina de la tradición jurídica continental-europea o romano-canónica (o, según la terminología típica del derecho angloamericano, la tradición de la *Civil Law*). Son los trabajos de los profesores Rafael Navarro-Valls, Rinaldo Bertolino, Carmen Asiaín Pereira y M.<sup>a</sup> Elena Pimstein Scroggie. La segunda parte agluti-

na estudios que se centran en analizar algunos de los numerosos conflictos concretos que tienen su origen en la necesaria acomodación del pluralismo religioso en las sociedades contemporáneas, en diferentes entornos sociales. A esta segunda parte pertenecen las aportaciones de los profesores Irene M.<sup>a</sup> Briones Martínez, Ángel López-Sidro López y Elena García-Antón Palacios. La tercera parte del libro sitúa el foco de atención en un derecho religioso, como es el Derecho canónico, que constituye parte integrante y esencial de la cultura jurídica de Occidente, tanto en su versión continental-europea como angloamericana (*Common Law*). Esta parte incluye las contribuciones, realizadas desde perspectivas diferentes, de los profesores Silvia Meseguer Velasco, Geraldina Boni, María Domingo Gutiérrez y Carlos M. Morán Bustos. En la última parte, se abordan algunas cuestiones que se refieren al encaje, necesario y no siempre fácil, de la autonomía de las instituciones religiosas en el ordenamiento jurídico español; cuestiones que han adquirido notable importancia en España en los últimos años, y que tocan ámbitos tan distintos como el educativo y el penitenciario, la inmatriculación de los bienes eclesiásticos y la posición del confesor como testigo en el proceso penal. En concreto, se trata de los trabajos de los profesores Herrera Ceballos, Montero Casillas, Moreno Soler y Alfaro Berenguer.

Las aportaciones de esta obra colectiva han de entenderse a la luz de otro volumen colectivo que, con el título *Cultura, identidad, religión y derecho: una perspectiva interdisciplinar*, y basado igualmente en ponencias presentadas en el Sexto Congreso del ICLARS, ha sido coordinado por los profesores Rafael Palomino Lozano y Belén Rodrigo Lara, y publicado también por la Editorial del Boletín Oficial del Estado en paralelo con este.

En fin, deseamos expresar aquí nuestro agradecimiento al profesor Javier Martínez-Torrón por haber impulsado este proyecto editorial; a la Editorial del BOE, por haber comprendido la importancia de esta clase de estudios jurídicos, y por su inmejorable disposición y agilidad de funcionamiento para que estos volúmenes pudieran ver la luz en el menor tiempo posible y con su acostumbrada calidad editorial; y a la profesora Mercedes Murillo Muñoz, subdirectora general de Libertad Religiosa del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, por su valiosa ayuda y sus buenos oficios al facilitar el contacto inicial con la Editorial del BOE.

Silvia Meseguer Velasco  
María Domingo Gutiérrez  
Madrid, enero de 2023

PRIMERA PARTE

**DOCTRINA JURÍDICA Y ACCIÓN  
POLÍTICA EN LA EVOLUCIÓN DE LA  
LIBERTAD RELIGIOSA EN CULTURAS  
JURÍDICAS DE MATRIZ LATINA**

# El desarrollo del Derecho eclesiástico del Estado en España: una mirada retrospectiva

RAFAEL NAVARRO-VALLS

SUMARIO: 1.- Unos comienzos singulares. 2.- Consolidación académica. 3.- Ampliación de horizontes metodológicos. 3.1 Derecho angloamericano y jurisprudencia. 3.2 Derecho internacional y europeo. 3.3 Derecho iberoamericano. 4.- Todavía una observación final.

## 1. UNOS COMIENZOS SINGULARES

El Derecho eclesiástico del Estado en España tiene unas raíces científicas y un florecimiento político. Permítaseme explicar brevemente, antes que nada, algunas circunstancias que no siempre aparecen en los habituales escritos de la doctrina jurídica.

En realidad, el Derecho eclesiástico del Estado como sistema referido a nuestro país tiene su origen en el verano de 1979. Naturalmente, no ignoro que antes se habían producido trabajos importantes cuya temática podría incluirse en esta denominación (por ejemplo, de los profesores Isidoro Martín Martínez y José Maldonado, entre otros)<sup>(1)</sup>. Y tampoco

---

<sup>(1)</sup> El profesor Isidoro Martín Martínez promovió un interesante libro publicado por el Instituto de Estudios Políticos en 1972: *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*; dentro de esa obra, comienza a apuntarse una nueva orientación de los estudios de Derecho eclesiástico en los trabajos de Alberto Bernárdez, *Problemas generales de Derecho Eclesiástico del Estado*, y de Alberto de la Hera, *La ciencia del Derecho eclesiástico en Italia* (notas para su recepción en España), en las páginas, respectivamente, 19 ss. y 75 ss. El profesor Maldonado comenzó a escribir, en 1948, en la

pongo en cuestión que lo importante que fue el Derecho eclesiástico italiano en los primeros años del desarrollo de esta disciplina jurídica en España. Hasta tal punto que, como afirmé en otra ocasión, hubo un momento en «que en esta materia fuimos más italianos que los propios italianos».<sup>(2)</sup>

Lo que sucedió en 1979 es que cinco profesores universitarios – Pedro Lombardía, Mariano López Alarcón, José María González del Valle, Pedro Juan Viladrich y yo mismo– se aislaron en un albergue cercano al Pirineo aragonés y diseñaron el esquema y los capítulos de un libro, cuyas características se aproximaban más a las de un tratado breve que a las de un manual para alumnos, que se publicó en 1980 con el nombre de *Derecho eclesiástico del Estado español*. Era un texto provisional. Entre otras cosas, porque buena parte de las normas que analizamos surgieron bajo el imperio de unos principios distintos de los establecidos por la Constitución de 1978, recién promulgada. Lo cual nos planteaba no pocos problemas de interpretación e incluso dudas sobre la constitucionalidad de algunas de esas normas. Problemas análogos a los que nos planteaban los recién aprobados Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español, que sustituían al Concordato de 1953, y parte de cuyo articulado presentaba cierta oscuridad o ambigüedad de significado y una deficiente técnica de redacción.

Deberé volver sobre este evento, no sin antes advertir que los autores podrían haber pasado también a la historia como los primeros «mártires del Derecho Eclesiástico»... Por aquellas fechas, ETA –una organización terrorista española que cerraría su actividad criminal con un balance de casi mil personas asesinadas– había lanzado una ofensiva veraniega de atentados. Se entiende así que los jóvenes juristas fueran de vez en cuando visitados en su albergue por alguna patrulla de la Guardia Civil –un prestigioso cuerpo de las fuerzas de seguridad de España– para cerciorarse de nuestro estado de salud.

Afortunadamente, salimos indemnes y el libro se publicó en enero de 1980, sirviendo de pauta –constituía una base doctrinal mínima, pero necesaria– para ulteriores manuales de Derecho eclesiástico del Estado en España. Por eso he hecho notar que esa primera edición del libro

---

*Revista Española de Derecho canónico*, una crónica de legislación y jurisprudencia eclesiástica, bajo el título «Reseña de Derecho del Estado sobre materias eclesiásticas»; iniciativa que sería continuada posteriormente por los profesores Bernárdez y Portero. Además, la ley de libertad religiosa de 1967 había atraído la atención de parte de la canónica, como lo muestran algunos artículos publicados por Carlos Corral con una específica atención al Derecho extranjero: «La ley española de libertad religiosa ante el Derecho comparado en Europa Occidental», en *Revista Española de Derecho canónico* (1967), pp. 623 ss., y «Valoración comparada de la legislación española de libertad religiosa», en *Revista Española de Derecho canónico* (1968), pp. 315 ss.

<sup>(2)</sup> Cfr. R. NAVARRO-VALLS, *Diritto canonico e cultura giuridica spagnola*, en «Scienza giuridica e diritto canonico» (a cura di R. Bertolino), Torino, 1991, p. 88.

redactado en los Pirineos, seguida de cerca por una segunda edición que resultaba obligada por importantes cambios legislativos, puede calificarse como uno de los pilares del Derecho eclesiástico del Estado español. Posteriormente, ese libro, con un contenido simplificado para adaptarlo a su uso como manual para alumnos, bajo la dirección de Javier Ferrer y con la incorporación de Juan Fornés, ha sido reeditado en numerosas ocasiones.<sup>(3)</sup>

## 2. CONSOLIDACIÓN ACADÉMICA

Antes he dicho que el florecimiento del Derecho eclesiástico del Estado en España trae su causa también en un factor político. Por encima de las normas legislativas que lo introducen, tal vez a los participantes en este congreso puede serles de interés conocer la otra parte del tapiz.

En una reunión de subsecretarios, previa a un Consejo de Ministros y celebrada en torno a marzo de 1985, se puso en cuestión la pervivencia de la asignatura Derecho canónico en los planes de estudio de las facultades de Derecho, pese a su inveterada tradición. Previendo ese funesto desenlace, algunos catedráticos de la asignatura habíamos iniciado meses antes una campaña entre los rectores de todas las universidades españolas para que, al menos, si el Derecho canónico desaparecía, se convirtiera en asignatura troncal una asignatura denominada Derecho eclesiástico del Estado, de contenido, por entonces, enigmático para muchos profesores de otras áreas de conocimiento jurídicas. La campaña tuvo éxito y, efectivamente, el plan de estudios creado por el Real Decreto 1424/1990 (BOE de 20 de noviembre de 1990) estableció como troncal esa asignatura para todas las facultades de Derecho de España, asignándole una docencia de al menos cuatro créditos (que fue aumentada por voluntad propia en muchas universidades españolas). Según el correspondiente anexo al Real Decreto, la descripción de su contenido era la siguiente:

La tutela de la libertad religiosa en el Derecho español y comparado. Reflejos jurídicos (enseñanza, matrimonio, asistencia religiosa, objeción de conciencia). Régimen jurídico de las relaciones entre el Estado y las Iglesias y confesiones religiosas.

---

<sup>(3)</sup> La 1ª edición del *Derecho eclesiástico del Estado español*, publicada en Eunsa, Pamplona, aunque concluida en diciembre de 1979, lleva fecha de 1980. La 2ª ed. fue publicada en 1983. La última edición (6.ª) ha sido reimprimida en varias ocasiones, y los autores preparan una nueva edición cuando se escriben estas páginas.

En su virtual totalidad, la doctrina jurídica entendió que la sustancia del Derecho eclesiástico del Estado español pivotaba sobre lo que ya en la primera edición del libro mencionado llamaba el profesor Viladrich sus «principios informadores», con expresión que se ha consolidado en la literatura jurídica. Esos principios informadores, reconocibles en la Constitución de 1978, eran la libertad religiosa, la laicidad del Estado, la igualdad religiosa ante la ley, y la cooperación del Estado con las confesiones religiosas.

Naturalmente, las versiones que la doctrina española hacía de esas temáticas eran diversas. Por ejemplo, como señaló en su día Javier Martínez-Torrón<sup>(4)</sup>: las episódicas intervenciones de Javier Hervada enfocadas hacia los fundamentos del Derecho eclesiástico español, tratando de rectificar lo que consideraba enfoques inadecuados de la disciplina; la persistencia de Dionisio Llamazares, en las diversas ediciones de su manual, en intentar redefinir de manera amplia el objeto del Derecho eclesiástico en torno a la libertad de conciencia<sup>21</sup>; y las sugerencias de José María González del Valle, que alcanzaron poco eco, acerca de diseñar un Derecho eclesiástico como parte de una «ciencia general sobre la libertad». En todo caso, la doctrina española se centró en los aspectos sustantivos del Derecho eclesiástico del Estado, y prestó una atención muy limitada –y sólo intermitente– a cuestiones que durante años habían atraído esfuerzos incansables –y tal vez no del todo útiles– por parte de la literatura jurídica italiana: la búsqueda de la identidad del Derecho eclesiástico, la fundamentación de su autonomía y de su método propio, la determinación precisa de su objeto<sup>(5)</sup>.

Con enorme rapidez, el Derecho eclesiástico del Estado comenzó a florecer en España con su expansión en más de treinta y cinco universidades a partir de finales de los años 1970 (hoy existen más de ochenta), con la creación de varias prestigiosas revistas (*Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*<sup>(6)</sup>, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*<sup>(7)</sup>,

<sup>(4)</sup> Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el derecho eclesiástico del Estado*, Comares, Granada, 1999, especialmente pp. 70 y ss. En ese mismo libro puede encontrarse un análisis cuidadoso y creativo de la situación y potencial evolución del Derecho eclesiástico español. Los años transcurridos desde entonces han confirmado el acierto de muchas de las intuiciones del autor.

<sup>(5)</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 16 y ss.

<sup>(6)</sup> El *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* desempeñó una función aglutinadora de enorme importancia en esos primeros años, reuniendo en torno a una sola publicación anual a profesores de orientaciones metodológicas e ideológicas muy diferentes. Fundado en 1985 por el profesor Pedro Lombardía tras su incorporación a la Universidad Complutense, tras su prematura muerte en 1986 tomó el relevo durante muchos años el profesor Alberto de la Hera. Vid.: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=E\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_ECLESIASTICO&tipo=R&modo=2](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=E_ANUARIO_DE_DERECHO_ECLESIASTICO&tipo=R&modo=2)

<sup>(7)</sup> La *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, fundada en 2003, tuvo el mérito de ser la primera revista electrónica de esta especialidad jurídica en España, y una de las primeras en el mundo, lo cual le permitió no sólo una mayor flexibilidad editorial, sino también llegar a una audiencia más amplia en todo el mundo. Durante veinte años ha venido publicando tres números anuales, y es considerada en España y en el extranjero un punto de referencia esencial en la disciplina. Vid.: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=2&z=5](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=2&z=5)

*Derecho y Religión*<sup>(8)</sup>, entre otras), además de la inclusión de contenidos de esta disciplina en tradicionales revistas de Derecho Canónico (por ejemplo, *Ius Canonicum* o la *Revista Española de Derecho canónico*), el desarrollo de varias escuelas, y la elaboración de incontables trabajos sobre el Estado y el fenómeno religioso, cuyo impacto en el ámbito internacional iría aumentando y diversificándose gradualmente.

Además, en esos primeros años del Derecho eclesiástico del Estado español, la doctrina jurídica desempeñó una muy importante función orientadora de la legislación y de la jurisprudencia. Algo lógico, pues España era entonces un país sin tradición de respeto de la libertad religiosa y toda esta área del Derecho debía ser reconstruida a la luz de los nuevos principios constitucionales establecidos en 1978. Por eso, y pese a la inveterada costumbre de los tribunales españoles de no citar literatura jurídica, a quien examine con cuidado la jurisprudencia constitucional de aquellos años no le será difícil detectar la impronta de las aportaciones realizadas por profesores españoles de Derecho eclesiástico del Estado.

### 3. AMPLIACIÓN DE HORIZONTES METODOLÓGICOS

Naturalmente, la atención al Derecho español ha sido una constante en los estudios de Derecho eclesiástico en España, y ha producido con los años innumerables y valiosos trabajos. Pero los cultivadores de esta rama del Derecho en nuestro país siempre han mantenido la mirada atenta hacia lo que sucedía más allá de nuestras fronteras. Si en su momento inicial el Derecho eclesiástico español estuvo fuertemente influenciado por las sofisticadas construcciones jurídicas elaboradas por tantos maestros italianos, a partir de mediados de la década de 1980 esa influencia convive, y comenzará luego a difuminarse ante nuevos planteamientos metodológicos que manifestaban la rápida maduración de esta rama del Derecho en España y su proyección hacia tres ámbitos a los que conviene aludir aquí. Me refiero al Derecho angloamericano, al Derecho internacional, y al Derecho iberoamericano.

Detengámonos ante estos tres ríos que afluyen con fortuna en el Derecho eclesiástico del Estado español.

---

<sup>(8)</sup> Más reciente, la revista *Derecho y Religión* publica desde 2006 un número anual de carácter monográfico, cuya coordinación se encarga a uno o más profesores de la especialidad. *Vid.*: <https://derechoyreligion.com>



### 3.1. Derecho angloamericano y jurisprudencia

Respecto al primero, los pioneros del acercamiento al Derecho angloamericano fueron los profesores Javier Martínez Torrón<sup>(9)</sup>, Gloria Morán<sup>(10)</sup>, y Rafael Palomino<sup>(11)</sup>. Por las puertas que ellos abrieron empezaron a transitar enseguida otros profesores españoles, entre ellos Irene Briones<sup>(12)</sup>, Francisca Pérez-Madrid<sup>(13)</sup>, Santiago Cañamares<sup>(14)</sup>, Carmen Garcimartín<sup>(15)</sup>, Zoila Combalía<sup>(16)</sup>, José Ignacio Rubio<sup>(17)</sup>, y Óscar Celador<sup>(18)</sup>.

A este respecto, vale la pena notar que, a pesar del mayor conocimiento de la *common law* que existe ahora en la tradición jurídica continental en comparación con lo que sucedía años atrás, todavía puede detectarse entre los juristas europeos una opinión equivocada sobre la escasez de legislación

<sup>(9)</sup> A él debemos el primer trabajo publicado en España sobre el Derecho norteamericano en esta materia: su amplio estudio titulado «Las objeciones de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 1 (1985), pp. 395-458. *Vid.* también «Separatismo y cooperación en la experiencia jurídica norteamericana», en V. REINA y M.A. FÉLIX (coords.), *Los acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 105-130. En la misma época, sobre temática afín, publicaba otro trabajo que tendría notable impacto dentro y fuera de España: *Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces canónicas de la common law*, Civitas, Madrid, 1991; hay una versión inglesa actualizada: *Anglo-American Law and Canon Law. Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

<sup>(10)</sup> *La protección jurídica de la libertad religiosa en USA*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989; «Religion and media: legal control and regulations. Comparative analysis in Europe and USA», en *Foro* 8 (2008), pp. 13-39.

<sup>(11)</sup> *Las objeciones de conciencia: conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano*, Montecorvo, Madrid, 1994; *Derecho a la intimidad y religión: la protección jurídica del secreto religioso*, Comares, Granada, 1999; *Religión y derecho comparado*, Iustel, Madrid, 2007.

<sup>(12)</sup> «La conciencia religiosa en la "Religious Restoration Act of 1993" y la jurisprudencia norteamericana», en J. MARTÍNEZ-TORRÓN (coord.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Comares, Granada, 1998, pp. 385-402; «Religión y religiones en el Reino Unido. Diez años desde la ley de derechos humanos a la supresión del delito de blasfemia», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 25 (2009), pp. 441-468; *La libertad religiosa en los Estados Unidos de América: un estudio a través del sistema educativo y la educación en familia*, Atelier, Barcelona, 2012.

<sup>(13)</sup> «Eutanasia y laicidad», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 25 (2009), pp. 547 y ss.; «El régimen legal de los lugares de culto en Francia, Italia y en Estados Unidos. Una aproximación de derecho comparado», en J. OTADUY (ed.), *Régimen legal de los lugares de culto. Nueva frontera religiosa*, Eunsa, Pamplona, 2013, pp. 429-473.

<sup>(14)</sup> «Simbología religiosa y separación en los Estados Unidos de América: la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia *Van Orden v. Perry*», en *Persona y Derecho* 53 (2005), pp. 349-384; «La protección de las minorías religiosas en el derecho norteamericano. A propósito de la sentencia *Gonzales v. Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 12 (2006), pp. 1 y ss.; «Derecho y religión en el deporte. La experiencia norteamericana», en S. Meseguer y E. García-Antón (coords.), *Deporte, diversidad religiosa y derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 259-282.

<sup>(15)</sup> *El sistema matrimonial de Estados Unidos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006; «Jueces versus legisladores: un singular conflictos sobre el matrimonio en Estados Unidos», en *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls* (coord. por J. Martínez-Torrón, R. Palomino y S. Meseguer), Iustel, Madrid, 2013, pp. 2239-2257.

<sup>(16)</sup> *Recepción del derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Comares, Granada, 2006; «Libertad de expresión y religión en Estados Unidos y en Europa: dos modos de entender la democracia», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 45 (2017), pp. 1 ss.

<sup>(17)</sup> *La primera de las libertades. La libertad religiosa en los EE. UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, Eunsa, Pamplona, 2006; *Hacia la primera libertad. La libertad religiosa en los EE. UU.: de las colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, Eunsa, Pamplona, 2011.

<sup>(18)</sup> *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento jurídico estadounidense*, Dykinson, Madrid, 1998; *Libertad de conciencia y escuela en Estados Unidos*, Dykinson, Madrid, 2013.

en los ordenamientos angloamericanos. La realidad es que el volumen de producción legislativa en esos países durante ha ido *in crescendo* en las últimas décadas, a un ritmo no muy diferente del europeo. Ello se debe en parte a necesidades prácticas derivadas del *welfare State* (que tiene, por lo demás, perfiles muy diferentes en Estados Unidos y en otros países de *common law* como Reino Unido, Canadá o Australia). Pero se debe aún más, probablemente, a la asimilación de recursos técnicos procedentes de la tradición continental-europea, al igual que, en dirección inversa, la función de la jurisprudencia ha ido cobrando mayor protagonismo en épocas recientes en los derechos europeos por influjo del Derecho angloamericano.

Lo que sí sucede es que en la cultura angloamericana el centro de atención lo constituye principalmente no la legislación, sino la acción de los órganos judiciales y su interpretación de las leyes en la resolución de conflictos singulares. Como se ha hecho notar acertadamente, «se estudia el derecho vivo, y por éste se entiende, en buena medida, la actividad judicial; lo cual viene facilitado, a su vez, por el peso del precedente judicial –doctrina del *stare decisis*–, y por el mayor poder que poseen los tribunales angloamericanos cuando se los compara con los europeos. De ahí que en esos países nunca se hayan identificado mentalmente derecho y norma, ni en la doctrina, ni en la cultura jurídica popular»<sup>(19)</sup>.

La doctrina española, antes mencionada, que ha prestado atención al Derecho angloamericano ha sabido captar esos matices diferenciales entre nuestras tradiciones jurídicas. Y ha sabido también trasladar a nuestra cultura jurídica la viveza de los ordenamientos angloamericanos, donde los tribunales marcan el ritmo al que camina el sistema jurídico. Consecuencia de ello ha sido –sin caer en el error de lo que se han llamado «trasplantes jurídicos»<sup>(20)</sup>, y sin mitificar o idealizar la *common law*– una intensificación en el ámbito español del estudio jurisprudencial del Derecho, que ha aportado savia nueva a los estudios de Derecho eclesiástico del Estado, y también una mayor cercanía a la realidad social, lejos del conceptualismo y la abstracción que, por útiles que hayan sido a la dogmática jurídica, a veces han lastrado la evolución de nuestro Derecho.

Partiendo de la base de que la instancia judicial se halla mucho más cercana que la legislativa a los conflictos interpersonales, que constituyen el verdadero motor del Derecho, los autores españoles de los que vengo hablando han entendido la importancia de contemplar estos conflictos en estado de ebullición –el derecho «en pie de guerra», en la conocida expresión de Ihering– y de buscar vías razonables de solución y también de pre-

<sup>(19)</sup> J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, derecho y sociedad...*, cit. en nota 4, p. 227. Vid. también J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition* (2ª ed.), Stanford University Press, 1985, pp. 19 ss.

<sup>(20)</sup> Vid. al respecto el interesante análisis de LORENA BACHMAIER, «La no-americanización del proceso penal continental europeo: del trasplante a la traducción jurídica en Langer», en *Discusiones* 21,1 (2018), número especial «Culturas Procesales: el Juicio Abreviado» (ed. por A. Donnes), pp. 135-164.

vención. Han sabido captar que el análisis de la jurisprudencia, de indudable utilidad en cualquier área del Derecho, resulta todavía más apremiante en el ámbito del Derecho eclesiástico, por las características de esta especialidad jurídica.

Y es que, como explica con claridad Martínez-Torrón,

[...] la óptica propia del derecho eclesiástico viene determinada por la libertad de religión, de pensamiento y de conciencia, un triple derecho humano cuya formulación legal es ineludiblemente genérica. En materia de derechos humanos no todo es legible. La ley tiende a regular sólo las conductas más tipificadas, y esos amplios espacios de libertad pueden dar origen a comportamientos muy diversos, que no solamente son imprevisibles aun para el más prudente de los legisladores, sino que no raras veces se resisten de suyo a ser regulados de manera abstracta [...]. De ahí la insustituible función de la jurisprudencia para definir el preciso significado y alcance de tales derechos, a medida que debe pronunciarse sobre realidades conflictuales en las que esos ámbitos de libertad individual entran en colisión con otros intereses protegidos por el derecho<sup>(21)</sup>.

Se comprende, por tanto, que la libertad religiosa haya ido experimentando un paulatino proceso de «judicialización»<sup>(22)</sup>, y que parte de los esfuerzos primordiales del eclesiasticista contemporáneo haya de centrarse en el análisis crítico de la jurisprudencia en la materia.

### 3.2. Derecho internacional y europeo

En paralelo con la atención hacia el Derecho angloamericano, y en consonancia con su decidida apuesta comparatista, parte de esa nueva generación de eclesiasticistas españoles percibió la necesidad de que esta área de los estudios jurídicos mantuviera la mirada atenta hacia lo que sucedía en el entorno del Derecho internacional. Algo que, hasta entonces, había ocurrido solamente en relación con esa peculiar parte del ordenamiento internacional que es el derecho concordatario<sup>(23)</sup>.

Dos factores contribuyeron especialmente a alimentar ese filón internacionalista del Derecho eclesiástico español, que comienza a desarrollarse a partir de mediados de la década de 1980.

<sup>(21)</sup> J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, derecho y sociedad...*, cit. en nota 4, pp. 228-229.

<sup>(22)</sup> Me remito, para ulteriores detalles sobre esta idea, a R. NAVARRO-VALLS, «Justicia constitucional y factor religioso», en *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, cit. en nota 12, pp. 30-31.

<sup>(23)</sup> En España, el profesor Carlos Corral prestó especial atención al derecho concordatario en muchos de sus trabajos.

Por un lado, estaba una circunstancia propia de nuestro país en esos momentos. Con pocos años de vigencia de la Constitución, era natural que surgiera, entre algunos de quienes cultivaban una rama del Derecho que pivotaba en torno al derecho fundamental a la libertad de religión y creencia, el interés por fomentar una interpretación de ese derecho fundamental que renunciara enérgicamente a ser «provinciana». En un país con una endémica falta de tradición de democracia y de libertad religiosa, resultaba crucial buscar en el exterior la inspiración, las referencias, para la construcción jurídica del Derecho eclesiástico. La misma lógica que había lanzado a algunos estudiosos a la exploración del derecho comparado en un sentido amplio, extendiéndolo a la cultura angloamericana, les impelía a mirar al Derecho internacional. A pesar del slogan «Spain is different» que se utilizó profusamente en el desarrollismo de la década de 1960 con fines turísticos, cualquier jurista de mente abierta tenía claro que España no podía ser un verso aislado en el contexto internacional.

Esta circunstancia coincidía con un segundo factor que afectaba al propio Derecho internacional. Durante mucho tiempo tras la Declaración Universal y los grandes tratados de derechos humanos que se elaboran tras la Segunda Guerra Mundial, la libertad religiosa recibió en realidad una atención limitada por parte de las instituciones internacionales, y en particular por aquellas que tenían funciones judiciales (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) o cuasijudiciales (como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas). El planteamiento implícito era abstenerse de injerencias en la situación de cada país, incluso aunque esta fuera de patente hostilidad o incluso persecución. De manera que el «mundo civilizado» miraba cautamente hacia otro lado cuando se alzaban voces legítimas que denunciaban la situación de la libertad religiosa en los países del bloque comunista o en algunas naciones de tradición islámica.

El punto de inflexión lo marca la caída del Telón de Acero y el colapso del régimen soviético, que desencadena un «efecto dominó» en Europa y Asia, y que, por lo que se refiere a nuestro entorno continental, parece estar en la raíz de un cambio de actitud en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, si la jurisprudencia de Estrasburgo había replicado la actitud de no injerencia en materia de libertad religiosa de las instituciones internacionales, el Tribunal comprendió que no podía continuar haciendo lo mismo a partir de la masiva incorporación de países del antiguo bloque comunista al Consejo de Europa. De otra manera, se corría el riesgo de que uno de los derechos clave del Convenio Europeo de Derechos Humanos –la libertad de pensamiento, conciencia y religión– resultara seriamente perjudicado en los nuevos países miembros como resultado de una tradición de décadas de hostilidad hacia la libertad religiosa, que ahora podría adquirir tintes nuevos bajo la presión de las iglesias ortodoxas, las cuales iban adquiriendo rápidamente protagonismo político en el nuevo *statu quo* del oriente europeo.

En otras palabras, el Tribunal entendió que sería una locura mantener en un espectro geográfico más amplio situaciones de abuso o discriminación que antes se habían tolerado pacientemente –y quizá imprudentemente– en un pequeño país, Grecia, en la esquina sureste de Europa. Así, desde la sentencia *Kokkinakis*, en 1993<sup>(24)</sup>, el Tribunal de Estrasburgo inicia una nueva andadura en su jurisprudencia y decide –permítaseme la expresión– tomarse finalmente en serio la libertad religiosa reconocida en el artículo 9 del Convenio Europeo. Desde entonces, su jurisprudencia –que sin duda podría ser más consistente y en algunos aspectos más sensible a las características de la libertad religiosa– ha ido en aumento sin cesar<sup>(25)</sup>.

Ese cambio de actitud del Tribunal Europeo se reflejaría después en el más amplio entorno de Naciones Unidas, concretamente en la actuación del Comité de Derechos Humanos, y también en las iniciativas de los relatores especiales sobre libertad de religión y creencia<sup>(26)</sup>. La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), a través de su órgano relativo a la tutela de los derechos humanos (ODIHR, *Office for Democratic Institutions and Human Rights*), desarrolló un interés similar, que se tradujo en la creación de un consejo asesor internacional de expertos independientes en esta materia<sup>(27)</sup>. Además, desde hace ya unos años, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha comenzado a ocuparse de la protección de la libertad religiosa, a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales, con un especial acento en la prevención de la discriminación en entornos laborales y en materia tributaria. Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tradicionalmente reacia a intervenir en estas cuestiones, se ha sumado a esta línea (eso sí, de momento parece que sin demasiado acierto<sup>(28)</sup>).

Debo decir, en honor a la verdad, que una parte de la doctrina española anticipó esos cambios en el ámbito internacional y, junto con algún jurista italiano, fue pionera a nivel global en el estudio de la jurisprudencia inter-

<sup>(24)</sup> *Kokkinakis* c. Grecia, 25 mayo 1993.

<sup>(25)</sup> Vale la pena, en relación con esa jurisprudencia, leer el volumen colectivo publicado con ocasión de los veinticinco años transcurridos desde *Kokkinakis*, y que analiza desde una pluralidad de perspectivas la jurisprudencia del Tribunal durante ese cuarto de siglo: J. TEMPERMAN, T.J. GUNN & M. EVANS (eds.), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief: The 25 Years since Kokkinakis*, Brill, Leiden 2019.

<sup>(26)</sup> Vid.: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-religion-or-belief>

<sup>(27)</sup> Vid.: <https://www.osce.org/odihr/freedom-of-religion-or-belief>. De nuevo aquí los profesores Javier Martínez-Torrón y Rafael Palomino desempeñaron un papel precursor, siendo los primeros expertos españoles en incorporarse a ese consejo asesor, a propuesta, respectivamente del Estado español y de la Santa Sede.

<sup>(28)</sup> Muestra de ello es la sentencia *Sandra Pavez Pavez* c. Chile, 20 abril 2022, que ha sido objeto de numerosas críticas, a mi juicio bien fundadas. Vid. los comentarios escritos por los juristas latinoamericanos Juan Navarro Floria, Alberto Patiño y Tomás Henríquez, en la *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 59 (2022). Vid. también los numerosos escritos *amicus curiae* presentados ante la Corte y publicados en un número especial de la *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión* vol. 1 (2022), disponible en: <https://revistalatederechoyreligion.uc.cl/index.php/RLDR/issue/view/2381>. El caso presentaba perfiles jurídicos análogos a los del caso *Fernández Martínez* c. España ante el Tribunal de Estrasburgo (sentencia de Sala de 15 mayo 2012, y de Gran Sala de 12 junio 2014), pero fue decidido curiosamente en sentido contrario, aparentemente por una falta de comprensión del alcance de la autonomía de las confesiones religiosas en sus relaciones con el Estado.

nacional en materia de libertad religiosa<sup>(29)</sup>. Como era de esperar, esa línea de estudios ha continuado creciendo entre los juristas españoles al hilo de la propia evolución del Derecho internacional, abordando con rigor una inmensa variedad de temas. Así, por espigar sólo algunos ejemplos de entre un campo inmenso, por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, y aparte de los ya mencionados de Martínez-Torrón, están los importantes estudios de Silvia Meseguer en materia de cooperación del Estado con las confesiones religiosas<sup>(30)</sup>, y de María José Valero-Estarellas sobre la noción de neutralidad religiosa del Estado<sup>(31)</sup>. En relación con el Tribunal de Luxemburgo y la Unión Europea, la línea iniciada por Rafael Palomino sobre políticas de no discriminación<sup>(32)</sup> ha sido continuada por los numerosos e incisivos escritos de Santiago Cañamares sobre jurisprudencia del Tribunal<sup>(33)</sup>. Y, desde una perspectiva más amplia, con especial referencia a Naciones Unidas, pueden citarse las valiosas aportaciones de Ana Vega sobre interculturalidad, educación y políticas familiares<sup>(34)</sup>; de Francisca Pérez-Madrid y Zoila Combalía sobre libertad de expresión y discurso de odio antirreligioso<sup>(35)</sup>; o las más recientes de Ángel López-Sidro sobre la conexión entre derecho de asilo y religión<sup>(36)</sup>.

<sup>(29)</sup> Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 2 (1986), pp. 403-496. Del mismo autor, desde una perspectiva más amplia, su amplio capítulo «La protección internacional de la libertad religiosa», en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsá, Pamplona, 1994. Desde 1986, no ha dejado de publicar en la materia en diversos idiomas, con especial atención a la jurisprudencia de Estrasburgo. De momento, sus últimos trabajos son «Freedom of expression, offences to religion and public morals in Strasbourg case law», en M. Elósegui, A. Miron & I. Motoc (eds.), *The Rule of Law in Europe: Recent Challenges and Judicial Responses*, Springer, 2021, pp. 171-198; y «A neutralidade religiosa do Estado na Europa», en B. Sorj & S. Fausto (orgs.), *Religião e democracia na Europa e no Brasil*, Fundação FHC, São Paulo, 2022, pp. 157-196.

<sup>(30)</sup> S. MESEGUER VELASCO, *Financiación de la Religión en Europa*, Digital Reasons, Madrid, 2019.

<sup>(31)</sup> M. J. VALERO ESTARELLAS, *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

<sup>(32)</sup> R. PALOMINO, «La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa», en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época* 9 (2008), pp. 479-500.

<sup>(33)</sup> Vid., entre los últimos, S. CAÑAMARES, «Discriminación laboral por razón de religión en el Derecho comunitario europeo», en *Revista Derecho del Trabajo* (Uruguay) 16 (2017), pp. 49-64; «La relación laboral de los profesores de religión católica en centros públicos ante el Derecho de la Unión Europea», en *La Ley Unión Europea* 102 (2022). El autor aborda esta temática de manera sistemática y minuciosa en un libro que se encuentra en prensa cuando se escriben estas páginas y que me ha hecho la cortesía de poder consultar: *Derecho y religión en la Unión Europea*.

<sup>(34)</sup> A. M. VEGA, *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2002; «Las políticas de familia como “políticas palanca” del desarrollo sostenible y de la consecución del bien común», en *I fondamenti relazionali del diritto di famiglia: un approccio interdisciplinare* (coord. por A. Neri e I. Lloréns). EDUSC, Roma, 2021, pp. 471-494.

<sup>(35)</sup> F. PÉREZ-MADRID, «Incitación al odio religioso o ‘hate speech’ y libertad de expresión», y Z. COMBALÍA, «Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma», ambos en *La libertad religiosa y su regulación legal* (coord. por R. Navarro-Valls, J. Mantecón y J. Martínez-Torrón), Barcelona, 2009, pp. 491-520 y 435-466, respectivamente.

<sup>(36)</sup> A. LÓPEZ-SIDRO, *Dignidad humana, derecho de asilo y factor religioso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

### 3.3. Derecho iberoamericano

Lo anterior es solamente una limitada muestra de un panorama académico tan extenso como variado y valioso. Es lo que permiten las características de esta intervención. Pero debo todavía añadir que la proyección del Derecho eclesiástico del Estado español ha ido más allá, y especialmente desde el cambio de siglo ha iniciado un interesante diálogo con el Derecho iberoamericano, que ha supuesto un mutuo enriquecimiento entre el Derecho español y aquel otro que tiende su sombra desde Río Bravo hasta Tierra del Fuego.

Me limitaré a dar algunos ejemplos unidireccionales.

En el aspecto normativo, la influencia del Derecho eclesiástico del Estado español ha sido importante. Tanto la doctrina jurídica como la legislación española –en especial la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980– han tenido impacto en la producción legislativa de algunos países latinoamericanos, y también en alguna de su jurisprudencia; entre ellos Colombia, Chile, Argentina, Perú, México y Uruguay.

Una tal influencia ha sido posible por la existencia de una relación académica entre españoles y latinoamericanos que data de antiguo. Son muchos los datos que reflejan esa permanente y creciente comunicación intelectual.

Así, las tesis doctorales realizadas por profesores latinoamericanos en España, la mayoría de ellas en la Universidad Complutense y en la Universidad de Zaragoza. Pienso, por ejemplo, en las excelentes memorias de doctorado defendidas por los profesores Graciela Sandoval Vargas (dirigida por mí mismo), Juan Navarro Floria (dirigida por Javier Martínez-Torrón), Jorge del Picó Rubio y Oscar Díaz Muñoz (dirigidas por Javier Ferrer Ortiz), Alberto Patiño Reyes (dirigida por Rafael Palomino), o Cecilia Lizardi Tort (dirigida por Silvia Meseguer).

Además, son muchas las iniciativas académicas en las que esa colaboración intercontinental se hace efectiva: desde proyectos de investigación a congresos o simposios, o los volúmenes colectivos que de ellos se derivan. De hecho, es cada vez más infrecuente encontrar alguna de esas iniciativas en las que no participen simultáneamente profesores de uno y otro lado del Océano Atlántico<sup>(37)</sup>.

Justo es mencionar que, en gran medida, el catalizador de esas relaciones académicas ha sido una prestigiosa institución llena de vitalidad: el Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, fundado en el año

---

<sup>(37)</sup> Un ejemplo relativamente reciente ilustra hasta qué punto esa colaboración aborda temas novedosos a la par que importantes. Me refiero al libro colectivo coordinado por J. MARTÍNEZ-TORRÓN y B. RODRIGO LARA, *Covid-19 y libertad religiosa*, Iustel, Madrid, 2021, en el que colaboraron once profesores latinoamericanos junto con otros profesores españoles y europeos.

2000 en Lima. Consorcio que a un selecto y a la vez nutrido grupo de profesores españoles, que participan de manera activa y regular en las actividades del Consorcio, que giran en torno a sus coloquios anuales<sup>(38)</sup>.

Esa «conexión iberoamericana» no sólo resulta provechosa para españoles y latinoamericanos, sino que, además, está aportando nuevas y muy interesantes perspectivas a un nivel más global, lo cual incluye a instituciones como el propio ICLARS<sup>(39)</sup>. Naturalmente, el orgullo que debe producirnos esas aportaciones no procede de una suerte de «provincianismo latino», sino del hecho de que, en materia de estudios sobre libertad religiosa, la cultura jurídica iberoamericana puede contribuir, y está contribuyendo, de manera muy valiosa al desarrollo de un derecho global que tiende a ser imperceptiblemente «colonizado» por la poderosa maquinaria académica y editorial de matriz angloamericana.

#### 4. TODAVÍA UNA OBSERVACIÓN FINAL

A modo de síntesis, podríamos decir que el Derecho eclesiástico español es hoy un área del estudio del derecho en la que, al tiempo que se desarrolla la dimensión internacional, conviven varias culturas jurídicas: la continental-europea, la angloamericana, y esa singular versión de la tradición continental que es el Derecho iberoamericano. No pienso que haya en este momento ninguna otra área jurídica en España en la que se cultive el Derecho comparado e internacional con mayor diversidad y calidad, y en la que se mantengan relaciones académicas intercontinentales con mayor naturalidad y asiduidad. Ni creo exagerado afirmar que el Derecho eclesiástico español e iberoamericano están llamados a jugar un papel importante a nivel global en los estudios de *Law and Religion*.

La vitalidad, el entusiasmo, y la creatividad de esta rama del Derecho no ofrece dudas. Sólo queda confiar en que, en un clima universitario a veces propicio a elaborar nuevos planes de estudio de mentalidad estrecha y erróneamente utilitarista, esta riqueza no se difumine por culpa de responsables de la gestión universitaria incapaces de valorarla adecuadamente. Esperemos que se reflexione antes de mandar a las catacumbas a una ciencia de resonancias nacionales e internacionales.

---

<sup>(38)</sup> Me remito, para ulteriores detalles, a las páginas de Internet del Consorcio: <http://libertadreligiosa.org>. En 2022 se celebró precisamente el primero de esos coloquios anuales en territorio español, en la ciudad de Córdoba, del 22 al 24 de septiembre.

<sup>(39)</sup> Como se sabe, el ICLARS fue fundado en 2007 por el profesor Silvio Ferrari. Desde su inicio ha tenido varios miembros españoles y latinoamericanos en su comité directivo.



## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Derecho eclesiástico del Estado español* (1.ª ed.), Eunsa, Pamplona, 1980.
- BACHMAIER, L. «La no-americanización del proceso penal continental europeo: del trasplante a la traducción jurídica en Langer», en *Discusiones* 21,1 (2018), número especial «Culturas Procesales: el Juicio Abreviado» (ed. por A. Donnes).
- BERNÁRDEZ, A. «Problemas generales de Derecho Eclesiástico del Estado», en I. Martín Martínez (coord.), *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972.
- BRIONES, I. «La conciencia religiosa en la “Religious Restoration Act of 1993” y la jurisprudencia norteamericana», en J. Martínez-Torrón (coord.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Comares, Granada, 1998.
- BRIONES, I. «Religión y religiones en el Reino Unido. Diez años desde la ley de derechos humanos a la supresión del delito de blasfemia», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 25 (2009).
- BRIONES, I. *La libertad religiosa en los Estados Unidos de América: un estudio a través del sistema educativo y la educación en familia*, Atelier, Barcelona, 2012.
- CAÑAMARES, S. «Simbología religiosa y separación en los Estados Unidos de América: la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia Van Orden v. Perry», en *Persona y Derecho* 53 (2005).
- CAÑAMARES, S. «La protección de las minorías religiosas en el derecho norteamericano. A propósito de la sentencia Gonzales v. Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 12 (2006).
- CAÑAMARES, S. «Discriminación laboral por razón de religión en el Derecho comunitario europeo», en *Revista Derecho del Trabajo* (Uruguay) 16 (2017).
- CAÑAMARES, S. «Derecho y religión en el deporte. La experiencia norteamericana», en S. Meseguer y E. García-Antón (coords.), *Deporte, diversidad religiosa y derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- CAÑAMARES, S. «La relación laboral de los profesores de religión católica en centros públicos ante el Derecho de la Unión Europea», en *La Ley Unión Europea* 102 (2022).
- CELADOR, O. *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento jurídico estadounidense*, Dykinson, Madrid, 1998.
- CELADOR, O. *Libertad de conciencia y escuela en Estados Unidos*, Dykinson, Madrid, 2013.
- COMBALÍA, Z. *Recepción del derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Comares, Granada, 2006.
- COMBALÍA, Z. «Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma», en *La libertad religiosa y su regulación legal*, R. Navarro-Valls, J. Mantecón y J. Martínez-Torrón (coords.), Barcelona, 2009.
- COMBALÍA, Z. «Libertad de expresión y religión en Estados Unidos y en Europa: dos modos de entender la democracia», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 45 (2017).
- CORRAL, C. «La ley española de libertad religiosa ante el Derecho comparado en Europa Occidental», en *Revista Española de Derecho Canónico* (1967).
- CORRAL, C. «Valoración comparada de la legislación española de libertad religiosa», en *Revista Española de Derecho canónico* (1968).
- GARCIMARTÍN, C. *El sistema matrimonial de Estados Unidos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006; «Jueces versus legisladores: un singular conflictos sobre el matrimonio en Estados Unidos», en *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en*

- homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*. J. Martínez-Torrón, R. Palomino y S. Meseguer (coords.), Iustel, Madrid, 2013.
- DE LA HERA, A. «La ciencia del Derecho eclesiástico en Italia (notas para su recepción en España)», en I. Martín Martínez (coord.), *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972.
- LÓPEZ-SIDRO, A. *Dignidad humana, derecho de asilo y factor religioso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- MARTÍN MARTÍNEZ I. (coord.), *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «Las objeciones de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 1 (1985).
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 2 (1986).
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces canónicas de la common law*, Civitas, Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La protección internacional de la libertad religiosa», en AA.VV., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «Separatismo y cooperación en la experiencia jurídica norteamericana», en V. Reina y M. A. Félix (coords.), *Los acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias*, Marcial Pons, Madrid 1995.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Anglo-American Law and Canon Law. Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Religión, derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el derecho eclesiástico del Estado*, Comares, Granada, 1999.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «Freedom of expression, offences to religion and public morals in Strasbourg case law», en M. Elósegui, A. Miron & I. Motoc (eds.), *The Rule of Law in Europe: Recent Challenges and Judicial Responses*, Springer, 2021.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «A neutralidade religiosa do Estado na Europa», en B. Sorj & S. Fausto (orgs.), *Religião e democracia na Europa e no Brasil*, Fundação FHC, São Paulo, 2022.
- MARTÍNEZ-TORRÓN J. Y RODRIGO LARA, B. *Covid-19 y libertad religiosa*, Iustel, Madrid, 2021.
- MESEGUER VELASCO, S. *Financiación de la Religión en Europa*, Digital Reasons, Madrid, 2019.
- MERRYMAN, J. H. *The Civil Law Tradition* (2.<sup>a</sup> ed.), Stanford University Press, 1985.
- MORÁN, G. *La protección jurídica de la libertad religiosa en USA*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- MORÁN, G. «Religion and media: legal control and regulations. Comparative analysis in Europe and USA», en *Foro* 8 (2008).
- NAVARRO-VALLS, R. «Diritto canonico e cultura giuridica spagnola», en *Scienza giuridica e diritto canonico* (a cura di R. Bertolino), Torino 1991.
- NAVARRO-VALLS, R. «Justicia constitucional y factor religioso», en J. Martínez-Torrón (coord.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Comares, Granada, 1998.
- PALOMINO, R. *Las objeciones de conciencia: conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano*, Montecorvo, Madrid, 1994.
- PALOMINO, R. *Derecho a la intimidad y religión: la protección jurídica del secreto religioso*, Comares, Granada, 1999.
- PALOMINO, R. *Religión y derecho comparado*, Iustel, Madrid, 2007.

- PALOMINO, R. «La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa», en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época* 9 (2008).
- PÉREZ-MADRID, F. «Eutanasia y laicidad», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 25 (2009).
- PÉREZ-MADRID, F. «El régimen legal de los lugares de culto en Francia, Italia y en Estados Unidos. Una aproximación de derecho comparado», en J. Otaduy (ed.), *Régimen legal de los lugares de culto. Nueva frontera religiosa*, Eunsa, Pamplona, 2013.
- PÉREZ-MADRID, F. «Incitación al odio religioso o ‘hate speech’ y libertad de expresión», en *La libertad religiosa y su regulación legal* (coord. por R. Navarro-Valls, J. Mantecón y J. Martínez-Toirón), Barcelona, 2009.
- RODRIGO LARA B. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Covid-19 y libertad religiosa*, Iustel, Madrid, 2021.
- RUBIO, J. I. *La primera de las libertades. La libertad religiosa en los EE. UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, Eunsa, Pamplona, 2006.
- RUBIO, J. I. *Hacia la primera libertad. La libertad religiosa en los EE. UU.: de las colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)*, Eunsa, Pamplona, 2011.
- TEMPERMAN, J., Gunn, T.J. y M. Evans (eds.), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief: The 25 Years since Kokkinakis*, Brill, Leiden, 2019.
- VALERO ESTARELLAS, M. J. *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- VEGA, A. M. *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2002.
- VEGA, A. M. «Las políticas de familia como «políticas palanca» del desarrollo sostenible y de la consecución del bien común», en *I fondamenti relazionali del diritto di famiglia: un approccio interdisciplinare* (coord. por A. Neri e I. Lloréns). EDUSC, Roma, 2021.

# Il Diritto ecclesiastico italiano<sup>(\*)</sup>

RINALDO BERTOLINO

SUMARIO: 1.– Il Diritto ecclesiastico delle origini, tra storia e stato. 2.– Il «separatismo giurisdizionalista» dello stato preunitario. 3.– Dall'età «liberale» ai tentativi di secolarizzazione del Diritto ecclesiastico. 4.– La lettura istituzionalistica della religione e il confessionismo dello stato nei patti lateranensi del '29. 5.– Il principio concordatario e il pluralismo confessionale nella costituzione (1948). 6.– La nuova metodologia culturale della disciplina e il rinnovato rapporto tra società civile e religiosa negli anni del post-concilio. 7.– La laicità dello stato nel ruolo giurisprudenziale della corte costituzionale. 8.– Il principio della bilateralità negli accordi di villa madama (1984). 9.– La stagione delle intese e la «concorrenzialità interconfessionale». 10.– Libertà e uguaglianza delle «diverse» confessioni religiose in uno stato laico. 11.– Verso una stagione nuova del diritto «ecclesiastico italiano».

## 1. IL DIRITTO ECCLESIASTICO DELLE ORIGINI, TRA STORIA E STATO

Credo non possa parlarsi del diritto ecclesiastico –così di quello italiano– come di una realtà ormai compiuta, definita per sempre: quasi che, invece, esso non sia in continuo divenire e in dinamico movimento.

Il diritto ecclesiastico, disciplina partecipe della più ampia scienza giuridica e da questa sicuramente influenzata, si innerva infatti su un substrato

---

\* Relazione predisposta per il Convegno *ICLARS* di Cordoba (settembre 2022) e pubblicata nel numero di ottobre (60 – 2022) della *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*.

culturale amplissimo: dalla politica alla storia, dalla filosofia alla sociologia. Dal sacro e dallo spirituale all'etico: insomma, su una ricca e complessa realtà sociale, in continua evoluzione e mutamento.

Ma anche, nella consapevolezza avvertita che il fatto religioso non è mai marginale e che interpella di continuo il diritto; che –almeno per l'Occidente europeo– il contrasto tra la tavola dei valori della società religiosa e di quella civile non vada dilatato oltre misura, in quanto quest'ultima «vive in seno ad una civiltà che è stata plasmata dai valori religiosi» (Jemolo); e, pure, che «tanto più forte è la passione politica e religiosa, tanto meno è sicuro il diritto» (Catalano).

Da qui, la meditata coscienza che la conoscenza delle radici storiche e delle ragioni politiche attuali sia indispensabile per comprendere in maniera non effimera le vicende del presente e per affrontare con intelligenza il futuro (Varnier).

Davvero, dunque, «scienza di mezzo» (Tedeschi): a cavallo tra diritto e politica, racchiudendo sotto quest'ultimo ombrello la complessa e vivida realtà di ogni accadimento socio-culturale, già realizzato o quale si configuri nella storia.

Precisamente per queste ragioni, riterrei meritevoli di considerazione critica –e di più approfondita elaborazione (quale mi sforzerò di offrire in questa riflessione)– due conclusioni, invece «classiche» per la nostra disciplina: la ormai risalente, e da tutti accettata come definitiva, sua definizione come «settore dell'ordinamento giuridico dello Stato che disciplina il fenomeno sociale religioso» (da ultimo, Finocchiaro) e del diritto ecclesiastico come «disciplina eminentemente italiana» (Jemolo).

Quasi che –come mi proverò a dire– nel corso di vita della nostra disciplina il concetto di Stato non sia *mutato*, sino ad allargarsi a realtà, interne e transnazionali, che lo hanno ampliato e superato; e, ancora, il «fenomeno sociale religioso» non abbia sempre accompagnato, nella sua complessità e totalità, ma anche nella sua diversità e ricchezza, la vita e la storia della umanità intera: ad esempio, già dall'antica e medioevale distinzione tra *sacerdotium* e *imperium*, con la costante e litigiosa esigenza *finium regundorum*.

Direi difatti darsi sempre per ogni uomo la compresenza dello spirituale, del religioso e persino del sacro, con la dimensione materiale e concreta della propria esistenza; come –per ogni istituzione– è d'obbligo l'interrogativo e la coerente risposta della dimensione esterna, con forza normativa, e di una faccia interiore, ideologica e politica, quasi in un permanente rapporto tra foro interno e foro esterno.

Se mai, aspetto veramente italiano e peculiarità della storia giuridica del nostro Paese, la «ineludibile presenza del Pontefice» (Tira) e la necessaria soluzione della questione romana. Cui si dette risposta finale, ultimamente

decisiva, con il non più rimosso articolo 1 del Trattato del Laterano (11 febbraio 1929), che ha riconosciuto la sovranità territoriale della Santa Sede. Ma se esso fu –come noto– un esaltato risultato del fascismo mussoliniano, è certo vero che si era già assistito a una «depoliticizzazione» del diritto ecclesiastico, favorita appunto dall’attenuarsi (per molteplici ragioni storiche, di cui qui non è cenno) della questione romana (ancora, Tira); all’inizio del ‘900 si era infatti ormai avuta una «tacita, e talvolta esplicita, ‘intesa’» (Del Giudice).

Non può invece dirsi propriamente italiano, nelle sue scaturigini, il nostro diritto ecclesiastico, quando già sul finire dell’Ottocento si parlava in Francia di un *droit civil ecclésiastique* e in Germania si ponevano forti radici al futuro *Staatskirchenrecht*. A quest’ultimo infatti, in particolare al *Friedberg*, è in buona misura debitore il diritto ecclesiastico italiano.

Di esso può iniziare a parlarsi dalla Prolusione palermitana (21 novembre 1874) dello Scaduto, su «Il concetto moderno del diritto ecclesiastico», in cui era dato cogliere, per la prima volta, il precipitato di un rigoroso processo di distinzione fra diritto canonico e diritto statuale, fra storia e dogma, fra legge ecclesiastica e quella civile (Mazzola).

Ma errerebbe –nota correttamente Varnier– chi pensi che l’illustre Studio abbandonasse del tutto l’ «ammuffito» diritto canonico, anche se –quale significativo rappresentante del giurisdizionalismo statalista meridionale– si proponeva il valore, preponderante e unico, della legislazione unilaterale dello Stato nella prospettiva, appunto, di un più forte Stato nazionale; nella volontà, anche, di emanciparlo sul terreno politico dal controllo ecclesiastico (S. Ferrari).

Per il piemontese Francesco Ruffini, professore nell’Ateneo subalpino e poi Rettore di quella Università, era invece evidente –specie nel Corso di diritto ecclesiastico su *La libertà religiosa come diritto pubblico subbiiettivo* (Torino, 1924)– l’esigenza, alta e insostituibile, che il nuovo ramo della legislazione statuale sapesse guardare al valore della persona e ne riconoscesse i bisogni religiosi individuali. Pur essendo in allora insufficiente –come è poi stato fatto giustamente notare (S. Ferrari)– la esasperata impostazione individualistica e come fosse invece assente ogni interpretazione pluralistica degli interessi religiosi.

Sì che da quel tempo (lo si vedrà meglio in seguito), il diritto ecclesiastico italiano sembra trascorrere tra due orizzonti, come tra Scilla e Cariddi: dal riconoscimento –che si farà poi più chiaramente ordinamentale con Santi Romano– della alterità e della separatezza dei due ordini, di Stato e Chiesa, ciascuno sovrano *in limine suo*, e quello, fondamentale e impretebilito, della libertà religiosa, che nel secolo seguente (grazie a De Luca e, specialmente, alla Carta costituzionale del 1948), quale libera e piena *legislatio libertatis*, si fa anche collettiva.

È però proprio da allora che il diritto ecclesiastico, resosi partecipe della più generale scienza del diritto, può divenire «l'osservatorio migliore per seguire, saggiare, controllare le affermazioni della teoria generale del diritto» (Jemolo).

## 2. IL «SEPARATISMO GIURISDIZIONALISTA» DELLO STATO PREUNITARIO

Da quel primo fondamentale periodo, il diritto ecclesiastico vive però di evidenti paradossi.

Il primo, certo è la qualificazione costituzionale nello Statuto del 1848, fortemente voluta da Carlo Alberto, dello Stato confessionista in senso cattolico, perché la religione cattolica apostolica romana era la sola religione del Regno (affermazione, ribadita con forzata intenzione nel 1929 e pretesa sino agli Accordi di Villa Madama del 1984); tant'è che gli altri culti erano semplicemente tollerati secondo la legge.

È che l'art. 1 dello Statuto fu subito svuotato del contenuto discriminatorio dalla legge Sineo 19 giugno 1848, la quale disponeva –in un unico articolo– che le persone di qualunque culto godessero dei diritti civili e politici e fossero ammesse alle cariche civili e militari. Davvero «testo fondamentale e quasi la *Magna Charta* della nostra libertà religiosa» –lo aveva giustamente definito il Ruffini–, che lo aveva anche giudicato «di per sé sufficiente a ogni sua più schietta ed estesa applicazione».

Né quell'articolo ebbe mai concreta applicazione (Bordonali). V'erano del resto nello Stato subalpino già tracce, comuni agli altri governi preunitari, di carattere giurisdizionalista: il re protettore della Chiesa; i magistrati tenuti «al migliore accordo tra la Chiesa e lo Stato» (Botta: c.c. sabauda 1837).

È che –con ancora più motivata e chiara radice lo aveva già insegnato magistralmente il Ruffini– i fenomeni giuridici non possono valutarsi alla stregua dei soli principi dogmatici: è nella storia –da qui la permanente necessità di ricercarvi e leggervene i presupposti– che si deve sempre ricercare la soluzione dei problemi politici (Vitali).

Il secondo paradosso del moderno diritto ecclesiastico italiano è stato l'abbandono, che definirei quasi pronto, della forte idea del Cavour, delineata chiaramente nel discorso alla Camera del 27 marzo 1861, di «una libera Chiesa in libero Stato».

La sostanziale indeterminazione della formula, ultramontana e di matrice giansenista (Margiotta Broglio), poco si prestava, infatti, a caratterizzare la successiva politica ecclesiastica del governo: anche in essa doveva invece rispecchiarsi la forte tensione a realizzare nell'unità

del Paese il vero e preminente interesse nazionale: sarebbe stato questo, invero, a consentirne la futura, progressiva laicizzazione.

Ma non si trattò di separazione vera, piena; se mai, si trattò di una «separazione relativa» (Falco), per non giudicarla anche «immaginata» (A. Ferrari). Oppure –se non si voglia– giungere a considerazioni estreme, volendo ancora suggerire che il diritto ecclesiastico «in senso moderno» abbia provato alla mediazione realistica fra la coppia di concetti, separatismo e giurisdizionalismo, di un «separatismo giurisdizionalista» (Tira).

Quale che ne sia il nome e la qualificazione (giurisdizionalismo liberale –neogiurisdizionalismo confessionale, secondo il Caron), v'era nei politici liberali del tempo la preoccupazione di «costruire un sistema non ideologico, ma empirico di rapporti tra Stato e Chiesa». Specialmente –vero punto di forza del giurisdizionalismo–, che tra altro rappresentava la continuazione di tradizioni giuridiche preunitarie, era «la flessibilità nell'adattarsi a diverse soluzioni concrete a fronte delle mutevoli contingenze storiche, sociali e politiche, senza che il principio sotteso ne risult[asse] violato o snaturato» (Tira).

Si trattò, ad ogni modo, di «tratti di profonda illiberalità del liberale-simo italiano» (S. Ferrari), pretesi giustificati dallo stato di necessità della erigenda unità nazionale del nuovo Stato; impegnato –come bene è stato ricordato da Alessandro Ferrari– a «recuperare il tempo perduto nel suo cammino verso la modernità e, dunque, verso un suo esclusivo primato».

Da qui, dunque, con l'avvio dalle leggi Siccardi, la espropriazione dell'asse ecclesiastico, l'abolizione del foro della Chiesa; la soppressione e il contenimento degli ordini religiosi, con la rivendicazione della piena sovranità del potere civile: con l'introduzione, ad esempio –pretesa obbligatoria– del matrimonio civile (1865).

La consapevolezza, però anche, del ruolo pubblico di un cattolicesimo «utile» alla causa nazionale (Rattazzi), con l'applicazione moderata, quasi «accomodante» (A. Ferrari), di quella politica ecclesiastica: così nella salvaguardia delle parrocchie, delle associazioni religiose con cura d'anime; la dissimulazione nei confronti delle c.d. «*frodi pie*»; la legislazione scolastica.

Una volta ancora, dunque, era dato constatare come la rigida formulazione giuridica di un «diritto ecclesiastico» finisse con l'accontentarsi, davvero all' «italiana», di una politica, chiamata a fronteggiare e a governare una realtà storica, di fatto diversa e lontana da pretese ideologie. Il presunto laicismo delle istituzioni aveva invero finito con l'acconciarsi alla nuova coscienza politica della religione, da viveri in piena libertà, quale fatto individuale del singolo (Vitali).



### 3. DALL'ETÀ «LIBERALE» AI TENTATIVI DI SECOLARIZZAZIONE DEL DIRITTO ECCLESIASTICO

Il pieno fiorire del diritto ecclesiastico nell'epoca liberale si ha con la Legge delle Guarentigie (13 maggio 1871): legge eccezionale e fondamentale, politica e di opportunità (Vitali).

Con il riconoscimento della persona sacra e inviolabile del Pontefice, con la libertà piena di governo e magistero della Chiesa, il diritto di legazione attivo e passivo, il possesso riconosciuto degli immobili indispensabili, ci si provava ad un avvicinamento –se non ad un accomodamento– nei rapporti tra Stato e Chiesa: davvero il «*canto del cigno*» –come ebbe a ricordare Jemolo– della vecchia Destra e «la più bella opera, sul terreno legislativo, della generazione risorgimentale».

Si trattava in effetti di una «legge fondamentale» del Regno, di carattere statutario; direi costituire, se non la chiave di volta di un nuovo diritto ecclesiastico (Tira), l'avvio per la sua rinnovata identificazione dottrinale e per una sua migliore teorizzazione sistematica. Si trattava, infatti, di muovere dalla fase di relazioni tra Stato e Chiesa a quella di un vero e proprio diritto ecclesiastico dello Stato.

Veniva in tal modo a chiudersi l' «età liberale», con i riconosciuti vagiti in tema di libertà religiosa individuale; ma, anche, con la progressiva accelerazione nella secolarizzazione del diritto; il trasferimento di settori già di competenza della Chiesa allo Stato (così, nell'istruzione, assistenza, sanità, famiglia); con il preponderante interventismo economico dello Stato, specie nello smobilizzo delle masse patrimoniali (Varnier).

Al centro della scena non erano più le *auctoritates* della istituzione statale e di quella ecclesiastica; imperioso, si affacciava il principio della libertà religiosa, spettante ad ogni cittadino; pur restando sempre viva la convinzione (Grossi) che in quel contesto la Chiesa e il suo diritto «rappresentavano un' eclatante» sfida a quella che era stata giustamente avvertita come la «riduzione» giacobina della complessità sociale». Ma si trattava pur sempre del fatto che le radici del nostro diritto ecclesiastico, più che nella dimensione soggettiva dei diritti di libertà, andavano ricercate nella dimensione politico-giuridica dello Stato unitario (Ventura).

Era ormai il momento di Del Giudice; del suo concetto, sostanzialmente nuovo e integralmente giuridico, di laicità dello Stato «come categoria costruita sulla base di sistemi positivi». Si abbandonava in tal modo, in larga misura, la metodologia di studio storica per abbracciare la imperante concezione positivista. Con Del Giudice –ha piena ragione Tira– si giungeva per davvero all' «autosufficienza epistemologica di un metodo di conoscenza *propriamente giuridico*, che a sua volta salda

nell'uso di un linguaggio comune il diritto ecclesiastico e gli altri rami della scienza giuridica».

È però anche il momento di Santi Romano, della tesi dell'autonomia e del pluralismo degli ordinamenti giuridici, che consentono ed impongono di impostare lo studio del diritto ecclesiastico, che fino ad allora aveva pesantemente risentito dell'*ethos* politico risorgimentale, in termini rigorosamente giuridici (S. Ferrari, Mazzola). Anche se –in quella stagione e nella dottrina del Romano– non sia stato fatto spazio adeguato né al pluralismo né alla figura della persona: «I punti di partenza della sua teorica», scrive bene Mazzola, «non erano i diritti individuali, ma la struttura organizzativa e sociale del soggetto religioso».

#### 4. LA LETTURA ISTITUZIONALISTICA DELLA RELIGIONE E IL CONFESSIONISMO DELLO STATO NEI PATTI LATERANENSI DEL '29

Forti della reciproca consapevolezza dell' «*ubi societas, ibi ius*» e della originarietà dei rispettivi ordinamenti, Stato e Chiesa pervennero dunque al Concordato del 1929: il primo, ormai caratterizzato da una sorta di onnipotenza dittatoriale (tutto, infatti, deve essere nello Stato); la Chiesa, nella impostazione gerarchica di una *societas iuridice perfecta*.

Nei primi decenni del '900 si parlava del resto di una «novella era dei concordati». A quello italiano poteva guardarsi in modo positivo, almeno in duplice senso: quale superamento del dogma positivista dello statalismo esclusivo del diritto e come attesa rivalorizzazione del sentimento religioso di fronte al laicismo e all'anticlericalismo praticati nel passato (D'Avack).

A fronte del riconoscimento territoriale della Santa Sede, con il quale si chiudeva la questione romana, la Chiesa rivendicava la propria nativa *libertas*: veniva riconosciuta la sua pienezza di magistero e giurisdizione, sia quanto alle persone ecclesiastiche che agli enti. Con una particolare ed intensa ricaduta sul matrimonio, da celebrarsi religiosamente nei conseguenti effetti civili, e sull'insegnamento della religione nella scuola pubblica, di ogni grado.

Era il riconoscimento pieno del valore del credo religioso, utile strumento per il rafforzamento del potere politico e del governo del Paese.

Ma, appunto, *libertas Ecclesiae*; non la considerazione del valore di ciascuna persona e della libertà religiosa di ognuno; meno ancora, poi, dei *christifideles in Ecclesia* (ne era del tutto coerente la codificazione canonica del 1917).

Si trattava dunque della lettura istituzionalistica del fatto religioso; della pretesa qualificazione formale di una pretesa pace sociale: certo,

una «nicchia di libertà»; più probabilmente –ha ragione Silvio Ferrarici si poneva «a mezza strada tra la fuga e la difesa».

Con la medesima ottica venivano considerati gli altri culti, ora «ammessi», non più tollerati (L. 24 giugno 1929, n.° 1159), sempre controllati severamente: in posizione di chiara inferiorità formale e sostanziale (Lariccia). Noto, del resto, il duro atteggiamento governativo nei loro confronti, dopo il '29. Nessun riconoscimento a una libertà di credo individuale: con lo scandalo che quella Legge riguarda a tutt'oggi, purtroppo, le confessioni religiose non coperte dalle intese previste costituzionalmente.

Non vera l'equazione imposta allora tra solo Concordato e confessionismo (Bordonali); con ancora forse nostalgia per il vecchio sistema di un separatismo giurisdizionalista, attenuato dalla reciproca indifferenza delle due istituzioni –vissuto concretamente nel Paese, anche a livello parlamentare, malgrado il *non expedit* imposto ai candidati cattolici– veniva tuttavia cambiata radicalmente la politica ecclesiastica del Paese e della Chiesa stessa: soprattutto –e si trattò di un lungo periodo (sino al 1948)– era profondamente mutato il diritto ecclesiastico italiano.

Si trattava, ormai, del confessionismo totale dello Stato.

È sorta in allora–durando sino alla Costituzione–la scuola dogmatica italiana del diritto ecclesiastico, certo apprezzata anche a livello europeo nei suoi più importanti epigoni: da Del Giudice a Jemolo; da D'Avack a Giacchi (per tacere di ogni altro importante Autore e della logica matematica stessa del Magni).

Ma –se si guardi meglio– si trattava di un rigido formalismo dottrinale, ancorato soprattutto alla visione positivista del diritto e alla concezione «onnipotente» dello Stato, che nella acuta interpretazione della norma giuridica, pienamente accettata, finiva col salvaguardare –ne fu il merito principale– l'autonomia di ricerca e la libertà scientifica dello studioso, nel vigore imperante del regime dittatoriale.

Unica, l'impostazione degli ecclesiasticisti postconcordatari: quella di ancorare lo studio della nostra disciplina ai soli rapporti tra ordinamento statale e quello canonico. Nessun cenno, invece, al tema della libertà (S. Ferrari). Sì che, al trarne una rapida sintesi, può persino criticarsene l'eccessivo suo allineamento al confessionismo «miscredente e cinico» dello Stato (Botta).

## 5. IL PRINCIPIO CONCORDATARIO E IL PLURALISMO CONFESIONALE NELLA COSTITUZIONE (1948)

Nel disorientamento morale e sociale del Paese, dopo i disastri della seconda guerra mondiale e nell'esigenza ineludibile di prospettare un ordi-

namento giuridico nazionale unitario, compatibile con le diverse anime socio-culturali presenti, si addivenne alla redazione della Carta costituzionale della Repubblica (1 gennaio 1948), capace di impostare e guidare – specie negli artt. 7 e 8– gli orientamenti del nuovo diritto italiano in materia ecclesiastica.

Il tema era importante; lo direi incandescente: la pace religiosa del Paese era allora divenuta elemento indispensabile di quella sociale. Nel pensiero di Dossetti, si trattava di forgiare «una democrazia effettiva, integrale, non solo apparente e formale: una democrazia finalmente umana» (Cavana).

Da qui, la convinzione che solo il riconoscimento dei cattolici nella vita politica e sociale del Paese avrebbe potuto garantire il sostegno delle masse popolari; da qui, anche, la convinzione che Stato e Chiesa, distinti ma non separati, dovessero venirne collegati: nell'accettazione, anche da parte comunista, del principio concordatario, della necessaria bilateralità nella disciplina dei loro rapporti.

In quegli articoli, nel riconoscimento della sovranità della Chiesa (art.7, c.1) e della uguale libertà delle altre confessioni religiose (art.8, c.1), poteva davvero dirsi rovesciata la tradizione giuridica precedente.

Ma se ne davano possibili diversità, se non di interpretazione, almeno di accentuazione; da potersi dire, così, che da allora due anime hanno realmente caratterizzato la politica ecclesiastica dello Stato costituzionale (D'Arienzo): l'una, ancorata sui profili soggettivi della libertà; l'altra, nell'affermazione comunque di un principio pluralista, nell'imposizione dell'unica via pattizia, quale modalità vincolante dei rapporti con la Chiesa cattolica (Botta).

La prima, per la verità non troppo percorsa dalla dottrina nei primi tempi (*v. infra*), assicurava che il fattore religioso partecipava finalmente, a pieno titolo, al farsi ordinamentale, al pieno sviluppo della persona umana (artt. 2 e 3, c.2) e al progresso materiale e spirituale della società (art. 4, c.2) (D'Angelo - Pasquali Cerioli): da potersene veramente concludere –con l'autorevole considerazione di Berlingò– che «il nuovo cardine intorno al quale (deve ruotare il nuovo diritto ecclesiastico) è rappresentato dai principi sanciti nella Costituzione (tutta): articoli 2, 3, 7, 8, 17, 18, 19, 20, 21, 30, 54».

Si è così passati dalla più contenuta lettura di Dalla Torre sugli articoli 7 e 8, la cui orditura e tipicità era ravvisabile nel riconoscimento pieno delle formazioni sociali nel quadro di una cultura pluralista ed i valori religiosi sarebbero «considerati dalla Costituzione come valori di segno positivo», a quella, onnicomprensiva e rassicurante, di Macrì (*et alii*), che dalle norme costituzionali derivano perentoriamente i principi di uno Stato «democratico, personalista, pluralista, (della) uguaglianza e laicità, autonomistico».

Nel dettato costituzionale poteva forse ravvisarsi qualche difetto di omogeneità, tra il riferimento individuale alla persona e a quello collettiva (S. Ferrari); ne era tuttavia scaturita –scolpitavi definitivamente– la «nuova» definizione del diritto ecclesiastico italiano, quale «Quel complesso di norme [...] cui è commesso il compito di svolgere e specificare i principi costituzionali di garanzia [...] dell'interesse religioso (indifferenziato e pubblico) nel rispetto dei principi informatori dell'uguaglianza e della libertà religiosa degli individui e della uguale libertà delle confessioni» (Casuscelli).

Anche se poi non sia mancato chi, in epoca più recente (Vitale), si è interrogato motivatamente sul se le intese e il Concordato, richiamati in Costituzione, abbiano effettivamente tutelato la libertà religiosa individuale.

## 6. LA NUOVA METODOLOGIA CULTURALE DELLA DISCIPLINA E IL RINNOVATO RAPPORTO TRA SOCIETÀ CIVILE E RELIGIOSA NEGLI ANNI DEL POST-CONCILIO

È che, dopo l'introduzione della Carta costituzionale, la dottrina ecclesiasticistica dominante ha finito per interrogarsi prevalentemente sul se il testo costituzionale si fosse limitato a valorizzare il solo principio dei necessari rapporti bilaterali, concordatari o pattizi, oppure se, più approfonditamente, ne avesse persino costituzionalizzato le singole norme.

«Fiumi davvero d'inchiostro» di una dottrina peraltro raffinata, cui non faccio qui cenno perché tassativamente superata dalla sentenza 1 marzo 1970, n.º 30, secondo la quale l'art. 7 Cost. ha «prodotto diritto», pur reclamando che il richiamo ai Patti «non può avere forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato».

Quanto a dire che il principio, là dettato, del confessionismo dello Stato, urtava certamente con i principi fondamentali dell'ordinamento; che l'uguaglianza e la libertà in materia religiosa rappresentavano per davvero (Colaianni) il «test di ragionevolezza, di non arbitrarietà alle 'deroghe al diritto comune' apportate da Concordato e intese» (sent. Corte Cost. 16 luglio 2002, n.º 346).

Nel mentre, quasi *humus* da cui trarre nuova linfa, si poteva segnalare l'ancoramento del diritto ecclesiastico a una concezione più generale del diritto e l'abbandono della sua «concezione teocratica» (Vitali).

Dalla riduzione del diritto ecclesiastico a una sorta di disciplina dei rapporti tra ordinamenti originari –in cui il singolo poteva volere solo quanto era concesso dalla *libertas Ecclesiae* (di cui si era già iniziato a

parlare nella dottrina minoritaria di De Luca)– si trascorreva dunque alla nuova *legislatio libertatis*, «con la funzione di tutelare», grazie all'art. 2 della Costituzione –come poteva rilevare con soddisfazione il medesimo Autore– «la libera estrinsecazione del sentimento religioso dei consociati».

Era che, specialmente, il sentimento religioso veniva individuato come «uno dei beni costituzionalmente rilevanti, degno di essere favorito quale valore dello spirito umano e come fattore di sviluppo sociale».

Sotterraneo fiume carsico a scorrere sotto la concezione positivista-formalista che il sistema normativo esaurisca l'intera realtà giuridica, la nuova dottrina del diritto ecclesiastico dopo il '48 iniziava a coltivare l'idea, e ad assumerne la consapevolezza, che la conoscenza del diritto non riesce soddisfatta soltanto da quella delle nome pattizie (S. Ferrari).

Nell'esigenza di ripensare i rapporti tra storia e diritto, si trattò, in effetti, di una «rinnovata metodologia culturale», con una ritrovata sensibilizzazione soggettiva e lo studio di ogni aspetto dell'ordinamento, ormai inteso «quale profilo speciale dell'intera visione sociale».

Si poté così assistere allo sviluppo di tutta una legislazione extraconcordataria in materia ecclesiastica, con la progressiva secolarizzazione di importanti aspetti della legislazione e la prioritaria attenzione alla promozione della persona e, strumentalmente, delle formazioni sociali, nell'affermarsi sicuro di «una più matura coscienza democratica fondata sulla Costituzione» (Tozzi).

Si disse allora, motivatamente, di un «volto nuovo» della disciplina (De Luca), che «impegna profondamente la vita e la cultura del nostro Paese»: nel diritto di famiglia, con la legge sul divorzio e sull'aborto; con lo Statuto dei lavoratori; le Regioni, le strutture sanitarie, la disciplina militare, la riforma urbanistica e dell'ordinamento penitenziario, di quello tributario; l'introduzione stessa dell'obiezione di coscienza (De Luca; Botta).

Era intervenuto soprattutto l'autorevole magistero del Concilio Vaticano II, che aveva definitivamente differenziato tra l'ordine temporale, non più dello Stato ma della più completa società civile, e quello spirituale (Lo Castro): una profonda «rivoluzione culturale che rappresenta[va] un'autentica provocazione alla libertà». Erano trascorsi, ormai, gli «anni del rovelto ardente»; né era ormai più sufficiente –occorreva prenderne atto– limitarsi a guardare cadere le «foglie secche» dai rami vecchi del Concordato (Jemolo).

Erano intervenuti, così, un più radicato riconoscimento e l'attuazione piena di una libertà, ristretti e negli anni precedenti persino soffocati da una burocrazia «ostile, miope ed ottusa» (Lariccia); con la proposta distinzione conciliare tra coscienza cristiana e quella civile, si poteva iniziare a sperare in una civiltà più umana, in un umanesimo laico (Fantappiè).

Era anche un nuovo modo nell'intervento dello Stato in materia ecclesiastica, senza dare «alcun giudizio sul merito, sul patrimonio fideistico delle religioni e delle esperienze religiose, ma solo sui riflessi sociali della loro realizzazione» (Vitale). Davvero un passaggio «dalla cultura individuale dell'oligarchia borghese e dello Stato liberale alla cultura organicistica della società».

Per non pensarsi anche –in una riproposta dimensione del rapporto tra società civile e religiosa– alla «necessaria attenzione del diritto ecclesiastico ai nuovi profili di una così detta questione antropologica» (Cardia): come avvenne e più estesamente si attuerà in seguito, per quanto riguarda la famiglia, la bioetica, l'inizio e fine della vita, la procreazione assistita, l'accanimento terapeutico, le pratiche eutanasiche.

Si stava superando la «visione confessionale rimasta a lungo a caratterizzare la scienza giuridica italiana» e si andava di pari passo con «l'imporci del pluralismo confessionale in un Paese da sempre cattolico» (Varnier).

Veniva proponendosi un diritto ecclesiastico «nuovo», riformato: «maggiormente orientato allo studio del rapporto tra categorie giuridiche e religione» (ancora Varnier). I suoi principi, anche quando potevano sembrare formalmente immutati, erano chiamati a «riadattare dinamicamente il proprio significato generale e le proprie proiezioni operative, considerate singolarmente e nelle reciproche interazioni» (D'Angelo-Pasquali Carioli).

Si assisteva insomma a una profonda rivisitazione normativa del fenomeno religioso, su cui avrebbero presto finito per incidere penetranti fenomeni: una globalizzazione continua, la crescente immigrazione emergente, la crisi della sovranità statale e delle più tradizionali forme della democrazia.

Si sarebbe passati anche –come è stato giustamente osservato (Cavana)– dalla disciplina normativa delle c.d. materie miste a «quella pre-giuridica del fondamento delle scelte del legislatore in materie eticamente sensibili»: perché tutte, in definitiva, riguardano sempre l'uomo.

Non è invero condivisibile (Bettetini) che «il sistema simbolico della democrazia in senso moderno e quello della religione (siano) stati percepiti come due modelli ideali opposti»: è anzi profondamente vero che una società multiculturale non può che essere una società aperta al fatto religioso, «proprio perché c'è sempre qualcosa di religioso, o comunque di sacrale, nella totalità di senso che una cultura pretende di conferire» (Huntington).

Negli anni dal '48 al 1984 il diritto ecclesiastico era andato dunque evolvendo continuamente; ha attenuato la impronta confessionista e considerato il sentimento religioso non più strumentale ai fini dello Stato ma, in sé, come «uno dei beni costituzionalmente rilevanti, tutelato e favorito quale valore dello spirito umano e come fattore di sviluppo sociale» (De Luca).

Era dato anche percepire –quasi nella individuazione di un fortunato compromesso e, specialmente, nel perseguimento di un sapiente equilibrio

politico (*contra*, Tedeschi)– che si avvertiva ormai, improrogabile, l'esigenza di nuove contrattazioni bilaterali da affiancare al diritto concordatario dello Stato; della necessaria valorizzazione del momento giurisprudenziale, da integrare quello dottrinale; della permanente esigenza di tutela degli interessi religiosi, confessionali o individuali, sul piano della libertà e della uguaglianza proclamate costituzionalmente.

## 7. LA LAICITÀ DELLO STATO NEL RUOLO GIURISPRUDENZIALE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Un ruolo insostituibile nell'adattamento del diritto ecclesiastico ai principi della Carta costituzionale va in effetti riconosciuto alla Corte (Vitali); «buona parte» di quello vigente è del resto di origine giurisprudenziale (Bettetini).

La Corte stessa, inoltre, ha sempre attribuito a quella suprema di Cassazione il ruolo, insostituibile, di configurazione e determinazione del «diritto vivente»; specie sotto il profilo più rilevante, relativo agli effetti civili del matrimonio canonico e alle sentenze di nullità dei Tribunali ecclesiastici (Albisetti).

Meriterebbe dunque apposita trattazione monografica lo sviluppo della disciplina giurisprudenziale ordinaria in materia ecclesiastica; qui, invece, mi limito ad osservare come –da un dato momento in avanti– la interdipendenza della Corte costituzionale e il diritto ecclesiastico sia stata «straordinaria» e quanto efficace si sia resa la sua «opera di modernizzazione» (Dalla Torre-Cavana).

In effetti, si sogliono distinguere tre stagioni nella giurisprudenza della Corte: nel primo periodo (anni '50 - '60), il Giudice delle leggi «procede ad un progressivo ripristino della libertà di epoca liberale attraverso la rimozione delle principali disposizioni lesive introdotte dal regime fascista» (S. Ferrari).

La Corte sembra arrestarsi di fronte al Concordato e alle posizioni di privilegio dei Patti Lateranensi (Turchi); «lunga» ne risulta infatti la sopravvivenza nel Paese: un risultato –a ben vedere (Botta)– più di «inerzia» che di una scelta consapevole, in larga parte dovuto, oltre che alla sostanziale indifferenza della classe politica, proprio al prevalente indirizzo conservatore della sua giurisprudenza.

Nel primo trentennio di vita il sistema concordatario riesce per davvero «bloccato»; era dato assistere allo stato di permanente immobilismo del Parlamento, le cui iniziative non esprimono una politica ecclesiastica di largo respiro, sia nelle relazioni Stato-Chiesa, sia nell'attuazione in via unilaterale dei principi costituzionali. Mancano insomma, totalmente, le linee



di una «azione di recupero in senso democratico dello Stato-legislatore in materia ecclesiastica» (Domianello).

Cresce invece nel secondo periodo –che si può fissare sino all' '84– la consapevolezza della Corte del proprio ruolo istituzionale; fondamentale il suo «ruolo di supplenza» nel superare le norme concordatarie contrarie ai principi costituzionali; doveroso risulta l'accertamento sulla legittimità della disciplina ecclesiastica in atto: forte, dunque, lo stimolo verso l'assunzione di una nuova politica.

Esplicito e coerente punto di arrivo ne è infatti la sentenza 12 aprile 1989, n.° 203 sulla laicità dello Stato, che «implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale».

Si era ormai aperto, così, il terzo momento nella sua giurisprudenza; ma erano già intervenuti gli Accordi di Villa Madama (1984). Minore spazio veniva invece ancora dato al valore e all'applicazione concreta del principio di libertà religiosa, di cui all'art. 19 Cost.

## **8. IL PRINCIPIO DELLA BILATERALITÀ NEGLI ACCORDI DI VILLA MADAMA (1984)**

L'avvio della estenuante discussione sulla revisione del Concordato, iniziata con la presentazione delle prime mozioni parlamentari 4-5 ottobre 1967 –se ne ebbero ben sei successive, sino a quando la Camera ha da ultimo suggerito le «modifiche dettate dalle esigenze di armonizzazione costituzionale, della evoluzione dei tempi e dello sviluppo della vita democratica»– ebbe dunque fine con la firma dell'Accordo 18 febbraio 1984, tra la Santa Sede e la nostra Repubblica.

Già ho detto della rinuncia nel Protocollo addizionale (art. 1) di ogni natura confessionale dello Stato; fondamentale, invece, il primo articolo dell'Accordo, secondo il quale «lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani, impegnandosi al pieno rispetto di tale principio nei loro rapporti ed alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese». Veniva anche prevista la possibilità di nuovi accordi od intese per ulteriori materie, con la ricerca nel futuro (art. 14) di un' «amichevole soluzione».

Anzi, la migliore dottrina (Finocchiaro), seppure di prevalente senso contrario, non ha mancato neppure di «avvertire che l'ordinamento vigente sembra orientarsi (la ricordata sentenza dell' '89 e quella del 14 gennaio 1991) nel senso che l'art. 7 cpv. Cost. garantisce anche gli Accordi del 1984».

Nella deistituzionalizzazione del rapporto Stato-Chiesa; con la moltiplicazione dei livelli della contrattazione, dal centro alla periferia (art. 13, c. 2) e la conseguente, migliore adattabilità ai nuovi, insorgenti bisogni religiosi; con il ritrovato valore dell'iter della parlamentarizzazione; con una negoziazione aperta e tendenzialmente permanente, si è però trattato, in effetti, di un «nuovo» Concordato.

Il Parlamento e il Paese ne avevano in effetti reclamato una «sostanziale» revisione (Berlingò); con gli Accordi, si consentiva per davvero di superare la discontinuità tra normativa costituzionale e pattizia.

Era del resto agevolmente constatabile la profonda crisi di valori nel sistema delle istituzioni e nello sviluppo della società italiana: aveva dunque buon giuoco l'allora Presidente del Consiglio nell'esigere il superamento di un «regime inadatto, anacronistico e lontano dall'evoluzione dei tempi». Si trattava della «nuova dimensione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa»; si esigeva fosse il permanente valore della bilateralità a presiedere l'intera regolamentazione delle loro relazioni.

Si era dunque voluta la trasformazione del vecchio strumento concordatario, per pervenire a un «concordato-quadro», «aperto», nel chiaro proposito e disegno, politico ed istituzionale, di adattare l'antico istituto alle trasformazioni sociali e al rinnovamento legislativo degli ultimi decenni.

Sino a pretendere di farne, dall'antico patto di unione, un vero patto di libertà e di cooperazione, quasi lo strumento di una auspicata *legislatio libertatis*.

Se ne era anche pretesa la trasformazione letterale di concordato nella nuova identificazione formale di accordo; dimentichi peraltro –lo ricordava assai bene Guerzoni– che «la rappresentazione del concordato nuovo come patto di libertà urta con le caratteristiche giuridico-istituzionali della forma concordato, incapace –dunque– di corrispondere alle esigenze di una legislazione garante dei diritti e delle libertà individuali collettive in materia di religione».

Anche da parte cattolica (Caron, ad es.) si inneggiava al valore dell'Accordo, in specie –per quanto si è poi dato osservare– dell'art. 9, che nel principio della libertà della scuola e del suo insegnamento, riconosceva «il valore della cultura religiosa» e quanto «i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano».

Nell'accettazione del principio di bilateralità, anche successivo (art. 13), si aveva inoltre l'aperto invito al completamento di nuove norme concordate e –quanto più contava– al continuo e permanente adattamento al futuro divenire della vita sociale del Paese (Lugli): il principio della bilateralità veniva così assunto a vero e proprio «principio di sistema», capace di regolare «in senso ampio l'interazione tra gli ordini del sacro e del secolare, pur

mantenendo ferma la distinzione istituzionalmente doverosa (D'Angelo-Pasquali Cerioli).

Dimentichi invece –lo ha fatto osservare con puntuale acribia la Domianello– che nel principio di permanente collaborazione dell'art. 1 dell'Accordo v'è l'apprezzamento di un valore sostanziale, sempre capace di rappresentare «un superamento oggettivo del principio di bilateralità».

Quanto a quest'ultimo, del resto, trovo sempre valida l'osservazione di Colaiani che la bilateralità si realizza unicamente quando vi sia il previo accordo delle parti, non già che lo costruisca; a tacere della penetrante considerazione di Cardia, secondo il quale le odierne fonti pattizie, più che una forma democratica di partecipazione politica, «sembrano espressione della politica mercantile della mediazione fra potere pubblico e *lobbies*».

## 9. LA STAGIONE DELLE INTESE E LA «CONCORRENZIALITÀ INTERCONFESSIONALE»

Da tempo era stata ormai superata la contrapposizione tra lo Scaduto, per il quale le differenze tra le confessioni non avrebbero dovuto assumere rilevanza giuridica, e la dottrina del Ruffini, che ne aveva invece predicato la disparità. Eppure, il «contentino» dell'art. 8, c. 3 della Carta costituzionale, secondo cui i loro rapporti con lo Stato «sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze» ha dovuto attendere «lunghi anni» per la sua attuazione (Finocchiaro).

Negli anni successivi al '48, quando si era giustamente pensato a uno Stato moderno pluralista, fondato sul consenso, strutturato sul principio del decentramento e della partecipazione (Vitali), il Paese era passato dalla maggioranza cattolica a «una società caratterizzata da una diversità religiosa molto articolata e perciò del tutto inedita» (Pace).

Lo spirito dell' '84 e dei pretesi patti di libertà, nella massima espansione di una legislazione concordata, sembrava dunque assicurare il pluralismo confessionale.

Ma lo si voleva «aperto», non «selettivo» (Casuscelli); affrontare e risolvere positivamente il difficile equilibrio tra uguaglianza e diversità, non invece avviarsi a una sorta di «concorrenzialità interconfessionale» (Cardia).

Non era stato casuale che si fosse voluta aprire la «stagione delle intese» (ci si avvia ormai verso la dozzina) con quella con la Tavola valdese (21 febbraio 1984), a ridosso della firma dell'Accordo. Il principio di laicità dello Stato, predicato fermamente dalla Corte nella sentenza dell'aprile 1989, avrebbe inoltre dovuto comportare –come aveva solennemente ribadito ancora la Corte (sent. 14 novembre 1997, n.° 329)– «equidistanza e

imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose». Anche, con una ancora più penetrante puntualizzazione e la migliore valorizzazione della libertà di coscienza individuale (sent. 20 novembre 2000, n.° 508), «senza che assumano rilevanza alcuna il dato quantitativo dell'adesione più o meno diffusa a questa o a quella confessione religiosa [...] e la maggiore o minore ampiezza delle reazioni sociali che possono seguire alla violazione dei diritti di una o di un'altra di esse [...] imponendosi la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosca in una fede quale che sia la confessione di appartenenza» (Canonico).

Si era dunque ormai passati dalla piena osservanza della uguale libertà delle confessioni, prevista dall'art. 8, c 1 della Costituzione, al convinto invito alla applicazione del principio della loro uguaglianza.

Con le intese concluse –ha ragione Vitali– invece di cogliere la specificità delle singole confessioni, si è per contro «introdotto un 'palinsesto' generalizzato»; nella ripetizione praticata di intese-fotocopia si è venuti quasi a creare un «diritto comune» (certo desiderato, anche se non lo si sia ancora raggiunto nei riguardi dell'Islam mussulmano), da valere nel legittimo e necessario superamento della Legge sui culti ammessi.

Si è anche fatta una previsione generale di rivisitazione decennale delle intese; sembra tuttavia prevalere una sorta di «clausola delle religioni più favorite» (Casuscelli), come si è potuto affermare per l'intesa con l'Unione delle Comunità ebraiche italiane (27 febbraio 1987) in relazione alle condizioni della Chiesa cattolica.

Nel pluralismo confessionale del nostro ordinamento si è dunque assistito a una sorta di «dilatazione paritaria delle regole della bilateralità pattizia»; ma si è pervenuti anche ad un nuovo paradosso del diritto ecclesiastico italiano, che «si dibatte tra le esigenze di porre termine alle discipline discriminatorie e di non compromettere il regime poziore assicurato alle confessioni che hanno scelto la via pattizia»(Casuscelli).

Coglie dunque il segno l'Autore quando annota: «Per queste, un modello protezionistico, di tipo concorrenziale; per altre non un tipo liberistico. Si è arrivati al punto di dare per morte per asfissia le intese, soffocate dalla rigidità, quasi per vincere il timore del loro indiscriminato proliferare».

## 10. LIBERTÀ E UGUAGLIANZA DELLE «DIVERSE» CONFESIONI RELIGIOSE IN UNO STATO LAICO

Mi convinco pertanto, sempre più, del ruolo fondamentale assunto dalla nostra Corte costituzionale nell'avere assicurato l'adattamento del diritto ecclesiastico ai principi fondamentale della Carta, individuandone, in modo definitivo, il punto di arrivo: *la laicità dello Stato*.

Era stata segnata la linea direttrice del «nuovo» diritto: ma occorre anche saper tenere conto del permanente scarto tra una laicità «procedurale» (in progetto) e quella «sostanziale», in arrivo (Domianello); mentre, invece, la «tensione 'epica' fra potere religioso e politico ha finito con l'avere lo sbocco in una laicità giuridica 'all'italiana'».

Con gli accordi di Villa Madama, e dopo, si è trattato infatti di una laicità «relativa», «palesamente storica, legata al divenire concreto» (Canonico); nel nostro Stato democratico questo principio, supremo, è stato costretto a coniugare «il riconoscimento della dimensione sociale e pubblica del fatto religioso con il principio pattizio della collaborazione tra Stato, Chiesa cattolica e altre confessioni».

Più che di laicità «all'italiana» crederei dunque trovarci dinnanzi a un vero *puzzle*: dalla libertà alla uguaglianza; da questa alla diversità; ma quest'ultima reclama per davvero una specialità necessariamente eccezionale?

Che ne è, difatti, della libertà religiosa individuale; del pensiero agnostico o ateo di chi non creda; di quanti non facciano riferimento a una confessione religiosa, oppure per chi non appartenga a una confessione riconosciuta e valorizzata con apposite intese?

Legittimo, dunque, l'interrogativo (Finocchiaro) se oggi la Chiesa cattolica, lo Stato e le altre confessioni debbano pattuire un regime particolare, dato che il diritto comune è già abbastanza libero; quando, addirittura, non si voglia seguire Lariccia quando sostiene che il diritto comune riesce a soddisfare le esigenze religiose degli ordinamenti democratici meglio delle norme speciali.

Indubbio, del resto, che prima di addivenire ad apposite intese, sarebbe stato più ragionevole adottare una legge generale sulla libertà religiosa (Varnier); mentre, invece, già per un'undicesima volta ne è stato inutilmente ripresentato il relativo progetto (Tedeschi).

La politica ecclesiastica degli anni '80 - '90 ha dunque prodotto una enfaticizzazione fra Stato e confessioni religiose e il ritardo nella realizzazione di un quadro unitario e generale (Tozzi). Non è stato in tal modo evitato «il trascinarsi storico dell'antico modello alla nuova collocazione che i rapporti religiosi avrebbero dovuto conseguire alla stregua degli artt. 7 - 8 Cost., rapportati agli artt. 19 - 20».

Ancor meno sembra essersi prestato il doveroso ascolto all'accorato ammonimento di Cardia: «Occorre muovere dal principio personalistico e dalla centralità della persona umana. Se l'oggetto della dimensione pubblica del fenomeno religioso è la religiosità come comportamento umano e non il potere dei gruppi religiosi dominanti, sarà la legge sulla libertà religiosa a dover regolare il diritto individuale e collettivo di libertà di professione di fede religiosa, in maniera uguale per tutti, costituendo la base sulla

quale innestare i raccordi da stabilire nella legislazione contrattata con i gruppi più presenti e radicati nella società».

Ne è conseguito, così, che dopo Villa Madama le prospettive del diritto ecclesiastico italiano siano apparse «appannate» e non abbiano colto che «in minima parte le evenienze religiose di questo tempo» (Vitali).

Ci si è inoltre affidati, in un incontrollato pluralismo di fonti, a regolamenti; quanto alla legislazione, quasi messa in sordina quella statale, si è fatta larga parte a quella delle Regioni.

## 11. VERSO UNA STAGIONE NUOVA DEL DIRITTO «ECCLESIASTICO ITALIANO»

Esiste ancora, sufficiente ed esaustivo, un diritto ecclesiastico «italiano»? Può, inoltre, riuscire adeguato nella sua tradizionale configurazione?

Si va davvero verso un *European Ecclesiastical Law* (cfr. Macrì - Parisi-Tozzi): la dimensione odierna dei problemi, in cui –tra altro– la immigrazione e la globalizzazione recano nuove e impressionanti dimensioni –non può di sicuro limitarsi al solo nostro Stato.

Sarebbe del resto sufficiente aprire un frequentato Codice di diritto ecclesiastico (Berlingò-Casuscelli; Botta), oppure studiare il significativo lavoro su *Religioni e sistemi giuridici* (Margiotta Broglio-Mirabelli-Onida), per renderci conto quanta parte di esso sia ormai debitore al diritto e alla giurisprudenza, europea ed internazionale: da qui, appunto, l'importanza dello studio di un diritto ecclesiastico ormai comparato (S. Ferrari).

Con l'avvertenza però della continua evoluzione della comparazione, specie nella tutela da parte della giurisprudenza europea delle libertà individuali e di come essa –se sia corretta l'osservazione della maggiore «sacralizzazione della politica» e di una più estesa «politicizzazione delle religioni» nell'ultimo periodo (S. Ferrari)– sia destinata ad acquisire sempre maggiore importanza (Mirabelli).

Credo anch'io –sono infatti pienamente d'accordo con la scultorea riflessione di Berlingò– che «la 'tipicità' del diritto ecclesiastico non sta in questo o quel determinato 'oggetto', o insieme di 'oggetti' di studio e di insegnamento: sta nella sua vocazione e attitudine ad indagare su quel *non-luogo* che è rinvenibile in tutti i *luoghi* dell'umana esistenza e delle relazioni interpersonali, su quella frontiera col *non-diritto* che è difficilmente definibile una volta per tutte, e che ciò nonostante interpella di continuo il diritto perché precisi, individui e garantisca i suoi presidi».

Scienza, dunque, «di frontiera»: per la quale non potranno effettivamente mai darsi una forma compiuta definitivamente e neppure un modello capace di pienezza nel dialogo interculturale e interreligioso; soprattutto

sempre, invece, all'esigenza di una continua verifica e di una elaborazione perennemente rinegoziata.

Scienza, anche, di «nuovi orizzonti»: non solo nell'ampliarsi della comparazione, ma nel recupero stesso di una migliore attenzione al dato politico-filosofico e a quello sociale; al superamento delle sole relazioni interistituzionali, nel permanente rilievo della libertà religiosa individuale; nell'accostamento medesimo di questo diritto a quello costituzionale (Dalla Torre - Cavana). Ci si può quindi rallegrare se, nel D. M. 25 novembre 2005 sul corso magistrale di Giurisprudenza, il suo studio sia stato qualificato come «attività formativa indispensabile», tra quelle formative di base (Rivetti).

Il pluralismo etico e culturale dei nostri tempi suggerisce insomma una configurazione nuova del diritto ecclesiastico; non si tratta ormai più dell'antico pluralismo religioso a fronte delle nuove questioni della bioetica o del moltiplicarsi dei problemi scaturenti da profili sempre diversi delle nuove ondate di immigrazione (S. Ferrari).

È da tempo iniziato il periodo della «deconcordatarizzazione» (Irti); il vecchio sistema di rapporti tra Stato e religioni appare «troppo obsoleto» (ancora Ferrari), per affrontare efficacemente i problemi posti dalla società, eticamente, culturalmente, religiosamente plurale.

Da qui, la motivata insoddisfazione per l'antica formula del «diritto ecclesiastico», sostituita ora nelle prevalenti proposte di diritto e religione, diritto delle religioni o diritto statale dei culti, del loro diritto comparato. Dimentichi, forse, che l'oggetto qualificante della disciplina non stia tanto nella conoscenza e assunzione delle singole confessioni, quanto nella qualificazione normativa ultima, che le studia e riguarda.

Certo ormai è, però, che la disciplina del fenomeno religioso, non più concepita quale campo chiuso riservato agli ecclesiasticisti, interessa nella sua dimensione trasversale la storia, la filosofia, la teologia, la sociologia e l'economia; da ultimo, l'antropologia (S. Ferrari).

Viene in tal modo assicurata al nuovo diritto l'opportunità di «ri-partire e di ri-asseverare il ruolo 'strategico' di 'osservatorio' privilegiato» –già pretesa dallo Jemolo, come *supra* ricordato– per saggiare e controllare le posizioni assunte da una più generale teoria del diritto (Berlingò).

È stato davvero dato di osservare e doversi quindi confrontare con il mutamento profondo delle radici sociali del Paese: ma se la globalizzazione sembri disgregare lo Stato e le questioni di ordine religioso apparire addirittura marginali, la vera scienza sempre è «dell'uomo e per l'uomo».

Anche, che la norma positiva solo parzialmente riconosce i bisogni essenziali della persona, per natura mutevoli, perché sempre scaturenti dal permanente conflitto tra sacro e profano: «tra coscienza e legge, che accompagna l'intero percorso dell'uomo sulla terra» (Varnier).

# Libertad religiosa y política. Una mirada desde dentro

CARMEN ASIAÍN PEREIRA

SUMARIO: 1.– Una académica en política. ¿Una política en la academia? 2.– Pinceladas sobre la consideración del factor religioso en la agenda política en mi país. 2.1 La «política». 2.2 El factor religioso y su temprana consideración jurídica en nuestra historia. 2.3 La libertad religiosa como el primer derecho humano consagrado por la Constitución. Incongruencias. 2.4 La escasa consideración del factor religioso en la agenda política y legislativa. 2.5 Cortapisas para la consideración del factor religioso en la agenda política y legislativa. 2.5.A *No la laicidad sino el laicismo*. 2.5.B *Una demografía indiferente*. 2.5.C *La falta de formación en el derecho humano fundamental de libertad de conciencia y religión*. 3.– No todo es desalentador: tímidos avances y perseverancia en el camino. 3.1 Acciones positivas de la anterior administración. 3.2 Cambio en el relacionamiento debido al cambio de Gobierno. 3.3 La gestión pública del factor religioso durante la pandemia: *La Libertad Responsable* del Presidente Luis Lacalle Pou. 3.4 Proyectos de ley para hacer efectivo el derecho de libertad de conciencia y religión. 3.4.A *Despenalización del matrimonio religioso*. 3.4.B *Libertad de vonciencia e ideario institucional. Recurso de «Habeas Conscientiam»*. 3.4.C *Festividades de las minorías religiosas. Derecho a la observancia*. 3.4.D *Otros proyectos que abordaremos*. 3.4.E *Actividades parlamentarias sobre libertad de conciencia y religión*. 4.– ¿Una académica en política o una política en la academia?

## 1. UNA ACADÉMICA EN POLÍTICA. ¿UNA POLÍTICA EN LA ACADEMIA?

Este ensayo se basa en la exposición realizada en la sesión plenaria inaugural del 6.º Congreso del ICLARS (International Consortium for Law



and Religion Studies – Consorcio Internacional para los estudios de Derecho y Religión), titulado *Dignidad humana, derecho, y diversidad religiosa: diseñando el futuro de sociedades interculturales*, celebrado en Córdoba, España, del 19 al 21 de septiembre de 2022, organizado por el profesor catedrático Javier Martínez-Torrón, como presidente del Comité Organizador, y el equipo de profesores colaboradores.

Se trata, a diferencia de otros trabajos anteriores, de unas reflexiones doctrinales y una descripción de tareas y emprendimientos realizados en la labor legislativa, por quien fuera antes que una «política», una académica que continúa aspirando a serlo. Habiendo acuñado mi experiencia en el ejercicio del Derecho como abogada litigante, habiéndome formado como docente universitaria en Derecho Constitucional primero, y especializada en Derecho y Religión subsiguientemente, los caminos de la vida, aprovecharon mi temprana inclinación e interés por la cosa política, para conducirme sin estadios intermedios a una banca en el Senado, casi –sino totalmente– salteándome las obligadas campañas políticas y los encendidos discursos dirigidos a atraer a las masas. ¿Cómo pudo ocurrir eso? Por la ingeniería electoral de quien resultó electo presidente de la República Oriental del Uruguay, Luis Lacalle Pou y una confianza en mis potencialidades que agradezco y procuro cada día no defraudar.

Por ello felicito la iniciativa de los organizadores de integrar un panel de políticos a esta conferencia sobre *Dignidad humana, derecho, y diversidad religiosa: diseñando el futuro de sociedades interculturales*, en la que exponen expertos en relaciones entre el Estado y la religión y en libertad de conciencia y religión, procedentes de todos los continentes. Integrar a actores políticos al mismo ruedo en el que lidian especialistas eclesiasticistas, que aterrizan en la conferencia sus posiciones doctrinales, es una invitación al diálogo y hace posible que juntos analicemos y compartamos cuanto hemos contribuido o está entre nuestros planes como agenda aportar a la libertad religiosa en nuestros países. Mientras algunos responsables de la cosa pública quizás no se habían planteado jamás este interrogante –he ahí el mérito de convocarlos para conseguir que despierten a la idea–, en otros actores políticos existió siempre el compromiso de intentar dotar de garantías de efectividad el derecho de libertad de conciencia y religión, ya sea a través de la legislación o a través de la gestión o la judicatura, procurando concretar en los hechos y en la vida cotidiana de nuestros países, las necesarias vías de protección del derecho fundamental de libertad de conciencia y religión proclamado consensuadamente por el Derecho internacional de los derechos humanos y las constituciones nacionales.

En lo particular, entiendo que, además de querer conocer qué aportes puede haber hecho la clase política al servicio de este derecho humano fundamental, los interlocutores –audiencia o lectores– estarán interesados en

conocer los entretelones de esta experiencia de alguien que desde la academia pretende promover el derecho de libertad de conciencia y religión en el ámbito político para su concreción en la norma jurídica.

De modo que en esta comparecencia a un congreso sobre dignidad humana, derecho y diversidad religiosa, que necesariamente tratará las dimensiones y concreciones del derecho fundamental de libertad de conciencia y religión, debido a que la citación se me hace en calidad de política y por el hecho de serlo, he considerado oportuno hacer un *cambio de sombrero*, abandonando temporalmente el de académica en la materia de Derecho y Religión y Libertad de Conciencia y Religión, para ponerme el de política, motivo por el cual supongo fui invitada a integrar este panel de políticos. El desdoblamiento se impone y el cambio de perspectiva también: mirar y analizar la misma materia desde el lugar donde los cambios pueden llegar a concretarse. Ante esta audiencia, los expertos y a la postre, ante el lector especializado en libertad de conciencia y religión y relaciones Estado-religión, asumiré la tarea de testimoniar una experiencia como senadora del Uruguay, a los efectos y con la esperanza de que pueda servir de insumo para la reflexión y para la investigación y, sobre todo, para la promoción del derecho de libertad de conciencia y religión.

Intentaré al final atisbar una posible respuesta a la interrogante del título, que apela a la definición de cuál de los roles –política o académica– prima en todo caso.

## **2. PINCELADAS SOBRE LA CONSIDERACIÓN DEL FACTOR RELIGIOSO EN LA AGENDA POLÍTICA EN MI PAÍS**

### **2.1. La «política»**

Al referir al término «política» aludiremos a su acepción amplia, vinculada al interés y acción en la cosa pública, a todo lo concerniente a la polis y ergo al ser humano considerado en su integralidad y dignidad y en su vida en sociedad, en una visión omnicomprensiva del término, no circunscripta ni a lo político ideológico, ni menos aun a lo político partidario o electoral. En ese sentido, la política abarcaría todo lo concerniente al ser humano en su relación con sus semejantes y en los diversos ámbitos en que actúa en sociedad. Nada habrá de lo que concierne a la promoción del ser humano que escape a este concepto de política, aunque más no sea para crear las condiciones propicias para su desarrollo con la máxima libertad posible.

En lo particular, hemos concebido a la política como el escenario donde se libran las batallas por el respeto integral y la efectividad del derecho de libertad religiosa, y ergo, la vía para poder concretar dicha tutela a través de

instrumentos legislativos y normas administrativas. Concibiendo a la política como «una de las formas más elevadas de la caridad, porque sirve al bien común»<sup>(1)</sup>, hemos aceptado este enorme desafío, sin rehuir a las responsabilidades que el ocuparse de la cosa pública demanda y cuya agenda es mucho más amplia.

## 2.2. El factor religioso y su temprana consideración jurídica en nuestra historia

En este marco omnicompreensivo de la política, como todo lo concerniente al ser humano y su promoción y lo que interesa a la cosa pública, ha de destacarse que nuestro país ha deparado una consideración y hasta valoración positiva del factor religioso en sus textos fundacionales, desde antes de su nacimiento como nación.

Tras los sucesos políticos en España en 1810 que dieron lugar al movimiento juntista, y a raíz de la revolución del 8 de octubre de 1812, que se producía en Buenos Aires, se convoca a una Asamblea General de los pueblos del Virreinato del Río de la Plata (al que pertenecíamos), con el objetivo de decidir la futura forma de Gobierno de las Provincias, afirmar el nuevo régimen que había surgido en 1810, expresar «la voluntad general» del pueblo y redactar una constitución provisoria<sup>(2)</sup>.

Para la Asamblea General Constituyente de las Provincias Unidas fijada para el 30 de enero de 1813, los delegados o representantes de las Provincias debían portar las instrucciones de sus representados. Es así como se elaboran las llamadas «Instrucciones del Año XIII» – «Instrucciones que se dieron a los Representantes del Pueblo Oriental para el desempeño de su encargo en la Asamblea Constituyente fijada en la ciudad de Buenos Aires»–, donde se consignase la voluntad de sus electores sobre temas importantes y dadas a los delegados de la banda oriental del Río Uruguay (territorio de nuestra actual República Oriental del Uruguay).

En las «Instrucciones del Año XIII» –órdenes que portaban los diputados orientales a la Asamblea Constituyente de Buenos Aires–, se destaca la tercera Instrucción que establece «*Promoverá la libertad civil y religiosa en toda su extensión imaginable*»<sup>(3)</sup>.

Es cierto, como afirman algunos comentaristas, que esta instrucción tenía el propósito primordial de establecer la independencia eclesiástica de

---

<sup>(1)</sup> «La política es una de las formas más elevadas de la caridad, porque sirve al bien común» (Papa Francisco, 16.IX.2013, siguiendo a pontífices anteriores en la verbalización de este principio).

<sup>(2)</sup> A. RIBEIRO, «Los tiempos de Artigas», Tomo 2, *La definición política*. Ed. Planeta, Montevideo; 2016, pp. 101-104.

<sup>(3)</sup> H. MIRANDA, «Las Instrucciones del Año XIII», *Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos*, vol. 47, tomo II, Montevideo, 1964.

estos territorios respecto a la autoridad religiosa de Buenos Aires, pero también es cierto que del texto se desprende irrefutablemente una proclamación genérica de la libertad religiosa y del compromiso en su promoción que se entendía debía consagrarse en la Constitución. Y esto desde 1813, años antes de nuestro nacimiento como Estado.

Tras la Declaración de Independencia el 25 de agosto de 1825, se jura la primera Constitución Nacional el 18 de julio de 1830, cuyo artículo 5.º consagra la confesionalidad del Estado: «La religión del Estado es la Católica Apostólica Romana». El presidente de la República aceptaba el cargo jurando «por Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios...». Se aseguraba la libertad de conciencia y de expresión en la letra de la Carta Magna, verificándose un respeto por la profesión de otros cultos en la práctica.

Mucho tuvieron que ver las corrientes político-ideológicas en el proceso de secularización que se desarrolló posteriormente, entre la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX y que cristalizó en la reforma de la Constitución en 1917-1919. Esta consagró la no confesionalidad del Estado, luego de proclamar la libertad de cultos en el artículo 5.º, que se mantiene incambiado en la Constitución vigente:

## *SECCIÓN I - DE LA NACIÓN Y SU SOBERANÍA*

### CAPÍTULO III

#### **Artículo 5:**

«Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones».

La terminología de la primera frase de la cláusula constitucional ha quedado un poco desactualizada al referir a los «cultos religiosos», no obstante lo cual ha de interpretarse en consonancia y armonización sistemático-teleológica con el resto del plexo constitucional de matriz iusnaturalista y en conjunción con el llamado bloque de los derechos humanos que incluye el Derecho internacional de los derechos humanos del que nuestro país es parte<sup>(4)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> M. RISSO FERRAND, *Derecho Constitucional*, T. I, 2.ª Ed., F.C.U., Montevideo, 2006, pp. 369 y ss.

### 2.3. **La libertad religiosa como el primer derecho humano consagrado por la Constitución. Incongruencias**

La libertad religiosa es pues el derecho humano consagrado en primer lugar en nuestra Constitución, inmediatamente después de definir a la asociación política como República y proclamar su libertad e independencia. El primer derecho humano fundamental proclamado por la Constitución, la primera libertad, de forma similar a como fue consagrada en la Primera Enmienda constitucional por los Estados Unidos de América.

Sin embargo, en nuestro país, la libertad religiosa es un valor que se suele dar por sentado y, por ende, no suele hallarse ni entre las autoridades ni entre los actores políticos, un celo por procurar ni asegurar que el derecho humano fundamental esté correcta y eficazmente tutelado en la práctica, más allá de su proclamación genérica. Fuera de los especialistas en derecho y religión o de los comprometidos en la promoción del derecho de libertad de conciencia y religión –que en mi país lejos están de abundar– a la mayoría de los gobernantes y políticos a los que se les pregunte acerca de la situación de la libertad religiosa en nuestro país, contestarán genéricamente que es un país con «libertad de cultos» simplemente porque no existe una persecución abierta de ningún grupo religioso y porque todos pueden existir, y seguramente agregarán a continuación, que gracias a la laicidad del Estado, todo ello está asegurado. Como los abogados en las cortes anglosajonas que culminan con «I rest my case», con esa alusión zanjarán todo el tema.

Lo cierto es que cuando con rigor y a la luz de los estándares mínimos del derecho de libertad religiosa, analizamos el goce y efectivo ejercicio del derecho en concreciones específicas, nos encontramos con que tal afirmación puede ser cierta sólo para algunos grupos y sólo en algunos casos, y que puede ni siquiera verificarse en algunos aspectos, en los que profundizaremos. Algunos ejemplos son la consideración del derecho a observar feriados religiosos en el ámbito laboral o educativo (especialmente tratándose de minorías religiosas), el acceso a personería jurídica específica y adecuada para las entidades religiosas, o la efectividad del derecho de los padres y tutores a elegir la educación religiosa y moral para sus hijos sin tener que pagar adicionalmente por ello. Y ni que hablar de un recurso accesible y ágil para hacer efectiva la objeción de conciencia e ideario institucional.

A estas carencias se suma una escasa consideración del factor religioso en general en la agenda política y legislativa de las distintas facciones, salvo en ocasiones, en que se lo tiene presente pero para evitar su influencia, tributando a una interpretación extrema de la laicidad que incurre en laicismo.

## 2.4. La escasa consideración del factor religioso en la agenda política y legislativa

En oportunidad de celebrar el XVII Coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa sobre «*Principio de Laicidad y Libertad Religiosa. El rol del Estado en la sociedad plural*» (Montevideo, setiembre de 2017), aprovechamos la ocasión de que se cumplían cien años desde la reforma constitucional de 1917 que había consagrado la no confesionalidad del Estado, para convocar a la Jornada Parlamentaria «A 100 años de la independencia Estado–Religión: actualización normativa en materia de Libertad de Conciencia y Religión». Quisimos propiciar un diálogo entre la academia y los senadores, y reflexionar acerca de este ámbito de la vida de los habitantes, algo olvidado, o al menos postergado, por lo menos desde su tratamiento por el Derecho. Intentamos suscitar la inquietud acerca de la necesaria actualización normativa que había que emprender en la materia, partiendo de la constatación de que poco se ha legislado.

Si el Derecho como conjunto de normas jurídicas no se fundamenta en su propia existencia, sino que su razón de ser radica en la función que brinda al servicio de la persona humana, entonces debe este en sus leyes irse actualizando para acompañar a la persona, brindando tutela a las necesidades cambiantes de una sociedad que se vuelve cada día más plural en materia religiosa.

La sociedad uruguaya es muy distinta en su conformación a la de 1917, pero poco se ha legislado para contemplar dicha diversidad. Por un reclamo óntico, el orden jurídico debe fundamentarse, existir y desarrollarse para regular la vida de las personas humanas en sociedad y al servicio de éstas, tomando las realidades que encuentra presentes en la sociedad y la cultura.

El Estado y la religión se han independizado uno del otro y mutuamente. Bien. Hace más de cien años que dicha independencia se comenzó a gestar para ser consagrada constitucionalmente en la Constitución de 1917, aunque su proceso comenzó antes. Nos preguntábamos ¿Ya está todo dicho? ¿Con ese paso dado hace cien años alcanza para dar respuesta y garantía a este derecho humano fundamental de libertad de conciencia y de religión?

Por ello es que interpelábamos a los legisladores a que en el ámbito del Parlamento, de necesaria composición y ánimo pluralista, brazo del Estado creado desde sus orígenes para asegurar la libertad de los habitantes y de los grupos –tanto frente a la comunidad política como ante los semejantes– cumpliera el Parlamento con la función legislativa asignada constitucionalmente de dotar de una normativa garantista de este derecho fundamental después de aquella reforma constitucional comenzada en 1917.

¿Qué normativa nos hemos dado en materia de libertad de conciencia y religión?, nos preguntábamos.

En estos cien años la sociedad uruguaya ha cambiado mucho y desde muchos puntos de vista. En materia de creencias de sus habitantes, se ha tornado más diversificada, fruto de la inmigración constante que ya no está compuesta –como otrora– por contingentes homogéneos de personas que venían a incorporarse a un nuevo país, pero con las mismas raíces culturales, sino que hoy recibimos gentes de raíces y tradiciones culturales hasta ahora ajenas y distintas. También se ha diversificado como resultado de la migración interna de adeptos de un sistema de creencias a otro. Este país ya no es homogéneo. Y la realidad social que es plural, reclama del Derecho una atención adecuada a esta diversidad.

¿Hemos cumplido como legisladores con el encargo constitucional del art. 85 ordinal 3.º) de «Expedir leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales y fomento de la ilustración, agricultura, industria, comercio interior y exterior»? En comparación con nuestros hermanos latinoamericanos, poco hemos hecho.

Tenemos consagrados los derechos en nuestra carta fundamental, que consagra la libertad religiosa en el artículo 5 y la libertad de conciencia en el artículo 54<sup>(5)</sup>, además de estar este derecho implícitamente recogido por ser inherente a la personalidad humana y de derivarse de la forma republicana de Gobierno (art. 72)<sup>(6)</sup>, derecho a la libertad en general y en su concreción en este ámbito especial, que es preexistente.

Pero no se ha cumplido el mandato constitucional del artículo 54 de garantizar por ley la independencia de la conciencia moral y cívica a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, e en cualquier otra circunstancia, agregaríamos nosotros. De manera que el legislador uruguayo sigue desde 1934 siendo omiso, contumaz incumplidor de este mandato constitucional, a pesar de haber existido algunas iniciativas en este sentido, como el Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario – *Recurso de Habeas Conscientiam*, que viene presentándose desde 2010 y que duerme el sueño de los justos.

También advertíamos que las iniciativas tendientes a brindar una protección a estas libertades fundamentales de conciencia y religión no suponen costo alguno para el Estado; son gratis. Sin costo económico alguno, se lograría tutelar, sin embargo, lo más valioso,preciado, lo más caro del ser humano: su conciencia moral, ética y religiosa.

Hemos insistido en la presentación de este y otros proyectos sobre libertad religiosa, sin éxito por el momento.

---

<sup>(5)</sup> Constitución artículo 54: «La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica».

<sup>(6)</sup> Constitución artículo 72: «La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de Gobierno».

## 2.5. Las cortapisas para la consideración del factor religioso en la agenda política y legislativa

### 2.5A No la laicidad, sino el laicismo

Vaya este ejemplo como ilustración del estado del arte sobre la consideración de la laicidad en nuestro país. No existe una ley de libertad religiosa en Uruguay, ni ley orgánica, ni siquiera de proclamación ni regulación mínima. Pero sí tenemos una ley que proclamó el «Día de la Laicidad»<sup>(7)</sup> y desarrolló el principio. La iniciativa suscitó reacciones adversas de quienes la percibieron como una reivindicación del laicismo decimonónico, de aquel secularismo fundamentalista que pretende la exclusión del factor religioso del ámbito público, con incidencia en el privado. Sin embargo, si nos atenemos a su exposición de motivos y al informe con el que fue elevada la iniciativa, surge que el concepto de laicidad recogido remite al de la Ley General de Educación<sup>(8)</sup>, que define el principio de laicidad como aquel que *asegurará el tratamiento integral y crítico de todos los temas en el ámbito de la educación pública, mediante el libre acceso a las fuentes de información y conocimiento que posibilite una toma de posición consciente de quien se educa. Se garantizará la pluralidad de opiniones y la confrontación racional y democrática de saberes y creencias.* Preciado el concepto, no podemos sino estar de acuerdo con dicha iniciativa, más allá de la intención de quienes la promovieron, que no aparece reflejada en el texto.

Lo que ocurre en el laico Uruguay es que prima en algunos sectores una concepción de laicidad que, en vez de entenderla como neutralidad y pluralismo, como no confesionalidad del Estado, se la plantea como exclusión de lo religioso de la consideración pública, recluyendo a lo religioso al ámbito estrictamente privado. Más aun, se ha sostenido que la única actitud del Estado compatible con la Constitución es aquella que propugna la prescindencia<sup>(9)</sup> de lo religioso. Esta postura ideológica ha permeado la interpretación de todo el orden jurídico, ha inhibido la producción legislativa sobre el factor religioso y ha determinado una suerte de proscripción de los temas religiosos de la agenda pública.

Pero han surgido indicios últimamente que denotan que ya no es tan virulenta, o que el número de sus adeptos se encuentra en retroceso, para ser

---

<sup>(7)</sup> Ley N.º 19.626 de 15 de junio de 2018 que proclamó el 19 de marzo, nacimiento de José Pedro Varela, reformador de la escuela.

<sup>(8)</sup> Ley N.º 18.437 de 12 de diciembre de 2008, llamada Ley General de Educación, artículo 17 sobre el Principio de Laicidad: (De la laicidad). El principio de laicidad asegurará el tratamiento integral y crítico de todos los temas en el ámbito de la educación pública, mediante el libre acceso a las fuentes de información y conocimiento que posibilite una toma de posición consciente de quien se educa. Se garantizará la pluralidad de opiniones y la confrontación racional y democrática de saberes y creencias.

<sup>(9)</sup> H. CASSINELLI MUÑOZ, *Derecho Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, p. 63.



optimistas. Es que la realidad al final se va imponiendo. Esta retracción se explica porque entre los otrora cultores del laicismo excluyente de lo religioso parecería haber hoy mayor preocupación por la violación de la laicidad que cometen quienes introducen ideología política o de género en ambientes que, como la educación pública, deberían ser neutros, que resultan más amenazantes que los inofensivos grupos religiosos existentes en nuestro país.

Es que la laicidad otrora concebida como la necesidad de proteger *al Estado* –como institución, como entidad– *frente a las injerencias o incluso frente a la participación de las religiones o del factor religioso*, ya no tiene vigencia. En aquella concepción, el bien jurídico que pretendía tutelar un Principio de Laicidad entendido como incomunicación era el Estado mismo; éste era el objeto de protección. Aquella concepción se correspondía con una época histórica en que se entendía necesario proteger al Estado –muy joven aun en nuestro país– frente a injerencias indebidas del poder de la religión –concretamente de la Iglesia católica dominante y de la cual el Estado acababa de separarse–. El *Estado*, que venía de la unión con una religión oficial, *debía construir por necesidad óptica y dilema existencial, su autonomía frente a lo religioso*; para ser, para distinguirse como autoridad civil, pública, distinta de la autoridad religiosa.

Aquella fue, hace bastante tiempo ya, una etapa superada, que abrevaba de la *laicité* desarrollada durante la Revolución Francesa y que Estados como México y el Uruguay emularon. En esa concepción *el centro estaba en el Estado*.

Entre sus excesos, es decir, llevando este principio al extremo de protección, se incurría en concepciones laicistas, derivadas de la creencia en la *sostenida obligación de tener que defender no sólo al Estado, sino también a las personas de la influencia negativa de las religiones*. La incursión en ese extremo implicaba el *abandono del postulado que lo había inspirado*; implicaba el abandono de la imparcialidad, para transformarse en una toma de posición más –de corte negativo– frente al fenómeno religioso, que suponía la exclusión de lo religioso del ámbito público –no sólo de lo público estatal– y la reclusión de la religión al ámbito privado.

Difiere aquella concepción de laicidad de la de *neutralidad del Estado como principio promotor y condición necesaria para la libertad de las personas*. En esta concepción, el bien jurídico tutelado son las personas y los grupos actuando en libertad dentro de la sociedad, con el Estado como garante de dicha libertad. El Estado como entidad ya está consolidado y no necesita una protección frente al poder de lo religioso. Pero, además, prima

la persona humana, y el Estado es considerado como un *ser instrumental para el interés general*<sup>(10)</sup> o para bien común y no como un fin en sí mismo.

Hoy, en pleno siglo XXI, el Estado ni remotamente corre peligro de ser desplazado por el poder de la religión y menos en Uruguay. En un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, el Estado y las religiones están muy nítidamente separadas. *No existe un desafío a la autonomía o independencia del Estado.*

Más aún, dentro de los fines primordiales del Estado se encuentra la protección de la libertad de las personas tal y como las personas son, religiosas o no religiosas. *El centro es la persona humana*, ya sea considerada individualmente o asociada en comunidad con otras personas. Y la neutralidad Estatal es garantía de la libertad de las personas, en materia religiosa, ideológica y de cualquier otro orden. Hubo un cambio conceptual acerca del centro de gravedad y, consiguientemente, acerca de cuál era el bien jurídico tutelado: *de instrumentalizar al Principio de Laicidad como protector del Estado, se pasa a reconocer que la laicidad del Estado es garantía de la libertad de las personas, que pasan a ser en esta concepción actual, el bien jurídico tutelado.*

¿Cuál es el peligro de exceso o abuso que merece cuidado en este segundo escenario? *El principio de no discriminación, el trato equitativo, el debido balance, la igualdad de trato a situaciones jurídicas objetivamente iguales y el consiguiente trato desigual de las situaciones objetivamente diversas. El desafío es que la gestión pública del factor religioso no privilegie infundadamente a una expresión religiosa –o a una postura antirreligiosa– por sobre las demás posturas.*

Y aparece otro principio que puede acompañar (y en muchos países se da la mano) con el principio de laicidad o neutralidad Estatal: *el de cooperación* con las confesiones religiosas, fundado en la coincidencia en la persecución de los fines de promoción humana y paz que comparten tanto el Estado como los grupos religiosos.

Si miramos esta diferencia conceptual respecto a la laicidad del Estado –o *mandato de neutralidad*, en una concepción más evolucionada– desde el Derecho internacional de los derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 12<sup>(11)</sup>), nos encontramos con que *es la libertad de conciencia y religión la que es proclamada como derecho humano*

---

<sup>(10)</sup> M. BRITO, *Derecho Administrativo. Su permanencia – contemporaneidad – prospectiva*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004, p. 223

<sup>(11)</sup> Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

*fundamental y el Principio de Laicidad aparece como un medio idóneo para su concreción.*

El *Principio de Laicidad* del Estado, si bien podría considerarse como el modelo que mejor protege aquella libertad, *no está explicitado en los instrumentos internacionales*. Se desprende si, a nuestro juicio como el *mejor modelo* de relacionamiento entre el Estado y los grupos religiosos, porque es el que mejor asegura, el que más garantías da, a la libertad de las personas.

Esta priorización del *deber de prestar protección a la libertad de las personas*, en todo ámbito y en lo específico en el ámbito religioso o de creencias –y también en el ideológico y político– se refuerza mediante el establecimiento de deberes positivos de cargo del Estado, tal y como los recoge el artículo 2<sup>(12)</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Convenio no establece un modelo único de relaciones entre el Estado y las comunidades religiosas. Si establece: (i) la libertad de conciencia y religión como derecho humano fundamental; (ii) límites al poder político a su respecto; (iii) el principio de no discriminación que pesa fundamentalmente como mandato al Estado y (iv) los deberes positivos del Estado.

Respecto al fuero interno, establece el deber del Estado de no interferir, o lo que llamamos también «inmunidad de coacción», que en el ámbito educativo se traduce en la «inhibición del adoctrinamiento».

Es en este mismo sentido que, en su exhaustivo análisis del Principio de Neutralidad del Estado vinculado con la autonomía religiosa en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la profesora María José Valero Estarellas concibe a la neutralidad identificada con la obligación esencialmente negativa del Estado de no intervenir<sup>(13)</sup>. Si bien lo hace en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la similitud de su formulación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace que sea válido el traslado del argumento a nuestro ámbito regional.

El catedrático español, profesor doctor Javier Martínez-Torrón, estima la neutralidad estatal como «la condición *sine qua non* para una verdadera

---

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

<sup>(12)</sup> Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

<sup>(13)</sup> M. J. VALERO ESTARELLAS, *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2022, pp. 23-24

garantía de la libertad de religión y creencias, que «reclama un Estado que se reconozca imparcial»<sup>(14)</sup>.

*Sostenemos la subordinación del principio de laicidad a los fines a los que sirve. No es un fin en sí mismo, es un principio instrumental a la libertad religiosa.* Es uno de los medios para alcanzar, garantizar, profundizar, extender la libertad de las personas, frente al Estado y entre los distintos grupos. En la educación, en la política, en el Gobierno.

Nuestro país es laico, sí. ¿Lo es para consagrar el respeto de las opciones religiosas de sus habitantes o para soslayarlas? La laicidad es un principio fundamental de las relaciones Estado-religiones, defendido por los defensores de la libertad religiosa. Es un principio caro, en el sentido de valorado.

Entendido como no confesionalidad del Estado, como neutralidad, es el modelo de Estado deseable, el que mejor cumple con los estándares mínimos de la libertad religiosa. El Estado es incompetente en materia religiosa y moral, por eso decide mantenerse al margen para poder favorecer a todos en pie de igualdad en el ejercicio de la libertad religiosa.

Así entendido, el principio de laicidad es valorado, pero no para poder vanagloriarnos entre los uruguayos diciendo, «¡Qué laico es el Estado!». Es un principio señero para las relaciones entre el Estado y las diversas religiones. Como tal, no cualquier definición ni concepción acerca del término laicidad es funcional a la libertad religiosa.

En la Constitución uruguaya vemos algo similar a lo que notábamos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: se proclama la libertad religiosa; la laicidad es concebida *a posteriori* e instrumental. Desde el temprano artículo 5 se proclama en primer lugar al Estado uruguayo como un Estado de libertad religiosa: «Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay». Y tras proclamar ese principio de libertad, el constituyente mandata el deber de neutralidad: «El Estado no sostiene religión alguna». Primero la libertad, y como principio adyuvante de la libertad, la laicidad o neutralidad estatal.

También dentro de los enunciados de su parte dogmática, cuando proclama derechos de las personas, se ocupa específicamente de la protección de la conciencia de las personas, mandatando al legislador a que dicte normas para su garantía.

Artículo 54: «La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica».

Mediante esta disposición la Constitución mandata al Estado a replegar-se ante el debido respeto de la conciencia moral o cívica de las personas, y

---

<sup>(14)</sup> J. MARTÍNEZ-TORRÓN, en el Prólogo de M. J. Valero Estarellas, *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2022, p. 17.

lo coloca como garante de la libertad, vedándole de ingresar a una relación de competencia con las diversas posturas de conciencia.

Pasamos de un Estado que necesitaba afirmar su independencia frente al poder espiritual, *a un Estado que habiéndola ya afianzado, está llamado hoy a relacionarse con el pluralismo religioso y de creencias de una sociedad que se ha vuelto cada vez más diversa.*

Esta neutralidad jamás puede ser entendida como prescindencia por parte del Estado del fenómeno religioso, lo que implicaría una postura de negación de la realidad social, rica en manifestaciones religiosas y de creencias. Ni abstencionismo excluyente ni confesionalidad oficial –que redundaría en la cuasi exclusividad de relacionamiento o al menos prevalencia–. Concebimos a la neutralidad estatal en una posición de equidistancia entre el laicismo excluyente y negador de un lado, y la confesionalidad del Estado, de otro. Tanto se opone el principio de laicidad a un modelo de Estado confesional, como a un modelo de Estado de ideología laicista.

Siguiendo su evolución dinámica, la laicidad ha pasado de ser garantía de la independencia del Estado frente a la injerencia del poder espiritual, a ser hoy garantía de la libertad de las personas frente a las injerencias de los poderes públicos. El mandato de neutralidad que pesa sobre el Estado se funda en su incompetencia en materia moral y religiosa; el Estado se mantiene imparcial en estas materias para que las diversas posturas filosóficas, ideológicas, morales y religiosas florezcan y sean, sin interferencias indebidas.

El principio de laicidad, esclarecido su significado y alcance, nos merece una moción de apoyo. Como concepto dinámico, ha evolucionado desde la noción que dio motivo a su creación –la debida independencia y mutua autonomía entre el poder político y el espiritual– que en aquel momento reclamaba un énfasis en la protección del Estado frente a las injerencias indebidas del poder religioso, hasta un concepto que, superada aquella etapa histórica, estando claro y firme el poder ético, más aún, habiendo evolucionado el concepto de sus fines y cometidos en un Estado social y democrático de Derecho, torna imprescindible el mandato de neutralidad estatal para garantizar la libertad de conciencia y religión –y también ideológica, filosófica y política– de los habitantes.

De haber sido freno a la influencia espiritual, ha pasado a ser, sobre la base de la incompetencia estatal en materia moral y religiosa, garante de su libre expresión.

## 2.5B Una demografía indiferente

El primer dato significativo –y revelador de la particular laicidad criolla– es que el Instituto Nacional de Estadística omite la pregunta acerca de la filiación religiosa en los censos de población. Evidentemente, no resulta un dato relevante para sus diseñadores. Es más, hay quienes sostienen que no debería investigarse sobre un aspecto absolutamente personal y privado, en el que el Estado nada tiene que ver. Lo cierto es que, ante la ignorancia estatal sobre la distribución de la población en materia de pertenencia religiosa, poco se puede esperar en el terreno de políticas públicas para su consideración.

Según datos del Centro de Investigaciones Pew (Pew Research Center)<sup>(15)</sup>, el Uruguay es el país con el mayor porcentaje de quienes se declaran no afiliados a ninguna concepción religiosa (37%), casi el doble del de los no afiliados de cualquier otro país de la región. Uruguay es por lejos el país más secular o laico de América Latina, afirma el informe. El 37% de los uruguayos declaran no tener ninguna religión en particular o ser ateos o agnósticos. En el resto de los países de América Latina, los no afiliados no alcanzan el 20% de la población.

Este dato, estrechamente vinculado con la ideología laicista, es también consecuencia de ella. La histórica raigambre de la laicidad, que ha recortado la presencia de lo religioso de la vida cotidiana, sobre todo pública, ha impactado fuertemente en la cultura uruguaya. Y las estadísticas señaladas son parte de sus efectos. Preguntados acerca del compromiso con su religión, menos de un tercio de los uruguayos declaran que la religión es importante en sus vidas<sup>(16)</sup>. Es el único país en la región en el que la mayoría (57%) dice que los líderes religiosos no deben tener influencia alguna en asuntos políticos.

Como expresa el filósofo Miguel Pastorino comentando estos datos, algunas posturas dentro de los fundamentalistas del laicismo llegan al extremo de «ver en la religión poco menos que un mal que debe ser extirpado de la sociedad. Ahí tenés también un fanatismo»<sup>(17)</sup>.

Este escenario desértico y desalentador se agrava en el universo de los legisladores. A vuelo de pájaro y sin contar con datos estadísticos –porque evidentemente es éste un dato que poco importa–, podría decirse que entre los legisladores la minoría se profesa creyente y dentro de ella, menos aún tienen un compromiso y práctica religiosa, no más del 10% entre los senadores.

<sup>(15)</sup> <https://www.pewresearch.org/religion/2014/11/13/religion-in-latin-america/>

<sup>(16)</sup> <https://www.pewresearch.org/religion/2014/11/13/religion-in-latin-america/#religion-in-uruguay>

<sup>(17)</sup> M. PASTORINO (filósofo y comunicador), «Uruguay es el país con mayor porcentaje de ateos y agnósticos de América», *Semanario Voces*, Montevideo, 28 julio, 2018

Como percibe Pastorino<sup>(18)</sup>, hasta dentro de los católicos hay una suerte de complejo o trauma de exhibir públicamente su pertenencia religiosa.

Evidentemente, esta actitud se transforma en la arena política ya en la autocensura de la referencia a lo religioso, ya en una errónea interpretación del principio de laicidad que se torna en rechazo franco, cuando no en persecución de lo religioso en política y, en el mejor de los casos, en indiferencia frente al fenómeno.

Así, la reacción espontánea entre los actores políticos frente a una iniciativa que involucre lo religioso es de temor a incurrir en violación de la santa laicidad, o de cautela porque es un tema sensible, muy privado y de la conciencia, o en una suerte de autodeclaración de incompetencia para regular la materia, cuando no un rechazo franco por no querer enaltecer a las religiones.

### 2.5C *La falta de formación en el derecho humano fundamental de libertad de conciencia y religión*

Cuando a la hostilidad o, en el mejor de los casos, indiferencia religiosa se le suma la falta de formación jurídica y en derechos humanos –con la consiguiente ignorancia acerca de que la libertad de conciencia y religión son derechos fundamentales–, el resultado es un bloque rígido, impermeable e impenetrable, ciego y sordo, frente al cual rebotan las iniciativas que tiendan a proteger el derecho de libertad religiosa. Afloran concepciones ideológicas decimonónicas y anquilosadas, prejuicios y resistencia.

Tomemos un ejemplo ilustrativo: *el proyecto de ley de Despenalización del Matrimonio Religioso*<sup>(19)</sup>. Varios han sido los proyectos de ley presentados por esta servidora en esta legislatura vinculados a lo religioso. De entre los presentados, optamos por tratar en primer lugar el que parecía de más fácil y obvia aceptación, el menos ambicioso, el que imponía su inmediata aprobación dado lo evidente de la injusticia que provoca el régimen vigente. No ha sido así, y no se vislumbra su aprobación en lo inmediato. Informemos.

El Código Civil uruguayo mantiene un artículo desde la época de la secularización del matrimonio (año 1885), que tras declarar al matrimonio civil como el único con efectos civiles («obligatorio»)<sup>(20)</sup>, penaliza al sacer-

---

<sup>(18)</sup> M. PASTORINO, cita anterior.

<sup>(19)</sup> Proyecto de Ley de Despenalización del Matrimonio Religioso, presentado por la Senadora Carmen Asiaín el 12 de marzo de 2020, disponible en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/fichasunto/145723>

<sup>(20)</sup> Código Civil Capítulo II «DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO» TITULO V «DEL MATRIMONIO» «Artículo 83. El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo. El matrimonio civil es obligatorio en todo el territorio del Estado, no reconociéndose, a partir del 21 de julio de 1885, otro legítimo que el celebrado con arreglo a este Capítulo y con sujeción a las disposiciones establecidas en las leyes de Registro de Estado Civil y su reglamentación.

dote católico «o pastor de las diferentes comuniones disidentes en el país» que procediere «a las bendiciones nupciales sin que se le haya hecho constar la celebración del matrimonio civil», y si éste lo hiciere, será penado con pena de seis meses de prisión y de un año en caso de reincidencia<sup>(21)</sup>.

El proyecto planteaba sencillamente derogar este artículo 84, sin pretender dotar de efectos civiles a los matrimonios religiosos. Planteaba eliminar violaciones flagrantes del derecho de libertad religiosa: a) el «permiso» que da el Estado para celebrar un tipo de matrimonio religioso; b) la discriminación contra las religiones cristianas, pues nótese que no están penalizados ni los rabinos ni imanes, ni los paes ni maes<sup>(22)</sup>, entre otros ministros de culto; c) que un rito religioso (sin efectos civiles) sea un delito; d) que un ministro de culto sea penalizado por la práctica de su ministerio religioso; y e) que los fieles de las religiones cristianas tengan condicionada la celebración de un rito religioso a un acto civil previo.

Nótese que se han dado ocasiones, como durante huelgas del Registro de Estado Civil, en que el impedimento de la celebración civil hacía imposible a su vez acceder al matrimonio religioso. Esta situación se planteó también durante la pandemia del covid-19, cuando las oficinas públicas mermaron o cesaron sus servicios.

Comenzado el análisis del proyecto en la Comisión respectiva de la Cámara de Senadores, recibió objeciones iniciales de todos los partidos políticos, incluyendo el de quien presentó la iniciativa, algunas de las cuales cambiaron de opinión posteriormente. Pero hasta el momento no se ha logrado la mayoría necesaria para su aprobación ni siquiera dentro de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado que lo tiene a estudio. Algunos de los argumentos opositores exhibían una ignorancia supina en materia de derechos humanos e impudicamente manifestaron que había que frenar el avance de las religiones y mantenerlas a raya. Por parte de quienes otrora promovieron el matrimonio entre personas del mismo sexo y la equiparación de los efectos civiles del concubinato al matrimonio, se espetó que con la iniciativa se correría el riesgo de las personas que celebraran sólo el matrimonio religioso fueran a creer que estaban casados, comparando la circunstancia con la de aquellos que sin licencia de conducir salieran a circular en automóvil. Quizás el temor radicara en que las parejas convivieran antes del matrimonio civil, único válido.

---

<sup>(21)</sup> Código Civil, Art. 84: «Efectuado el matrimonio civil a que se refiere el artículo 83, los contrayentes podrán libremente solicitar la ceremonia religiosa de la Iglesia a que pertenezcan, pero ningún ministro de la Iglesia católica o pastor de las diferentes comuniones disidentes en el país, podrá proceder a las bendiciones nupciales sin que se le haya hecho constar la celebración del matrimonio civil, por certificado expedido en forma por el Oficial del Estado Civil y si lo efectuase sin dicha constancia incurrirá en la pena de seis meses de prisión y en caso de reincidencia un año de prisión. Exceptuase de la disposición que antecede, los matrimonios in extremis, que no producirán, sin embargo, efectos civiles».

<sup>(22)</sup> Ministros de culto de las religiones de matriz afroamericana, como Umbanda.



Si los legisladores tuvieran la humildad de reconocerse carentes de formación y aceptaran ser formados, quizás tras el curso de una generación entera, podría albergarse alguna esperanza. Por ahora, es como sembrar en el desierto, salvo excepciones.

Es cierto que, en un sistema democrático, no es válido exigir la formación ni siquiera en Derecho como condición de acceso a ser legislador. Son tan representantes de la ciudadanía quienes accedieron a la banca como obreros de la construcción, como el sindicalista, la maestra rural, la empleada doméstica, como los profesores universitarios, magíster y economistas. No se desprecia a quienes por elección o por falta de oportunidad no se formaron en estas lides. Lo inadmisibles es que los legisladores no se asesoren debidamente por idóneos, y pretendan controvertir los argumentos de sus contrarios –a veces expertos en determinadas materias– con razonamientos caseros de la ciencia de la opinión. Y se dan situaciones que evocan la de encontrar *La Biblia junto al calefón*, como canta el tango *Cambalache* de Discépolo<sup>(23)</sup>.

### 3. NO TODO ES DESALENTADOR: TÍMIDOS AVANCES Y PERSEVERANCIA EN EL CAMINO

#### 3.1. Acciones positivas de la anterior Administración

Como en toda situación humana, son más frecuentes los claroscuros que los extremos, y siempre es posible encontrar ejemplos de buena gestión pública del factor religioso, aun en un medio, sino hostil, por lo menos indiferente en la materia.

Varias son las acciones a destacar, como por ejemplo, la decisión política de aprobar un protocolo para la asistencia espiritual de la población privada de libertad, habilitando el ingreso de ministros de culto de las diversas religiones para ofrecer esta asistencia en los centros de reclusión carcelaria<sup>(24)</sup>.

Otro mérito fue la decisión de incluir al Servicio Ecuménico para la Dignidad Humana dentro de las organizaciones competentes para brindar asistencia a los refugiados inmigrantes<sup>(25)</sup>. Dicho Servicio nuclea a repre-

---

<sup>(23)</sup> E. S. DISCÉPOLO, compositor del tango *Cambalache*. Extractos de algunas de sus estrofas:  
*Hoy resulta que es lo mismo ser derecho que traidor/ Ignorante, sabio o chorro, pretencioso estafador/  
Todo es igual, nada es mejor/ Lo mismo un burro que un gran profesor .... //Da lo mismo que sea cura/  
Colchonero, Rey de Bastos/ Caradura o polizón/ ¡Qué falta de respeto/ Qué atropello a la razón! .... //  
Igual que en la vidriera irrespetuosa/ De los cambalaches se ha mezclado la vida/ Y herida por un sable sin  
remaches/ Ves llorar la Biblia junto a un calefón ...*

<sup>(24)</sup> Protocolo de la Vida y Atención Religiosa en las Cárcenes, aprobado 23 de octubre de 2013, disponible en <https://caritasuruguay.org.uy/nuevo/wp-content/uploads/Protocolo-Atenci%C3%B3n-Religiosa-Aprobado-por-el-ISR-oct-2013-librillo-publicado.pdf>

<sup>(25)</sup> Ley N.º 18.076 de 19 de diciembre de 2006

sentantes de diversas Iglesias y organizaciones religiosas, «cristianos de diferentes denominaciones capaces de dar un testimonio en común» en la ayuda al refugiado.

Son estos sólo dos ejemplos recientes de políticas impulsadas por la administración de la coalición de izquierdas Frente Amplio que gobernó de 2005 a principios de 2020, que destacamos con ánimo constructivo por sobre las falencias en la gestión de la diversidad religiosa en otros campos como la salud, la educación y el Derecho de Familia, que merecieron sendas críticas de nuestra parte, sobre todo por la deficiente recepción legislativa y reglamentaria de la objeción de conciencia y por la falta de consideración de la autonomía de las entidades religiosas al legalizar prácticas de salud sexual y reproductiva, entre otras<sup>(26)</sup>.

### 3.2. Cambio en el relacionamiento debido al cambio de Gobierno

El cambio de Gobierno puso a una coalición de partidos de centro y centro-derecha a cargo en marzo de 2020. Recordando que la parroquia católica próxima al Parlamento había servido a los comienzos de nuestra

---

<sup>(26)</sup> C. ASIAÍN PEREIRA, «Objeción de conciencia y libertad de conciencia. Normativa vigente en Uruguay», *Revista de Derecho*, (14), 11–64, disponible en <https://doi.org/10.22235/rd.v0i14.1235>, Universidad Católica del Uruguay, 2016.

C. ASIAÍN PEREIRA, «Objeción de conciencia: Tribunal de máximo rango anula con efectos generales y absolutos decreto que la restringía», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 2016, vol. 2, N.º 1, disponible en <http://www.revistaladerechoyreligion.com/ojs/ojs-2.4.6/index.php/RLDR/index> y en *Revista de Derecho Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, N.º 48, Nov. 2015, disponible en <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/48/asiain.php>.

C. ASIAÍN PEREIRA, «Habeas Conscientia(m) y Objeción de Conciencia», *Anuario de Derecho Administrativo*, T. XV, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

C. ASIAÍN PEREIRA, «Derecho Sanitario y Libertad de Conciencia en Uruguay», en I. Martín Sánchez (coord.), *Libertad de Conciencia y Derecho Sanitario en Iberoamérica*, COMARES, Granada, España, 2010, pp. 235-310.

C. ASIAÍN PEREIRA, «El Aborto de la Ley del Aborto», *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 19, 2009, IUSTEL, España, disponible en [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=2&id\\_noticia=407323&id\\_categoria=8481&texto=](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=2&id_noticia=407323&id_categoria=8481&texto=).

C. ASIAÍN PEREIRA, «La Protección Jurídica de la Libertad de Conciencia en el Uruguay», en *Comisión de Doctrina, Conferencia Episcopal del Uruguay, Objeción de Conciencia – Derecho Humano Natural – Ideología de Género*, Librería Editorial Arquiocesana, Montevideo, 2011.

C. ASIAÍN PEREIRA, «Las instituciones sanitarias confesionales ante la implementación de las políticas de “Salud Sexual y Reproductiva” en Uruguay. La defensa de la autonomía de la Iglesia católica en los casos jurisdiccionales contra el Estado», *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Iustel, n.º 33, 2013.

C. ASIAÍN PEREIRA, *Objeción de Conciencia al Aborto en el Uruguay*, Iustel, Madrid, 2010.

C. ASIAÍN PEREIRA, «Comentarios al proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia e ideario», *Revista de Derecho, Universidad de Montevideo*, Año 12, n.º 22 (2012), pp. 11-24, disponible en [http://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice\\_display&id=71666](http://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=71666).

C. ASIAÍN PEREIRA, «Veto a la Limitación de la Libertad de Conciencia», en *Veto al aborto. Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez*, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2012, 2.º Ed. 2013.

C. ASIAÍN PEREIRA, «Veto a la Limitación de la Libertad de Ideario Institucional», en *Veto al aborto. Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez*, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1.º Ed. 2012, 2.º Ed., 2013.

patria como asamblea parlamentaria, el párroco invitó a los legisladores a una celebración religiosa para encomendarse y pedir por la buena labor de la nueva legislatura. Concurrieron legisladores, la presidenta de la Asamblea General y varios ministros de Estado.

Al día siguiente de la asunción de mando del presidente de la República, se realizó una celebración ecuménica en la Iglesia Matriz, para elevar una oración por la patria y encomendar la nueva administración. Participaron las jerarquías de las iglesias cristianas y las colectividades judías, y en primera fila entre los concurrentes, el presidente de la República y varios estrenados jerarcas del Poder Ejecutivo y legisladores. Desde 1990 no se veía algo así.

El siguiente ejemplo toma al nuevo Gobierno, a cargo de la coalición republicana con apenas doce días de asumido, y exhibe también este cambio en el relacionamiento, constituyendo un manejo público de lo religioso casi único en el mundo.

### 3.3. **La gestión pública del factor religioso durante la pandemia: *La Libertad Responsable* del presidente Luis Lacalle Pou**

La gestión pública del factor religioso durante la pandemia distinguió al Uruguay del resto del continente y del mundo y es, además, un ejemplo de éxito en la materia.

Declarada la emergencia sanitaria el 13 de marzo de 2020<sup>(27)</sup> (doce días luego de haber asumido), el presidente de la República, Dr. Luis Lacalle Pou, se vio ante la disyuntiva de decretar cuarentena obligatoria o no y posteriormente también, ante la eventualidad de tener que decretar la obligatoriedad de la vacunación o no. Apartándose de lo que aplicaron sus vecinos de la región y de la mayoría del globo y contrariamente a lo que aconsejaban sus asesores más directos, las altas jerarquías de Gobierno y toda la oposición política, él apeló al concepto de *libertad responsable: libertad responsable* de las personas e instituciones, en lugar de *cuarentena obligatoria* y castigo a los infractores, como principio rector del manejo en general de la pandemia. Y lo aplicó con éxito.

---

<sup>(27)</sup> Decreto N.º 93/020 de 13/3/2020. Declaración de estado de emergencia nacional sanitaria como consecuencia de la pandemia originada por el virus covid-19 (coronavirus). El presidente de la República actuando en Consejo de Ministros decreta:

Artículo 1 Declárase el estado de emergencia nacional sanitaria como consecuencia de la pandemia originada por el virus Covid-19. Artículo 3 Suspéndanse todos los espectáculos públicos hasta que el Poder Ejecutivo lo determine. (\*) 4 [...] El Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus potestades constitucionales, legales y reglamentarias podrá disponer el cierre de todos aquellos lugares de acceso público que se determinen, así como imponer todo otro tipo de medidas necesarias en materia de higiene sanitaria para evitar aglomeraciones en dichos espacios. (\*)

En Uruguay se suspendieron los espectáculos públicos, pero no se decretó el confinamiento obligatorio en ningún momento, a pesar de que el orden jurídico habilitaba para ello. Se exhortó a la población a quedarse en sus casas, a los que pudieran hacerlo, pero jamás se dictó norma jurídica alguna que obligara al confinamiento. Las oficinas públicas, salvo las de funcionamiento imprescindible, cerraron o acotaron su funcionamiento. Respecto a la actividad privada, se impusieron restricciones en el aforo y en los horarios como prevención, además de otras medidas sanitarias. Las autoridades quedaron facultadas para cerrar lugares de acceso público y para suspender eventos que implicaran la aglomeración de personas. Se suspendieron los espectáculos públicos, pero no se incluyó a las celebraciones religiosas dentro de esta normativa general, sino que los grupos religiosos recibieron un trato específico.

El concepto de *libertad responsable* apeló a que cada uno discerniera, según su circunstancia, qué hacer en su caso. Por medio de comparecencias en conferencias de prensa en vivo, el Gobierno exhortaba a la población a cuidarse y a restringir la movilidad, pero no la compelió, y dejaba a salvo la continuación de aquellas actividades que fueran irrenunciables para las personas. Había razones de subsistencia de aquellas personas que se hallaban en la informalidad, que motivaron la decisión.

Me quiero parar en algo que algunos han discutido: la libertad responsable. ¿Alguien entiende la vida en sociedad sin libertad responsable? La libertad responsable es algo para hoy, para mañana, con pandemia, sin pandemia, es la vida misma en sociedad. He escuchado por ahí: fracasó la libertad responsable. Si fracasa la libertad responsable, fracasa la humanidad. Fracasa la vida en sociedad.<sup>(28)</sup>

Como comenta el prologuista de la obra *La Libertad Responsable*<sup>(29)</sup>, en un contexto de emergencia social que la pandemia puso al desnudo y que evidentemente venía de más lejos, surgieron ollas populares a cargo de organizaciones solidarias y grupos religiosos, con ayuda e insumos provistos por instituciones del Estado. «Las medidas de urgencia debieron cubrir situaciones sociales que estaban soterradas y que se suponía que 15 años de gobiernos de izquierda habían solucionado, o al menos atenuado». No había sido así.

---

<sup>(28)</sup> Palabras del presidente de la República, Luis Alberto Lacalle Pou, durante sus conferencias de prensa a la población, citadas por D. Supervielle, *La Libertad Responsable. La pandemia, el Gobierno uruguayo de Luis Lacalle Pou y el futuro del Uruguay*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2022, p. 17.

<sup>(29)</sup> T. Linn en Prólogo de la obra de D. Supervielle, *La Libertad Responsable*, op. cit., p. 14.

Por ello, frente a los reclamos de que se decretara cuarentena obligatoria, la respuesta pública del presidente reflejaba su opción por la libertad como principio y una empatía con los grupos sociales sumergidos. Dice Linn:

«En este contexto se hizo legendaria la firme reflexión de Lacalle Pou y que fue el embrión de su concepto de libertad: «¿Alguien en serio, con responsabilidad, está dispuesto a llevar detenido, a llevar ante un juez o fiscal, a un uruguayo que en cualquier lugar del país esté intentando hacer el peso? No [para] parar la olla para la semana, para el día. ¿En serio eso es lo que están proponiendo?»

En una entrevista que le realizara el periodista argentino Alfredo Leuco<sup>(30)</sup> al presidente Lacalle Pou, el mandatario analiza la actitud de respuesta del pueblo uruguayo frente a la gestión gubernamental de la pandemia, «Entonces, creo que hay un pacto ciudadano, un pacto de libertad responsable, de que mis actitudes como ciudadano me benefician, y benefician al común denominador; o me perjudican a mí y a todo el Uruguay». Y más adelante remata, luego de confesarse liberal, pero con un liberalismo con sensibilidad social, solidario, «No hay libertad pura si el entorno no puede gozar esa libertad».

Este principio de libertad fue el que se trasladó a la gestión pública del factor religioso, punto en el que se produjo un cambio radical en el relacionamiento que hasta entonces se había mantenido entre las autoridades y las diversas confesiones religiosas. Ante la contingencia de la pandemia, era preciso resolver qué pasaría con las ceremonias religiosas y actos de culto, que suponían aglomeración de personas. La primera señal fue que no se incluyó a las celebraciones religiosas dentro del concepto de espectáculos públicos –a pesar de la pretensión de algunas facciones–, sino que se les deparó un tratamiento separado. Para la toma de decisión acerca de su continuación o no, y en su caso, de las modalidades en que las celebraciones religiosas podrían continuar durante la pandemia, a diez días de la declaración de emergencia sanitaria el Poder Ejecutivo citó a una reunión con los principales líderes religiosos de las colectividades judeocristianas. Más tarde lo hizo con otras tradiciones. En acuerdo entre los líderes religiosos y los representantes del Gobierno, se acordó la suspensión transitoria de las ceremonias religiosas y la adopción de diversas medidas sanitarias.

Los líderes religiosos enviaron un mensaje conjunto a la población a través de un video, explicando frente a la Torre Ejecutiva (Casa de Gobierno), la medida adoptada ante la crisis del coronavirus<sup>(31)</sup> y exhortando a sus fieles a la comprensión y a la colaboración, aunándose en la esperanza de una pronta finalización de la emergencia sanitaria.

---

<sup>(30)</sup> Recogida en D. SUPERVIELLE, *La Libertad Responsable... op. cit.*, p. 77.

<sup>(31)</sup> Video mensaje de los líderes religiosos a la población con motivo de la suspensión de las celebraciones religiosas, disponible en [https://youtu.be/z6uoWzQU7\\_0](https://youtu.be/z6uoWzQU7_0)

En la mayoría de los países de la región, el Gobierno había resuelto lo relativo a las celebraciones religiosas de forma unilateral dictando normativa regulatoria, ya suspendiéndolas, ya acotándolas. La mayoría de los Estados optó por resolver la cuestión religiosa de forma unilateral, con normativa impuesta desde el Estado. En el Gobierno del presidente Luis Lacalle Pou primó la concepción de libertad responsable, pero auxiliada por el Estado para que sea más libre. «Esa Constitución [la uruguaya] ¿qué nos dice? Que hay que proteger el goce de determinados derechos, con lo cual le dice al Estado que para *que la persona sea libre, porque es un estado natural por el simple hecho de ser individuo, tenés que ayudarla*. Tenés que darle herramientas. La Constitución reafirma eso. Entonces, ahí muere esa contradicción entre la libertad individual y el individualismo que algunos quieren fogonear cuando dicen la libertad responsable, la libertad individual es individualista. ¡No! Es al revés. *No niega la presencia del Estado*. Es justamente al revés. «*El Estado sirve de estribo, de anclaje, de empuje para que la persona pueda gozar de esos derechos*»<sup>(32)</sup>.

Evidentemente, los principios de centralidad de la persona humana, finalidad suprema del Estado, concebido como ser instrumental para el bien común, subyacen esta concepción y se trasuntan en los hechos, en el manejo de la pandemia, específicamente en este caso, en punto a la libertad de conciencia y religión.

Desde el punto de vista doctrinal, podría afirmarse que nuestro país fue original en su gestión pública del factor religioso durante la pandemia. Acudió al *Principio de Bilateralidad de las Fuentes Normativas*, es decir, al diálogo y el acuerdo con los representantes de las principales comunidades religiosas presentes en el país, diseñando una solución en consulta y de consenso. Hay una foto que circuló en Twitter que muestra reunidos alrededor de una mesa redonda a las autoridades de Torre Ejecutiva con los principales líderes religiosos de los diversos credos, con una leyenda comunicando lo resuelto de común acuerdo. Ciertamente que algunas jerarquías estaban desconformes con la solución hallada, pero cierto también que no fue impuesta.

Cuando de forma bilateral también se fueron abriendo paulatinamente los lugares de culto, de forma conjunta también se elaboraron los protocolos para las celebraciones, que atendían a las particularidades de cada culto, incluyendo aforo, medidas de higiene, distancia entre las personas y duración de las ceremonias. Y ello, hasta la restitución de la normalidad.

Habida cuenta de que el derecho de libertad de conciencia y religión es uno de los derechos fundamentales que no admite suspensión ni aun en tiempos de emergencia (art. 27.2 de la Convención Americana sobre Dere-

---

<sup>(32)</sup> D. SUPERVIELLE, *La Libertad Responsable*, op. cit., p. 127, citando al presidente Lacalle Pou en entrevista.

chos Humanos<sup>(33)</sup>), la solución uruguaya, artesanalmente elaborada logró sortear exitosamente la prohibición referida, así como el respeto a la autonomía de las entidades religiosas, apelando a sucesivos acuerdos.

Otra suerte corrieron países como Chile, por ejemplo, en el que el Ministerio de Salud prohibió por decreto celebrar y asistir a eventos públicos con asistencia fija –lo que abarcaba a las celebraciones religiosas–. Ante el reclamo de feligreses, el Tribunal Constitucional consideró ilegítima la medida sosteniendo que «el estado de excepción constitucional de catástrofe faculta para restringir, no suspender el ejercicio de garantías constitucionales»<sup>(34)</sup>.

En Uruguay el Decreto del Poder Ejecutivo N.º 106/022 de 5 de abril de 2022 dejó sin efecto el estado de emergencia nacional, considerando «que, desde esa fecha, el Poder Ejecutivo ha adoptado diversas medidas tanto sanitarias, como sociales y económicas, procurando mantener el equilibrio entre la protección de la salud humana, la minimización de los trastornos sociales, económicos, así como el respeto de los derechos humanos»<sup>(35)</sup>.

### 3.4. **Proyectos presentados para hacer efectivo el derecho de libertad de conciencia y religión**

Intentando cumplir con el espíritu de hacer un aporte a través de la actividad política, y estimulada por la trayectoria académica en la materia, varios fueron los proyectos de ley presentados, directa o indirectamente vinculados al derecho de libertad de conciencia y religión.

---

<sup>(33)</sup> Artículo 27. Suspensión de Garantías. «1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión».

<sup>(34)</sup> Tribunal Constitucional de Chile, Rol N.º 19.062-2021, Sentencia de 29 de marzo de 2021.

<sup>(35)</sup> Decreto del Poder Ejecutivo N.º 106/022 de 5 de abril de 2022, disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/106-2022/1>

### 3.4A *Despenalización del matrimonio religioso*

Ya hemos mencionado este proyecto, que fue tratado en primer lugar y que aún no ha recibido sanción.

### 3.4B *Libertad de Conciencia e Ideario Institucional. Recurso de Habeas Conscientiam*<sup>(36)</sup>

Este proyecto de nuestra autoría fue presentado por el hoy presidente de la República y entonces diputado, Luis Lacalle Pou, en 2010. En 2015, estando en funciones de senadora, lo volví a presentar. Y en esta legislatura, ya como senadora titular, lo reintroduje. No ha recibido tratamiento aún. A veces, las emergencias de gobierno –no sólo las provocadas por la pandemia, sino también los imperativos cotidianos de gobierno– hacen que se vayan postergando temas tan trascendentes como éste, pero que no tienen la urgencia que tienen temas prácticos de seguridad pública o hacienda y, versando sobre un derecho fundamental, no se puede decir que esté siendo flagrantemente violentado –por ahora–.

Es una iniciativa legislativa para la protección de la libertad de conciencia, para hacer accesible a las personas y grupos un recurso rápido, eficaz, garantista y acabado para su protección.

Emula la lógica del histórico recurso de *habeas corpus* y apela al mismo razonamiento para el amparo de la conciencia individual. De la misma forma como el ordenamiento jurídico por reconocer el derecho de toda persona sobre su cuerpo instituye un recurso rápido y efectivo para tutelararlo, conocido como *habeas corpus*, esta medida legislativa tutela la conciencia, habida cuenta de que por naturaleza el ser humano es físico –cuerpo– y también espíritu –con su consiguiente conciencia–. He ahí la necesidad de introducir el recurso de *habeas conscientiam* para formalizar la objeción de conciencia cuando ello es necesario.

En paralelo, la protección es extendida al ideario institucional, amparando la autonomía de las entidades confesionales o definidas en base a determinadas convicciones o principios éticos.

El proyecto intenta reglamentar el artículo 54 de la Constitución y cumplir con su mandato, respecto al cual el legislador ha sido omiso desde 1934:

Artículo 54: «La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica».

Sin perjuicio del ejercicio sin necesidad de reglamentación del derecho a la libertad de conciencia e ideario y el consiguiente derecho a la objeción

---

<sup>(36)</sup> Proyecto de Ley de Libertad de Conciencia e Ideario Institucional. Recurso de *Habeas Conscientiam*, disponible en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/126577>



de conciencia e ideario por virtud del artículo 332<sup>(37)</sup> de la Constitución, con el fin de facilitar y hacer efectivo en su plenitud el goce de los derechos, garantías y libertades fundamentales a los habitantes (art. 85 (3)<sup>(38)</sup> constitucional) y del *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno* previsto por el artículo 2<sup>(39)</sup> y 25<sup>(40)</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se propone el proyecto de ley.

Queda como tarea pendiente para los próximos meses abordarlo.

### 3.4C *Festividades de las minorías religiosas. Derecho a la observancia*

El proyecto parte de la realidad histórico-cultural de nuestro país, que por tradición recogió en el calendario oficial, las principales festividades del calendario cristiano, específicamente católico, aunque secularizándolas.

Mención aparte merece lo que hemos denominado la invasión o usurpación del calendario cristiano por parte del Estado durante el proceso de secularización, que supuso mantener como días no laborables determinadas festividades, pero cambiándoles su nombre oficial por denominaciones civiles<sup>(41)</sup>.

El proyecto por tanto busca amparar el derecho a observar días de precepto religiosos de minorías como las colectividades judías y los Adventistas del Séptimo Día respecto al sábado e incluso feriados religiosos móviles como el Día del Perdón o el Año Nuevo judíos, a las comunidades islámicas y en general toda vez que exista un día de precepto religioso que sea incom-

---

<sup>(37)</sup> Constitución, Artículo 332: Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejará de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, los principios generales del derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

<sup>(38)</sup> Constitución, Artículo 85: Artículo 85: A la Asamblea General compete: [...] 3.º) Expedir leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales y fomento de la ilustración, agricultura, industria, comercio interior y exterior.

<sup>(39)</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2: «Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

<sup>(40)</sup> «Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».

<sup>(41)</sup> Por ley se reemplazó la denominación de las principales celebraciones por terminología pagana: la Semana Santa (todo feriado) es «Semana de Turismo»; la Navidad es el Día de la Familia; la Epifanía es el Día de los Niños; la Inmaculada Concepción es el Día de las Playas; se eliminó la festividad de Todos los Santos y la celebración de los Santos Difuntos es el Día de los Muertos. Ver D. Sturla sdb (actual Cardenal, Arzobispo de Montevideo), *Santa o de Turismo? Calendario y secularización en el Uruguay*, Ed. Instituto Preuniversitario «Juan XXIII», Montevideo, 2010.

patible con actividades laborales o educativas, que no sea a su vez feriado nacional.

Su aplicación será tanto en el ámbito laboral privado, como en la función pública y en el ámbito educativo en todos sus niveles y, en general, en toda circunstancia en que exista un deber jurídico de una persona de comparecer o realizar alguna tarea en una fecha determinada, independientemente de que coincida o no con el calendario oficial.

A los efectos de preservar el derecho del empleador tanto público como privado, así como el cumplimiento del principio de igualdad, se establece que, previa declaración de los días que el obligado pretende observar, el empleador o autoridad educativa debe arribar a un acuerdo de compensación por el cual el obligado realizará las tareas o actividades en otra fecha o en tiempo repartido entre la semana, o descontándolo de su licencia anual u otra solución, pero en todos los casos compensando de alguna forma su ausencia con una prestación sustitutiva.

Este proyecto sí ha comenzado a ser tratado y ha recibido apoyo de todos los partidos políticos de la Cámara de Senadores, con observaciones o reparos individuales por parte de algunos a título individual. Cuenta con el respaldo de los grupos religiosos minoritarios y con el aval del Poder Ejecutivo. Somos optimistas respecto a su pronta aprobación<sup>(42)</sup>.

### 3.4D *Otros proyectos que abordaremos*

La personalidad jurídica de las entidades religiosas es un tema pendiente. Hoy las iglesias y comunidades religiosas pueden acceder a obtener personalidad jurídica, pero no existe ningún tipo social que sea adecuado a sus particularidades, por lo que deben «disfrazarse» de asociaciones civiles sin fines de lucro. Huelga redactar un proyecto en este sentido.

Falta también una ley integral u orgánica sobre libertad religiosa, similar a las que rigen en países de la región y de occidente, que sienta los principios generales y regule los diversos capítulos por temática, incluyendo a las referidas *ut supra* y, además, otras como el estatuto jurídico de los ministros de culto, la precisión de la exoneración tributaria a los templos, los posibles efectos civiles del matrimonio religioso, la protección del patrimonio histórico y cultural, aspectos laborales y la tutela penal de la libertad religiosa, entre otros.

En la gradación de temas que nos planteamos, éstos últimos serían los más ambiciosos.

---

<sup>(42)</sup> Proyecto de Ley «Festividades de las Minorías Religiosas. Derecho a la Observancia», disponible en [https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/146878/ficha\\_completa](https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/146878/ficha_completa)

Otra expectativa que nunca abandonamos es la de alcanzar a suscribir un concordato con la Santa Sede, a semejanza del que suscribió la República Federativa de Brasil, y luego lograr extender por ley al resto de los grupos religiosos, en lo pertinente, lo acordado en estas cuestiones mixtas.

También persiste la esperanza de contribuir a la redacción de una declaración o *Convención Americana sobre Libertad Religiosa*, idea recurrente del profesor Juan Navarro Floría.

### 3.4E *Actividades parlamentarias sobre libertad de conciencia y religión*

Hemos organizado varias jornadas parlamentarias, desde 2011 a la fecha, sobre libertad de conciencia, sobre secularización y libertad religiosa, sobre el *Informe del Departamento de Estado de Estados Unidos de América* sobre la situación de la libertad religiosa; hemos convocado a los representantes de las diversas religiones en varias oportunidades sobre temáticas religiosas o de conciencia.

Hemos realizado homenajes en el Senado de la República en el aniversario de la Confraternidad Judeocristiana del Uruguay, y a los diplomáticos uruguayos que auxiliaron a judíos durante la Segunda Guerra Mundial.

Hemos hecho exposiciones ante la declaración de un templo como patrimonio de la humanidad por UNESCO, o sobre la Declaración de Punta del Este sobre Dignidad Humana para Todos en Todos Lados<sup>(43)</sup>.

Hemos compartido paneles con otros legisladores y con académicos sobre temáticas afines como la laicidad.

## 4. **¿UNA ACADÉMICA EN POLÍTICA O UNA POLÍTICA EN LA ACADEMIA?**

Cronológicamente, antes una académica. Anímica y culturalmente también. Uno no puede desprenderse de sus raíces y formación. La forma como un académico encara la política está necesariamente impregnada de la perspectiva de su profesión. En nuestro caso, concurren tanto la visión docente como la de abogado, sobre todo después de una carrera tan larga –porque muchos son los años acumulados–.

Pero además decíamos que, desde el punto de vista teleológico, nuestra finalidad había sido, antes que nada, aportar el conocimiento y la formación para contribuir al debate y, tentativamente, mejorar el orden jurídico.

---

<sup>(43)</sup> Declaración de Punta del Este sobre Dignidad Humana para Todos en Todo Lugar, Punta del Este, Uruguay, diciembre de 2018, disponible en <https://www.dignityforeveryone.org/wp-content/uploads/sites/5/2019/02/Declaracion-de-Punta-del-Este-Espa%C3%B1ol.pdf>. Ver web: <https://www.dignityforeveryone.org/>

Lo que no habíamos calibrado cabalmente era el precio que había que pagar. Uno de ellos en ocasiones implica el despojarse del sombrero de académica –ya sea de *motu proprio* o a *prepo por los pares*– y que las opiniones y juicios se consideren con menor valor científico que el de rivales o correligionarios sin formación académica alguna, por lo menos en temas de Derecho y Religión.

Lo otro, es que me temo que la actividad política es un camino sin retorno, no porque no podamos dejarla, sino porque ella no nos deja a nosotros. Podemos retirarnos, pero su huella es indeleble.

Es alto el precio y son muchos los sinsabores. Pero, de otro lado, es en el Parlamento donde se libran las batallas y donde se logra aprobar las leyes que tanto sostenemos como imprescindibles.

Si nos hemos inmerso en la actividad política, entre otros objetivos, pero principalmente para poder desde ella impulsar los cambios que considerábamos impostergables en nuestro país, entonces bien vale y corresponde darse un baño de humildad y usar los sombreros que correspondan a la función. Después de todo, de eso se trata: de integrarse en el colectivo de la política y asimilarse a sus jugadores, aceptando las reglas de juego. Después de todo, la formación académica a la que tuvimos la fortuna de acceder, para lo que debe servir en todo caso, es para ensayar las destrezas de la inteligencia: adaptarse al medio y tratar de construir con las herramientas disponibles y sin pelearse con la realidad, antes bien, tratando de sacar lo óptimo posible de las circunstancias.

Y algo se logra, creemos. Al menos, que los temas de libertad de conciencia y religión estén presentes, lo que no es poco en una sociedad como la nuestra.

Lograr colocar la dimensión religiosa y las libertades del espíritu en la agenda legislativa y poder tímida, respetuosa, pero contundentemente conseguir la aprobación de alguna medida de promoción de esta libertad, es ya valioso. Y se va haciendo camino.

Después de todo, el sombrero que uno use es lo de menos. Lo importante es, con el sombrero que a uno le toque, poder hacer una contribución al respeto del derecho de libertad de conciencia y religión y de ser posible, a su promoción.

La atención de los derechos de libertad de conciencia y religión como exigencia óptica de la democracia, bien lo valen.

La meta final que nos propusimos fue la promoción de la libertad de conciencia y religión para personas y comunidades, así como un relacionamiento Estatal sano, fluido, dialogante e inclusivo con los grupos religiosos. Estos fines perseguidos hacen que bien valga la pena hacer los cambios de sombreros que sean necesarios para su mejor concreción, y aun desproveerse de sombrero alguno y descubrirse la cabeza y comparecer despojados,

con la cabeza desnuda a la arena política para defender los derechos del espíritu.

Si el ser humano es integral, no divisible en dimensiones, seremos académica y política, sin escindirnos. Si nuestro imperativo moral fue basado en concebir a la política como la forma más alta de la caridad<sup>(44)</sup> y lo encaramos como misión, entonces lo que debemos ser es más académica y más política comprometida por el bien común.

En conclusión, una académica en política y una política en la academia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ASIAÍN PEREIRA, C. «Objeción de conciencia y libertad de conciencia. Normativa vigente en Uruguay», *Revista De Derecho*, (14), pp. 11–64, disponible en <https://doi.org/10.22235/rd.v0i14.1235>, Universidad Católica del Uruguay, 2016.
- ASIAÍN PEREIRA, C. «Objeción de conciencia: Tribunal de máximo rango anula con efectos generales y absolutos decreto que la restringía», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 2016, vol. 2, n.º 1, disponible en <http://www.revistalatederechoyreligion.com/ojs/ojs-2.4.6/index.php/RLDR/index> y en *Revista de Derecho Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, n.º 48, nov. 2015, disponible en <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/48/asiain.php>.
- ASIAÍN PEREIRA, C. «*Habeas Conscientia(m)* y Objeción de Conciencia», *Anuario de Derecho Administrativo*, T. XV, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- ASIAÍN PEREIRA, C. «Derecho Sanitario y Libertad de Conciencia en Uruguay», en I. Martín Sánchez (coord.), *Libertad de Conciencia y Derecho Sanitario en Iberoamérica*, COMARES, Granada, España, 2010, pp. 235-310.
- ASIAÍN PEREIRA, C. «El Aborto de la Ley del Aborto», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 19, 2009, Iustel, Madrid, disponible en [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=2&id\\_noticia=407323&id\\_categoria=8481&texto=](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=2&id_noticia=407323&id_categoria=8481&texto=).
- ASIAÍN PEREIRA, C. «La Protección Jurídica de la Libertad de Conciencia en el Uruguay», en *Comisión de Doctrina, Conferencia Episcopal del Uruguay, Objeción de Conciencia – Derecho Humano Natural – Ideología de Género*, Librería Editorial Arquidiócesana, Montevideo, 2011.
- ASIAÍN PEREIRA, C. «Las instituciones sanitarias confesionales ante la implementación de las políticas de “Salud Sexual y Reproductiva” en Uruguay. La defensa de la autonomía de la Iglesia católica en los casos jurisdiccionales contra el Estado», *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Iustel, n.º 33, 2013.
- ASIAÍN PEREIRA, C. *Objeción de Conciencia al Aborto en el Uruguay*, Iustel, 2010.
- ASIAÍN PEREIRA, C. «Comentarios al proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia e ideario», *Revista de Derecho, Universidad de Montevideo*, Año 12, n.º 22 (2012), pp. 11-24, disponible en [http://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice\\_display&id=71666](http://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=71666)

---

<sup>(44)</sup> «La política es una de las formas más elevadas de la caridad, porque sirve al bien común» (Papa Francisco), 16.IX.2013».

- ASIAÍN PEREIRA, C. «Veto a la Limitación de la Libertad de Conciencia», en *Veto al aborto. Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez*, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2012, 2.ª ed., 2013.
- ASIAÍN PEREIRA, C. «Veto a la Limitación de la Libertad de Ideario Institucional», en *Veto al aborto. Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez*, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1.ª ed. 2012, 2.ª ed., 2013.
- BRITO, M. *Derecho Administrativo. Su permanencia – contemporaneidad – prospectiva*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004.
- CASSINELLI MUÑOZ, H. *Derecho Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.
- DISCÉPOLO, H. *Tango Cambalache*, Buenos Aires, 1929.
- FRANCISCO PAPA, *Declaraciones*, 16.IX.2013.
- LINN T. Prólogo de la obra de D. Supervielle, *La Libertad Responsable. La pandemia, el Gobierno uruguayo de Luis Lacalle Pou y el futuro del Uruguay*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2022.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. Prólogo de M. J. Valero Estarellas, *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2022.
- MIRANDA, H. «Las Instrucciones del Año XIII», *Biblioteca Artigas, Colección de Clásicos Uruguayos*, vol. 47, tomo II, Montevideo, 1964.
- PASTORINO, M. «Uruguay es el país con mayor porcentaje de ateos y agnósticos de América», *Semanario Voces*, Montevideo, 28 julio, 2018.
- RIBEIRO, A. «Los tiempos de Artigas», Tomo 2, *La definición política*. Ed. Planeta, Montevideo; 2016
- RISSO FERRAND, M. *Derecho Constitucional*, T. I, 2.ª Ed., F.C.U., Montevideo, 2006.
- STURLA D. SDB (CARDENAL, Arzobispo de Montevideo), *Santa o de Turismo? Calendario y secularización en el Uruguay*, Ed. Instituto Preuniversitario «Juan XXIII», Montevideo, 2010.
- SUPERVIELLE, D. *La Libertad Responsable. La pandemia, el Gobierno uruguayo de Luis Lacalle Pou y el futuro del Uruguay*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2022.
- VALERO ESTARELLAS, M. J. *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2022.

# Creencias y proceso constitucional chileno

M.<sup>a</sup> ELENA PIMSTEIN SCROGGIE

SUMARIO: 1.– Consideraciones previas. 2.– Elementos de contexto. 2.1 Sobre el estado de las creencias y la libertad religiosa. 2.1.A *Censo de población de 2012*. 2.1.B *Encuesta Bicentenario UC de 2021*. 2.1.C *Informe sobre el estado de la libertad religiosa de la Fundación pontificia «Ayuda a la Iglesia que Sufre» (ACN)*. 2.1.D *Décima Encuesta Nacional de Juventudes 2022*. 2.1.E *Norma constitucional vigente*. 2.2 Hitos del proceso constitucional chileno. 2.2.A *Resultados plebiscito «de entrada»*. 2.2.B *Órgano redactor de la Constitución*. 2.2.C *Resultado del plebiscito «de salida»*. 2.2.D *Estado actual del proceso*. 3.– Contenido relevante del proyecto fallido en relación a las creencias. 3.1 Laicidad del Estado. 3.2 El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de cosmovisión. 3.3 Referencia a los pueblos originarios. 3.4 La naturaleza como sujeto de derecho. 3.5 Relación con otros derechos y garantías. 4.– Algunas reflexiones sobre las creencias en el contexto del proceso constitucional chileno. 5.– Consideraciones finales.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Chile está inmerso en un proceso constitucional y todavía no hay absoluta claridad sobre cómo evolucionará<sup>(1)</sup>. Se rechazó por una amplia mayoría el proyecto de Constitución que elaboró un órgano completamente elegi-

---

<sup>(1)</sup> Este artículo ha requerido sucesivas actualizaciones considerando que se trata de un proceso en pleno desarrollo. La última revisión es del 10 de enero de 2023.

do por la ciudadanía para tal efecto. El 12 de diciembre de 2022, la clase política acordó nuevas reglas para la elaboración de otra carta magna<sup>(2)</sup>.

Podría suponerse que se trata de un asunto –como muchos otros que se desarrollan en distintos lugares del mundo–, o bien que constituye un fenómeno aislado de un país «lejano» y, por lo tanto, que no resultaría de especial interés. Aun cuando no exista la perspectiva del tiempo ni tampoco haya certeza sobre su resultado, parece sugestivo detenerse sobre él. ¿Por qué? Porque lo que está ocurriendo en Chile –quizás por efecto de la globalización o por tratarse de un mismo ser humano que busca respuestas a las preguntas que lo aquejan o a las necesidades que no puede satisfacer– da cuenta de profundos cambios sociales, culturales y políticos respecto de los cuales es posible inferir que no se trata de una cuestión «local» sino que también es perceptible en muchos países alrededor del orbe.

Cabe preguntarse, si los cambios observados han tenido efectos en las creencias, o si es al revés: si son las creencias las que han generado un «verdadero cambio epocal» y no sólo una época de cambios, en palabras de Francisco<sup>(3)</sup>.

En el presente artículo sobre creencias y proceso constitucional chileno se entregan algunos elementos de contexto desde la perspectiva de las creencias –para conocer en qué creen los que creen y los que no creen– y luego se abordan los principales hitos del proceso constitucional chileno, las normas contenidas en el borrador rechazado relacionadas con la libertad de pensamiento, de conciencia y religiosa para terminar con algunas reflexiones que surgen de la contemplación de esta realidad.

## 2. ELEMENTOS DE CONTEXTO

### 2.1. Sobre el estado de las creencias y la libertad religiosa

Para comprender cómo han evolucionado las creencias en Chile, es necesario revisar ciertos datos empíricos. Dentro de ellos, cabe destacar el *Censo de población de 2012* –no hay datos censales posteriores sobre el tema que interesa–; la *Encuesta Bicentenario UC de 2021*, el *Informe de la Asociación Ayuda a la Iglesia que sufre* y la *Décima Encuesta Nacional de Juventudes*. Se incluye, al final, la norma constitucional vigente sobre libertad de conciencia y cultos.

<sup>(2)</sup> Acuerdo por Chile del 12 de diciembre de 2022. Disponible en: [https://colegioabogados.cl/wp-content/uploads/2022/12/12-12-22-TEXTO-OFICIAL\\_Acuerdo-Constitucional.pdf](https://colegioabogados.cl/wp-content/uploads/2022/12/12-12-22-TEXTO-OFICIAL_Acuerdo-Constitucional.pdf)

<sup>(3)</sup> Francisco, *Discurso a la Curia Romana Con Motivo de las Felicitaciones Navideños*, 21 de diciembre de 2019. Disponible en: [https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2019/december/documents/papa-francesco\\_20191221\\_curia-romana.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2019/december/documents/papa-francesco_20191221_curia-romana.html)



### 2.1.A *Censo de población de 2012 (4)*

El porcentaje de personas de 15 años de edad y más, que a la pregunta «¿Cuál es su religión o credo?» respondió ser católico, descendió desde un 89% en 1960 hasta un 67,37% en 2012. Se observa además una disminución de 2,59 puntos porcentuales en los últimos diez años (el año 2002 era de 69,96%). Resulta claro, entonces, que estamos en presencia de un deterioro paulatino de la identidad católica declarada. Paralelamente, los censos recientes dan cuenta de que entre 2002 y 2012 la proporción de quienes se declararon evangélicos subió desde 15,14% a 16,62% y que las personas que se identifican como ateas, agnósticas y sin religión pasaron de 8,30% a 11,58% en el decenio<sup>(5)</sup>, concentrándose en el grupo de 15 a 44 años.

### 2.1.B *Encuesta Bicentenario UC de 2021 (6)*

El porcentaje de personas ateas ha aumentado considerablemente: en el año 2007, el 93% de los encuestados se declaraba creyente, cifra que bajó a 70% en 2021.

La encuesta se centra en la religión católica. Solo el 42% de los encuestados se declara católico, mientras que un 37% se declara ateo o dice no tener religión.

Respecto a la Constitución, se aprecia la percepción de que los derechos y libertades garantizados en Chile han sufrido una disminución importante, especialmente en lo referido a la libertad religiosa (71% al 51%), el derecho a la vida (60% al 48%) y el derecho a la educación (44% al 35%)<sup>(7)</sup>.

También se observa que «Los conflictos relacionados con la libertad de conciencia y la libertad religiosa se han ido judicializando crecientemente, ya que, por una parte se observan mayores amenazas, perturbaciones o pri-

<sup>(4)</sup> Resultados Censo de 2012. Disponibles en: <https://www.emol.com/especiales/2013/actualidad/nacional/censo/religion.asp>

<sup>(5)</sup> <https://go.gale.com/ps/i.do?id=GALE%7CA334277360&sid=googleScholar&v=2.1&it=r&linkacc=ess=abs&issn=07160062&p=IFME&sw=w&userGroupName=fecha> fecha de la consulta: 10.09.2022

<sup>(6)</sup> *La Encuesta Bicentenario UC* es un estudio de tipo cuantitativo probabilístico, realizada mediante entrevistas personales (cara a cara) en distintos hogares de nuestro país. La población objetiva corresponde a personas de 18 años y más, chilenos o residentes en Chile, que habitan (por más de seis meses) en viviendas particulares ocupadas y localizadas en zonas urbanas a nivel nacional. El levantamiento en terreno fue realizado entre el 5 de septiembre y el 23 de noviembre del año 2021, logrando encuestar a un total de 2.002 personas. El margen de error total es de  $\pm 2,2$  puntos porcentuales asumiendo varianza máxima, un nivel de confianza de 95% y muestreo aleatorio simple.

<sup>(7)</sup> «Encuesta Bicentenario UC 2021», *Seminario: Anhelos y expectativas de la sociedad chilena*. Centro de Políticas Públicas UC (21 de marzo de 2022). Disponible en: <https://encuestabicentenario.uc.cl/seminario/seminario-resultados-encuesta-bicentenario-2021-anhelos-y-expectativas-de-la-sociedad-chilena/> «La constitución, debiera conseguir una sociedad con menos diferencias entre ricos y pobres; y con menos conflictos y violencia».

vaciones en el ejercicio de tales derechos y por otra, la ciudadanía ha decidido reclamarlas a través de los tribunales»<sup>(8)</sup>.

En relación al aborto, más de la mitad de los encuestados/as (57%) piensa que una mujer podría practicárselo solo bajo alguna circunstancia, mientras que un 24% considera que podría hacerlo bajo cualquiera.

El 69% de los consultados considera que se justifica moralmente autorizar que un médico ayude a alguien a morir en el caso de una enfermedad dolorosa e irremediable. Y un 60% justifica moralmente que una persona reciba asistencia para morir cuando así lo determine.

### 2.1.C *Informe sobre el estado de la libertad religiosa de la Fundación pontificia «Ayuda a la Iglesia que Sufre» (ACN)*<sup>(9)</sup>

Por primera vez desde que se tienen mediciones (1999), el informe de ACN de 2021 incluye a Chile como un país donde la libertad religiosa se ve amenazada y vulnerada. Desde el 18 de octubre de 2019, el estudio contabiliza al menos 59 iglesias saqueadas, destruidas, quemadas y vandalizadas, siendo cincuenta y tres de ellas católicas y seis evangélicas<sup>(10)</sup>.

### 2.1.D *Décima Encuesta Nacional de Juventudes 2022*<sup>(11)</sup>

En noviembre de 2022, se publicaron los resultados de la *Encuesta Nacional de Juventudes* realizada por el Instituto Nacional de la Juventud, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social y de la Familia. Esta da cuenta de algunos cambios en relación a mediciones anteriores y también refleja el pensamiento de los jóvenes frente a temas valóricos, tales como:

<sup>(8)</sup> A. CELIS BRUNET y otros, 2021: «Creencias y nueva Constitución. Perspectivas y propuestas». *Foro Constitucional UC*. ISBN: 978-956-14-2910-9. Disponible en: <https://foroconstitucional.uc.cl/wp-content/uploads/2021/12/Creencias.pdf> p. 9.

<sup>(9)</sup> *Boletín de ACN*, abril del año 2020: «Como católicos, en Chile también hemos vivido situaciones difíciles en los últimos meses. A la fecha, cerca de 60 templos han sido vandalizados. Estos ataques van más allá del daño material y no sólo afectan a los católicos, sino a toda la sociedad, ya que atentan contra un derecho humano fundamental: la libertad religiosa». Disponible en <https://www.acn-chile.org/boletines/> Fecha de la consulta: 28.11.2022.

<sup>(10)</sup> *Diario El Mostrador*: «Libertades religiosas en peligro» (30 de abril de 2021). Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2021/04/30/libertades-religiosas-en-peligro/>

<sup>(11)</sup> La *Encuesta Nacional de Juventudes 2022* se aplicó a hombres y mujeres, de entre 15 y 29 años, residentes en todas las regiones del país, en zonas urbanas y rurales. El tamaño de la muestra es de 9.700 casos. El período de recolección de datos fue entre diciembre de 2021 y mayo de 2022. El margen de error muestral asciende a +/- 1,00%, a nivel nacional (y de un máximo de 4,9% a nivel regional), con un nivel de confianza del 95%, bajo supuesto de varianza máxima. Disponible en: [https://www.injuv.gob.cl/sites/default/files/informe\\_general\\_de\\_resultados\\_-\\_10ma\\_encuesta\\_nacional\\_de\\_juventudes.pdf](https://www.injuv.gob.cl/sites/default/files/informe_general_de_resultados_-_10ma_encuesta_nacional_de_juventudes.pdf); Fecha de la consulta, 11.12. 2022

– La identificación religiosa llegó al mínimo histórico de un 36,4%; en 1994, era de un 90,9%. Dicho de otra manera, la no identificación religiosa llega a un 63,6%, en circunstancias en que en 1994 era un 9,1%<sup>(12)</sup>.

Al ser preguntados por las organizaciones en las que han participado en el último año, un 10,6% manifiesta haberlo hecho en una iglesia u otra organización religiosa. El mayor porcentaje es de un 24,8% y se refiere a la participación en una comunidad virtual.

En lo relativo a temas como aborto, eutanasia, orientación sexual, matrimonio y familia, se observa que:

– Un 56,4% está de acuerdo con permitir legalmente el «aborto libre» antes de la semana catorce de gestación<sup>(13)</sup>.

– Un 79,6% está de acuerdo con legalizar la eutanasia o muerte asistida, cuando una persona posee una enfermedad terminal<sup>(14)</sup>.

– Un 57,3% está de acuerdo con la legalización de la marihuana<sup>(15)</sup>.

– Se registra el porcentaje más alto de jóvenes que declara una orientación sexual distinta a la heterosexual: en 10 años pasó de 3,4% a un 12,0%. Aquello, implica indirectamente una forma diferente de concebir a la institución de familia<sup>(16)</sup>. El 24% cree que la condición más importante para ser feliz, es construir una buena familia o relación de pareja<sup>(17)</sup>.

– Un 81,2% está de acuerdo con matrimonio entre parejas del mismo sexo y un 80,5% está de acuerdo con la adopción de hijos o hijas por parte de parejas del mismo sexo<sup>(18)</sup>.

– 63,6% de los que no tienen hijos, no les gustaría ser padres. Sumado, a que el resultado solo en mujeres disminuye al 55% y solo se ve un aumento en los hombres a un 70%<sup>(19)</sup>.

### 2.1.E Norma constitucional vigente

Como último elemento de contexto antes de abocarse al contenido de lo relativo a la libertad religiosa y de creencias en el texto rechazado, conviene tener presente el vigente para «conocer el piso» sobre el cual se propone una nueva redacción.

<sup>(12)</sup> *Idem* lámina N.º 18.

<sup>(13)</sup> *Idem* lámina N.º 155.

<sup>(14)</sup> *Idem*.

<sup>(15)</sup> *Idem*.

<sup>(16)</sup> *Idem* láminas N.º 13 y 19.

<sup>(17)</sup> *Idem* lámina N.º 150.

<sup>(18)</sup> *Idem* lámina N.º 155.

<sup>(19)</sup> *Idem*. lámina N.º 21.

Al respecto, la Constitución de 1980, asegura a todas las personas, en el artículo 19 n.º 6:

La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbres y al orden público.

Las confesiones religiosas podrán erigir templos y sus dependencias bajo las condiciones de higiene y seguridad fijadas por leyes y ordenanzas.

Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto, tendrán los derechos que otorgan y reconocen con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones.

Dicha norma es casi copia textual de su antecesora, la del artículo 10 n.º 2 de la Constitución de 1925, que materializó la separación de la Iglesia y del Estado, dejando atrás la confesionalidad católica y pasando este a ser laico. Ambas normas constitucionales fueron acordes a un tiempo en que la mayor parte de los consensos sociales eran tan evidentes que ni siquiera necesitaban mucha explicitación. Sin embargo, en la actualidad se requiere de un marco más preciso sobre el contenido de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de manera que quede claro su sentido y alcance, en pro del bien común, la seguridad jurídica y en concordancia con los instrumentos internacionales vigentes.

Para una comprensión y protección integral de esta garantía en la Constitución de 1980, hay que tener a la vista otras normas que conforman un todo coherente y armónico con la misma<sup>(20)</sup> tales como: la centralidad de la

---

(20) El reconocimiento de la libertad de conciencia y de religión debe entenderse en relación con otros derechos fundamentales y a una determinada antropología que pone a la persona en el centro. A continuación, incorporamos las otras normas de la Constitución de 1980 que son necesarias para comprender integralmente la protección de la que es objeto:

Art. 1.º: «Las personas nacen libres en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respecto a los derechos y garantías».

Art. 5 inciso 2.º: «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.»

Art. 19: «La Constitución asegura a todas las personas:

N.º 26: La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no

persona humana y su dignidad, la igualdad ante la ley, la autonomía de las confesiones religiosas, la libertad de expresión, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, por citar algunas.

## 2.2. Hitos del proceso constitucional chileno

El 18 de octubre de 2019 constituye una fecha que marca un antes y un después en la historia reciente de nuestro país. Es el día que se conoce como el inicio del «estallido social» marcado por la violencia y la destrucción de espacios públicos y privados.

El 15 de noviembre de 2019 se firmó un Acuerdo por la Paz y Nueva Constitución cuyo objeto fue dar una solución institucional a la crisis política y social que se estaba viviendo. De los 12 puntos planteados, destaca el compromiso por la paz, mediante el cual «los partidos que suscriben este acuerdo vienen a garantizar su compromiso con el restablecimiento de la paz y el orden público en Chile y el total respeto de los derechos humanos y la institucionalidad democrática vigente»<sup>(21)</sup>. Luego, se indica que se impulsará un plebiscito –al que se llamó «de entrada»– en el que se le plantearían a la ciudadanía dos preguntas: si quiere o no una nueva constitución y el órgano llamado a redactarla: una Convención mixta, –compuesta por igual número de parlamentarios y de miembros escogidos para este efecto– o una Convención constitucional con miembros completamente electos para ello.

La Constitución sería votada en un plebiscito ratificatorio –al que se denominó «de salida»– con sufragio universal obligatorio.

Los límites a los que estaba sujeto el trabajo del órgano redactor serían el pleno respeto al carácter de república, a las sentencias judiciales ejecuto-

---

podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio».

Art. 20: «El que por causa de acciones u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 n.º 1.º, 2.º, 3.º inc. 4.º, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inc. Final, 11, 12, 13, 15, 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación y a lo establecido en el inciso 4.º, 19, 21, 22, 23, 24 y 25 podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes».

Derecho a la vida (art. 19 n.º 1), igualdad ante la ley (art. 19 n.º 2), no discriminación arbitraria, derecho a la educación (art. 19 n.º 10), libertad de enseñanza (art. 19 n.º 11), de opinión e información (art. 19 n.º 12), de reunión (art. 19 n.º 13), de petición (art. 19 n.º 14), de asociación (art. 19 n.º 15), igual repartición de tributos (art. 19 n.º 20), derecho de propiedad (art. 19 n.º 24).

<sup>(21)</sup> Acuerdo por la Paz y Nueva Constitución de 15 de diciembre de 2019. Disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo\\_por\\_la\\_Paz.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf) Acuerdo Político posterga la realización del plebiscito nacional de 23 de marzo de 2020. Disponible en: <https://servel.cl/acuerdo-politico-posterga-la-realizacion-del-plebiscito-nacional/>.

riadas dictadas por los tribunales ordinarios de justicia y a los tratados internacionales ratificados por Chile.

Mucho se podría decir del proceso y del texto. Nos concentraremos sólo en aquello que es relevante para el tema que nos convoca.

A continuación, se sintetizan los hitos más importantes de dicho proceso que sirven para contextualizar posteriormente lo relativo a las creencias.

### 2.2.A *Resultados plebiscito «de entrada»*

El plebiscito «de entrada» se realizó el 25 de octubre de 2020 y dio cuenta de que el 78,31% de los votantes (5.899.683) deseaban una nueva Constitución en circunstancias que sólo el 21,69% rechazó esa opción<sup>(22)</sup>. Respecto al órgano encargado de su redacción, un 79,18% (5.673.793) se manifestó a favor de una Convención Constitucional enteramente elegida por votación popular; el 20,82% (1.492.260) se inclinó por una Convención mixta compuesta por un 50% de parlamentarios y 50% de miembros elegidos por la ciudadanía<sup>(23)</sup>.

### 2.2.B *Órgano redactor de la Constitución*

El borrador fue redactado por 154 convencionales elegidos para tal efecto<sup>(24)</sup>, con igual número de hombres que de mujeres. Además incluyó 17 escaños reservados para representantes de los pueblos originarios<sup>(25)</sup>.

<sup>(22)</sup> Resultados definitivos del plebiscito del 25 de octubre de 2020. La opción «Apruebo» gana con 78,31% de los votos válidamente emitidos. Disponible en: <https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=10>

<sup>(23)</sup> Resultados del tipo de órgano en el plebiscito del 25 de octubre de 2020. Disponible en: <https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=222>.

<sup>(24)</sup> Fueron elegidos el 15 y 16 de mayo de 2021. Resultado definitivos elecciones de convencionales constituyentes, Gobernadores, Alcaldes y concejales 2021. Disponible en: <https://www.servel.cl/resultados-definitivos-elecciones-de-convencionales-constituyentes-gobernadores-regionales-alcaldes-y-concejales/>.

<sup>(25)</sup> Ley N.º 21.298, modifica la Carta Fundamental para reservar escaños a representantes de los pueblos indígenas en la Convención constitucional y para resguardar y promover la participación de las personas con discapacidad en la elección de convencionales constituyentes, publicada el 23 de diciembre de 2020. Disposición transitoria cuadragésima tercera: De la participación de los pueblos indígenas en la elección de convencionales constituyentes.

Con la finalidad de garantizar la representación y participación de los pueblos indígenas reconocidos en la ley N.º 19.253, la Convención Constitucional incluirá diecisiete escaños reservados para pueblos indígenas. Los escaños sólo serán aplicables para los pueblos reconocidos en la ley N.º 19.253 a la fecha de publicación de la presente reforma.

Podrán ser candidatos o candidatas las personas indígenas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 13 de esta Constitución. Los candidatos deberán acreditar su condición de pertenecientes a algún pueblo, mediante el correspondiente certificado de la calidad de indígena emitido por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Para el caso de las candidaturas del pueblo Chango, la calidad indígena se acreditará mediante una declaración jurada según lo dispuesto en el inciso décimo de esta disposición, o la solicitud de calidad de indígena presentada ante la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Cada candidato se inscribirá para representar a un solo pueblo indígena al cual pertenezca, dentro de los pueblos reconocidos por el artículo 1º de la ley N.º 19.253.

La ciudadanía tenía muchas expectativas sobre en este proceso. De acuerdo a la Encuesta Bicentenario UC, un 50% de los encuestados pensaba que la Convención constituyente definitivamente conseguiría un acuerdo amplio sobre las principales materias.

### 2.2.C Resultado del plebiscito «de salida»

El 4 de septiembre de 2022 se plebiscitó el borrador de Constitución chilena, el que fue rechazado por el 62% de la población habilitada para sufragar<sup>(26)</sup>. Fue votado por el 85% de los inscritos, cifra que da cuenta de una participación completamente histórica.

La brecha numérica entre ambas alternativas sorprendió a todos, especialmente atendido el resultado del plebiscito «de entrada.»

El acuerdo que le dio origen no contemplaba ningún mecanismo en caso de que se rechazara el borrador de Constitución propuesto. Han tenido que transcurrir más de tres meses para acordar un camino de salida, que todavía no está completamente definido.

### 2.2.D Estado actual del proceso<sup>(27)</sup>

Como se dijo, el 12 de diciembre de 2022 «las fuerzas políticas» acordaron presentar una reforma constitucional para habilitar un nuevo proceso, respetando ciertos presupuestos: 12 principios que constituyen las bases constitucionales<sup>(28)</sup>. En el noveno se afirma: «Chile protege y garantiza

<sup>(26)</sup> En Chile hay 346 comunas. Las únicas donde ganó la opción Apruebo son las siguientes: de la Región Metropolitana: Puente Alto (50,97%), Maipú (51,15%), San Joaquín (53,88%) Pedro Aguirre C. (54, 85%). En la región de Valparaíso: las comunas de San Antonio (50, 02%), Juan Fernández (58, 23%) e Isla de Pascua (55, 81%).

<sup>(27)</sup> Disponible en: <https://www.senado.cl/noticias/proceso-constituyente/acuerdo-por-chile-definen-consejo-constitucional-comite-de-expertos-e>. Fecha de la consulta: 10.01.2023

<sup>(28)</sup> Acuerdo Constitucional de 12 de diciembre de 2022: «El proyecto constitucional deberá contener al menos las siguientes bases institucionales y fundamentales: 1. Chile es una República democrática, cuya soberanía reside en el pueblo. 2. El Estado de Chile es unitario y descentralizado. 3. La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes. La Constitución consagrará que el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. 4. La Constitución reconoce a los pueblos indígenas como parte de la nación chilena, que es una e indivisible. El Estado respetará y promoverá sus derechos y culturas. 5. Chile es un Estado social y Democrático de Derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales; y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal; y a través de instituciones estatales y privadas. 6. Los emblemas nacionales de Chile son la bandera, el escudo y el himno nacional. 7. Chile tiene tres poderes separados e independientes entre sí: a) Poder Ejecutivo, con un jefe de Gobierno con iniciativa exclusiva en el gasto público. b) Poder Judicial, con unidad jurisdiccional y con pleno respeto de las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas. c) Poder legislativo bicameral, compuesto por un Senado y una Cámara de Diputados y Diputadas, sin perjuicio de sus atribuciones y competencias en particular. 8. Chile consagra constitucionalmente, entre otros, los siguientes órganos autónomos: Banco Central, justicia electoral, Ministerio Público y Contraloría General de la República. 9. Chile protege y garantiza derechos y libertades fundamentales como el derecho a la

derechos y libertades fundamentales como el derecho a la vida; la igualdad ante la ley; el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones; la libertad de conciencia y de culto; el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; la libertad de enseñanza y el deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos; entre otros»<sup>(29)</sup>.

Dicho acuerdo contempla un Consejo Constitucional, cuyo único objeto será discutir y aprobar una propuesta de texto de nueva Constitución. Estaría compuesto por 50 personas elegidas por sufragio universal y obligatorio, integrado paritariamente, lo que incluye «escaños indígenas supranumerarios, asignados de acuerdo al porcentaje de votación efectiva en la elección».

También se incorpora una Comisión Experta conformada por 24 personas «de indiscutible trayectoria profesional, técnica y/o académica, de composición paritaria», elegidos por mitades entre la Cámara de Diputados y Diputadas y por el Senado». Este órgano tendrá a su cargo la redacción de un anteproyecto que servirá de base para la discusión y redacción del nuevo texto constitucional, al estilo de una idea matriz del mismo.

Adicionalmente, considera un Comité Técnico de Admisibilidad compuesto por 14 personas, «juristas de destacada trayectoria profesional y/o académica, que serán elegidas por el Senado en virtud de una propuesta única que le formulará la Cámara de Diputados y Diputadas.» Este «tendrá a su cargo la revisión de las normas aprobadas en las distintas instancias que se presenten en la Comisión Experta y/o el Consejo Constitucional, a fin de determinar una eventual inadmisibilidad de éstas cuando sean contrarias a las bases institucionales.»

El itinerario propuesto –a través de la reforma constitucional que se está tramitando– es el siguiente: «a. Enero 2023: Instalación de Comisión Experta. b. Abril de 2023: Elección de Consejeros y Consejeras Constitucionales, con voto obligatorio. c. 21 de mayo de 2023: Instalación del Consejo Constitucional. d. 21 de octubre de 2023: Entrega proyecto de Constitución de la República de Chile. e. 26 de noviembre de 2023: Plebiscito ratificatorio con voto obligatorio»<sup>(30)</sup>.

Como se puede observar, los plazos son extremadamente breves para el cometido, lo que complejiza el proceso y la probabilidad de que sea sereno y razonado.

---

vida; la igualdad ante la ley; el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones; la libertad de conciencia y de culto; el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; la libertad de enseñanza y el deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos; entre otros. 10. Chile consagra constitucionalmente con subordinación al poder civil la existencia de las Fuerzas Armadas; y las Fuerzas de Orden y Seguridad, con mención expresa de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones. 11. La Constitución consagra, a lo menos, cuatro estados de excepción constitucional: estado de asamblea, de sitio, de catástrofe y de emergencia. 12. Chile se compromete constitucionalmente al cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad.»

<sup>(29)</sup> Ídem, p. 2.

<sup>(30)</sup> Al momento de escribir estas líneas, 10 de enero de 2023, el proyecto de reforma constitucional se encuentra en segundo trámite de la Cámara de Diputados, con urgencia de discusión inmediata. En la Comisión se está votando en general y en particular y hoy vence el plazo para presentar indicaciones.



### 3. CONTENIDO RELEVANTE DEL PROYECTO FALLIDO EN RELACIÓN A LAS CREENCIAS

Durante el proceso constitucional, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile creó un órgano –el Foro Constitucional UC– a través del cual contribuir al mismo. Se trabajó en distintas comisiones. Una de ellas fue la de Creencias, compuesta por académicos de distintas disciplinas<sup>(31)</sup> que publicaron un documento «Creencias y Nueva Constitución: perspectivas y propuestas»<sup>(32)</sup> entregado a los convencionales y a la opinión pública. Allí, se repasa cómo ha sido la legitimación social y política de las creencias y religiones en Chile, el reconocimiento y protección de la libertad religiosa y de creencias a la luz de los tratados internacionales ratificados por nuestro país, la relación con otros derechos y el sistema de relaciones institucionales en países latinoamericanos y europeos. Finaliza con una propuesta de articulado para ser incluido en la nueva Constitución y que es la siguiente:

*«La Constitución asegura a todas las personas la libertad de conciencia, de religión y de creencias, que consiste en la libertad de tener o no una determinada religión o creencia, de cambiarla y de manifestarla individual y colectivamente mediante la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia, sin más limitaciones que aquellas establecidas por las leyes necesarias para preservar la salud y la seguridad pública, u otros derechos y libertades. El Estado reconoce, protege y promueve el debido ejercicio de la libertad de conciencia, de religión y de creencias. Esta garantía incluye expresamente a las espiritualidades y cosmovisiones de los pueblos ancestrales.*

*Todas las personas gozan de inmunidad de coerción para no actuar en contra de su propia religión o creencias. Esta inmunidad se refiere también al derecho a cambiar de creencias o de religión.*

*El Estado reconoce y promueve el derecho de los padres o tutores, en su caso, para transmitir su religión o creencias a sus hijos. El Estado debe asegurar las condiciones para el ejercicio de este derecho, incluida su expresión en la educación formal.*

*Todas las entidades religiosas son igualmente libres ante la ley, garantizándose su adecuada autonomía. El Estado puede establecer formas de colaboración con ellas en materias de bien común»<sup>(33)</sup>.*

<sup>(31)</sup> La Comisión de Creencias del Foro Constitucional UC fue coordinada por la profesora Ana María Celis, de la Facultad de Derecho UC e integrada por los siguientes miembros: Patricio Bernedo, del Instituto de Historia UC; Paolo G. Carozza, de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Notre Dame; Javier García-Oliva, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manchester; Miguel González, del Instituto de Filosofía UC; Patricia Imbarack, de la Facultad de Educación UC; Maureen Neckelmann, del Instituto de Sociología UC; M. Elena Pimstein, de la Facultad de Derecho UC y Joaquín Silva, de la Facultad de Teología UC.

<sup>(32)</sup> A. CELIS BRUNET y otros: pp. 1-25.

<sup>(33)</sup> Ídem. p. 25.

Como se verá, algo del contenido de más arriba fue incluido. Pese a la incertidumbre reinante, parece oportuno echar un vistazo al contenido del fallido borrador en lo relativo a las creencias –a pesar de su contundente rechazo–, por dos tipos de razones: primero, porque lo allí incluido es expresión de un nuevo paradigma de sociedad; segundo, porque no es descartable que las normas sobre libertad de conciencia y religiosa junto con la de Estado laico, sean incluidas en un nuevo texto. Sin embargo, sabemos que su reconocimiento y protección supone también el de otros derechos y libertades, tales como la igualdad y no discriminación, libertad de expresión, derecho a la educación, libertad de enseñanza, entre otras, sin los cuales no está completo. En palabras de Benedicto XVI, la libertad religiosa «es un «indicador para verificar el respeto de todos los demás derechos humanos»<sup>(34)</sup>.

Del texto constitucional sometido a votación, queremos destacar lo relativo al carácter de laico del Estado, el reconocimiento de la libertad de pensamiento, conciencia, religión y cosmovisión; la referencia a los pueblos originarios, la naturaleza como sujeto de derecho y la relación con otros derechos y garantías.

### 3.1. Laicidad del Estado

Al respecto, el artículo 9 establecía:

*«El Estado es laico. En Chile se respeta y garantiza la libertad de religión y de creencias espirituales. Ninguna religión ni creencia es la oficial, sin perjuicio de su reconocimiento y libre ejercicio, el cual no tiene más limitación que lo dispuesto por esta Constitución y la ley».*

El Estado de Chile es laico desde 1925. Esta norma no agrega nada nuevo. La inclusión de esta afirmación planteaba dudas sobre el concepto de laico al que aludía: si se entiende solamente en el sentido de que no hay religión oficial o si, por el contrario, pretende excluir la dimensión religiosa de la vida social. Claramente, entre una y otra perspectiva hay posiciones intermedias. Por ello, su inserción introduce mayor incertidumbre. Sin embargo, era previsible la incorporación de una norma que afirmaría explícitamente la laicidad del Estado, por cuanto se percibía que era una de las «idea fuerza», repetida una y otra vez sin dotarla de contenido ni determinar sus alcances. Ese es parte del problema actual: no todos entienden lo mismo respecto de un mismo concepto.

---

<sup>(34)</sup> Benedicto XVI, La libertad religiosa, camino para la paz. Discurso de la XLIV Jornada mundial de la paz, 1.º de enero 2011. Disponible en: [https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/messages/peace/documents/hf\\_ben-xvi\\_mes\\_20101208\\_xliv-world-day-peace.html](https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/messages/peace/documents/hf_ben-xvi_mes_20101208_xliv-world-day-peace.html) Fecha de la consulta: 7.01.2023

### 3.2. El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de cosmovisión

El artículo 67 reconocía: *«Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de cosmovisión. Este derecho incluye la libertad de profesar y cambiar de religión o creencias y su libre ejercicio en el espacio público o en el privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas espirituales y la enseñanza.*

*Además comprende la facultad de erigir templos, dependencias y lugares para el culto; mantener, proteger y acceder a los lugares sagrados y de relevancia espiritual; y rescatar y preservar los objetos de culto o que tengan un significado sagrado.*

*El Estado reconoce la espiritualidad como elemento esencial del ser humano.*

*Las agrupaciones religiosas y espirituales pueden organizarse como personas jurídicas, tienen prohibida toda forma de lucro y sus bienes deben gestionarse de forma transparente de conformidad con la ley, respetando los derechos, deberes y principios que esta Constitución establece»<sup>(35)</sup>.*

### 3.3. Referencia a los pueblos originarios

Se parte de la premisa –a riesgo de decir una obviedad– que la cosmovisión de los pueblos originarios debe ser reconocida y tutelada como expresión de sus creencias espirituales y religiosas en el marco de la protección de la libertad de conciencia y religiosa. Esto siempre se ha entendido así, no obstante lo cual podría ser recomendable incorporarlo expresamente.

Cabe mencionar que la Constitución de 1980 no contiene ninguna referencia explícita a los pueblos originarios. Se ha considerado que implícitamente lo habría hecho en su referencia a los cuerpos intermedios<sup>(36)</sup>.

De acuerdo al Censo de 2017, el 12,8% de la población se consideraba perteneciente a un pueblo originario<sup>(37)</sup>. A pesar de que dicho número no es significativo ni ha aumentado desde los años 90, el borrador de Constitución incluyó numerosas disposiciones relativas a ellos. Es así como se

<sup>(35)</sup> Proyecto de Nueva Constitución. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/>

<sup>(36)</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Asesoría Técnica Parlamentaria, 21 de abril de 2016, Pueblos indígenas y Constitución: En opinión de algunos: "Se ha mantenido al margen la tendencia mayoritaria en la región: el reconocimiento explícito de la existencia de pueblos indígenas, y el consiguiente reconocimiento de derechos asociados, ya sea al respeto a su diferencia cultural, ya sea, a su carácter de pueblos precoloniales." <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=rep ositorio/10221/22690/1/FINAL%20-%20Pueblos%20ind%C3%ADgenas%20y%20Constituci%C3%B3n.pdf>

<sup>(37)</sup> Desde el Censo de 2017, a pesar de ir en constante aumento desde los años 90, la población indígena no ha tenido mayores variaciones, resultando 2.185.792 de personas que se auto identificaron como indígena, lo que es equivalente al 12.8% de la población total del país (17.076.076). Hay 9 pueblos reconocidos por el Estado: atacameño, diaguita, mapuche (79,8%), colla, rapa nui, aymará, quechua, yagán y kawueskar.

declaró que Chile es un Estado «plurinacional»<sup>(38)</sup>, lo que no es coherente con la composición social pasada ni presente. Se afirmó que los pueblos indígenas tienen derechos individuales y colectivos<sup>(39)</sup>; también su autonomía, autogobierno, derecho a la identidad y cosmovisión<sup>(40)</sup>, propia lengua, ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afecten<sup>(41)</sup>, el reconocimiento de su sistema judicial y el derecho a acceder a la justicia con perspectiva intercultural<sup>(42)</sup>.

En agosto de 2022, se publicó una Encuesta del Centro de Estudios Públicos (CEP)<sup>(43)</sup> que entrega información sobre las percepciones de los habitantes de la zona geográfica del país donde se concentra la población mapuche, etnia que representa casi al 80% de las reconocidas. Dicha Encuesta pone en evidencia que los participantes se alejan de los conceptos identitarios y prefieren los de integración o inclusión en los cimientos de una sola sociedad (45% se considera mapuche y chileno). Se destacan como

<sup>(38)</sup> Art. 1: Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico. Se constituye como una república solidaria. Su democracia es inclusiva y paritaria. Reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza.

<sup>(39)</sup> Art. 18: Las personas naturales son titulares de derechos fundamentales. Los derechos podrán ser ejercidos y exigidos individual o colectivamente. Los pueblos y naciones indígenas son titulares de derechos fundamentales colectivos. La naturaleza es titular de los derechos reconocidos en esta Constitución que le sean aplicables.

Art. 34: Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía; al autogobierno; a su propia cultura; a la identidad y cosmovisión; al patrimonio; a la lengua; al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos; a la cooperación e integración; al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades, propias o tradicionales; y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

<sup>(40)</sup> Art. 65 Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes tienen derecho a la identidad e integridad cultural y al reconocimiento y respeto de sus cosmovisiones, formas de vida e instituciones propias.

<sup>(41)</sup> Art. 66: «Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen. El Estado garantiza los medios para la efectiva participación de estos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe.»

Art. 102 1. El Estado, en conjunto con los pueblos y naciones indígenas, adoptará medidas positivas para la recuperación, la revitalización y el fortalecimiento del patrimonio cultural indígena. 2. Asimismo, reconoce el patrimonio lingüístico constituido por las diferentes lenguas indígenas del territorio nacional, las que son objeto de revitalización y protección, especialmente aquellas que tienen el carácter de vulnerables. 3. Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a obtener la repatriación de sus objetos de cultura y restos humanos. El Estado adoptará mecanismos eficaces para su restitución y repatriación. A su vez, garantiza el acceso a su patrimonio, incluyendo objetos de su cultura, restos humanos y sitios culturalmente significativos para su desarrollo.

<sup>(42)</sup> Art. 108 n.º 6. «El Estado debe garantizar que los órganos que intervienen en el proceso respeten y promuevan el derecho a acceder a una justicia con perspectiva intercultural».

<sup>(43)</sup> Encuesta CEP Especial N.º 87, febrero-julio 2022: «Esta encuesta especial busca recoger las percepciones, actitudes y expectativas de quienes habitan en las regiones del Biobío, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos con el fin de reflejar las diferentes realidades. Este objetivo se materializa a través de dos muestras: una sobre la población que se auto identifica como mapuche y otra, de la población que no se autoidentifica como mapuche.» Cobertura del universo: Toda la población de 18 años y más residente en las regiones de La Araucanía, Biobío, Los Ríos y Los Lagos\* en base al Censo de 2017. La muestra corresponde a un total de 2.915 personas entrevistadas en sus hogares, de las cuales 1.374 personas que se autodefinen como mapuche y 1.541 personas que no se autodefinen como mapuche <https://www.cepchile.cl/cep/encuestas-cep/encuestas-2010-2021/encuesta-cep-especial-n-87-febrero-julio-2022>, fecha de la consulta: 23.08.2022

temas relevantes: la historia, la lengua y el reconocimiento constitucional. En cambio, el tópico sobre «participar en ceremonias o ritos mapuche», – que es expresión de una dimensión de la libertad religiosa– posee una prioridad baja (8/14).

Paradójicamente, en el «plebiscito de salida» se observaron mayores porcentajes de rechazo del proyecto de Constitución en los lugares donde se concentra la mayoría de la población mapuche.

Vistos estos resultados, cabe preguntarse sobre cuáles son los supuestos que justificaban la abundancia de referencias a los pueblos originarios en el proyecto de Constitución.

### 3.4. La naturaleza como sujeto de derecho

El proyecto de nueva Constitución incluyó a la naturaleza como sujeto de derechos<sup>(44)</sup>, junto con el deber del Estado y la sociedad de protegerla y respetarla; se proponía la creación de la Defensoría de la Naturaleza<sup>(45)</sup> como organismo autónomo para defenderla frente los actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado y de entidades privadas, pudiendo fiscalizar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos ambientales y derechos de la naturaleza e interponer las acciones constitucionales y legales para demandar su cumplimiento.

Aunque sólo dos Constituciones en el mundo –de Bolivia y Ecuador– contienen un estatuto similar, es posible apreciar una tendencia creciente a nivel legal de otorgarle la titularidad de derechos.

Sin dudas, ello es expresión de un nuevo paradigma en la sociedad occidental y está en sintonía con un renovado sistema de creencias. Es por eso, que se incluye en este apartado. En este inédito orden de cosas, ¿Cómo

<sup>(44)</sup> Art. 103 1. La naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad. 2. El Estado debe garantizar y promover los derechos de la naturaleza.

Art.127 1. La naturaleza tiene derechos. El Estado y la sociedad tienen el deber de protegerlos y respetarlos.

<sup>(45)</sup> Art. 148 1. Un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, denominado Defensoría de la Naturaleza, tendrá como función la promoción y protección de los derechos de la naturaleza y de los derechos ambientales asegurados en esta Constitución, en los tratados internacionales ambientales ratificados y vigentes en Chile, frente los actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado y de entidades privadas.

Artículo 149 La Defensoría de la Naturaleza tendrá las siguientes atribuciones: a) Fiscalizar a los órganos del Estado y a las entidades privadas en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos ambientales y derechos de la naturaleza.

CAPÍTULO III – Naturaleza y medioambiente 51 b) Formular recomendaciones en las materias de su competencia. c) Tramitar y hacer seguimiento de los reclamos sobre vulneraciones de derechos ambientales y derivar en su caso. d) Deducir acciones constitucionales y legales cuando se vulneren derechos ambientales y de la naturaleza. e) Promover la formación y educación en derechos ambientales y de la naturaleza. f) Las demás que le encomienden la Constitución y la ley.

queda la dignidad del ser humano frente a esta mayor preponderancia de la naturaleza?

### 3.5. Relación con otros derechos y garantías

El reconocimiento y ejercicio de la libertad de pensamiento, conciencia y de religión dependen también de otros derechos relacionados con ésta. No es posible hacer un análisis exhaustivo en este espacio sobre el tratamiento que hizo el proyecto de Constitución sobre todos ellos, teniendo en cuenta sus 388 artículos permanentes y 57 transitorios. Su articulado plantea algunas amenazas a la autonomía de las confesiones religiosas, en el marco de la igualdad y no discriminación, del derecho a la vida –consagrando el derecho al aborto libre y durante todo el periodo de gestación junto con la eutanasia–, la paridad entre hombres y mujeres, por citar sólo algunos.

Para ilustrar la manera en que la libertad religiosa depende del reconocimiento de otros derechos, se enuncia el contenido del proyecto sobre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza<sup>(46)</sup>, dada su estrecha relación. Desde esa perspectiva presentaba varios reparos infringiendo los tratados internacionales ratificados por Chile, límite al cual estaba sujeto el trabajo de la Convención<sup>(47)</sup>, como antes se ha dicho. Así, se planteaba que la educación es un deber primordial e ineludible del Estado<sup>(48)</sup>. Indicaba que los fines de la misma debían interpretarse en el contexto de todos los principios que la propia Constitución establecía –cuyo contenido era completamente ideológico y ambiguo–, omitiendo además, cualquier referencia a la dimensión espiritual. Más aún, establecía un sistema de educación laica

<sup>(46)</sup> Sobre este tema, conviene tener presente la Minuta realizada por la Comisión de Creencias del Foro Constitucional UC, Minuta Comentarios a la propuesta de normas constitucionales sobre derecho a la educación y libertad de enseñanza desde la perspectiva de la libertad religiosa de 10 de mayo de 2022. Disponible en: <https://foroconstitucional.uc.cl/wp-content/uploads/2022/05/Minuta-Educacion-Ensenanza-Libertad-Religiosa.pdf>

Cfr. con M.<sup>a</sup> ELENA PIMSTEIN, «El Olvido del legado de los padres» en *Hipotecando la libertad de enseñanza: Amenazas y riesgos de la propuesta constitucional*, Bmemoria ediciones, 2022. Disponible en: [https://investigadores.uandes.cl/ws/portalfiles/portal/39568927/Hipotecando\\_la\\_Libertad\\_de\\_Enseanza.pdf](https://investigadores.uandes.cl/ws/portalfiles/portal/39568927/Hipotecando_la_Libertad_de_Enseanza.pdf)

<sup>(47)</sup> Chile ha ratificado alrededor de 40 tratados internacionales relacionados con la libertad religiosa.

<sup>(48)</sup> «La educación es un deber primordial e ineludible del Estado. La educación es un proceso de formación y aprendizaje permanente a lo largo de la vida, indispensable para el ejercicio de los demás derechos y para la actividad científica, tecnológica, económica y cultural del país. Sus fines son la construcción del bien común, la justicia social, el respeto de los derechos humanos y de la naturaleza, la conciencia ecológica, la convivencia democrática entre los pueblos, la prevención de la violencia y discriminación, así como, la adquisición de conocimientos, el pensamiento crítico y el desarrollo integral de las personas, considerando su dimensión cognitiva, física, social y emocional. La educación se regirá por los principios de cooperación, no discriminación, inclusión, justicia, participación, solidaridad, interculturalidad, enfoque de género, pluralismo y los demás principios consagrados en esta Constitución. Tendrá un carácter no sexista y se desarrollará de forma contextualizada, considerando la pertinencia territorial, cultural y lingüística. La educación deberá orientarse hacia la calidad, entendida como el cumplimiento de los fines y principios establecidos de la educación.»

omitiendo que el respeto por toda expresión religiosa no obsta a su laicidad. También afirmaba que la educación tendrá «enfoque de género y no será sexista», sin especificar sus alcances y planteando más preguntas. ¿Significaría poner término a los establecimientos de hombres y mujeres por separado, cuya práctica es conforme a la legislación internacional?

Ignoraba a los padres como primeros educadores de sus hijos; tampoco reconocía el derecho a elegir establecimientos educacionales de acuerdo a sus convicciones y creencias. Sólo aludía a ellos en el contexto de la libertad de enseñanza, afirmando que «la libertad de padres, madres, apoderados y apoderadas a elegir el tipo de educación de las personas a su cargo, respetando el interés superior y la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes»<sup>(49)</sup>. Adicionalmente, su derecho quedaba aún más limitado por cuanto agregaba que se «reconoce el derecho de las y los integrantes de cada comunidad educativa a participar en las definiciones del proyecto educativo» y en las decisiones de cada establecimiento, con carácter vinculante<sup>(50)</sup>.

Se limitaba la libertad para crear y gestionar centros educativos privados. Sin embargo, reconocía la autonomía de los pueblos originarios para desarrollar sus propios establecimientos e instituciones de conformidad a sus costumbres y cultura<sup>(51)</sup>, por sobre cualquier otra persona o grupo, yendo más allá del Convenio 169<sup>(52)</sup>.

En estas circunstancias, ¿en qué queda la libertad de pensamiento, conciencia y religión?

#### 4. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS CREENCIAS EN EL CONTEXTO DEL PROCESO CONSTITUCIONAL CHILENO

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, se entiende por creencias, «firme asentimiento y conformidad con una cosa; religión, secta.» y por religión, «conjunto de creencias, dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y los sacrificios para darle culto».

Desde una perspectiva jurídica internacional, la Observación General n.º 22 sobre el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce la protección de cualquier tipo de religión y creencia, así como también a quienes no tengan ninguna. «El artículo 18 protege las

<sup>(49)</sup> *Idem* n.º 284, artículo 19.

<sup>(50)</sup> *Idem* n.º 283, artículo 18.

<sup>(51)</sup> *Idem* n.º 288, artículo 20 *quinquies*.

<sup>(52)</sup> *Idem* n.º 281, artículo 16.

creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos «creencias» y «religión» deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales»<sup>(53)</sup>.

Las creencias y las religiones son expresión de la dimensión espiritual del ser humano. Dan respuestas a las preguntas sobre el sentido de la vida y de la muerte, la necesidad de salvación, la divinidad, el dolor, la felicidad etc. y por ello el Estado y el ordenamiento jurídico deben reconocerlas, promoverlas y protegerlas.

Los datos empíricos referidos más atrás manifiestan cambios significativos en creyentes y no creyentes. La comprensión de esta nueva realidad es necesaria para –posteriormente– hallar puntos de encuentro a través del derecho y del reconocimiento y protección de la dimensión espiritual del ser humano que éste debe realizar.

A continuación, se exponen algunas reflexiones sobre las creencias en el marco del proceso constitucional chileno:

4.1. La familia es la primera comunidad en la que se inserta un ser humano. Es allí donde se le quiere incondicionalmente, donde aprende a vincularse, donde se le enseña a confiar y a ser confiable, a ser generoso, responsable, a atender las necesidades de otros, a compartir, en definitiva, donde se le transmiten valores y creencias. Los cambios y el debilitamiento que experimenta en su conformación, la han convertido en una comunidad cada vez más pequeña, con dificultades para «contener» a sus miembros, donde es perceptible la soledad muy profunda de cada uno de ellos. Dicha transformación afecta, sin lugar a dudas, la transmisión de las creencias de generación en generación.<sup>(54)</sup>

4.2. El individualismo y el consumismo han tenido efecto sobre las creencias por cuanto parecen privilegiar la dimensión individual y privada de la libertad religiosa, en circunstancias en que su alcance comunitario y público son de la esencia de la misma.

4.3. Si la familia deja de ser un espacio donde se aprende a confiar y a ser confiable, no debe llamar la atención que ello se exprese en la pérdida de confianza en las instituciones. Ello es una consecuencia necesaria de la des-

<sup>(53)</sup> Observación General n.º 22, Comité de Derechos Humanos, artículo 18 libertad de pensamiento, conciencia y religión PIDCP, 48 periodo de sesiones U.N. (199#). Disponible en: <https://www.catalogoderechoshumanos.com/observacion-general-22-pidcp/>

<sup>(54)</sup> *Encuesta Bicentenario UC 2021*, Familia y personas mayores: «Respecto de versiones anteriores de este estudio, se observa que ha disminuido la idea de que el matrimonio es un compromiso para toda la vida. Asimismo, ha bajado la percepción que cuando hay niños de por medio los padres deben permanecer juntos.

Más de la mitad de los consultados/as (56%) piensa que las parejas homosexuales deberían tener derecho a adoptar niños; algo que refleja, además, un aumento significativo respecto de la última medición.

El 39% de las personas está de acuerdo en que la familia se descuida si la mujer tiene un trabajo de tiempo completo.»



confianza entre las personas. Esto lo evidencia la *Encuesta Bicentenario UC 2021* en que «las personas consultadas desconfían de la mayoría de las instituciones. En general, la percepción sobre la integridad y transparencia de las diversas instituciones no supera el 16%. Esta desconfianza se aprecia principalmente en el Gobierno y en los parlamentarios.»<sup>(55)</sup> «La crisis de legitimidad y confianza institucional que se observa en nuestro país ha afectado también a las instituciones de índole religiosa. En particular, la confianza en la Iglesia católica es considerablemente baja, especialmente en los períodos en que se han incrementado las denuncias de abusos sexuales (15% entre católicos y 2% entre no católicos en el año 2018)<sup>(56)</sup>.

Este recelo también se percibe por parte del Estado hacia los ciudadanos, en general y hacia la valoración de lo religioso, en particular. Un botón de muestra: en general, la normativa dada por la mayoría de los Gobiernos en tiempos de pandemia, en que pese a ser la libertad religiosa de aquellas cuyo ejercicio no podía suspenderse en ningún estado de excepción constitucional, en la práctica, estaba limitada al nivel que en algunos hospitales, un ministro de culto no podía darle asistencia espiritual a los enfermos que estaban al borde de la muerte y que ni siquiera sus seres queridos más próximos podían despedir.<sup>(57)</sup>

4.4. El sistema de creencias ya no se da a través de instituciones religiosas tradicionales. Entre otras cosas, la desconfianza en las instituciones ha llevado a su desinstitucionalización y atomización.

«Por otro lado, se observa una tendencia a una creciente secularización, que se manifiesta en el aumento de las personas que no se identifican con ninguna religión y que alcanza un tercio de la población, entre las cuales la mayoría son jóvenes. Cabe precisar que esta baja adhesión institucional entre quienes no se identifican con ninguna religión no implica necesariamente la ausencia de creencias o de una espiritualidad específica, ya sea creencias tradicionales u otras más novedosas. Así, pese al aumento de la proporción de la población que no adhiere a ninguna religión, la creencia en Dios se ha mantenido estable en los últimos años, mientras que el ateísmo aún representa un porcentaje acotado. En este sentido, la religiosidad popular entendida como creencias y prácticas religiosas que se dan al margen de las instituciones, sigue siendo una característica fundamental de nuestra identidad. Tradiciones como la celebración de la Tirana y las diversas devociones

<sup>(55)</sup> *Idem.*

<sup>(56)</sup> A. CELIS BRUNET y otros, p. 9.

<sup>(57)</sup> Un estudio comparado en distintos países europeos y americanos se encuentra en J. MARTÍNEZ-TORRÓN y B. RODRIGO LARA: *Covid 19 y Libertad religiosa*, Iustel, Madrid, 2021.

y fiestas de la Virgen, siguen siendo parte de la expresión religiosa popular<sup>(58)</sup>.

4.5. El ser humano no está hecho para vivir solo, es un ser «en relación» que necesita «espacios» «más o menos protegidos» para desarrollarse integralmente, necesita una comunidad donde pueda «ser y pertenecer». Paradójicamente, se aprecia una pérdida del sentido de comunidad y una necesidad no satisfecha de «pertenecer».<sup>(59)</sup> Esta búsqueda de pertenencia lleva a explorar en otras y nuevas «formas» que aunque no responden las grandes preguntas del ser humano, los hace formar parte de una «comunidad»: la de quienes se hacen tatuajes –constituyen una expresión de la necesidad de sentirse parte de un grupo; inserción en las redes sociales, tal como aparecía en la *Encuesta de las Juventudes*, la mayor pertenencia se daba en comunidades virtuales–; la publicación permanente de fotos en Instagram, que da cuenta de todos los movimientos de una persona, ¿no es acaso una búsqueda de socializar y pertenecer?

4.6. Resulta particularmente interesante detenerse en el compromiso radical –especialmente de los jóvenes– para mitigar el cambio climático y con la sustentabilidad. Cabe preguntarse por qué se han motivado de tal manera que no se necesitan persuasivas arengas para involucrarse. Su compromiso no ha sido de medias tintas. Muchos han cambiado su alimentación –se han hecho vegetarianos o veganos– en coherencia con su opción por el medio ambiente. Constituye una verdadera creencia con la voluntad seria de actuar conforme a ella. Cabe preguntarse si se trata de una opción para garantizar mejores condiciones de vida personal o si la motivación obedece al legado que se dejará para las generaciones venideras y, por tanto, tiene un sentido más trascendente; si ha redundado en la toma de conciencia de que el ser humano no es el autor de la naturaleza sino que recibió un orden no creado por él; si ha supuesto elevar la mirada a una mayor contemplación de un Dios creador o ha interpelado hacia un sentido trascendente de la vida.

4.7. Nos atrevemos a aventurar: lo que está ocurriendo en Chile, está pasando en todo el mundo. Tiene que ver con los cimientos de la sociedad cristiano occidental. Parece ser una crisis espiritual de la humanidad entera. Así, se aprecia cómo a lo largo de la historia Dios era el centro de la crea-

<sup>(58)</sup> A. CELIS BRUNET y otros, pp. 8-9.

<sup>(59)</sup> Tras el denominado «estallido social» que se produjo en Chile el 18 de octubre de 2019, el 25 de octubre de ese año, hubo una marcha en la plaza Italia de la ciudad de Santiago que congregó 1,2 millones de personas, según la información dada por el Gobierno. Se calificó como la marcha más grande de los últimos 30 años. No todos sus asistentes concurrían por las mismas razones. Estas eran múltiples causas de descontento –por el sistema de pensiones, y precisamente ese era el elemento aglutinador: encontrarse con otros, es decir, ser parte de una comunidad, que está insatisfecha por múltiples razones. Se puede ver la noticia sobre la misma en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/mas-millon-voces-gritan-plaza-italia/878555/> <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2019/10/25/comienzan-a-concentrarse-manifestantes-en-plaza-italia-para-la-marcha-mas-grande-de-chile.shtml>

ción, luego el hombre, hoy la naturaleza y los animales representan una preocupación muy atendible y fundamental pero que los reposiciona en un nuevo orden. No se aprecia una diferencia sustantiva entre los distintos seres vivos ni es tan clara la preeminencia del hombre sobre el resto de ellos. En muchos países, hay derecho al aborto, pero hay una protección irrestricta de la vida de las ballenas. Esta evidencia pone de manifiesto la diferencia de valoración de los seres humanos y los animales. El hecho de que se le reconozca a la naturaleza como titular de derechos, la opción de muchas parejas de no tener hijos y reemplazarlos por animales, son algunas de las manifestaciones de este cambio de paradigma.

4.8. En el contexto de la búsqueda del sentido de pertenencia, también hay que mencionar el imperio de lo «políticamente correcto» que pone en jaque la libertad de conciencia, la libertad de expresión y afecta la autonomía de las personas e instituciones. En nuestra opinión, este temor a discrepar no es sino otra expresión del miedo a la soledad y de la búsqueda de «pertenecer» a esa «aparente mayoría».

4.9. Tanto al inicio del proceso constituyente como durante su desarrollo, muchos convencionales afirmaron que éste tenía un «propósito refundacional» y que su trabajo comenzaba con una «hoja en blanco». Estas expresiones apuntaban a prescindir del pasado histórico, de lo que había cohesionado a la sociedad chilena. Estudiar los desafíos pasados permite entender mejor el presente, juzgarlo con mayor perspectiva para aprender de él. Darle la espalda a la historia aumenta exponencialmente el riesgo de cometer los mismos errores.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

En 1999 —es decir, hace casi 24 años— el historiador chileno Gonzalo Vial Correa —con una lucidez extraordinaria— logró anticiparse a lo que estaba por venir y estamos viviendo en la actualidad. Describía la ruptura del consenso mínimo de la sociedad chilena como un hecho político, cuyos «elementos permanentes son el Estado de Derecho y su variante moderna, el legalismo, y el continuado perfeccionamiento de la democracia formal. Los mecanismos para alcanzar el consenso mínimo no son sólo leyes y reglamentos, sino actitudes que la sociedad internaliza aprovechando sus experiencias históricas. «Constataba cómo las diferencias étnicas, de clases, urbano—rural, de nacionalidades, política, religiosa, de grupos profesionales, de género, hacían muy difícil lograrlo»<sup>(60)</sup>.

<sup>(60)</sup> G. VIAL CORREA, «Alrededor de la búsqueda del consenso mínimo», *Revista Perspectivas* (1999) volumen II, pp. 545-565. Disponible en: <https://www.dii.uchile.cl/~revista/ArticulosVol2-Especial/09.pdf>

«En la actualidad, existe un área donde no se ha logrado el consenso mínimo y que concierne a los valores éticos: divorcio, anticonceptivos, aborto, sexo juvenil, libertad sexual, homosexualidad, educación sexual y papel de la familia y del Estado. Sobre esto hay tres enfoques completamente distintos y contradictorios: católico, agnóstico y posmoderno. Debiera ensayarse la búsqueda del consenso mínimo centrando el análisis en los efectos sociales –particularmente en el área popular– de los nuevos valores o antivalores que se quiere injertar en nuestra sociedad».

«La extraordinaria diversidad que hemos descrito hace inviable que los chilenos alcancen la unidad en el sentido de que todos piensen lo mismo respecto de los temas fundamentales de la convivencia, y que la sociedad y el Estado hagan obligatorio ese pensamiento común y castiguen a los disidentes».

«El contexto de creciente diversidad en nuestro país, que incluye también el ámbito religioso, representa retos dentro de los que destacan el reconocimiento de culturas ancestrales, la preservación de su identidad cultural y cosmovisiones, así como el respeto y protección del pluralismo que trae consigo la inmigración, además de las creencias religiosas que han formado parte de la historia e identidad nacional. El declive relativo de las religiones consideradas tradicionales, supone una nueva realidad de la demografía religiosa nacional – aun sin datos censales que den cuenta actualizada de los mismos – que corresponde asumir como parte de nuestra actual identidad religiosa»<sup>(61)</sup>.

Es esta falta de consensos mínimos la que le está pasando la cuenta en la sociedad chilena y la que hace difícil lograr acuerdos por básicos que parezcan.

Como puede apreciarse, son tiempos complejos en Chile y en el mundo entero. En medio de ellos y de los cambios en materia de religiosidad y creencias, se hace imperativo acordar ciertos presupuestos. No obstante que las dificultades son objetivas, el ser humano siempre puede elegir el camino de la generosidad y el bien común, dejando de lado su propio egoísmo. Siempre puede optar por aquello que une y no por lo que desune. En esta realidad y en esta esperanza, esperamos que el proceso constitucional chileno –aún incierto e inconcluso– sea una oportunidad para demostrarlo.

## BIBLIOGRAFÍA

BENEDICTO XVI. *La libertad religiosa, camino para la paz*. Discurso de la XLIV Jornada mundial de la paz, 1.º de enero de 2011, disponible en [https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/messages/peace/documents/hf\\_ben-xvi\\_mes\\_20101208\\_xliv-world-day-peace.html](https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/messages/peace/documents/hf_ben-xvi_mes_20101208_xliv-world-day-peace.html)

<sup>(61)</sup> A. CELIS BRUNET y otros, p. 5.

- CELIS BRUNET, A. y otros (2021). «Creencias y nueva Constitución. Perspectivas y propuestas». *Foro Constitucional UC*, disponible en <https://foroconstitucional.uc.cl/wp-content/uploads/2021/12/Creencias.pdf>
- FRANCISCO, PAPA. *Discurso a la Curia Romana Con Motivo de las Felicitaciones Navideños*, 21 de diciembre de 2019, disponible en [https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2019/december/documents/papa-francesco\\_20191221\\_curia-romana.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2019/december/documents/papa-francesco_20191221_curia-romana.html)
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y RODRIGO LARA, B. *Covid 19 y Libertad religiosa*, Iustel, Madrid, 2021.
- PIMSTEIN, M.<sup>a</sup> E. «El olvido del legado de los padres» en *Hipotecando la libertad de enseñanza: Amenazas y riesgos de la propuesta constitucional*, S. Salas, P. Imbarack y P. Salas (editores) Bmemoria ediciones, Santiago, 2022, disponible en [https://investigadores.uandes.cl/ws/portalfiles/portal/39568927/Hipotecando\\_la\\_Libertad\\_de\\_Enseanza.pdf](https://investigadores.uandes.cl/ws/portalfiles/portal/39568927/Hipotecando_la_Libertad_de_Enseanza.pdf)
- VIAL CORREA, G. «Alrededor de la búsqueda del consenso mínimo», *Revista Perspectivas* (1999) volumen II, disponible en <https://www.dii.uchile.cl/~revista/ArticulosVol2-Especial/09.pdf>

SEGUNDA PARTE

**ACOMODACIÓN DEL PLURALISMO  
RELIGIOSO EN DIFERENTES  
ENTORNOS SOCIALES**

# Los delitos de odio frente a la libertad de religión y de creencias

IRENE MARÍA BRIONES MARTÍNEZ

SUMARIO: 1.– Introducción. 2.– Prevención y lucha contra los delitos de odio como garantía de los derechos humanos. 2.1 Los delitos de odio frente a la libertad de religión y de creencias. 2.2 La batalla contra los delitos de odio en el ámbito general europeo y extracomunitario. 3.– Planes y acciones legislativas españolas sobre delitos de odio, igualdad y no discriminación en un marco internacional. 4.– Reflexiones conclusivas.

## 1. INTRODUCCIÓN

El delito de odio es el enemigo de las personas que se identifican por una etiqueta<sup>(1)</sup>, en nuestro caso, en el ejercicio de su libertad de religión y de creencias. Teniendo frente a frente a los crímenes de odio versus estas libertades es como estar ante espejos cóncavos y convexos en los que se ve deformada dicha libertad. Imágenes grotescas y esperpénticas que se contemplan en el espejo del odio religioso, desde y hacia las personas por razón de la religión que profesan. De modo que los creyentes que ejercen su libertad ante estos espejos pueden padecer algo parecido a un trastorno dismórfico, una enfermedad mental por la que no se puede dejar de pensar en

---

<sup>(1)</sup> Conocida también como modelo de selección discriminatoria. Vid. E. PEÑARANDA RAMOS. «Delitos de Odio y derecho penal de la culpabilidad», en *Reflexiones Académicas sobre Delitos de Odio*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social e Inmigración», Madrid, 2021, p. 9, disponible en [https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/ejes/discursoodio/ReflexionesAcademicas\\_DelitosdeOdio.pdf](https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/ejes/discursoodio/ReflexionesAcademicas_DelitosdeOdio.pdf) (consultado, 20/10/2022).

defectos en la apariencia, y puedes sentirte tan avergonzado, intimidado y ansioso que es posible que evites muchos escenarios sociales, porque eso es lo que persiguen los *haters*, provocar la discriminación, el aislamiento y la desigualdad.

El problema es acertar de modo integral con el sistema de protección de los creyentes en el ejercicio de su libertad de religión y de creencias. España parece apostar mayoritariamente por hacerlo desde la promoción de la igualdad y la no discriminación, dejando a la lucha contra los delitos de odio como una parte de dicha promoción. A nivel internacional y comunitario, la lucha debe ser realizarse al 100% en ambas direcciones, siendo la discriminación siempre una consecuencia del delito de odio, que produce desigualdad.

La ONU nos tramite las siguientes ideas:

Los principios de igualdad y no discriminación constituyen la esencia de los derechos humanos y ayudan a reducir las desventajas por numerosas razones y en muchos ámbitos. Los derechos humanos no se restringen a grupos especiales. Son para todos, para toda la sociedad y para el mundo entero. Sin embargo, persiste la discriminación contra las minorías religiosas, étnicas y nacionales, las personas de ascendencia africana, los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, los migrantes, las personas mayores, los niños, las mujeres y las personas LGBTI, entre otras. Las formas tradicionales de los prejuicios se combinan con la desigualdad social y de ingresos para impulsar el conflicto, el racismo y la xenofobia. Asimismo, el aumento de los medios de comunicación social ha provocado la difusión de mensajes de odio que alimentan la discriminación. Al mismo tiempo, la *Agenda 2030* y su compromiso de “no dejar a nadie atrás” ha generado un empuje a favor de la igualdad y la no discriminación [...] combatiremos las expresiones de odio en los espacios digitales, y nos propondremos garantizar que el sistema de la ONU y la aplicación de los ODS<sup>(2)</sup> adopten una respuesta basada en los derechos humanos a la discriminación y la desigualdad, para asegurarnos de que nadie quede atrás<sup>(3)</sup>.

Y para prevenir se impulsa la educación:

Apoyaremos los programas educativos para escuelas y universidades y para diferentes públicos religiosos, centrándonos en la igualdad y

<sup>(2)</sup> Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/> (consultado, 05/12/2022).

Idem.

<sup>(3)</sup> Vid. <https://www.ohchr.org/es/about-us/what-we-do/our-roadmap/enhancing-equality-and-countering-discrimination> (consultado, 04/12/2022).



la no discriminación, y colaboraremos en forma estrecha con aliados para generar apoyo popular para la inclusión y la diversidad en las sociedades<sup>(4)</sup>.

Aunque combatiendo la discriminación religiosa se protege la libertad religiosa<sup>(5)</sup>, ha de admitirse que la igualdad y la no discriminación así como la libertad de expresión, ahora parecen tener más fuerza legal que la libertad de religión, descrita por Silvio Ferrari como «bella e impossibile», al analizar el caso de Boca Ratón en Florida<sup>(6)</sup>. Se provoca un claro desvío intencional del poder legislativo y judicial, así como de los medios de comunicación, hacia el grado y cantidad de los delitos de odio motivados por el racismo y la xenofobia o por razón de sexo y de género, para luego volcar sobre las estadísticas una incidencia baja de supuestos y, no es que se maquillen los datos de los primeros, sino que los delitos de odio por razón de religión y de creencias se resuelven de otra manera. En efecto, la libertad de religión y de creencias no resulta violada o mermada únicamente por la acción o la expresión de los seres humanos que odian a las personas por razón de su religión o de creencias sino también por la cobardía de los actores judiciales tanto a nivel nacional como supranacional que se ocupan de estos casos, remitiéndose a otras libertades o dando prioridad a otras libertades –*human rights versus human rights*– o zanjándolo como un supuesto puro de desigualdad en sus decisiones; evidentemente, conseguimos una respuesta judicial pero al margen del correcto respeto a las personas en el ejercicio de su libertad religiosa, de religión o de creencias.

Siendo, por tanto, la igualdad y no discriminación una de las dimensiones de la libertad religiosa, de religión y de creencias, en la Equality Act<sup>(7)</sup> del Reino Unido que combate la discriminación directa e indirecta por razón de religión o de las creencias, se habla de la objeción a ciertas indumentarias contrarias a la religión<sup>(8)</sup>, de abusos en el ámbito laboral y, en general, de la victimización. Sin embargo, si analizamos a nivel

<sup>(4)</sup> *Idem*.

<sup>(5)</sup> *Vid. Las sentencias norteamericanas sobre este tema en* <https://www.justice.gov/crt/combating-religious-discrimination-and-protecting-religious-freedom-12> (consultado 16/09/2022).

<sup>(6)</sup> *WARNER v. CITY OF BOCA RATON*, 64 F. Supp. 2d 1272 (S.D. Fla. 1999). Ferrari afirma que la pretensión jurídica hubiese tenido alguna oportunidad si se hubiera planteado como práctica legítima de la libertad de expresión. Quizá por esto dice Sullivan, a quien critica Ferrari, que debería desaparecer la libertad de religión y sustituirse por otras libertades, de modo que los jueces decidirían más justamente ante la imposibilidad de definir la religión. *Vid.*, S. FERRARI. «Who need Freedom of Religion?», en *The confluence of Law and Religion. Interdisciplinary Reflections on the Work of Norman Doe*. Cambridge University Press, 2016, pp. 178-181.

<sup>(7)</sup> <https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/religion-or-belief-discrimination#act> (consultado, 12/09/2022); <https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/religion-or-belief-discrimination> (consultado, 12/09/2022).

<sup>(8)</sup> *Vid. S. CAÑAMARES, Igualdad religiosa en las relaciones laborales*. Aranzadi, Pamplona, 2018.

nacional la reciente Ley integral 15/2022, de 12 de julio<sup>(9)</sup>, para la igualdad de trato y la no discriminación, se menciona la religión de modo reiterado entre los motivos para el derecho a la igualdad y no discriminación como aceptación y acatamiento del contenido del artículo 14 de la Constitución española y de todos los instrumentos internacionales y comunitarios. En cambio, las creencias aparecen junto a la religión en una sola ocasión como motivo de discriminación, y de modo independiente para expresar que las personas también pueden sufrir desigualdades históricas como resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos, es decir, a causa de la religión en sí misma y las comunidades que las sostienen.

También la ideología impuesta desde el Estado genera desigualdades históricas cuando se humilla a través de herramientas legislativas a quienes profesan y practican sus creencias como si fueran siempre una fuente de desigualdad, prejuicios y estereotipos. No se puede combatir el odio contra las personas si desde el ejecutivo se lanzan mensajes que también podrían ser tanto *hate speech* como imposiciones legales de límites y vigilancia ilícita de quienes ejercen su libertad religiosa, de religión y de creencias, por lo que se convierten en motores que potencian el odio.

Ciertamente, debemos reconocer que tenemos un enemigo conectado a la religión como es el terrorismo religioso, ya que pasados los siglos la religión vuelve a reentrar en la vida pública, pero no de modo monolítico sino con la fuerza de la diversidad, y esta tensión hace que en el anverso del potencial inmenso de paz e integridad de la religión encontremos su lado oscuro, el de la venganza o el castigo irracional a otras identidades religiosas<sup>(10)</sup>. Sin embargo, a pesar del terrorismo religioso, las fobias contra todos los creyentes sin distinción, y la violación de sus derechos humanos<sup>(11)</sup>, no hacen más que agravar el problema y encender crecidamente la llama del odio de los terroristas, fanáticos e integristas<sup>(12)</sup>.

<sup>(9)</sup> BOE n.º 167, de 13 de julio de 2022. Referencia: BOE-A-2022-11589.

<sup>(10)</sup> Vid. A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. «El terrorismo integrista como desastre humanitario y los modos de afrontarlo según el derecho de la Unión Europea», en *A emergência do direito dos desastres na sociedade de risco globalizada*, 2 (2021). Série de Ciências Jurídicas e Sociais, pp. 45-65, que trata sobre las medidas preventivas, de integración y represivas para los terroristas en el marco de la Unión Europea.

<sup>(11)</sup> Se ha creado una gran polémica sobre la limitación de los derechos humanos en las medidas para proteger la seguridad ciudadana.

<sup>(12)</sup> A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. «United States and Europe against terrorism of fundamentalist origin: Legal measures and the shadow of populism», en *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*. Series VII: Social Sciences Law, vol. 14(63) Special Issue, <https://doi.org/10.31926/but.ssl.2021.14.63.3.24>, pp. 183-194. El autor examina las diferencias entre Europa y Estados Unidos, comprobando que las medidas de Estados Unidos son más represivas que preventivas e integradoras, viendo al inmigrante como a un enemigo.

Quizá como estrategia para conocernos y respetarnos, la Unión Europea (UE) comenzó a desarrollar su proyecto «Intercambio global sobre religión en la sociedad» en 2020<sup>(13)</sup>. Proporciona una plataforma donde los actores religiosos o basados en la fe y otros actores de la sociedad civil pueden conectarse, lo que les permite trabajar juntos para preservar sus propias sociedades como lugares inclusivos y respetuosos para todos, donde la ciudadanía compartida apuntala una sociedad verdaderamente inclusiva y resiliente.

Además, la Unión Europea (UE) ha estado financiando tres proyectos regionales en Oriente Medio y África, con más de 5 millones de euros, de 2018 a 2022. Los proyectos tienen como objetivo mejorar el pluralismo cultural y el entendimiento intercultural relacionado con la religión o las creencias.

En este trabajo haremos un breve repaso sobre el concepto y normativa en torno al delito de odio, y de la libertad de religión y de creencias, para proceder a analizar la reciente legislación española sobre igualdad y no discriminación, así como algunos supuestos judiciales, con el fin de conocer los fallos, los avances y los retos de mejora.

## **2. PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LOS DELITOS DE ODIOS COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

### **2.1. Los delitos de odio frente a la libertad de religión y de creencias**

La libertad de religión o de creencias está garantizada por el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>(14)</sup>, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>(15)</sup> y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones<sup>(16)</sup>.

El Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias se guía por los artículos pertinentes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Elimina-

---

<sup>(13)</sup> Iniciativa en la que está trabajando Hayder al Khoei, que es analista político y de seguridad, enfocado en los asuntos de Oriente Medio e Iraq. Ha sido miembro de los programas de Oriente Medio y África del Norte en Chatham House y el European Council for Foreign Relations. Actualmente está trabajando en esta iniciativa de la Unión Europea, el Intercambio Global sobre Religión en la Sociedad, una plataforma que reúne a la sociedad civil y las organizaciones religiosas involucradas en el diálogo interreligioso y la cohesión comunitaria.

<sup>(14)</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, disponible en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (consultado, 04/12/2022).

<sup>(15)</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights> (consultado, 04/12/2022).

<sup>(16)</sup> <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8284.pdf?view=1> (consultado, 04/12/2022).

ción de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>(17)</sup>.

Además, el mandato se rige por las resoluciones pertinentes del Consejo de Derechos Humanos, la Asamblea General y otros órganos de las Naciones Unidas, así como por la jurisprudencia pertinente de los órganos de tratados y las disposiciones del derecho internacional humanitario. El Relator Especial también tiene en cuenta los instrumentos de derechos humanos pertinentes y la jurisprudencia a nivel regional.

El relator especial sobre la libertad de religión o de creencias abordó en su informe las crecientes limitaciones a la libertad de expresión relacionadas con la religión o las creencias que adoptan la forma de leyes contra la incitación al odio<sup>(18)</sup>. Ahmed Shaheed explora la libertad de religión o de creencias y la libertad de expresión, como dos derechos estrechamente interrelacionados que se refuerzan mutuamente.

De hecho, la libertad de religión o de creencias tiene muchas dimensiones y se cruza con otros derechos humanos, pero al igual que se habla de discriminación, no se incluyen los delitos de odio entre las formas de negación y de hostilidad hacia las personas por razón de religión y de creencias.

En efecto, existen unas amplias dimensiones relacionadas con la libertad de religión o de creencias<sup>(19)</sup>, como las siguientes:

- Libertad de adoptar, cambiar o renunciar a una religión o creencia.
- La inmunidad de coacción.
- El derecho a manifestar la propia religión o creencia.
- La libertad de culto.
- Los lugares de culto.
- Los símbolos religiosos.
- La observación de los días festivos y de descanso con significado religioso.
- El nombramiento de clérigos.
- La enseñanza y difusión de materiales (incluida la actividad misionera).

<sup>(17)</sup> <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-religion-or-belief/international-standards> (consultado, 05/10/2022).

<sup>(18)</sup> A/HRC/40/58. Libertad de religión y de Creencias, 5 de marzo de 2019 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/060/31/PDF/G1906031.pdf?OpenElement> (consultado, 08/08/2022).

<sup>(19)</sup> A/76/380. Libertad de Religión y de Creencias, 5 de octubre de 2021. Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Ahmed Shaheed, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/274/93/PDF/N2127493.pdf?OpenElement> (consultado, 05/12/2022).

- El derecho de los padres a garantizar la educación religiosa y moral de sus hijos.
- El registro de entidades religiosas.
- La comunicación con los individuos y las comunidades sobre asuntos religiosos a nivel nacional e internacional.
- El establecimiento y mantenimiento de instituciones benéficas y humanitarias, así como solicitar y recibir financiación.
- La objeción de conciencia.

En su conexión con la discriminación puede darse como violación del derecho a la igualdad:

- Discriminación por motivos de religión o creencias/discriminación interreligiosa/tolerancia.
- Discriminación por la religión del Estado.

La violación de su ejercicio y la discriminación por razón de religión y de creencias suele tener unos grupos considerados más vulnerables que pueden sufrir discriminación y manipulación mental:

- Mujer.
- Personas privadas de libertad.
- Refugiados.
- Niños.
- Minorías.
- Trabajadores migrantes.

De la intersección de la libertad de religión o de creencias con otros derechos humanos encontramos las siguientes conexiones:

- Libertad de expresión, incluidas las cuestiones relacionadas con los conflictos religiosos, la intolerancia religiosa y el extremismo, que requiere la previa libertad de pensamiento.
- Derecho a la vida.
- Derecho a no ser privado de libertad.
- Prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes o penas crueles.

Al igual que se incluye la discriminación como el enemigo de la libertad de religión y de creencias, no se menciona al delito de odio ni al terrorismo.

Cuando hablamos de actos terroristas no siempre está implicado el delito de odio, pero suele estar perennemente presente el odio hacia las víctimas, con la intención humillar e incluso exterminar. También los que colaboran con el adiestramiento de autores u organizaciones terroristas, incitan

al odio y a la violencia. Sea cual sea el medio, Internet, redes sociales u otros, se produce una intimidación masiva a las víctimas, y una incitación a la realización de actos violentos que causan terror contra las personas por razón de su religión y de sus creencias, o por la falta de ellas, atentando contra sus vidas, sus lugares de culto, u otros espacios emblemáticos o sagrados.

## 2.2. La batalla contra los delitos de odio en el ámbito general europeo y extracomunitario

Dado que el odio nace en la mente del delincuente de los creyentes y los irreligiosos, el Plan de Acción de Rabat de la ONU subrayaba la responsabilidad colectiva de los funcionarios públicos, los líderes religiosos y comunitarios, los medios de comunicación y los individuos, y la necesidad de fomentar la conciencia social, la tolerancia, el respeto mutuo y el diálogo intercultural para prevenir la incitación al odio.

Resultan interesantes los informes del Relator Especial sobre la violencia cometida «en nombre de la religión» (A/HRC/28/66) y sobre la necesidad de hacer frente a las manifestaciones de odio religioso colectivo (A/HRC/25/58).

Y es que, en efecto, los incidentes relacionados con el discurso del odio, los estereotipos negativos y la apología del odio religioso o nacional han dado lugar a asesinatos de personas inocentes, ataques a lugares de culto y peticiones de represalias<sup>(20)</sup>. Este tipo de violencia también se dirige de forma desproporcionada a los disidentes religiosos, a los miembros de las minorías religiosas<sup>(21)</sup>, a los conversos o a los no creyentes.

No sólo los ciudadanos que odian preocupan a los expertos, la ideología estatal a modo de religión, hace que Heiner Bielefeld en uno de sus informes sobre la libertad de religión o de creencias durante su mandato como Relator Especial<sup>(22)</sup>, desarrollara como idea principal que la violencia en

<sup>(20)</sup> Vid, las leyes del odio religioso en el Reino Unido y su distinción con el odio racial: ERIC BARENDT, «Religious Hatred Laws: Protecting Groups or Belief?». *Res Publica*, 17(1), 2011, pp. 41-54.

<sup>(21)</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la persecución de las minorías por motivos de creencias o de religión (2021/2055(INI)). En el número 16 manifiesta lo siguiente: «Observa con preocupación que la mayoría de los delitos de odio por motivos religiosos y de creencias siguen sin denunciarse e impunes en todo el mundo; pide al Consejo, a la Comisión, al Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) y a los Estados miembros de la Unión que trabajen con terceros países para adoptar medidas con el fin de prevenir y luchar contra los delitos de odio, para adoptar medidas legislativas que respeten plenamente las normas internacionales en materia de libertad de expresión creencias y religión; pide, asimismo, a los Gobiernos que adopten un sistema exhaustivo de recopilación de datos sobre los delitos de odio y otros actos discriminatorios contra comunidades religiosas o de creencias», disponible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0137\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0137_ES.html) (consultado, 8/09/2022).

<sup>(22)</sup> A/HRC/28/66, disponible en [https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/28/66](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/28/66) (consultado, 18/04/2022).

nombre de la religión no debe malinterpretarse como un estallido «natural» de actos colectivos de agresión que supuestamente reflejan enfrentamientos sectarios existentes desde tiempos inmemoriales, sino que, por lo general, tiene su origen en factores y agentes contemporáneos, como las circunstancias políticas<sup>(23)</sup>.

En mayo de 2019, en la Estrategia y plan de acción de las Naciones Unidas contra el discurso de odio se puso de manifiesto que las redes sociales y otras formas de comunicación se están explotando como plataformas para el fanatismo, por lo que los prestadores de servicios de alojamiento de datos deben cooperar en la lucha contra el odio terrorista. Igualmente, el discurso público y político se está convirtiendo en una retórica incendiaria que estigmatiza y deshumaniza porque el discurso del odio es una amenaza para los valores democráticos, la estabilidad social y la paz.

La honda preocupación del aumento de este tipo de delitos en Europa provoca la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: *Una Europa más inclusiva y protectora: ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio*<sup>(24)</sup>. Comentaremos las ideas claves de esta Comunicación, dada su importancia.

El odio se está generalizando, y se dirige a personas o grupos de personas que comparten, o que se considera que comparten, «una característica común», como la raza, el origen étnico, la lengua, la religión, la nacionalidad, la edad, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género, las características sexuales o cualquier otra característica fundamental, o una combinación de tales características. Estas características son, en general, perceptibles para los demás y, por tanto, más fáciles de perseguir por los delincuentes, se refieren a un aspecto de la identidad de una persona que es inmutable o fundamental para el sentido de identidad de una persona, al tiempo que es un signo de identidad de grupo<sup>(25)</sup>.

La crisis de salud pública provocada por la pandemia de covid-19 exacerbó la sensación de inseguridad, aislamiento y miedo, creando una atmósfera en la que la incitación al odio ha prosperado<sup>(26)</sup>. La propia pandemia ha

<sup>(23)</sup> Las relaciones entre Estado y Religión se estudian en el informe de la Asamblea A/HRC/37/49: Las relaciones entre el Estado y la religión y su impacto en la libertad de religión o de creencias, disponible en <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-religion-or-belief/annual-reports#:~:text=la%20seguridad%20nacional-,A/HRC/37/49,-Ver%20p%C3%A1gina%20del> (11/09/2022).

<sup>(24)</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0777&from=EN> (consultado, 11/09/2022); sobre el tema de la incitación a la discriminación, a la hostilidad y al violencia: J. Temperman, (2015). *Religious Hatred and International Law: The Prohibition of Incitement to Violence or Discrimination* (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge University Press. Doi: 10.1017/CBO9781316440513. R. A. WILSON, *Incitement on trial: prosecuting international speech crimes*, Cambridge University Press, 2017 y 2022.

<sup>(25)</sup> OIDDH de la OSCE: *Hate Crime Laws A Practical Guide*, disponible en <https://www.osce.org/odihr/36426> (consultado, 15/08/2022).

<sup>(26)</sup> AAVV. *Covid-19 y libertad religiosa*. MARTÍNEZ-TORRÓN, JAVIER Y RODRIGO LARA, BELÉN (coord.), Iustel, Madrid, 2021; AAVV. *El impacto del Covid-19 en la libertad de conciencia y religiosa*. CONTRERAS MAZARÍO, JOSÉ M.<sup>a</sup> (dir.), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

sido utilizada por diversos movimientos ideológicos extremistas para dirigirse a poblaciones específicas (por diversos motivos, como la nacionalidad, la religión, la raza, el sexo, la orientación sexual, el color e incluso la edad), lo que también ha dado lugar a delitos de odio<sup>(27)</sup>.

En efecto, la pandemia ha creado un ambiente en el que ha prosperado la incitación al odio, convirtiéndose en un «tsunami de odio y xenofobia», según se advirtió en el llamamiento mundial del secretario general de las Naciones Unidas para abordar y luchar contra el discurso de odio vinculado a la pandemia de covid-19, en Nueva York, 8 de mayo de 2020, y a través de webinarios organizados por la UNESCO<sup>(28)</sup>.

La Comisión pretende presentar una ampliación de la lista de ámbitos delictivos de la UE para incluir la incitación al odio y los delitos de odio porque el odio no tiene cabida en la UE, de modo debe combatirse con todos los medios disponibles, incluido a través del Derecho penal. Esta propuesta ya se había realizado en el informe de la Comisión de Venecia (2008), donde se manifestaba especial preocupación por la incitación al odio religioso, ya que examinada la legislación europea sobre blasfemia, insultos e incitación al odio religioso, concluye que la incitación debería ser objeto de sanciones penales, especialmente si hay intencionalidad o imprudencia.

Esta iniciativa forma parte de un conjunto más amplio de acciones de la UE para luchar contra la incitación ilegal al odio y las ideologías extremistas violentas y el terrorismo en línea, incluido el *Código de Conducta para la Lucha contra la Incitación Ilegal al Odio en Internet* de la UE, el Reglamento sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea 16 y el Foro de la UE sobre Internet<sup>(29)</sup>.

La incitación al odio y los delitos de odio son delitos especialmente graves debido a sus efectos perjudiciales en las personas y en la sociedad en general, que socavan los cimientos de la UE. La incitación al odio y los delitos de odio son contrarios a los valores comunes y los derechos fundamentales de la UE consagrados en los artículos 2 y 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), así como en la Carta.

<sup>(27)</sup> Naciones Unidas: *Guidance Note on Addressing and Countering Covid-19 related Hate Speech* [Nota orientativa para abordar y combatir la incitación al odio relacionada con la Covid-19, documento en inglés], 11 de mayo de 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0777&from=EN#footnote8> (consultado, 14/11/2022).

<sup>(28)</sup> Con fecha de 5 de junio de 2020. UNESCO organizó un webinar: *The Covid-19 pandemic of disinformation and hate speech: How can education and digital citizenship help?*. The webinar explored how education can support young people in navigating the online world in relation to civic engagement. 15 May 2020.

The special rapporteur on Freedom of Religion and Belief in an interview (<https://www.youtube.com/watch?v=cClKn5VzIjNs>) on *Why do hatred and antisemitism spike during crises?* with UNESCO talked about the reasons for which underlying and unchecked hatred and intolerance flare up in times of stress. The Special Rapporteur said education, including social and emotional skills, can counter hate speech. UNESCO and OSAPG have brought world experts together to define hate speech and prepare for a global education ministers' conference later in 2020».

<sup>(29)</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80627> (consultado 16/07/2022).



El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) ha reconocido sistemáticamente en la jurisprudencia la especial gravedad de dicha conducta, habida cuenta de su impacto en los valores y los derechos fundamentales. El TEDH sostuvo que, cuando los actos constitutivos de delitos graves se dirigen contra la integridad física o psíquica de una persona, solo unos mecanismos de Derecho penal eficientes pueden garantizar una protección adecuada y servir de factor disuasorio. El TEDH consideró, en particular, que se requieren medidas de Derecho penal en relación con las agresiones verbales directas y las amenazas físicas motivadas por actitudes discriminatorias<sup>(30)</sup>.

Reconociendo que la tolerancia y la igualdad de dignidad de todos los seres humanos constituyen los cimientos de una sociedad democrática y pluralista, el TEDH consideró que puede ser necesario en «sociedades democráticas sancionar o incluso prohibir todas las formas de expresión que extiendan, fomenten o justifiquen el odio basado en la intolerancia»<sup>(31)</sup>. Por estas razones, el TEDH ha reconocido reiteradamente en la jurisprudencia que el derecho a la libertad de expresión no impide las respuestas del Derecho penal a determinadas formas de incitación al odio<sup>(32)</sup>.

En resumen, aumentan los delitos en Europa por antisemitismo e islamofobia, así que solo un enfoque común de la tipificación penal de la incitación al odio y los delitos de odio a nivel de la UE puede garantizar una protección coherente de las víctimas de tales actos en toda la Unión Europea<sup>(33)</sup>.

### **3. PLANES Y ACCIONES LEGISLATIVAS ESPAÑOLAS SOBRE DELITOS DE ODIO, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN UN MARCO INTERNACIONAL**

En España se suele tener en cuenta la definición de «delitos de odio» que la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) proporciona:

[...] toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, dónde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o perci-

---

<sup>(30)</sup> TEDH, sentencia de 14.12.2020, Beizaras y Levickas/Lituania, apartado 111 y jurisprudencia citada, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-213696&filename=CASE%20OF%20BEIZARAS%20AND%20LEVICKAS%20v.%20LITHUANIA%20-%20%5BSpanish%20Translation%5D%20by%20the%20Spanish%20Ministry%20of%20Justice.pdf> (consultado, 8/12/2022).

<sup>(31)</sup> TEDH, Caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros vs. Turquía (disolución de partidos políticos).

<sup>(32)</sup> TEDH, decisión de 24.6.2003, Garaudy/Francia, apartado 1; decisión de 13.11.2003, Gündüz/Turquía, apartado 37; decisión de 16.11.2004, Norwood/Reino Unido; sentencia de 10.7.2008, Soulas y otros/Francia, apartado 47; sentencia de 9.2.2012, Vejdeland y otros/Suecia, apartado 59.

<sup>(33)</sup> Disponible en [https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/Delitos-de-odio/descargas/Informe-de-la-encuesta-sobre-delitos-de-odio\\_2021.pdf](https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/Delitos-de-odio/descargas/Informe-de-la-encuesta-sobre-delitos-de-odio_2021.pdf) (08/08/2022).

vida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Un ‘grupo’ se basa en una característica común de entre sus miembros, real o percibida, como su raza, origen nacional o étnico, lengua, color de la piel, religión, edad, discapacidad, orientación sexual u otro factor similar.

Por tanto, de nuevo se erige como el principal elemento motivador el «prejuicio», lo que distingue a los delitos de odio de otros hechos ilícitos. Además, esta característica los convierte en conductas radicales que preocupan especialmente a las organizaciones internacionales, autoridades nacionales y a la sociedad en particular.

En realidad, la OSCE<sup>(34)</sup> tiene una guía práctica sobre delitos de odio<sup>(35)</sup>, que ofrece pautas a los Estados, también se publica una guía para prevenir y responder ante estos delitos<sup>(36)</sup>, e igualmente tiene una guía para su persecución<sup>(37)</sup>; sin embargo, esto debe adaptarse a la legislación de cada Estado, su cultura jurídica y las peculiaridades de su sociedad. En nuestro ordenamiento muchos de los tipos penales que normalmente se consideran «delitos de odio» (como los artículos 22.4ª CP o 510 CP), exigen para su aplicación que el hecho se cometa por «motivos» discriminatorios, de modo que se agravaría la conducta por la mayor culpabilidad del sujeto al obrar por tal móvil<sup>(38)</sup>, siempre que esos motivos se conviertan en efectos. En algunos casos, se trata de odio hacia un colectivo por su identidad, y se comete el delito mediante discursos y mensajes, incitando a la violencia y discriminación por razón de su identidad, pero en otros se pasa a la acción, en todo caso se exige los efectos, aunque alguna sentencia aprecia simplemente la discriminación en potencia.

El perfil de los acusados españoles está caracterizado por ser preferentemente mayores de edad y hombres. Los extranjeros están más presentes en los casos de odio por motivos de origen racial, de género, orientación sexual, *religión* y discapacidad, y más de la mitad actúan en grupo.

Cualquier actuación en España está en conexión con el Derecho internacional, cuya normativa se convierte en principios tanto inspiradores como rectores. España lleva sólo una década luchando contra los delitos de odio, por lo que se ha ocupado más de la discriminación basándose en la igualdad de las personas, que de los delitos de odio por razón de religión y de creencias como categoría penal, justificándose en que estos delitos atacan contra la igualdad, pero desde

<sup>(34)</sup> J. M. CONTRERAS MAZARÍO. «Discursos (delitos) de odio en la OSCE», en *El tratamiento normativo del discurso del odio*. José María Contreras Mazarío (coord.), Raúl Sánchez Gómez (dir.), 2021, pp. 15-40.

<sup>(35)</sup> <https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf> (consultado, 5/05/2018).

<sup>(36)</sup> <https://www.osce.org/files/f/documents/8/a/39821.pdf> (consultado, 5/03/2018).

<sup>(37)</sup> <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/ProsecutingHateCrimes.pdf> (consultado, 10/04/2018).

<sup>(38)</sup> G. RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentario al artículo 22.4ª CP, en *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 138; J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «La agravante por discriminación», en *Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Civitas, 2011, pp. 51-64.

mi punto de vista, también está en estrecha conexión con el artículo 16.1 de la Constitución Española que protege derechos fundamentales y deberes de los ciudadanos, al garantizar «la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Así que veamos el enfoque internacional sobre la discriminación.

De esta manera, la *Declaración de la Asamblea General de 1981* reza de esta manera:

Art. 2 (1): «Nadie será objeto de discriminación por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o persona por motivos de religión u otras creencias.» Art. 3: «La discriminación entre seres humanos por motivos de religión o de convicciones constituye una afrenta a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y será condenada como una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados en detalle en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre naciones.» Art. 4 (1): «Todos los Estados adoptarán medidas eficaces para prevenir y eliminar la discriminación por motivos de religión o de convicciones en el reconocimiento, el ejercicio y el disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural.» Art. 4 (2): «Todos los Estados se esforzarán por promulgar o derogar leyes, cuando sea necesario, para prohibir toda discriminación de esa índole, y por adoptar todas las medidas apropiadas para combatir la intolerancia por motivos de religión u otras creencias en esta materia».

La *Resolución 2005/40 de la Comisión de Derechos Humanos* se expresa sobre la lucha contra la discriminación, avanzando más para impeler tanto a agentes públicos y a educadores para promover el respeto y evitar la discriminación en espacios donde conviven personas de identidad diversa:

4 (g): «La Comisión de Derechos Humanos insta a los Estados a que «garanticen que todos los funcionarios y empleados públicos, incluidos los miembros de los órganos encargados de hacer cumplir la ley, los militares y los educadores, en el desempeño de sus funciones oficiales, respeten las diferentes religiones y creencias y no discriminen por motivos de religión o de creencias, y que se imparta toda la educación o formación necesaria y apropiada».

7: La Comisión de Derechos Humanos «Expresa su preocupación por la persistencia de la intolerancia social institucionalizada y la dis-

criminación practicada en nombre de la religión o las creencias contra muchas comunidades».

8: La Comisión de Derechos Humanos insta a los Estados a que intensifiquen sus esfuerzos para eliminar la intolerancia y la discriminación basadas en la religión o las creencias, especialmente mediante: «(a) Adoptando todas las medidas necesarias y apropiadas, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, para combatir el odio, la intolerancia y los actos de violencia, la intimidación y la coacción motivados por la intolerancia basada en la religión o las creencias, prestando especial atención a las minorías religiosas, y dedicando también especial atención a las prácticas que violan los derechos humanos de la mujer y discriminan contra ella, incluso en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencias; (b) Promover y alentar, mediante la educación y otros medios, la comprensión, la tolerancia y el respeto en todas las cuestiones relacionadas con la libertad de religión o de creencias; (c) Hacer todos los esfuerzos apropiados para alentar a quienes se dedican a la enseñanza a cultivar el respeto por todas las religiones o creencias, promoviendo así la comprensión mutua y la tolerancia».

9: La Comisión de Derechos Humanos «Reconoce que el ejercicio de la tolerancia y la no discriminación por parte de todos los agentes de la sociedad es necesario para la plena realización de los objetivos de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, e invita a los Gobiernos, a los órganos religiosos y a la sociedad civil a que sigan dialogando a todos los niveles para promover una mayor tolerancia, respeto y comprensión».

10: La Comisión de Derechos Humanos «Subraya la importancia de un diálogo continuo y reforzado entre las religiones o creencias y dentro de ellas, englobado en el diálogo entre civilizaciones, para promover una mayor tolerancia, respeto y comprensión mutua».

*La Observación general 22 del Comité de Derechos Humanos* se preocupa por las minorías religiosas que por no ser de honda tradición pueden sentir hostilidad por parte de otras comunidades religiosas más predominantes y de mayor arraigo:

Párrafo. 2: «Por consiguiente, el Comité ve con preocupación toda tendencia a discriminar a cualquier religión o creencia por cualquier motivo, incluido el hecho de que sean de reciente creación, o represen-

ten minorías religiosas que puedan ser objeto de hostilidad por parte de una comunidad religiosa predominante».

La *ley española de igualdad, 15/2002*, nos advierte que se había compe- lido a España desde la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia en un informe de 2018<sup>(39)</sup>, para que las autoridades españolas desarrollaran en la máxima brevedad posible una legislación general contra la discriminación. Se toma también como impulso que el Parlamento Europeo haya señalado la necesidad de intensificar la lucha contra todo tipo de discriminación, odio e intolerancia, de modo que esta ley constituye un derecho antidiscriminatorio específico para el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación.

La ley persigue prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas, de ahí que sea una ley de garantías, integral por aglutinar muchos motivos de discriminación y considerarse que es una cláusula abierta, se caracteriza como general frente a leyes sectoriales, y es de accesibilidad universal.

Se constituye una autoridad independiente para la igualdad de trato y la no discriminación, desde la que se persiguen los objetivos de la ley en distintos ámbitos<sup>(40)</sup>, pero sólo se menciona la incitación al odio religioso en el de los medios de comunicación e Internet, y del odio e incidentes de odio en general en todos los ámbitos. La conexión más directa se aprecia cuando se dice que la tipología de discriminación en España se elaborará en coherencia con el informe anual de delitos de odio que emite el Ministerio del Interior; y, en las funciones del Ministerio Fiscal, donde hay una referencia específica en el Artículo 32. 1. «Las secciones especializadas en delitos de odio y discriminación de las fiscalías provinciales promoverán y coordinarán, en su ámbito respectivo, las actuaciones penales dirigidas a la investigación y persecución de comportamientos discriminatorios».

No me quedo sola con esta crítica sobre el tratamiento legal de los delitos de odio en esta Ley integral 15/2022, de 12 de julio<sup>(41)</sup>, para la igualdad de trato y la no discriminación, ya que no son pocos los que promueven una ley integral contra los delitos de odio como se hace desde el movimiento contra la intolerancia, y se defiende desde 2020 que el delito de odio no

<sup>(39)</sup> <https://rm.coe.int/fifth-report-on-spain-spanish-translation-/16808b56cb> (consultado, 02/9/2022).

<sup>(40)</sup> En el ámbito del empleo, de la negociación colectiva; en el trabajo por cuenta propia; en las organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico; en la educación; en la educación no formal; en la atención sanitaria; en la prestación de servicios sociales; en la oferta al público de bienes y servicios; en la seguridad ciudadana; en la administración de justicia; en el acceso a la vivienda; en establecimientos o espacios abiertos al público; en medios de comunicación social, publicidad, internet y redes sociales; en inteligencia artificial y mecanismos de decisión automatizadas; y, en actividades culturales y deportivas (Título I, Capítulo II).

<sup>(41)</sup> Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2022/07/13/pdfs/BOE-A-2022-11589.pdf> (25/08/2022).

debe ser tratado como discriminación, sino que ésta se produce por el delito de odio:

El delito de odio no se debe confundir con discriminación. El tratamiento de la discriminación se sitúa, esencialmente en el orden civil, social y administrativo, y contempla diferencias jurídicas con el orden penal donde no es posible la inversión de la carga de la prueba planteada en las Directivas europeas. Estas directivas y la Decisión Marco de Derecho Penal lo distinguen claramente, señalando el odio y la violencia como elementos diferenciados de la discriminación. No obstante nuestro CP, como otros países confusos, incorpora determinadas discriminaciones como delito que por tanto serían a su vez delito de odio, lo que facilita cometer la confusión y el error de identificar delito de odio y discriminación, en contradicción con las directivas, no teniendo en cuenta el principio de causalidad y planteando que el delito de odio está causado o motivado por la discriminación. No es así, la discriminación es otra consecuencia-efecto, otra conducta de intolerancia, como también son, estén tipificadas o no, entre otras, la estigmatización, la segregación, la marginación, el hostigamiento, el homicidio e incluso, los crímenes de lesa humanidad. Las directivas son muy explícitas y definen discriminación, como: «toda aquella acción u omisión por la que una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable y cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. Es decir, se refiere a la negación del principio de igualdad ante la ley, igualdad de trato o igualdad de oportunidades, lo que es diferente a la naturaleza del delito de odio que refiere a la protección de la igual dignidad y valor de la persona y universalidad de los derechos humanos.»<sup>(42)</sup>

La OSCE, el Consejo de Europa, la Unión Europea y el Parlamento Europeo sí se han ocupado más directamente de los delitos de odio contra las personas en su relación con la libertad de religión o de creencias en cuanto su reconocimiento tiene como fundamento la dignidad de la persona. Todos estos órganos consideran asimismo que la lucha contra los delitos de odio debe hacerse con el auxilio del Derecho penal, lo que incluye a las Fuerzas del Orden Público.

---

<sup>(42)</sup> E. IBARRA y Movimiento contra la Intolerancia. «Para una Criminología de los Delitos de Odio». *Cuadernos de Análisis*, 69, 2020, pp. 10-11, disponible en <http://www.informeraxen.es/wp-content/uploads/2020/04/69-CRIMINOLOGIA-DEL-ODIO.pdf> (consultado, 28/11/2022).

El Gobierno español adquirió el compromiso de hacer frente a toda la problemática relacionada con los delitos de odio a través de todas las herramientas a su alcance y una fundamental, la formación conjunta de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el Estado para mejorar su eficacia en la prevención e investigación de estos delitos. Comprobemos que los Planes de Acción en España son muy ambiciosos.

Ya han transcurrido tres años desde la aprobación del Primer Plan de Acción contra los delitos de odio, del que derivan la mayoría de las medidas que se han ido implementando en este ámbito en los últimos años y que desde organismos internacionales y europeos, como la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODHIR) de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la propia Comisión Europea, han sido valoradas muy positivamente, hasta el punto de poner a España como referente y ejemplo de buenas prácticas en la lucha contra los delitos de odio».

Este primer plan vigente hasta 2021 dio lugar a la participación en talleres, jornadas de formación y seminarios, a colaborar con la OSCE y con la FRA, así como a la colaboración en el desarrollo del Protocolo para combatir el *Discurso de Odio Ilegal en Línea*.

Sin embargo, la eficacia no alcanza las metas perseguidas porque se constata que hay pocos casos de delitos de odio por razón de religión y de creencias debido a que la denuncia de estos casos de violencia y discriminación no es muy común.

El «II Plan de Acción de la lucha contra los delitos de odio (2022-2024)»<sup>(43)</sup> se ha puesto en marcha el pasado mes de abril de 2022, y para su redacción también se ha contado con la participación y aportaciones de los cuerpos policiales estatales y autonómicos, de la Fiscalía especializada y del tercer sector, tratando de recoger y mejorar las experiencias puestas en marcha frente a los delitos de odio y las diferentes conductas discriminatorias, para recoger nuevos objetivos y buenas prácticas.

El ministro del Interior expresa que:

[...] con la expresión delitos de odio nos referimos a aquellos delitos de prejuicio cometidos contra una determinada persona por poseer o presentar ciertas características, reales o percibidas, recogidos en nuestra normativa y que no solo atacan a la propia víctima del hecho delictivo, sino que también buscan influir en el conjunto del colectivo con el que la víctima se identifica, generando sentimientos de miedo e

---

<sup>(43)</sup> Disponible en [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2022/120422\\_II\\_Plan\\_Accion\\_contra\\_delitos\\_odio.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2022/120422_II_Plan_Accion_contra_delitos_odio.pdf) (consultado, 31/05/2022).

inseguridad y que, a su vez, amenazan de forma directa la seguridad y la propia convivencia de la sociedad en general<sup>(44)</sup>.

El Plan hace descansar la implementación de medidas en la Oficina Nacional de Lucha Contra los Delitos de Odio (ONDOD), consta de 86 medidas concretas para prevenir, detectar, investigar y atajar los delitos de odio. La víctima del delito de odio es el eje prioritario de las ocho líneas de acción que articulan el plan buscando mejorar la asistencia y apoyo a las víctimas. Se trabaja para mejorar la calidad de atención, asistencia y apoyo que reciben; potenciar la prevención de cualquier delito de odio y lograr una respuesta policial efectiva.

Entre esas medidas destaca la creación de grupos específicos especializados en la lucha contra los delitos de odio dentro de la Comisaría General de Información y las Brigadas Provinciales de Información de la Policía Nacional, así como en la Jefatura de Información de la Guardia Civil y sus unidades periféricas.

Se pone en marcha la realización de la edición semestral de un *Boletín de información* sobre esta problemática, al objeto de refundir diferentes noticias, novedades o jurisprudencia referente a los delitos de odio que sea de interés para los interlocutores sociales. También se elaborará y publicará un informe anual.

Se comprometen a establecer unos indicadores de riesgos, y a elaborar un formulario de las necesidades de las víctimas y de su satisfacción en el trato recibido.

Con el fin de incentivar las denuncias, se pueden poner «quejas» a través de la Oficina Nacional de Garantía de los Derechos Humanos (ONGADH), que tendrán como respuesta un tratamiento penal y/o disciplinario de los hechos. También se les advierte del riesgo de *cyberbullying*, si se publican fotos y datos personales de las víctimas, especialmente si son menores. Asimismo y, con el mismo objetivo, se impulsa la difusión de la aplicación gratuita «ALERTCOPS»<sup>(45)</sup> y del botón específico de delitos de odio<sup>(46)</sup>, para que las víctimas puedan ser asistidas y asesoradas sobre esta problemática, una vez comunicado el hecho. Ahora bien, se impulsa igualmente el conocimiento de procedimientos para las denuncias correspondientes.

Dado que se intenta la integración, el respeto y el diálogo, no se pretende simplemente reparar mediante el castigo como una pena privativa de libertad, sino reparar mediando. Se promueve que por parte de instituciones

<sup>(44)</sup> Presentación del Ministro del Interior, Fernando Grande-Marlaska Gómez, disponible en [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2022/120422\\_II\\_Plan\\_Accion\\_contra\\_delitos\\_odio.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2022/120422_II_Plan_Accion_contra_delitos_odio.pdf) (consultado, 31/05/2022).

<sup>(45)</sup> *Vid.*, disponible en [https://www.policia.es/miscelanea/participacion\\_ciudadana/diptico\\_alertcops\\_sp.pdf](https://www.policia.es/miscelanea/participacion_ciudadana/diptico_alertcops_sp.pdf) (consultado, 05/12/2022).

<sup>(46)</sup> Con ese nuevo botón creado en la página principal de la app, los usuarios ya podremos denunciar en tiempo real todos aquellos delitos de odio a los que podamos estar asistiendo.



y/o entidades públicas y/o privadas, además de las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se utilicen procedimientos y técnicas de mediación en delitos de odio dentro del ámbito familiar o vecinal, que no constituyan delito grave, analizando cada caso concreto y siempre que las partes lo acepten. Igualmente se realizan actuaciones dentro del Plan Director para la convivencia y la mejora de la seguridad en los centros educativos y sus entornos, al objeto que los niños y jóvenes tengan una mayor formación y educación en respeto, convivencia y valores.

Se impulsa, en el ámbito del discurso de odio, la realización de un «Referral Action Days»<sup>(47)</sup>, coordinado desde la Oficina Nacional de Lucha Contra los Delitos de Odio con los diferentes cuerpos policiales y el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO), al objeto de reportar a los prestadores de servicios en línea, posibles discursos del odio para su retirada y, en su caso, investigación.

Todas estas líneas de actuación requieren la actualización del *Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación*<sup>(48)</sup>, así como la *Guía de Buenas prácticas para la denuncia*<sup>(49)</sup>.

Este plan pretende el estudio continuado de este tema, como la correlación entre el discurso de odio en línea y los delitos de odio en el mundo físico. Además, se necesita un buen estudio fomentando las reformas legislativas, por lo que se requiere la colaboración con las universidades para promover grupos de investigación.

Como España actúa dentro de una red legislativa internacional, lo hace siempre dentro de lo establecido en el *Código de Conducta para contrarrestar el discurso de odio en línea*, recogido por la Decisión Marco 2008/913/JAI de la Comisión Europea<sup>(50)</sup>, que se menciona insistentemente en la ya citada Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: una Europa más inclusiva y protectora: ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio<sup>(51)</sup>.

<sup>(47)</sup> Iniciativa europea que se traslada a España, disponible en <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/1st-referral-action-day-against-right-wing-terrorist-online-propaganda> (consultado, 7/09/2022).

<sup>(48)</sup> Disponible en [https://www.policia.es/miscelanea/participacion\\_ciudadana/normativa/Protocolo\\_actuacion\\_delitos\\_odio\\_07-2020.pdf](https://www.policia.es/miscelanea/participacion_ciudadana/normativa/Protocolo_actuacion_delitos_odio_07-2020.pdf) (consultado, 7/09/2022).

<sup>(49)</sup> Disponible en <http://www.infocoponline.es/pdf/BUENAS-PRACTICAS-DELITOS-ODIO.pdf> (consultado, 7/09/2022).

<sup>(50)</sup> Disponible en [https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en) (consultado, 11/09/2022).

<sup>(51)</sup> Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0777&from=EN> (consultado, 10/09/2022).

#### 4. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

##### 4.1. **Para una protección certera de los creyentes en el ejercicio de su libertad de religión y de creencias frente al odio, se requiere el respeto por el Estado de la fe de sus ciudadanos**

Habermas, quien al pensar se define como indiferente, «sin oído musical para la religión», insistió en la necesidad de contar con la fe para sostener la debilitada vitalidad de la conciencia democrática. Y, es que no se debe propiciar una separación hostil entre el Estado y la religión, se recomienda una relación moderada y neutral, que la *longa manus* de la laicidad positiva y negativa, haga factible la visibilidad del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas.

Habría entonces que preguntarse por las herramientas de compromiso por parte de la sociedad y del Estado: donde está la potenciación del diálogo entre lo secular y lo sacro; dónde está el compromiso por la paz y de no sacralizar la violencia de palabra o de imágenes en sus múltiples vehículos de transmisión; dónde está la creación de redes de solidaridad y trabajo por un orden internacional justo donde los emigrantes o simplemente los diferentes se puedan acomodar sin tensiones ni mofas ni burlas; dónde está la práctica de la tolerancia y del diálogo fuera del papel de los pactos con algunas religiones; dónde está el compromiso de defensa de la vida y también de la naturaleza; dónde está el respeto por la libertad religiosa, tanto como se respeta el ateísmo y sus razones; dónde está la respuesta a los grandes interrogantes conciliando libertad y razón; dónde está el ejercicio de una función terapéutica en la curación de los conflictos entre conciencia y ley de los ciudadanos y fieles; dónde está la promoción del sentido de la alteridad y la diferencia cuando se trata de culturas alternativas; dónde está la adopción de una actitud de autocrítica, para no caer en la autocomplacencia política; y dónde está el deber de no sacralizar ideologías estatales.

El Estado tiene grandes retos, como hemos visto. La educación es una de las herramientas que ayuda a formar la personalidad y evitar conductas criminales, también la educación moldea la parte sociable del menor, y le hace madurar su sentido de la alteridad. El acoso escolar, el *bullying*, y el ciberacoso de menores son indicadores de una educación deficiente; las convicciones pueden ser motivo para cometer un crimen o ser víctimas del odio ya en la más tierna infancia.

#### 4.2. **La intrínseca relación entre los delitos de odio con la desigualdad y la discriminación**

Los delitos de odio provocan desigualdad y discriminación. Sin embargo, en España se considera a la igualdad y no discriminación como un gran árbol, siendo el tratamiento legislativo para la prevención, erradicación y reparación del delito de odio una de sus ramas.

Sea cual sea el enfoque, el delito de odio es un espejo cóncavo y, sobre todo, convexo en el que los creyentes se ven deformes cuando se viola su libertad religiosa y de creyentes mediante actos de hostilidad y de odio, se incita al odio religioso o se practica la apología del odio. El delito de odio está frente a la libertad de religión y de creencias porque es su enemigo, su imagen deformada y esperpéntica.

#### 4.3. **Se aprecia la necesidad de gestionar mejor el uso de las redes y de prevenir los delitos de odio mediante el cambio de la cultura a través de la educación**

Las redes crecieron hasta convertirse en las plazas públicas más grandes que existen en la sociedad actual. Campos expresa que:

Fuera de las naciones y las religiones no hay ningún otro espacio que articule simultáneamente a tantos millones de personas. Las redes se convirtieron en uno de los espacios más importantes para sus usuarios que vieron cómo esas herramientas –que parecían tan inocentes, únicamente nacidas para la diversión– se iban convirtiendo en otras cosas. Por ejemplo, en grandes plataformas para hacerse escuchar. Por eso, pronto las redes se convirtieron en herramientas que empoderan a quienes las usan... Sin duda en este proceso ha habido ganancias y pérdidas<sup>(52)</sup>.

Se hacen linchamientos tuiteros, una especie de ajuste de cuentas, y el autor pone de manifiesto que:

No obstante, con mucha frecuencia son personas aisladas las que reciben esas andanadas. Y, como ya hemos comentado antes, las lesiones afectivas y psicológicas pueden ser profundas, permanentes y, en

---

<sup>(52)</sup> M. CAMPOS. «Las redes frente al espejo». En *Ciber Odio – Hate Speech Online? Menajes de odio y discriminación en las redes sociales*, septiembre de 2015. SEGOB, México, p. 13, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/316090908\\_Ciber\\_odioHate\\_speech\\_online?enrichId=rgreq-a39dee4edfec373b99108778594dcf73-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzMxNjA5MDkwODtBUzo0ODI3NjI4Nzc2MDc5MzZAMTQ5MjExMTA0NzZmNA%3D%3D&el=1\\_x\\_2&\\_esc=publicationCoverPdf](https://www.researchgate.net/publication/316090908_Ciber_odioHate_speech_online?enrichId=rgreq-a39dee4edfec373b99108778594dcf73-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzMxNjA5MDkwODtBUzo0ODI3NjI4Nzc2MDc5MzZAMTQ5MjExMTA0NzZmNA%3D%3D&el=1_x_2&_esc=publicationCoverPdf) (1/12/2022)

casos extremos, llevar hasta la muerte. El motor de estas conductas puede ser el odio, la discriminación, la creación de estigmas para una persona o grupo<sup>(53)</sup>.

Sin embargo, ni Google, ni Facebook, ni Twitter pueden convertirse en censores limitando la libertad de expresión, ni el castigo desde la justicia penal es la única solución ideal, si lo que reflejan las redes es lo que la sociedad sienta y piensa, se debe cambiar al usuario, a la sociedad, y es la educación la mejor herramienta para hacerlo.

Martha Ramos nos dice que, a su entender, «las redes sociales son una especie de lupa que permitiría observar cómo empiezan a generarse conflictos que podrían terminar en enfrentamientos sociales, guerras civiles o aún más, genocidios»<sup>(54)</sup>, lo que nos ayuda a saber orientar la educación. Pone en valor la contundencia de lo escrito, por lo que en muchas guerras se han quemado los libros, de ahí que propone: «Hay que revalorar la fuerza que tiene la palabra escrita, hay que ver los riesgos que genera, los puentes que establece, lo bueno y lo malo, y concientizar, educar y orientar»<sup>(55)</sup>. Lo escrito no sólo es visible, sino que es permanente, su orientación se contagia y suele provocar el mimetismo, dada la magnificación mediática. Se debe educar y cambiar la cultura del rechazo, como advierte de Dios Corona: «El discurso del odio se inscribe en la violencia cultural, aquella que entretrejida con la estructural causa discriminación, y a las que se suma la violencia directa, la física. Enhebradas entre ellas, una acompaña a las otras. Una tríada con una arista invisible, como es la violencia cultural»<sup>(56)</sup>. Quizá por este motivo, los objetivos políticos y legales de la igualdad y no discriminación han llegado a ser un proyecto de transformación cultural de áreas llave como la educación y el empleo, así como en la esfera pública en general<sup>(57)</sup>.

#### 4.4. Se crean ficticios delitos de odio para manipular y cambiar los contenidos del pensamiento

La protección de la libertad de pensamiento debe extenderse a la libertad de expresión respetuosa, sin la coacción desde el pensamiento social masivo, que te califica de *hater* si te apartas del pensamiento de masa, sobre todo, si hay una religión o creencias que fundamenta tu pensamiento crítico. Las influencias sociales ordinarias son inevitables, como la persuasión, sin

<sup>(53)</sup> *Idem*, pp. 14 y 17.

<sup>(54)</sup> M. RAMOS. «¡Son las palabras!», en *Ciber Odio – Hate Speech Online?*, ob. cit., p. 28.

<sup>(55)</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>(56)</sup> S. RENÉ DE DIOS CORONA. Miedos, afectos y odios en las redes sociales. *Ibidem*, p. 67.

<sup>(57)</sup> En este sentido, sobre el Reino Unido, M. MALIK. «Religious freedom, free speech and equality: conflict or cohesion?» *Res Publica*, 17(1), 2011, p. 25.

considerarse injerencias inaceptables, y la relatora sobre la libertad de opinión y de expresión observa que «en realidad los seres humanos nos vemos constantemente influidos en nuestro pensamiento [...] por otros»<sup>(58)</sup>. Sin embargo, a mi modo de ver, aunque un aspecto de esa influencia puede moldear nuestro pensamiento crítico mediante un proceso consciente y no coaccionado<sup>(59)</sup>, también se puede oprimir el pensamiento propio y crítico, coaccionarlo considerando inaceptable no pensar como la mayoría y, aunque no sea un delito tipificado, se produce un linchamiento social que te convierte en un *hater* por los *haters*<sup>(60)</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Covid-19 y libertad religiosa*. Martínez-Torrón, Javier y Rodrigo Lara, Belén (coord.), Iustel, Madrid, 2021.
- AA.VV. *El impacto del Covid-19 en la libertad de conciencia y religiosa*. Contreras Mazarío, José M.<sup>a</sup> (dir.), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- BARENDT, E. «Religious Hatred Laws: Protecting Groups or Belief?», *Res Publica*, 17(1), 2011.
- BRIONES MARTÍNEZ, I.M. *El delito de odio por razón de religión y de creencias*, Editorial Thomson Reuters. ARANZADI, 2018.
- CAMPOS, M. «Las redes frente al espejo», en *Ciber Odio – Hate Speech Online? Mensajes de odio y discriminación en las redes sociales*, septiembre de 2015. SEGOB, México.
- CAÑAMARES, S. *Igualdad religiosa en las relaciones laborales*. Aranzadi, Pamplona, 2018.
- CONTRERAS MAZARÍO, J. M. «Discursos (delitos) de odio en la OSCE», en *El tratamiento normativo del discurso del odio*, José María Contreras Mazarío (coord.) y Raúl Sánchez Gómez (dir.), 2021.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. «La agravante por discriminación», en *Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Civitas, 2011.
- FERRARI, S. «Who need Freedom of Religion?», en *The confluence of Law and Religion. Interdisciplinary Reflections on the Work of Norman Doe*. Cambridge University Press, 2016.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. «El terrorismo integrista como desastre humanitario y los modos de afrontarlo según el derecho de la Unión Europea», en *A emergência do direito dos desastres na sociedade de risco globalizada*, 2 (2021), Série de Ciências Jurídicas y Sociais.

<sup>(58)</sup> Número 31 del Informe provisional del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Ahmed Shaheed. Libertad de pensamiento. Asamblea General de las Naciones Unidas A/76/380, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/274/93/PDF/N2127493.pdf?OpenElement> (consultado, 9/11/2022).

<sup>(59)</sup> Número 36 del mismo informe A/76/380.

<sup>(60)</sup> Ver sobre el conflicto entre religión y sexualidad que se desvía hace el delito de odio y el discurso de odio: M. MALIK. *Religious Freedom, Free Speech and Equality: Conflict or Cohesion?*, Ob. cit, pp. 21-40. La expresión sobre la sexualidad desde los textos sagrados para algunos autores supone que la religión es el surco o fuente donde nace el discurso de odio R. MOON. *Putting Faith in Hate: When Religion is the source of target of hate speech*. Cambridge University Press, 2018. DOI: 10.1017/9781108348423.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. «United States and Europe against terrorism of fundamentalist origin: Legal measures and the shadow of populism», en *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*,. Series VII: Social Sciences, Law, vol. 14(63) Special Issue.
- IBARRA, E. y MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA. «Para una Criminología de los Delitos de Odio», *Cuadernos de Análisis*, 69, 2020, pp. 10-11, disponible en <http://www.informeraxen.es/wp-content/uploads/2020/04/69-CRIMINOLOGIA-DEL-ODIO.pdf>
- MALIK, M. «Religious freedom, free speech and equality: conflict or cohesion?», *Res Publica*, 17 (1), 2011.
- PEÑARANDA RAMOS, E. «Delitos de Odio y derecho penal de la culpabilidad», en *Reflexiones Académicas sobre Delitos de Odio*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social e Inmigración, Madrid, 2021, p. 9, disponible en [https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/ejes/discursoodio/ReflexionesAcademicas\\_DelitosdeOdio.pdf](https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/ejes/discursoodio/ReflexionesAcademicas_DelitosdeOdio.pdf).
- RAMOS, M. «¡Son las palabras!», en *Ciber Odio – Hate Speech Online? Mensajes de odio y discriminación en las redes sociales*, septiembre de 2015, SEGOB, México.
- RENÉ DE DIOS CORONA, S. «Miedos, afectos y odios en las redes sociales», en *Ciber Odio – Hate Speech Online? Mensajes de odio y discriminación en las redes sociales*, septiembre de 2015, SEGOB, México.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. «Comentario al artículo 22.4<sup>a</sup> CP», en *Comentarios al Código Penal*, 1997.
- TEMPERMAN, J. (2015). *Religious Hatred and International Law: The Prohibition of Incitement to Violence or Discrimination* (Cambridge Studies in International and Comparative Law), Cambridge University Press.
- WILSON, R. A. *Incitement on trial: prosecuting international speech crimes*, Cambridge University Press, 2017 y 2022.

# *Adhan* y libertad religiosa

ÁNGEL LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ

SUMARIO: 1.– El *adhan* como manifestación sonora de la libertad religiosa. 2.– Distintos conflictos jurídicos en torno al *adhan*. 3.– El *adhan* en el mundo islámico. 4.– El *adhan* de minorías musulmanas arraigadas. 5.– El *adhan* inmigrado en occidente. 5.1 Llamada a la oración y libertad religiosa negativa. 5.2 El argumento político-cultural. 5.3 Demandas por contaminación acústica. 5.4 Acuerdos de ámbito local. 6.– *Adhan* y campanadas. 7.– Conclusiones.

## 1. EL *ADHAN* COMO MANIFESTACIÓN SONORA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA<sup>(1)</sup>

La llamada a la oración ritual (*adhan*) por parte del almuédano o muecín es uno de los aspectos más evocadores del mundo islámico y un signo de identidad para los musulmanes. Se trata de una costumbre profundamente arraigada en el islam, pues se remonta al año uno de la Hégira, y habría sido el propio profeta Mahoma quien designó al primer encargado de realizarla, prefiriendo la voz humana para una función que se llevaba a cabo con otros recursos en el cristianismo y el judaísmo, y así distinguirse de ellos. Consis-

---

<sup>(1)</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco de del proyecto de investigación «Dignidad humana y cohesión social: una búsqueda de vías para minimizar el efecto socialmente divisivo de los conflictos entre derechos humanos en el ámbito de la libertad de religión y creencia (HUDISOC)», dentro del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i del Ministerio Ciencia e Innovación, Convocatoria 2019 (PID2019-106005GB-I00).

te en la recitación de una serie de fórmulas de fe en árabe<sup>(2)</sup> que se lanza a viva voz o con ayuda de altavoces desde lo alto de un alminar o minarete, si la mezquita dispone de él, para invitar a los creyentes musulmanes a realizar cada una de las cinco oraciones diarias preceptivas. Siendo la oración o *salat* uno de los cinco pilares del islam, la asociación del *adhan* a esta la convierte en un aspecto de indudable contenido religioso, y de imprescindible cumplimiento para sus practicantes.

En general, la llamada a la oración es vista como un deber individual (*wajib*), como un deber colectivo (*farz al-kifaya*) o como una costumbre constante y fija (*sunna-i muakkada*). En cualquier caso, se trata de una obligación de los individuos musulmanes y de la comunidad islámica. No obstante, hay que considerar la situación en los países no islámicos. En ellos, si la administración municipal permite que los musulmanes llamen públicamente a la oración, se realizará la llamada desde el minarete, si lo hubiera. Si esto no estuviera permitido, el deber religioso se consideraría cumplido cuando la llamada a la oración se hace dentro de la mezquita<sup>(3)</sup>.

Se puede decir que la llamada a la oración islámica cumple una función similar a la propia de las campanas en los países de raíz y cultura cristianas, y en algunos lugares de Europa sus sonidos pueden llegar a entrecruzarse. Esta semejanza nos permite trasladar al *adhan* algunas de las valoraciones jurídicas que se han hecho sobre el toque de campanas, al tiempo que considerar que, salvadas las diferencias, ambas manifestaciones sonoras de la religión deberían abordarse de forma similar, para respetar el principio de igualdad y no caer en tratos discriminatorios.

La primera cuestión, desde esta perspectiva, es si la llamada a la oración está amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa, como lo están las campanadas. Su naturaleza religiosa es incuestionable, como he indicado, porque sirve para llamar a la oración a todos los fieles musulmanes, y porque consta de fórmulas rituales fundamentales para la fe islámica que dan entrada al gran rito de la *salat*<sup>(4)</sup>. Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «[l]a libertad religiosa es también libertad para «manifestar la religión». Los testimonios, en palabras y actos, se encuentran ligados a la existencia de las convicciones religiosas»<sup>(5)</sup>. Y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aclaró que el culto

<sup>(2)</sup> En esta llamada, además de invitarse a los creyentes a orar, se incluyen importantes fórmulas religiosas para los musulmanes, como la *shahada* o profesión de fe islámica, primer pilar del islam, en el que se reconoce la unicidad de Dios y la misión profética de Mahoma (‘aşchadu an lâ ilâha ilâ-lâh, ‘aşchadu anna Muḥammadan rasûlu-lâh); y se repite el takbir, fórmula que proclama la superioridad de Dios (Alâhu ‘akbar), y que el creyente emplea a menudo en su vida cotidiana para expresar su sumisión a Alá (cfr. L. Gómez, *Diccionario de islam e islamismo*, Trotta, Madrid, 2019, pp. 76-77 y 368).

<sup>(3)</sup> Cfr. I. BILGÜ, «Was bedeutet der Gebetsruf aus religiöser Sicht?», en *Islamiq*, 15 de octubre de 2021, disponible en <https://www.islamiq.de/2021/10/15/was-bedeutet-der-gebetsruf-aus-religioeser-sicht/>

<sup>(4)</sup> Cfr. Á. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, *Sonidos sagrados. Ruido y manifestaciones sonoras de la libertad religiosa*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 116.

<sup>(5)</sup> STEDH en el asunto Kokkinakis contra Grecia, de 25 de mayo de 1993, 31 (demanda n.º 14307/1988).



incluye los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, entre las que estaría el empleo de fórmulas rituales<sup>(6)</sup>. En estas podemos considerar comprendidas las propias del *adhan*, que en sí mismo también podría entenderse, siendo parte de la oración, como una manifestación del culto islámico.

## 2. DISTINTOS CONFLICTOS JURÍDICOS EN TORNO AL ADHAN

En Occidente, la presencia del islam es minoritaria y constituye una realidad relativamente reciente, que en su mayor parte procede de la inmigración de las últimas décadas. Por ello, las manifestaciones de fe islámica, sobre todo las más visibles o audibles, suelen ser controvertidas, en la medida en que desentonan de la tradición y de la cultura más arraigada. Ciertamente, no es frecuente que se escuche la llamada a la oración en los países de Europa y América. En España, aunque hay varios centenares de lugares de oración islámicos, muy pocos cuentan con minarete, y la mayoría de los que lo tienen solamente le dan una función ornamental o simbólica, por lo que prácticamente solo se puede oír en Ceuta y Melilla. No es muy diferente la situación en otros países europeos y americanos<sup>(7)</sup>, donde, a pesar de que cuenten con una mayor población islámica, tampoco es habitual que el *adhan* se exprese de forma apreciable fuera de los muros de las mezquitas, y se prefiere hacer de puertas adentro. Aun así, hay países occidentales donde ya se puede oír la llamada islámica a la oración, generalmente por el empleo de altavoces para amplificarla, algo que no suele estar libre de polémicas ni de dilemas jurídicos, a los que me referiré más adelante, y que tienen una misma raíz: ocurren cuando el *adhan* es oído también por no musulmanes o personas que no tienen interés en escuchar esta llamada y que además las perturba.

De esta forma, adelanto que las cuestiones jurídicas que plantea el *adhan* varían según se realice en una sociedad de corte occidental o en otra del mundo islámico, aunque en ambos contextos se registran problemas. La naturaleza de estos problemas puede tener que ver, en su grado más alto, con el conflicto de derechos fundamentales, si es que a la libertad religiosa

<sup>(6)</sup> Observación General n.º 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993).

<sup>(7)</sup> En cuanto al ámbito latinoamericano, *vid.* Á. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, «El ejercicio de la libertad de culto y sus manifestaciones sonoras en América Latina», en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 8 (2022), pp. 21-22.

de quien llama a la oración se opone la de otra persona que dice ver afectada su libertad religiosa negativa; en otro escalón se situaría el conflicto que el *adhan* puede generar para quienes lo ven contradictorio con la cultura y los principios de Occidente, bien porque defienden sus raíces cristianas, bien porque invocan la neutralidad que debe presidir el espacio público; de carácter más cotidiano sería, finalmente, la protesta de quienes, invocando su derecho a la tranquilidad de su hogar, rechazan lo que consideran nada más que un ruido molesto que quebranta su paz. De todas estas cuestiones pondré ejemplos a continuación, especialmente en aquellos casos en los que los conflictos han sido dirimidos por los tribunales. No abordaré aquí, aunque sea una cuestión conexas, la relativa a los minaretes, los lugares desde los que preferentemente se llama a la oración, y que han dado lugar a debates enconados en países como Suiza<sup>(8)</sup>; en tales polémicas lo discutido no llegaba a ser el *adhan*, sino la mera presencia del alminar, considerado como una especie de contaminación cultural del paisaje. Además, aunque el *adhan* es un elemento esencial de la oración, el minarete, por el contrario, es prescindible, y el almuédano puede recitarlo sin subirse a él, desde un tejado, un muro, o dentro de la propia mezquita, que es lo que ocurre más frecuentemente en el islam inmigrado<sup>(9)</sup>. Por estos motivos, queda fuera de mi análisis.

Para exponer las distintas perspectivas jurídicas a las que se está enfrentando el *adhan*, emplearé un enfoque muy global, eligiendo ejemplos significativos de distintos lugares del mundo. A fin de discernir las posibles diferencias, tomaré en consideración la situación en países del llamado mundo islámico –aquel donde el islam es sociológica y culturalmente mayoritario–; en países no islámicos pero que históricamente albergan significativas comunidades musulmanas; y en países occidentales a los que el islam ha llegado más recientemente por la vía de la inmigración.

### 3. EL *ADHAN* EN EL MUNDO ISLÁMICO

Se podría pensar que, en el mundo islámico, donde la llamada a la oración es una característica propia de su paisaje sonoro, la llamada a la oración está libre de los prejuicios que padece en Occidente y se lleva a cabo sin ningún problema. Ha habido situaciones particulares, como la vivida en Turquía en los años del kemalismo, entre 1932 y 1950, durante los cuales estuvo prohibido hacer el *adhan* en árabe, obligándose por ley a hacerlo en

<sup>(8)</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* P. HAENNI y S. LATHION (dirs.), *Los minaretes de la discordia. Pistas para superar la islamofobia*, Icaria, Capellades (Barcelona), 2010.

<sup>(9)</sup> Cfr. I. JIMÉNEZ-AYBAR, *El Islam en España. Aspectos institucionales de su estatuto jurídico*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2004, p. 104, nota al pie 37.

turco, medida que se aplicó severamente y que provocó muchas resistencias<sup>(10)</sup>. Sin embargo, en general, la llamada a la oración se encuentra con similares polémicas a las que en Occidente rodean a las campanas. De este modo, los problemas más comunes en el contexto islámico se deberían a las molestias denunciadas por un volumen demasiado alto en la llamada a la oración, que llevarían a restringirla o a tratar de ordenar lo que habrían llegado a ser inmisiones acústicas –hay que tener en cuenta que la oración de la noche (*Isha*) y la que se hace antes del amanecer (*Fajr*) dan lugar a llamadas que muchos considerarían intempestivas–.

Así, Indonesia, el país de mayor población musulmana del mundo, ha visto cómo las emisiones de los altavoces de sus cientos de miles de mezquitas provocaban quejas entre los vecinos más próximos, lo que llevó a que, en 2015, su vicepresidente impulsara una iniciativa para evaluar las emisiones y tratar de armonizar los altavoces y suavizar su sonido, solicitando al Consejo de Ulemas que emitiera una fetua sobre esta cuestión<sup>(11)</sup>. La respuesta de este organismo clerical se demoró hasta 2021, cuando reconoció que el uso descontrolado de los altavoces de las mezquitas constituía una preocupación pública creciente y solicitó al Gobierno una revisión de las pautas sobre el uso de altavoces en las mezquitas<sup>(12)</sup>.

En Egipto, diversos ministros que han dirigido el Departamento de Dotaciones Religiosas han intentado, desde 2009, implementar medidas para lograr lo que se ha llamado un «*adhan* unificado», es decir, arbitrar un procedimiento para intentar que las numerosísimas llamadas a la oración que confluían en diversos momentos del día pudieran concertarse, y reducir además el uso de altavoces –que provocaban crecientes molestias– a las ocasiones en que hubiese personas rezando fuera de la mezquita. Después de años de controversias, a finales de 2021 más de cuatrocientas mezquitas del Cairo se había adherido a este proyecto, en el que la voz de un único muecín llega mediante un receptor inalámbrico a los templos, para ser emitida por medio de unos altavoces configurados de forma que nadie pueda manipular la emisión y el nivel de volumen, con lo que se evitarían molestias a la población de la zona<sup>(13)</sup>.

Incluso en Arabia Saudí, el territorio más sagrado para el islam, se han registrado problemas de este tipo, que llevaron al Ministerio de Asuntos Islámicos en 2021 a emitir una circular para que los altavoces de las mez-

<sup>(10)</sup> H. AYDAR y N. GÖKKIR, «Discussions on the Language of Prayer in Turkey: A Modern Version of the Classical Debate», en *Turkish Studies*, 8 (2007), p. 131.

<sup>(11)</sup> Cfr. «Indonesia bids to muffle noisy mosques», en *The Guardian*, 25 de junio de 2015, disponible en <https://www.theguardian.com/world/2015/jun/25/indonesia-bids-to-muffle-noisy-mosques>

<sup>(12)</sup> Cfr. «Indonesia Muslim council calls for review of loudspeaker use at mosques», en *Arab News*, 22 de noviembre de 2021, disponible en <https://www.arabnews.com/node/1972601/world>

<sup>(13)</sup> Cfr. «Egypt authorities includes more mosques in the unified *Adhan* project», en *Egypt Independent*, 11 de octubre de 2021, disponible en <https://egyptindependent.com/egypt-authorities-includes-more-mosques-in-the-unified-adhan-project/>

quitas no se configurasen a más de un tercio de su volumen máximo, y con la obligación de que fueran apagados tras el *adhan* y el *iqamah* –segunda llamada realizada inmediatamente antes del inicio de la oración– en lugar de seguir emitiendo, como ocurría en muchos casos, otras oraciones y sermones completos<sup>(14)</sup>.

#### 4. EL *ADHAN* DE MINORÍAS MUSULMANAS ARRAIGADAS

Aparte del mundo islámico, y todavía no propiamente en el contexto occidental, existen otros lugares donde el islam no es mayoritario, pero en los que cuenta con importantes contingentes de población y un arraigo multiseccular, no procedente de la inmigración. Se puede decir que, en tales contextos, por un lado, la presencia islámica y sus manifestaciones, como el *adhan*, forman parte de la tradición y de la herencia cultural del país, pues no han sido importadas recientemente; sin embargo, el carácter minoritario de los musulmanes hace que se establezcan restricciones polémicas a la llamada a la oración. Voy a destacar dos ejemplos: Israel y la India.

En Israel, las tensas relaciones entre judíos y musulmanes han tenido su eco también en la llamada a la oración, pero no en los términos que habrían sido previsibles. Porque, lejos de hacer política abiertamente con esta cuestión, instancias gubernamentales de Israel han intentado restringir la llamada a la oración alegando protestas por la contaminación acústica, aunque el proyecto de la llamada «Ley muecín» que lo pretendía ha estado desde hace años rodeada de polémica –pues, aunque su marco de aplicación eran todas las religiones, las características enumeradas en ella parecían apuntar únicamente al *adhan* realizado con altavoces desde el lugar de culto<sup>(15)</sup>–. Años antes, en 1992, un Tribunal de Primera Instancia de Jerusalén ya había multado a un muecín de Jerusalén por el ruido excesivo que producía su llamada a través de un altavoz antes de las cinco de la mañana. El juez señaló en aquel caso que, si bien la libertad de religión es una libertad básica, está sujeta a la necesidad de mantener el orden público, y que era posible realizar el *adhan* dentro de los límites de la

<sup>(14)</sup> Cfr. «Saudi minister defends order to turn down the volume on mosques», en *Dawn*, 31 de mayo de 2021.

<sup>(15)</sup> «The proposed law offers a worldview that freedom of religion should not harm the sleep and quality of life of citizens and suggests that in prayer houses the use of night-time PA systems be restricted». Y. EFRON, M. LEBARON, M. SENBEL, y M. «S. WATTAD, Like a Prayer? Applying Conflicts with Religious Dimensions Theory to the “Muezzin Law” Conflict», en *Washington University Journal of Law & Policy*, 63 [2020], p. 128). «Thus, it becomes clear that this so-called religiously neutral, “environmental” proposal targets a very specific faith» (*ibidem*, p. 129).

ley<sup>(16)</sup>. Por tanto, no se discute en Israel que la llamada a la oración esté amparada por la libertad religiosa. Sin embargo, como se ha señalado, al menos en el espacio israelí/palestino, las prácticas sonoras a menudo se etnicizan y nacionalizan, por lo que juegan un papel importante en la constitución tanto del espacio nacionalizado como de la diferencia nacional representada y encarnada en la vida cotidiana, con las controversias y presiones que se derivan de ello<sup>(17)</sup>. Con todo, el argumento de las inmisiones acústicas, sobre el que la Ley muecín quería establecer una regulación general, que incluso preveía la incautación de los altavoces, no ha conseguido salir adelante en el parlamento israelí después de años de tramitación.

En la India, la cuestión del *adhan* alimenta actualmente un debate muy vivo en torno a los derechos en juego, porque, aunque fundamentalmente se aduce la contaminación acústica para demandar restricciones en el modo de hacer la llamada a la oración, lo cierto es que las protestas se identifican con determinados sectores y partidos políticos y dividen a la sociedad<sup>(18)</sup>. Por parte de la minoría musulmana, además, se alega aquí también que las medidas contra el ruido se aplican de forma discriminatoria, pues no se exigen por igual a todas las religiones, ya que no son ellos los únicos que generan sonidos intempestivos con sus celebraciones o que emplean altavoces para ello<sup>(19)</sup>. Lo cierto es que la polémica sobre el ruido religioso está muy centrada en el *adhan*. En 2017, el cantante de Bollywood Sonu Nigam provocó una polémica en las redes sociales cuando subió una publicación en Twitter llamando al *adhan* matutino «religiosidad forzada». En concreto decía: «Dios bendiga a todos. No soy musulmán y el *adhan* me tiene que despertar por la mañana. ¿Cuándo terminará esta religiosidad forzada en la India?»<sup>(20)</sup>. El debate está muy extendido y ha dado lugar a recientes decisiones judiciales contradictorias en diversos Estados indios.

En mayo de 2022, el Tribunal Superior de Allahabad, en el Estado de Prayagraj, sentenció que la ley ya había establecido que el uso de altavoces de las mezquitas no es un derecho fundamental, ante la pretensión de un ciudadano de anular una orden de diciembre de 2021 del magistrado de la

<sup>(16)</sup> Cfr. U. SHAVIT y F. SPENGLER, «For Whom the Bell Tolls? Contesting the *Adhans* in Majority Non-Muslim Societies», en *Journal of Muslim Minority Affairs*, vol. 36, n.º 4 (2016), p. 457.

<sup>(17)</sup> Cfr. O. SCHWARZ, «Arab Sounds in a Contested Space: Life Quality, Cultural Hierarchies and National Silencing», en *Ethnic and Racial Studies*, 37 (2014), p. 2.035.

<sup>(18)</sup> Cfr. «Azan, jagran on loudspeakers turns the spotlight on India's sound culture. A look at the laws that regulate our 'loud' everyday lives», en *Times Now*, 16 de abril de 2022, disponible en <https://www.timesnownews.com/india/azan-jagran-on-loudspeakers-turns-the-spotlight-on-indias-sound-culture-a-look-at-the-laws-that-regulate-our-loud-everyday-lives--article-90884266>

<sup>(19)</sup> Cfr. «Loudspeaker ban: The need for uniformity in implementation of laws», en *The Leaflet*, 18 de mayo de 2022, disponible en <https://theleaflet.in/loudspeaker-ban-the-need-for-uniformity-in-implementation-of-laws/>

<sup>(20)</sup> Cfr. «What courts have said on using loudspeakers at religious events and public places», en *India Today*, 5 de abril de 2022, disponible en <https://www.indiatoday.in/india/story/what-courts-have-said-on-using-loudspeakers-at-religious-events-public-places-1933854-2022-04-05>

subdivisión de Bisauli, que rechazó una solicitud para usar un altavoz en una mezquita para llamar a la oración. Dos años atrás, el mismo Tribunal había sostenido que, si bien el *adhan* puede ser una parte esencial e integral del Islam, no se puede decir que llamar a la oración a través de altavoces u otros dispositivos amplificadores de sonido sea una parte integral de los derechos fundamentales en torno a la religión, cuya protección está consagrada en el artículo 25 de la Constitución, y que por lo demás están sujetos al orden público, la moral o la salud y demás disposiciones de la Parte III de la Constitución. Por ello concluyó que el *adhan* podría hacerse desde los minaretes de la mezquita usando la voz humana, pero sin la ayuda de ningún dispositivo amplificador<sup>(21)</sup>.

Contrasta esta decisión con la registrada en el Estado de Karnataka, donde los musulmanes constituyen un 13% de su población de 70 millones de habitantes, y que desde la primavera de 2022, coincidiendo con la resolución anterior, vio a grupos hindúes poner en marcha una campaña contra el uso de altavoces en la llamada a la oración<sup>(22)</sup>. Sin embargo, en agosto, el Tribunal Superior de Karnataka se negó a prohibir las llamadas de oración en las mezquitas, citando la libertad de religión, aunque ordenó al Gobierno estatal que se asegurase de que, durante la noche, de 10 pm a 6 am, no se usasen altavoces y sistemas de megafonía por encima de los niveles de decibelios permitidos en esa franja horaria. La demanda interpuesta contra el *adhan* presentaba dos frentes: por un lado, se alegaba la contaminación acústica y se pedía que las autoridades velaran por que se realizase dentro de los límites de las Normas sobre la contaminación acústica (reglamentación y control) de 2000, en relación con el artículo 37 de la Ley de policía de Karnataka de 1963, lo que fue atendido por el Tribunal. Por otro lado, la demanda se dirigía contra el contenido del *adhan*, por el «presunto uso de palabras objetables» que serían pronunciadas en la llamada a la oración y que herirían los sentimientos de otros creyentes. A esto el Tribunal repuso que tanto el peticionario como otros creyentes tenían derecho a practicar su religión, recordando que el párrafo 1 del artículo 25 de la Constitución de la India reconoce a todas las personas un derecho fundamental a profesar, practicar y propagarla libremente; añadía, sin embargo, que no es un derecho absoluto, sino que está sujeto a restricciones por motivos de orden público, moralidad y salud, así como sujeto a otras disposiciones de la Parte III de la Constitución. En este marco legal, el Tribunal consideró que la afirmación de que el contenido del *adhan* –que es una llamada a ofrecer

<sup>(21)</sup> Cfr. «Loudspeaker use in mosques not a fundamental right, says Allahabad High Court», en *The Indian Express*, 7 de mayo de 2022, disponible en <https://indianexpress.com/article/cities/lucknow/loudspeaker-mosques-fundamental-right-allahabad-high-court-7904596/>

<sup>(22)</sup> Cfr. «Hindu groups begin campaign against loudspeaker use for azan in Karnataka», en *Hindustan Times*, 9 de mayo de 2022, disponible en <https://indianexpress.com/article/cities/bangalore/azan-loudspeakers-violate-fundamental-rights-people-other-religions-ktaka-8105705/>

oraciones– violaba el derecho fundamental a la religión garantizado al petionario, así como a las personas de otras religiones, no podía ser aceptada. Entre sus argumentos, la sentencia señala que los artículos 25 y 26 de la Constitución de la India encarnan el principio de tolerancia religiosa, que sería una característica de la civilización india<sup>(23)</sup>.

En Bombay y otros lugares del Estado de Maharashtra, la polémica sobre el uso de los altavoces en las mezquitas ha provocado incluso detenciones en casos en que se han empleado aquellos dispositivos para llamar a la oración antes de las seis de la mañana, hora que se había estipulado como límite en las normas sobre ruido<sup>(24)</sup>. La controversia se ha desarrollado sobre todo en torno al *adhan*, a pesar de que una sentencia del Tribunal Superior de Bombay, de agosto de 2016, decía:

Sostenemos que todos los lugares de culto de todas las religiones están sujetos a las disposiciones de las Normas sobre contaminación acústica y ninguna religión o secta puede reclamar el derecho fundamental de utilizar altavoces o sistemas de megafonía o instrumentos que generen ruido, como parte del derecho conferido por los Artículos 19(1)(a) (Derecho a la libertad de expresión) y 25 de la Constitución de la India.

Había agregado que «el derecho a la palabra bajo 19(1)(g) implica el derecho al silencio. Implica la libertad de no escuchar y de no ser obligado a escuchar. El derecho comprende la libertad de ser libre de aquello de lo que se desea ser libre. Existe un derecho fundamental de los ciudadanos a protegerse contra las audiencias forzadas»<sup>(25)</sup>. Sin embargo, las denuncias continuaban por el incumplimiento habitual de la norma, que más recientemente se está aplicando con rigor. Esto ha llevado a algunas mezquitas a renunciar voluntariamente a emitir desde los altavoces las llamadas nocturna y matutina a la oración<sup>(26)</sup>, y a otras a desarrollar una aplicación para los dispositivos inteligentes que notificará a los usuarios la hora de la oración y transmitirá en directo la llamada realizada desde la mezquita, no una simple

<sup>(23)</sup> Cfr. «Karnataka High Court refuses to ban prayer calls at mosques, cites freedom of religion», en *The Indian Express*, 24 de agosto de 2022, disponible en <https://indianexpress.com/article/cities/bangalore/azan-loudspeakers-violate-fundamental-rights-people-other-religions-ktaka-8105705/>

<sup>(24)</sup> Cfr. «Two men booked in Mumbai for sounding azaan though loudspeakers before 6 am», en *The Indian Express*, 7 de mayo de 2022, disponible en <https://indianexpress.com/article/cities/mumbai/two-men-booked-mumbai-azaan-loudspeakers-7905844/>

<sup>(25)</sup> Cfr. «'Illegal' loudspeakers at religious places: Bombay High Court to hear contempt plea on June 14», en *The Indian Express*, 19 de abril de 2022, disponible en <https://indianexpress.com/article/cities/mumbai/bombay-hc-religious-places-loudspeakers-contempt-plea-7876677/>

<sup>(26)</sup> Cfr. «'For harmony', no morning azaan on loudspeakers: 26 mosques in south Mumbai unanimously decide», en *Times Now*, 5 de mayo de 2022, disponible en <https://www.timesnownews.com/mumbai/for-harmony-no-morning-azaan-on-loudspeakers-26-mosques-in-south-mumbai-unanimously-decide-article-91339224>

grabación. Sus impulsores han señalado que esta aplicación sería un intento de lograr un equilibrio entre la fe y la ley<sup>(27)</sup>.

## 5. EL *ADHAN* INMIGRADO EN OCCIDENTE

En Europa y América, el islam tiene una presencia creciente desde hace décadas debido a los movimientos migratorios. Las comunidades musulmanas instaladas en los países occidentales han desarrollado sus propias formas de vivir la fe, incluyendo, como es natural, la construcción de mezquitas y oratorios para llevar a cabo las oraciones cotidianas que son esenciales para su vida religiosa. En este desarrollo, el *adhan* ha ido realizándose tímidamente, pues al ser una manifestación religiosa minoritaria llamativa y expuesta a recibir rechazos, se ha preferido, por lo general, incluso en contextos permisivos, realizarla tras los muros de la mezquita, para evitar conflictos. Pero, poco a poco, el crecimiento de las comunidades y la seguridad de sus derechos ha animado a algunas mezquitas solicitar permisos para lanzar al exterior la llamada a la oración, del mismo modo que se hace hoy en el mundo islámico, con altavoces. Las dificultades y controversias en las que se ha visto envuelto se pueden agrupar en varias categorías: conflictos con la libertad religiosa negativa, oposición por ser una práctica ajena a la tradición y cultura occidentales, o demandas por contaminación acústica. Pero no todo han sido problemas, y también apuntaré las vías de diálogo y acuerdos que han permitido que en algunos lugares se pueda realizar el *adhan* amplificado.

### 5.1. Llamada a la oración y libertad religiosa negativa

En Alemania, donde en 1985 se permitió realizar el primer *adhan* en la mezquita de la ciudad de Düren, es posible oír la llamada del almuédano en una treintena de localidades, habitualmente amplificada por un altavoz, con la condición de que se respeten las necesidades de los vecinos y no se gene-

---

<sup>(27)</sup> Cfr. «Amid loudspeaker controversy, Mumbai Juma Masjid launches mobile app to live stream Azaan», en *Times Now*, 25 de agosto de 2022, disponible en <https://www.timesnownews.com/mumbai/amid-loudspeaker-controversy-mumbai-juma-masjid-launches-mobile-app-to-live-stream-azaan-article-93771723>. Sin embargo, en esta misma zona y en medio de la polémica se registran también casos de buena convivencia y tolerancia: El pueblo predominantemente hindú de Dhasla-Pirwadi aprobó por unanimidad una resolución para no quitar el altavoz de la única mezquita del pueblo. Los aldeanos dijeron que el *adhan* era parte de la rutina diaria y que a nadie en el pueblo le preocupaba (cfr. «Amid azan row, Maharashtra village shows the way in communal harmony», en *The Hindu*, 30 de abril de 2022, disponible en <https://www.thehindu.com/news/cities/mumbai/amid-azan-row-maharashtra-village-shows-the-way-in-communal-harmony/article65366840.ece>



ren molestias inapropiadas<sup>(28)</sup>, dado que la cuestión de la contaminación acústica suele ser la más aducida en estos casos, aunque también se han dado controversias de tipo cultural por la presencia del islam en el espacio público. En este contexto cabe destacar la Sentencia de 23 de septiembre de 2020 del Tribunal Administrativo Superior de Renania del Norte-Westfalia<sup>(29)</sup>, que resolvió un caso iniciado años atrás, en el que la denuncia de unos vecinos por la amplificación de la llamada a la oración había provocado que esta se silenciase mientras se alcanzaba una resolución. Lo peculiar del caso es que la motivación de la pareja que había iniciado el litigio, y que vivía a menos de un kilómetro de la mezquita, había sido el considerar que el *adhan* afectaba a su libertad religiosa. El Tribunal desestimó la demanda, en primer lugar, por valorar que el volumen de la llamada estaba por debajo de los límites que habrían permitido calificarla como una molestia significativa. Por otra parte, los jueces afirmaron que tanto la llamada a la oración como el uso de un altavoz para realizarla estaban protegidos por la libertad religiosa según el artículo 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, que garantizan, respectivamente, la inviolabilidad de las libertades de conciencia y de creencias religiosas e ideológicas, y la práctica de la religión sin perturbaciones. Este marco constitucional incluiría la libertad de manifestar una creencia exteriormente, como ocurre con el *adhan*, que es una invitación confesional a los musulmanes para rezar juntos, empleando fórmulas que contienen una parte esencial de su credo. A juicio del Tribunal, la libertad religiosa incluye que ese credo se pueda defender públicamente, como se hace al llamar a la oración, y no sería relevante que el *adhan* sea o no una práctica imprescindible para el islam, porque los demandantes no cuestionaron que estuviese integrado en su tradición. Respecto al empleo de altavoces, también será respaldado por la Sentencia, ya que apunta que la finalidad religiosa perseguida por la llamada se logrará mejor si es perceptible. El amparo de la libertad religiosa para esta práctica queda, por tanto, claramente reconocido.

Respecto a la libertad religiosa negativa aducida por los demandantes, el Tribunal comienza por despojar al Estado de cualquier vinculación con la llamada a la oración que se hace en el espacio público, pues no procede de él ni la hace suya. Y en cuanto a que los litigantes se sintieran compelidos en sus derechos por la naturaleza religiosa del *adhan*, el Tribunal responde que no se puede comparar la mera percepción acústica de una declaración religiosa con la participación forzada o activa en una práctica de esa índole, apuntando que el rechazo que manifestaban hacia las expresiones de fe islámicas desde sus propias creencias cristia-

<sup>(28)</sup> Cfr. G. ROBBERS, *Religion and law in Germany*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2.<sup>a</sup> ed. 2013, p. 96.

<sup>(29)</sup> OVG Nordrhein-Westfalen 8 A 1161/18. Texto original disponible en [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2020/8\\_A\\_1161\\_18\\_Urteil\\_20200923.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2020/8_A_1161_18_Urteil_20200923.html)

nas venía a acreditar que estaban ejercitando su libertad religiosa en sentido positivo, sin verse forzados en sus convicciones. Cabe destacar, en este caso, las palabras de la jueza presidenta en la audiencia pública, en la que hizo una llamada a la tolerancia como forma de afrontar estas situaciones, al afirmar que toda sociedad debe aceptar la percepción de cómo los demás tratan de vivir sus creencias<sup>(30)</sup>.

## 5.2. El argumento político-cultural

Como se ha dicho, el aumento de la presencia musulmana en Occidente ha alimentado ideas, como la de que en poco tiempo los minaretes de las mezquitas situadas en su territorio podrían usarse para transmitir *adhans* que competirían con los sonidos seculares o cristianos en los paisajes sonoros de las ciudades europeas, idea que es recibida actualmente con hostilidad, a veces incluso con agresividad, por ciertos sectores<sup>(31)</sup>. Se ha llegado a afirmar, en este sentido, que los sonidos islámicos no son objetados ni en cuanto sonidos ni en cuanto sonidos religiosos, sino en cuanto sonidos islámicos, con el argumento, repetido en distintos países occidentales, de que se trataría de sonidos que no son «característicos» o propios del paisaje sonoro local<sup>(32)</sup>.

De aquí que, la llamada a la oración, vista como símbolo de islamización del espacio público occidental, también haya despertado rechazos por este motivo. El ejemplo más claro es el ya mencionado de Suiza, eclipsado por la polémica acerca de los minaretes. Porque la reforma constitucional que prohíbe la erección de alminares pretendía, en primera instancia, que estos símbolos del islam fueran parte del paisaje suizo; pero, en última instancia, impedirlos suponía también atajar la posibilidad de que fueran empleados para su finalidad habitual de llamar a la oración. De hecho, en los resquicios que pudieron abrirse en algún momento para construir nuevos minaretes, se dejó claramente establecido como condición para ello que nunca podrían ser utilizados para realizar el *adhan*<sup>(33)</sup>. Similar rechazo se ha registrado en otros casos, como en el de la Mezquita Central de Oxford, que en 2007 anunció su intención de realizar la llamada a la oración tres veces al día, pero que, ante las acusaciones de que se quería «islamizar Inglaterra», que alimentaron la contestación a la idea, acabó por renunciar a aquel

<sup>(30)</sup> Para un análisis más detallado de este caso, *vid.* Á. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, *Sonidos sagrados*, cit., pp. 126-128.

<sup>(31)</sup> Cfr. M. LEONE, «Hearing and Belonging: On Sounds, Faiths and Laws», en V. K. BHATIA, C. A. HAFNER, L. MILLER y A. WAGNER (eds.), *Transparency, Power. Perspectives on Legal Communication, and Control*, Routledge, 2012, Londres y Nueva York, p. 194.

<sup>(32)</sup> Cfr. *ibidem*, p. 188.

<sup>(33)</sup> Cfr. Á. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, *Sonidos sagrados*, cit., pp. 129-131.

propósito. En el Reino Unido, como en Suecia, las pretensiones de realizar el *adhan* han estado casi siempre envueltas en polémica y han alentado protestas por la amenaza de islamización que se suponía en ellas, de modo que en estos países tan sólo de forma puntual y a través de acuerdos a nivel local se ha podido realizar la llamada a la oración<sup>(34)</sup>.

### 5.3. Demandas por contaminación acústica

En el comentado caso alemán ya se planteaba la cuestión del ruido como uno de los argumentos de los demandantes para solicitar la cancelación del *adhan*, aunque hay que suponer que el principal era la postura de rechazo desde sus creencias, su libertad religiosa, que recibió más atención por parte del Tribunal. También se plantearon ambos argumentos en otra demanda, presentada esta vez en 2013 ante la sección civil del Tribunal Administrativo Regional de Parma, en Italia; pero en aquella ocasión el juez se centró más en la cuestión del ruido, estimando que la reclamación del derecho individual a la libertad religiosa debía ceder, en atención al principio solidario de tolerancia, al ejercicio del *adhan*. En cuanto a la reclamación por contaminación acústica, estimó el juez que ni siquiera la tolerancia puede aguantar cualquier manifestación religiosa si sobrepasa ciertos límites, lo que le llevó, a la vista de los resultados del peritaje efectuado, a ordenar que se corrigiese el volumen nocturno de los altavoces que emitían la llamada, pero no aceptó su total cancelación porque afectaría al ejercicio de la libertad religiosa<sup>(35)</sup>.

A menudo la sociedad no tiene especiales problemas con la diversidad religiosa, pero sí que es sensible a lo que afecta a su bienestar cotidiano, como sucede con el ruido. Por eso, el debate que se dio en Oslo en torno al permiso para que la Mezquita de la Misión Islámica Mundial hiciera la llamada a la oración los viernes, se zanjó con el acuerdo de que podría hacerla si no incumplía la normativa sanitaria en materia de ruido urbano –cuyo límite estaba fijado en 60 decibelios–<sup>(36)</sup>.

Como se verá a continuación, el volumen de los altavoces empleados para amplificar la llamada a la oración, y la limitación o silenciamiento de las llamadas más intempestivas –emitiendo el *adhan* al exterior solamente para las tres oraciones diurnas–, va a ser una estipulación clave

<sup>(34)</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 131-133.

<sup>(35)</sup> Cfr. «Volume ‘muezzin’ troppo alto Tribunale: cambiare amplificatori», en *La Repubblica*, 13 de noviembre de 2013, disponible en [https://parma.repubblica.it/cronaca/2013/11/13/news/volume\\_muezzin\\_troppo\\_alto\\_tribunale\\_cambiare\\_amplificatori-70876673/](https://parma.repubblica.it/cronaca/2013/11/13/news/volume_muezzin_troppo_alto_tribunale_cambiare_amplificatori-70876673/)

<sup>(36)</sup> Cfr. G. LARSSON, «Mosques as part of history, or something new? The institutionalisation of Islam and Muslims in the Nordic and Baltic countries», en Stefano Allievi (ed.), *Mosques in Europe. Why a solution has become a problema*, Alliance Publishing Trust, London, 2010, p. 380.

en los acuerdos de ámbito municipal, que constituirían la vía menos conflictiva para que el almuédano pueda realizar públicamente su función. Así se ha observado recientemente en Colonia, una importante ciudad alemana de tradición católica, que además cuenta con una de las mayores mezquitas de Europa. El acuerdo alcanzado allí con la corporación municipal, como un proyecto piloto para dos años, que permitiría únicamente la llamada para la oración colectiva en la mezquita los viernes por la tarde, incluye condiciones como que la llamada a la oración no dure más de cinco minutos o se realice con un volumen limitado, según la ubicación de la mezquita. Sin embargo, casi un año después, la medida no se había puesto en marcha precisamente porque las mezquitas que lo solicitaron no habían aportado todavía los informes sobre ruido requeridos<sup>(37)</sup>. Finalmente, el viernes 14 de octubre de 2022, el muecín llamó por primera vez de forma pública a la oración empleando altavoces que emitieron el *adhan* hacia el exterior<sup>(38)</sup>.

#### 5.4. Acuerdos de ámbito local

Las decisiones adoptadas por corporaciones municipales constituyen a menudo la mejor vía para garantizar que pueda realizarse el *adhan*. Porque atienden a la sensibilidad del lugar, ya que toman en consideración a las comunidades islámicas ubicadas una concreta localidad, que en algunos casos pueden ser bastante nutridas, y también sondan la opinión del resto de residentes, estimulando su voluntad de aceptar una acomodación sin enturbiar la convivencia, para el mejor ejercicio de los derechos de todos.

Es el camino que sobre todo se ha seguido en Estados Unidos, donde las últimas decisiones sobre el *adhan* se han adoptado a nivel local. La llamada a la oración se empezó a amplificar en 1979 en Dearborn (Michigan), aunque fue con el respaldo de una decisión judicial. Hubo que esperar hasta 2004 para que, en el mismo Estado, la ciudad de Hamtramck, a petición de una mezquita y tras un largo debate público seguido con expectación en todo el país, enmendara su ordenanza municipal de tal forma que permitiera que la llamada a la oración, las campanadas y otros medios razonables para anunciar encuentros religiosos pudieran amplificarse entre las seis de la mañana y las diez de la noche, con una

<sup>(37)</sup> Cfr. «Erster Muezzin-Ruf weiter nicht abzusehen», en *Welt*, 1 de agosto de 2022, disponible en <https://www.welt.de/regionales/nrw/article240229177/Erster-Muezzin-Ruf-in-Koeln-weiter-nicht-abzusehen.html>

<sup>(38)</sup> Cfr. «Muezzin ruft erstmals zum Gebet – wegen Demo zunächst kaum zu hören», en *Kölner Stadt-Anzeiger*, 14 de octubre de 2022, disponible en <https://www.ksta.de/koeln/muezzinruf-in-koeln-muezzin-feiert-premiere-in-ehrenfeld-demo-stoerte-364612>

duración no superior a cinco minutos<sup>(39)</sup>. Posteriormente, fue la ciudad de Paterson, en el Estado de Nueva Jersey, la que, en 2020, copió la iniciativa de Hamtramck para permitir la llamada islámica a la oración<sup>(40)</sup>. Más recientemente, en Mineápolis (Minesota), en marzo de 2022, el concejo municipal aprobó una propuesta que permitirá que la llamada a la oración se realice públicamente por altavoz entre las 7 am y las 10 pm, siempre que se respeten las ordenanzas locales sobre ruido<sup>(41)</sup>. Desgraciadamente, la adopción de estas medidas no solamente no ha estado exenta de polémicas, lo que es inevitable, sino que incluso ha dado lugar a algunas reacciones violentas, como la registrada en la mezquita de Paterson en enero de 2022, cuando un residente accedió al lugar y agredió al muecín mientras profería gritos contra el *adhan* que estaba recitando en ese momento a través de un altavoz<sup>(42)</sup>.

Está claro que a nivel local también se plantean los debates antes señalados, en cuanto a libertad religiosa, neutralidad del espacio público, tradición o ruido, pero se tratan de solucionar de forma más cercana al ciudadano de pie, invocando la tolerancia y la buena convivencia, y atendiendo a las normas municipales sobre contaminación acústica, que pueden dulcificarse o adaptarse según las circunstancias.

## 6. ADHAN Y CAMPANADAS

Es evidente que la llamada a la oración islámica no es la única manifestación sonora de la religión que se ha visto envuelta en los debates señalados, sobre todo en el mundo occidental de raíz cristiana, donde las campanadas todavía constituyen un sonido habitual, enraizado en la tradición, y de indiscutible vinculación con la religión. Por motivos no muy distintos a los apuntados respecto del *adhan*, las campanadas han conocido, sobre todo en la edad contemporánea, distintos cuestionamientos y denuncias, existiendo ya un conocido acervo jurisprudencial al respecto en países de América y Europa, también en España<sup>(43)</sup>, del que se deduce que son considera-

<sup>(39)</sup> Cfr. I. WEINER, *Religion out loud. Religious sound, public space, and American pluralism*, New York University Press, New York and London, 2014, pp. 156 ss.

<sup>(40)</sup> Cfr. «Paterson ordinance will let mosques broadcast Muslim call to prayer», en *Paterson Times*, 19 de febrero de 2020, disponible en <https://patersontimes.com/2020/02/19/paterson-ordinance-will-let-mosques-broadcast-muslim-call-to-prayer/>

<sup>(41)</sup> Cfr. «US city allows Muslim call to prayer *adhan* ahead of Ramadan», en *Daily Sabah*, 28 de marzo de 2022, disponible en <https://www.dailysabah.com/world/americas/us-city-allows-muslim-call-to-prayer-adhan-ahead-of-ramadan>

<sup>(42)</sup> Cfr. «CAIR-NJ Condemns Bias Attack at Paterson Mosque, Welcomes Prosecutor's Charges», en *CAIR*, 1 de marzo de 2022, disponible en [https://www.cair.com/press\\_releases/cair-nj-condemns-bias-attack-at-paterson-mosque-welcomes-prosecutors-charges](https://www.cair.com/press_releases/cair-nj-condemns-bias-attack-at-paterson-mosque-welcomes-prosecutors-charges)

<sup>(43)</sup> En España, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 14 de diciembre de 2017 (rec. contencioso-administrativo 92/2017) afirmó lo siguiente:

das como manifestación de la religión, y por ello excepcionadas con frecuencia de los límites que se aplican a la contaminación acústica, aunque no siempre permanecen inmunes a restricciones.

Que el *adhan* debería regularse como las campanadas es algo que ya se ha hecho, por ejemplo, en Países Bajos, donde la sección 10 de la Ley de manifestaciones públicas (*Wet openbare manifestaties* o WOM), de 20 de abril de 1988, permite tocar campanas con motivo de ceremonias religiosas e ideológicas y de ceremonias fúnebres, así como hacer llamadas a profesar la religión o las creencias; se autoriza además a los ayuntamientos a dictar normas en cuanto a duración y nivel de ruido<sup>(44)</sup>. Hay que recordar que, en este contexto legal, se produjo un conflicto que llegó hasta la Corte de Estrasburgo. Se trató de una polémica por el volumen de las campanadas de una parroquia de Tillburg, que acarrearón sanciones al párroco por negarse a tomar medidas para evitar las inmisiones acústicas, y que acabó presentando una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual emitió una Decisión inadmisibilidad en el caso *H. C. W. Schilder contra Países Bajos*, de 16 de octubre de 2012<sup>(45)</sup>. Lo interesante de esta resolución es que asume, como ya habían hecho los jueces nacionales, que el toque de campanas está dentro de la libertad religiosa, y reitera su doctrina de que el artículo 9 protege los actos que están íntimamente ligados a las creencias y credos religiosos, aunque esta protección no siempre garantiza el derecho a comportarse en la esfera pública de la manera que dicta esa creencia (18). En el caso en cuestión, la Corte está dispuesta a admitir que la restricción impuesta al párroco constituye una injerencia en el derecho a manifestar la propia religión, pero considera que estaba prescrita por la ley con el objetivo legítimo de proteger los derechos y libertades de otros (19-20); que era una restricción necesaria en una sociedad democrática, porque buscaba conciliar los intereses de distintos grupos presentes en una población (21); y, considerando el margen de actuación reconocido a los Estados en asuntos ligados a la tradición de un país, estimará que con las decisiones adoptadas se logró un justo equilibrio entre los distintos intereses involucrados en el caso, ya que no se prohibió tocar las campanas totalmente, sino que solamente se impuso una restricción delimitada para garantizar el descanso nocturno de los vecinos, por lo que puede considerarse razonablemente justificada conforme al artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

---

«No podemos obviar, de otro lado, la vertiente religiosa que plantea esta cuestión en tanto que el repique de campanas es utilizado para avisar de las celebraciones litúrgicas y forman parte del acto de culto, lo que determina que la expresión sonora analizada se integre en el derecho fundamental a la libertad religiosa. Ello introduce un nuevo elemento a tener en cuenta puesto que nos encontramos ante un conflicto entre diversos derechos fundamentales proclamados por la Constitución, de un lado el derecho de libertad religiosa y de otro el respeto a la integridad física y psíquica de las personas (artículo 15 CE) y el derecho a la intimidad (Art. 18)».

<sup>(44)</sup> Disponible en <https://wetten.overheid.nl/BWBR0004318/2010-10-10>. Traducción propia.

<sup>(45)</sup> Demanda n.º 2158/12.

(22-23). Estimo que los razonamientos de esta Decisión en torno a las campanadas son perfectamente extensibles a la llamada a la oración, que además está expresamente contemplada en la norma neerlandesa. De modo que habría que concluir que el *adhan* es, como aquellas, una manifestación de la religión, amparada por la libertad religiosa, aunque no exenta de limitaciones en su ejercicio, si se ven afectados los derechos de terceros, por lo que habría que encontrar un equilibrio que salvaguardara ambos<sup>(46)</sup>.

Por su parte, la sentencia de 2020 del Tribunal Administrativo Superior de Renania del Norte-Westfalia, citada más arriba y que resolvió la demanda contra el *adhan*, comparó esta llamada con otras expresiones sonoras de la religión, en concreto con las campanadas, y consideró que les sería aplicable la jurisprudencia que las protege en Alemania. Entiendo que esto debe ser así para recordar, precisamente, que se trata de una manifestación de la libertad religiosa, con la consideración que por ello se le debe. Pero no hay que olvidar que, a menudo, la protección de la que gozan los tañidos de las campanas no se sustenta en su naturaleza de práctica religiosa, sino en otros factores, como la cultura o la tradición, que localmente puede interesar proteger por encima de su vinculación a un derecho fundamental<sup>(47)</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

Se puede argüir, como ha ocurrido con el toque de las campanas, que el recurso al *adhan* ya no es necesario para que el creyente conozca que ha llegado el momento de la oración, porque los relojes permiten a cualquiera conocer la hora, y hoy en día existen incluso aplicaciones específicas que avisan del rezo mediante los dispositivos conectados a Internet. No sería necesario, por tanto, a efectos prácticos, escuchar la voz del muecín para comenzar los rituales prescritos. Sin embargo, su funcionalidad no ha quedado reducida al valor de una tradición vacía de significado, porque el *adhan* es una recitación de contenido religioso que recuerda que hay que disponerse a orar, y de hecho sus palabras ya

<sup>(46)</sup> Como se ha indicado, comparando las campanadas con el *adhan* a la luz de la Decisión de la Corte Europea, se muestra en ella que los rituales de la llamada a la adoración pueden limitarse con moderación, y que no hacerlo significa desconocer el derecho a la protección contra el ruido, que forma parte del derecho al respeto a la vida privada y a la inviolabilidad del domicilio (cfr. T. ŞİRİN, «İnsan Hakları Yöntünden İbadete Çağrı Ritüelleri», en *Bianet*, 9 de noviembre de 2015, disponible en <https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/169060-insan-haklari-yonunden-ibadete-cagri-rituelleri>)

<sup>(47)</sup> Una muestra de ello sería el que la UNESCO haya declarado el toque manual de campanas español Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad, con argumentos en los que apenas se alude a la dimensión religiosa de esta práctica: «A lo largo de los siglos, el toque de campanas ha servido como medio de expresión y comunicación en España, cumpliendo una serie de funciones sociales, desde el intercambio de información, hasta la coordinación, protección y cohesión. Los mensajes codificados transmitidos a través del timbre son reconocidos por las distintas comunidades y ayudan a estructurar la vida local [...]». Cfr. <https://ich.unesco.org/en/RL/manual-bell-ringing-01873>. Traducción propia.

introducen al rito. Siendo ambas incuestionables manifestaciones de la libertad religiosa, probablemente sería más oneroso para el musulmán prescindir de su llamada, que para el cristiano dejar de oír las campanadas –cuyo silencio no impide una liturgia plena–, en la medida en que aquella forma parte del ritual que anuncia. Aunque ello no implica que deba pronunciarse necesariamente con altavoces y desde lo alto de un minarete, colmando con su sonoridad todo el espacio público.

La diversidad religiosa es ya una característica de la sociedad occidental, y no se puede exigir a nadie que renuncie al ejercicio de su libertad religiosa si no es por motivos de orden público. Creo que en este punto sería preciso guiarse por una cierta flexibilidad, de modo que, partiendo del reconocimiento del *adhan* como una manifestación de libertad religiosa de la comunidad islámica, es decir, partiendo de la protección que merece por este valor, habrá que aplicarle exenciones semejantes a las que suelen disfrutar las campanadas, pero tomando en consideración el supuesto concreto que puede obligar a restricciones puntuales como bajar el volumen o reducir algunos horarios si se afecta significativamente a terceros. También habría que atender, desde mi punto de vista, a su utilidad práctica real, ya que, siendo una llamada a orar o a acudir a la mezquita, debe existir una comunidad a la que se convoca y que puede prestar atención a la llamada; si esa comunidad no existe, es mínima, o está dispersa o apartada del punto de emisión del *adhan*, sería problemático defender su emisión pública con altavoces, sobre todo en un contexto de cierto rechazo.

Es indudable que no todas las medidas de favor que suelen reconocerse hacia las campanas podrán extenderse en la práctica al *adhan*, pues la realidad nos dice que con frecuencia la protección que se dispensa a aquellas y a su tañido no es por su valor religioso, sino por su dimensión cultural o tradicional, lo que no se vería igual en una práctica tan novedosa y alejada de las costumbres occidentales como es la llamada islámica a la oración. En cualquier caso, como se ha puesto de manifiesto también en muchos ejemplos estudiados, la mejor solución parece siempre el llegar a acuerdos entre las partes concernidas dentro de las comunidades locales afectadas, acuerdos que suelen favorecer la normalización de una práctica todavía extraña entre nosotros pero que no por ello se debe impedir. El reconocimiento y la normalización no acabarán, de todas formas, con los conflictos, porque, como vemos en lugares donde el amparo legal es claro, como los Países Bajos, o donde el islam es mayoritario, los problemas de contaminación acústica sustituyen a los de tipo cultural, pero al menos no se cuestiona el ejercicio de la libertad religiosa.



## BIBLIOGRAFÍA

- AYDAR, H. y GÖKKİR, N. «Discussions on the Language of Prayer in Turkey: A Modern Version of the Classical Debate», en *Turkish Studies*, 8 (2007), pp. 121-136.
- BILGÜ, I., «Was bedeutet der Gebetsruf aus religiöser Sicht?», en *Islamiq*, 15 de octubre de 2021, disponible en <https://www.islamiq.de/2021/10/15/was-bedeutet-der-gebetsruf-aus-religioeser-sicht/>
- EFRON, Y., LeBaron, M., Senbel, M. y Wattad, M. S. «Like a Prayer? Applying Conflicts with Religious Dimensions Theory to the “Muezzin Law” Conflict», en *Washington University Journal of Law & Policy*, 63 (2020), pp. 119-142.
- GÓMEZ, L. *Diccionario de islam e islamismo*, Trotta, Madrid, 2019.
- HAENNI, P. y Lathion, S. (dirs.). *Los minaretes de la discordia. Pistas para superar la islamofobia*, Icaria, Capellades (Barcelona), 2010.
- JIMÉNEZ-AYBAR, I. *El Islam en España. Aspectos institucionales de su estatuto jurídico*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2004.
- LARSSON, G. «Mosques as part of history, or something new? The institutionalisation of Islam and Muslims in the Nordic and Baltic countries», en Stefano Allievi (ed.), *Mosques in Europe. Why a solution has become a problema*, Alliance Publishing Trust, London, 2010, pp. 373-381.
- LEONE, M., «Hearing and Belonging: On Sounds, Faiths and Laws», en Bhatia, V. K., Hafner, C. A., Miller, L. y Wagner, A. (eds.), *Transparency, Power. Perspectives on Legal Communication, and Control*, Routledge, 2012, Londres y Nueva York, pp. 183-198.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á. «El ejercicio de la libertad de culto y sus manifestaciones sonoras en América Latina», en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 8 (2022), pp. 1-26.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á. *Sonidos sagrados. Ruido y manifestaciones sonoras de la libertad religiosa*, Dykinson, Madrid, 2021.
- ROBBERS, G. *Religion and law in Germany*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2.ª ed. 2013.
- SCHWARZ, O. «Arab Sounds in a Contested Space: Life Quality, Cultural Hierarchies and National Silencing», en *Ethnic and Racial Studies*, 37 (2014), pp. 2.034-2.054.
- SHAVIT, U. y Spengler, F. «For Whom the Bell Tolls? Contesting the Adhans in Majority Non-Muslim Societies», en *Journal of Muslim Minority Affairs*, vol. 36, n.º 4 (2016), pp. 447-464.
- ŞİRİN, T. «İnsan Hakları Yönünden İbadete Çağrı Ritiüelleri», en *Bianet*, 9 de noviembre de 2015, disponible en <https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/169060-insan-haklari-yonunden-ibadete-cagri-rituelleri>
- WEINER, I. *Religion out loud. Religious sound, public space, and American pluralism*, New York University Press, New York and London, 2014.

# Dignidad, libertad religiosa y neutralidad ideológica en los movimientos olímpico y paralímpico\*

ELENA GARCÍA-ANTÓN PALACIOS

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Los valores superiores del movimiento olímpico. 2.1 Dignidad, igualdad y neutralidad ideológico-religiosa en la Carta Olímpica. 2.2 El respeto a la dignidad de los deportistas y el deber de neutralidad en la Constitución y el Código Ético del Comité Paralímpico Internacional. 3.- El derecho de libertad religiosa en la carta olímpica. 4.- Las federaciones deportivas y la acomodación de las creencias religiosas. 4.1 Estatutos de las Federaciones. 4.2 Reglamentos deportivos. 5.- Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde el origen de los Juegos Olímpicos en la antigua Grecia, las competiciones que se celebraban en la ciudad de Olimpia estaban profundamente marcadas por el carácter religioso que las motivaba, ya que las mismas se realizaban para dar culto a los dioses griegos<sup>(1)</sup>. A día de hoy,

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación PID2020-119089RB-I00/MICIN/AEI/10.13039/501100011033, *La gobernanza global del deporte. Lex Sportiva y autonomía. Del Soft Law a los derechos*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación, cuyo investigador principal es el Prof. José Luis Pérez Triviño.

<sup>(1)</sup> M.<sup>a</sup>. E. MARTÍNEZ GORROÑO, «Las primeras ediciones de los Juegos Olímpicos: Coubertin y sus circunstancias», en F. GARCÍA ROMERO, y B. HERNÁNDEZ GARCÍA, (eds.), *In corpore sano. El deporte en la Antigüedad y la creación del moderno Olimpismo*, UA Ediciones, Madrid, 2005, p. 248; C. DURÁNTEZ, *El Olimpismo y la paz*, en C. DURÁNTEZ *et al.*, (coords.), «De re olímpica, Centro de Estudios Olímpicos de la EHU/UPV», 2005, pp. 19-20; M. PASTOR MUÑOZ y M. VILLENA PONSODA, *Religión, política y deporte en*

revisando los últimos Juegos Olímpicos disputados en Tokio durante el verano de 2021 y con vista en los propios que se están preparando en París para el año 2024, el factor religioso aparece ligado no al propio sentido competitivo y organizativo de los Juegos, sino en torno al ejercicio del derecho de libertad religiosa y de conciencia de los deportistas que compiten en los terrenos de juego.

Por tanto, el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa y de conciencia se convierte en el foco principal donde todos los actores que intervienen en la organización de los Juegos Olímpicos y Paralímpicos, y las competiciones que en ellos se desarrollan han de centrar su atención para que ningún deportista sea discriminado por motivo de sus creencias religiosas, tanto dentro como fuera de los terrenos de juego.

Junto a ello, para mantener vivos los valores propios del deporte, esto es, esfuerzo, superación, juego limpio, etc., se torna imprescindible que en el ecosistema deportivo, todos los sujetos que lo conforman puedan realizar sus respectivas tareas de forma autónoma y libre. De forma especial, veremos de qué manera tanto el Comité Olímpico Internacional como el Comité Paralímpico Internacional velan a través de sus normas y órganos propios para que los valores superiores del Movimiento Olímpico y los propios del Paralímpico sean el pilar fundamental que sostenga la excelencia y la nobleza de las competiciones deportivas.

Dentro del marco de neutralidad ideológica-religiosa, aparece el derecho de libertad religiosa y de conciencia de los deportistas cuando saltan a la cancha, la pista o el terreno de juego, por cuanto, a partir de entonces, deben acatar las normas de juego que las correspondientes Federaciones internacionales disponen en el caso de los deportes olímpicos y paralímpicos. Bajo esta premisa, analizaremos algunos de los Reglamentos de juego más importantes, teniendo en cuenta el número de seguidores. En concreto, estudiaremos los Reglamentos del fútbol, baloncesto y balonmano en el deporte convencional, y el atletismo y la natación en los deportes paralímpicos, para comprobar si han incorporado a sus articulados la posibilidad de que los deportistas porten en su ropa o en sus equipamientos deportivos símbolos religiosos.

Por último, apuntaremos una serie de conclusiones que nos permitirán valorar el grado de respeto a la dignidad y el derecho de libertad religiosa de los deportistas en toda circunstancia, no sólo durante los partidos o su participación en una competición, sino, también, antes de entrar a ella y en los espacios alrededor de los cuáles también ejercen su labor, por ejemplo, la villa olímpica, las salas de prensa, redes sociales, etc.

---

*la Antigüedad Clásica*, en M. PASTOR MUÑOZ, M. VILLENA PONSODA y J. L. AGUILERA GONZÁLEZ, (eds.), *Deporte y Olimpismo*, Editorial Universidad de Granada, 2007, pp. 13-14.

## 2. LOS VALORES SUPERIORES DEL MOVIMIENTO OLÍMPICO

Dentro del Movimiento Olímpico, el texto normativo que contiene la Carta Olímpica es la fuente primaria del ordenamiento jurídico olímpico, es decir, es considerada como la Carta Magna que rige el ecosistema deportivo de los Juegos Olímpicos.

Respecto al valor jurídico, su fuerza normativa se desarrolla en el Derecho privado, si bien, quedan vinculados a la Carta Olímpica, por un lado, todos los sujetos que voluntariamente entran a formar parte del Movimiento Olímpico y, por otro, aquellos poderes públicos de los Estados que permitan la coexistencia de la Carta, junto a su propia legislación dentro del ordenamiento jurídico interno.

Desde la aprobación de la primera publicada en 1908 a partir de las líneas marcadas por Pierre de Coubertin, la Carta Olímpica ha sabido adaptarse a las necesidades de cada momento, por lo que se trata de un texto vivo sujeto a modificaciones que permitan acomodarse a las nuevas realidades que marca el devenir del deporte, máxime cuando se trata de competiciones internacionales en las que pueden participar deportistas de todos los Estados y pueden ser retransmitidas y vistas por todos los públicos de cualquier región del mundo.

Meses antes de extenderse la pandemia a causa de la COVID-19, se aprobó el texto vigente de la Carta, con fecha 26 de junio de 2019. En su Introducción se indica que «la Carta Olímpica es la codificación de los principios fundamentales del Olimpismo, de las normas y de los textos de aplicación adoptados por el COI. Rige la organización, la acción y el funcionamiento del Movimiento Olímpico y fija las condiciones de la celebración de los Juegos Olímpicos».

A continuación, se proclama que los valores superiores del Movimiento Olímpico serán los dictados como Principios fundamentales del Olimpismo, lo que significa que han de estar presentes en todas las actividades y prácticas deportivas que se desarrollen en torno al Olimpismo, especialmente, la celebración de los Juegos Olímpicos.

En la descripción de estos principios, en primer lugar, la Carta comienza definiendo qué se debe entender por Olimpismo, esto es, «una filosofía de vida, que exalta y combina en un conjunto armónico las cualidades del cuerpo, la voluntad y el espíritu. Al asociar el deporte con la cultura y la educación, el Olimpismo se propone crear un estilo de vida basado en la alegría del esfuerzo, el valor educativo del buen ejemplo, la responsabilidad social y el respeto por los principios éticos fundamentales universales».

Este primer principio da muestra de la dimensión ética y moral del Movimiento Olímpico en la promoción del deporte a nivel internacional mediante, no sólo la organización y celebración de los Juegos Olímpicos,

sino a través de programas culturales y educativos, como la lucha contra el dopaje, la participación femenina en las competiciones deportivas y las ayudas económicas para los atletas y entrenadores que viven en lugares con dificultades económicas.

Asimismo, dicho principio también se despliega a través de la norma número 5 de la Carta, al referirse a la Solidaridad Olímpica destinada a la ayuda de los atletas que más lo necesiten.

A partir de aquí, para conocer el valor que para el Olimpismo tiene el respeto a la dignidad y los derechos de los deportistas, la propia Carta contempla la elaboración de un Código de Ética basado en los valores y principios englobados en la Carta Olímpica y la creación de una Comisión de Ética dentro del Comité Olímpico Internacional, encargada de velar por su cumplimiento y el respectivo Código Ético del Comité Paralímpico Internacional<sup>(2)</sup> (en adelante, Código Ético del IPC).

## 2.1. Dignidad, igualdad y neutralidad ideológico-religiosa en la Carta Olímpica

A la hora de procurar la acomodación de las creencias religiosas, tal y como ocurre en las demás esferas del ámbito público, se han de tener en cuenta dos principios de actuación determinantes: el principio de igualdad y no discriminación, y el principio de neutralidad ideológica-religiosa de las autoridades encargadas de llevar a cabo dicha acomodación. Además, en nuestro ámbito de estudio, el fin último de buscar tal adaptación se halla en salvaguardar el derecho de libertad religiosa de los atletas olímpicos y paralímpicos, en lo concerniente al derecho de manifestar o no sus creencias religiosas en las pistas o campos de juego y fuera de ellas<sup>(3)</sup>. Por tanto, como derecho fundamental, se torna también imprescindible la consideración y el respeto de la dignidad de la persona por ser el fundamento de todos los derechos humanos.

Para entender el alcance de los postulados de la Carta Olímpica, debemos indicar que dentro de las funciones que la Carta asigna al Comité Olímpico Internacional se encuentran cuatro especialmente relevantes en torno a la acomodación de las creencias religiosas, en la medida en la que conectan con los principios de neutralidad política e igualdad y no discriminación. La primera de ellas apunta la necesidad de «adoptar medidas para reforzar la unidad del Movimiento Olímpico, proteger su independencia, mantener y

<sup>(2)</sup> Conocido por sus siglas en inglés, IPC.

<sup>(3)</sup> I. BRIONES MARTÍNEZ, «La libertad religiosa en los deportistas. Una cuestión de conciencia», en S. MESEGUER VELASCO y E. GARCÍA-ANTÓN PALACIOS (dirs.), *Deporte, diversidad religiosa y derecho*, Aranzadi, 2020, pp. 23-59.

promover su neutralidad política, y salvaguardar la autonomía del deporte», lo cual resulta especialmente relevante para cumplir con la segunda, esto es, mantener relaciones de cooperación «con las organizaciones públicas y privadas, así como con las autoridades competentes, a través de sus dirigentes, con objeto de poner el deporte al servicio de la humanidad, promoviendo así la paz». Las dos siguientes se refieren a la obligación del COI de «oponerse a todo tipo de discriminación que afecte al Movimiento Olímpico y a todo abuso político o comercial del deporte y de los atletas».

A continuación, y como era de esperar a la luz de los valores fundamentales que sustentan la Carta Olímpica, el Movimiento Olímpico entabla una estrecha relación con la dignidad del ser humano, ya que la Carta apunta como objetivo principal «poner siempre el deporte al servicio del desarrollo armónico del ser humano, con el fin de favorecer el establecimiento de una sociedad pacífica y comprometida con el mantenimiento de la dignidad humana».

En consecuencia, como instrumento para hacer eficaz dicha declaración, la norma 22 de la Carta Olímpica contempla la creación de la Comisión de Ética del COI, que «se encarga de definir y actualizar un marco de principios éticos, que incluyen un Código de Ética, basado en los valores y principios englobados en la Carta Olímpica, de la que dicho Código forma parte». En cumplimiento de este precepto, en 2018, se aprobó por la Comisión, el Código Ético, cuya misión será proteger los derechos de todos los sujetos pertenecientes al Movimiento Olímpico, al tiempo que profundiza en el compromiso por el respeto a los derechos humanos reconocidos en los Convenios Internacionales.

Por todo ello, la norma número 1 del Código resulta de especial importancia para nuestro estudio, por cuanto enlaza el respeto por la dignidad de la persona, la no discriminación y la neutralidad ideológica del Movimiento Olímpico. En primer lugar, establece el respeto por el principio de neutralidad política y la cooperación con las autoridades de los Estados, conservando en tales relaciones el principio de autonomía, es decir, que en el mantenimiento de estas relaciones entre el Estado y las organizaciones deportivas en el seno del Movimiento Olímpico, éstas podrán controlar y establecer libremente las normas del deporte, determinar la estructura y gobernanza de sus organizaciones, disfrutar del derecho a elecciones libres de toda influencia externa y la responsabilidad de garantizar la aplicación de los principios de buena gobernanza.

Asimismo, como más adelante veremos, este principio conecta con la norma 50 de la Carta Olímpica que prohíbe cualquier manifestación y propaganda política, religiosa o racial, al objeto de procurar que los Juegos Olímpicos no se transformen en una plataforma de promoción de ciertos

fines políticos o cualquier otro que suponga la desvirtuación de los fines y el espíritu olímpicos.

Respecto al principio de igualdad y no discriminación, la Carta Olímpica lo articula en la norma número 4 que dispone que «toda persona debe tener la posibilidad de practicar deporte sin discriminación de ningún tipo y dentro del espíritu olímpico». Igualmente, el principio número 6 extiende el alcance de este principio a todos los derechos y libertades que la Carta reconoce, por lo que su disfrute «debe garantizarse sin ningún tipo de discriminación, ya sea por raza, color, sexo, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, riqueza, nacimiento u otra condición».

Es así como entre todos los organismos que constituyen el Movimiento Olímpico, y las organizaciones, atletas y demás personas que se ajusten a la Carta Olímpica, no se permite otorgar un trato diferente a aquellos que se encuentran en situaciones similares, en función de sus creencias, ideología, raza, o cualquier otra condición.

Junto a ello, el Código Ético asienta, por un lado, el debido respeto a las Convenciones internacionales sobre protección de los derechos humanos<sup>(4)</sup> en la medida en que se aplican a las actividades de los Juegos Olímpicos y, de forma concreta, se insta a la protección particular por el respeto por la dignidad humana y el rechazo de cualquier tipo de discriminación por cualquier motivo, incluyendo la religión.

Sin lugar a dudas, y sobre la base del paradigma normativo respecto al reconocimiento de los derechos fundamentales que supone la Declaración Universal de Derechos Humanos en la que los treinta artículos que la conforman se fundamentan en la dignidad intrínseca de cada persona<sup>(5)</sup>, el respeto a los demás y la igualdad de todas ellas como expresión del reconocimiento de su dignidad, son valores y principios que deben formar parte de la filosofía olímpica en la que confluyen conforme a la propia Carta Olímpica, deporte, educación y cultura. De igual modo, el valor de la dignidad humana y el respeto por los demás se ajustan perfectamente al espíritu olímpico que exige «comprensión mutua, espíritu de amistad, solidaridad y juego limpio».

De esta manera, si hay algún atleta o persona integrante de la organización de los Juegos Olímpicos que considere que ha sido víctima de algún tipo de discriminación por razón de su religión o de cualquier otra índole,

<sup>(4)</sup> Una relación de los textos internacionales que recogen los derechos y libertades fundamentales del hombre, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx> (Última consulta, 30 de noviembre de 2022).

<sup>(5)</sup> Preámbulo de la DUDH: «En tanto que el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo». Sobre la redacción de la DUDH y la inclusión del término «dignidad», *vid.* P. PALLARES YABUR, «La justificación racional de los derechos humanos en los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos», *Persona y Derecho* 68 (2013), pp. 139-158.

tiene una norma que le ampara y un Comité al que elevar su queja, que podrá proponer la sanción correspondiente al Comité Ejecutivo del COI.

## 2.2. El respeto a la dignidad de los deportistas y el deber de neutralidad en la Constitución y el Código Ético del Comité Paralímpico Internacional

El 24 de agosto de 2022 se hizo efectiva la Constitución del Comité Paralímpico Internacional (en adelante, IPC)<sup>(6)</sup>, cuyo artículo 1 dispone que el IPC es el organismo rector mundial del Movimiento Paralímpico, que comprende el IPC, sus miembros, las Federaciones internacionales y cualquier otro sujeto que participe en el deporte paralímpico o en la promoción, organización y desarrollo del mismo.

Ante ello, la misión del IPC es liderar el Movimiento Paralímpico, supervisar el desarrollo de los Juegos Paralímpicos y apoyar a los miembros del IPC para que hagan posible que los deportistas paralímpicos alcancen la excelencia deportiva<sup>(7)</sup>. Para alcanzar este objetivo general, uno de los propósitos específicos es promocionar el deporte paralímpico sin ningún tipo de discriminación, entre otras, por razón de la discapacidad, la raza, el origen étnico o racial, la edad, el sexo, la orientación sexual, por opiniones políticas o por razón de religión o creencias religiosas<sup>(8)</sup>. Además, es también objeto del trabajo del IPC, promocionar las relaciones internacionales con los Gobiernos y organizaciones internacionales y no gubernamentales para apoyar el Movimiento y el deporte paralímpico por todo el mundo<sup>(9)</sup>, lo cual debe llevarse a cabo respetando el principio de neutralidad política e imparcialidad y preservando la independencia y autonomía del Movimiento Paralímpico, al margen de cualquier intervención o influencia externa<sup>(10)</sup>.

Conforme a la labor educativa y el ejemplo que suponen los deportistas paralímpicos, se determinan también como objetivos del IPC, por un lado, apoyar actividades educativas y culturales que sirvan para la promoción del Movimiento Paralímpico, ahondando en la mejora de la concienciación sobre la discapacidad e impulsar la inclusión social y, por otro, asegurar que prevalece el *fair play*, la seguridad y la salud de los atletas, así como que los principios éticos fundamentales se mantienen<sup>(11)</sup>.

Ahondando en los deberes de los miembros del IPC, el artículo 13 prescribe la forma de actuación de estas personas, indicando que ejercerán sus

<sup>(6)</sup> Por sus siglas en inglés.

<sup>(7)</sup> Art. 3.2, *International Paralympic Committee Constitution*.

<sup>(8)</sup> *Idem*, artículo 4.2.3.

<sup>(9)</sup> *Idem*, artículo 4.2.5.

<sup>(10)</sup> *Idem*, artículo 4.2.11 y 4.2.12.

<sup>(11)</sup> *Idem*, artículo 4.2.6 y 4.2.8.



labores de forma autónoma, con independencia de injerencias de terceros, asegurando, respecto a la neutralidad político-religiosa, que no se realizará ningún tipo de interferencia de carácter político, religioso o por parte de algún Estado<sup>(12)</sup> y asegurando la neutralidad e imparcialidad en materia política<sup>(13)</sup>.

De igual manera, desde la perspectiva de la no discriminación, se prohíbe llevar a cabo ningún acto de discriminación por ningún tipo de razón, incluyendo la religión o las creencias religiosas<sup>(14)</sup>.

Teniendo en cuenta que el Movimiento Paralímpico se refiere al deporte practicado por atletas con discapacidad, cabe citar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CDPC), ya que el artículo 4.2.14 de la Constitución del IPC, promueve la implementación y la defensa de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y los tratados y principios relacionados. En consecuencia, cabe considerar que los derechos reconocidos en la CDPC son de aplicación dentro del Movimiento Paralímpico, entre ellos, el principio de no discriminación, la igualdad de oportunidades y el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas (art. 3 CDPC), así como la adopción de medidas oportunas para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión (art. 21 CDPD).

Siguiendo con la búsqueda de mecanismos de protección de los derechos de los deportistas paralímpicos, especialmente, con relación a la dignidad y la igualdad, en junio de 2013, el Comité Paralímpico Internacional aprobó el Código Ético del IPC, cuya finalidad es velar por los intereses, prioridades y oportunidades de los atletas paralímpicos para que participen en competiciones justas. Este Código Ético se aplica a los Juegos Paralímpicos, a todas las competiciones organizadas o reguladas por el IPC y a cualquier otro evento o actividad del Comité y prevalece sobre cualquier práctica, tradición o costumbre local o nacional.

Además, de forma particular, los miembros de la Familia Paralímpica deben regirse por las normas éticas dispuestas en el Código, destacando en esta ocasión, la protección de la dignidad del individuo y del deporte, la lucha contra la discriminación, la salvaguarda de los intereses y oportunidades de los atletas de participar en competiciones justas y la protección del equilibrio y la salud mental y física de los atletas.

El Código Ético también atiende al deber de neutralidad ideológica-religiosa de todos los actores que intervienen en la organización y celebración

---

<sup>(12)</sup> *Idem*, art. 13.2.15.

<sup>(13)</sup> *Idem*, art. 13.2.16.

<sup>(14)</sup> *Idem*, art. 13.2.13.

de los Juegos Paralímpicos y demás actividades de la Familia Paralímpica. En concreto, se formula el deber de abstención de utilizar los Juegos Paralímpicos y el Movimiento Paralímpico para promover programas políticos que no tengan que ver con el progreso del deporte de personas con discapacidad y con la democracia, el fortalecimiento, la igualdad y la protección de los derechos humanos. En otras palabras, ha de velarse por el cumplimiento del principio de neutralidad ideológica por parte de todas las organizaciones que constituyen el Movimiento Paralímpico en el ámbito de sus respectivas actuaciones.

Como mecanismo de tutela de las normas éticas que dispone el Código Ético, entre otras conductas, se define como «conflicto de interés» el caso en el que exista una implicación personal y/o material (salario, acciones, servicios, préstamos o cualquier otro beneficio) con patrocinadores, proveedores, vendedores o contratistas. Como pauta para ponderar los intereses de todas las partes, el Código Ético aclara que «toda relación con socios, colaboradores y patrocinadores deberá estar motivada por un espíritu de promoción de los atletas paralímpicos y los deportes paralímpicos dentro de un marco de juego limpio y de cumplimiento de los valores e ideales paralímpicos».

Por su parte, los deportistas paralímpicos deben ajustar su conducta a las normas dispuestas en el Código Ético. Para ello, la norma número 6 dispone cuál es el Código de Conducta para los atletas, debiendo participar en los eventos, competiciones y actividades paralímpicas movidos por un espíritu puro de juego limpio y gloria deportiva y respetar el rendimiento de sus contrincantes sin provocarles obstrucciones ilegales, daños o lesiones físicas.

En aplicación del principio de igualdad y juego limpio que ha de manifestarse tanto en los momentos de competición como en todos aquellos que forman parte de la difusión del Movimiento Paralímpico, resulta esencial conocer y respetar el proceso de clasificación del IPC, por lo que nos detenemos en las normas del Código Ético que aluden a estos procesos.

El proceso de clasificación de los deportistas paralímpicos busca, en esencia, mantener la igualdad de oportunidades de los atletas en las competiciones. De forma específica, el objetivo de los paneles de clasificación es agrupar a los atletas en clases deportivas, es decir, determinar quién compete en cada disciplina paralímpica, teniendo en cuenta de qué manera repercute la discapacidad a la actividad deportiva que se pretende realizar.

En este sentido, como medida de protección de la dignidad de los deportistas, los apartados 7 y 8 del «Código de clasificación del IPC» de 2015, disponen que cada Federación Deportiva Internacional debe tener políticas y procedimientos establecidos para garantizar que los datos para

la clasificación se manejen de forma segura y confidencialmente, asegurándose que se está cumpliendo con los estándares de protección de datos, ya que los datos mínimos que se van a manejar se refieren al nombre, el género, la edad, el lugar de nacimiento y la disciplina y categoría deportiva<sup>(15)</sup>.

Asimismo, para salvaguardar la igualdad, el Comité presenta modelos o reglas de buenas prácticas que establecen que la conducta engañosa que comprometa el resultado de la evaluación en la clasificación funcional de los atletas estará sujeta a una sanción disciplinaria. En concreto, se define la responsabilidad por «tergiversación intencionada» en el caso de que «un atleta tergiversar de forma intencionada sus aptitudes y/o capacidades y/o el grado o la naturaleza de una discapacidad física, visual o intelectual en un panel de clasificación durante la evaluación de los atletas, con la intención de engañar o inducir a error a dicho panel de clasificación».

Por último, como medida de respeto a la dignidad de los deportistas, el Código Ético del IPC determina cuál es la conducta que deben mantener los jueces y oficiales antidopaje en su labor, mencionando expresamente la necesidad de respetar la dignidad de los atletas. En concreto, la norma 8.4 dispone que «los jueces y oficiales deberán respetar a todos los atletas y entrenadores y asegurarse de que exista una actitud educada durante el proceso de clasificación y las pruebas de control antidopaje. Deberán velar por la confidencialidad de la información sobre los atletas y respetar la dignidad de los mismos».

### 3. EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN LA CARTA OLÍMPICA

Para estudiar el valor que la Carta Olímpica ofrece al derecho de libertad religiosa debemos acudir a la norma 50 en la que se regula el uso de la publicidad y la propaganda, así como el alcance de la libertad de expresión por parte de los deportistas. De forma específica, se indica que «no se permitirá ningún tipo de manifestación ni propaganda política, religiosa o racial en ningún emplazamiento, instalación u otro lugar que se considere parte de los emplazamientos olímpicos». De este modo, llevado a la práctica, esta norma postula que no se permite ninguna clase de manifestación verbal o simbólica con carácter político, religioso o racial en los lugares y

---

<sup>(15)</sup> Tal es la importancia del Código de Clasificación de Atletas, que el *Plan Estratégico del IPC 2019-2022* define como objetivo su implementación en todo el mundo, abordando los desafíos a largo plazo en esta materia. Documento disponible en [https://www.paralympic.org/sites/default/files/2019-08/2019\\_07\\_01%20IPC%20Strategic%20Plan%20Spanish.pdf](https://www.paralympic.org/sites/default/files/2019-08/2019_07_01%20IPC%20Strategic%20Plan%20Spanish.pdf) (última consulta, 30 de noviembre de 2022).

centros donde se lleven a cabo las competiciones deportivas, la Villa Olímpica y las ceremonias de podios, apertura y clausura de los Juegos.

Por el contrario, los atletas sí podrán expresarse en este sentido en ruedas de prensa y entrevistas, tanto en las zonas mixtas como en el centro de prensa, en medios de comunicación y redes sociales, y en reuniones de equipo. No obstante, el COI aclara que «expresar puntos de vista es diferente de protestas y manifestaciones».

Conforme a la acomodación de las creencias religiosas debemos considerar que la religión es un elemento esencial de la identidad de los atletas creyentes y de su concepción de la vida, por cuanto el testimonio, en palabras o actos, se encuentra unido a la existencia de tales convicciones. Además, el derecho de libertad religiosa ampara tanto el derecho a profesar en el foro interno tales creencias, como a manifestarlas en público o en privado, sin perjuicio de que en su dimensión externa se puedan imponer algunos límites como, por otra parte, ocurre con otros derechos fundamentales. Por tanto, atendiendo al espíritu de la Carta Olímpica, la limitación de manifestar libremente las convicciones religiosas puede entenderse como medio para mantener el Movimiento Olímpico dentro de un espacio neutral frente a posibles injerencias, alteraciones o manipulaciones de los valores que deben impregnar las competiciones olímpicas, por lo que será necesaria una ponderación de intereses en cada caso, ya sea para adoptar una norma que restrinja la posibilidad de manifestar las creencias religiosas o para proponer una sanción a un deportista, para que el derecho fundamental no sea restringido de forma arbitraria.

Para ello, podemos relacionar la norma 50 de la Carta Olímpica con los límites de la libertad religiosa, los cuáles, conforme a las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos, quedan situados en el respeto a la seguridad, la salud y la moral públicas, y los derechos y libertades de los demás. En todo caso, estos límites únicamente pueden ser establecidos por ley, deben ser necesarios para lograr el fin legítimo previsto y ser respetuosos con el contenido básico del derecho fundamental restringido.

De este modo, para aplicar de la norma 50 se deben analizar los intereses en juego para determinar en cada caso particular, cuál ha de prevalecer, ya que es posible que esta norma, en principio neutral, en su lucha por preservar los Principios o Valores Fundamentales del Olimpismo, pueda entrar en conflicto con la conciencia de los deportistas que elijan y profesen ciertas opciones religiosas. Llegado el momento de investigar los hechos susceptibles de implicar una medida o sanción por parte del órgano competente del COI –Sesión, Comisión Ejecutiva del COI o Comisión de Disciplina –, es necesario someter el caso a la debida proporcionalidad entre la importancia del objetivo de la norma y la gravedad de los efectos derivados de su aplicación. En consecuencia, por un lado, se ha de tener en cuenta que el

derecho de libertad religiosa debe ser restringido en la menor medida posible y, por otro, se debe acreditar que el medio escogido para limitar el derecho es el más razonable y menos lesivo para el ejercicio del derecho fundamental.

En la historia de los Juegos Olímpicos de la era moderna son conocidos los casos en que algunos atletas desafiaron la norma 50 en relación, fundamentalmente, a la prohibición de manifestaciones políticas. Entre ellos, destaca la imagen en los Juegos Olímpicos de México de 1968 de Tommie Smith y John Carlos levantando el puño en el que llevaban un guante negro durante la ceremonia de entrega de medallas en las que habían ganado respectivamente, el oro y el bronce en la carrera de 200 metros. Además, en los últimos Juegos celebrados en Río de Janeiro en el año 2016, el atleta etíope Feyisa Lilesa, entró segundo en la línea de meta del maratón, cruzando los brazos por encima del pecho para protestar contra la represión del Gobierno de su país hacia los «oromo», el grupo étnico al que pertenece, de mayoría cristiana.

En los últimos Juegos Olímpicos de Tokio 2020, si bien celebrados en el año 2021, debido a la pandemia por la COVID-19, la organización había previsto diversos mecanismos para la acomodación de las creencias religiosas. El primero, para facilitar que los atletas y visitantes musulmanes pudieran cumplir con los momentos de oración prescritos por las normas religiosas y solventar la falta de infraestructuras que lo hicieran posible, la compañía «Yasu Project», creó una mezquita-móvil construida en el interior de un camión. El acceso a su interior se realizaba a través de unas escaleras. Una vez dentro, los creyentes se encontraban con una sala de oración, en la que podían reunirse hasta 50 personas. Además, por ser uno de los ritos indispensables antes de la oración, en la entrada se encontraban los elementos necesarios para la purificación de los fieles.

Y, en segundo lugar, cabe destacar la preocupación por parte del Comité Organizador de los Juegos por adecuar la alimentación de los atletas provenientes de diferentes países y regiones del mundo. Para ello se dispuso la «Estrategia Básica sobre servicios de alimentos y bebidas», cuya finalidad era que, a la hora de proveer estos servicios a los ciudadanos extranjeros, estos no se sientan intimidados por las distintas costumbres y las diferencias culturales y religiosas. Por ello, prestaron especial atención al concepto de «omotenashi» que hace referencia a la hospitalidad japonesa. Asimismo, la Estrategia contempla que se prestará especial atención a las características culturales y religiosas para garantizar la aceptación y el respeto de todas las diferencias basadas en la raza, religión, discapacidad física o intelectual, o cualquier otra.

Los lugares principales donde Tokio 2020 proporcionó servicios de alimentos y bebidas son recintos deportivos –estadios, gimnasios, parques,

etc.—, donde tuvieron lugar las competiciones deportivas. Además de estos lugares, también se implementaron planes para proporcionar comidas en otros emplazamientos, incluidos aquellos en los que el personal organizador trabajó en operaciones relacionadas con los Juegos. De este modo, todas las instalaciones y áreas que son responsabilidad de Tokio 2020 debían cumplir con las normas estipuladas en este documento, en cuanto a la seguridad de los alimentos, la adopción de medios para seguir manteniendo el servicio de comidas en caso de desastres naturales y, naturalmente, las dietas de los atletas que les permitiera mantener la condición física óptima durante el período de los Juegos para rendir al máximo posible, poniendo en este punto el mayor énfasis en la consecución de medidas que permitan la acomodación de las creencias religiosas.

En concreto, en la elaboración de los menús que se ofrecieron a los atletas, se tuvieron en cuenta no solo los requisitos nutricionales a los que están acostumbrados los deportistas, sino también los diferentes hábitos culturales y religiosos para adaptar los menús en la medida de lo posible. En consecuencia, el documento informaba de que se proporcionarán varios menús para responder a las necesidades de las personas religiosas, vegetarianas o con otras costumbres dietéticas. Además, la información sobre cada uno de estos menús debía ser accesible para los atletas, entrenadores y demás personal del equipo. Finalmente, para contribuir al ajuste personal de la dieta de cada uno, se estipulaba que se han de preparar diferentes condimentos para permitir a los atletas adaptar la comida a sus propios gustos y costumbres.

Asimismo, para ayudar a los atletas a adecuar los horarios de las competiciones a sus comidas, el comedor principal de la Villa Olímpica estaba abierto las 24 horas del día para que pudieran hacer uso del mismo en cualquier momento. Esta medida también contribuye a acomodar las creencias religiosas de los atletas, ya que algunas religiones regulan no sólo la dieta, sino también los lapsos de tiempo en que pueden consumirse los alimentos. Con estas medidas se favorece la igualdad entre los atletas, evitando algunas situaciones de discriminación o desventaja para aquellos que desean cumplir con las prescripciones dietéticas que regula su religión, ya sea por la obligación o prohibición de consumir ciertos alimentos o por guardar el debido ayuno durante ciertos periodos de tiempo.

Por último, cabe apuntar que la prohibición de manifestaciones religiosas no alcanza al uso de vestimentas religiosas durante las competiciones deportivas, a la Villa Olímpica y a las ceremonias de entrega de medallas, apertura y clausura de los Juegos, por lo que pasamos en el apartado siguiente a analizar algunos de los Reglamentos de distintos deportes que han aprobado normas que permiten la acomodación de las creencias religiosas de los deportistas con relación a la ropa con la que compiten en los terrenos de juego.

## 4. LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS Y LA ACOMODACIÓN DE LAS CREENCIAS RELIGIOSAS

### 4.1. Estatutos de las Federaciones

La norma 25 de la Carta Olímpica orienta la relación de las Federaciones Internacionales<sup>(16)</sup> (en adelante, FI) con el COI, de tal modo, que establece la potestad del COI para reconocer en calidad de Federaciones Internacionales a organizaciones no gubernamentales internacionales que rijan uno o varios deportes en el plano mundial y, por extensión, a organizaciones reconocidas por la FI como rectoras de estos deportes en el plano nacional, con objeto de desarrollar y promover el Movimiento Olímpico.

Junto a ello, la norma 26 de la Carta se refiere a la misión y función de las FI entre las que cita que se deben establecer y aplicar, de acuerdo con el espíritu olímpico, las reglas relativas a la práctica de sus respectivos deportes y velar por su aplicación». Esta afirmación resulta congruente con el papel que la propia Carta asigna a las FI en los Juegos Olímpicos al hacerlas responsables del control y la dirección de su deporte durante la celebración de los mismos.

De igual manera, la Carta dispone que los estatutos, prácticas y actividades de las Federaciones Internacionales en el seno del Movimiento Olímpico han de ser conformes a la Carta Olímpica, sin perjuicio de que cada FI conserve su independencia y su autonomía en la gobernanza de su deporte. En otras palabras, no hay obligación de que el COI apruebe los Estatutos de las Federaciones Internacionales, pero su contenido debe confluir con la Carta Olímpica.

A partir de aquí, en relación con los Principios Fundamentales de la Carta, en concreto, el principio de igualdad y no discriminación, se detecta que los Estatutos de la mayoría de las Federaciones Internacionales incorporan la prohibición de no discriminación por causa alguna, incluyendo por motivos religiosos. Sirvan como ejemplo, los Estatutos de la Federación Internacional de Fútbol (FIFA), el deporte rey<sup>(17)</sup>, que estipulan que «está prohibida la discriminación de cualquier país, individuo o grupo de personas por cuestiones de raza, color de piel, origen étnico, nacional o social, género, discapacidad, lengua, religión, posicionamiento político o de cualquier otra índole, poder adquisitivo, lugar de nacimiento o procedencia, orientación sexual o por cualquier otra razón, y será sancionable con sus-

<sup>(16)</sup> Sobre la regulación internacional del deporte, *vid.*, M. GARCÍA CABA, «Diversidad religiosa y derecho del deporte: introducción al marco jurídico internacional y nacional aplicable», S. MESEGUER VELASCO y E. GARCÍA-ANTÓN PALACIOS (dirs.), *Deporte, diversidad religiosa y derecho*, Aranzadi, 2020, pp. 135-179.

<sup>(17)</sup> R. VALENCIA CANDALJA, *Libertad religiosa y protección de las creencias en el fútbol*, Tecnos, Madrid, 2021.

pensión o expulsión». Asimismo, la FIFA alude al principio de neutralidad ideológica-religiosa cuando afirma que la FIFA se declara neutral en materia de política y religión, contemplando ciertas excepciones cuando se afecte a los objetivos estatutarios de la misma.

En igual sentido, una de las Federaciones Internacionales más comprometidas con el principio de igualdad es la Federación Internacional de Balonmano (en adelante, IHF) que establece la obligación de que los organizadores de eventos oficiales de la IHF tengan que realizar una declaración comprometiéndose a respetar el principio de no discriminación antes de que la propia Federación permita el evento, así como la posibilidad de sancionar a quien vulnere dicho principio de conformidad con las normas sobre sanciones y multas.

En aquellos casos en que no se hace una referencia explícita a la igualdad y la no discriminación en los Estatutos constitutivos de cada Federación, cabe entender que el mandato relativo al cumplimiento u observación de los Principios Fundamentales del Movimiento Olímpico que acogen la no discriminación es suficiente para concebir como vinculante dicho principio.

#### 4.2. Reglamentos deportivos

Una de las principales tareas de las Federaciones, ya sean reguladoras de deportes convencionales como paralímpicos, es la aprobación de los Reglamentos con las normas de juego de cada una de las modalidades deportivas. La función principal de la promulgación y observancia de unas reglas de juego se corresponde con el fomento de la deportividad y el *fair play*, a la vez que se facilita que tanto los jugadores y los equipos disputen cada partido y competición en igualdad de condiciones. De este modo, todos los equipos, jugadores y árbitros que formen parte de la competición en alguna de estas modalidades deportivas deben cumplir con las normas estipuladas en los respectivos reglamentos de juego.

Partiendo de este contexto legal, históricamente, los distintos reglamentos deportivos han prohibido la posibilidad de jugar con la cabeza cubierta basándose, no en el origen religioso de la prenda que la cubre<sup>(18)</sup> —el hiyab o velo islámico, turbante o kipá—, sino en la prevención de posibles lesiones en la cabeza o el cuello<sup>(19)</sup>.

A pesar de ello, principalmente las deportistas musulmanas, al amparo de su derecho de libertad religiosa y al objeto de cumplir con el deber reli-

<sup>(18)</sup> A. MOTILLA, «Vestimentas y símbolos religiosos en el Derecho laboral español». *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica*, 2. (2016).

<sup>(19)</sup> R. VALENCIA CANDALIJA, «¿Está la religión fuera de juego? Reflexiones relativas a la presencia de símbolos religiosos en el fútbol», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 34 (2018).



gioso de recato y modestia en relación a su apariencia y comportamiento, tal y como enseña la fe islámica<sup>(20)</sup>, en los últimos tiempos comenzaron su participación en competiciones internacionales vistiendo el velo islámico para cubrir la cabeza. Junto a ello, el deporte masculino también se ha visto marcado por esta preferencia, al pretender los jugadores sijs competir con la cabeza cubierta con un turbante o *patka*, y los judíos con una kipá.

Ante el ejercicio de tal derecho, diversos acontecimientos acaecidos en competiciones oficiales abrieron el debate sobre la posibilidad de realizar cambios en los reglamentos deportivos con el objetivo de adecuar el ejercicio del derecho de manifestación de las creencias religiosas de los deportistas que desean cubrir su cabeza para cumplir con ciertos mandatos religiosos a la competición en igualdad de condiciones con los demás profesionales. En esta línea, repasando algunos de estos episodios, cabe resaltar la exclusión de la selección femenina de Irán de la clasificación para los Juegos Olímpicos de Londres del año 2012 y la retirada de Catar de su equipo femenino de baloncesto en los Juegos Asiáticos de 2014, en ambos casos por no permitírseles jugar con el velo, ya que las deportistas no renunciaron a participar sin él. Además, destaca la decisión de la Asociación Canadiense de Fútbol durante junio de 2013, que decidió suspender a la Federación de Fútbol de Quebec por su negativa a cumplir con el levantamiento de la prohibición del uso del turbante que suelen usar los futbolistas pertenecientes a la religión sij.

A raíz de estos sucesos, ante la seriedad de las creencias mostradas por los jugadores al ser capaces de renunciar a la participación en las altas competiciones antes que incumplir con uno de los mandatos que su fe les reclama, multitud de Federaciones Internacionales desarrollaron cambios en sus normativas sobre la vestimenta deportiva, aplicando una regla de proporcionalidad entre el derecho de libertad religiosa individual y la participación en igualdad de condiciones de todos los jugadores<sup>(21)</sup>. Tales modificaciones no están dirigidas exclusivamente a las mujeres musulmanas, sino hacia todos aquellos deportistas creyentes que quieren competir con la cabeza cubierta, entre ellos los creyentes sijs y judíos. De este modo, centrándonos en los reglamentos de juego del fútbol, del baloncesto y del balonmano, los cambios legislativos para realizar dicho acomodo giran en torno al uso de protectores de cabeza para permitir no sólo el uso del velo islámico, sino también la posibilidad de usar turbante o kipá.

<sup>(20)</sup> M. T. ARECES PIÑOL, «¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?», *Revista General de Derecho canónico y Eclesiástico del Estado*, 26; N. DEL BARRIO, «El controvertido simbolismo del “hiyab” deportivo», en S. MESEGUER VELASCO y E. GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, (dirs.), *Deporte, diversidad religiosa y derecho*, Aranzadi, 2020, pp. 331-346.

<sup>(21)</sup> S. MESEGUER VELASCO, «Neutralidad ideológico-religiosa del Estado, deporte y factor religioso», en S. MESEGUER VELASCO y E. GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, (dirs.), *Deporte, diversidad religiosa y derecho*, Aranzadi, 2020, pp. 231-258.

Respecto al deporte convencional, por ser tres de los deportes con más seguidores, destacamos las normas reguladoras del juego del fútbol, del baloncesto y del balonmano y, respecto al deporte paralímpico, las propias del atletismo y la natación por ser las que más modalidades deportivas paralímpicas agrupan.

En primer lugar, en relación al fútbol, el Reglamento 2022-2023 dictado por *International Football Association Board*, no dispone un apartado particular que regule la posibilidad de jugar o no con el velo islámico u otra prenda que denote la pertenencia a una religión concreta, sino que, de forma general, en la norma número 4 referida a «otro tipo de equipamiento» que pueden vestir los deportistas, se permite usar equipamiento protector no peligroso, como por ejemplo «protectores de cabeza, máscaras faciales, rodilleras y coderas fabricados con materiales blandos, ligeros y acolchados. También están permitidas las gorras para guardametas y las gafas de protección». Y, de forma concreta, a continuación, se indica que cuando se usen protectores de cabeza (excepto gorras para guardametas) estos deberán ser de color negro o del color principal de la camiseta, estar en consonancia con el aspecto profesional del equipamiento del jugador; no estar unidos o sujetos a la camiseta; no suponer ningún riesgo para el jugador que lo lleve ni para ningún otro jugador (p. ej., un cierre alrededor del cuello); y carecer de partes que sobresalgan.

En similares términos se pronuncia la norma 4.4.2 del Reglamento Oficial del Baloncesto dictado por la *International Basketball Federation* (FIBA) en octubre de 2022, sobre el equipamiento permitido a los equipos, al disponer sobre los protectores de cabeza que no cubrirán ninguna parte de la cara total o parcialmente (ojos, nariz, labios, etc.) —excluyendo, así, el uso del burka, niqab o velo integral— y que no serán peligrosos para quien los usa ni para otros jugadores. Asimismo, a los efectos de salvaguardar la seguridad y la protección frente a posibles lesiones, añade que el protector dispondrá de elementos de apertura o cierre alrededor de la cara o del cuello, sin que ninguna pieza pueda sobresalir.

Con ambas redacciones, sin referirse directamente al uso del velo islámico, el turbante o la kipá se regula la posibilidad de vestirlos durante los partidos, en la medida en que cumplan con las pautas indicadas.

Por su parte, la normativa aplicable al balonmano trata de forma específica la posibilidad de que las jugadoras puedan competir vistiendo el velo islámico. Tal es así que el empleo de los accesorios y los equipos de protección que se permiten para los jugadores dentro del campo (protección de codos, rodillas, medias de compresión, etc.) se detalla en un documento adjunto a las normas de juego en el que se incluyen fotografías. En este, de forma específica, se hace alusión a las características que debe reunir el velo con el que se permite competir a las jugadoras —incluyendo una fotografía—, indicándose

que debe ser de un único color y en el caso de que dos o más jugadoras lo vistan, tiene también que ser idéntico entre ellos.

Por último, revisando las normas dictadas en 2013 por *World Para Athletics*, sobre el uniforme o vestimenta y el equipamiento deportivo que pueden utilizar los deportistas paralímpicos durante las competiciones, este documento procura velar por la integridad del deporte a través de la regulación que la publicidad que los deportistas pueden llevar en su ropa y equipamiento, camisetas, pantalones, sillas de ruedas, prótesis, etc. Tras establecer las normas sobre los tamaños y forma que deben figurar en la ropa de los deportistas, el apartado 2.4.2 señala la prohibición de hacer propaganda política o religiosa en las competiciones, entendiéndose, por tanto, que el uso del velo islámico, la kipá o el turbante sij no queda limitado por esta normativa.

En las respectivas normas reguladoras de la publicidad que los nadadores paralímpicos pueden vestir en sus trajes de baño y demás implementos deportivos (gafas, gorros, toallas, mochilas, etc.)<sup>(22)</sup>, aprobadas en 2018 por *World Para Swimming*, no se alude al posible uso de simbología religiosa, sino que se limita a ordenar la forma de los logos, la bandera y el nombre del deportista en cuestión.

## 5. CONCLUSIONES

Después de analizar los marcos normativos que rigen los respectivos Movimientos Olímpico y Paralímpico, observamos que en ambos se estipulan como principios informadores, la neutralidad ideológico-religiosa, y la igualdad y no discriminación. Este reconocimiento conlleva que los organismos encargados de velar por el cumplimiento de los Principios Fundamentales del Olimpismo y los objetivos propios del Comité Paralímpico Internacional deben regir su actuación por estos principios tanto en la organización de los Juegos correspondientes, en su relación con otros organismos internacionales y respecto a las normas y procedimientos que puedan afectar a los deportistas. Se trata, por un lado, de adoptar medidas que refuercen la independencia de los respectivos Comités Internacionales Olímpico y Paralímpico en la gestión de sus intereses a través de la neutralidad política y, con ello, salvaguardar la autonomía del deporte. Y, por otro lado, la aplicación del principio de igualdad vela por los derechos de los deportistas para que todos puedan acceder en condiciones de igualdad a las competiciones, al margen de sus creencias religiosas, ideológicas o cual-

<sup>(22)</sup> *Advertising Guidelines for IPC Championships and World Para Swimming Sanctioned events*, 1 de enero de 2018.

quier otra razón que pudiera dar lugar a algún tipo de discriminación directa o indirecta.

Asimismo, la protección de los derechos fundamentales se garantiza mediante la remisión a las Convenciones de Derechos Humanos, tanto por parte del Código Ético del COI como por la Constitución del Comité Paralímpico Internacional, por lo que queda prohibido todo trato discriminatorio, ya sea por raza, sexo, orientación sexual, religión o creencias, o de otro tipo, con el objetivo de eliminar todas las condiciones que pudieran suponer una desventaja entre los atletas, equipos y demás sujetos pertenecientes a los Movimientos Olímpico y Paralímpico. En este punto, destaca el respeto a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que, comprensiblemente, dispone como principio la no discriminación.

Estos principios, neutralidad e igualdad, se relacionan con la norma 50 de la Carta Olímpica que marca un límite al derecho de libertad religiosa, al prohibir cualquier manifestación y propaganda política, religiosa o racial, al objeto de procurar que los Juegos Olímpicos no se transformen en una plataforma de promoción de ciertos fines políticos o cualquier otro que suponga la desvirtuación de los fines y el espíritu olímpicos.

Atendiendo a las particularidades del deporte paralímpico, como medio de promoción del juego limpio y de protección de la dignidad y el derecho a la igualdad de los deportistas, el Comité Paralímpico Internacional ha adoptado el «Código Ético del IPC», cuyo objetivo es velar por los intereses, prioridades y oportunidades de los atletas para que participen en competiciones justas. Dicho Código es de obligado cumplimiento para todos los deportistas y demás miembros de la Familia Paralímpica, por lo que todos ellos se comprometen a aceptar los valores fundamentales de honestidad, respeto por los derechos humanos, equidad, justicia, no discriminación e integridad personal.

Además, en favor de la igualdad en las competiciones, resultan esenciales en las disciplinas paralímpicas, los paneles de clasificación de los atletas que sirven para acomodar a cada uno de ellos en una categoría determinada, en función del grado de limitación en la práctica deportiva que pretenden realizar. Por tanto, durante esta evaluación y el posterior tratamiento de los datos debe velarse por la integridad de la dignidad del deportista sometido a evaluación, del mismo modo, que el deportista debe mantener durante todo el procedimiento el debido respeto a las normas de evaluación para evitar posibles tergiversaciones que causaran una ventaja ilícita durante la competición, vulnerando la igualdad y el juego limpio que deben mantenerse en toda actividad deportiva, máxime si la misma es referida en competiciones de alto nivel como son los Juegos Paralímpicos.

Finalmente, tras repasar los reglamentos que ordenan las normas de juego y el vestuario y equipamiento que pueden portar los deportistas olím-

picos y paralímpicos durante las competiciones, se observa la consideración que las distintas federaciones deportivas internacionales han tenido hacia las creencias religiosas de los deportistas, al entender que el hecho de vestir una prenda adicional al uniforme reglamentario, del cual se sirve quien la porta para cumplir con un mandato religioso, no supone ni una ventaja ni una desventaja frente a los demás compañeros y rivales, y tampoco implica un riesgo de lesión hacia uno mismo o hacia los demás jugadores, una vez se siguen las pautas marcadas en los respectivos reglamentos que han procurado la acomodación de las creencias religiosas en ponderación con la salud y seguridad de todos los jugadores y rivales.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARECES PIÑOL, M. T. «¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?», *Revista General de Derecho canónico y Eclesiástico del Estado*, 26, 2011.
- BRIONES MARTÍNEZ, I. «La libertad religiosa en los deportistas. Una cuestión de conciencia», en Meseguer Velasco, S. y García-Antón Palacios, E. (dirs.), *Deporte, diversidad religiosa y derecho*, Aranzadi, 2020.
- DEL BARRIO, N. «El controvertido simbolismo del «hiyab» deportivo», en Meseguer Velasco, S. y García-Antón Palacios, E. (dirs.), *Deporte, diversidad religiosa y derecho*, Aranzadi, 2020.
- DURÁNTEZ, C. «El Olimpismo y la paz», en DuránteZ, C. et al, (coords.), *De re olímpica, Centro de Estudios Olímpicos de la EHU/UPV*, 2005.
- GARCÍA CABA, M. «Diversidad religiosa y derecho del deporte: introducción al marco jurídico internacional y nacional aplicable», en Meseguer Velasco, S. y García-Antón Palacios, E. (dirs.), *Deporte, diversidad religiosa y derecho*, Aranzadi, 2020.
- MARTÍNEZ GORROÑO, M.<sup>a</sup> E. «Las primeras ediciones de los Juegos Olímpicos: Coubertin y sus circunstancias», en García Romero, F. y Hernández García, B. (eds.), *In corpore sano. El deporte en la Antigüedad y la creación del moderno Olimpismo*, UA Ediciones, Madrid, 2005.
- MESEGUER VELASCO, S., «Neutralidad ideológico-religiosa del Estado, deporte y factor religioso», en Meseguer Velasco, S. y García-Antón Palacios, E. (dirs.), *Deporte, diversidad religiosa y derecho*, Aranzadi, 2020.
- MOTILLA, A., «Vestimentas y símbolos religiosos en el Derecho laboral español». *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica*, 2 (2016).
- PALLARES YABUR, P., «La justificación racional de los derechos humanos en los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos», *Persona y Derecho* 68 (2013).
- PASTOR MUÑOZ, M. y Villena Ponsoda, M., «Religión, política y deporte en la Antigüedad Clásica», en Pastor Muñoz, M., Villena Ponsoda, M., y Aguilera González, J. L. (eds.), *Deporte y Olimpismo*, Editorial Universidad de Granada, 2007.
- VALENCIA CANDALIJA, R., «¿Está la religión fuera de juego? Reflexiones relativas a la presencia de símbolos religiosos en el fútbol», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 34 (2018).
- VALENCIA CANDALIJA, R., *Libertad religiosa y protección de las creencias en el fútbol*, Tecnos, Madrid, 2021.

TERCERA PARTE

**EL DERECHO CANÓNICO COMO  
PARTE INTEGRANTE DE LA CULTURA  
JURÍDICA OCCIDENTAL**

# Igualdad y prohibición de discriminar en el ordenamiento canónico\*

SILVIA MESEGUER VELASCO

SUMARIO: 1.– Introducción. 2.– Igualdad de género en el ordenamiento canónico. 3.– Igualdad y autonomía religiosa en la doctrina del Tribunal Supremo. 3.1 A propósito de la Sentencia 925/2021. 3.2 Siguiendo la estela de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal de Luxemburgo. 4.– Consideraciones finales.

## 1. INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad y la prohibición de discriminar por razón de sexo establecido en diversas instancias europeas y su trasposición a las legislaciones nacionales transitó desde una primera etapa de carácter fundamentalmente político que tenía por objeto sensibilizar a la sociedad, a otra más efectiva de implantación de medidas específicas de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales. En concreto, las directivas comunitarias sobre la materia animaron a los Estados a eliminar cualquier forma de discriminación no solo directa, sino también de carácter indirecto en el contexto laboral<sup>(1)</sup>. El paso siguiente en la agenda de los Estados europeos implicó

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto HUDISOC, DER2019-106005 del Ministerio de Ciencia e Innovación. Igualmente, es parte del proyecto de I+D+i PID2020-114400GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/. Parte de este estudio tiene su origen en la comunicación presentada en el *X Simposio Internacional de Derecho Concordatario*, celebrado en la Universidad de Zaragoza, del 1 al 3 de junio de 2022.

proyectar la dimensión multidisciplinar y transversal de la igualdad de género como enfoque prioritario de diversas leyes, incluso, confrontando su ejercicio con el de otros derechos fundamentales<sup>(2)</sup>.

En esta dirección, en el ordenamiento jurídico español, desde hace tiempo, se han puesto en marcha diversas medidas legislativas que no han ahorrado esfuerzos para favorecer la aplicación de la igualdad de género<sup>(3)</sup>, en muchos casos más bien como una cuestión puramente ideológica y de oportunidad política, que también se ha proyectado sobre el ejercicio de otros derechos fundamentales, planteando ciertas tensiones en el equilibrio de los derechos en juego. Por citar algún ejemplo, así ha ocurrido en las sucesivas leyes de educación; sobre todo, en la última de ellas, en la que el criterio de igualdad de género prevalece sobre el derecho fundamental de los padres a educar sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y morales<sup>(4)</sup>. Sin embargo, a pesar de que las medidas legislativas han tenido consecuencias relevantes en algunos ámbitos concretos, lo cierto es que la igualdad de género no es una realidad de aplicación unidireccional, más allá de los términos y del lenguaje inclusivo utilizado en los ámbitos sociopolíticos y culturales. Por el contrario, desde la perspectiva jurídica, presenta notables matices derivados en una buena parte de la interpretación del alcance de su contenido en tanto que la igualdad, como se ha reconocido en diversas instancias judiciales, es un derecho relacional, no autónomo, que ha de interpretarse a la luz de la eventual ponderación de los derechos en conflicto<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> Destacan especialmente la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE n° 180, de 19 de julio de 2000); la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE n° 303, de 2 de diciembre de 2000); y, la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DOUE n° 373, de 21 de diciembre de 2004).

<sup>(2)</sup> Este enfoque trasciende al ámbito europeo; una buena muestra de ello es el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 5 de la Agenda 2030 de Naciones Unidas cuyo propósito principal es lograr la igualdad de género y el empoderamiento de niñas y mujeres. Dicho Objetivo no es sólo un enunciado abstracto sino que se concreta en una serie de metas y que, en todo caso, se complementan con las finalidades establecidas en otros objetivos –principalmente en el número 4–, dirigido a eliminar las disparidades de género en el ámbito educativo. Resolución 70/1 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015. Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/> (fecha de consulta 20/10/2022).

<sup>(3)</sup> Entre las más recientes, Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales (BOE n° 163, de 9 de julio); Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE n° 167, de 13 de julio).

<sup>(4)</sup> La actual Ley de Educación española (LOMLOE): «adopta un enfoque de igualdad de género a través de la coeducación y fomenta en todas las etapas el aprendizaje de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la prevención de la violencia de género y el respeto a la diversidad afectivo-sexual, introduciendo en educación secundaria la orientación educativa y profesional del alumnado con perspectiva inclusiva y no sexista». Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE n° 340, de 30 de diciembre de 2020). Sobre esta cuestión, *vid.* S. MESEGUER VELASCO y B. RODRIGO LARA, «Enseñanza religiosa, identidad y ciudadanía. A propósito de la reforma de la Ley de Educación española», en <https://www.statoechiese.it>, fascicolo n. 12, 2021, pp. 51-72.

<sup>(5)</sup> En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que la igualdad presenta un carácter relacional, no autónomo, ni independiente; de tal forma que su praxis habitual es que cuando considera que



Lo anterior implica que, desde la perspectiva transversal de la igualdad de género, conviene revisar la respuesta del legislador de los ordenamientos confesionales a la implantación efectiva de dicho principio. La razón de ello es que en los ordenamientos confesionales encontramos diversos ejemplos que nos muestran la distinta posición que ocupa la mujer respecto del varón en el interior de las iglesias y confesiones religiosas. Baste dirigir la mirada a la situación de inferioridad de la mujer en el Derecho islámico<sup>(6)</sup>, o en el Derecho judío<sup>(7)</sup> para apreciar que existen claras situaciones de desigualdad, incomprensibles desde la perspectiva de los ordenamientos seculares occidentales. Además, se aprecian otro tipo de discriminaciones por razón de sexo que se derivan de los fundamentos teológicos sobre la capacidad del varón para recibir el sacramento del Orden en el ordenamiento canónico, o para explicar el Corán en el Derecho islámico. Tanto unas como otras, en una buena parte de las ocasiones, vienen marcadas por circunstancias tradicionalmente insertas en la estructura misma –constitucional y funcional– de las confesiones religiosas<sup>(8)</sup>.

Pero son estas situaciones discriminatorias las que plantean si el Estado neutral puede cuestionar –con criterios exclusivamente seculares– aquellas normas internas de las iglesias en las que la mujer es objeto de un trato discriminatorio. En otras palabras, si el Estado puede exigir la aplicación del principio de igualdad de género interpretado en clave estrictamente civil. O si, por el contrario, un planteamiento en exceso riguroso por parte del Estado podría colisionar con su deber de neutralidad e imparcialidad que le impide entrar a valorar la legitimidad de las creencias religiosas y, en igual medida, con la

---

se ha violado el derecho sustantivo objeto de la discriminación, en una buena parte de los supuestos, no se pronuncia directamente sobre la discriminación alegada. En alguna ocasión, sin embargo, ha señalado que la aplicación de este derecho puede entrar en juego, incluso sin un incumplimiento de sus exigencias y, en esta medida, posee un alcance autónomo. *Vid. Asunto relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica c. Bélgica*, aps. n.º 1474/1962, 1677/1962 y 1691/1962, de 23 de julio de 1968, § 9. El Tribunal reitera este criterio, entre otras, en *Thlimmenos c. Grecia* [GC], ap. n.º 34369/97, de 6 de abril de 2000, § 40; *Eweida y otros c. Reino Unido* [GC], § 85. Por su parte, el Tribunal Constitucional español se expresa en términos similares, por ejemplo, en la STC 73/83, FJ 2.a).

<sup>(6)</sup> *Vid.* Z. COMBALÍA, «¿Igualdad o equidad?: el reconocimiento en Occidente de instituciones islámicas de inspiración patriarcal», en B. GONZÁLEZ MORENO (coord.), *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; pp. 253-298. En relación con el papel del Islam en los sistemas jurídicos y constitucionales en los países musulmanes, *vid.* T. MAHMOOD, «Islam y Derecho islámico en los ordenamientos jurídicos del mundo», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n.º 28 (2012), pp. 1-12.

<sup>(7)</sup> Una visión general se puede consultar en N. LERNER, «Israel, Religión y Estado en un sistema constitucional atípico», en J. MARTÍNEZ-TORRÓN (dir.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Comares, Granada, 1998, pp. 263-275. Desde la aproximación concreta de la discriminación que sufren algunas mujeres en las líneas de autobuses ortodoxas, *vid.* H. MOODRICK-EVEN KHEN, «Revisiting the Protection of Individual Rights and Community Rights on the Grounds of Religious Belief in Israel. A Theoretical Criticism and Case Analysis», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 34 (2014), pp. 2 ss. Igualmente, en S. MESEGUER VELASCO, *Transporte público y factor religioso*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 190 y ss.

<sup>(8)</sup> *Vid.* J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «La igualdad de sexos en el sistema acordado de relaciones entre el Estado español y confesiones religiosas», *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* n.º 10 (2002), p. 64.

autonomía organizativa de las confesiones religiosas que, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, únicamente podrá restringirse cuando así lo requiera una «necesidad social imperiosa»<sup>(9)</sup>.

Este es el objeto del presente trabajo. Revisar el estado de la cuestión sobre la aplicación de la igualdad de género exclusivamente en el ámbito del Derecho canónico, sin perjuicio de que algunas conclusiones pudieran resultar trasladables a otros ordenamientos de carácter confesional. En particular, por un lado, interesa revisar brevemente si en la legislación canónica se aprecian normas discriminatorias respecto del varón y de la mujer, más allá de las que corresponden por las funciones atribuidas a los varones cuando reciben el Orden sacerdotal. Por otro, confrontar si las normas que prohíben discriminar por razón de sexo en los ordenamientos nacionales y regionales son compatibles con las exigencias que se derivan de la tutela de la libertad religiosa y de la autonomía organizativa de las confesiones religiosas. Sobre esta cuestión, nos detendremos en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en un reciente asunto en el que se veta a una mujer a formar parte de una asociación religiosa y en la que, ya adelantamos, el Tribunal confirma que la autonomía organizativa de las confesiones religiosas, reconocida en el ordenamiento jurídico español y también en la jurisprudencia europea, opera como una especie de «pantalla» protectora<sup>(10)</sup>, obligando a realizar un juicio de ponderación de los derechos en conflicto. Sobre todo, cuando algunas normas diferenciadoras –que no constituyen propiamente discriminaciones injustas– encuentran su amparo dentro de los límites provenientes de la autonomía de las confesiones religiosas y de los principios informadores del ordenamiento jurídico.

## 2. IGUALDAD DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO CANÓNICO

Desde principios del siglo xx, en las sucesivas legislaciones canónicas se han ido eliminando algunas normas discriminatorias controvertidas en relación con la igualdad jurídica entre el varón y la mujer<sup>(11)</sup>. Resultaron de enorme importancia las aportaciones del Concilio Vaticano II y de la Constitución *Gau-*

<sup>(9)</sup> *Ibid.*, pp. 64 y ss. Entre otras, *Hassan y Tchaouch c. Bulgaria* [GC], ap. n.º 30985/96, de 26 de octubre de 2000; *Iglesia Metropolitana de Bessarabia y otros c. Moldavia*, ap. n.º 45701/99, de 13 de diciembre de 2001.

<sup>(10)</sup> *Vid.* M. GAS-AIXENDRI, «La aplicación del principio de igualdad de género a las entidades asociativas de la Iglesia católica. Conflictos reales y falsos conflictos», *Ius Canonicum* vol. 62 (2022), p. 209.

<sup>(11)</sup> La evolución histórica de la situación jurídica de la mujer en la Iglesia católica, desde sus orígenes hasta la actualidad, se puede consultar en M. BLANCO, «La mujer en el ordenamiento jurídico canónico», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n.º 20, (2009), pp. 11 y ss; M.ª DEL M. MARTÍN GARCÍA, «La condición jurídica de la mujer y su relación con la potestad de régimen en la Iglesia bajomedieval española», en A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (coord.), *El Ius Commune y la formación de las instituciones de Derecho Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 165-182; C. PEÑA GARCÍA, «Presencia de la mujer en la situación actual desde la perspectiva jurídico-canónica», disponible en [https://www.confer.es/0/activos/texto/wcnfr\\_pdf\\_5571-6Lh9KNi7Z2uwhbfm.pdf](https://www.confer.es/0/activos/texto/wcnfr_pdf_5571-6Lh9KNi7Z2uwhbfm.pdf); pp. 4-5; I. ZUANAZZI, «La condizione della

*dium et Spes*<sup>(12)</sup> que eliminaron algunas de las discriminaciones que se mantenían vigentes en el Código de Derecho canónico de 1917<sup>(13)</sup>. Además, el reconocimiento de la dignidad humana como eje central de la protección de los derechos fundamentales exigió adecuar la función de la mujer en la Iglesia a los nuevos tiempos; en particular, a los cambios sociales y culturales en los que se ha ido reclamando progresivamente la igualdad de hecho y de derecho con el hombre<sup>(14)</sup>. Estos cambios se trasladaron al Código de Derecho canónico de 1983 en el que se anularon disposiciones discriminatorias pendientes y se delimitaron los derechos fundamentales de los fieles; entre ellos, el derecho a la igualdad de todos los bautizados.

En efecto, el punto de partida de las reformas para situar a la mujer en un plano de igualdad básica con el varón se sitúa en los cánones 204 a 223 del Código de Derecho canónico que regulan los derechos y deberes fundamentales de todos los fieles por razón del bautismo<sup>(15)</sup>, configurándolos como derechos propios e inviolables con rango constitucional, que obligan de igual modo a las autoridades eclesiales. Su ejercicio, en todo caso, podrá quedar limitado en aquellos supuestos en los que así lo exija el bien común de la Iglesia y el respeto a los derechos propios de los fieles<sup>(16)</sup>.

De este modo, el Código<sup>(17)</sup> proclama la igualdad radical de todos los bautizados, posicionando a la mujer en situación de igualdad con el varón, sin perjuicio de que en el plano funcional puedan resultar algunas diferencias derivadas de la propia condición clerical o laical<sup>(18)</sup>. En otras palabras, las diferencias que se perciben en las funciones atribuidas a los varones y a las mujeres provienen de una causa constitucional de la Iglesia que tiene una clara raíz ontológica: el carácter producido por el sacramento del Orden, que habilita al fiel, además, para llevar a cabo los oficios o ministerios

---

donna nella Chiesa católica: il paradigma della "reciprocità nell'equivalenza e nella differenza», *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* vol. 26, n.º 4 Extra (2018), pp. 25-50.

<sup>(12)</sup> «Constitución pastoral *Gaudium et Spes* sobre la Iglesia en el mundo actual», especialmente números 9 y 29, disponible en [http://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_const\\_19651207\\_gaudium-et-spes\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html), consulta: 10 de diciembre de 2022.

<sup>(13)</sup> Sobre las aportaciones del Magisterio pontificio desde mediados del siglo XX, *vid.* F. PÉREZ-MADRID, *El feminismo. ¿Qué fue de 1968? Una lectura medio siglo después*, en E. ARDURA y A. PUIG (eds.), *Librería Editrice Vaticana, Città del Vaticano*, 2020, pp. 206-209.

<sup>(14)</sup> Sobre esta cuestión, desde la perspectiva de la efectividad de la apertura de las disposiciones canónicas a distintas culturas, incluidas las jurídicas, distintas de aquellas de las que procede, *vid.* G. BONI, «Il Codex Iuris Canonici e le culture», *Stato, Chiese e Pluralismo Professionale* (2009), pp. 1-157.

<sup>(15)</sup> Cfr. canon 204, §1.

<sup>(16)</sup> Cfr. canon 223, §1.

<sup>(17)</sup> *Vid.* c. 208; números 10, 18 y 32 de la Constitución *Lumen Gentium*, de 21 de noviembre de 1964, disponible en [https://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_const\\_19641121\\_lumen-gentium\\_sp.html](https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19641121_lumen-gentium_sp.html), consulta: 10 de diciembre de 2022.

<sup>(18)</sup> Previamente se aclaran las diversas condiciones u oficios de los fieles en el c. 207: «1. Por institución divina, entre los fieles hay en la Iglesia ministros sagrados, que en el derecho se denominan también clérigos; los demás se denominan laicos. 2. En estos dos grupos hay fieles que, por la profesión de los consejos evangélicos mediante votos u otros vínculos sagrados, reconocidos y sancionados por la Iglesia, se consagran a Dios según la manera peculiar que les es propia y contribuyen a la misión salvífica de la Iglesia; su Estado, aunque no afecta a la estructura jerárquica de la Iglesia, pertenece, sin embargo, a la vida y santidad de la misma».

sagrados, pero sin que el cumplimiento de estas funciones –reservadas a los varones– afecte al núcleo básico y constitucional de la igualdad<sup>(19)</sup>.

Esta afirmación se comprueba en los cánones siguientes que recogen las obligaciones y derechos de los fieles laicos sin distinguir, en su redacción actual, entre los varones y las mujeres. De hecho, la única discriminación que el c. 230 § 1 del Código de Derecho canónico mantuvo vigente, probablemente por su relación con la condición de «Órdenes menores», se refería a los ministerios laicales<sup>(20)</sup>, distinguiendo en su configuración entre las funciones atribuidas a los fieles varones y mujeres. Se vetó la participación de éstas en el desempeño de las funciones de acólito y lector con carácter estable. La razón de esta distinción se justificaba sobre la base de «la venerable tradición de la Iglesia» que mencionaba la norma que lo modificó, pero que desde el principio planteó cuestiones en relación con la proclamada igualdad de todos los fieles. La doctrina académica, en numerosas ocasiones, denunció esta situación<sup>(21)</sup>. De ahí que la reforma llevada a cabo mediante el *Motu proprio Spiritus Domini*, acerca del acceso de las personas de sexo femenino al ministerio instituido del lectorado y del acolitado<sup>(22)</sup>, termina con la injustificada discriminación<sup>(23)</sup>, alcanzando también a otros elementos, con fuerza de ley, que se refieren a este canon<sup>(24)</sup>.

En consecuencia, y en paralelo a la evolución que se ha operado en los ordenamientos seculares, desde hace tiempo, en el Derecho canónico se aprecia cierta sensibilidad sobre la posición de igualdad que ha de ocupar la mujer respecto al varón, y su participación y responsabilidad en la vida eclesial. Este planteamiento ha abierto gradualmente la posibilidad de que

<sup>(19)</sup> Cfr. J. FORNÉS, «El principio de igualdad en el ordenamiento canónico», *Fidelium Iura* n° 2 (1992), pp. 142-144.

<sup>(20)</sup> Sobre la ministerialidad laica, *vid.* M. BLANCO, «La mujer en la Iglesia», *Ius Canonicum* vol. 60, n° 120 (2020), p. 722; C. PEÑA GARCÍA, «Sinodalidad y laicado. Corresponsabilidad y participación de los laicos en la vocación sinodal de la Iglesia», *Ius Canonicum* vol. 59 (2019), pp. 735-736.

<sup>(21)</sup> Sin ánimo exhaustivo, *vid.* M. BLANCO, «La mujer en el ordenamiento jurídico canónico», *cit.*, pp. 11-12; G. DALLA TORRE, «La collaborazione dei laici alle funzioni sacerdotali, profetica e regale dei ministri sacri», en *Monitor Ecclesiasticus*, n° 109, (1984), pp. 153-154; L. GUTIÉRREZ MARTÍN, «Los ministerios laicales», *Ius Canonicum* XXVI n° 51 (1986), p. 207; C. PEÑA GARCÍA, «Presencia de la mujer en la situación actual desde la perspectiva jurídico-canónica», *cit.*, pp. 4-5.

<sup>(22)</sup> *Motu proprio Spiritus Domini*, de 10 de enero de 2021, acerca del acceso de las personas de sexo femenino al ministerio instituido del lectorado y del acolitado, disponible en [http://www.vatican.va/content/francesco/es/motu\\_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio-20210110\\_spiritus-domini.html](http://www.vatican.va/content/francesco/es/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio-20210110_spiritus-domini.html), consulta: 10 de diciembre de 2022.

<sup>(23)</sup> En concreto, el canon 230 § 1 del Código de Derecho canónico, se reformula con la siguiente redacción: «Los laicos que tengan la edad y condiciones determinadas por decreto de la Conferencia Episcopal, pueden ser llamados para el ministerio estable de lector y acólito, mediante el rito litúrgico prescrito; sin embargo, la colación de esos ministerios no les da derecho a ser sustentados o remunerados por la Iglesia».

<sup>(24)</sup> La doctrina ha valorado la reforma de forma muy positiva. Entre otros, *vid.* T. BAHÍLLO RUIZ, «Dimensión pastoral en la regulación canónica de la función de santificar», en C. Peña, *Derecho canónico y Pastoral. Concreciones y retos pendientes*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 91; M.ª J. CIÁURRIZ LABIANO, «La mujer en la organización jurisdiccional de la Iglesia», *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* vol. 29, N° 2 (2021), pp. 379-403; P. DEPALMA, «Mujeres con Palabra en el altar: lectorado y acolitado femenino», *Vida Nueva* n° 3214 (2021), pp. 23-30; C. PEÑA GARCÍA, «El acceso de la mujer al lectorado y el acolitado, ¿reforma relevante o brindis al sol?», *Ecclesia* 81, n° 4.060 (2021), pp. 6-7.

la mujer pueda desempeñar, en su condición de laica, distintas actuaciones en la función de santificar –algunas con carácter extraordinario; en la función de enseñar –algo limitada en el ámbito de la enseñanza de las ciencias sagradas–, y en la función de regir –en el ámbito legislativo, ejecutivo y principalmente judicial<sup>(25)</sup>. En términos generales, esta equiparación se valora de forma positiva; pero al mismo tiempo no se puede desconocer que dentro de la organización eclesial todavía quedan pendientes algunas cuestiones en materia de igualdad efectiva que, en su mayor parte, pasan por otorgar una mayor corresponsabilidad y participación a los laicos en la vida de la Iglesia. Son funciones que están previstas en la legislación canónica y que, de suyo, no están reservadas al sacramento del Orden, pero que requieren una mayor representatividad –más allá de las denostadas cuotas femeninas–, y una participación más activa de las mujeres, también de los varones laicos, por citar algunos ejemplos, en los consejos pastorales, en la enseñanza en las facultades eclesiásticas, en el sínodo diocesano, en los tribunales eclesiásticos, etc. En esta dirección, es de esperar que se siga avanzando por el camino de la igualdad entre varones y mujeres no sólo *de lege*, sino también *de facto*.

### 3. IGUALDAD Y AUTONOMÍA RELIGIOSA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### 3.1. A propósito de la sentencia 925/2021

Como señalábamos al principio de este trabajo, aunque su objeto nos obliga inicialmente a fijar la atención en la aplicación de la igualdad entre varón y mujer en el ordenamiento canónico, desde la perspectiva de las relaciones Iglesia-Estado no debemos perder de vista que, sobre todo, nos interesa confrontar si las normas que prohíben discriminar por razón de sexo en los ordenamientos seculares son compatibles con las exigencias que se derivan de la tutela de la libertad religiosa y de la autonomía organizativa de las confesiones religiosas y, en este caso concreto, de la Iglesia católica. Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en relación con una entidad asociativa religiosa que únicamente admite varones entre sus asociados<sup>(26)</sup>.

En síntesis, el asunto es el siguiente: se somete a su consideración si la exclusión de la demandante, por su condición de mujer, a formar parte

---

<sup>(25)</sup> Un interesante recorrido por el contenido explícito que comprende cada una de ellas se puede consultar en C. PEÑA GARCÍA, «Presencia de la mujer en la situación actual desde la perspectiva jurídico-canónica», *cit.*, pp. 5-9.

<sup>(26)</sup> STS 925/2021, de 23 de diciembre.

de la asociación religiosa Pontificia, Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de La Laguna, prevista en el artículo 1 de sus estatutos<sup>(27)</sup>, pudiera infringir o no la prohibición de discriminar por razón de sexo dispuesta en el artículo 14 de la Constitución<sup>(28)</sup>. Previamente, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife declararon la nulidad del artículo primero de los estatutos de la asociación, «en la parte que excluye a la mujer como aspirante a ser socio de esta, por vulnerar los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación por razón de sexo y de asociación»<sup>(29)</sup>. En ambos casos, se defendió que la asociación religiosa ostentaba una posición de dominio excluyente, de forma que la recurrente no tendría opción de ejercer esa misma actividad de culto en otra hermandad, ni podría promover la constitución de una asociación alternativa con el mismo objeto<sup>(30)</sup>.

El Tribunal Supremo, por el contrario, estima el recurso de apelación interpuesto por dicha asociación religiosa, ocupándose de clarificar algunas cuestiones procesales. En concreto, sostiene que corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional civil y no a los tribunales eclesiásticos la competencia para conocer de los litigios sobre derechos fundamentales en los que se demanda a personas jurídicas constituidas en el seno de las confesiones religiosas reconocidas por el Estado español y, en este caso, de la Iglesia católica. Reconocida la competencia de los tribunales civiles, sitúa la solución al problema en el reconocimiento de un amplio ámbito de autoorganización a las asociaciones religiosas, en el que no es posible la intervención de las autoridades estatales y, en concreto, de las judiciales<sup>(31)</sup>.

A continuación, se centra en dilucidar si resulta discriminatorio que una asociación privada de fieles prohíba formar parte a las mujeres. Desde el principio, deja claro que se produce un conflicto entre derechos fundamen-

---

<sup>(27)</sup> Dicho artículo se expresa en los siguientes términos: «La Esclavitud del Santísimo Cristo de La Laguna es una asociación religiosa de caballeros, constituida para promover entre sus asociados una vida cristiana más perfecta, el ejercicio de obras de piedad evangélica y el incremento de la devoción y culto a la Sagrada Imagen de Nuestro Señor Crucificado, traída a esta isla por el Primer Adelantado Mayor de Canarias, Don Alfonso Fernández de Lugo, y que desde entonces ha recibido constante veneración popular en su capilla, que fuera primer convento de la Orden Franciscana en Tenerife, denominado San Miguel de las Victorias».

<sup>(28)</sup> Artículo 14 de la Constitución: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

<sup>(29)</sup> Sentencia 52/2020, del Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife, de 11 de marzo; Sentencia de 22 de diciembre de 2020 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

<sup>(30)</sup> Sobre estos pronunciamientos, *vid.* R. BENEYTO BERENGUER, «La autonomía interna de la Iglesia católica: ¿pueden ser socios de una asociación pública de fieles únicamente los hombres?», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* vol. XXXVII (2021), pp. 717-735.

<sup>(31)</sup> *Vid.* STS 925/2021, FJ 3, apartado 10. Sobre esta cuestión, *vid.* M. MORENO ANTÓN, «A propósito de la autonomía organizativa de las asociaciones religiosas: con la igualdad hemos topado», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n° 59 (2022), pp. 7-8; A. MOTILLA, «Autonomía de las asociaciones religiosas: control de sus actos por parte de los tribunales civiles (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 925/2021, de 23 de diciembre)», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n° 59 (2022), pp. 2-8.

tales que obliga a realizar un ejercicio judicial de ponderación entre el derecho de asociación en su dimensión autoorganizativa de la entidad en cuestión vinculado al derecho de libertad religiosa en su dimensión colectiva (artículos 16 CE y 6 LOLR), y el derecho de asociación en su faceta *inter privados* de la mujer demandante en relación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo del artículo 14 de la CE<sup>(32)</sup>.

El Tribunal Supremo argumenta que una entidad asociativa religiosa privada constituida para el cumplimiento de sus fines exclusivamente religiosos y regulada por sus estatutos aprobados por la autoridad eclesiástica competente, en virtud de su derecho de autonomía organizativa<sup>(33)</sup>, puede erigirse como una asociación constituida sólo por varones, sin que por ello se vulnere el principio de igualdad<sup>(34)</sup>. A juicio del Tribunal, esta doctrina únicamente debería modularse cuando se trate de asociaciones privadas que ostenten una posición privilegiada o de dominio en el ámbito económico, social o profesional, y en los que la decisión de no admitir la incorporación de un socio puede generar un perjuicio significativo e injustificado en el afectado<sup>(35)</sup>. Esto no implica, continúa el Tribunal, que toda actividad que lleven a cabo particulares y que suponga la intervención de una pluralidad de personas exija una determinada participación de hombres y mujeres si es que sus promotores no la contemplan o consideran. A su juicio, será preciso determinar en cada caso cuál es la naturaleza de la relación entre particulares de que se trata, qué circunstancias concurren en ella y, muy especialmente, si se ven afectados otros derechos de quienes reclaman el trato igua-

<sup>(32)</sup> Cita a estos efectos: el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación; el artículo 1.4 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español, de 3 de enero de 1979 y el artículo 315 del Código de Derecho canónico. Junto a ello, menciona el artículo 16.1 de la CE; el artículo 2.1 b) y d) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR) y, en particular, el artículo 6 de la citada Ley, en el que se establece específicamente las peculiaridades derivadas de la autonomía organizativa de las confesiones religiosas: «1. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación. 2. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas podrán crear y fomentar, para la realización de sus fines, Asociaciones, Fundaciones e Instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general».

<sup>(33)</sup> El Tribunal Constitucional, desde la STC 56/1995, de 6 de marzo, reconoce la dimensión *inter privados*, «que garantiza un haz de facultades a los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan o en su caso a los particulares respecto de las asociaciones a las cuales pretendan incorporarse». Pero siempre bajo la premisa del reconocimiento del carácter esencial que la regulación estatutaria presenta para la preservación de la libertad asociativa. Estos criterios los reitera igualmente en las SSTC 133 y 135/2006, de 23 de abril.

<sup>(34)</sup> Se apoya en la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTs 339/2004, de 10 de mayo y 78/2016, de 18 de febrero, que reconocen el ámbito en el que «las asociaciones religiosas pueden autoorganizarse, sin que sea posible la intervención de las autoridades estatales y, en concreto, de las judiciales».

<sup>(35)</sup> Recuerda que este criterio lo estableció en la Sentencia 811/2001, de 8 de febrero, en el caso concreto de una concesión administrativa para la explotación económica en exclusividad de bienes de dominio público. Igualmente, en la STS Sala 3.ª de 19 de septiembre de 2002 respecto a una asociación privada en la que Administración pública participaba en la organización y financiación de las actividades.

litario y si sus pretensiones entran en conflicto con los de quienes conciben la actividad en cuestión<sup>(36)</sup>.

En consecuencia, el Tribunal Supremo niega el carácter de asociación dominante a la entidad asociativa recurrente; y reconoce que es ajena a toda connotación económica, profesional o laboral. Tampoco aprecia en ella una situación de «monopolio» o exclusividad en la organización de sus actividades procesionales, ni impedimento canónico para promover la constitución de nuevas Hermandades, con los mismos fines espirituales y religiosos, integradas por hombres y mujeres, o solo por mujeres. Por el contrario, considera que las manifestaciones públicas y festivas de dicha asociación, traducidas en actos procesionales, tienen un inequívoco carácter religioso que se amparan en el derecho de libertad religiosa y de culto que incluye, entre otros, el derecho de los creyentes a practicar actos de culto, conmemorar sus festividades religiosas, y reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos<sup>(37)</sup>. Por tanto, niega la infracción del derecho de igualdad y la prohibición de no discriminar por razón de sexo<sup>(38)</sup>.

### 3.2. Siguiendo la estela de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal de Luxemburgo

Además, el Tribunal Supremo apoya su argumentación expresamente, por un lado, en la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la protección de la vida asociativa de las comunidades religiosas contra toda injerencia injustificada del Estado. Por otro, en la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la prohibición de discriminar al hilo de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>(39)</sup>. Brevemente mencionaremos los aspectos principales.

En efecto, el Tribunal Supremo acude a la doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la necesidad de garantizar la existencia autónoma de las confesiones religiosas como requisito indispensable

<sup>(36)</sup> Cfr. STS 811/2011, de 8 de febrero y STS Sala Tercera (Sección 7.ª), de 28 de mayo de 2008.

<sup>(37)</sup> Artículo 2.1 b) LOLR.

<sup>(38)</sup> Vid. STS 925/2021, de 23 de diciembre de 2021, FJ 6, apartado 10. A estos efectos, cita los artículos 16.1 CE y 1 y 2 de la LOLR. Sobre el acertado enfoque de esta sentencia, vid. R. BENEYTO BERENGUER, «Conflicto entre la autonomía interna de una cofradía y los derechos de igualdad y de asociación: Sentencia del Tribunal Supremo número 925/2021», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* nº 58 (2021); M. MORENO ANTÓN, «A propósito de la autonomía organizativa de las asociaciones religiosas: con la igualdad hemos topado», *cit.*, pp. 18-20; A. MOTILLA, «Autonomía de las asociaciones religiosas: control de sus actos por parte de los tribunales civiles (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 925/2021, de 23 de diciembre)», *cit.*, pp. 20-23.

<sup>(39)</sup> Citada en nota 1. Vid. artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE. Un análisis sobre la misma en R. PALOMINO, «La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa», *Anuario de Derechos Humanos* vol. 9 (2008), pp. 481 ss.



para preservar el pluralismo propio de las sociedades democráticas contemporáneas<sup>(40)</sup>. Y a partir de ahí va desgarnado las implicaciones que presenta la observancia del principio de neutralidad en relación con la autonomía de las confesiones religiosas. En concreto, recuerda que los artículos 9 y 11 del Convenio Europeo –derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y de asociación, respectivamente– han de interpretarse conjuntamente cuando está en juego salvaguardar la vida asociativa de los grupos religiosos contra toda injerencia injustificada y arbitraria del Estado, vinculándola directamente con el mandato implícito de neutralidad que excluye cualquier valoración por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre sus modalidades de expresión<sup>(41)</sup>. De este modo, la neutralidad se perfila como parámetro necesario de la actuación de los poderes públicos, como condición necesaria para asegurar el pluralismo y la tutela efectiva de la libertad religiosa<sup>(42)</sup>. Se constituye en instrumento imprescindible para garantizar la mutua independencia entre ambas esferas, sin injerencias indebidas en el ámbito interno de las confesiones religiosas<sup>(43)</sup>.

A continuación, recuerda que este planteamiento del Tribunal Europeo tiene implicaciones directas en la autonomía de las confesiones religiosas, en su estructura interna y en las normas que rigen su afiliación o pertenencia, las cuales deben considerarse como un medio por el cual dichas organizaciones pueden expresar sus creencias y mantener sus tradiciones religiosas<sup>(44)</sup>. El reconocimiento de la autonomía organizativa, en este caso, implica que el Estado no puede obligar a una comunidad religiosa a admitir nuevos miembros o excluir a los existentes, ni a determinar los criterios para celebrar las ceremonias religiosas que tienen valor sagrado para los creyentes si han sido celebradas para ese propósito por los ministros de culto correspondientes<sup>(45)</sup>. La autonomía de las comunidades religiosas, además, implica que el Estado debe aceptar el derecho de dichas comunida-

<sup>(40)</sup> *Hassan y Tchaouch c. Bulgaria* [GC], § 62.

<sup>(41)</sup> *Vid. Hassan y Tchaouch c. Bulgaria* [GC], §§ 62 y 91; *Sindicatul «Pastorul Cel Bun» c. Rumania*, n.º 2330/09, de 9 de julio de 2013, § 136; *Fernández Martínez c. España* [GC], n.º 56030/07, de 12 de junio de 2014, §§ 127-128. Un análisis detallado de estas sentencias se puede consultar en S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Igualdad religiosa en las relaciones laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 117-125; M.ª J. VALERO ESTARELLAS, *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 139-248.

<sup>(42)</sup> *Serif c. Grecia*, ap. n.º 38178/97, de 14 de diciembre de 1999, §§ 49 y 53; *Manoussakis y otros c. Grecia*, ap. n.º 18748/91, de 26 septiembre de 1996, § 44.

<sup>(43)</sup> *Hassan y Tchaouch c. Bulgaria* [GC], §§ 78 y 62.

<sup>(44)</sup> *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c. Ucrania*, n.º 77703/2001, de 14 de junio de 2007, § 150.

<sup>(45)</sup> *Ibid.*, §§ 146 y 150. Asimismo, sin ánimo exhaustivo, se puede consultar, F. ARLETTAZ, «State Neutrality and Legal Status of Religious Groups in the European Court of Human Rights Case-law», *Religion and Human Rights*, vol. 11 (2016), pp. 189-223; M.ª J. GUTIÉRREZ DEL MORAL, «La neutralidad religiosa de los poderes públicos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y Religión* n.º 9 (2014), pp. 151-154; S. LANGLAUDE DONÉ, «Religious Organizations, Internal Autonomy and other Religious rights before the European Court of Human Rights and the OSCE», *Netherlands Quarterly of Human Rights* vol. 34/1 (2016), pp. 8-40; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa», *Ius Canonicum* vol. 54, N.º 107 (2014), pp. 107-144; R. PALOMINO LOZANO, *Neutralidad del Estado y espacio público*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.

des a reaccionar, de conformidad con sus propias normas e intereses, ante cualquier disidente o movimientos emergentes dentro de ellos que podrían representar una amenaza para su cohesión, imagen o unidad. Del mismo modo, matiza que el artículo 9 de la Convención no garantiza a los creyentes el derecho a elegir a los líderes religiosos de su comunidad o a oponerse a las decisiones de la organización religiosa sobre la elección o el nombramiento de ministros. Por lo que en caso de desacuerdo doctrinal u organizativo entre una comunidad religiosa y uno de sus miembros, la libertad de religión de estos últimos se ejerce mediante su libertad para abandonar la comunidad en cuestión<sup>(46)</sup>.

Igualmente, acude a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en uno de los primeros pronunciamientos de la Gran Sala<sup>(47)</sup>, en el que se refiere a la ponderación prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 2000/78<sup>(48)</sup>, en relación con la autonomía de las iglesias y demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se basa en la religión o las convicciones reconocidas en el artículo 17 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>(49)</sup>. En concreto, el Tribunal de Luxemburgo afirmó que «los Estados miembros y sus autoridades, en particular las judiciales, deben, salvo en casos verdaderamente excepcionales, abstenerse de apreciar la legitimidad de la propia ética de la iglesia o de la organización de que se trate». Sin perjuicio de que «los tribunales pueden revisar el contenido de las decisiones de las organizaciones religiosas, para comprobar que se ajustan a la excepción normativa, sin extender la noción de autonomía de las

<sup>(46)</sup> *X c. Dinamarca*, nº 7374/76, de 8 de marzo de 1976; *Mirojubovs y otros c. Letonia*, nº 798/05, de 15 de septiembre de 2009, §§ 80 y 137; *Sindicatul «Pastorul Cel Bun» c. Rumania*, §§ 137 y 165. Un exhaustivo estudio sobre esta última sentencia se puede consultar en J. GONZÁLEZ AYESTA, *Autonomía de las Iglesias y sindicatos de ministros de culto. Contexto, análisis e implicaciones de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Sindicatul «Pastorul Cel Bun» c. Rumania*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, especialmente pp. 65-110.

<sup>(47)</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala) de 17 de abril de 2018, *Vera Egenberger, C-414/16*. Posteriormente reitera un criterio similar en la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala), de 11 de septiembre de 2018, *IR, C-68/17*.

<sup>(48)</sup> El artículo 4.2 dispone: «Los Estados miembros podrán mantener [...], o establecer [...], disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del derecho comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo».

<sup>(49)</sup> Dicho artículo establece las claves de la relación entre la Unión Europea y las iglesias y las organizaciones no confesionales en los siguientes términos: «1. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas. 2. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales. 3. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones». Un detallado análisis sobre esta disposición se puede consultar en A. M. RODRÍGUEZ ARAUJO, *Iglesias y organizaciones no confesionales en la Unión Europea*. El artículo 17 del TFUE, Eunsa, Navarra, pp. 224 ss.

confesiones religiosas más allá de lo estrictamente indicado en el derecho de la Unión Europea o del Estado miembro»<sup>(50)</sup>.

En definitiva, los criterios jurisprudenciales señalados apuntan que los derechos analizados no son absolutos; por el contrario, en aquellos supuestos en los que se produce un conflicto será necesario someter a un ejercicio real de ponderación la aplicación de los derechos en juego. La ponderación exigirá tener en cuenta las exigencias que se derivan de la autonomía organizativa de las confesiones religiosas y su compatibilidad con las medidas legales establecidas contra la discriminación por razón de sexo en los ordenamientos seculares. Y es aquí donde reside seguramente uno de los principales aciertos y desaciertos de la sentencia que hemos analizado.

Acierto porque en dicha valoración no se adopta únicamente una perspectiva de género<sup>(51)</sup>. El Tribunal Supremo sostiene que, en estos casos, conviene tener en cuenta el contexto en el que se desarrolla la discriminación: analizar la naturaleza de cada supuesto, las circunstancias que concurren y el ámbito específico en el que se desarrolla la controversia. De este modo, la valoración jurídica permitirá determinar si la ley aplicable con carácter general pudiera en la práctica admitir algunas excepciones legales que favorezcan que la norma confesional sea compatible con la regla general.

Desacuerdo porque el Tribunal Supremo resuelve el asunto deteniéndose especialmente en la necesidad de preservar la autonomía de las confesiones religiosas en cuanto a la aplicación de sus normas de organización interna que justifican que una entidad asociativa religiosa privada pueda admitir o no a mujeres como miembros pertenecientes a tal asociación. El planteamiento es adecuado y consecuente con el resultado perseguido: salvaguardar la vida asociativa de la entidad en cuestión, pero probablemente se echa de menos que se recuerde que, desde la perspectiva del Tribunal de Estrasburgo –y también del Tribunal de Luxemburgo–, esta concepción de la neutralidad y de la autonomía organizativa es un instrumento dirigido a salvaguardar el verdadero objeto de protección: la libertad e igualdad religiosa de los individuos y de los grupos religiosos<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> Vid. R. PALOMINO LOZANO, «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la religión y las creencias», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 65 (2020), pp. 55-60.

<sup>(51)</sup> Cfr. M. MORENO ANTÓN, «A propósito de la autonomía organizativa de las asociaciones religiosas: con la igualdad hemos topado», *cit.*, pp. 18-20.

<sup>(52)</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «State Neutrality and Religious Plurality in Europe», en W. C. DURHAM JR. & D. THAYER (eds.), *Religion, Pluralism, and Reconciling Difference*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 162 y ss.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Retomando el inicio de este trabajo, a lo largo del mismo se ha constatado que tanto la posición que ocupa la mujer respecto del varón –principalmente en el Derecho islámico y judío–, como la distribución de algunas funciones que se atribuyen en los ordenamientos confesionales –aunque con notables diferencias entre unos y otros– se perciben como desigualdades en clave estrictamente secular. Incluso, desde una aproximación simplista, se perciben como un lastre para avanzar en la igualdad entre hombres y mujeres, identificando a la religión –las religiones– con la desigualdad de género<sup>(53)</sup>.

Algunas de ellas, como ocurre en el seno de la Iglesia católica, se derivan de las peculiaridades del desempeño de las funciones propias derivadas del Orden sacerdotal. Constituyen «diferencias naturales –por el hecho de ser varón o mujer– y son estructurales (y de Derecho divino), encuentran su justificación en la condición y en la función que desempeñan los diversos miembros de una comunidad religiosa»<sup>(54)</sup>. Forman parte del espacio interno de autonomía de las confesiones religiosas y, en consecuencia, los ordenamientos seculares neutrales no pueden imponer «los criterios sobre el modo de entender la igualdad de género, o las medidas concretas para implementar en términos prácticos la igualdad entre los sexos»<sup>(55)</sup>. Como se ha apuntado, «la posición de la mujer en el interior de las iglesias, en tanto no trascienda a la esfera de competencia de la legislación estatal, corresponde decidir las a las propias iglesias. Este es un terreno en el que el Estado –mucho menos un Estado neutral como el español– no puede ni debe entrar. Lo que debe garantizarse, en todo caso, es la libertad de las mujeres –como la de los varones– para permanecer o no en sus respectivas iglesias»<sup>(56)</sup>, como afirmó, hace tiempo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Otras desigualdades, por el contrario, derivadas de ciertas prácticas religiosas se proyectan en el espacio público y trascienden al ámbito competencial estatal. En estos casos, la tutela efectiva de la libertad religiosa y del pluralismo implica la tolerancia para las minorías religiosas, pero al mismo tiempo persigue el equilibrio entre el ejercicio de la religión en el marco de la autonomía de la voluntad y la tutela de la igualdad y la dignidad humana.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado reiteradamente que el avance de la igualdad de género es un objeti-

<sup>(53)</sup> Vid. M. GAS-AIXENDRI, «La aplicación del principio de igualdad de género a las entidades asociativas de la Iglesia católica. Conflictos reales y falsos conflictos», *cit.*, p. 200.

<sup>(54)</sup> Vid. J. I. BAÑARES, «La consideración de la mujer en el ordenamiento canónico», *Ius Canonicum* XXVI, nº 51 (1986), p. 247.

<sup>(55)</sup> Vid. M. GAS-AIXENDRI, «La aplicación del principio de igualdad de género a las entidades asociativas de la Iglesia católica. Conflictos reales y falsos conflictos», *cit.*, p. 197.

<sup>(56)</sup> Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «La igualdad de sexos en el sistema acordado de relaciones entre el Estado español y confesiones religiosas», *cit.*, p. 67.

vo primordial en los Estados miembros del Consejo de Europa y que, en principio, tendrían que esgrimirse «razones de peso» antes de que tal diferencia de trato pudiera considerarse compatible con la Convención. A su juicio, en estos casos, remitirse a tradiciones, supuestos generales o actitudes sociales predominantes en un país en particular no es una razón suficiente para justificar una diferencia de trato por motivos de sexo<sup>(57)</sup>. En el mismo sentido, los criterios derivados de la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea demuestran que existe cierta tensión entre la protección de la libertad religiosa y la igualdad que se resuelve en la mayor parte de los casos en favor de ésta y la prohibición de discriminar.

Es en este ámbito donde es de esperar que se siga avanzando por el camino de la igualdad, desde un nuevo enfoque que trascienda de la contraposición entre dos derechos fundamentales: libertad religiosa e igualdad de género, evitando discusiones marcadas por posiciones ideológicas particulares<sup>(58)</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARLETTAZ, F. «State Neutrality and Legal Status of Religious Groups in the European Court of Human Rights Case-law», *Religion and Human Rights*, vol. 11 (2016).
- BAHÍLLO RUIZ, T. «Dimensión pastoral en la regulación canónica de la función de santificar», en Peña García, C., *Derecho canónico y Pastoral. Concreciones y retos pendientes*, Dykinson, Madrid, 2021.
- BAÑARES, J.I. «La consideración de la mujer en el ordenamiento canónico», *Ius Canonicum* XXVI, n.º 51 (1986).
- BENEYTO BERENQUER, R. «La autonomía interna de la Iglesia católica: ¿pueden ser socios de una asociación pública de fieles únicamente los hombres?», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* vol. XXXVII (2021).
- BENEYTO BERENQUER, R. «Conflicto entre la autonomía interna de una cofradía y los derechos de igualdad y de asociación: Sentencia del Tribunal Supremo número 925/2021», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n.º 58 (2021).
- BLANCO, M. «La mujer en el ordenamiento jurídico canónico», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n.º 20 (2009).
- BLANCO, M. «La mujer en la Iglesia», *Ius Canonicum* vol. 60, n.º 120 (2020).
- BONI, G. «Il Codex Iuris Canonici e le culture», *Stato, Chiese e Pluralismo Professionale* (2009).
- S. CAÑAMARES ARRIBAS. «Igualdad religiosa en las relaciones laborales», Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- CIÁURRIZ LABIANO, M.ª J. «La mujer en la organización jurisdiccional de la Iglesia», *Quaderni di diritto e política ecclesiastica* vol. 29, n.º 2 (2021).

<sup>(57)</sup> *Konstantin Markin c. Rusia* [GC], ap. n.º 30078/06, de 22 de marzo de 2012, § 127. Con anterioridad, aunque sin hacer referencia expresa a la igualdad de género en *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido*, ap. n.º 9214/80, de 28 de mayo de 1985, § 78.

<sup>(58)</sup> Vid. M. GAS-AIXENDRI, «La aplicación del principio de igualdad de género a las entidades asociativas de la Iglesia católica». Conflictos reales y falsos conflictos», *cit.*, p. 201.

- COMBALÍA SOLÍS, Z. «¿Igualdad o equidad?: el reconocimiento en Occidente de instituciones islámicas de inspiración patriarcal»; *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n.º 20 (2009).
- DALLA TORRE G. «La collaborazioni dei laici alle funzioni sacerdotale, profetica e regale dei ministri sacri», *Monitor Ecclesiasticus* n.º 109 (1984).
- DEPALMA, P. «Mujeres con Palabra en el altar: lectorado y acolitado femenino», *Vida Nueva* n.º 3214 (2021).
- FORNÉS, J. «El principio de igualdad en el ordenamiento canónico», *Fidelium Iura* n.º 2 (1992).
- GAS AIXENDRI, M. «La aplicación del principio de igualdad de género a las entidades. asociativas de la Iglesia católica. Conflictos reales y falsos conflictos», *Ius Canonicum* vol. 62 (2022).
- GONZÁLEZ AYESTA, J. *Autonomía de las Iglesias y sindicatos de ministros de culto. Contexto, análisis e implicaciones de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Sindicatul «Pastorul Cel Bun» c. Rumania*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.<sup>a</sup> J. «La neutralidad religiosa de los poderes públicos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y Religión* n.º 9 (2014).
- GUTIÉRREZ MARTÍN, L. «Los ministerios laicales», *Ius Canonicum* XXVI n.º 51 (1986).
- LANGLAUDE DONÉ, S. «Religious Organizations, Internal Autonomy and other Religious rights before the European Court of Human Rights and the OSCE», *Netherlands Quarterly of Human Rights* vol. 34/1 (2016).
- LERNER, N. «Israel, Religión y Estado en un sistema constitucional atípico», en Martínez-Torrón, J. (dir.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Comares, Granada, 1998.
- MAHMOOD, T. «Islam y Derecho islámico en los ordenamientos jurídicos del mundo», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n.º 28 (2012).
- MARTÍN GARCÍA, M.<sup>a</sup> del M. «La condición jurídica de la mujer y su relación con la potestad de régimen en la Iglesia bajomedieval española», en González-Varas Ibáñez, A. (coord.), *El «Ius Commune» y la formación de las instituciones de Derecho Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La igualdad de sexos en el sistema acordado de relaciones entre el Estado español y confesiones religiosas», *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* n.º 10 (2002).
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa», *Ius Canonicum* vol. 54, n.º 107 (2014).
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «State Neutrality and Religious Plurality in Europe», en W.C. Durham Jr. & D. Thayer (eds.), *Religion, Pluralism, and Reconciling Difference*, Routledge, Abingdon, 2018.
- MESEGUER VELASCO, S. y RODRIGO LARA, B. «Enseñanza religiosa, identidad y ciudadanía. A propósito de la reforma de la Ley de Educación española», <https://www.statoechiese.it>, fascicolo n.º 12, (2021).
- MESEGUER VELASCO, S. *Transporte público y factor religioso*, Dykinson, Madrid, 2017.
- MOODRICK-EVEN KHEN, H. «Revisiting the Protection of Individual Rights and Community Rights on the Grounds of Religious Belief in Israel. A Theoretical Criticism and Case Analysis», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n.º 34 (2014).
- MORENO ANTÓN, M. «A propósito de la autonomía organizativa de las asociaciones religiosas: con la igualdad hemos topado», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n.º 59 (2022).

- MOTILLA, A. «Autonomía de las asociaciones religiosas: control de sus actos por parte de los tribunales civiles (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 925/2021, de 23 de diciembre)», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n.º 59 (2022).
- PALOMINO, R. «La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa», *Anuario de Derechos Humanos* vol. 9 (2008).
- PALOMINO LOZANO, R. *Neutralidad del Estado y espacio público*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- PALOMINO LOZANO, R. «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la religión y las creencias», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n.º 65 (2020).
- PÉREZ-MADRID, F. «El feminismo. ¿Qué fue de 1968? Una lectura medio siglo después», en Ardura, E. y Puig, A. (eds.), *¿Qué fue de 1968 Una lectura medio siglo después*, Librería Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2020.
- PEÑA GARCÍA, C. «Sinodalidad y laicado. Corresponsabilidad y participación de los laicos en la vocación sinodal de la Iglesia», *Ius Canonicum* vol. 59 (2019).
- PEÑA GARCÍA, C. «El acceso de la mujer al lectorado y el acolitado, ¿reforma relevante o brindis al sol?», *Ecclesia* 81, n.º 4.060 (2021).
- RODRÍGUES ARAUJO, A. M. *Iglesias y organizaciones no confesionales en la Unión Europea. El artículo 17 del TFUE*, Eunsa, Navarra, 2012.
- VALERO ESTARELLAS, M.<sup>a</sup> J. *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- ZUANAZZI, I. «La condizione della donna nella Chiesa cattolica: il paradigma della «reciprocità nell'equivalenza e nella differenza», *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* vol. 26, n.º 4 Extra (2018).

# La cooperatio omnium christifidelium tra obbligo e diritto-dovere di denuncia

GERALDINA BONI

SUMARIO: 1.– Tre temi apparentemente distanti. 2.– La denuncia al centro dell’attenzione: il ruolo della scienza giuridica. 3.– Nello *ius conditum*: dalla sfera penale... 4.– ...a quella amministrativa: prospettive *de iure condendo*. 5.– Una rapida incusione nella storia. 6.– Alcune ambiguità da sciogliere. 7.– Una significativa manifestazione della corresponsabilità di tutto il popolo di dio.

## 1. TRE TEMI APPARENTEMENTE DISTANTI

In questi ultimi anni mi sono occupata di alcuni temi, principalmente canonistici, d’acchito assai distanti tra loro. Quanto al primo<sup>(1)</sup>, concernente

---

Per economia della trattazione, i riferimenti documentali e dottrinali sono, in questo saggio, limitati al minimo: rinvio, per approfondimenti e integrazioni, all’ampio apparato bibliografico a corredo dei miei lavori citati in seguito. In essi sono più esaurientemente motivate le critiche normative, le proposte e le argomentazioni qui sviluppate molto sinteticamente e talora, di necessità, ellitticamente.

Quando il presente contributo era già in bozze è stata pubblicata la versione aggiornata del *Motu Proprio Vos estis lux mundi* che è entrato in vigore come legge universale della Chiesa il 30 aprile 2023, abrogando il precedente *Motu Proprio ad experimentum* (cfr. *L'Osservatore Romano*, 25 marzo 2023, pp. 8-10). Di tale provvedimento non si è potuto ovviamente tenere conto nel presente saggio: tuttavia le novità introdotte non sono tali da compromettere la sostanza delle argomentazioni sviluppate (anche se le norme sono state talora formulate in maniera più corretta, accogliendo alcuni suggerimenti dottrinali).

<sup>(1)</sup> Cfr. G. BONI, *Il buon governo nella Chiesa. Inidoneità agli uffici e denuncia dei fedeli*, Mucchi Editore, Modena, 2019; EAD., *El derecho canónico a denunciar la falta de idoneidad de los titulares de oficios*, in *Diritto amministrativo e società civile*, Volume II - *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, Muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco, a cura di S.P.I.S.A. - Scuola di Specializzazione in Studi sull’Amministrazione pubblica - Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Bononia University Press, Bologna, 2019, pp. 83-116; EAD.,



un ambito latamente riconducibile al diritto amministrativo canonico, mi sono interrogata sulla possibilità di delineare e fornire – anche *de lege ferenda* e non senza trarre istruttivi spunti dalle normative secolari su aspetti congeneri – consistenti supporti, oltre che «ideali», specificamente giuridici, relativamente alla previsione, tutela e valorizzazione di un diritto-dovere dei *christifideles* alla denuncia della non idoneità dei titolari di uffici o comunque di *munera* ecclesiali: e questo nel quadro più ampio di quel diritto-dovere al buon governo della Chiesa che dovrebbe ergersi a una delle ostensioni più sintomatiche e significative della *cooperatio ad aedificationem Corporis Christi* dell'intero popolo di Dio (can. 208<sup>(2)</sup>) promossa con slancio dal Concilio Vaticano II. La seconda tematica affrontata<sup>(3)</sup> afferisce sia alle *rationes* sottostanti sia alle strategie giuridiche più appropriate per salvaguardare la riservatezza dei ministri di culto – segnatamente cattolici – nelle loro relazioni con coloro che ad essi si rivolgono proprio in virtù della loro qualifica religiosa. Ho quindi mirato a ricostruire propositivamente l'articolato intreccio della normativa canonica e, contestualmente, di quella degli Stati (in specie dell'Italia), concernente la difesa sia del sigillo sacramentale («creazione» pressoché esclusivamente canonica) sia del segreto ministeriale (secondo la consueta terminologia delle prescrizioni secolari): oggi, come noto, oggetto di virulente aggressioni volte a perimetrarne se non ad annichilirne la portata. Da ultimo<sup>(4)</sup>, mi sono inoltrata nelle tormentate vicissitudini, costellate da una miriade di provvedimenti normativi, sperimentate dal diritto penale canonico, specialmente a partire dal 2001: sfociate infine nell'entrata in vigore, l'8 dicembre del 2021, di un

---

*Il diritto di denunciare la mancanza di idoneità dei titolari degli uffici ecclesiastici*, in *Ius canonicum*, XLIX (2019), pp. 9-49.

<sup>(2)</sup> Laddove non sia specificato altro, tutti i riferimenti sono al *Codex Iuris Canonici* vigente per la Chiesa cattolica latina: sempre per economia della trattazione si ometteranno richiami al *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*.

<sup>(3)</sup> Cfr. G. BONI, *Sigillo sacramentale e segreto ministeriale. La tutela tra diritto canonico e diritto secolare*, nella rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), n. 34 del 2019, pp. 1-93; EAD., *Sigillo sacramentale, segreto ministeriale e obblighi di denuncia-segnalazione: le ragioni della tutela della riservatezza tra diritto canonico e diritto secolare, in particolare italiano*, in *Jus-Online Rivista di scienze giuridiche*, LXVI-VI (2020), 1, pp. 31-223; EAD., *Gli odierni attentati alla salvaguardia del sigillo sacramentale e del segreto ministeriale in Italia: il robusto baluardo della libertà religiosa*, in "Quis custodiet ipsos custodes". Studi in onore di Giacomo Incitti, a cura di A.P. Bosso, E.B.O. Okonkwo, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2021, pp. 441-464; EAD., *La tutela del sigillo sacramentale e del segreto ministeriale in Italia*, in *Ephemerides iuris canonici*, LXI (2021), pp. 527-563; EAD., *Minacce crescenti all'inviolabilità del sigillo sacramentale della confessione (intervista a G. Boni di D. AIROMA)*, in *Cristianità*, L. (2022), n. 414, pp. 23-36.

<sup>(4)</sup> Cfr. G. BONI, *La recente attività normativa ecclesiale: finis terrae per lo ius canonicum? Per una valorizzazione del ruolo del Pontificio Consiglio per i testi legislativi e della scienza giuridica nella Chiesa*, Collana *Un'anima per il diritto: andare più in alto*, Mucchi Editore, Modena, 2021 (volume open access), segnatamente p. 137 ss.; EAD., *Il Libro VI De sanctionibus poenalibus in Ecclesia: novità e qualche spigolatura critica*, nella rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), n. 11 del 2022, pp. 1-131; EAD., *Un itinerario travagliato: dal Codex Iuris Canonici del 1983 al nuovo Libro VI*, in *Il diritto ecclesiastico*, CXXXIII (2022), pp. 655-698; EAD., *Pene e delitti dal Codex Iuris Canonici del 1983 al nuovo Libro VI De sanctionibus poenalibus in Ecclesia*, in corso di pubblicazione.

novellato Libro VI del *Codex Iuris Canonici*<sup>(5)</sup>, nonché di una revisionata versione delle norme sui *delicta reservata* al Dicastero per la dottrina della fede<sup>(6)</sup>. Nell'addentrarmi disgiuntamente in queste problematiche che, come anticipato, non sembrerebbero avere alcun palese apparentamento tra loro, mi sono invece imbattuta in non scontate ricorrenze e in corrispondenze singolari. In esse, soprattutto, uno dei perni cruciali intorno a cui la disciplina ruota – e spesso con interferenze reciproche se non anomale commistioni – è proprio l'istituto, sia pur difformemente configurato e dalle cangianti sembianze, della «denuncia». Con ciò dimostrando ancora una volta la fit-tissima rete di fili che connette tutti i «settori» dello *ius canonicum* tra loro, e gli stessi, specularmente, con i diritti secolari: tanto che le partizioni tradizionali – già a partire dal classico binomio diritto pubblico/diritto privato – sono pure convenzioni, forse pregevoli a scopi di investigazione sistematica e a fini euristici, ma che non possono oscurare o tradire l'essenziale e intrinseca unità, anche giuridica, della realtà ecclesiale: *rectius*, della realtà *tout court*. Così simultaneamente è trapelata anche la convenienza, se non l'impellente esigenza, di abbozzare visuali virtuosamente interordinamentali al fine di identificare e appagare esaustivamente le domande di giustizia dei *cives-fideles* anche da parte dei rispettivi diritti statuali.

## 2. LA DENUNCIA AL CENTRO DELL'ATTENZIONE: IL RUOLO DELLA SCIENZA GIURIDICA

La denuncia nel diritto penale, ove peraltro è vocabolo tecnico, in genere e di solito legislativamente definito in maniera precisa, non è, *ictu oculi* e già a un primo sguardo, assimilabile e tanto meno equiparabile a quell'intervento volontario del fedele che, per migliorare l'esercizio del potere, «denuncia» appunto, cioè comunica all'autorità, con il rispetto dei diritti altrui e le opportune garanzie, un'assenza di competenze in persone designate a un *officium*, ovvero la commissione di eventuali scorrettezze in relazione alla titolarità e all'assolvimento del medesimo o, più genericamente, di una mansione ecclesiale. Alla base di entrambe, però, può scorgersi un'esternazione di scienza rivolta a un'autorità superiore affinché essa si adoperi in modo tale che siano rimosse ostruzioni al *bonum commune* e la *iustitia* sia restaurata. Una giustizia, invero, diversamente declinata a seconda delle ipotesi *de quibus*: nell'un caso, procedendo

<sup>(5)</sup> Cfr. FRANCESCO, *Constitutio Apostolica Pascite gregem Dei qua Liber VI Codicis Iuris Canonici reformatur*, 23 maggio 2021, in *L'Osservatore Romano*, 1° giugno 2021, pp. 2-3: il nuovo Libro VI *De sanctionibus poenalibus in Ecclesia* è pubblicato di seguito.

<sup>(6)</sup> *Il Rescriptum ex audientia SS.mi*, firmato dal prefetto A.F. Ladaria e dal segretario I. Morandi della Congregazione per la dottrina della fede e datato 11 ottobre 2021, e il testo in versione italiana delle nuove «Norme sui delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede» sono pubblicati in *L'Osservatore Romano*, 7 dicembre 2021, p. 6.

ritualmente a eventualmente punire l'accertato colpevole di un delitto con una pena canonica, all'esito di una procedura giudiziaria o extragiudiziaria, e risarcendo anche il danno subito dalla parte lesa; nell'altro, provvedendo alla rimozione del soggetto inadeguato, eventualmente comminando sanzioni amministrative laddove sia riscontrata una violazione di doveri d'ufficio, e soprattutto nominando una persona che possieda le qualità richieste, coll'avvalersi anche delle consulenze fornite. In entrambe le fattispecie, come evidente, v'è un interesse non solo della Chiesa istituzionale ovvero della gerarchia a colpire i comportamenti devianti ovvero a perseguire un'amministrazione ecclesiale corretta ed efficiente: per contro, ci troviamo indubabilmente al cospetto di *bona communia* spettanti a tutti i *christifideles*, di cui ciascuno deve preoccuparsi e dunque generosamente agire per il loro conseguimento. Siamo dinanzi, cioè, a epifanie concomitanti, altamente esemplari e paradigmatiche, di quella corresponsabilità dei battezzati nella *missio* «quam Deus Ecclesiae in mundo adimplendam concedidit» (can. 204) che dovrebbe assurgere a segnacolo indelebile del popolo di Dio peregrinante nella storia.

Tra l'altro, va aggiunto a complemento come in questo pontificato, tutto proteso verso un'attuazione sempre più recisa ed energica delle acquisizioni del Vaticano II, e quindi nella prospettiva di una Chiesa sempre più vividamente sinodale<sup>(7)</sup>, ripetutamente e accoratamente i cristiani sono stati sospinti a mobilitarsi senza ritrosie per coadiuvare il papa e i vescovi: peculiarmente nell'intendimento di sanare le ferite e debellare il male dilagato nella compagine ecclesiale, ma anche per una gestione delle *res Ecclesiae* – in senso ampio – sempre più trasparente, onesta, proficua. E proprio la denuncia da loro presentata è stata additata come il primo (anche se non il prioritario) strumento attraverso il quale questa compartecipazione potrebbe utilmente esplicarsi. Infatti, mai nessun appello è risuonato più frequentemente e vibratamente sulla bocca dei pastori in questi ultimi tempi di quello che incita a denunciare senza indugi. Basti rammentare, quanto all'attuale successore di Pietro, la toccante *Lettera al popolo di Dio* del 20 agosto 2018, nella quale egli ha appassionatamente affermato: «è necessario che ciascun battezzato si senta coinvolto nella trasformazione ecclesiale e sociale di cui tanto abbiamo bisogno. [...] Tale solidarietà ci chiede [...] di denunciare tutto ciò che possa mettere in pericolo l'integrità di qualsiasi persona. [...] È impossibile immaginare una conversione dell'agire ecclesiale senza la partecipazione attiva di tutte le componenti del Popolo di Dio. Di più: ogni volta che abbiamo cercato di soppiantare, mettere a tacere, ignorare, ridurre a piccole élites il Popolo di Dio abbiamo costruito comunità, programmi, scelte teologiche, spiritualità e strutture senza radici, senza memoria, senza volto, senza corpo, in definitiva

<sup>(7)</sup> Molti sono i documenti magisteriali di papa Francesco che si potrebbero citare, ma sia sufficiente ora ricordare come il tema della XVI Assemblea Generale Ordinaria del Sinodo dei Vescovi in corso sia significativamente: «Per una Chiesa sinodale: comunione, partecipazione e missione».

senza vita»<sup>(8)</sup>. Sovviene immediatamente – e a ciò papa Bergoglio precipuamente allude – la ‘mostruosità’<sup>(9)</sup> degli abusi sessuali su minori e adulti vulnerabili, la cui estensione e gravità nella Chiesa si è svelata in tutta la sua sconcertante, terribile tragicità oscurando di livide ombre l’alba del terzo millennio. Nondimeno sono anche altre le colpe di cui si sono macchiati gli «unti del Signore», uomini di Chiesa o comunque altri operanti nel suo seno: reati economici, finanziari e fiscali, frodi transnazionali, corruzione, sperpero e dilapidazione di patrimoni destinati alle opere caritatevoli e all’assistenza dei poveri, o ulteriori comportamenti riprensibili, sconvolgenti e «scandalosi» per i fedeli; tutto ciò non solo getta discredito sull’intera comunità ecclesiale, ma disorienta e addolora. Talora, peraltro, tali contegni, dannosi e pregiudizievole non tanto per la fama esteriore quanto per l’affidabilità della Chiesa e il «buon nome» di tutta la comunità cristiana, hanno origine non tanto nella *malitia hominum*, non sono cioè l’esito di atti concepiti e compiuti con dolo ovvero con consapevolezza moralmente imputabile, ma sono dovuti all’*imperitia*, alla superficialità, all’impreparazione, insomma all’inidoneità al compito commendato. E, d’altro canto, pure i crimini di cosiddetta ‘pedofilia’ di chierici e membri di istituti di vita consacrata e società di vita apostolica germinano sovente da un’avventata ed anzi errata ammissione al (e formazione nel) seminario e al sacramento dell’ordine ovvero alla vita consacrata di persone non equilibrate, nonché da una difettosa vigilanza sull’attitudine di un soggetto a ricevere un ufficio pastorale.

Per questo il quesito risale e non può non risalire in modo incalzante alle insufficienze e alle lacune nella scelta e nel controllo su tali persone, sui quali da secoli nella Chiesa vi è un monopolio granitico e impenetrabile della gerarchia ecclesiastica: essa ha gestito e gestisce le provviste in pressoché totale autonomia, senza incisive e regolari forme di coinvolgimento istituzionalizzato in particolare del laicato, nei confronti del quale sovente le mansioni dei titolari degli uffici si dispiegano. Un’estromissione che, al di là della sua inconciliabilità con quel protagonismo dell’intero popolo di Dio di cui l’assise novecentesca si è fatta araldo e sul quale non possono tollerarsi retrocessioni, mi pare sia oggi in qualche modo regressiva e disennata: sia per la crescente penuria di vocazioni e per l’allarmante assottigliarsi del numero di chierici e religiosi, sia – e forse soprattutto – per la

<sup>(8)</sup> FRANCESCO, *Lettera al popolo di Dio*, 20 agosto 2018, consultabile online all’indirizzo [www.vatican.va](http://www.vatican.va). La lettera è pubblicata in lingua spagnola in *Acta Apostolicae Sedis*, CX (2018), pp. 1284-1288 (la citazione si trova a p. 1286).

<sup>(9)</sup> Questo termine è risuonato più volte nell’incontro – dei presidenti delle Conferenze Episcopali della Chiesa cattolica, dei capi delle Chiese orientali cattoliche, dei rappresentanti dell’Unione dei superiori generali e dell’Unione Internazionale delle superiori generali, dei membri della Curia romana e del Consiglio di cardinali, secondo le fonti ufficiali – convocato a Roma dal 21 al 24 febbraio 2019 su *La protezione dei minori nella Chiesa*. I documenti del summit sono raccolti nel volume *Consapevolezza e purificazione*. Atti dell’incontro per la tutela dei minori nella Chiesa, Città del Vaticano, 21-24 febbraio 2019, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2019.

pressante imprescindibilità di un bagaglio di saperi e abilità di cui sovente solo i laici dispongono e che debbono essere spesi e capitalizzati a giovamento collettivo.

L'invito a denunciare, dunque, si colloca oggi al centro dell'attenzione: tuttavia, poiché in esso – proprio per le incancellabili ascendenze penalistiche della denuncia – si annida l'insidia di evocare lugubri e inquietanti scenari inquisitoriali, cavalcando l'onda di quell'inaccettabile giustizialismo, sintomo sconcertante del degrado contemporaneo, che si è insinuato anche *in Ecclesia*, e pertanto affinché lo stesso non venga frainteso e deviato, provocando danni maggiori, la scienza giuridica deve avvertirsi improrogabilmente interpellata per intradare negli itinerari normativi più consoni e preferibili queste esortazioni sì che si raccolgano frutti benefici e duraturi. E infatti, nonostante le inconfutabili analogie tra le situazioni che ho in precedenza solo velocemente tratteggiato, le conclusioni cui sono approdata al termine delle mie distinte disamine, nell'alveo *lato sensu* amministrativistico e in quello, pure qui *lato sensu*, penalistico, sono frontalmente e radicalmente diverse: addirittura diametralmente opposte. Perché se nell'uno ho appunto sostenuto e vivamente caldeggiato, appoggiandola su vari argomenti tratti dalla ricca storia della Chiesa nonché dallo *ius* vigente – e dalle sue oltremodo nocive carenze –, l'urgenza indifferibile della formalizzazione di un *diritto-dovere di denuncia* dei fedeli laddove maturino la convinzione dell'insorgenza di ostacoli che nuocciono al *bonum publicum* a causa della deputazione di persone inadatte in uffici nevralgici: nella salda persuasione, poi, che tale diritto-dovere, per essere effettivo, debba essere presidiato da meccanismi giuridicamente impostati che permettano di reagire di fronte alla neghittosità, all'ignavia, all'attendismo dei depositari del potere. Tutto al contrario, nella «dorsale» del diritto penale, ho senza tentennamenti censurato e riprovato la scelta recentemente effettuata dal legislatore supremo, in particolare nella normativa extracodificiale emanata nell'ultimo lustro con recenti ricadute – come si vedrà – nella codificazione, di introdurre nell'ordinamento canonico un vero e proprio *obbligo* di segnalazione di alcune condotte delinquenti e scellerate: da ultimo sanzionato con l'irrogazione di una pena in caso d'infrazione.

### 3. NELLO *IUS CONDITUM*: DALLA SFERA PENALE...

Infatti, principiando proprio da queste ultime riforme, mi sono soffermata sulla «Lettera Apostolica in forma di 'Motu Proprio' *Vos estis lux*

*mundi*» di papa Francesco del 7 maggio 2019<sup>(10)</sup>, la quale sul punto era stata in qualche modo anticipata dalla di poco anteriore legge dello Stato della Città del Vaticano n. CCXCVII *Sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili* del 26 marzo 2019, estesa da una «Lettera Apostolica in forma di *Motu Proprio*» – di uguale data e intitolazione – con particolare riferimento a coloro che operano negli organismi della Curia romana e nelle istituzioni collegate con la Santa Sede<sup>(11)</sup>. Per quanto qui preme, nel diritto canonico universale è stato stabilito per i soli chierici e membri di istituti di vita consacrata o società di vita apostolica, un obbligo di «segnalazione» (art. 3) – mentre si sancisce un obbligo di «denuncia» per i pubblici ufficiali nel Vaticano – all’Ordinario del luogo dove sarebbero accaduti i fatti o a un altro Ordinario tra quelli di cui al canone 134 di alcuni «delitti contro il sesto comandamento del Decalogo» nel *Vos estis lux mundi* indicati e attinenti ad atti sessuali con violenza o minaccia ovvero con minori o persone vulnerabili e a pedopornografia, nonché delle condotte poste in essere da autorità ecclesiastiche «consistenti in azioni od omissioni dirette a interferire o ad eludere le indagini civili o le indagini canoniche, amministrative o penali, nei confronti di un chierico o di un religioso» in merito ai delitti suddetti di cui abbiano notizia o fondati motivi per ritenere siano stati commessi (art. 3 § 1). Sorvolo ora sulle *querelles*, invero non affatto irrisorie e invece assai incresciose, accese circa la natura penale del suddetto *Motu Proprio*, con l’introduzione di nuove fattispecie criminose – tra l’altro non coincidenti con i delitti allora tipizzati nella codificazione e nelle ulteriori norme canoniche extracodicali, con onerose difficoltà di armonizzazione –

<sup>(10)</sup> Cfr. FRANCESCO, Lettera Apostolica in forma di *Motu Proprio Vos estis lux mundi*, 7 maggio 2019, in *L’Osservatore romano*, 10 maggio 2019, p. 10.

<sup>(11)</sup> La legge vaticana di papa FRANCESCO n. CCXCVII, *Sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili*, 26 marzo 2019, in *L’Osservatore Romano*, 30 marzo 2019, p. 7, all’art. 3, ha imposto l’obbligo di denuncia al pubblico ufficiale che nell’esercizio delle sue funzioni abbia notizia o fondati motivi per ritenere che un minore sia vittima di alcuni reati indicati nella legge medesima laddove questi siano, anche alternativamente, commessi nel territorio vaticano, in pregiudizio di residenti o cittadini dello Stato, ovvero in occasione dell’esercizio delle loro funzioni dai pubblici ufficiali dello Stato della Città del Vaticano o dai soggetti canonici di cui al punto 3 del *Motu Proprio Ai nostri tempi* dell’11 luglio 2013 equiparati ai pubblici ufficiali (Id., Lettera Apostolica in forma di *Motu Proprio Ai nostri tempi* sulla giurisdizione degli organi giudiziari dello Stato della Città del Vaticano in materia penale, 11 luglio 2013, *ivi*, 12 luglio 2013, p. 7). Il collegamento dell’ordinamento vaticano con l’ordinamento canonico che tale norma, in quest’ultima sua parte, istituisce – sempre più frequente nel decennio appena trascorso – è completato, come accennato nel testo, da un *Motu Proprio*, sempre del 26 marzo 2019 (Id., Lettera Apostolica in forma di *Motu Proprio Sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili*, 26 marzo 2019, *ivi*, 30 marzo 2019, p. 6), concernente ancora principalmente coloro che operano negli organismi della Curia romana e nelle istituzioni collegate con la Santa Sede e che sono equiparati ai pubblici ufficiali; ad essi, assoggettati alla giurisdizione statale, viene imposto del pari l’obbligo di denuncia al promotore di giustizia presso il tribunale della Città del Vaticano per le medesime fattispecie di reato; quindi a un’autorità – va sottolineato – non canonica ma statale; tra l’altro l’omissione o l’indebito ritardo della denuncia da parte dei pubblici ufficiali vaticani (e di coloro che sono equiparati) è sanzionato, dalla normativa vaticana, con una pena che può essere anche detentiva. Un’obbligazione morale di informare l’autorità ecclesiastica è infine ingiunta nelle *Linee guida per la protezione dei minori e delle persone vulnerabili per il Vicariato della Città del Vaticano* (*ivi*, p. 7), documento emanato lo stesso giorno e sottoscritto dal papa, ove appunto si impartiscono indicazioni dettagliate sulle segnalazioni effettuate, in particolare, da operatori pastorali, collaboratori e volontari.

oppure meramente procedurale, oltre che su altri profili controversi già riscontrati in dottrina: *querelles* ancora oggi non sopite nonostante la promulgazione di un rinnovato Libro VI<sup>(12)</sup>. Mi concentro invece unicamente sul suddetto precetto di segnalazione-denuncia. Benché infatti vada puntualizzato come vi sia stato chi ha ritenuto che l'aver il provvedimento canonico evitato il termine «denunciare» e derivati, adottando piuttosto (almeno in italiano: manca purtroppo il testo latino) quello di «segnalazione», testimonierebbe la *voluntas legislatoris* di non tipizzare nuovi delitti<sup>(13)</sup>, tuttavia, nell'economia del ragionamento qui sviluppato, l'accezione dei due termini può essere approssimata, non registrandosi ragguardevoli divergenze ai fini della nostra argomentazione: ciò è del resto suffragato e confermato dall'uso promiscuo di segnalazione e denuncia prima in fonti ufficiose poi anche ufficiali<sup>(14)</sup>.

Quanto appunto a tale precetto di segnalazione-denuncia, nei miei studi ho enucleato le non esigue criticità che esso solleva. Anzitutto in comparazione con i diversi orientamenti seguiti al riguardo negli ordinamenti secolari, ove la denuncia, quale mera dichiarazione di scienza o di sospetto da parte di qualsiasi soggetto, è strutturata generalmente come atto tipicamente facoltativo, e costituisce la concretizzazione non di un diritto soggettivo o di un potere, bensì, appunto, di una mera facoltà, non essendo dunque punibile il mancato adempi-

<sup>(12)</sup> Cfr. quanto si riferirà infra.

<sup>(13)</sup> Sostenendo che il *Vos estis lux mundi* non abbia introdotto nuovi delitti J.L. SÁNCHEZ-GIRÓN RENO, *El Motu Proprio Vos estis lux mundi: contenidos y relación con otras normas del derecho canónico vigente*, in *Estudios eclesíasticos*, XCIV (2019), p. 687, anche in nota 74, argomenta altresì sulla base del fatto che non si sia usato il termine «denuncia»: «también puede ser relevante observar que el texto habla de presentar informes-información y no de “denunciar”, término que tiene una mayor y más clara connotación de referirse a la condición delictiva de aquello que se denuncia. Lo mismo se podría decir, por ejemplo, de “acusar” o “presentar acusaciones”, términos que tampoco aparecen. Cabe añadir que el art. 1 §1b, refiriéndose a las investigaciones que interfieren o eluden las personas del art. 6, habla de “investigaciones... administrativas o penales” sobre casos del art. 1 §1a; lo cual invita a pensar que asume la condición no delictiva de al menos algunos de ellos. [La versión española del CIC emplea el término “denuncia” u otro de la misma raíz en cánones donde las versiones en otras lenguas emplean *denounced*, *denunziare*, *denuncia*, *dénoncé*, *acusse*, *denunciado* o *denunciar* (cc. 982, 1390, 1619). Estos términos no aparecen en la versión de VELM en ninguno de esos idiomas (inglés, italiano, francés, portugués), las cuales emplean términos como *reports*, *information*, *segnalazioni*, *informazioni*, *signalements*, *informations*, *assinalações* e *informações* allí donde la versión española habla de “informar” y de “informes” (art. 2-4, 8-12). Significativo puede ser también que el art. 5 hable de atender a “quienes afirman haber sido afectados” por casos recogidos en el m. p., pues cuando se trata de un delito lo más común es emplear el término “víctima”. Esto encaja con la interpretación de que el propio VELM parta de la base de que no todos esos casos son delito]. Ma documenti ufficiali successivi hanno messo in crisi tali argomentazioni, come a breve constaterò. Cfr., sulla questione, quanto già ho argomentato, con supporti dottrinali e documentali, in G. BONI, *La recente attività normativa ecclesiale: finis terrae per lo ius canonicum? Per una valorizzazione del ruolo del Pontificio Consiglio per i testi legislativi e della scienza giuridica nella Chiesa*, cit., specialmente p. 129 e ss.

<sup>(14)</sup> Il *Rescriptum ex audientia SS.mi*, firmato dal Segretario di Stato P. Parolin e datato 6 dicembre 2019, in *L'Osservatore Romano*, p. 5, stabilisce (nel «testo in lingua originale» in italiano), al punto 1 dell'emanata Istruzione *Sulla riservatezza delle cause*, che non siano «coperti dal segreto pontificio le denunce, i processi e le decisioni riguardanti i delitti di cui: /a) all'articolo 1 del *Motu proprio Vos estis lux mundi*, del 7 maggio 2019 [...]»; si parla, dunque, di «denunce» e di «delitti». Cfr. anche CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, ivi, 7 luglio 2020, p. 7; anche nell'ultima «Ver. 2.0 del 5 giugno 2022», consultabile online sulla pagina web dell'attuale Dicastero per la dottrina della fede (pure in *Communications*, XLIV [2022], pp. 161-193).

mento: mentre l'imposizione di un obbligo di denuncia, con sanzione per l'inadempienza, è alquanto rara e riguarda ipotesi assai particolari. La situazione italiana è in qualche modo emblematica: oltre all'obbligo di denuncia del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che abbia avuto notizia di un reato nell'esercizio o a causa delle sue funzioni o di altri per doveri funzionali e professionali, i casi in cui esso grava su tutti i cittadini sono quanto mai ridotti e sporadici, giustificandosi in ragione di superiori interessi pubblici assolutamente intrasgredibili che sono intuitivamente ricollegabili alle diverse, episodiche, fattispecie<sup>(15)</sup>. E, se si sfoglia un qualsiasi manuale di diritto o procedura penale, *ab initio* si insegna che il legislatore è refrattario, e quindi assai parco di imposizioni al riguardo poiché ciò cagionerebbe l'instaurarsi di uno Stato autoritario se non totalitario che istiga l'ostilità di tutti contro tutti, sia pur a fini di controllo sociale del crimine, senza peraltro, simmetricamente, la comprovata assicurazione che si tratti di un rimedio valevole: d'altronde «la disciplina della notizia di reato, quale primo anello della sequenza procedimentale, è espressione della logica ispiratrice dell'intero sistema processuale penale, a sua volta specchio della cultura del tempo [la migliore spia del grado di civiltà di un popolo è rappresentata proprio dalla legge del processo penale e dal modo di applicarla]»<sup>(16)</sup>. Per converso, si denuncia e si dovrebbe denunciare non perché coartati e per paura della pena, ma per senso civico nutrito di adesione alla giustizia e con la pulsione a collaborare al suo ottenimento. Invece, azzardando un paragone, nel provvedimento pontificio del 2019 si sono quasi equiparati tutti i chierici e religiosi a «pubblici ufficiali» diuturnamente «in servizio», tenuti, tra l'altro, a sporgere denuncia nei confronti solo di alcune «classi di delitti», invero non troppo tassativamente delimitati, e unicamente se commessi da altri, come loro, «pubblici ufficiali»: al di là delle riserve su una simile omologazione di tali soggetti – una «etichettatura» eminentemente «pubblicistica» che sembra suscettibile di tramandare, nell'ordinamento canonico, antiquate ecclesiologie, come ancora appunterò –, e anche al di là della rappresentazione asfittica di Chiesa quale consociazione di chierici e «religiosi» o «consacrati»<sup>(17)</sup> perennemente «l'un contro l'altro armati», non occorrono doti vaticinanti di preveggenza o anche di fine penetrazione psicologica per pronosticare l'insediarsi di un'atmosfera plumbea di sospettosità, delazioni e calunnie reciproche, come è stato sin da subito ventilato da più parti.

<sup>(15)</sup> Così i delitti contro la personalità dello Stato, il rinvenimento di esplosivi o di armi, il sequestro di persona per estorsione.

<sup>(16)</sup> I. DI LALLA, *Notizia di reato*, in *Digesto delle Discipline Penali*, VII, UTET, Torino, 1994, p. 259.

<sup>(17)</sup> Quanto all'ambito soggettivo delle previsioni del *Vos estis lux mundi* si vedano le puntualizzazioni di R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *El Motu Proprio «Vos estis lux mundi»*, in *Ius canonicum*, LIX (2019), p. 840 ss., cui rinvio. Nel corso di questa trattazione, prevalentemente per ragioni di brevità e per non complicare troppo l'esposizione, parlo di chierici e «religiosi» o «consacrati», terminologia non precisa che tuttavia non incide sul nostro ragionamento. Discutibile, invece, che un linguaggio impreciso sia stato usato non solo nei commenti ufficiali al provvedimento normativo ma nel *Motu Proprio* medesimo, come spiega altresì l'Autore appena citato.



È altresì vero che in alcune normative statuali prevalentemente, ma non solo, di estrazione anglosassone sono stati nell'ultimo decennio varati – o se ne è patrocinato il varo – obblighi di denuncia (peraltro minutamente circostanziati) relativi ad abusi su minori da parte di alcune categorie professionali frequentemente a contatto con questi ultimi al fine di estirpare drasticamente tali reati odiosissimi. Eppure, nonostante nessuno oserebbe mai opporsi alla custodia dell'incolumità dei fanciulli, tuttavia tali innovazioni legislative sono state vastamente contestate e avversate, adducendo pregnanti oppugnazioni circa l'insussistenza di un autentico interesse statale imperativo tale da giustificare l'estrema radicalità di una misura che comprime pesantemente se non azzerava altri interessi di rilievo, ovvero eccependo la loro contraddittorietà col principio di proporzionalità nella comparazione tra tutti i diritti e le libertà in gioco: nel mentre se ne è constatata, empiricamente, la scarsa efficacia e le ripercussioni tutt'altro che positive. D'altronde, imporre sempre e comunque la denuncia può finire per offendere e pregiudicare irrimediabilmente l'interesse della stessa vittima, che potrebbe anche temere e ricusare la segnalazione e opporsi alla medesima per scongiurare i danni conseguenti al processo e alla propalazione della notizia: non è del resto riconducibile alla tanto celebrata – attualmente quasi «mitizzata» – trasparenza «mettere in piazza» dolorosissime vicende intime, potendo al contrario plausibilmente tradursi in un'esiziale e inammissibile invasione della sfera privata, di persone, poi, bisognose di protezione irrobustita. L'equazione «miglior tutela» = «esercizio dell'azione penale» appare semplicistica e affrettata: solitamente si deve invece far prevalere la decisione insindacabile del soggetto o dei suoi familiari, investendosi fatti strazianti che essi potrebbero non voler esporre allo *strepitus fori* oppure che si vorrebbe evitare di «rivivere in aula» con traumi e costi psichici elevatissimi. Minimizzare o sottovalutare tale aspetto pare ottuso ed esecrabile: esponendo *ob torto collo* a uno *shock* supplementare la vittima, la quale dovrebbe essere invece oggetto di premurosa cura.

In particolare, nei miei saggi sul secondo dei temi cui ho accennato nell'*incipit*, ho cercato di esplicitare il variegato spettro di proiezioni davvero nefaste che coercizioni di tale tipo implicano sulla necessaria, inviolabile confidenzialità di certe relazioni: l'obbligo di denuncia, infatti, ovviamente conculca fino a sopprimere la facoltà di serbare il silenzio. Per contro, sovente la riservatezza esige di essere solidamente blindata a vantaggio di intangibili valori solennemente e pressoché unanimemente consacrati in carte costituzionali, documenti e accordi internazionali: come quello, basilare e irrinunciabile, della libertà religiosa, che è messo subdolamente a repentaglio, atteso che si includono non di rado nella cerchia dei vincolati anche, se non preminentemente, i ministri di culto<sup>(18)</sup>. Tali valori fondamentali vengono

<sup>(18)</sup> Alcune recenti legislazioni secolari, come noto, coartano pure i sacerdoti cattolici a infrangere il *sigillum confessionis*: sul presupposto, invero apoditticamente assunto, che la conservazione del sigillo e del

immolati sull'altare di un'opzione di politica criminale che, al di là della bontà degli intenti, è discutibile e vivacemente criticata e combattuta: e certamente è un'opzione sulla quale pare quanto meno imprudente che la Chiesa si avventuri. Anzi, a mio parere, essa va fermamente disapprovata e biasimata se non altro per le sue incidenze sulla preservazione del sigillo sacramentale e del segreto ministeriale: come mi sono premurata di lumeggiare anche dinanzi alla disposizione contenuta nelle *Linee guida per la tutela dei minori e delle persone vulnerabili*, sempre del 2019, della Conferenza Episcopale italiana, la quale all'obbligo giuridico della segnalazione intraecclesiale ha affiancato, per i vescovi e i superiori, l'obbligo morale, in alcuni casi<sup>(19)</sup>, di procedere all'inoltro dell'esposto alla stessa autorità civile. I piani dunque si intersecano e si confondono infidamente sì che la coscienza in specie del sacerdote, inderogabilmente tenuto al sigillo sacramentale ma altresì al segreto da pretendersi con riferimento all'ambito del «foro interno-extrasacramentale» – come ha limpidamente ribadito una *Nota* della stessa Penitenzieria Apostolica<sup>(20)</sup> –, al cospetto delle ultime evoluzioni della normativa che si può onnicomprensivamente definire ecclesiale, potrebbe restare frastornata e spiazzata da questo coacervo di obbligazioni canoniche, giuridiche o anche solo morali, non linearmente contemperabili tra loro<sup>(21)</sup>. Tanto che si sono da più parti richiesti tempestivi interventi chiarificatori<sup>(22)</sup>: eppure, nonostante

---

segreto confessionale abbia creato una coltre fumogena invalicabile che avrebbe occultato e coperto gli abusi sessuali, intralciando il corso della giustizia statale. Cfr. quanto ho riferito nei miei saggi anteriormente citati, cui da ultimo si è aggiunto P. LO IACONO, *Repressione dei delicta graviora contra mores, sigillo sacramentale e segreto pontificio (Il difficile equilibrio tra riservatezza e trasparenza)*, in *Lex rationis ordinatio*. Studi in onore di Patrick Valdrini, II, a cura di V. Buonomo, M. d'Arienzo, O. Échappé, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2022, pp. 889-905, il quale concorda con quanto da me sostenuto.

<sup>(19)</sup> L'autore della segnalazione deve formalizzare per iscritto la notizia criminis e l'«autorità ecclesiastica ha l'obbligo morale di procedere all'inoltro dell'esposto all'autorità civile qualora, dopo il sollecito espletamento dell'indagine previa, sia accertata la sussistenza del *fumus delicti*» (punto 8.2 delle *Linee guida per la tutela dei minori e delle persone vulnerabili*, 24 giugno 2019, della CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, consultabili sulla pagina *web* della medesima, nonché in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, LIII [2019], pp. 123-141); anche se è vero che si prevede pure: «L'autorità ecclesiastica non procederà a presentare l'esposto nel caso di espressa opposizione, debitamente documentata e ragionevolmente giustificata, da parte della vittima (se nel frattempo divenuta maggiorenne), dei suoi genitori o dei tutori legali, fatto salvo sempre il prioritario interesse del minore». Rinvio alle considerazioni sviluppate nei miei lavori citati in precedenza.

<sup>(20)</sup> Cfr. *Nota della Penitenzieria Apostolica sull'importanza del foro interno e l'inviolabilità del sigillo sacramentale*, 29 giugno 2019, in *L'Osservatore Romano*, 1-2 luglio 2019, pp. 7-8.

<sup>(21)</sup> Tra l'altro come osserva, con riferimento all'ordinamento italiano, N. BARTONE, *Il vincolo della "norma" tra Stato e Chiesa. Obbligo e divieto, dovere e diritto. Problematica e soluzione in un'ottica interordinamentale*, in *Studi in onore di Carlo Gullo*, I, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2017, pp. 162-163: «La assenza di un obbligo normativo di denuncia, per tutti i cittadini 'persone private' e per tutti i reati, fa mancare al denunciante la tutela e la 'esimente' dell'art. 51 Codice penale italiano ('adempimento di un dovere'). Pertanto, nel caso in cui si avverta l'imperativo morale di denunciare, occorre che il vescovo o il sacerdote o il collaboratore denunciante abbiano diligentemente assunto previa consapevolezza della effettiva commissione del reato (ovviamente che sia tale per l'ordinamento statale) e del suo effettivo autore, in modo che il denunciante non rischi di incorrere nel reato di calunnia o comunque arrecare gravissima compromissione o lesione all'immagine morale e pubblica del chierico/presbitero/laico denunciato, e incorra nella conseguente condanna penale o quantomeno risarcitoria civile».

<sup>(22)</sup> Cfr., ad esempio, D.G. ASTIGUETA, *Lettura di Vos estis lux mundi*, in *Periodica*, CVIII (2019), p. 534 ss., p. 549.

sia, ancora nel («normativamente tribolato») 2019, apparsa sulla pagina *web* del Pontificio Consiglio (ora Dicastero) per i testi legislativi una risposta al riguardo, essa, escludendo recisamente ma troppo telegraficamente e laconicamente i dubbi<sup>(23)</sup>, non ha attenuato, a mio avviso, l'incresciosa *impasse*, che permane tuttora irrisolta. La situazione poi si aggrava se il chierico dovesse fronteggiare *extra Ecclesiam* la percezione sfocata e distorta di chi – talora gli stessi magistrati statuali – non comprende le dinamiche interne all'ordinamento canonico, addirittura le contesta: insomma, i chierici e i religiosi, i vescovi e i superiori rischiano di rimanere imprigionati nelle gabbie anguste di precetti ecclesiali tra loro apparentemente in discrasia che, da una parte, impongono o esortano al segreto e, dall'altra, costringono o spingono alla segnalazione-esposto-denuncia all'autorità canonica ovvero anche a quella civile: sottraendo solo loro, si badi bene, alla regola ordinaria.

#### 4. ...A QUELLA AMMINISTRATIVA: PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*

Comunque sia, nella lotta, pur sacrosanta, per estirpare la piaga della cosiddetta pedofilia nel lacerato *corpus christianorum*, la Chiesa si è volta con eccessiva e frettolosa fiducia verso lo strumento latamente penalistico. Si è assistito, al proposito, a una curiosa eterogenesi dei fini: il diritto penale canonico, dopo che certo antiggiuridismo postconciliare lo aveva miopeamente del tutto esautorato ed esiliato oltreché sistematicamente e incautamente inosservato, pare all'opposto rasentare oggi un'iperplasia spropositata nonché una recrudescenza e un inasprimento punitivo forse troppo esasperati. Perpetuando poi alcuni connotati della legislazione d'emergenza sgorgata da congiunture del tutto eccezionali: ciò che non è mai una conquista *sub specie iustitiae*, soprattutto quando tali abnormi caratteri emergenziali tendono a cronicizzarsi e consolidarsi. Forse era invece da incentivare – e non pochi lo hanno notato –, oltre all'applicazione scrupolosa e diligente del diritto penale «comune» da parte di ordinari e superiori, vincendo perplessità e riluttanze nell'avvio doveroso di processi, un'intraprendenza a più largo raggio, «culturale» si direbbe se non si temesse di essere travisati, rivedendo le trame dei rapporti ecclesiali e dei modelli etici e comportamentali con l'assiologia ad essi sottostante, oggi in crisi innegabile: una crisi che non può non raccordarsi inscindibilmente, da una parte, al collasso della teologia morale cattolica su cui ha vergato graffianti parole

<sup>(23)</sup> La risposta Prot. N. 16689/2019, intitolata *Questioni Circa l'art. 3 § 1 del mp. Vos estis lux mundi*, datata 3 settembre 2019 e firmata dal presidente del Pontificio Consiglio (ora Dicastero) F. Iannone, è comparsa nell'ultimo trimestre del 2019 all'indirizzo [www.delegumtextibus.va](http://www.delegumtextibus.va) nella sezione denominata «Questioni varie di Diritto».

Joseph Ratzinger, il «papa emerito» Benedetto XVI, e, dall'altra e soprattutto, a quella deformazione del «clericalismo» che viene tenacemente e instancabilmente fustigata dal pontefice regnante, ma che pure abbiamo visto attecchire anche in recenti provvedimenti normativi.

Si tratta di una faglia epocale nella quale la Chiesa – la fede di cui essa è depositaria nonché il diritto al suo servizio – si contorce drammaticamente alla ricerca di vie di uscita. Certo, però – e limitando il nostro *focus* all'ambito, circoscritto quanto si vuole ma non oblitterabile, dello *ius* –, sarebbe stato un passo importante consentire, per esempio, al laicato, in questa fase di penoso «affanno» e «sovraesposizione» della gerarchia ecclesiale, di arrecare il proprio insostituibile contributo nella «purificazione» ed altresì più in generale nel «buon governo» della Chiesa: laicato cui le porte d'ingresso per tale iniziativa sono a tutt'oggi, nello *ius canonicum*, se non rigidamente serrate, assai cigolanti. Anzitutto, come anticipato, col «codificare», piuttosto che uno stringente *obbligo* – la cui regolazione incontrerebbe inoltre invalicabili impacci quanto all'esigibilità – il *diritto-dovere canonico*, loro ma invero di tutti i *christifideles*, di *denunciare* alle autorità ecclesiastiche, laddove ne siano addivenuti a conoscenza con certezza [*p*]ro *scientia, competentia et praestantia quibus pollent* (can. 212 § 3), la non idoneità di taluni soggetti a ricoprire uffici *in Ecclesia*, munendolo al contempo di adatti meccanismi procedurali: per porre così al servizio del *bonum commune* e del buon governo le multiformi e capillari esperienze disseminate nei battezzati, reclutandoli e cooptandoli a ruoli di sempre maggiore responsabilità in un'ottica di genuina sussidiarietà e «sinodalità». E invece – spiace prenderne atto – il popolo di Dio stenta ad essere vocato a quella 'posizione primaria' cui il Vaticano II lo ha con nitore e ardentemente richiamato: i fedeli laici, in particolare, sono ancora una volta banditi nella penombra, anche in quell'approccio penale che il legislatore odierno pare prediligere. È vero che, secondo il paragrafo 2 dello stesso art. 3 sopra citato del *Motu Proprio Vos estis lux mundi*, tutti possono presentare una segnalazione, in conformità al monito del papa «che questo impegno si attui in modo pienamente ecclesiale, e dunque sia espressione della comunione che ci tiene uniti, nell'ascolto reciproco e aperto ai contributi di quanti hanno a cuore questo processo di conversione»<sup>(24)</sup>: ma l'obbligo di segnalazione a carico di ordinati *in sacris* e consacrati fa aggio e domina prepotentemente la scena. E infatti è segnatamente su questa novità che si sono voluti indirizzare i riflettori; così nell'articolo, a firma del preposto alla direzione editoriale del Dicastero per la comunicazione, ubicato nella prima pagina de *L'Osservatore Romano* e che accompagnava la pubblicazione del *Motu Proprio*, si poneva seccamente in risalto: «Se fino ad oggi quest'obbligo

<sup>(24)</sup> Cfr. FRANCESCO, Lettera Apostolica in forma di *Motu Proprio Vos estis lux mundi*, 7 maggio 2019, cit., 10 maggio 2019, p. 10, nella premessa.

riguardava, in un certo senso, soltanto la coscienza individuale, d'ora in poi diviene un precetto legale stabilito universalmente»<sup>(25)</sup>. Ma solo, va ancora una volta rimarcato, per alcuni soggetti e per i comportamenti criminosi compiuti dagli stessi soggetti: veicolando ancora una volta, se non altro, una visione arcaica e comunque preconciare di società di «eletti» – che ora, invero, sono quasi marchiati da una presunzione di reità –, nella quale la cooperazione dei *non* chierici e dei *non* appartenenti a istituti di vita consacrata e società di vita apostolica, di coloro che sono contrassegnati appunto dalla *sola* cristiconformazione battesimale e temprati dai sacramenti dell'iniziazione, è del tutto secondaria, accessoria e marginale: facendo filtrare anche qui, malgrado le intenzioni, residui invincibili di quel clericalismo pur stigmatizzato con toni indignati e infervorati.

Insomma, si sarebbe dovuto – e si dovrebbe – prevedere legislativamente *non un obbligo ma un diritto* vero e proprio, con tutti i «crismi»: un diritto che peraltro, in alcune evenienze, si muta in una doverosità cogente e assorbente, alimentata però non dal timore di una reprimenda o dell'inflizione di un castigo, ma dalla lodevole ambizione di assumersi il proprio *munus* in maniera libera e spontanea, strettamente avvinta però alla vocazione cristiana e da essa stimolato; *obligatio et ius* secondo quell'abbinamento non disgiungibile suggellato altresì dalla codificazione postconciliare.

D'altro canto, un percorso in qualche modo parallelo è stato inaugurato anche in numerosi ordinamenti secolari che hanno mostrato di apprezzare e dunque di favorire il sussidio dei cittadini nel reggimento della cosa pubblica. Un esempio calzante si rinviene nell'impulso impresso al cosiddetto *whistleblowing* consistente nella segnalazione di attività irregolari, illecite, fraudolente, negligenti, dannose o perigliose in organizzazioni pubbliche (ma anche private)<sup>(26)</sup> da parte dei cittadini, sia dipendenti interni sia anche solo utenti e fruitori: facilitando le denuncia e schermando da possibili rivalse e rappresaglie chi si è industriato in prima persona. Ma se questo *trend* può in qualche misura confortare, invero la Chiesa non è tenuta ad alcuna imitazione o emulazione di moduli comunque alieni e potenzialmente spuri, potendo per converso abbondantemente desumere dal suo seno e implementare ispirazioni, moventi, archetipi del tutto confacenti: facendo leva su istituti che già sono contemplati ma per i quali sono indispensabili rafforzamenti e dispositivi che ne ottimizzino i risultati, specie rendendoli «azionabili» dinanzi a un'autorità gerarchica non di rado sorda e inerte,

<sup>(25)</sup> A. TORNIELLI, *Nuove norme per tutta la Chiesa contro chi abusa o copre*, in *L'Osservatore Romano*, 10 maggio 2019, p. 1.

<sup>(26)</sup> Per un possibile accostamento tra l'istituto tipico del *whistleblowing* con le caratteristiche che è andato in particolare assumendo nell'ordinamento italiano e gli attuali strumenti ecclesiali volti ad assicurare l'emersione degli abusi sessuali cfr., per tutti, A. LICASTRO, *Il whistleblowing e la denuncia degli abusi sessuali a danno dei minori nella Chiesa*, nella rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), n. 34 del 2019, pp. 123-142.

avverso la quale deve allargarsi e corroborarsi la facoltà di ricorso. Faccio riferimento, ad esempio e in prima battuta, al «diritto di *petitio*» dei fedeli, disegnato anzitutto dal can. 212 § 2 sul solco tracciato dal Vaticano II, eppure ancora in attesa di divenire non solo avvincente «simbolo», ma veicolo autentico di una decisionalità condivisa, e quindi profondamente unitiva, nella Chiesa. D'altronde, gli orizzonti prospettati non sono suggestioni stravaganti né «mozioni» rivoluzionarie, o anche solo fomentate dal Concilio del Novecento, ma s'innervano nella parabola secolare del diritto canonico: mi sono anzi cimentata nella ricognizione di qualche *specimen* giuridicamente più eloquente, evincibile dall'epopea bimillennaria della cristianità, di una convocazione della comunità cristiana ad abbandonare ogni passività per collaborare solertemente all'*opus commune*, rinvenendone un ventaglio policromo e preziosissimo.

## 5. UNA RAPIDA INCUSIONE NELLA STORIA

In quest'esplorazione<sup>(27)</sup> ci si imbatte così, spaziando in lungo e in largo nello *ius canonicum*, nelle pubblicazioni che devono precedere lo scambio dei consensi nuziali, da tempo risalente indirizzate a precludere la contrazione di vincoli nulli con l'aiuto di tutti; a quest'opera di custodia, infatti, è da sempre vocato l'intero popolo di Dio: «inquirere una cum populo ipse sacerdos debet», ammonivano venerande fonti altomedievali. Ancora il can. 1069 fissa in capo a ogni fedele, prima della celebrazione delle nozze, l'obbligo di «denunciare» («obligatione tenentur», recita il canone, ma senza comminare alcun castigo, così come del resto *ab antiquo*) al parroco o all'ordinario del luogo gli impedimenti di cui sia a conoscenza. È incontrovertibile qui come il *christifidelis* non vanti nessun interesse proprio, ma è la rilevanza sociale e di bene pubblico del coniugio, nonché la sua «elevazione» a segno efficace della grazia se contratto tra battezzati, a cementare il dovere. E se questa è massima di saggezza antica, mi pare oggi viepiù da incrementare tale zelo dei fedeli per la «sorte» di un matrimonio, da cui può trasparire un risvolto educativo di grande densità pastorale in un'epoca di «individualismo libertario»<sup>(28)</sup> imperante. Va pure ricordato che l'«impugnazione della validità del matrimonio è stata per lungo tempo consentita a qualunque cattolico»<sup>(29)</sup>: nello *ius decretalium* la legittimazione all'*accusa-*

<sup>(27)</sup> Cfr. ampiamente e per riferimenti documentali e bibliografici G. BONI, *Il buon governo nella Chiesa. Inidoneità agli uffici e denuncia dei fedeli*, cit., p. 139 ss.

<sup>(28)</sup> L'espressione è di papa FRANCESCO, *Messaggio alla Professoressa Margaret Archer, presidente della Pontificia Accademia delle Scienze Sociali in occasione della sessione plenaria*, 24 aprile 2017, in *Acta Apostolicae Sedis*, CIX (2017), p. 485.

<sup>(29)</sup> P. MONETA, *I soggetti nel giudizio amministrativo ecclesiastico, in La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1991, p. 61.

*tio* apparteneva anche a persone estranee al rapporto sponsale, talora a *quilibet de populo*, e la *denuntiatio* poteva essere presentata da chiunque. Non è questa la sede per scandagliare i motivi della modifica disciplinare: senza tema di smentite può però affermarsi che essa non è certo avvenuta per esautorare il *populus Dei* affinché non si immischiasse nelle faccende altrui, ma primariamente allo scopo di non travolgere valori umani insiti in situazioni pur eventualmente anti-giuridiche ma oramai stabilizzatesi, e di rispettare l'autodeterminazione del singolo in ordine all'accertamento del proprio *status*. D'altronde, la residuale legittimazione sussidiaria del promotore di giustizia frequentemente presuppone anche oggi proprio la denuncia di coloro che, secondo il diritto precodiale, avrebbero potuto impugnare la validità del matrimonio<sup>(30)</sup>.

Del pari e forse ancora più indicativo nell'ottica qui privilegiata l'obbligo dei fedeli di denunciare – anche qui «obligatione tenentur», ma senza giammai colpire la trasgressione – gli impedimenti ai sacri ordini all'ordinario o al parroco *ante ordinationem* secondo quanto intima il can. 1043, cui si correla la prassi delle pubblicazioni canoniche: la normativa scolpisce un dovere dei fedeli di prestare un ausilio nell'*iter* dell'accesso agli ordini sacri con riguardo alla valutazione e alla ponderazione dell'idoneità dei candidati che nasce proprio dall'incoercibile inclinazione alla corresponsabilità dei battezzati<sup>(31)</sup>. Il popolo di Dio, con avvisi e avvertimenti, arreca un tassello infungibile in vista dell'ostico (e talvolta travagliato) attingimento da parte dell'autorità della certezza morale al riguardo: a maggior ragione oggi, in un tempo nel quale in numero cospicuo giungono al seminario (ma anche al noviziato) adulti la cui personalità è già cristallizzata e con un passato sovente ignoto e difficilmente sondabile dai superiori.

Un'ultima provocazione può, infine, essere lanciata sempre per gettare i pilastri del *diritto* a «denunciare»; con essa mi addentro nel comparto della *iurisdictio Ecclesiae* che forse più la distanzia dagli ordinamenti secolari, facendone affiorare l'insopprimibile irriducibilità: la «giustizia della santità». Secondo la maggioranza della dottrina, infatti, esiste una sola fattispecie di azione popolare nel diritto canonico, quella che vede *quivis fidelis* o qualunque *coetus christifidelium* mobilitarsi al fine di innescare la pronuncia di beatificazione e poi di canonizzazione di un defunto «in odore di santità»: «Nessuna limitazione è prevista per la legittimazione ad agire e a svolgere il ruolo di attore»<sup>(32)</sup>. Tra l'altro, le *Normae servandae* del 1983<sup>(33)</sup> intimano al vescovo di divulgare la petizione del postulatore nella propria

<sup>(30)</sup> Cfr. J. LLOBELL, *I processi matrimoniali nella Chiesa*, Edusc, Roma, 2015, pp. 179-180.

<sup>(31)</sup> Cfr. A. MIGLIAVACCA, *Irregolarità e impedimenti: vie di conoscenza e di verifica al servizio del discernimento*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, XXVIII (2015), p. 423.

<sup>(32)</sup> P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, nuova edizione, il Mulino, Bologna, 2002, p. 216.»

<sup>(33)</sup> Cfr. CONGREGAZIONE DELLE CAUSE DEI SANTI, *Normae servandae in inquisitionibus ab Episcopis faciendis in causis sanctorum*, 7 febbraio 1983, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXV (1983), I, pp. 396-403.

diocesi e in altre, con il consenso dei rispettivi pastori, pregando di fornire informazioni utili alla causa (art. 11 b). Non solo i fedeli ravvisano e «focalizzano» un servo di Dio, ma poi, nel severo e meticoloso discernimento che condurrà alla pronuncia finale, il loro *sensus* ovvero il loro «fiuto»<sup>(34)</sup>, secondo il linguaggio trascinate di papa Francesco, non è in alcun modo trascurabile o rimpiazzabile: sia questo discernimento, per così dire, in positivo o in negativo, denunciando, per ipotesi, quanto osteggia o collide con la dichiarazione di santità. Questa disciplina non solo riporta alla scaturigine atavica del riconoscimento della santità per venerazione popolare, ma enfatizza al massimo grado l'apporto dei *christifideles*: la genesi comunitaria del processo *de quo* è tradotta altresì dal requisito, da verificare processualmente, della *fama sanctitatis* (o di martirio, oltre che di «segni», ovvero anche di «offerta della vita»). Avviando una causa e denunciando quanto si sa si diviene coartefici di «una funzione pubblica nella produzione dei modelli di santità»<sup>(35)</sup> imitabili e nella promozione del culto pubblico, costruendo un ponte tra la realtà ecclesiale misterica e quella istituzionale, tra Chiesa trionfante e militante. Siamo dinanzi a un tratto davvero nitidamente distintivo della 'costituzione materiale' della Chiesa; in quell'equilibrio tra spinta e sostegno dal basso e vaglio e ratifica dall'alto, tra azione dei fedeli nell'estrinsecazione dell'ufficio profetico e regale e convalida autoritativa della gerarchia campeggia e viene sublimata l'eufonia dei «poteri costituzionali»: non rivali o antagonisti ma tra loro sinergicamente alleati. Una *conspiratio* che addivene qui a un «verdetto» con cui la giustizia della Chiesa sfiora la sua acme più eccelsa poiché ardisce di farsi interprete dell'imperscrutabile giudizio del Creatore, rendendolo percepibile nel mondo terreno e portando a coronamento la continua tensione a immedesimarsi nella stessa *iustitia* divina<sup>(36)</sup>.

## 6. ALCUNE AMBIGUITÀ DA SCIOGLIERE

Non essendo questa l'occasione per ripercorrere tali sentieri, sia pur notevolmente affascinanti e, ancor più, di solare e suasivo ammaestramento, e tornando al livello più prosaico del vivere ecclesiale odierno, segnatamente sul pragmatico versante giuridico, con l'esercizio del diritto di 'denunciare' – per un lato – l'inadeguatezza di taluno a un incarico ci si mette in moto

<sup>(34)</sup> Cfr., per tutti, FRANCESCO, *Discorso ai partecipanti al Convegno per i nuovi vescovi promosso dalla Congregazione per i vescovi e dalla Congregazione per le Chiese orientali*, 19 settembre 2013, in *Acta Apostolicae Sedis*, CV (2013), p. 890 ss.

<sup>(35)</sup> G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto canonico*, quinta edizione aggiornata a cura di G. Boni e P. Cavana, G. Giappichelli Editore, Torino, 2022, p. 322.

<sup>(36)</sup> Cfr. P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, cit., p. 228.



non per odio o ostilità personale, e neppure per fruire «privatamente» di un utile o accrescere il proprio appannaggio o le proprie spettanze: ma per bonificare e affinare l'amministrazione ecclesiastica e l'intera vita della Chiesa a profitto di tutti. Senza che ciò debba più venire bollato o patito come interferenza o intromissione da una concezione elitaria, aristocratica e al fondo gerarcologica del potere, da ripudiare nettamente, come papa Francesco costantemente rimprovera. Rinviando ad altra sede per ogni approfondimento, qui è sufficiente rimembrare ancora una volta come si possa e debba addivenire alla conclusione che solo attraverso la complicità fraterna e inclusiva di tutti i membri del *populus Dei*, i quali non esitino a far conoscere serenamente e senza respiscenze quanto intralcia o compromette la missione della Chiesa, questa potrà davvero essere compiuta da persone degne della grazia ricevuta nel battesimo. Una proclamazione che non deve restare confinata nel limbo delle aspirazioni astratte: ma che la scienza giuridica è chiamata a riempire di contenuti non evanescenti, distillando con acribia e rigore i sistemi e le procedure giuridiche in grado di renderla davvero efficace.

Lo stesso, *mutatis mutandis* ma senza rovesciamenti o stravolgimenti sostanziali, deve valere – per l'altro lato – quanto alla denuncia della perpetrazione di un delitto: transitando, senza soluzione di continuità o brusche cesure, dall'area dell'amministrazione ecclesiale a quella penale. Altrove mi sono accinta a perorare la tesi - innestandola in una lettura sinottica della codificazione giovanneo-paolina con quella abrogata, in un'analisi delle opinioni dottrinali, in una rassegna di alcune normative extracodicali che, marcando una direzione di marcia, allertano il popolo di Dio nella prevenzione e sanzione (penale o disciplinare-amministrativa) di certi comportamenti<sup>(37)</sup>, oppure denotano una rin vigorita intransigenza nel chiedere conto delle proprie mancanze anche ai titolari degli uffici apicali<sup>(38)</sup>, nonché infine nei reiterati mementi recenti del papa e dell'episcopato – che, calibrando i pro e i contro, sarebbe auspicabile il reinserimento nel diritto vigente di una norma analoga a quella cassata del *Codex* piano-benedettino<sup>(39)</sup>: contemplando dunque espressamente la denuncia dei fedeli quale canale della *notitia criminis*, sia pur cinta da garanzie dissuasive rispetto a iniziative temerarie – oltre al delitto di *denuntia calumniosa*: can. 1390 – e da clausole di salvaguardia di chi potrebbe ricevere nocumento. D'altro canto, la *denuntiatio christifidelium* affonda le sue radici nello stesso Vangelo (cfr. *Mt* 18, 15-17), che nell'effigiare l'*iter* sanzionatorio nella Chiesa raffigura molto

<sup>(37)</sup> Molto significativa in questo senso l'Istruzione della CONGREGAZIONE PER IL CULTO DIVINO E LA DISCIPLINA DEI SACRAMENTI *Redemptionis sacramentum* del 25 marzo 2004, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCVI (2004), pp. 549-601, per le *Segnalazioni di abusi in materia liturgica*.

<sup>(38)</sup> Ad esempio, il *Motu Proprio* «Come una madre amorevole» del 4 giugno 2016, in *L'Osservatore Romano*, 5 giugno 2016, p. 8, che prevede la rimozione del vescovo negligente.

<sup>(39)</sup> Si trattava del can. 1935 del *Codex Iuris Canonici* del 1917.

icasticamente l'azione di tutti i cristiani<sup>(40)</sup>. E questa «denuncia giudiziale» dovrebbe in qualche modo associarsi, nella demarcazione ma pure nel coordinamento, con il diritto di denuncia più generico di cui si è appena discusso circa lesioni o incrinature del buon governo: i 'comparti' sono differenti ma non per questo separati e non comunicanti. Anch'essa dovrebbe quindi essere oculatamente «agevolata», ma senza ovviamente trascendere in inviti gridati, tanto demagogici quanto fuorvianti. Si dovrebbe al contrario istillare nei fedeli l'idea che tale informativa è animata da un fine altamente pastorale, colorandosi in tal modo di inflessioni spiccatamente supererogatorie: mentre, al contrario, proprio nell'insidioso campo del diritto penale, l'ingiunzione di un obbligo giuridico di denuncia, con la sottesa intimidazione, rischia, come illustrato, di suscitare reazioni inquinanti e perverse. D'altronde, qualunque forza deterrente infusa da un legislatore umano non sarà mai di pari intensità e influenza rispetto a quella che è in grado di risvegliare ed effondere una coscienza cristiana rettamente formata e bramosa di onorare il proprio *munus* ecclesiale.

Tuttavia, come anticipato, non è questa la strada imboccata dal legislatore canonico che nel Libro VI entrato in vigore l'8 dicembre 2021 ha incluso un'inedita fattispecie criminosa, che per la prima volta acquista cittadinanza nel diritto canonico. Il can. 1371 § 6 infatti sancisce che «Qui comunicare neglegit notitiam de delicto, cum ad id exsequendum lege canonica teneatur, puniatur ad normam can. 1336, §§ 2-4, adiunctis quoque aliis poenis pro delicti gravitate». Si verrà quindi puniti, e molto duramente secondo il tenore del canone, se si ometterà la comunicazione della notizia di un delitto obbligatoria per legge canonica: con chiaro riferimento e connessione – immediatamente colta in dottrina<sup>(41)</sup> – al *Motu Proprio Vos estis lux mundi*. Se in precedenza si poteva ipotizzare un «mandato che se non venisse osservato potrebbe generare almeno sanzioni disciplinari<sup>(42)</sup> per queste persone»<sup>(43)</sup>, oggi contravvenire all'obbligo di denuncia è draconianamente sanzionato. Ho già concisamente delucidato le ragioni che sostanziano la mia avversione all'obbligo di denuncia: vorrei ora dipanare, sia pur rapidamen-

<sup>(40)</sup> Cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *Il "munus docendi Ecclesiae": diritti e doveri dei fedeli*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 55.

<sup>(41)</sup> Commentano J. ARIAS, J.I. ARRIETA, *Liber VI. De sanctionibus poenalibus in Ecclesia*, in *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, settima edizione riveduta e ampliata, edizione diretta da J.I. Arrieta, Coletti a San Pietro, Roma, 2022, p. 924: «l'ultimo § 6 del c. recepisce in maniera generale quanto disposto per alcune circostanze dagli artt. 1 e 3 § 1 del m.p. *Vos estis lux mundi*, del 7.V.2019, configurando il reato di omissione dell'obbligo di dare notizia della commissione di un reato».

Sulle ipotesi di denuncia obbligatoria nell'ordinamento canonico vigente e i problemi insorgenti rinvio, da ultimo, anche alle condivisibili argomentazioni di G. COMOTTI, *Informazione, riservatezza e denuncia nei procedimenti penali*, in *Il diritto penale al servizio della comunione della Chiesa*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Edizioni Glossa Srl, Milano, 2021, p. 203 ss.

<sup>(42)</sup> Cfr. recentemente M. RIVELLA, *Il diritto disciplinare*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, in corso di pubblicazione.»

<sup>(43)</sup> J.I. ARRIETA, *Nota esplicativa Vos estis lux mundi*, consultabile online all'indirizzo [www.delegumtextibus.it](http://www.delegumtextibus.it).

te, qualche riflessione aggiuntiva situando tale cambiamento normativo nella cornice del perseguito irrigidimento della disciplina penale codiciale, prospettando in particolare una sola esemplificazione applicativa di grande impatto evocativo delle incongruenze che possono squarciarsi nell'ordinamento canonico, con effetti paradossalmente aberranti. Faccio riferimento a una *new entry* del nuovo Libro VI: nel can. 1398 § 2 il delitto *contra sextum* con minore di cui al § 1 n. 1 –insieme invero ad altri delitti– del medesimo canone (colui «che commette un delitto contro il sesto comandamento del Decalogo con un minore o con persona che abitualmente ha un uso imperfetto della ragione o con quella alla quale il diritto riconosce pari tutela») è ora contemplato non solo per il chierico ma, oltre che per il «membro di un istituto di vita consacrata o di una società di vita apostolica» anche per «qualunque fedele che gode di una dignità o compie un ufficio o una funzione nella Chiesa». Pur condividendosi appieno l'*intentio* della criminalizzazione di certi atti orrendi e deprecabili da parte di soggetti non chierici né consacrati e tuttavia in qualche modo operanti nel «circuito» della Chiesa cattolica e dai quali quest'ultima deve pretendere un comportamento integerrimo e specchiato, ciononostante si tratta di una norma stupefacente per la sua formulazione, almeno agli occhi di un penalista secolare. Infatti, in un'indeterminatezza davvero esagerata si assemblano delitti di ben differente lesività, mischiandoli ad atti solo moralmente peccaminosi e inopportuni (specie se compiuti da parte di *ordinati in sacris* e religiosi, per i quali possono essere «delitti contro obblighi speciali»). Non si effettua alcuna distinzione tra minori implicati, distinguendo i quattordicenni o gli infrasedicenni<sup>(44)</sup>: come fa anche il diritto italiano e pressoché tutti i diritti penali nella repressione dei reati, data l'enormemente diversa gravità del fatto criminoso, oltre all'autodeterminazione all'esercizio della sessualità di solito riconosciuta a chi ha compiuto il quattordicesimo anno di età, così come in genere «anche alle persone portatrici di debilitazioni fisiche o psichiche»<sup>(45)</sup>. Non si tiene invece alcun conto, nel diritto canonico, del consenso del minore – si rammemori come il can. 1083 § 1 contempli l'*aetas nubilis* di 14 anni per la donna e di 16 anni per l'uomo, con ciò ammettendo la loro capacità di prestare il consenso per l'attività sessuale e la legittimità a esercitarla –, il quale, tra l'altro, «addirittura potrebbe avere preso l'iniziativa o sollecitato al compimento dell'azione incriminata, senza che ciò venga di per sé ad alterare la fattispecie delittuosa»<sup>(46)</sup>: consenso del minore alle soglie della

<sup>(44)</sup> Per un'illustrazione della normativa italiana (in comparazione con quella canonica) cfr. G. COMOTTI, *L'influsso della legislazione civile sulla normativa canonica*, in *Unità e pluralità della normativa ecclesiale: quale futuro per i codici?*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Edizioni Glossa Srl, Milano, 2020, p. 239 ss.

<sup>(45)</sup> G. COMOTTI, *Prevenzione e repressione degli abusi sessuali sui minori: i limiti imponibili alla tutela dei segreti nel diritto canonico*, in *Ephemerides iuris canonici*, LXI (2021), p. 449.

<sup>(46)</sup> G. COMOTTI, *Prevenzione e repressione degli abusi sessuali sui minori: i limiti imponibili alla tutela dei segreti nel diritto canonico*, cit., p. 450.

maggiore età la cui sussistenza inibirebbe la configurazione della fattispecie di reato, mancando un elemento del medesimo, alla stregua della normativa di molti ordinamenti statuali<sup>(47)</sup>. Per converso, nel dettato normativo canonico «non appaiono sufficientemente differenziate le diverse fattispecie comportamentali che confluiscono all'interno di un unico contenitore criminoso»<sup>(48)</sup>: con strascichi talora davvero incredibili. Pertanto, in virtù di tale così tracciata fattispecie, d'ora in poi un laico che abbia rapporti sessuali (ma invero ogni atto *contra sextum*...<sup>(49)</sup>) pienamente consenzienti con un/una minorenni pubere cui è affettivamente legato (ad esempio, un catechista diciottenne con la sua fidanzata diciassettenne) non commette, semmai, solo peccato<sup>(50)</sup> ma anche un vero e proprio delitto. È vero che si vuole responsabilizzare chi ricopre dignità, uffici o funzioni nella Chiesa in modo che non offuschi il suo ruolo e soprattutto non appanni e tradisca la fiducia in lui riposta con atti disdicevoli, ma qui – in tale «furore punitivo» – si rasenta il ridicolo: anzitutto in quanto è il bene giuridico tutelato, con la «vittima» del delitto, ad essere impercettibile ed evanescente. Ci si può inoltre interrogare, per tornare al fulcro di queste pagine, poiché pare che la nuova versione del *Motu Proprio Vos estis lux mundi* – oramai «scaduto» – estenda l'obbligo di segnalazione a tutte le nuove fattispecie introdotte<sup>(51)</sup>, se anche la notizia di tale «grottesco delitto» dovrà essere comunicata

<sup>(47)</sup> Potrebbe rilevare come scriminante o attenuante: cfr. G. COMOTTI, *Profili problematici della disciplina dei delitti contra sextum nel nuovo diritto penale canonico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, XXXIX (2022), 2, p. 501, il quale appunto nota: «Diversamente dal can. 1395, il can. 1398, § 1, 1° non sanziona di per sé una condotta costrittiva, bensì il compimento – in qualsiasi modo realizzato – di un delitto *contra sextum* con persona minore degli anni 18 o con persona che abitualmente ha un uso imperfetto della ragione o con quella alla quale il diritto riconosce pari tutela, il cui consenso eventualmente prestato all'azione, o addirittura l'iniziativa che esse possano avere preso non rileverebbero come scriminante o attenuante».

<sup>(48)</sup> B.F. PIGHIN, *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, Marcianum Press, Venezia, 2021, p. 509, che prosegue: «La diversa età della vittima dell'abuso avrebbe dovuto incidere, a nostro parere, sulla differenziazione sia delle fattispecie del delitto sia delle relative pene», argomentando approfonditamente; aggiungendo poi, del tutto opportunamente: «Anche l'elemento oggettivo del comportamento delittuoso richiederebbe alcune distinzioni che la riforma del sistema penale canonico non ha voluto prendere in considerazione, ponendosi al di fuori del principio di proporzionalità della pena determinata e rapportata alla diversa gravità dei delitti compiuti, e non lasciata a margini di discrezionalità stratosferici. Anzitutto andrebbe più chiaramente definita in materia la distinzione tra comportamenti solo moralmente peccaminosi da quelli tipicamente delittuosi».

<sup>(49)</sup> Cfr. l'ampia esemplificazione che fornisce B.F. PIGHIN, *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, cit., pp. 512-513.

<sup>(50)</sup> Come rileva M. VISIOLI, *Il diritto penale della Chiesa e la tutela dei minori*, in *Il diritto penale al servizio della comunione della Chiesa*, cit., p. 250, vanno valutate con molta attenzione tutte le circostanze concrete «che potrebbero evidenziare una legittimità morale di un atto che un'interpretazione rigorista della norma giudicherebbe delittuosa».

<sup>(51)</sup> Si è invocata tale estensione, del resto del tutto coerentemente: «Se il VELM sanziona l'insabbiamento in caso di delitti *contra sextum* compiuti da chierici o religiosi [...], lo stesso non accade per gli altri fedeli di cui al can. 1398 §2. Ciò si deve alla precedenza temporale di VELM rispetto al nuovo Libro VI, ma è auspicabile che nelle more della verifica del *motu proprio* approvato *ad experimentum* si introduca un'analogia responsabilità anche qualora l'interferenza, l'insabbiamento, l'omissione o la negligenza riguardino un presunto delitto compiuto da un altro fedele imputabile ex can. 1398 §2» (M. VISIOLI, *La protezione penale del minore nel nuovo Libro VI del Codice*, in *Periodica*, CX [2021], p. 616). Invero, la nuova versione del *Motu Proprio Vos estis lux mundi* del 2023 ha esteso la segnalazione solo per i «delitti» di alcuni laici: i «moderatori delle associazioni internazionali di fedeli riconosciute o erette dalla Sede Apostolica».

all'ordinario e se l'omissione (sia pur dolosa) comporterà la pena di cui al novellato can. 1371 § 6: emergendo patentemente già in generale la «severità del carico penale per un comportamento che ammette esitazioni sulla fondatezza dell'oggetto da comunicare e sulle molte sfumature della fattispecie delittuosa in questione»<sup>(52)</sup>. L'irragionevolezza complessiva della normativa – inclinante a un parossismo penale francamente stolido, forse cedendo inconsultamente alla pressione delle accuse (specie massmediali) per gli insabbiamenti e le omertà del passato – mi pare meridiana e palmare: la punizione per l'inottemperanza di tale assurdo obbligo di denuncia diviene ennesima riprova di come il legislatore ecclesiale, a queste delicatissime latitudini, non si sia mosso con quell'immensa cautela e circospezione che erano doverose e cui la dottrina giuridica deve, deponendo remore e timidezze, risolutamente richiamarlo.

## 7. UNA SIGNIFICANTE MANIFESTAZIONE DELLA CORRESPONSABILITÀ DI TUTTO IL POPOLO DI DIO

Insomma, a epilogo interlocutorio di questo breve periplo che ha lambito disparati quadranti dell'universo canonico, distanti ma tra loro inestricabilmente correlati, si può, mi sembra pacificamente, convenire che, sotto lo stesso lemma di denuncia, in un ambito – amministrazione ecclesiastica – non menzionata né regolata come diritto, nell'altro – repressione penale degli abusi sessuali – statuita come obbligo (sia pur appellato segnalazione ovvero comunicazione) sanzionato, si rivelano, in entrambi i contesti, determinazioni legislative erranee, viziate o comunque insoddisfacenti. Esse si dimostrano foriere di contraccolpi perniciosi e deleteri non solo nell'ordinamento canonico, alterando e contaminando le relazioni interne tra *christifideles*, ma anche in quelli secolari: si pensi al *vulnus* inferto al mantenimento del segreto ministeriale nei diritti statuali. Di più: tali claudicanti determinazioni legislative si presentano come visceralmente incoerenti e antinomiche con quella *aequalitas quoad dignitatem et actionem* (ancora can. 208) che il Concilio Vaticano II ha sottolineato ed esaltato, nonché con quella esuberante solidarietà tra i cristiani –ma invero tra tutti gli 'uomini di buona volontà'– che il regnante sommo pontefice reclama siano chiave di lettura e manifesto programmatico della Chiesa odierna. In questo orizzonte si iscrive il mio impegno scientifico, sul versante – non contrapposto ma complementare e sintonico – delle obiezioni motivate ovvero dei suggerimenti avanzati. I quali, allignati nello stesso *humus*, in questo caso si sovrappongono perfettamente e si incrociano nel propugnare la positivizza-

<sup>(52)</sup> B.F. PIGHIN, *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, cit., p. 344.

zione e formalizzazione nel diritto canonico di un *diritto-dovere di denuncia*, predisponendo un «canale» tramite il quale i fedeli possano far giungere all'autorità la loro voce: un canale, da un lato, fluido e scorrevole, sgombro da complicazioni burocratiche – ed anche scongiurando ritorsioni o vendette –; e dall'altro, però, congegnato in modo tale – con istanze di controllo, possibilità di ricorsi ecc. – che tale voce – sempre se meritevole, ovviamente – non possa essere tacitata o oscurata. L'acuita sensibilità e la seria considerazione verso questo fattivo concorso comunitario saranno uno sprone ben più potente di qualsiasi coazione, inflessibilmente corredata addirittura di una sanzione penale, la quale va caparbiamente rigettata, augurandosene una pronta abolizione (oppure una concorde e coesa desuetudine). Del resto, alle ragioni dissuasive che si sono addotte sul crinale squisitamente penalistico vanno a sommarsi gli inconvenienti descritti dalla dottrina secolare per l'imposizione di un obbligo di *whistleblowing* munito di una qualche punizione, il quale invece, laddove sia attività volontaria e non forzata, incarna un'arma straordinaria attraverso cui il singolo si sente incoraggiato a cospirare al bene comune.

Si staglia, peraltro, nel raffronto tra i due «ordini», un'incoltabile divaricazione: se nella comunità politica a essere pungolato è il sentimento di attaccamento, lealtà, dedizione alla *res publica*, nella Chiesa si dischiude, ulteriormente, una dimensione di ben altro nerbo e spessore: dalla valenza paideutica – nella temperie, poi, di questi tempi, di allentamento centrifugo se non di sfaldamento delle matrici di provenienza e dei legami di appartenenza –, formidabile. In essa, infatti, si 'sprigiona', eliminando i lacci che ancora la impastoiano fino a soffocarla, la *communio* che unisce indissolubilmente tutti i *christifideles*, mitigando fino a estinguere quella purtroppo assai diffusa lontananza e apatia verso le attività ecclesiali che non li concernono direttamente. Non si tratta, cioè, di istigare l'occhiuta sorveglianza dei «sudditi» nei confronti dei «pastori» quasi per riscattare polemicamente secoli di subalterna minorità e muta sottomissione, o di porgere l'appiglio ad attacchi gratuiti alle autorità ecclesiastiche: né tanto meno di deplorare e condannare chi, in coscienza, non desidera denunciare. Al contrario, nel clima di vulcanica e contagiosa responsabilità indotto dalla libertà dei figli di Dio, si renderà così sempre più interiormente «familiare», agapica ed esteriormente visibile l'attiva *participatio* di tutte le componenti della Chiesa: ovvero si praticherà e realizzerà quella dilatata «sinodalità»<sup>(53)</sup> di cui con impeto papa Francesco si è fatto paladino. Non è una meta agevole o banale da raggiungere: si apre una sfida, anzi un appuntamento ineludibile per l'autorità gerarchica e per tutti i fedeli in una Chiesa in cui, «come in una

<sup>(53)</sup> Cfr., per tutti, COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE, *La sinodalità nella vita e nella missione della Chiesa*, 2 marzo 2018, leggibile online all'indirizzo [www.vatican.va](http://www.vatican.va), nonché in *Communicationes*, L (2018), pp. 180-236.

piramide capovolta il vertice si trova al di sotto della base»<sup>(54)</sup>. Sempre con la sicurezza che «l'obiettivo di questi processi partecipativi non sarà principalmente l'organizzazione ecclesiale, bensì il sogno missionario di arrivare a tutti»<sup>(55)</sup>, cioè il compimento corale dell'opera evangelizzatrice della Chiesa nella giustizia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS, J. ARRIETA, J. I. *Liber VI. De sanctionibus poenalibus in Ecclesia*, in *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, settima edizione riveduta e ampliata, edizione diretta da J.I. Arrieta, Coletti a San Pietro, Roma, 2022.
- ARRIETA, J. I. *Nota esplicativa Vos estis lux mundi*, online all'indirizzo [www.delegumtextibus.it](http://www.delegumtextibus.it).
- ASTIGUETA, D. G. «Lettura di *Vos estis lux mundi*», in *Periodica*, CVIII (2019).
- BARTONE, N. «Il vincolo della “norma” tra Stato e Chiesa. Obbligo e divieto, dovere e diritto. Problematica e soluzione in un'ottica interordinamentale», in *Studi in onore di Carlo Gullo*, I, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2017.
- BONI, G. «El derecho canónico a denunciar la falta de idoneidad de los titulares de oficios», in *Diritto amministrativo e società civile*, Volume II - *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, *Muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco*, a cura di S.P.I.S.A. – Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione pubblica – Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, Bononia University Press, Bologna, 2019.
- EAD. *Il buon governo nella Chiesa. Inidoneità agli uffici e denuncia dei fedeli*, Mucchi Editore, Modena, 2019.
- EAD. «Il diritto di denunciare la mancanza di idoneità dei titolari degli uffici ecclesiastici», in *Ius canonicum*, XLIX (2019).
- EAD. «Sigillo sacramentale e segreto ministeriale. La tutela tra diritto canonico e diritto secolare», nella rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), n. 34 del 2019.
- EAD. «Sigillo sacramentale, segreto ministeriale e obblighi di denuncia-segnalazione: le ragioni della tutela della riservatezza tra diritto canonico e diritto secolare, in particolare italiano», in *Jus-Online Rivista di scienze giuridiche*, LXVI-VI (2020), 1.
- EAD. «Gli odierni attentati alla salvaguardia del sigillo sacramentale e del segreto ministeriale in Italia: il robusto baluardo della libertà religiosa», in “*Quis custodiet ipsos custodes*”. *Studi in onore di Giacomo Incitti*, a cura di A.P. Bosso, E.B.O. Okonkwo, Urbana University Press, Città del Vaticano, 2021.
- EAD. «La recente attività normativa ecclesiale: *finis terrae* per lo *ius canonicum*? Per una valorizzazione del ruolo del Pontificio Consiglio per i testi legislativi e della scienza giuridica nella Chiesa», collana *Un'anima per il diritto: andare più in alto*, Mucchi Editore, Modena, 2021 (volume *open access*).
- EAD. «La tutela del sigillo sacramentale e del segreto ministeriale in Italia», in *Ephemerides iuris canonici*, LXI (2021).

<sup>(54)</sup> FRANCESCO, *Discorso per la commemorazione del 50° anniversario dell'istituzione del Sinodo dei Vescovi*, 17 ottobre 2015, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVII (2015), p. 1142

<sup>(55)</sup> FRANCESCO, *Esortazione Apostolica Evangelii gaudium* sull'annuncio del Vangelo nel mondo attuale, 24 novembre 2013, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVII (2015), p. 1142, n. 31.

- EAD. «Il Libro VI *De sanctionibus poenalibus in Ecclesia*: novità e qualche spigolatura critica», nella rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, [www.stateo-chiese.it](http://www.stateo-chiese.it), n. 11 del 2022.
- EAD. «Minacce crescenti all'inviolabilità del sigillo sacramentale della confessione» (intervista a G. Boni di D. AIROMA), in *Cristianità*, L (2022), n. 414.
- COMOTTI, G. «L'influsso della legislazione civile sulla normativa canonica», in *Unità e pluralità della normativa ecclesiale: quale futuro per i codici?*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Edizioni Glossa Srl, Milano, 2020.
- ID. «Informazione, riservatezza e denuncia nei procedimenti penali», in *Il diritto penale al servizio della comunione della Chiesa*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Edizioni Glossa Srl, Milano, 2021.
- ID. «Prevenzione e repressione degli abusi sessuali sui minori: i limiti imponibili alla tutela dei segreti nel diritto canonico», in *Ephemerides iuris canonici*, LXI (2021).
- ID. «Profili problematici della disciplina dei delitti *contra sextum* nel nuovo diritto penale canonico», in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, XXXIX (2022), 2.
- DALLA TORRE, G. *Lezioni di diritto canonico*, quinta edizione aggiornata a cura di G. Boni e P. Cavana, G. Giappichelli Editore, Torino, 2022.
- ERRÁZURIZ, M., C. J. *Il «munus docendi Ecclesiae»: diritti e doveri dei fedeli*, Giuffrè Editore, Milano, 1991.
- LICASTRO, A. «Il whistleblowing e la denuncia degli abusi sessuali a danno dei minori nella Chiesa», nella rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, [www.stateo-chiese.it](http://www.stateo-chiese.it), n. 34 del 2019, pp. 123-142.
- LLOBELL, J. *I processi matrimoniali nella Chiesa*, Edusc, Roma, 2015.
- LO IACONO, P. «Repressione dei *delicta graviora contra mores*, sigillo sacramentale e segreto pontificio (Il difficile equilibrio tra riservatezza e 'trasparenza')», in *Lex rationis ordinatio. Studi in onore di Patrick Valdrini*, II, a cura di V. Buonomo, M. d'Arienzo, O. Échappé, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2022.
- MIGLIAVACCA, A. «Irregolarità e impedimenti: vie di conoscenza e di verifica al servizio del discernimento», in *Quaderni di diritto ecclesiale*, XXVIII (2015).
- MONETA, P. «I soggetti nel giudizio amministrativo ecclesiastico», in *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1991.
- ID. *La giustizia nella Chiesa*, nuova edizione, il Mulino, Bologna, 2002.
- PIGHIN, B.F. *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, Marcianum Press, Venezia, 2021.
- RODRÍGUEZ-OCAÑA, R. «El *Motu Proprio Vos estis lux mundi*», in *Ius canonicum*, LIX (2019).
- SÁNCHEZ-GIRÓN RENEDO, J.L. «El *Motu Proprio Vos estis lux mundi*: contenidos y relación con otras normas del derecho canónico vigente», in *Estudios eclesiásticos*, XCIV (2019).
- VISIOLI, M. «Il diritto penale della Chiesa e la tutela dei minori», in *Il diritto penale al servizio della comunione della Chiesa*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Edizioni Glossa Srl, Milano, 2021.
- ID. «La protezione penale del minore nel nuovo Libro VI del Codice», in *Periodica*, CX (2021).



# La trascendencia del Derecho canónico en el proceso de unificación europea

MARÍA DOMINGO GUTIÉRREZ

SUMARIO: 1.– Introducción. 2.– El proceso oficial de unificación de Europa. 2.1 Antecedentes. 2.2 El Consejo de Europa. 2.3 La Unión Europea. 3.– El papel del Derecho en la unificación de Europa. 3.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos. 3.2 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 4.– Qué tiene de común el Derecho del espacio europeo. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Europa se encuentra inmersa en un reto unificador de índole jurídica. La pretensión de la construcción de la unidad de Europa que informa en la actualidad en los países europeos responde al *deseo de paz que ha actuado como una de las claves para la construcción de Europa*<sup>(1)</sup>. Este desafío coincide en cierto modo con la experiencia de la formación del *Ius Commune*.

El Derecho común se gestó en la Baja Edad Media y se desarrolló a lo largo de un periodo histórico hasta el siglo XVIII cuando aparecen las primeras codificaciones europeas<sup>(2)</sup>. Su configuración viene determinada por la

---

<sup>(1)</sup> Así lo expresa J. M. REBOLLO ESPINOSA, «El papel de la educación en la búsqueda de la unidad europea: los proyectos ilustrados y románticos de paz perpetua», *Historia de la Educación*, 2.º, 2001, p. 216.

<sup>(2)</sup> Para una exposición sobre este relato histórico, *vid.*, M. LLORENTE y J. VALLEJO (coords.), *Manual de Historia del Derecho*, Valencia, 2012, en particular, el cap. II «La cultura del Derecho Común (siglos XI-XVIII)», pp. 59-100.

interacción de dos componentes de modo angular<sup>(3)</sup>, el Derecho romano (mediante el estudio del *Corpus Iuris Civilis* y la labor de glosadores y escolásticos), y el Derecho canónico.

El propósito de este trabajo es poner en conexión la etapa jurídica de la Formación del *Derecho Común Europeo (Ius Commune)* y, en concreto, uno de sus particulares elementos constitutivos, el Derecho canónico, con el actual derecho común europeo a lo largo de los procesos de la unificación europea. Nuestro objetivo es obtener elementos que de la andadura jurídica del *Ius Commune* nos resulten útiles en orden a la empresa actual de unificación de Europa.

La elaboración del Derecho canónico –ordenamiento jurídico de la Iglesia católica–, ha sido el resultado de un proceso desde el Decreto de Graciano y las Decretales de Gregorio IX así como las colecciones canónicas posteriores, hasta su compilación definitiva en el *Corpus Iuris Canonici*<sup>(4)</sup>. A este respecto, no debe perderse de vista que el ordenamiento canónico lleva a cabo una traducción jurídica de la cosmovisión cristiana<sup>(5)</sup>.

De este modo, debido en parte a las primeras universidades medievales que llevaron a cabo su difusión, se constituyó este derecho denominado *utrumque iuris* en el área occidental europea. También dejó su impronta, como es sabido, en el derecho angloamericano, *common law*<sup>(6)</sup>, expresión que hace referencia en el ámbito jurídico anglosajón al derecho común a toda Inglaterra, distinto al derecho consuetudinario y al derecho escrito, con un claro componente jurisprudencial y surgido al calor de la experiencia práctica del foro<sup>(7)</sup>.

Este *Ius Commune* fue recibido en los Estados europeos, posteriormente en los países latinoamericanos e, incluso, ha llegado a algunos países orientales de Europa. Resaltamos el carácter internacional o transnacional del derecho Común, en cuanto se estudiaba en las universidades de diferentes países y su aprendizaje en latín favorecía la movilidad de profesores y estudiantes. De esta forma, surge el Derecho como una ciencia autónoma y, con ella, los juristas.

<sup>(3)</sup> B. CLAVERO, *Historia del Derecho: Derecho Común*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009, pp. 15-29.

<sup>(4)</sup> J. HERVADA, *Introducción al estudio del Derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 2010.

<sup>(5)</sup> Trata esta cuestión J. FORNÉS DE LA ROSA, «Derecho divino y derecho humano en el ordenamiento canónico», en *Cuadernos doctorales: Derecho canónico, Derecho eclesialógico*, nº 2, 1984, pp. 95-34.

<sup>(6)</sup> Acerca de esta materia puede verse J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces canónicas de la common law*, Civitas, Madrid, 1991; Z. COMBALÍA SOLÍS, «La influencia del *ius commune* en la formación del derecho anglosajón», en A. GONZÁLEZ VARAS (coord.), *Ius Commune y la formación de las instituciones de derecho público*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 71-92.

<sup>(7)</sup> Ver a este respecto, R. BERNAD MAINAR, «La fructífera experiencia del *Ius Commune* ante el apasionante reto de la unificación del Derecho privado común europeo», en *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre, 2017, p. 257.

No cabe duda de que el papel que desempeñó el *Ius commune* en los siglos pasados fue de factor de cohesión del mundo europeo occidental<sup>(8)</sup>, y, es en ese sentido en el que cabe examinar si algunos de sus componentes han trascendido, de forma que sean apreciables para desempeñar una función asimismo unificadora en el actual Derecho común europeo<sup>(9)</sup>.

En este sentido, la idea sobre la que está construido el Occidente moderno, coincidimos con Larry Siedentop, esto es, la *igual dignidad moral de todos los seres humanos*, tiene su origen en la concepción cristiana de Dios<sup>(10)</sup>.

## 2. EL PROCESO OFICIAL DE UNIFICACIÓN DE EUROPA

### 2.1. Antecedentes

La idea y el deseo de una Europa unida han sido una constante, o cuanto menos han emergido en numerosas ocasiones a lo largo de nuestra historia. Sin embargo, cuando hablamos de proceso oficial de unificación nos referimos al momento en que ésta empieza a materializarse y hacerse efectiva en el plano político y jurídico.

La integración europea es consecuencia de los terribles efectos de las guerras precedentes en Europa, sobre todo de la entonces reciente Segunda Guerra Mundial. De modo que, el punto de partida es un deseo común de asegurar y mantener la paz en Europa y evitar así la violación de los derechos humanos más elementales.

Las causas de los conflictos armados son a menudo múltiples. Por lo que se refiere a la Primera Guerra Mundial (28 julio 1914-11 noviembre 1918), las mismas se sitúan, principalmente, en las tensiones ocasionadas por el reparto de las colonias de África y Asia entre las potencias europeas, junto con la competencia por la predominancia industrial. El desencadenante fue el asesinato del duque Francisco Fernando de Austria, llamado a here-

---

<sup>(8)</sup> En este sentido, coincidimos con Morán Martín cuando afirma que lo que hoy se suele denominar «civilización occidental» tiene sus orígenes en el *Ius commune*. R. MORÁN MARTÍN, «El *Ius Commune* como antecedente jurídico de la Unión Europea», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 12, 2005, p. 111

<sup>(9)</sup> Fernández de Buján sostiene en este extremo que: El papel del derecho romano como elemento esencial, junto con el Derecho canónico, del *Ius commune*, de la gran mayoría de naciones europeas, entre los siglos XII al XVIII, su consideración como sistema de referencia en la elaboración de la dogmática jurídica por la pandectística y su conformación como elemento vertebrador, junto con el derecho germánico, de la regulación de los principales códigos europeos del XIX, son eslabones de una historia jurídica común de las distintas naciones que conforman el continente europeo y constituyen valiosos, e inexcusables puntos de unión, en el proceso de construcción, y de desarrollo acumulativo, de la ciencia jurídica y del derecho comunitario del futuro. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «Ciencia europea y Derecho comunitario: *Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law*», en GLOSSAE. *European Journal of Legal History*, 13, 2016, p. 302.

<sup>(10)</sup> Definida esta igualdad como the revolutionary promise of Christian beliefs, Siedentop lo considera el marco de ideas en el que tiene lugar la constitución original de Europa. Cfr. L. SIEDENTOP, *Inventing the individual. The origins of Western Liberalism*, London, 2015, p. 354.

dar el trono del Imperio austrohúngaro. La Primera Guerra Mundial había finalizado con la derrota de las potencias centrales de la *Triple Alianza* (Imperio alemán e Imperio austrohúngaro apoyados por Bulgaria y Turquía) por parte de los aliados que formaban la *Triple Entente* (Francia, Gran Bretaña y Rusia) a los que se les unieron otros países como Bélgica, Italia, Portugal, Grecia, Japón, Serbia, Rumanía, etc. Si bien el armisticio se había firmado varios meses antes, en el *Tratado de Versalles* se establecieron las condiciones que debía asumir Alemania como responsable moral y material del contendiente, tales como un estricto régimen de desarme y la asunción de elevadas compensaciones a los países victoriosos.

Además de las consecuencias políticas, esto es, la disolución de los Imperios ruso, austrohúngaro y otomano, entre otras, el modo en que finalizó la guerra plantó el germen para la Segunda Guerra Mundial, por cuanto sumergió en el resentimiento a la población alemana debido a la imposición de estas duras medidas mencionadas, así como a la sensación de imposibilidad para pagar la deuda, además de favorecer el ascenso al poder de Adolf Hitler. En Italia sería Benito Mussolini el representante de la nueva facción política del fascismo en Europa. Así, en una situación de grave pobreza debido a la Gran Depresión de 1929, el 1 de septiembre de 1939, Alemania invade Polonia, y, Gran Bretaña y Francia declaran la guerra al Tercer Reich. En seis años se desencadenaron una sucesión de acontecimientos que provocaron la destrucción de Europa. La Segunda Guerra Mundial causó la muerte a casi sesenta millones de personas –de las cuales más de 6 millones eran judíos–, provocó un inconmensurable sufrimiento de la población en general y un gran número de supervivientes con secuelas físicas y psíquicas derivadas de los campos de concentración, además de la desestructuración familiar en tantos casos. Se destruyeron ciudades, carreteras, industrias, vías férreas; hicieron falta décadas para recuperar la fertilidad del suelo y los países quedaron en situación de precariedad.

El final de la guerra vino determinado, el 2 de septiembre de 1945, por la rendición incondicional de Japón tras el golpe final de Estados Unidos al bombardear Hiroshima (murieron al instante 166.000 personas) y Nagasaki (80.000 fallecidos) con bombas atómicas. Las tropas alemanas, no obstante, ya se habían rendido el 8 de mayo de 1945, tras lo cual se conoció el suicidio de Hitler. También fue importante para el fin, la captura de Benito Mussolini el 27 de abril en Italia, con la supresión de los refuerzos para Alemania y la ocupación por ésta de la República Social Italiana. Ya en el verano de 1944 era evidente la supremacía de los países aliados (Francia, Inglaterra, Estados Unidos y la URSS, junto con todos aquellos que se les sumaron: República China, Polonia, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Dinamarca, Noruega, Bélgica, Luxemburgo, Grecia, Países Bajos, etc.) frente a las potencias del Eje (Alemania, Japón, Italia, apoyados por países como

Hungría, Rumanía, Bulgaria, Finlandia, Tailandia, Irán e Irak). Cuando el 6 de junio llegan los aliados a Francia (Desembarco de Normandía) los alemanes habían sido previamente derrotados en territorio soviético.

En el nuevo panorama, Alemania queda dividida en dos países y desaparecen los regímenes totalitarios de Italia, Alemania y Japón. Europa pierde gran parte de su poder, el cual fue conquistado por Estados Unidos, quien contribuyó a la recuperación económica europea a través de sus ayudas mediante el Plan Marshall, dando lugar así a la hegemonía de las dos potencias que dominarían el panorama mundial: Estados Unidos y la Unión Soviética y, con ello, se da paso al tiempo de la Guerra Fría y la era atómica, la tensión entre el modelo capitalista de mercado y el comunismo<sup>(11)</sup>. En este marco de tensiones, en la vieja Europa resurge la idea de la unificación como herramienta de paz y concordia. De esta forma, nacen organizaciones e instituciones destinadas a la integración y a la cooperación.

## 2.2. El Consejo de Europa

La relevancia del Consejo de Europa radica en que sus fines y competencias tienen un carácter destacadamente social a diferencia del perfil económico de la Unión Europea.

Los movimientos europeístas llevaron a cabo una importante labor divulgativa de la idea de la Europa unida. Si bien se habían mantenido dispersos por toda Europa desde la I Guerra Mundial, se agruparon a finales de 1947 en el *Comité Internacional de Coordinación de los Movimientos para la Unidad Europea*. Podemos señalar el *Primer Congreso Europeo* celebrado en La Haya, entre el 7 y el 10 de mayo de 1948, como el germen del Consejo de Europa. De aquí surgió posteriormente el Movimiento Europeo el 25 de octubre de 1948 con Winston Churchill como presidente de honor.

En el Congreso de la Haya, entre otros pormenores, se concluye la necesidad de elaborar un Código Europeo de Derechos del Hombre, así como un Tribunal Supremo Europeo que velase por su cumplimiento<sup>(12)</sup>.

La creación del Consejo de Europa se aprobó en la *Conferencia de los Diez* (Bélgica, Francia, Holanda, Luxemburgo, Reino Unido, Dinamarca, Irlanda, Noruega y Suecia) en Londres en marzo de 1949, y, el 5 de mayo se aprobaron sus estatutos. Se contemplaba en los mismos la creación de un Comité de Ministros y una Asamblea Consultiva.

---

<sup>(11)</sup> Para un acercamiento al desarrollo histórico de la segunda guerra mundial, puede verse, N. STONE, *Breve Historia de la segunda guerra mundial*, Ariel, Barcelona, 2013.

<sup>(12)</sup> Una detallada exposición del escenario histórico-político durante la configuración de ambos, en L. DOMÍNGUEZ CASTRO, «Derechos humanos y unificación europea: ¿una prioridad federalista o unionista?», en *Relaciones Internacionales*, nº 57, 2019, pp. 170-190.

Desde su génesis, el Consejo de Europa es concebido como una organización internacional de ámbito regional -formado hoy por 47 miembros- cuyo objetivo es garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales como vía para la preservación de la civilización en concordia asentada en los valores morales y espirituales compartidos como patrimonio común por todos los pueblos de Europa<sup>(13)</sup>.

En el propio preámbulo del Estatuto queda revelado el *patrimonio común de todos los pueblos de Europa*, esto es, *su adhesión a los valores morales y espirituales* y que constituyen la *verdadera fuente* de los principios en los que se funda la democracia, como la *libertad y el imperio del derecho*. Asimismo, el artículo 1 muestra la vía para la consecución de la unión pretendida: *la salvaguarda y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales*<sup>(14)</sup>.

### 2.3. La Unión Europea

Tal y como venimos manifestando la Unión Europea parte de un deseo de pacificación<sup>(15)</sup>. Se trataba de lograr un compromiso superior a la mera cooperación entre los Estados, sin llegar a consistir en la creación de un Estado federal<sup>(16)</sup>. De este modo, el punto de partida más practicable en orden a la integración pareció ser el económico, acordándose la creación de un mercado común y de instituciones supranacionales que posteriormente impulsasen el proceso de unificación.

Mediante la *Declaración de 9 de mayo de 1950*, considerada como documento fundacional de la actual Unión Europea, el Ministro de Relaciones Exteriores francés Robert Schuman, sobre la base de las ideas del pensador Jean Monnet, lanzó la propuesta ante la prensa en el *Salón de l'Horloge* del Ministerio para Europa y de Asuntos Exteriores, de integrar las industrias del carbón y del acero francesa y alemana, sometiéndolas a una autoridad conjunta supranacional, que estaría abierta a otros países europeos. El canciller Konrad Adenauer acogió la oferta -para Alemania se

<sup>(13)</sup> Lleva a cabo un cuidado análisis del nacimiento, estructura y funcionamiento del Consejo de Europa, F. J. MONTES FERNÁNDEZ, «El Consejo de Europa», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, 2014, pp. 57-92.

<sup>(14)</sup> Una versión completa del texto del Estatuto del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949 puede verse en, F. J. MONTES FERNÁNDEZ, «El Consejo de Europa...», cit., pp. 79-80.

<sup>(15)</sup> La idea de la Unión Europea, hábilmente diseñada sobre un proceso de inicial integración económica es, ante todo y sobre todo, un instrumento de paz: S. A. SÁNCHEZ LORENZO, «La unificación del Derecho privado en Europa», en *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 11, 2011, p. 1.

<sup>(16)</sup> Lerman Alperstein ofrece una acertada exposición acerca de las distintas concepciones respecto a los tipos de colaboración que se barajaban entre los Estados: federalista, funcionalista y confederalista, en A. LERMAN ALPERSTEIN, «El proceso de unificación europea», en *Política y Cultura*, nº 2, 1993, México, pp. 319-330.

iniciaba la andadura hacia la reactivación económica y la prosperidad- y así dio comienzo la integración europea.

El 18 de abril de 1951 firman el Tratado sobre la Comunidad Europea del Carbón y del Acero Bélgica, Alemania Occidental, Luxemburgo, Francia, Italia y los Países Bajos. El elemento impulsor fue sin duda económico, pero había detrás una intención política, pues al tratarse de dos materias primas fundamentales para Francia y Alemania se reforzaría la solidaridad franco-alemana y se abriría la vía de la integración europea en otras materias. Mediante este Tratado se crea la *Alta Autoridad*, institución encargada de velar por el respeto a las normas y de supervisar el mercado. Este organismo, cuyo primer presidente fue Jean Monnet, constituye el precedente de la actual Comisión Europea<sup>(17)</sup>.

Tras este primer paso en la integración europea que supuso la C.E.C.A, los Estados fundacionales firmaron varias modificaciones del Tratado inicial. En Roma firmaron el 25 de marzo de 1957 el *Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea* (CEE) y el *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica* (Euratom), con el objetivo de crear entre ellos un mercado común. Posteriormente, el 8 de abril de 1965 se agruparon todos los poderes ejecutivos en uno sólo mediante el Tratado de Fusión o *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* firmado en Bruselas el 8 de abril de 1965. Otros Tratados sucesivos ampliaron la cooperación a cuestiones no exclusivamente económicas.

Desde los tiempos iniciales se han ido adhiriendo otros países: Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido en 1973; Grecia en 1981; España y Portugal en 1986; Austria, Finlandia y Suecia en 1995. En el 2004 Chequia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania y Malta; en el 2007 Bulgaria y Rumanía y; en el 2013 Croacia. Actualmente la Unión Europea está conformada por veintisiete países tras la salida de Reino Unido en febrero de 2020.

El *Acta Única Europea* modificó los tratados constitutivos el 17 de febrero de 1986 y el 7 de febrero de 1992 los citados tratados fueron a su vez reformados mediante el *Tratado de la Unión Europea* firmado en Maastricht para dar forma a la Unión Europea, fortalecer la democracia, establecer la ciudadanía europea y la moneda única. Tiene particular relevancia el artículo 6, el cual hacía un «reenvío» al *Convenio para la protección de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales*, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>(18)</sup>.

<sup>(17)</sup> Para el conocimiento de la actual composición de la Unión Europea y sus instituciones, consúltese: [https://europa.eu/european-union/index\\_es](https://europa.eu/european-union/index_es)

<sup>(18)</sup> La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario.

El 26 de febrero de 2001 se firmó el *Tratado de Niza* -entró en vigor dos años más tarde- para conseguir la eficiencia de funcionamiento ante la suma de 25 países nuevos miembros. En este documento ya se preveía abordar un debate acerca de cuestiones esenciales para el futuro de la Unión, como la adopción de una *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión*.

Este debate culminó con la firma del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* el 29 de octubre de 2004 que, sin embargo, no llegó a ratificarse. En su lugar, el 1 de diciembre de 2009 entró en vigor el *Tratado de Lisboa* que se había firmado el 13 de diciembre de 2007. Tal y como indica el artículo 1, *la Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominado «los Tratados»). Ambos Tratados tienen el mismo valor jurídico. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea*<sup>(19)</sup>.

### 3. EL PAPEL DEL DERECHO EN LA UNIFICACIÓN DE EUROPA

En los siglos pasados, como venimos señalando, el Derecho -el *Ius Commune*- cohesionó y conformó el mundo europeo occidental. Entre sus componentes medulares se encuentra el ordenamiento jurídico canónico en cuanto traducción del ideario cristiano. Preguntarse qué queda del derecho común, más concretamente, del Derecho canónico es en cierto modo como cuestionarse qué queda de la propia Europa, puesto que ha permeado en su identidad, su identidad jurídica<sup>(20)</sup>.

En este sentido, los tratados de la Unión Europea reflejan el objetivo de la unificación del Derecho de los Estados miembros. De igual forma, el Estatuto del Consejo de Europa manifiesta la búsqueda de una unión más estrecha entre los pueblos europeos. El Derecho europeo ha realizado la unificación, es el elemento constructor de la integración. El Derecho de un pueblo revela parcialmente su identidad, dotándola a su vez de carácter normativo.

Reconociendo el sustrato del ordenamiento canónico en el Derecho europeo<sup>(21)</sup>, cabe, no obstante, reformular nuestra hipótesis de estudio en los

<sup>(19)</sup> Puede consultarse el texto completo en [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0005.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0005.02/DOC_1&format=PDF)

<sup>(20)</sup> Resulta muy sugerente la evocación que hace Stolleis al denominado por él mismo, *Ius commune* europeo, en el ámbito del Derecho público, examinando los elementos concretos que lo conformarían, en M. STOLLEIS, «Europa como comunidad de Derecho», *Historia Constitucional*, nº 10, 2009, pp. 475-484.

<sup>(21)</sup> En modo muy relevante, en el modelo matrimonial de occidente, tal y como expone magistralmente R. NAVARRO-VALLS, en *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1999. Martínez-Torrón llama la atención acerca de algunos términos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emplea en sus decisiones de índole inequívocamente canónica como lo es el *forum internum*, al distinguir entre el aspecto interno y, por tanto, ilimitable, y, externo, y, restringible conforme al artículo 9.2 del C.E.D.H. de la libertad religiosa. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa», en A. de la Hera y R. M.<sup>a</sup> Martínez de Codes (eds.), *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, Madrid, 2001.



términos de tratar de esclarecer la significación jurídica que tiene lo religioso o si se prefiere, las religiones, en la nueva Europa, en el *Derecho común europeo*.

En todo caso, las instituciones jurídicas seculares del Occidente europeo que tienen su origen en el ámbito canónico son numerosas. El Derecho canónico perfila la fisonomía del patrimonio jurídico de Europa<sup>(22)</sup>.

### 3.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos

El primer catálogo de derechos humanos de ámbito europeo fue el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Del Preámbulo resaltan tres elementos, a mi modo de ver. En primer término, el Consejo de Europa dirige su consideración a la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>(23)</sup>, de otro lado, afirma categóricamente la protección y desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales como medio para lograr la deseada finalidad de la unión más estrecha entre los miembros y, en tercera instancia, confirma su profunda adhesión al mismo espíritu y patrimonio común de ideales de todos los Estados europeos. Creo que en estas líneas se atisban las bases o las líneas maestras de un Derecho común europeo al modo del antiguo *Ius commune*.

El Convenio se estructuró en tres Títulos, el Título I destinado a los *Derechos y Libertades*, el Título II contempla la institución y regulación del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* para asegurar el cumplimiento del contenido del Convenio y el Título III recoge una serie de *Disposiciones diversas*.

Una vez abierto el catálogo de los derechos fundamentales en el artículo 2 con el *derecho a la vida*, se ocupa más adelante del ámbito concreto de la religión en el artículo 9 bajo el epígrafe *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*. En el texto se consagra en primera instancia el reconocimiento general y después se profundiza en su contenido. El contenido objetivo del derecho de libertad religiosa incluye, entre otros aspectos, la manifestación privada y exteriorizada públicamente de las propias convicciones, el derecho al culto y el derecho de enseñanza. Se concibe el derecho

---

<sup>(22)</sup> Bueno Salinas lleva a cabo un recuento de buena parte de instituciones jurídicas que siendo de origen canónico han transitado a los ordenamientos seculares occidentales como piezas incuestionables. *Vid.*: S. BUENO SALINAS, «La influencia del Derecho canónico en la cultura jurídica occidental. Tradición jurídica continental-europea», en *Base del Conocimiento Jurídico. Derecho canónico y Derecho eclesástico del Estado*, Iustel, Madrid, 2001.

<sup>(23)</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos adquirió vinculación jurídica a través del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales adoptados el 19 de diciembre de 1966. Constituye una autorizada interpretación del derecho fundamental de libertad religiosa, ideológica y de conciencia consagrada en el artículo 18, la posterior Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada el 25 de noviembre de 1981, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

de libertad religiosa como un derecho o una libertad social o pública y no sólo de carácter interno. En el segundo párrafo se señalan los límites taxativos del ejercicio del derecho, al establecerse que *la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moralidad públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.*

Vuelve a referirse el articulado al aspecto religioso en el artículo 14 al establecer la prohibición de discriminación en el goce y disfrute de los derechos y libertades fundamentales por razones como la religión, entre otras.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como hemos apuntado, es el órgano que actúa como garante de los derechos y libertades consagrados en el Convenio, de forma que permite acudir a instancias jurisdiccionales superiores contra el propio Estado en caso de vulneración de los mismos. A partir de la sentencia *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993, el Tribunal de Estrasburgo ha establecido una serie de principios generales de aplicación sobre el derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. En este sentido, Martínez-Torrón sostiene, que, la posición del Tribunal de Estrasburgo se ha mantenido uniforme en la garantía del derecho fundamental de libertad religiosa en armonía con el respeto a los *sistemas de relación* entre cada Estado y el factor religioso, determinados estos por diversos elementos, entre los cuales se encuentran las concretas posturas políticas adoptadas así como las tradiciones históricas y culturales, entre otros<sup>(24)</sup>.

Tienen incidencia en este espacio de las creencias, además, otros derechos, como el derecho al respeto a la vida privada y familiar<sup>(25)</sup>; libertad de expresión<sup>(26)</sup>, libertad de reunión y asociación<sup>(27)</sup> y derecho a contraer matrimonio<sup>(28)</sup>.

Los Estados miembros adoptaron un Primer Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales el 20 de marzo de 1952, en cuyo artículo 2 destinado a la garantía del derecho a la instrucción se comprometen a respetar el derecho de los padres

---

<sup>(24)</sup> J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «El derecho de libertad religiosa en la Jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2 (1986), pp. 403 y ss.; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa», en A. DE LA HERA y R. M.ª, MARTÍNEZ CODES, *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, pp. 89-131; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa», en *Ius Canonicum*, nº 54, 2014, pp. 107-144.

<sup>(25)</sup> Art. 8 C.E.D.H. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

<sup>(26)</sup> Art. 10 C.E.D.H. Libertad de expresión.

<sup>(27)</sup> Art. 11 C.E.D.H. Libertad de reunión y de asociación.

<sup>(28)</sup> Art. 12 C.E.D.H. Derecho a contraer matrimonio

a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

### 3.2. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La columna vertebral del Derecho común europeo lo conforman, como venimos indicando, el vigente *Tratado de la Unión Europea* tras la última reforma de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 y el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, así como la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión* tal y como el artículo 1 del propio T.U.E. establece.

Transcribimos el preámbulo del Tratado por su crucial relevancia, al dejar constancia de la finalidad de la Unión, su núcleo patrimonial común, así como la procedencia del mismo<sup>(29)</sup>: «Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho. Recordando la importancia histórica de que la división del continente europeo haya tocado a su fin y la necesidad de sentar unas bases firmes para la construcción de la futura Europa. Confirmando su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de derecho».

Ya en el articulado observamos que, junto con los pilares de la democracia, el respeto a los derechos y libertades fundamentales y el Estado de derecho, sobre la base de la dignidad personal, se menciona una nota que caracteriza y distingue la sociedad europea de la *Unión* frente a la del *Ius commune*, cual es el *pluralismo*, de donde resulta la expresa mención del respeto a los derechos de las minorías<sup>(30)</sup>.

Finalmente, por lo que al Tratado se refiere, no puede dejar de señalarse que asume como propio el contenido del Convenio Europeo de Derechos

---

<sup>(29)</sup> A propósito del controvertido debate que suscitó la referencia a Dios en el preámbulo de la finalmente fallida Constitución para Europa, Palomino Lozano nos ofrece un criterio iluminador para el objeto de esta lección: Perhaps the attitude that would decisively widen this path is to count on religious as social agents of promotion of living together, to promote a secularity of recognition, driving away the ghost of extremism. R. PALOMINO LOZANO, «Law, Religion and States: searching for a soul for Europe», en J. H. Bhuiyan–D. Jensen (eds.), *Law and Religion in the Liberal State*, Hart Publishing, Oxford, 2020, p. 99.

<sup>(30)</sup> Art. 2 T.U.E.: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

Humanos en el mismo precepto que ratifica la vinculación jurídica de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión<sup>(31)</sup>.

La Carta tiene un valor central en el espacio jurídico común europeo, puesto que se trata del primer elenco propio de derechos fundamentales de la Unión Europea. No se ha alejado de las líneas que advertimos con ocasión de la promulgación del Estatuto del Consejo de Europa<sup>(32)</sup>.

Se encuentra dividida en siete capítulos, los cuales se corresponden con algunos de los valores que en la misma se proclaman: el capítulo I «*Dignidad*» se abre con el artículo 1, el cual señala que la *dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida*; el capítulo II es el de las «*Libertades*»; el capítulo III se denomina *Igualdad*; el capítulo IV comprende derechos y prohibiciones relacionados con la *Solidaridad*. El capítulo V contiene los derechos de todos los europeos en función de esta *Ciudadanía* europea; el VI contiene una serie de disposiciones bajo el Título *Justicia*». Finalmente, el último capítulo contiene disposiciones para la interpretación y aplicación de la Carta.

En estos capítulos encontramos lo que constituye el núcleo de derechos fundamentales protegidos y garantizados en el ámbito de la Unión Europea. Forman parte de los derechos fundamentales de la Unión, entre otros, el derecho a la vida que tiene toda persona (art. 2) y el derecho a la integridad física y psíquica (art. 3). A estos dos derechos fundamentales les siguen en correspondencia algunas prohibiciones, como la de la pena de muerte, el sometimiento a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 4), la esclavitud, el trabajo forzado y la trata de seres humanos (art. 5).

En las disposiciones 6 a 9 se garantiza el derecho a la libertad, intimidad familiar y personal, el respeto al domicilio y a las comunicaciones, así como el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia.

El artículo 10 de este capítulo II consagra el valor de la libertad en una de sus formas, la libertad religiosa, como derecho fundamental.

<sup>(31)</sup> Art. 6 T.F.U.E.: «6.1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados (...) 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...) 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

<sup>(32)</sup> Preámbulo Carta D.F.U.E.: «Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes. Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación. La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros (...) Para ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos».

Afirma que *toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*. Garantiza igualmente la manifestación colectiva del derecho, en el espacio público y privado, el derecho de culto y la enseñanza religiosa. Reviste una particular significación jurídica el expreso reconocimiento del derecho general a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio<sup>(33)</sup>, probablemente como respuesta a la nota característica actual de la *pluralidad* y su correlativa exigencia de respeto del derecho de las minorías en las sociedades democráticas.

El derecho fundamental de libertad de expresión y de información se recoge en el artículo 11 y en el artículo 12 el de libertad de reunión y de asociación. Por otro lado, el derecho fundamental a la educación recogido en el artículo 14 incluye el derecho a la libre creación de centros docentes junto con el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

El capítulo III coincide con el valor de la igualdad y recoge un derecho general de tratamiento de igualdad de todas las personas ante la ley, para especificar el objeto de este derecho fundamental en el artículo 21 al referirse a la prohibición de discriminación y en particular *la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*. Dentro del ámbito de la igualdad encontramos una referencia expresa al respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, en el artículo 22.

El creciente interés de las instituciones de la Unión Europea por los derechos fundamentales se refleja en un aumento de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia de la Unión, que viene resolviendo cada vez con mayor frecuencia cuestiones relacionadas con las manifestaciones de las creencias religiosas<sup>(34)</sup>. No cabe duda de que el hecho religioso se regula ampliamente y bajo una óptica que podría calificarse como positiva<sup>(35)</sup>. De la redacción de los textos se deduce la consideración de lo religioso como un valor. La religión, presente en Europa por siglos es estimada como un bien, siendo así que de ella han resultado unos valores consagrados consti-

<sup>(33)</sup> Acúdase como referencia imprescindible en esta materia a R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley*, Iustel, Madrid, 2012.

<sup>(34)</sup> Véase R. PALOMINO LOZANO, «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la religión y las creencias», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 24, n° 65, 2020, pp. 35-77. En el particular ámbito laboral resulta interesante S. CAÑAMARES ARRIBAS, «La relación laboral de los profesores de religión católica en centros públicos ante el Derecho de la Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2022, AS. C-282/19: MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania», *La Ley Unión Europea*, n° 102, 2022.

<sup>(35)</sup> Para un detallado análisis del tratamiento jurídico del factor religioso en el Tratado de Lisboa recomendamos, R. M.<sup>a</sup> MARTÍNEZ DE CODES, «El factor religioso en el marco de la Unión Europea de los veintisiete Estados miembros», en *Derecho y Religión*, n° 4, 2009, pp. 29-43.

tucionalmente y cuya traducción jurídica acontece en forma de derechos fundamentales del hombre.

#### 4. QUÉ TIENE DE COMÚN EL DERECHO DEL ESPACIO EUROPEO. CONCLUSIONES

El motor del Derecho común europeo es, tal y como señalan todos los textos jurídicos analizados y como se desprende del contexto histórico político en el que fueron adoptados, el mismo que constituye su finalidad y objetivo. No estamos ante un ideal sino más bien ante una firme determinación, la de consecución de unión, unidad e integración. Este es el objetivo pretendido. El hombre ha tomado conciencia de que el camino para su propia supervivencia es la convivencia pacífica.

Preguntándose por la meta final de la unificación europea, Bernecker concluye en los siguientes términos: *Por de pronto, la Unión Europea puede mirar bastante satisfecha hacia atrás por el trabajo realizado hasta ahora: es una «comunidad de paz» sin demandas territoriales recíprocas y sin codicias sobre regiones distantes; éste es el verdadero «novum», el «producto de exportación» más importante de la Comunidad*<sup>(36)</sup>.

En el orden jurídico, la vía para la realización de los fines proyectados se ha situado de modo unívoco en el desarrollo de la eficacia de los derechos y libertades fundamentales, radicalmente inalienables, garantía de la democracia y Estado de Derecho. Este es el patrimonio común de toda Europa traducido jurídicamente. La dignidad del hombre es, de este modo, el centro de todo el ordenamiento europeo jurídico moderno. De ahí la calificación de la cultura europea como *antropocéntrica* según D'Agostino<sup>(37)</sup>.

En este sentido, alertando del riesgo que los populismos entrañan para la democracia y para el proceso de integración europea, señala Martín y Pérez de Nanclares que:

«... si algo caracteriza a la Unión Europea es su vinculación con unos valores, que son propios de «todos» los Estados que la componen y entre los cuales la democracia, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho son su estandarte más visible. En realidad, bien puede afirmarse que democracia, derechos humanos y Estado de Derecho son la seña de identidad que mejor identifica al «nuevo espacio jurídico europeo», en el que con

<sup>(36)</sup> W. L. BERNECKER, «La unificación de Europa después de la Segunda Guerra Mundial: Retos y desafíos en un mundo globalizado», en *Revista Tribuna Internacional*, vol. 4, nº 8, 2015, p. 23.

<sup>(37)</sup> F. D'AGOSTINO, «Raíces y futuro de Europa», en *Persona y Derecho*, nº 49, 2003.

vocación constitucional propia, se superponen los ordenamientos de los Estados, la U.E. y el Consejo de Europa<sup>(38)</sup>.»

De otra parte, hemos observado que también de modo uniforme se indica que el origen de dicho patrimonio, esto es, su procedencia, se encuentra en su *herencia espiritual, moral y cultural*<sup>(39)</sup>.

Pues bien, tomando en consideración el característico rasgo del pluralismo presente en nuestro espacio europeo, cabe preguntarnos cómo el ordenamiento jurídico debe comportarse para responder a su propia identidad europea, consagrada en sus objetivos -unidad y cohesión- a través de la efectiva garantía de los derechos y libertades fundamentales. Nos planteamos cómo gestionar este común patrimonio jurídico, procedente de un mismo origen -espiritual, moral, cultural- para lograr la pretendida función de pacificación y unificación en un espacio plural y multicultural.

Estamos ante la cuestión del «*modelo del factor religioso europeo*», el estudio acerca de la interpretación y actuación ante el factor religioso para que el Derecho común europeo responda a su identidad, a su espíritu, y desempeñe así una función unificadora<sup>(40)</sup>. Encuentro ineludible para el cultivo de tal materia, la transnacionalidad del Derecho y el cosmopolitismo para los juristas. En este sentido, Bernad Mainar reclama para el estudio del Derecho común europeo un nuevo prototipo de jurista caracterizado por su aptitud para reconocer y volverse al estudio de los elementos jurídicos comunes, así como para cultivar el método comparatista<sup>(41)</sup>.

A este respecto, la línea de la exclusión de los aspectos religiosos del espacio público europeo por la vía de la erradicación a través de su ordenamiento jurídico se aleja de la verdadera identidad de Europa, por cuanto, no responde a su propio fin de lograr una unión más estrecha ni mucho menos a la obtención de cuotas más elevadas en el desarrollo de los derechos y las

---

<sup>(38)</sup> J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, «La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho», en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 43, 2019, p. 128.

<sup>(39)</sup> De ahí que coincidamos con Moreno Botella cuando afirma que una Europa que negara el hecho religioso y que no tuviera ninguna dimensión espiritual acabaría por resquebrajar el proyecto de construir una Europa para todos y de todos, pues si hasta hace poco la religión era la señal de identidad de un pueblo imaginemos qué puede suceder cuando esa realidad desaparece. La pretendida unidad se resquebraja y acaba por desaparecer, hasta el punto de que puede tornar, como en épocas pasadas, en un factor desestabilizador y de división adicional a la pretendida unidad europea. G. MORENO BOTELLA, «El factor religioso en la Constitución Europea», en *Revista jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, nº 13, 2005, p. 229.

<sup>(40)</sup> Ocupa un papel principal en dicho estudio la cuestión de la determinación de los principios informadores. Para abordarlo, ver 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*, Comares, Granada, 2006.

<sup>(41)</sup> R. BERNAD MAINAR, «La fructífera experiencia del *Ius Commune* ante el apasionante reto de la unificación del Derecho privado común europeo», en *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2017, p. 357.

libertades fundamentales<sup>(42)</sup>. A mi juicio, el espíritu del Derecho europeo en este sentido es más acorde con el planteamiento de Tomás y Valiente, que él mismo definía como una *utopía laica*, en el sentido de que entiende la libertad natural de pensamiento como previa a la libertad política de expresarlo «*freedom of speech and press*» y a ésta la considera una exigencia de la primera<sup>(43)</sup>.

En todo caso, el elemento religioso se encuentra presente en el Derecho común europeo, como hemos comprobado, puesto que está en la genética de Europa<sup>(44)</sup>. A diferencia del tiempo del *Ius commune*, el actual viene determinado por el pluralismo propio de las sociedades europeas<sup>(45)</sup>, por lo que parece que un criterio jurídico en este marco debiera ser el de tratar de alcanzar la máxima libertad sin menoscabar la igualdad<sup>(46)</sup>.

<sup>(42)</sup> No compartimos, por tanto, las valoraciones de Morán Martín al concluir: en el terreno más cercano a la valoración personal, porque en una sociedad multicultural como en la que estamos inmersos con una clara tendencia hacia la laicidad, los aspectos religiosos, de cualquiera de las religiones, considero que deben quedar en la esfera de la privacidad del individuo, sin que sean factor de discriminación ni negativo ni positivo y del mismo modo erradicado del Derecho, de lo que será la Norma Fundamental de la Unión Europea. R. MORÁN MARTÍN, «El *ius commune* como antecedente jurídico de la Unión Europea», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, nº 12, 2005, p. 123.

<sup>(43)</sup> Si hay libertad natural hay libertades concretas: de pensamiento, de creencias religiosas, que obligan al respeto y a la tolerancia mutuas. La religión debe ser, pues, cuestión a aceptar o rechazar en el seno de la conciencia de cada cual... y si hay naturalmente libertad de pensamiento debe haber libertad política de expresarlo «*freedom of speech and press*»... Hoy los Estados democráticos de Derecho lo son en Europa porque y en la medida en que reconocen y protegen la primacía de los derechos fundamentales, los configuran como intocables por el legislador, que debe respetar su contenido esencial, y exigen que el resto del ordenamiento del Estado se interprete en función de la mayor eficacia de tales derechos. Mejor que Estado de Derecho, quizá Estado de los derechos. F. TOMÁS Y VALIENTE, «El *Ius Commune Europaeum* de ayer y de hoy», en *Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo*, 5-6, 1993-94, pp. 14-16.

<sup>(44)</sup> En un sugerente planteamiento, Rodríguez Zapata acierta en mi opinión, al enlazar algunas de las ideas que venimos considerando: En la actualidad no se recurre a principios de justicia naturales, trascendentales al ordenamiento jurídico positivo, para lograr dar sentido y justificación a éste. La experiencia actual permite encontrar en lo más hondo de la propia experiencia jurídica los criterios o principios que fundamentan y dan valor al ordenamiento mismo. Ese es el valor de las cláusulas sobre la dignidad humana y su reconocimiento en el vértice o preámbulo de las constituciones, que conecta con una tradición milenaria que encuentra su origen en el mensaje de Jesús y el cristianismo. De ahí el éxito que tiene en la actualidad el recurso al derecho comparado, a los modelos extranjeros o la asunción de las razones expresadas por los jueces de otros países ya que permiten resolver, sin necesidad de trascender la experiencia jurídica, conflictos semejantes que se plantearon antes en el extranjero y se nos plantean ahora en nuestra experiencia como una especie de «luz natural», decantada en la experiencia, que puede y debe ser empleada en un ordenamiento. J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, «¿Hacia un nuevo *Ius commune* mundial?», en *Persona y Derecho*, 51, 2004, pp. 128-129.

<sup>(45)</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado en reiteradas ocasiones la importancia de salvaguardar el pluralismo, conquistado a lo largo del tiempo, como factor esencial para preservar las sociedades democráticas europeas. *Vid.* entre otras, *Kokkinakis c. Grecia*, ap. nº 14307/88, de 25 de mayo de 1993, § 31; *Buscarini y otros c. San Marino* [GC], ap. nº 24645/94, de 18 de febrero de 1999, § 34; *Serif c. Grecia*, ap. nº 38178/97, de 14 de diciembre de 1999, §§ 49 y 53.

<sup>(46)</sup> Esta reflexión de Navarro-Valls con ocasión de la inclusión en el Preámbulo de la referencia al cristianismo durante el debate de la fallida Constitución para Europa es perfectamente aplicable a la cuestión que aquí tratamos: De ahí que los temores de que la inclusión de la referencia pudiera producir una solapada invasión de criterios «confesionales», al modo como la gota que al caer va horadando poco a poco la roca, es infundada. Tan infundada como que la inclusión de criterios «laicos» entre los valores del preámbulo produzca una ofensiva judicial destinada a borrar los jirones religiosos que la historia ha depositado en el código genético europeo. Ni una ni otra referencia tendría la fuerza de alterar los trazos comunes del modelo europeo sobre el factor religioso, que puede sintetizarse como el rechazo simultáneo del indiferentismo religioso y la teocracia. Es decir, una versión actualizada en clave laica del dualismo cristiano. Un modelo de cooperación formal integrado por dos factores: el principio de igual libertad de todas las confesiones y el de la distinción entre el orden político y el orden de las conciencias. R. NAVARRO-VALLS, «Europa, Cristianismo y Derecho», en *Diálogos Almuñé*, 2005, p. 13.



## BIBLIOGRAFÍA

- BERNAD MAINAR, R. «La fructífera experiencia del *Ius Commune* ante el apasionante reto de la unificación del Derecho privado común europeo», *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre, 2017.
- BERNECKER, W. L. «La unificación de Europa después de la Segunda Guerra Mundial: Retos y desafíos en un mundo globalizado», *Revista Tribuna Internacional*, vol. 4, nº 8, 2015.
- BUENO SALINAS, S. «La influencia del Derecho canónico en la cultura jurídica occidental. Tradición jurídica continental-europea», *Base del Conocimiento Jurídico. Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Iustel, Madrid, 2001.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S. «La relación laboral de los profesores de religión católica en centros públicos ante el Derecho de la Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2022, AS. C-282/19: MIUR y Ufficio Scolastici Regionale per la Campania», *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- CLAVERO, B. *Historia del Derecho: Derecho Común*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009.
- COMBALÍA SOLÍS, Z. «La influencia del *ius commune* en la formación del derecho anglosajón», en A. González Varas (coord.), *Ius Commune y la formación de las instituciones de derecho público*, Tirant lo Blanch, 2012.
- D'AGOSTINO, F. «Raíces y futuro de Europa», *Persona y Derecho*, nº 49, 2003.
- DOMÍNGUEZ CASTRO, L., «Derechos humanos y unificación europea: ¿una prioridad federalista o unionista?», *Relaciones Internacionales*, nº 57, 2019.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. «Ciencia europea y Derecho comunitario: *Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law*», *Glossae. European Journal of Legal History*, 13, 2016.
- FORNÉS DE LA ROSA, J. «Derecho divino y derecho humano en el ordenamiento canónico», *Cuadernos doctorales: Derecho canónico, derecho eclesiástico*, nº 2, 1984.
- HERVADA, J. *Introducción al estudio del Derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 2010.
- LERMAN ALPERSTEIN, A., «El proceso de unificación europea», *Política y Cultura*, nº 2, México, 1993,
- LLORENTE, M. y Vallejo, J. (coords.). *Manual de Historia del Derecho*, Valencia, 2012.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. «La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 43, 2019.
- MARTÍNEZ DE CODES, R. M.<sup>a</sup>. «El factor religioso en el marco de la Unión Europea de los veintisiete Estados miembros», *Derecho y religión*, nº 4, 2009.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «El derecho de libertad religiosa en la Jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2 (1986).
- MARTÍNEZ TORRÓN, J. *Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces canónicas de la common law*, Civitas, Madrid, 1991
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa», A. de la Hera y R. M.<sup>a</sup> Martínez de Codes (eds.), *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ-TORRÓN J. (ED.) *Estado y religión en la Constitución Española y en la Constitución europea*, Comares, Granada, 2006.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa», en *Ius Canonicum*, nº 54, 2014.
- MONTES FERNÁNDEZ, F. J. «El Consejo de Europa», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVII, 2014.

- MORAN MARTÍN, R., «El *Ius commune* como antecedente jurídico de la Unión Europea», *Cuadernos de Historia del Derecho*, 12, 2005.
- MORENO BOTELLA, G., «El factor religioso en la Constitución Europea», *Revista jurídica, Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, 2005.
- NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley*, Iustel, Madrid, 2012.
- NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1999.
- NAVARRO-VALLS, R. «Europa, Cristianismo y Derecho», *Diálogos Almudí*, 2005.
- PALOMINO LOZANO, R. «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la religión y las creencias», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 24, nº 65, 2020.
- PALOMINO LOZANO, R. «Law, Religion and States: searching for a soul for Europe», J. H. Bhuiyan–D. Jensen (eds.), *Law and Religion in the Liberal State*, Hart Publishing, Oxford, 2020.
- REBOLLO ESPINOSA, J. M. «El papel de la educación en la búsqueda de la unidad europea: los proyectos ilustrados y románticos de paz perpetua», *Historia de la Educación*, 2.º, 2001.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. «¿Hacia un nuevo *Ius commune* mundial?», *Persona y Derecho*, 51, 2004.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. A., «La unificación del Derecho privado en Europa», *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 11, 2011.
- SIEDENTOP, L., *Inventing the individual. The origins of Western Liberalism*, London, 2015.
- STOLLEIS, M., «Europa como comunidad de Derecho», *Historia Constitucional*, nº 10, 2009.
- STONE, L., *Breve Historia de la Segunda Guerra Mundial*, Ariel, Barcelona, 2013.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., «El *Ius Commune Europaeum* de ayer y de hoy», *Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo*, 5-6, 1993-94.

# Critología en materia probatoria canónica

CARLOS M. MORÁN BUSTOS

SUMARIO: 1.- Principios de derecho probatorio y su «traducción» en la prueba pericial. 1.1 Principio de autorresponsabilidad. 1.2 Principio de contradicción. 1.3 Principio de veracidad. 1.4 Principio de libre apreciación. 1.5 Principio de adquisición procesal. 1.6 Principio de necesidad de la prueba. 1.7 Principio de publicidad. 2.- Importancia del momento valorativo. 3.- Los sistemas de valoración de las pruebas. 4.- La valoración de la prueba pericial y el principio de libre apreciación. 5.- Elemento, datos y circunstancias que ha de tener en cuenta el juez al «enfrentarse» con la prueba pericial.

## 1. PRINCIPIOS DE DERECHO PROBATORIO Y SU «TRADUCCIÓN» EN LA PRUEBA PERICIAL

El desarrollo del proceso viene estructurado por una serie de ideas generales cuya concreción permite el ejercicio real de su carácter instrumental al servicio de la verdad. Nos referimos a continuación a esas ideas generales o principios que informan la actividad probatoria en cuanto actividad principal de la dinámica procesal.

### 1.1. Principio de autorresponsabilidad

Se trata de un principio directamente relacionado con el principio general dispositivo, con las distintas variantes del mismo. En general, y por lo

que a las pruebas se refiere, dicho principio vendría a significar que son las partes las encargadas de proponer las pruebas, de velar por su correcta práctica, siendo ellas también las que sufren o soportan las consecuencias de su negligencia, de su inactividad, de sus errores, e incluso también de su actividad intencional o maliciosa.

En aquellos procesos en los que entra en juego el bien público, este principio de autorresponsabilidad –también principio dispositivo– viene matizado en cierto modo por el principio inquisitivo, que se manifiesta, de alguna manera, en distintos ámbitos del periodo probatorio: son las partes las que proponen las pruebas, las que concretan las mismas, las que intentan que se de una exhaustividad probatoria...; pero es el juez quien, en procesos en los que entra el bien público como el matrimonial canónico, tiene que asumir, interpretar y valorar los medios de prueba, medios que en general le habrán sido determinados por las partes.

El principio de autorresponsabilidad se articula a lo largo del proceso en una serie de máximas, de las que destacaríamos tres: en primer lugar el *nemo iudex sine actore*, en virtud del cual la incoación del proceso depende exclusivamente de la iniciativa privada, no pudiendo el juez instar *de officio* la presentación de demanda alguna; de aquí se deduce, por tanto, la necesidad de que juez y demandante sean personas distintas, la necesidad de una demanda previa de la parte como presupuesto necesario para que se dé el proceso, demanda en la que se viene a solicitar la actividad del órgano judicial; en segundo lugar la máxima *ne eat iudex ultra petita partium*, en virtud de la cual se prohíbe un pronunciamiento del juez más allá de lo solicitado por las partes, o lo que es lo mismo, se viene a encauzar y acondicionar la actividad probatoria; por último, la máxima *secundum allegata et probata partium iudex iudicare debet (ex actis et probatis)*.

Este principio viene armonizado –y en cierto modo matizado–, en el proceso canónico matrimonial por una cierta y legítima iniciativa del juez. El órgano judicial, que tiene la obligación de fundamentar y motivar las sentencias, dispone de una serie de prerrogativas que se derivan del respeto y de la tutela del bien público, así como de la búsqueda de la verdad objetiva. Así, por ejemplo, el can. 1545 permite que el juez «pueda mandar que se presente en el proceso un documento común a ambas partes»; incluso después de la conclusión de la causa, «el juez puede llamar a los mismos o a otros testigos o mandar que se practiquen pruebas no pedidas con anterioridad» (can. 1600), siempre que exista una razón grave y que se evite cualquier peligro de fraude o soborno, o cuando se prevea que, de no emitirse una nueva prueba, la sentencia sería injusta; incluso puede ordenar el careo entre testigos y el contendiente, o entre un testigo y el contendiente (can. 1560 §2).

No obstante, quizás la prerrogativa mayor es la que posibilita el can. 1452 §2, en el que se indica que «el juez puede además suplir la negligencia de las partes en la presentación de pruebas o al oponer excepciones, siempre que lo considere necesario para evitar una sentencia gravemente injusta, quedando firmes las prescripciones del canon 1600».

Esta iniciativa de las partes, que tiene una dimensión de autorresponsabilidad, no necesita ser fortalecida por ninguna obligación ni por ningún deber o coacción externas. La presencia de las disposiciones que acabamos de indicar y que hablan de los poderes del juez —en particular el can. 1452 §2—, son, en el ámbito de las causas relativas al bien público, el anverso que refleja el poder del juez de una moneda cuya cara serían esos derechos y posibilidades de la parte. Para explicar este poder del juez, Carnelutti distingue entre derecho subjetivo y poder del juez<sup>(1)</sup>: mientras un derecho subjetivo no puede ser al mismo tiempo un deber, en cambio es jurídicamente admisible que un poder sea también un deber. En este sentido, no existe ningún mecanismo jurídico con el cual coaccionar y concretar el principio de disponibilidad-autorresponsabilidad de las partes, sin embargo, sí que en la medida en que dicho principio viene matizado por los poderes del juez en el proceso canónico matrimonial, sí que hay que entender que dicho poder tiene un aspecto de deber, deber de hacer justicia.

Cuanto venimos explicando tiene traducción en el ámbito de las pruebas periciales. Corresponde al juez, después de oír a las partes o después de atender su iniciativa, designar el perito (can. 1575). No obstante, las posibles preguntas planteadas por las partes, es atribución del juez designar y concretar el objeto de la pericia, los límites de la misma, las condiciones de realización, así como otras cuestiones relacionadas directamente con el ámbito objetivo de la pericia. Corresponde también al juez acceder a la práctica de nuevas pericias, determinar el número de peritos, posibilitar el *peritior*, admitir la pericia extrajudicial... Se ve fácilmente, por tanto, cómo el principio dispositivo y de autorresponsabilidad de las partes, siendo un principio que informa todo el periodo instructorio en los procesos matrimoniales canónicos, sin embargo, es un principio que se ve en cierto modo matizado en el ámbito de la prueba pericial, siendo éste uno de los ámbitos donde más se manifiesta el poder-deber de las partes.

## 1.2. Principio de contradicción

Dicho principio viene a ser el motor del proceso, en la medida en que son las partes las quienes, enfrentándose procesalmente —esto es, afirmando y res-

<sup>(1)</sup> Cfr. E. CARNELUTTI, *Estudios de derecho procesal*, vol. 2, Buenos Aires, 1952, pp. 151-152.

pondiendo, probando y contraprobando—, soportan las consecuencias de su actividad-inactividad, de su negligencia y de sus errores, impulsando un proceso cuya dirección está en manos del órgano jurisdiccional<sup>(2)</sup>. Este principio, que viene a convertirse en garantía del derecho de defensa, impide que nadie sea condenado sin ser oído y también que nada sea destruido o construido, ni que nada sea declarado «constante» o «no constante» sin existir la posibilidad de que la parte promovida afirme y pruebe cuanto considera oportuno. Las partes —tanto el actor como el demandado— tienen en el proceso la posibilidad de proponer pruebas, cada una en función de sus intereses propios; en fase de práctica de las mismas, las partes pueden formular preguntas, por ejemplo a la parte contraria o a sus testigos...

Por lo que a la prueba pericial se refiere, esta puede ser propuesta indistintamente por cada una de las partes. Una vez designado el perito, también cada una de ellas puede recurrir ante el juez la designación. Ambas pueden presentar preguntas al perito, quedando sometida dicha propuesta al criterio del juez. Particularmente interesante sería que las partes comprendieran que ese poder tiene una dimensión de obligación, de modo que, cuando así se considerara oportuno, ambas se sometieran a la entrevista con el perito, lo que vendría a facilitar el conocimiento de la verdad a la que sirve el proceso en general y la instrucción probatoria en particular. Ambas pueden solicitar al juez que inste al perito a realizar puntuales aclaraciones en relación con el informe presentado una vez producida su publicación. Finalmente, la parte que considere ha sufrido gravamen por la sentencia, puede proponer en segundas o sucesivas instancias la práctica de nueva prueba pericial, sobre todo si considera que la anteriormente realizada no responde a la realidad de su persona-personalidad o a la realidad de la persona-personalidad de su comparte.

En relación con este principio de contradicción, nos encontramos con el problema derivado de la ausencia del periciando-a en la entrevista con el perito. Esta ausencia puede responder a criterios legítimos, o bien puede ser consecuencia de la propia posición procesal adoptada al inicio del proceso (por ejemplo, si se ha allanado o si ha sido declarado ausente), o bien puede ser consecuencia de una intención espuria. En todo caso, se trata de una decisión legítima como también lo es la de la parte solicitante de la pericia que pretende echar mano de todos aquellos recursos procesales con los cuales, ejerciendo el legítimo derecho a la tutela judicial efectiva, indagar sobre la verdad de su estado, con las posibilidades que de ello se derivan para su vida futura...; como se ve nos movemos en ámbitos que rayan, o que incluso tocan directamente, el derecho natural, ámbitos que en ocasiones entran en conflicto, y que requieren de una solución proce-

---

<sup>(2)</sup> Cfr. E. BELENCHÓN, *La prueba pericial en los procesos de nulidad de matrimonio*, Pamplona, 1982, p. 100.

sal. En nuestro caso, ante la no personación del peritando a la entrevista con el perito y a la posterior aplicación de las pruebas proyectivas, por pura exigencia del principio de contradicción, vendría prescrita la necesidad, en su caso, de acudir a la prueba pericial sobre los autos. Con ello quedaría asegurado la efectiva contradicción en el proceso, pues se vendría a posibilitar a cada una de las partes el ejercicio de sus legítimas pretensiones, en un caso por vía de actividad y en otro caso por vía de inactividad; de no ser así, la decisión de una parte, que siendo legítima pudiera en ocasiones venir dada por intenciones no tan correctas, vendría a suponer un dique probatorio insalvable en aquellas causas en las que la pericia viene requerida en términos de necesidad.

### 1.3. Principio de veracidad

Una de las aspiraciones del proceso es declarar la verdad, esto es, lograr la mayor adecuación posible entre la verdad formal y la verdad sustancial, entre la verdad declarada y la verdad sustantiva. El mecanismo del que se sirve el juez para llegar al pronunciamiento es la certeza moral, esto es, esa certidumbre, ese estado de verosimilitud, esa convicción a que llega el juez, en función de los datos y de las pruebas esgrimidas, que le permiten decir el derecho (*iuris dictio*) en el caso concreto.

En este sentido, la verdad ha de ser un criterio que defina y garantice todo el desarrollo del proceso, en particular, la práctica de las pruebas propuestas. En función de este principio, la finalidad de las pruebas es la reconstrucción de los hechos tal como ocurrieron o están ocurriendo. Reconstruyendo los hechos, el juez podrá alcanzar el convencimiento individual que le permita decidir. La veracidad, como cualidad fundamental de las pruebas procesales, se deriva de la ordenación natural de las mismas a la obtención de la verdad legal, ordenación que tiene especial relevancia en los procesos declarativos, en los que el sentido de la sentencia viene a constatar la existencia o no de un determinado negocio jurídico. Así, se ha de tener presente que el pronunciamiento no constituye la realidad, sino que se limita a declararla, de modo que la falsedad de las pruebas no hace falso el pronunciamiento del juez, sino que se falsea la apariencia de realidad. Por ello, quien falsea una prueba en un proceso canónico no logra engañar al juez, sino que consigue finalmente engañarse a sí mismo con el falseamiento de la propia realidad.

En el caso de la prueba pericial, el principio de veracidad viene garantizado con carácter previo con una serie de precauciones que ha de tomar el juez a la hora de designar el perito (capacitación y aptitud técnica, concepción antropológica conforme con la doctrina cristiana del

matrimonio, conocimientos de las principales nociones canónicas del consentimiento, probidad moral, imparcialidad...), así como por la honestidad profesional y la dedicación que este despliegue en el desarrollo de dicha prueba. Finalmente, el principio de veracidad exige del perito que sus conclusiones finales respondan a la realidad de las pruebas practicadas, y del juez exige que su valoración contenga la motivación y la fundamentación suficiente que explique la adopción de las susodichas conclusiones periciales, así como las razones y fundamentaciones del distanciamiento de las mismas.

#### 1.4. Principio de libre apreciación

Se basa en que el pronunciamiento final judicial responde a una convicción libremente formada al valorar todos los elementos probatorios que se aportan en el proceso. Excepcionalmente –y aunque nos referiremos posteriormente a los dos sistemas que a este respecto existen el ámbito procesal–, puede verificarse la exigencia de valorar determinadas pruebas conforme a lo previsto en la ley. En el caso de la prueba pericial, este principio se traduce en una libertad del juez a la hora de analizar y valorar el contenido de la pericia practicada, libertad que no ha de ser confundida con una absoluta arbitrariedad.

#### 1.5. Principio de adquisición procesal

En virtud de este principio, ninguna de las partes puede renunciar a los medios de prueba ya propuestos y practicados, de modo que los resultados de los mismos, afectarán a las partes favorable o desfavorablemente, con independencia de los propósitos y deseos de quien haya propuesto los medios de prueba. La prueba, una vez propuesta-admitida-practicada, es prueba procesal, *erga omnes*, independientemente de quién la aportó. En el caso concreto de la prueba pericial, el resultado de la misma es válido para todos, también para la parte que la propuso y que ve cómo el dictamen final contradice sus legítimas pretensiones; esta circunstancia no sería suficiente para que se procediera a la práctica de una nueva pericia, debiendo velar el juez para que se evite el recurso a las pruebas procesales necesarias hasta que se compartan las pretensiones de la parte proponente.



### 1.6. Principio de necesidad de la prueba

El proceso viene a ser lo que sean las pruebas, convirtiéndose estas en el elemento indispensable que permiten al juez resolver conforme a lo alegado y probado. Por lo que a la pericia se refiere, nos limitamos a indicar que esta es necesaria en los supuestos del can. 1095, tal como viene a reconocer el artículo 209 de la DC.

### 1.7. Principio de publicidad

A lo largo de todo el proceso, y en particular durante la actividad probatoria del mismo, ha de existir una fiscalización de las actuaciones de las partes, incluso de las propias actuaciones del juez, fiscalización que tiene sus raíces en el ejercicio legítimo del derecho de defensa.

Aunque existen situaciones especiales que permiten una momentánea reserva, siempre que se verifiquen razones graves (ejemplo: canon 1554), lo cierto es que, en principio, y llegado el momento de publicación de la causa, todas las pruebas han de participar de la publicidad. El can. 1598 prevé algunas excepciones a la publicidad, «para evitar peligros gravísimos... teniendo cuidado de que siempre quede a salvo el derecho de defensa»; esta excepción a la publicidad viene dada por razones graves, y se instalan en las características de un ordenamiento como el canónico.

Por lo que a la pericia se refiere, también ésta goza de la requerida publicidad: ha de ser pública la designación del perito, que se ha de comunicar a las partes por si tienen algo que decir; público también es, aunque no publicitado o notorio, el resultado final del informe pericial; por razones graves el juez podría hacer que alguna parte del mismo no se publicara, aunque garantizando el derecho de defensa que tienen las partes. Nuestro parecer es que la prueba pericial incluya no sólo los resultados de las pruebas predictivas, sino el propio desarrollo de los mismos; en este caso, consideramos que no se deberían publicar éstos, limitándonos a la publicación del resultado final y del resto del informe.

## 2. IMPORTANCIA DEL MOMENTO VALORATIVO

Valorar consiste en reconocer, estimar o apreciar la importancia de una determinada realidad ante una finalidad concreta<sup>(3)</sup>. Desde el punto de vista

---

<sup>(3)</sup> Cfr. S. PANIZO ORALLO, *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Madrid, 1999, p. 565.

de las pruebas valorar consiste en apreciar el alcance de las mismas, su trascendencia demostrativa respecto del mérito de la causa.

Valorar una prueba es precisar y fijar de la manera más aquilatada posible el verdadero alcance que se le da a los hechos y a las afirmaciones que se han vertido en autos; el alcance probatorio de estos hechos y afirmaciones dependerá en gran parte del medio probatorio concreto y de la propia capacidad probatoria de las pruebas. Cuando hablamos de valoración de las pruebas nos referimos, tanto a la actividad diferencial del juez que se dirige a analizar el alcance probatorio de un medio de prueba, como también al resultado concreto de dicha actividad.

Aunque también las partes pueden valorar las pruebas –de hecho lo hacen en su escrito de alegaciones–, la suya no es ni puede ser una valoración imparcial, ni se relaciona con el resultado final con una relación de causa a efecto. En este sentido, la única valoración relevante a efectos de la decisión final es la que realiza el juez.

La operación valorativa y apreciativa de las pruebas por parte del juez es el momento culminante y decisivo de toda la actividad probatoria<sup>(4)</sup>. Por tratarse de un momento especialmente trascendental, es al mismo tiempo una actividad muy difícil y complicada, pues implica contrastar una dimensión subjetiva (la del juez) con una dimensión objetiva (la de las pruebas); y puede ocurrir que ni los elementos probatorios tengan la objetividad suficiente, ni las condiciones del juez tengan la subjetividad deseada.

Valorar una prueba viene a ser señalar de algún modo la estimación que merece la misma teniendo en cuenta las cualidades de la persona que la realiza, las que hacen fe de ella, así como el influjo de las circunstancias que han podido mover a estas personas<sup>(5)</sup>. En todo caso, la finalidad de la valoración de la prueba es conocer el mérito o el valor de convicción que pueda deducirse del contenido de cualquier medio probatorio. En ocasiones, el convencimiento del juez no se conseguirá, de modo que no alcanzará la certeza moral que requiere para pronunciar una sentencia en el sentido pretendido por la parte. Cuando esto suceda el resultado de la prueba será negativo, sin embargo la actividad valorativa habrá cumplido su finalidad, ya que el fin de la prueba y el fin de la valoración son distintos: «el fin de la valoración de la prueba es precisar el mérito que ella pueda tener para formar el convencimiento del juez o su valor de convicción, que puede ser positivo si se obtienen, o, por el contrario, negativo si no se logra. De manera que gracias a la valoración podrá el juez conocer si en ese proceso la prueba ha cumplido su fin propio, si su resultado corresponde o no a su fin.

<sup>(4)</sup> Cfr. H. DEVIS ECHANDÍA, «Contenido, naturaleza y técnica de la valoración judicial», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1966, pp. 10-11.

<sup>(5)</sup> Cfr. L. DEL AMO, *Valoración de los testimonios en el proceso canónico*, Salamanca, 1969, p. 109.

Pero en ambos casos la actividad valorativa ha cumplido por su parte el fin que le corresponde»<sup>(6)</sup>.

Cuando el juez realiza el proceso valorativo y queda persuadido con certeza moral de la verdad de los hechos y de las afirmaciones contenidas en las pruebas, no le queda sino decidir en un sentido o en otro. Ahora bien, si tras la valoración realizada no es capaz de salir de la duda, ¿dónde basar en estos casos la sentencia que está obligado a dictar? La respuesta hay que darla teniendo en cuenta hacia dónde se dirija la carga de la prueba; en el caso concreto de los procesos canónicos matrimoniales, en virtud del canon 1060, en caso de duda «se ha de estar por la validez del matrimonio mientras no se pruebe lo contrario».

La actividad valorativa, el juez comienza a realizarla en cierto modo desde la aceptación y práctica de las pruebas. Para que esta actividad sea completa ha de comprender dos aspectos muy importantes: por una parte la autenticidad y la sinceridad, por otra parte, su exactitud y credibilidad. A ello hay que añadir la puesta en escena de la inteligencia y la voluntad del juez: el juez debe percibir, interpretar, deducir e inducir, lo cual requiere de un empeño y de una capacitación.

### 3. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

La actividad valorativa «se dirige a establecer, confrontando varios juicios, de hecho a menudo contradictorios, mediante la investigación sobre la credibilidad de las fuentes de que se derivan, si tales juicios deben ser considerados correspondientes a la realidad objetiva de los hechos y en qué medida y cuál, de varios juicios contradictorios entres si, deba prevalecer sobre los otros»<sup>(7)</sup>.

Pues bien, la doctrina ha distinguido dos grandes sistemas de valoración de las pruebas, sistema de valoración legal y sistema de valoración libre.

El sistema de valoración legal tiene, tal como indica el profesor De Diego-Lora, los siguientes ventajas e inconvenientes<sup>(8)</sup>:

– Como ventaja primera habría que destacar la seguridad objetiva, la eliminación de todo tipo de subjetividad, así como el hecho de que se evita el que una misma hipótesis de hecho pueda ser entendida de diversos modos por jueces distintos, al tiempo que se combate la incertidumbre del juicio

<sup>(6)</sup> H. DEVIS ECHANDÍA, *Contenido..., cit.*, p. 27.

<sup>(7)</sup> P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, p. 380.

<sup>(8)</sup> Cfr. C. DE DIEGO-LORA, *Estudios de Derecho procesal canónico*, vol. 2, Pamplona, 1973, pp. 6-7.

humano, sustituida por la certeza que proporciona el juicio de valoración que aparece en la ley;

– Entre los inconvenientes figura el reducir a mínimos la misión del juez, quien se limita únicamente a aplicar la ley, no pudiendo estimar la prueba sino únicamente autorizarla para que la ley haga que produzca sus efectos concretos; el problema puede ser que la ley habrá de aplicarse en ocasiones a supuestos distintos, de modo que lo que para una ocasión puede ser acertado para otra hipótesis puede ser un total desacierto.

El sistema de libre valoración, por el contrario, permite al juez una mayor independencia y facilita el servicio de sus capacidades. Este sistema no comporta necesariamente la arbitrariedad, ya que existe el correctivo de la obligación de fundamentar y motivar las sentencias. En este sentido, el sistema de libre valoración de las pruebas se ajusta más a la verdad, permite adaptar el resultado del proceso a las particularidades y mínimas circunstancias del caso. Para el profesor De Diego-Lora, habría que dar primacía al sistema de libre valoración de las pruebas, aunque aceptaría el sistema legal, siempre que no fuera vinculante, en otras palabras, siempre que su papel quedara limitado a señalar al juzgador criterios indicativos de buen sentido jurídico.

El Derecho canónico tiende a un sistema mixto, tomándose, en función de los casos y de las materias de que se trate, elementos de cada uno de los sistemas. Sea como fuere, bien se trate de prueba legal, o bien se trate de un sistema de libre apreciación, el ordenamiento canónico garantiza al juez la libertad a la hora de alcanzar la certeza moral, libertad que se alcanza mediante el empleo de reglas de sana crítica. El can. 1608 §3, al indicar que «el juez debe valorar las pruebas según su conciencia, respetando las normas sobre la eficacia de ciertas pruebas», está consagrando el principio de libre apreciación de las pruebas. Aun cuando existan supuestos concretos en los que propio Código otorga una eficacia determinada a ciertas pruebas (cann. 1536, 1538, 1541, 1542), lo cierto es que establece como criterio orientador de la actividad valorativa del juez la libertad y el obrar según su conciencia.

#### 4. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL Y EL PRINCIPIO DE LIBRE APRECIACIÓN

Antes de entrar en el análisis del principio de la libre apreciación de las pruebas, conviene dejar constancia de la distinción entre el *munus iudicanti* del juez el *munus consulendi* del perito. Aun cuando la decisión del juez y la del perito aparentemente pudieran tener una estructura más o menos parecida, sin embargo, ambos son distintos, tanto por lo que res-

pecta al objeto, como por lo que respecta a la metodología y a la finalidad perseguidas. La finalidad del pronunciamiento del juez es declarar la constancia o no de la nulidad del matrimonio en base a unos principios jurídicos. El perito, en cambio, ha de explicar los presupuestos fisiológicos, la etiología, los efectos y los síntomas de determinadas anomalías que coinciden en la capacidad psíquica del sujeto. El perito, llamado en función de sus conocimientos técnicos y de su experiencia en el tratamiento y en el análisis y diagnóstico de determinadas anomalías o «problemas» de índole psicológico-psiquiátrico, realiza una valoración de la capacidad psíquica del sujeto, sin embargo, corresponde únicamente al juez «valorar lo valorado» por el perito, todo ello como condición previa y necesaria para alcanzar la certeza moral con la que pronunciarse sobre el objeto del proceso. La jurisprudencia ha aludido repetidas veces a la distinción entre el juicio jurídico y el juicio técnico, dejando constancia de cómo el juez no trasfiere directamente a la sentencia las conclusiones del perito, sino que las traduce e interpreta atendiendo al resto de datos obrantes en autos<sup>(9)</sup>.

El momento de valoración de la pericia por parte del juez es el momento decisivo y determinante del proceso. El juez, a través de esta operación mental tiende a adquirir una convicción, llamada certeza moral, que viene prescrita como *condicio sine qua non* para el pronunciamiento final (can. 1608). Al realizar esta operación mental el principio que rige, también en el caso de la prueba pericial, es el de libre apreciación, consecuencia directa de un sistema en el que no rige la prueba tasada.

Históricamente se han dado dos orientaciones en relación al valor de la prueba pericial, las cuales quedan resumidas en los axiomas siguientes: por una parte, «peritis in arte credendum est» (los peritos deben ser creídos) y por otra parte, «dictum periti non transit in rem iudicatam» (lo dicho por los peritos nunca tienen autoridad de cosa juzgada)<sup>(10)</sup>.

Desde el punto de vista normativo, tanto el CIC' 17 como la PME, y también el actual Código y la *Dignitas Connubii* vienen a afirmar el principio de la libre valoración de la prueba pericial por parte del juez, o lo que es lo mismo, la no vinculación del órgano judicial por los resultados de la prueba pericial.

El can. 1804 §1 del CIC 17 indicaba que el juez debía considerar atentamente no sólo los dictámenes de los peritos, sino también las demás

<sup>(9)</sup> Cfr. G. LESZCZYNSKI, «La prova periciale nelle cause matrimoniali», en *Apollinaris* 74, 2001, pp. 542-543.

<sup>(10)</sup> Cfr. B. GIANSIN, *Perizia e capacità consensuale nel matrimonio canonico*, Padova, 1989, pp. 125-129; I. ZUANAZZI, «Il rapporto tra giudice e perito secondo la giurisprudenza della Rota Romana», en ed. S. GHERRO-G. ZUANAZZI, *Perizie e periti nel processo matrimoniale canonico*, Torino, 1993, pp. 182-190; V. PALESTRO, *Le perizie*, en Aa.Vv., *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la Giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1995, pp. 87-92.

circunstancias de la causa; esta disposición normativa es matizada incluso en la PME, de hecho en el artículo 154 §1 indica que el Tribunal no está obligado a hacer suyo el juicio de los peritos aunque haya unanimidad en sus conclusiones, sino que ha de atender a las demás circunstancias de la causa. Estas disposiciones son recogidas por el can. 1579 §1 que establece que «el juez ha de ponderar atentamente no sólo las conclusiones de los peritos, aunque éstas sean concordes, sino también las demás circunstancias de la causa».

Desde el punto de vista funcional, la razón de ser de la no vinculación del juez por los dictámenes de los peritos se encuentra en que estos no son jueces, sino que su función es la de –en virtud de sus conocimientos– aportar los datos que contribuyan a que el juez alcance el convencimiento y la certeza moral necesaria para dictar sentencia. Si el juez tuviera que aceptar forzosamente el resultado de la prueba pericial, resultaría que en realidad serían los peritos quienes sentenciarían la causa, de modo que el juez dejaría de ser juez. El perito no puede ocupar nunca el lugar del juez, sino que debe persuadir y convencer al juez por la fuerza de sus argumentos y razones, y no por la fuerza de su parecer. El juez por su parte goza de gran discrecionalidad a la hora de la valoración de la prueba pericial, no siendo ésta la única fuente de la verdad con la que cuenta el juez para conseguir el convencimiento propio del juzgador, sino que ha de estimar el resto de las circunstancias de la causa<sup>(11)</sup>. El juez, al admitir u ordenar la pericia no delega en su oficio ni renuncia a él, sino que continúa con su función de decidir la controversia en el caso concreto, para lo cual –y por lo que a la pericia se refiere– se convierte en *peritus peritorum*<sup>(12)</sup>.

Este principio de la libre valoración de la prueba pericial por parte del juez es la clave sobre la que gira la función valorativa del órgano judicial, sin embargo, de ello no se deriva que la pericia no tenga ninguna relevancia, ni que la discrecionalidad del juez en la valoración de la pericia se convierta en arbitrariedad total y absoluta. No es así, y no puede serlo, de hecho, el canon 1579 §2 indica que «cuando exponga las razones de su decisión, debe hacer constar por qué motivos ha aceptado o rechazado las conclusiones de los peritos». Este precepto normativo impone al juez la obligación de expresar en la sentencia cuáles fueron las razones que le llevaron a admitir determinadas conclusiones de los

<sup>(11)</sup> Cfr. T. GIUSSANI, *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, Città del Vaticano, 1967, p. 18.

<sup>(12)</sup> Vid. «coram Masala», 10-5-1978, nn. 15-19, en *Monitor Ecclesiasticus* 104, 1979, pp. 313-314; «coram Serrano», 9-5-1980, nn. 33-49, en *Monitor Ecclesiasticus* 106, 1981, pp. 183-189; «coram Egam», 22-4-1982, nn. 16-20, en *Monitor Ecclesiasticus* 107, 1982, pp. 325-330; «coram Egam», 9-12-1982, n.10, en *Ephemerides Iuris Canonici* 39, 1983, pp. 134-135; «coram Raad», 12-6-1980, nn. 24-25, en *Monitor Ecclesiasticus* 108, 1983, pp. 36-37; «coram Pinto», 12-2-1982, n. 7, en *Ephemerides Iuris Canonici* 39, 1983, pp. 157-159; «coram Stankiewicz», 22-5-1984, nn. 14-15, en *Monitor Ecclesiasticus* 111, 1986, pp. 270-271.

peritos o a rechazarlas por disentir de las mismas. En opinión de Lega, que comenta el anterior can. 1804 §2, se trata de una disposición sapientísima, ya que el juez no puede despreciar a la ligera la conclusión a la que se ha llegado y con principios del arte y de la ciencia, y con un serio estudio e investigación<sup>(13)</sup>.

El juez, por tanto, tendrá que enfrentarse al resultado de la prueba pericial sabiendo que no está obligado por el mismo, que está llamado a valorarlo con una amplia dosis de discrecionalidad, pero que no puede ser absolutamente arbitrario respecto del parecer del perito, sobre todo si este está bien fundado. En este sentido «si el juez examina o pondera la firmeza o debilidad de las consideraciones o motivaciones del dictamen, la precisión o contradicción de aquéllas y de las conclusiones, la armonía o desarmonía entre estas y las primeras, la lógica o la desarticulación de los razonamientos, la seguridad o inseguridad manifestada por los peritos tanto en sus premisas como en sus deducciones, la calidad de los mismos peritos –su idoneidad, su capacidad, su reputación moral...–, tendrá elementos de juicio para su valoración y podrá dar las razones de su adhesión o de su rechazo»<sup>(14)</sup>.

Toda esta operación valorativa exigirá del juez la posesión de una serie de conocimientos en materia psicológica-psiquiátrica, a pesar de que no le corresponde al juez exponer la etiología, la sintomatología y patología de un sujeto concreto aquejado de una anomalía concreta, sin embargo, no parece lícito que el jurista ignore o prescinda de los principios generales de aquellas anomalías concretas que aparecen referidas en el informe pericial concreto, informe que ha de estudiar, analizar y juzgar el propio juez.

Afirmado cuanto precede, con relación a la centralidad de la libre apreciación de la prueba pericial por parte del juez, a su no vinculación por el resultado de la pericia, hay que dejar sentado también que «sería improcedente y hasta temerario por parte del juez desatender un informe pericial bien elaborado y fundamentado sin contar con graves y serias razones para ello»<sup>(15)</sup>. En estos supuestos en los que el juez no asumiera los criterios del perito debería motivar adecuadamente su decisión, indicando qué hechos del resto de las pruebas le llevan a decantarse por una conclusión distinta de la del experto.

<sup>(13)</sup> Cfr. M. LEGA, *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta codicem iuris canonici*, vol. 2, Roma 1950, p. 770.

<sup>(14)</sup> E. BELENCHÓN, *La prueba pericial...*, cit., p. 224.

<sup>(15)</sup> K. BOCCAFOLA, Comentario al can. 1579, en *Comentario Exegético al Código de Derecho canónico*, ed. A. MARZOA-J. MIRAS-R. RODRÍGUEZ OCAÑA, vol. 4/2, p. 1419; vid. A. STANKIEWICZ, «La valutazione delle perizie nelle cause matrimoniali», en *Monitor Ecclesiasticus*, 1993, pp. 265 ss; SRRD, coram Parisella 22-3-1973, vol. 65, 283; «quanto autem ponderis quantique momenti peritorum vota essent existimanda –ita admonebamus in una Pittsburg d. 23 iulii 1971– nullo non tempore rotalis iurisprudencia edocuit ita ut a peritorum conclusionibus iudici recedere nefas sit nisi propter gravissima contraria argumenta»; en el mismo sentido vid. SRRD, «coram Parisella» de 23-7-1971, vol. 63, p. 700; «coram Funghini» 16-4-1986, vol. 78, p. 259.

## 5. ELEMENTOS, DATOS Y CIRCUNSTANCIAS QUE HA DE TENER EN CUENTA EL JUEZ AL «ENFRENTARSE» CON LA PRUEBA PERICIAL

Según se deduce del c. 1579, 1 y 2, la pericia ha de ser valorada teniendo en cuenta el resto de las pruebas, quedando el Juez libre respecto a la consideración del peso probatorio de la misma. En este sentido, el Juez no debe ignorar que «la apreciación debe hacerse en conjunto, y no con un criterio puramente subjetivo y personal, sino objetivo y social, es decir, en tal forma que la interpretación y valoración que el funcionario le da a las pruebas pueda ser compartida por las personas que las conozcan y sean lo suficientemente capaces y cultas»<sup>(16)</sup>.

Según esta cita, podemos entresacar una serie de aspectos que deberían ser tenidos en cuenta por el juez, distinguiendo en ellos los que son referidos a cuestiones subjetivas relacionadas con la persona del perito, de aquellos otros que se refieren a cuestiones objetivas, relacionadas con el contenido de la prueba pericial.

### A) *Elementos subjetivos:*

El juez ha de valorar todas aquellas circunstancias relacionadas con las cualidades y aptitudes subjetivas del perito. Debe considerar detenidamente cuáles son los presupuestos antropológicos del perito, con el fin de comprobar si los mismos son concordantes con una auténtica antropología cristiana, lo que permitirá establecer una presunción a favor de dicha concordancia a la hora de ponderar las conclusiones de la prueba pericial. En este sentido, el juez deberá analizar igualmente la sintonía o no del perito con la visión del matrimonio; en concreto, deberá descender al concepto de madurez del que parte el perito, a la idea de normalidad que toma en consideración, a la relevancia o al carácter decisivo que le da a las dificultades y al fracaso en la vida conyugal...

Igualmente, el juez deberá ponderar las condiciones de idoneidad, de probidad moral, de imparcialidad del perito. También deberá prestar atención a la metodología empleada, los medios con que contó a la hora de realizar la pericia, los elementos de juicio con que el perito ha podido contar, las aportaciones técnico-científicas ofrecidas, si ha tenido en cuenta el resto de las actas del proceso y si ha realizado un estudio adecuado de las mismas.

Es fácil comprender que el juez empezará a valorar desde el momento de admitir la prueba pericial, pues es entonces –en fase de admisión y designación del perito– cuando el juez echará mano de algunos de estos criterios subjetivos a la hora de concretar la persona concreta que realizará la prueba pericial. De la

<sup>(16)</sup> H. DEVIS ECHANDIA, *Contenido...*, cit., p. 125.



misma manera que para fijar el perito concreto tuvo que tener en cuenta su personalidad, el conjunto de sus cualidades intelectuales y morales, también tendrá que tener en cuenta todo lo relativo a la personalidad del perito en el momento de realizar la valoración pericial después de la presentación del informe: podría ocurrir que la falta de idoneidad o de imparcialidad... no fuera advertida o fuera desconocida en un primer momento, quedando de manifiesto con posterioridad.

*B) Elementos objetivos:*

Además de los elementos subjetivos referidos a la persona-personalidad del perito, el juez ha de tomar en consideración una serie de aspectos que tocan directamente a la dimensión objetiva, al contenido, de la prueba pericial. Nos referimos, por ejemplo, a los argumentos empleados, a la fuerza o relevancia de los mismos, a la lógica o no de las conclusiones, a las fuentes de información que utilizó, a la comparación con los dictámenes cuando existían varios concordantes o discordantes...

Es ahora cuando el Juez ha de considerar si las conclusiones a las que llega se basan en las premisas de las que partió, si los argumentos tienen el fundamento de los hechos, si tuvo conocimiento pleno de todos los hechos del caso y de todo cuanto consta en autos, si se consideraron todas las circunstancias del caso y no sólo aquellas que pudieron surgir en la entrevista personal, si se siguió un criterio objetivo para juzgar la credibilidad del paciente, o si por el contrario partió de la idea de que ha de ser considerado como verdadero todo lo que el paciente enfermo declare al médico.

Llegados a este momento, el juez debe echar mano de todo su saber jurídico, de su experiencia, de su cultura psicológica-psiquiátrica, de modo que no se deje impresionar ni por el prestigio del experto, ni por la nomenclatura o tipicidad de la anomalía que concluye... El juez no puede situarse con pasividad ante la pericia, sino que debe adoptar una posición activa, tomando en consideración todos aquellos elementos que le permitan alcanzar la convicción moral sobre la coherencia y verosimilitud de la conclusión pericial. El Juez debe ponderar y criticar internamente el informe pericial, y debe, a su vez, realizar una crítica en función de los elementos probatorios externos al mismo, comprobando la congruencia entre las conclusiones periciales y el resto de hechos y datos que figuran en autos. Debe prestar atención a si se ha hecho recurso correcto de las máximas de experiencia, si se han utilizado con corrección las nociones jurídicas, si el perito ha ido más allá de sus competencias, esto es, si se ha pronunciado sobre cuestiones jurídicas que escapan el ámbito de su función.

El informe pericial no puede quedarse en lo abstracto, sino que tiene que bajar al caso concreto. Por eso, no puede reducirse a ser una especie de monografía científica cuajada de conceptos y términos técnicos que hacen ininteli-

gible incluso la exposición. Bajar al caso concreto comporta aplicar la teoría al caso que nos ocupa, para lo que habrá que estudiar cada uno de los aspectos de cada caso: por ejemplo, ante un caso de epilepsia, el perito no podrá conformarse con que la perturbación de este tipo de enfermos es de una naturaleza tal que excluya la capacidad de entender y de querer; tendrá que analizar más, por ejemplo, el grado de intensidad, el tipo de evolución, las consecuencias conductuales.... En este sentido el Juez debe ver si el perito se limite a describir los síntomas anormales y a sacar de ellos conclusiones sin haber hecho un análisis de los procesos dinámicos con mención de la organización-desorganización de la estructura psíquica. Por ejemplo, al Juez no le es suficiente con saber que el contrayente era una persona angustiada..., sino que lo que realmente le interesa es saber si esos fenómenos, cuyo origen puede ser muy diverso, tienen una etiología que toca con la anomalía psíquica.

A modo de criterio orientativo, nos parece correcto el elenco que establece Panizo respecto de los elementos integradores de una buena y sistemática pericia:

«1) Ofrecer, a partir de los elementos de juicio con que haya podido contar, una, lo más completa posible, patografía o psicobiografía de la persona periciada; 2) emitir, lo más exactamente posible, el diagnóstico de la anomalía o enfermedad psíquica; 3) precisar al máximo los síntomas de la afección; 4) determinar la gravedad de la afección o en sí misma o en vista de la profunda incidencia negativa causada en la convivencia; 5) referir ese diagnóstico y los síntomas a un tiempo pasado en el momento del matrimonio, porque es cuando se debe considerar existente la posible incapacidad; 6) determinar el origen o etiología de la enfermedad y sus posibles motivaciones; 7) fundamentar técnicamente lo que se afirma; 8) mostrar la incidencia que esos síntomas patológicos pueden causar y sobre todo han causado sobre las posibilidades de conyugabilidad del periciado; 9) interpretar dentro de un lenguaje asequible al Juez y a las partes los términos técnicos que emplea; 10) ofrecer datos sobre la metodología seguida para elaborar el dictamen y señalar los elementos de juicio que se han seguido para realizarlo»<sup>(17)</sup>.

Con el fin de lograr la certeza moral a que ha de llegar el Juez, que no es una certeza que surja de la simple suma de probabilidades, sino que es una certeza

<sup>(17)</sup> S. PANIZO ORALLO, *Temas procesales...*, cit., 673. A título también indicativo sirva la referencia que hace Palestro a propósito de los criterios que han de orientar la valoración por parte del juez de la prueba pericial según la jurisprudencia rotal: (debe considerarse) «a) la base científica de partenza, certa ed universalmente accettata, verificata da una lunga esperienza clinica; b) la congruità del metodo usato nell'indagine diretta della o delle parti, la sua affidabilità, la possibilità di ripeterlo ulteriormente e verificarlo, le condizioni di tempo e di luogo in cui l'indagine tecnica è stata svolta; c) l'esame e la ricostruzione storica dei fatti e delle testimonianze in atti, collocate nel loro obbiettivo valore senza distorzerle al fine di raggiungere una tesi preconstituata; d) l'esposizione analitica e corretta delle prove raccolte direttamente raffrontate con le eventuali documentazioni mediche in atti o perizie preesistenti; e) la logicità, consequenzialità del ragionamento sviluppato dal perito per trarre le sue conclusioni, spiegando il come ed il perché vi è pervenuto, dando le ragioni in dottrina ed in facto se dissente da altre perizie in atti; f) rispondendo in dettaglio ai singoli quesiti e fornendo la diagnosi della malattia, i cui sintomi siano stati riscontrati negli atti, la gravità della medesima oggi ed al momento delle nozze, e la sua futura evoluzione, in base alle conoscenze scientifiche unánimemente riconosciute ed accettate».

objetiva, esto es, basada en motivos objetivos y no en simples referencias subjetivas, el juez ha de tener la sagacidad suficiente para no dejarse llevar con carácter necesario por determinadas conclusiones. En este sentido, podemos dejar constancia de algunas precauciones y cautelas que, según la jurisprudencia rotal, ha de tomar el Juez a la hora de apreciar la prueba pericial; entre ellas las siguientes: 1.º) debe considerar que los resultados periciales no pueden ser admitidos de manera necesaria y con carácter pasivo, y al mismo tiempo, no pueden ser rechazados arbitraria e inconsideradamente; 2.º) la seguridad del dictamen no radica en el número de sus defensores, ni en el prestigio de alguno de ellos; 3.º) la conclusión técnica a la que llegue el informe pericial, esto es, la nomenclatura de la anomalía concreta, es menos relevante que la determinación de los síntomas de la misma, de sus efectos, y sobre todo, del análisis de la etiología que subyace a ambos; 4.º) ha de tomar cautela también al tiempo del reconocimiento pericial y al método empleado; 5.º) cautela también en relación a las opiniones y sentimientos personales del perito, así como ante la pertenencia o adscripción a determinadas escuelas psicológico-psiquiátricas incompatibles con la antropología cristiana; 6.º) cautelas también en relación a la inestabilidad objetiva de las conclusiones de la ciencia psicológico-psiquiátrica.

A modo de conclusión, y siguiendo los criterios de la jurisprudencia rotal, se pueden establecer los siguientes postulados referidos a la prueba pericial en general, y a la valoración de la misma, en particular:

- La prueba pericial no es una prueba legal, es decir, su valor no está determinado por la ley, sino que existe una libre apreciación por parte del Juez;
- el perito no sustituye al Juez, su campo de acción se desarrolla en el ámbito probatorio, no en el ámbito decisorio;
- corresponde al Juez, y no al perito, determinar el valor de la prueba pericial, ponderándola en función del resto de pruebas practicadas (declaraciones de las partes y de los testigos, documentos, etc.);
- el Juez no queda vinculado con el parecer del perito, ni tan siquiera cuando exista unanimidad entre ellos;
- el Juez tampoco puede rechazar arbitrariamente las conclusiones periciales, sino que ha de argumentar y fundamentar el porqué del distanciamiento de las mismas.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELENCHÓN, E. *La prueba pericial en los procesos de nulidad de matrimonio*, Pamplona, 1982.  
 BOCCAFOLA, K. «Comentario al can. 1579», en *Comentario Exegético al Código de Derecho canónico*, ed. A. Marzoa-J. Miras-R. Rodríguez Ocaña, vol. 4/2.  
 CALAMANDREI, P. *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945.

- CARNELUTTI, E. *Estudios de Derecho procesal*, vol. 2, Buenos Aires, 1952.
- DE DIEGO-LORA, C. *Estudios de Derecho procesal canónico*, vol. 2, Pamplona, 1973.
- DEL AMO, L., *Valoración de los testimonios en el proceso canónico*, Salamanca, 1969.
- DEVIS ECHANDÍA, H. «Contenido, naturaleza y técnica de la valoración judicial», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1966.
- GIANSIN, B. *Perizia e capacità consensuale nel matrimonio canonico*, Padova, 1989.
- GIUSSANI, T. *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, Città del Vaticano, 1967.
- LEGA, M. *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta codicem iuris canonici*, vol. 2, Roma 1950.
- LESZCEZYNSKI, G. «La prova periciale nelle cause matrimoniali», en *Apollinaris* 74, 2001.
- PALESTRO, V., *Le perizie*, en AA.VV. *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la Giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1995.
- PANIZO ORALLO, S. *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Madrid, 1999.
- STANKIEWICZ, A. «La valutazione delle perizie nelle cause matrimoniali», en *Monitor Ecclesiasticus*, 1993.
- ZUANAZZI, I. «Il rapporto tra giudice e perito secondo la giurisprudenza della Rota Romana», en ed. Gherro, S. y Zuanazzi, G., *Perizie e periti nel processo matrimoniale canonico*, Torino, 1993.

CUARTA PARTE

**ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA  
AUTONOMÍA DE LAS INSTITUCIONES  
RELIGIOSAS EN EL DERECHO  
ESPAÑOL**

# La libertad de elección de centro educativo en el marco constitucional español y su vinculación con el ejercicio de la libertad religiosa

ENRIQUE HERRERA CEBALLOS

SUMARIO: Introducción 1.- Dicotomía entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. 1.1 Precisiones conceptuales: educación y enseñanza. 1.2 El derecho a la elección de centro como derecho de rango constitucional. 2.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles. 2.1 Pronunciamientos a favor de su incardinación en el derecho a la educación. 2.2 Pronunciamientos a favor de su incardinación en la libertad de enseñanza. 3.- Análisis de la doctrina. 4.- Posible inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LOMLOE. 5.- Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

El artículo 27 de la Constitución española de 1978 integra dialécticamente, por primera vez, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza<sup>(1)</sup>; hecho que no se había dado en la historia del constitucionalismo español desde el siglo XIX en la medida en que ambos aspectos habían sido enarbolados como postulados excluyentes. Mas este enfrentamiento alentaba, a su vez –como afirma Fernández-Miranda– la polémica entre la enseñanza laica y la enseñanza confesional así como entre la escuela pública y

---

<sup>(1)</sup> Cfr. A. MARTÍNEZ BLANCO «Libertad de enseñanza y enseñanza de la religión», *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio*, vol. 2, 1992, p. 1287.

la escuela privada; posturas sostenidas respectivamente por liberales y conservadores.

Sin embargo, lejos de constituir una cuestión pacífica, la delimitación del contenido del derecho a la educación y la libertad de enseñanza ha enfrentado a la doctrina. Poco más se adelanta –como veremos– si atendemos a los pronunciamientos judiciales más relevantes. Es aquí donde los posicionamientos ideológicos de unos y otros constituyen apriorismos casi insalvables a la hora de conformar conceptos consensuados. Dicho lo cual uno puede tener la tentación de acudir al profesor Iván cuando dice «El contenido del derecho a la educación es tan extraordinariamente impreciso que nada en concreto significa y cualquier opinión... no será más que eso, una opinión sobre la libertad de enseñanza; ninguna entre muchas»<sup>(2)</sup>. Desde esta óptica –un tanto drástica pero no por ello necesariamente desencaminada– la importancia de la opinión que verteré en estas líneas resultará apenas irrelevante –tampoco pretendo otra cosa– puesto que no es más que otra opinión<sup>(3)</sup>.

## 1. DICOTOMÍA ENTRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

La Carta Magna española no reconoce expresamente el derecho a la elección de centro educativo en el elenco de derechos y libertades que con respecto a la educación y a la enseñanza se incluyen en los diferentes apartados de su artículo 27. Sin embargo, como veremos, esta circunstancia no ha constituido obstáculo alguno para considerarlo por la doctrina y la jurisprudencia –si quiera de forma indirecta– un derecho de rango constitucional, bien inserto en el derecho a la educación, en la libertad de enseñanza o, en su caso, constitutivo de un *tertium genus*; un *derecho constitucional autónomo*, junto al derecho a elegir el tipo de educación que los padres consideren más oportuna según sus convicciones para los menores a su cargo.

El artículo 27 CE consagra, al mismo tiempo pues, un derecho fundamental y una libertad pública. No obstante, todo derecho –en su vertiente subjetiva– constituye una esfera de libertad personal que protege al individuo de intervenciones injustificadas del poder en un ámbito de su existencia<sup>(4)</sup>, sin embargo, no se pueden confundir los conceptos porque la idea de derecho, amén de la esfera de *agere licere*, hace referencia a la existencia de unas facultades concretas inherentes a la idea de individuo que le

<sup>(2)</sup> Cfr. I. C. IBÁN, «Una opinión sobre la libertad de enseñanza», *Revista de Castilla La Mancha*, 1 (1985), p. 55.

<sup>(3)</sup> Y desde luego muchísimo menos autorizada que las que se exponen en el cuerpo del texto.

<sup>(4)</sup> STC 25/1981, FJ. 5.

facultan para exigir un determinado comportamiento activo por parte del poder público. Podría decirse pues que mientras la libertad constituye un ámbito de autonomía personal o, en su caso, facultades de participación social, el derecho implica la idea de exigencia o, en su caso, de prestación cuando el poder público haya de tener una actitud activa como es el caso del derecho a la educación en cuanto conlleva la instauración de una red de escolarización.

### 1.1. Precisiones conceptuales: educación y enseñanza

La primera rúbrica de este trabajo reza: dicotomía entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. El uso en la Constitución de los términos educación y enseñanza, como afirma Vidal Prado, ha podido llevar a confusiones en cuanto pueden ser considerados términos equivalentes sin serlo<sup>(5)</sup>.

La distinción no es baladí porque, como veremos a continuación, uno de los principales problemas dogmáticos en torno al derecho a la libertad de elección de centro educativo es su inclusión en uno u otro concepto en función de los diferentes contenidos que se les atribuyan. Contenidos que, en las más de las ocasiones, responden a visiones politizadas de la realidad jurídica.

Dicho esto, consideramos necesario un ejercicio previo de deslinde conceptual entre los términos educación y enseñanza si es que es posible.

Si se acude al sentido semántico de los términos a través del diccionario de la Real Academia Española es evidente que el sentido del término educación es más amplio que el de enseñanza. Sin embargo, la distinción conceptual no resulta sencilla porque el primero incluye al segundo. Mientras la *enseñanza* se circunscribiría a la transmisión de conocimientos y al sistema que para ello se siga<sup>(6)</sup>, la *educación*<sup>(7)</sup> incluiría este aspecto junto a la crianza y transmisión de conocimientos y valores a los *alieni iuris*<sup>(8)</sup>. Está claro pues que educar y enseñar son acciones encaminadas al aprendizaje de conocimientos, sin embargo, la educación trasciende esta idea para colocarse, de algún modo, en el ámbito de valores más íntimos en la esfera del ser

<sup>(5)</sup> Vid. la opinión de J. A. SOUTO PAZ, en «El derecho a la educación», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1 (1992), p. 36 y ss.

<sup>(6)</sup> Las acepciones 2.ª, 3.ª y 4.ª RAE dicen respectivamente: «Sistema y método de dar instrucción»; «Ejemplo... que sirve de experiencia...»; «Conjunto de conocimientos, principios, ideas, etc., que se enseñan a alguien».

<sup>(7)</sup> «Educar», del latín, *e-ducere*, significa conducir, formar a los alumnos con alguna orientación, cfr. C. VIDAL PRADO, *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, 2017, p. 18..

<sup>(8)</sup> Las acepciones 3.ª y 4.ª rezan: «Ejemplo, acción o suceso que sirve de experiencia, enseñando o advirtiendo cómo se debe obrar en casos análogos»; «Conjunto de conocimientos, principios, ideas, etc., que se enseñan a alguien».



humano; valores que un sujeto posee y que desea transmitir a la prole en el ámbito de la familia y el hogar. Por ello, cabría afirmar que, mientras la enseñanza es un proceso más aséptico la educación es un proceso permeado de valores y experiencias íntimas; consustanciales a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia del sujeto.

El Tribunal Constitucional español ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión en la conocida sentencia 5/1981 que sistemáticamente han recogido todos los autores que se han dedicado al estudio de estas cuestiones<sup>(9)</sup>.

De forma reiterativa la sentencia se pronuncia sobre el contenido de los conceptos en dos oportunidades. La primera en el cuerpo textual principal (FJ. 7.º) y la segunda en el voto particular que formuló, primordialmente, el magistrado Francisco Tomás y Valiente.

Los magistrados consideraron la que *enseñanza* «puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica, religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales...», mientras que la *educación* sería «la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conforme con una determinada ideología que prima sobre la transmisión del conocimiento científico». De forma reiterativa – como antes dijimos– Tomás y Valiente, partiendo de la idea de que el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa conforme a sus propias convicciones se proyecta más sobre la educación que sobre la enseñanza considera ésta última como «transmisión de conocimientos científicos» y aquella como «comunicación de convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes con una determinada ideología». Y continúa el razonamiento añadiendo que:

«[...] Por ello nuestra Constitución habla (artículo 27.3) de ‘formación religiosa y moral’; el artículo 26.3 de la Declaración Universal de 1948 se refiere a la elección del ‘tipo de educación’; los pactos internacionales de 1966 de derechos civiles y políticos (artículo 18.4) y de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 13.3) hablan de ‘educación religiosa y/o moral’, expresión que aparece también en el artículo 5.1.b) de la Convención para no discriminación en la enseñanza de 1960».

Hecha la abstracción analítica, el propio magistrado deja constancia de la dificultad de la distinción teórica aunque no saca mayores consecuencias de ello como bien afirma Fernández-Miranda, que se atreve a calificar

<sup>(9)</sup> Cfr. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pp. 65-66.

incluso de «imposibilidad» tal distinción<sup>(10)</sup>, añadiendo que «Sin duda la casuística presentará supuestos en los que el proceso de comunicación esté más próximo a la comunicación ética o a la científica, circunstancia que, naturalmente, incidirá sobre la operatividad del ideario y los condicionamientos de la libertad docente».

Compartimos, en este aspecto, las apreciaciones de Fernández-Miranda porque en el proceso educativo la educación y la enseñanza se entremezclan de forma constante e inescindible porque son interdependientes. Como proceso que se inicia en el seno del hogar de la mano de los progenitores a partir de la misma crianza y que continúa en forma de instrucción reglada –tanto en centros educativos como fuera de ellos– habrá situaciones y momentos en los que padres y educadores transmitan –de forma más o menos aséptica– conocimientos científicos o técnicos o ideas de la más variada naturaleza y otros en los que lo que se transmita sean convicciones filosóficas, morales o religiosas es su más estricto sentido. Sin embargo, en muchos otros momentos educación e instrucción conllevan la superposición de conocimientos y valores porque solo mediante esta coadyuvancia puede llegarse a alcanzar el fin último del proceso como es pleno desarrollo de la personalidad humana. Podría pensarse que el conocimiento transmitido por un profesor de matemáticas es estrictamente enseñanza, lo mismo que el de un profesor de física, pero tal vez no sea tan fácil afirmar lo mismo cuando lo que se explica es historia, filosofía, ética o religión. ¿Cómo explicar asépticamente un proceso histórico totalitario sin entrar a la valorar de algún modo sus causas y consecuencias y sin pretender mover, de algún modo, el ánimo del alumnado? ¿Podría una imagen histórica de un campo de concentración como los de Auschwitz dejar indiferente a alguien? En clase de religión, ¿podría explicarse el martirio de los primeros cristianos sin referencias al ejercicio del poder y de la libertad? ¿Cabe algún tipo de asepsia explicativa en estos dos supuestos si el profesor pretende formar mentes capaces de pensar por sí mismas con el anhelo de desarrollar el potencial de lo que será su personalidad adulta? Y, por otro lado, no se puede pasar por alto que la educación además de transmitir valores como proyección de una determinada concepción de la realidad inmanente y, en su caso, trascendente, es decir como manifestación de la libertad ideológica, religiosa y de conciencia no puede soslayar la transmisión de conocimientos. Cuando un progenitor educa –en la máxima expresión del concepto– lo hace integralmente, aunando las explicaciones sobre cómo funciona el mundo que rodea al niño o al joven con la visión de la que él participa del mismo; es decir, se instruye a la misma vez que se educa.

---

<sup>(10)</sup> *Ibid.*, p. 95.

Por otro lado, el uso de los términos derecho a la educación y libertad de enseñanza en la propia Constitución inducen a error cuando no están mal utilizados, como señala Vidal Prado, de modo que cuando el artículo 27 habla de libertad de enseñanza se está refiriendo a la elección de la misma en función de un ideario (por tanto, debería hablar más bien de libertad de educación) y cuando se refiere al derecho a la educación está invocando el derecho a recibir instrucción (es decir, debería haberse denominado derecho a la enseñanza o a la instrucción).

Si, por otro lado, se atiende al texto del artículo 27.5 CE se advierte la inseparabilidad de educación y enseñanza porque se garantiza el derecho a la educación mediante la existencia de una programación general de la enseñanza. De otro lado, nos inclinamos a pensar que la inclusión en el artículo 27.3 CE del término «formación» referida a la «moral y a la religión» caería del lado de la educación más que de la enseñanza.

Esta línea maximalista de pensamiento enunciada por el Constitucional ha quedado en entredicho, sin embargo, por un pronunciamiento posterior, en concreto por la STC 133/2010 de 2 diciembre<sup>(11)</sup>, en la que se afirma que:

«La *educación* a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia *no se contrae*, por tanto, *a un proceso de mera transmisión de conocimientos ...*, sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos... y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural... en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros...» (FJ. 6)<sup>(12)</sup>.

Por su parte, si acudimos a los textos internacionales, advertimos, cuando menos, las mismas o mayores dificultades en el deslinde conceptual.

El párrafo 1.º del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos parece equiparar el derecho a la educación a la instrucción o transmisión de conocimiento pero, a renglón seguido, en el párrafo 2.º afirma que la educación [¿entendida como mera instrucción?] debe contribuir al pleno desarrollo de la personalidad humana y al fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales para terminar garantizando el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. Entendiendo –como entendemos– que el derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos es el derecho a elegir libremente el modelo educativo que consideren oportuno

<sup>(11)</sup> Aranzadi RTC 2010\133.

<sup>(12)</sup> Y cita, para apoyar el razonamiento, el artículo 2.1 LOE.

que en ningún caso puede reducirse a la idea del TC de la mera instrucción, la conclusión en el sentido advertido por Vidal Prado resulta evidente: más que de derecho a la educación el Convenio debería haber hablado de libertad de educación.

La ambivalencia conceptual es también evidente en el artículo 13.3 Pacto Internacional para la Defensa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) en que el que afirma que el cauce para lograr la satisfacción del derecho a la educación es tanto la enseñanza [reglada en este caso en tres etapas: primaria, secundaria y superior] entendida como instrucción como la transmisión de valores encarnada en la educación religiosa y moral del apartado 3.

Finalmente, la redacción del artículo 2 del Protocolo al CEDH es quizá –a pesar de cierto cripticismo– la más esclarecedora porque atribuye tanto a los poderes públicos como a los padres funciones de educación y enseñanza, debiendo respetar aquellos en ejercicio de tales funciones, las convicciones religiosas y filosóficas [las morales desaparecieron del texto] de éstos. Y afirmamos que la redacción resulta esclarecedora en el sentido de que resulta imposible escindir la labor educativa de la meramente instructiva.

Buceando en la jurisprudencia del TEDH, lo cierto es que no hemos encontrado pronunciamientos sobre la definición de «educación», «enseñanza» o «instrucción». Y tal vez no sea extraño porque no constituiría una función propia del Tribunal sino más bien de las legislaciones estatales y, en su caso, de sus propios tribunales internos. Dicho lo cual, sí que se puede indicar que a juicio del TEDH<sup>(13)</sup>:

- a) El derecho a la instrucción –junto con el derecho de los padres de asegurar la educación conforme a sus convicciones morales y religiosas– debe interpretarse a la luz de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio, es decir, conforme al derecho al respeto a la vida privada y familiar, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y al derecho a la libertad de expresión.
- b) El propio derecho a la instrucción es fundamento del derecho de los padres a elegir el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.
- c) La finalidad del artículo 2 del Protocolo no es garantizar la libertad de enseñanza sino, y sobre todo [sic]<sup>(14)</sup>, asegurar en la enseñanza pública el respeto de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres.

<sup>(13)</sup> Cfr. B. SOUTO GALVÁN, «El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17 (2011), p. 253.

<sup>(14)</sup> *Ibid.*

## 1.2. El derecho a la elección de centro como derecho de rango constitucional

Podría decirse que existe unanimidad en las opiniones doctrinales y en la jurisprudencia a la hora de calificar el derecho a la elección de centro educativo como un derecho de alcance constitucional, si bien implícito en cuanto no hay referencia expresa en el texto de la Carta Magna. La única excepción a esta regla general la constituye la opinión del profesor Embid Irujo.

Partiendo de la idea de que el derecho a la elección de centro educativo es una vía instrumental para la satisfacción de la libertad de elección del tipo de educación<sup>(15)</sup>, Fernández-Miranda deja clara su relevancia constitucional a partir del artículo 27.1 CE interpretado –a través del 10.2 CE– a la luz de los textos internacionales suscritos por España como son el artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>(16)</sup>, el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>(17)</sup> y el artículo 2 de del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>(18)</sup>. Por el contrario, Embid Irujo, aun considerando tal derecho como parte de nuestro ordenamiento, afirma que su incorporación no se produce a nivel constitucional sino de forma ordinaria<sup>(19)</sup> –o sea legal–. Huelga hacer comentario alguno más allá de la crítica vertida por De los Mozos Touya cuando recuerda que el artículo 10.2 CE<sup>(20)</sup> eleva a rango constitucional las normas ratificadas por España sobre derechos fundamentales y libertades públicas... en cuanto elemento necesario de interpretación del contenido esencial de esos derechos<sup>(21)</sup>.

<sup>(15)</sup> Luego nos referiremos a esta cuestión.

<sup>(16)</sup> «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos».

<sup>(17)</sup> «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

<sup>(18)</sup> «El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas». Cfr. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 93. También en esta línea de pensamiento C. VIDAL PRADO, *El derecho a la educación en España*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, pp. 24-25.

<sup>(19)</sup> Cfr. A. EMBID IRUJO, «El contenido del derecho a la educación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 31 (1981), p. 672.

<sup>(20)</sup> «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

<sup>(21)</sup> Cfr. I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995, p. 159, citada por D. GARCÍA-PARDO, *La libertad de enseñanza la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 141.

Por su parte, las referencias a las normas internacionales en la inserción constitucional del derecho a la elección de centro resultan numerosas en la jurisprudencia, resultando paradigmáticas las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1985, cuando sostiene que:

«[...] si bien este derecho [el de elección de centro] no viene expresamente enunciado en el artículo 27 de la Constitución, sí aparece reconocido en el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESyC), en el 18.4 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCyP), en el 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y en el artículo 2 del Protocolo de la Convención europea de 1960 [...]»

O de 23 de marzo de 1993<sup>(22)</sup> cuando dice que:

«[...] el derecho de los padres a la elección de centro docente para sus hijos, como ya ha puesto de relieve este Tribunal en la sentencia de 24 de enero de 1985, entre otras, aunque no viene expresamente enunciado en el artículo 27 de la Constitución, sí aparece reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en diversos tratados y acuerdos internacionales ratificados por España que por imperativo del artículo 10.2 de la Constitución deben ser tenidos en cuenta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la propia Constitución reconoce» (Considerando 6.º).

Si esta cuestión hay sido, en términos generales pacífica, no puede decirse lo mismo de la inclusión del derecho a la elección de centro en el derecho a la educación o en la libertad de enseñanza. Como, a continuación veremos, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como la del Supremo vienen siendo titubeantes y, por su parte, la doctrina se muestra claramente dividida al respecto.

## **2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOLES**

Partiendo de la idea de que para el Tribunal Constitucional el derecho a la educación tiene un contenido primario de libertad y al mismo tiempo prestacional<sup>(23)</sup>, es decir, que por un lado no cabe monopolio estatal en la labor educativa<sup>(24)</sup> y, por otro, el poder público debe poner a disposición del

---

<sup>(22)</sup> Aranzadi RJ 1993\4962.

<sup>(23)</sup> STC 5/1981, de 13 de febrero. Aranzadi RTC 1985\5.

<sup>(24)</sup> STS 24.1.1985 y voto particular a la STC 5/1981.

titular los medios para su ejercicio efectivo, la tesis jurisprudencial ha cambiado a lo largo del tiempo, colocando, unas veces el derecho a la elección de centro en el ámbito de la educación y, otras, en el campo de la libertad de enseñanza.

## 2.1. Pronunciamientos a favor de su incardinación en el derecho a la educación

En las SSTS de 24 de enero de 1985 y de 14 de mayo de 1985<sup>(25)</sup>, la Sala configura algunos criterios sobre la naturaleza y el contenido del derecho a la elección de centro educativo así como su incardinación, como son:

1. La libertad de enseñanza viene constituida por el derecho a la creación de instituciones educativas (art. 27.6 CE<sup>(26)</sup>), entendido como manifestación primaria de la propia libertad [sic] y por el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosas conforme a sus convicciones (art. 27.3 CE<sup>(27)</sup>).
2. No hay identidad entre el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosas acorde a sus convicciones y el derecho a la elección de centro educativo; son pues, derechos sustancialmente diferentes.
3. En línea con la doctrina del Tribunal Constitucional, para el Supremo, el derecho a la elección de centro constituye un derecho inserto implícitamente en la Constitución por aplicación del artículo 10.2 de la misma a través del contenido de los textos internacionales como son el CEDH, el PIDESyC, el Protocolo al Convenio, etc.
4. Si bien es cierto lo anterior, existe no obstante, una conexión entre ambos derechos porque el derecho a la elección de centro constituye un modo de elegir una determinada formación moral y religiosa; en suma, es el modo de hacer efectivo el derecho de elegir el tipo de educación que recibirán los hijos según las convicciones de los progenitores.

Tras estos razonamientos preliminares, el Tribunal concluye afirmando que «...no hay duda alguna que *este derecho de libre elección del centro forma parte del núcleo o contenido esencial del derecho de educación...*» (Considerando 5.º).

<sup>(25)</sup> Aranzadi RJ 1985\2354, Considerando 3.º. Téngase en cuenta que la redacción de este considerando está copiada de la sentencia de 1985.

<sup>(26)</sup> «Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales».

<sup>(27)</sup> «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

En la STS de 28 de enero de 1994, se afirma que el derecho a la educación conlleva la gratuidad de la misma así como el derecho a la elección de centro y, finalmente la STS de 3.3.1995, atribuye al derecho a la elección de centro carácter implícito en el derecho a la educación reconocido en el artículo 27 CE. Por lo que se refiere a esta última afirmación nos queda la duda de su alcance concreto porque –como algunos autores apuntan– el contenido del artículo 27 –bajo la rúbrica derecho a la educación– podría ser interpretado como un conjunto o haz de facultades que integraría el derecho a la educación mismo junto a la libertad de enseñanza o, por el contrario, habrían de deslindarse los conceptos –derecho y libertad– para atribuir a cada cual un contenido concreto. Por ello, no nos queda claro si la afirmación del Supremo cae en el lado de la interpretación extensiva y, por ello, la libertad de elección es parte del derecho a la educación o si cae en el lado de la exégesis restrictiva con lo que constituiría parte de la libertad de enseñanza *stricto sensu*.

En tiempos más recientes, el Tribunal Constitucional español, reforzando el carácter de libertad del derecho a la educación sobre el que ya se había pronunciado en la sentencia 86/1985 (FJ. 3.º), ha declarado que éste incluye la facultad de elegir un centro docente distinto de cualquiera de los creados por los poderes públicos<sup>(28)</sup>. Matizando en este punto el alcance del contenido del derecho de elección de centro en atención a los pronunciamientos del Constitucional puede afirmarse que no alcanza ni, por un lado, el derecho a cursar enseñanza en un centro en concreto (STC 77/1985) ni, por otro, el derecho de los padres a escolarizar a su hijo en un centro ordinario de educación, en lugar de en un centro de educación especial, pues ello vendrá condicionado a la acreditación por parte de las autoridades competentes de las necesidades educativas específicas el menor a tenor de lo dispuesto en el artículo 74.1 y 2 de la LO 2/2006 de Educación (FJ. 3)<sup>(29)</sup>.

## 2.2. Pronunciamientos a favor de su incardinación en la libertad de enseñanza

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha colocado el derecho de elección de centro en el ámbito de la libertad de enseñanza.

<sup>(28)</sup> Cfr. J. M.ª, GONZÁLEZ DEL VALLE, «Libertad de enseñanza, libertad de cátedra y libertad académica, Libertad de enseñanza, libertad de cátedra y libertad académica», *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución española*, vol. 2, Madrid, 1992, p. 1276 y ss.

<sup>(29)</sup> Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, (coord.) *et alii*, *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2021, p. 412, a partir de la STC 77/1985, FJ. 5.º en el que se declara conforme a la Constitución el mecanismo de «zonificación» escolar establecido, en su día, por la LOE porque cuando la Administración pública adjudica los puestos de escolarización –de acuerdo con unos criterios preestablecidos legalmente, luego no discrecionales– lo hace en una fase posterior a la solicitud hecha previamente por los padres o tutores legales. Cfr. también P. VILLAMOR, «La libertad de elección en el Sistema Educativo: El caso de España», *Encounters of Education*, 8 (2007), pp. 185-186.



De este modo, en las sentencias de 26 de abril de 1990 y de 5 de octubre de 1990<sup>(30)</sup>, se establece una vinculación directa, en el sentido género-especie, entre el derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a los hijos y el derecho a la elección de centro educativo.

Para el Tribunal este último derecho deriva [es consecuencia dice] tanto de la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) como del derecho de creación de centros (art. 27.6 CE), lo que implica, por un lado, elevarlo a la categoría de derecho de rango constitucional –como ya se había hecho con carácter previo– y de considerarlo parte de su contenido esencial. Es decir, no se puede predicar libertad de enseñanza y libertad de creación de centros en plenitud soslayando el derecho a la elección de centro educativo en el sentido [sic] apuntado por el artículo 13.3 PIDESyC, esto es, la libertad de padres y tutores para escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, que además –dice la Sala– tiene un reconocimiento legal expreso en el artículo 4º b) de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (LODE) (FF.JJ. 3ºs en ambos casos).

Por su parte, la STS 74/2018, de 5 de julio<sup>(31)</sup>, ha sido quizá el más explícito y claro pronunciamiento sobre el contenido de la libertad de enseñanza desde el punto de vista constitucional, en cuanto dice que esta libertad:

«[...] se concreta por tres vías: 1. el derecho a crear instituciones educativas, 2. el derecho de los padres a elegir el centro y la formación religiosa y moral que desean para sus hijos, y 3. el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar a desarrollarla con libertad».

«La libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) comprende a su vez la *doble facultad* de los padres de elegir el centro docente de sus hijos, que podrá ser de titularidad pública o privada, y de elegir la formación religiosa o moral que se ajuste a sus propias convicciones; facultad ésta última a la que se refiere específicamente el artículo 27.3 CE».

Una y otra facultad, siendo distinguibles, están evidentemente relacionadas: «es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral [...]» Ambas guardan una íntima conexión con el derecho de creación de instituciones educativas con ideario propio, no limitado a los aspectos religiosos y morales. En este sentido, «el derecho a establecer un ideario propio como faceta del derecho a crear centros docentes» se halla en «interacción» con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus

<sup>(30)</sup> Esta es un calco de la anterior.

<sup>(31)</sup> Aranzadi RTC 2018\74.

hijos<sup>(32)</sup>. La libertad de enseñanza de los padres «encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE)» (FJ. 4)<sup>(33)</sup>.

Finalmente, en épocas recientes el Tribunal Constitucional, ha enfatizado el carácter de derecho de libertad propio del derecho a la educación y que incluye, *prima facie* [*sic*] el derecho a la elección de centro escolar tal y como se puede advertir en la STC 10/2014, FJ. 3 y en el Auto del Tribunal Constitucional 382/1996, FJ. 4.

### 3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA<sup>(34)</sup>

La ubicación y el contenido del derecho a la elección de centro educativo tampoco ha sido una cuestión pacífica en la doctrina, poniéndose de manifiesto en muchas ocasiones que las posturas jurídicas de los autores responden a concepciones previas en lo ideológico, si se nos permite la expresión. De este modo encontramos una división de opiniones en torno a la ubicación del derecho bien en el derecho a la educación bien en la libertad de enseñanza de modo idéntico al haz de pronunciamientos de los tribunales Supremo y Constitucional españoles; sin olvidar quien los independiza de ambos<sup>(35)</sup>.

Fernández-Miranda incluye la elección de centro educativo en el haz de facultades que concede la libertad de enseñanza y no en el seno del derecho a la educación pero por vía indirecta, es decir, a través del derecho de los padres y de los alumnos a elegir el tipo de educación<sup>(36)</sup>.

El autor parte de la premisa de que el derecho de los padres y alumnos a elegir el tipo de educación es un derecho constitucional implícito, frente a la teoría de que es un derecho meramente legal como defiende Embid Irujo. Partiendo de su ubicación en la libertad de enseñanza (art. 27.12 CE) llega a la conclusión indicada por vía del artículo 10.2 CE, esto es, según lo dispuesto por los artículos 26.3 DUDH que reconoce el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos y del artículo 13.3 del PIDCyP que, a su vez, reconoce tanto el derecho a elegir escuelas diferentes de las estatales como a que los hijos reciban educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones.

En cuanto al contenido del derecho constitucional, Fernández-Miranda entiende que es un derecho –público subjetivo y no de prestación– a optar

<sup>(32)</sup> STC 5/1981, FJ. 8.

<sup>(33)</sup> STC 133/2010, FJ. 5, a.

<sup>(34)</sup> Cfr., una síntesis clara de las opiniones doctrinales en D. GARCÍA PARDO, *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGrawHill, Madrid, 1998, pp. 29 y ss.

<sup>(35)</sup> Cfr. síntesis en F. J. DÍAZ REVORIO, «El derecho a la educación», *Anuario Parlamento y Constitución*, 2 (1998), pp. 276 y ss.

<sup>(36)</sup> Cfr. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA, *De la libertad...*, cit., pp. 93 y ss.

entre los centros existentes nacidos al amparo de la libertad de enseñanza, considerando las únicas prestaciones deducibles: la posibilidad de elegir centros distintos a los creados por los poderes públicos como vía instrumental para optar por la clase de educación que se desee; la posibilidad de optar por un centro público con vocación de neutralidad y el derecho a que la enseñanza respete las finalidades del artículo 27.2 CE y los derechos constitucionales de todos los miembros de la comunidad escolar.

Martínez López-Muñiz parte de la diferenciación entre el derecho a la educación considerado como derecho fundamental y el derecho a enseñar como libertad pública. Sin embargo, entiende aquel en sentido amplio incluyendo no solo las facultades propias de una libertad –el ámbito de *agere licere* que al sujeto se le reconoce con inmunidad de coacción por parte del Estado– sino también y sobre todo un poder de exigir a otros unas prestaciones positivas dirigidas a producir el resultado de la instrucción educativa<sup>(37)</sup>.

Esta amplia noción del derecho a la educación lleva al autor a colocar el derecho a la libre elección de centro educativo a caballo entre la libertad y el derecho. Por un lado –dice– deriva implícitamente de la libertad de enseñanza y, por otro –y sin contradicción alguna– forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la educación reconocido en el artículo 27.1 CE –como sostiene Fernández-Miranda– como consecuencia de la interpretación que del precepto constitucional debe hacerse a la luz de los textos internacionales vinculantes para el Estado español como por ejemplo el artículo 26.3 DUDH.

Aunque el autor afirma que el derecho a la elección de centro presenta los caracteres de una libertad pública sostiene que los poderes públicos tienen la obligación de garantizar que cada cual pueda recibir la educación que le corresponda en cada nivel escolar en el establecimiento que le proporcione mayor confianza. Sin embargo, lejos de asimilar la elección de centro a un derecho de prestación afirma que el Estado puede y debe favorecer las circunstancias para su expansión pero no puede garantizar absolutamente que se produzca por ello implica un derecho de hacer al que se apareja una obligación de no impedir, ni dificultar ni de restringir por parte del poder público<sup>(38)</sup>.

Para el autor, el derecho recibir una educación institucionalizada que se inserta, como es obvio, en el derecho a la educación tiene un *príus* necesario como es la educación doméstica. Un ámbito previo, que proyecta sus consecuencias en el anterior y en el que el papel de los padres es fundamen-

<sup>(37)</sup> Cfr. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «La educación en la Constitución española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)», *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, p. 235.

<sup>(38)</sup> *Ibid.*, p. 248.

tal porque, de acuerdo con los textos jurídicos internacionales, en cuanto es el ámbito donde se satisface el derecho-deber de los menores a ser educados conforme a la determinación de los padres o tutores. El cuidado y la educación doméstica –dice el autor– es un derecho de los menores y un deber de los padres como parte de la asistencia que les deben prestar de acuerdo con el artículo 39.3 CE. De este modo –concluye– los derechos educativos de los menores se traducen en una serie de derechos –como por ejemplo el de elección de centro educativo o del tipo de educación que se desea– de los padres que se ejercitan por vía de la representación desde la esfera de los propios hijos y que vienen exigidos por la posición jurídica que a los padres corresponde.

En contra de esta postura se coloca la teoría del profesor Embid Irujo, quien, además de discrepar con doctrina y jurisprudencia sobre el alcance constitucional implícito del derecho a la elección de centro, sostiene que tal derecho se encuentra al margen tanto del derecho a la educación como de la libertad de enseñanza en un plano –dice– de independencia<sup>(39)</sup>. Afirma pues que los derechos de la libertad de enseñanza (ayuda financiera, derecho de los padres a que los hijos reciban una educación moral y religiosa de acuerdo con sus propias convicciones, elección de centro y derecho a escoger el tipo de educación que se desee) tienen una fundamentación que los independiza del derecho a la educación. Y para justificar su aseveración pone como ejemplo el derecho de los padres a que los hijos reciban formación moral y religiosa, afirmando –a nuestro juicio con buen criterio– que deriva expresamente de los artículos 16.1 CE y 2.1 c) LOLR<sup>(40)</sup>.

Pero dice, además, que los derechos que constituyen el contenido de la libertad de enseñanza, entre los que se puede mencionar el derecho a la elección de centro se independizan del derecho a la educación porque se atribuyen a los padres, no en virtud de una representación implícita sino en interés propio. Y para ejemplificar su afirmación, el autor recurre al derecho a recibir educación en la propia lengua, considerando que aunque su reclamación corresponde al padre en la minoría de edad, no así su titularidad que es del educando por constituir la lengua una cualidad personal e intransferible. Por lo tanto el derecho se atribuye al padre en virtud de la representación. Por el contrario, –dice el autor– la elección de centro se configura –como derecho– en relación con los intereses de los padres y en defensa de la

<sup>(39)</sup> En el mismo sentido cfr. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Dykinson, 2003, p. 129 y ss. No obstante, en línea con Martínez López-Muñiz, su independencia se basa en la idea de patria potestad.

<sup>(40)</sup> Cfr. A. EMBID IRUJO, «El contenido del derecho a la educación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 31 (1981), p. 673.

unidad familiar, cayendo pues en un genérico derecho a la educación de los padres<sup>(41)</sup>.

A nuestro juicio, sin embargo, esta última afirmación de Embid Irujo es difícilmente asumible por dos razones. Por un lado, porque su concepción de la elección de centro educativo se reduce a la posibilidad de optar por una enseñanza moral y religiosa y, por otro, porque sí que existe una verdadera representación en la condición de padre a la hora de reconocer el derecho a través de la patria potestad. En cuanto al primer argumento que mencionamos, Embid peca de reduccionista, porque el reconocimiento del derecho a la elección del tipo de educación en las normas internacionales tiene que llevar a reconocer no solo las posibilidades de enseñanza y transmisión de contenidos de tipo moral y religioso sino también de otra naturaleza como ideológicos, filosóficos, etc., es decir, que ha de predicarse un derecho de los padres que abarque todas las opciones religiosas, ideológicas y pedagógicas posibles de acuerdo con sus propias convicciones<sup>(42)</sup>. Teniendo en cuenta la imposibilidad del Estado para organizar sus centros educativos en atención a la multiplicidad de opciones educativas y pedagógicas, los padres deben tener la libertad de que sus hijos se eduquen en centros distintos de los creados por los poderes públicos para la satisfacción de tales intereses. Por otro lado, y en lo que al segundo argumento concierne, consideramos que la piedra angular de los derechos educativos para con los menores no es la verdadera representación de la que habla Embid Irujo sino el ejercicio efectivo de la patria potestad. A diferencia de los sectores políticos de izquierda, consideramos que corresponde a la familia y no al Estado, como institución la labor de educación de los menores. Los derechos y libertades educativas corresponde ejercitarlos a los padres como últimos responsables que la formación integral de sus hijos, en cuanto deben procurar su propio bien y, en última instancia, el libre desarrollo de su personalidad. Pero como

<sup>(41)</sup> *Ibid.*, p. 678. En el ámbito del eclesiasticismo recoge la tesis de Embid Irujo el profesor González-Varas, en idem, *Derechos educativos, calidad de la enseñanza y protección jurídica de los valores en las aulas*, Tirant lo Blanch-Universidad de Zaragoza, Valencia, 2015, p. 59.

<sup>(42)</sup> Cfr. en tal sentido la tesis de Oscar Alzaga en los debates parlamentarios citado expresamente por J. M. ZUMAQUERO, en *Los derechos educativos en la Constitución de 1978*, Eunsa, Pamplona, 1984, p. 345; cfr. también F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución española*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 640 y ss. Por su parte el diputado Silva Muñoz, perteneciente al grupo Alianza Popular, manifestaba en el debate del Pleno del Congreso de los Diputados, su disgusto con el hecho de que en la Carta Magna no figurase expresamente el derecho de los padres a elegir el tipo de educación. Textualmente decía «... Quiero únicamente significar que hubiéramos preferido... que se hubiera declarado de una manera expresa la libertad de elección del centro docente. Ahí está la verdadera clave de la cuestión, porque aunque se diga... el frontispicio del artículo que se [sic] consagra la libertad de enseñanza, no vale solamente eso, es necesario que se hagan concreciones que materialicen este pensamiento que deseamos y pedimos para esta Constitución». *Ibid.*, p. 117. Si para la derecha española es la familia la primera y principal titular de la educación de los hijos, para la izquierda (Partido Socialista Obrero español) lo es el Estado como manifestó la diputada Sra. Mata Garriga cuando replicó al diputado Silva «... Lo que nos duele es que no se destaque en absoluto lo que es principio normalmente aceptado por las Constituciones europeas, incluidos los países con tradición de problema escolar, a saber: que los poderes públicos son el principal responsable de la enseñanza». *Ibid.*, p. 118. *Vid.*, también las referencias a los debates constitucionales en P. LORENZO, «Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución española», *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001.

son menores, y por tanto, incapaces de autodeterminarse necesitan de la tutela de sus progenitores que se ejerce –en su representación– por quien ostenta la patria potestad<sup>(43)</sup>. Por ello, los derechos citados por Embid no se atribuyen a los padres para la satisfacción de sus intereses<sup>(44)</sup> o de la pretendida unidad familiar sino que se ejercen por los padres en interés del desarrollo integral del educando; desarrollo que no solo abarca la instrucción sino la educación en su conjunto, considerada como transmisión de información y valores. Puesto que el menor, por ejemplo, en el ámbito religioso no es capaz de optar en libertad por falta de conocimiento y madurez serán los padres quienes *en su interés* decidan qué creencia o creencias debe conocer y, en su caso, profesar. Si nos encontramos ante un supuesto en el que los padres son profesos religiosos la importancia de la transmisión de tales valores a la descendencia es crucial porque está en juego, en última instancia, la salvación del alma. Lo mismo que Embid considera que el derecho a ser educado en la propia lengua es un derecho personal, el derecho de elección de centro también lo es<sup>(45)</sup>, corresponde al educando pero en la minoría de edad lo ejerce su progenitor por vía de la patria potestad pero siempre en interés de aquel y no suyo<sup>(46)</sup>.

En apoyo de esta línea de pensamiento se situaría Martínez López-Muñiz, cuando al referirse al derecho a la elección del tipo de educación introduce –muy certeramente– la idea de «educación doméstica», considerada por él como derecho fundamental a parte del derecho a la educación institucionalizada por vía de los artículos 39.3 CE y 101.1 PIDESyC que hablan del «cuidado y educación de los hijos». Entiende el autor que esta educación es un derecho de los menores y, a su misma vez, un deber de los padres que implica una serie de derechos para su efectividad como es el derecho a tomar medidas necesarias –para llevar a cabo su educación– así como el deber de acatamiento por parte de los hijos y el derecho de asegurar *erga omnes* todo lo necesario para eficacia de la acción educadora<sup>(47)</sup>.

Este autor, sin embargo, no hace una distinción tajante entre derecho a la educación y libertad de enseñanza sino que considera el derecho a la elección de centro tanto parte del contenido esencial implícito del derecho a la educación como deducción del reconocimiento de la libertad de enseñanza en la Constitución aunque, a renglón seguido matiza, que «presenta los

<sup>(43)</sup> El profesor Contreras matiza, respecto de la patria potestad que ésta más que una potestad-sujeción debe ser considerada una potestad de servicio (*potestas officia*) que se contrae en interés del menor. Cfr. J. M.ª CONTRERAS MAZARÍO, *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, p. 63.

<sup>(44)</sup> En contra de esta opinión D. GARCÍA PARDO, cit., p. 142, nota 418.

<sup>(45)</sup> En línea con esta opinión cfr. J. M. ZUMAQUERO, *Los derechos...*, cit., p. 250. Por otra parte, el autor considera deficiente la redacción del artículo 27 CE porque reduce la libertad de enseñanza a la posibilidad de elegir la formación moral y religiosa, p. 333. Cfr. también L. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político en la Constitución de 1978*, Editorial nacional Cultura y Sociedad, Madrid, 1980, p. 334.

<sup>(46)</sup> En apoyo a esta teoría, cfr. J. L. LÓPEZ-MUÑIZ, cit., p. 245.

<sup>(47)</sup> Idem., cit., p. 245.

caracteres de una libertad pública» ya que el Estado *solo es garante* del ejercicio del derecho<sup>(48)</sup>.

En el ámbito del eclesiasticismo español, aunque sin demasiados argumentos, los autores se dividen tal y como lo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia. Mientras que para González del Valle, el derecho a la elección de centro está en el núcleo de la libertad de enseñanza<sup>(49)</sup>, para Otaduy forma parte del derecho a la educación, si bien entendemos que desde la perspectiva del haz de facultades que lo amplían hacia la libertad de enseñanza con lo que la distinción entre el derecho y la libertad no queda nítida.

#### 4. POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS PRECEPTOS DE LA LOMLOE

Como es sabido, la promulgación de la LO 3/2020, de 29 de diciembre que modifica la LOE (la llamada LOMLOE), ha suscitado numerosas críticas por parte de determinados sectores sociales y educativos<sup>(50)</sup>. En lo que nos concierne, cabría plantearse quizá la inconstitucionalidad de algunos preceptos por restringir el derecho a la elección de centro educativo.

Como ha afirmado el Tribunal Constitucional en la sentencia 5/1981, del artículo 27 CE se deriva el principio de no monopolio estatal de la prestación de la actividad de enseñanza de modo que se predica la coexistencia del modelo estatal con el de iniciativa privada.

En línea con lo planteado por el profesor Vidal Prado, la nueva redacción del artículo 109 de la LOMLOE podría vulnerar el artículo 27 CE al eliminar el criterio de la demanda social a la hora de programar la oferta educativa en las enseñanzas obligatorias y gratuitas. Frente a la redacción anterior en la que constaba expresamente la oferta en centros públicos y privados concertados, la nueva redacción suprime el criterio de la demanda social, contemplando únicamente «una oferta suficiente de plazas públicas». De igual modo, el apartado 3 del mismo precepto reza:

«En el marco de la programación general de la red de centros de acuerdo con los principios anteriores, las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de modo que garanticen la existencia

<sup>(48)</sup> *Ibid.*, p. 248.

<sup>(49)</sup> Cfr. J. M.ª. GONZÁLEZ DEL VALLE, «Libertad de enseñanza...», cit., pp. 1276 y ss.

<sup>(50)</sup> Algunas declaraciones de la propia ministro promotora de la Ley, Isabel Celaá, hoy embajadora de España ante la Santa Sede, suscitaban gran polémica como aquellas en la que decía que «no podemos pensar de ninguna de las maneras que los hijos pertenecen a los padres».

de plazas públicas suficientes, especialmente en las zonas de nueva población»<sup>(51)</sup>.

La reflexión de Vidal Prado<sup>(52)</sup> al respecto nos parece de gran lucidez cuando dice que «la ley persigue, en contra de lo dispuesto por la Constitución, abandonar el principio de complementariedad de la oferta estatal y concertada, intentando promover uno de subsidiariedad de la concertada respecto a la de la Administración pública...». Y acaba el autor con una referencia jurisprudencial al respecto de la existencia de los conciertos afirmando que:

«[...] la solución contraria a la que sostenemos [la defensa del concierto] determinaría que la Administración educativa podría ir incrementado plazas en los centros públicos y correlativamente suprimir unidades en los centros privados concertados (a pesar de que la demanda de los mismos se mantenga o se incremente y se cumpla la ratio profesor-alumno) haciendo desaparecer esta necesidad de escolarización y, por dicha vía, derogar el sistema de conciertos previstos por la Ley. Esta consecuencia distorsiona y vulnera el sistema que traza la LOE y violenta el régimen dual que regula y se apoya en el principio de subsidiariedad que la Sala tercera ya ha desautorizado»<sup>(53)</sup>.

Para el profesor Beneyto Berenguer, en línea con lo antedicho, la redacción del artículo 109 «denota una clara intención de considerar la [educación] concertada como meramente subsidiaria de la enseñanza pública»<sup>(54)</sup>, contraria pues a la noción de complementariedad sostenida por los tribunales, especialmente por las SSTs de 24 de enero de 1985 y, más recientemente por la STS de 25 de junio de 2016, en la que la Sala Tercera declara que no resulta de aplicación el principio de subsidiariedad en relación con

---

<sup>(51)</sup> Vid., las críticas de la profesora M. Calvo Charro, a la LOE en materia de elección de centro educativo, en *idem* «La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 14 (20026), pp. 81-100. La autora reclamaba de la LOE que la asignación de las subvenciones públicas a los centros privados dependiese de la demanda social, incidiendo en que la realidad demuestra mayor demanda en centros privados que en los públicos. Del mismo modo la oferta también debería responder a igual criterio (p. 91). Critica igualmente la autora la condición de servicio público de la educación porque implica la total estatalización de la misma, imponiendo un monopolio estatal en la materia. También considera la profesora una limitación injustificada al derecho de elección de centro que se prevea únicamente la oferta pública de plazas escolares en las «zonas de nueva población». Y otro aspecto objeto de crítica será la redacción de la Disp. Adic. 25 que otorga preferencia –material y financiera– a aquellos centros que opten por la coeducación frente a otras opciones pedagógicas (p. 93); crítica que alcanzará un grado superlativo –a nuestro entender– con la nueva redacción de la LOMLOE al respecto.

<sup>(52)</sup> Vid. C. VIDAL PRADO, «Una Ley que rompe consensos: La LOMLOE escoge el camino equivocado», *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 35 (2021).

<sup>(53)</sup> *Ibid.*, pp. 6-8.

<sup>(54)</sup> Cfr. R. BENEYTO BERENGUER, «¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE?», *Revista CEF Legal*, 255 (abril 2022), pp. 96-97.



la enseñanza privada concertada por ser contraria al espíritu de la Constitución y de la LODE (STS de 18 de enero de 2010).

Por otro lado, la LOMLOE impone la coeducación como método pedagógico obligatorio<sup>(55)</sup> tal y como se observa en la redacción del artículo 1 l) que reza:

« 1) El desarrollo de la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, el respeto a la diversidad afectivo-sexual y familiar, el fomento de la igualdad efectiva de mujeres y hombres a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas, la educación afectivo-sexual, adaptada al nivel madurativo, y la prevención de la violencia de género, así como el fomento del espíritu crítico y la ciudadanía activa».

Si este es el haz de la moneda, el envés lo constituye la supresión del apartado 3 del artículo 84 que permitía la opción de la educación diferenciada. Lo mismo puede decirse de la nueva redacción de la Disposición Adicional vigesimoquinta que prohíbe, en los centros sostenidos con fondos públicos la separación por sexos.

Consideramos que, de acuerdo con la jurisprudencia del Constitucional y Supremo españoles, esta «imposición» resulta contraria a la libertad de enseñanza porque en reiteradas ocasiones la educación diferenciada ha sido declarada conforme con la Constitución. Cabe mencionar al respecto la STC 31/2018, que defiende la idea de que el modelo pedagógico de la educación diferenciada forma parte del ideario del centro y que forma parte del contenido esencial de la libertad de creación de centros, de modo que la «separación entre alumnos y alumnas en la admisión y organización de las enseñanzas responde a un modelo concreto para el mejor logro de los objetivos perseguidos comunes a cualquier tipo de enseñanza. Por lo tanto, se trata de un sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos<sup>(56)</sup>. De ello se deriva que sería conforme a la Carta Magna cualquier tipo de modelo educativo que contribuya al pleno desarrollo de la personalidad humana siempre, eso sí, con respeto al resto de derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Para el Alto Tribunal, la educación diferenciada no es necesariamente discriminatoria si se cumplen las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos a que se refiere la Convención de 1960, concluyendo que los centros donde se imparta enseñanza de acuerdo con este modelo pedagógico podrán acceder a la financiación

<sup>(55)</sup> Cfr., la crítica al modelo de coeducación como único en la escuela pública de M. CALVO CHARRO, *op. cit.*, pp. 86-88.

<sup>(56)</sup> *Vid.* STS 26.6.2006.

pública en condiciones de igualdad con el resto de centros educativos cuando se cumplan –eso sí– las condiciones exigidas –para todos– por la legislación ordinaria.

Dicho lo anterior y partiendo de la idea de legalidad de la educación diferenciada establecida ya por textos internacionales como la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza<sup>(57)</sup> (ONU de 14.12.1960), la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 1979 o la Carta de Derechos Fundamentales de la UE<sup>(58)</sup>, la nueva redacción de la LOMLOE en este aspecto puede resultar contraria a la interpretación que del artículo 27 de la Constitución debe hacerse en atención no solo a tales normas sino a la jurisprudencia constitucional porque excluye de la financiación pública a determinados centros por el mero hecho de incluir en su ideario una opción pedagógica contraria a la que defiende y sostiene –con pretensión de imposición– el Estado<sup>(59)</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Del análisis conjunto de las cuestiones analizadas hasta ahora, principalmente desde una perspectiva constitucional, podrían deducirse las siguientes conclusiones:

1. A pesar de que el artículo 27.1 CE integra los conceptos «educación» y «enseñanza», la confusión conceptual ha traído no pocos posicionamientos atendiendo a diferentes aspectos del análisis. A nuestro entender, el término educación es notablemente más amplio que el de enseñanza porque no solo comprende el aprendizaje de conocimientos sino que se coloca en la esfera más íntima de la condición humana, para amparar la transmisión de valores de muy distinta naturaleza, entre los que se encuentran los religiosos y que debe darse –también a nuestro entender– en el ámbito del hogar.

---

<sup>(57)</sup> Art. 2 a): «La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes».

<sup>(58)</sup> Artículo 14.3: «Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas».

<sup>(59)</sup> Resulta de interés en este aspecto las reflexiones de M.<sup>a</sup>. E. GONZALO CIRAC, «El ideario o el carácter propio de los centros docentes: libertad de elección en la educación y en la educación diferenciada, *pro manuscrito*», tesis doctoral dirigida por el prof. Vidal Prado y defendida en la UNED en 2021, pp. 131 y ss. Puede verse en formato pdf en la plataforma *Teseo*, disponible en [http://e-spacio.uned.es/tez/eserv/tesisuned:ED-Pg-UniEuro-Megonzalvo/GONZALVO\\_CIRAC\\_Esperanza\\_Tesis.pdf](http://e-spacio.uned.es/tez/eserv/tesisuned:ED-Pg-UniEuro-Megonzalvo/GONZALVO_CIRAC_Esperanza_Tesis.pdf) [última visita 03.01.2023].

Aunque el Tribunal Constitucional, en los años ochenta del siglo pasado, se pronunció de una forma más bien taxativa en torno a la distinción de ambos conceptos, considerando a la enseñanza como proyección de la libertad ideológica, religiosa y de opinión y a la educación como comunicación de valores morales, filosóficos o religiosos según una ideología, lo cierto es que a nuestro entender, tal distinción –como adelantó Tomás y Valiente– resulta harto complicada, dada la interdependencia de ambos conceptos. No puede haber transmisión de conocimientos –en términos generales– sin transmisión de valores y viceversa. En apoyo de esta teoría podemos citar la STC 133/2010 cuando afirma:

«La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [...], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos[...] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural... en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros[...]».

2. De acuerdo con el análisis de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional españoles, el derecho a la elección de centro puede ser considerado como un derecho de rango constitucional. Si bien es cierto que no se contiene expresamente en la Carta Magna, los tribunales españoles han considerado que adquiere tal rango según la interpretación que del artículo 27 debe hacerse según los Tratados Internacionales suscritos por España, en especial el CEDH y el PIDESyC.

3. Según hemos podido observar, la jurisprudencia queda dividida, *secundum quid*, entre aquellos pronunciamientos que integran el derecho a la elección de centro en el derecho a la educación y los que lo consideran parte del contenido de la libertad de enseñanza.

De acuerdo con la doctrina del Supremo en el año 1985, la elección de centro se coloca en el derecho a la educación. En estas sentencias [...] se deja claro que no existe una identidad entre este derecho y el derecho de los padres a la educación moral y religiosa reconocida en el artículo 27.3 CE. Y siendo esto así, no obstante, hay una conexión entre ambos derechos en la medida en que satisfacen un tercero como es el derecho a que los hijos reciban el tipo de educación que se considere oportuno.

Desde esta perspectiva el derecho a la elección de centro puede considerarse un derecho instrumental que garantiza, a su vez, la satisfacción de otros dos derechos reconocidos nacional e internacionalmente como son el derecho a que los hijos reciban la formación moral y religiosa

según sus convicciones y el derecho a recibir el tipo de educación que habrá de darse a los hijos. El primero de estos derechos sería más restrictivo en su concepción en la medida en que abarca, esencialmente, la enseñanza de la religión y la moral que acompaña a ésta, mientras que el segundo sería más amplio porque incluye las opciones filosóficas, pedagógicas, etc.

Del mismo modo, la jurisprudencia ha dejado claro, en cuanto al contenido del derecho de elección de centro, que éste abarca la facultad de elegir un centro distinto de cualquier de los creados por los poderes públicos pero, sin embargo, desborda tal contenido tanto la pretensión de elegir un centro en concreto como de eludir centros de educación especial cuando el supuesto concreto se subsumiese claramente en las previsiones legales.

4. Otros pronunciamientos, esencialmente de los años 90 del siglo XX y de 2018, dejan claro que la libertad de enseñanza queda constituida, entre otros derechos por el derecho a la elección de centro así como por el derecho del artículo 27.3 CE. En cuanto al primero se refiere, deja claro la jurisprudencia que incluye la elección de centros públicos o privados.

5. En cuanto a las opiniones doctrinales, como hemos visto, existen igualmente dos teorías en sintonía con las líneas de pensamientos manifestadas por los tribunales. Simplemente unas pequeñas precisiones que creemos interesantes:

5.1. Que nos adherimos primordialmente a quienes consideran al derecho de elección de centro educativo como parte de la libertad de enseñanza. Esencialmente porque, a partir de la idea de la jurisprudencia de que estamos ante un derecho de libertad y no de prestación porque al poder público solo corresponde disponer las condiciones legales y materiales para que la libertad pueda ser ejercida por los titulares de la misma que son, durante la minoría de edad los padres.

5.2. En relación con esta última idea, también consideramos que el foco principal del derecho es la idea de *patria potestas* y no de representación a la que se refiere Embid Irujo. Los padres, como titulares de un deber de cuidado y educación han de proveer lo necesario para garantizar el interés del menor. Pero como el binomio educación-enseñanza es inescindible –y entran en juego los valores morales y religiosos–, la satisfacción del derecho a la elección de centro debe poder ejercer tanto el derecho de que se imparta formación religiosa como que se eduque en contextos filosóficos o pedagógicos de distinta naturaleza.

6. A partir de este contenido del derecho a la elección de centro, se puede concluir que la actual redacción de la LOMLOE, podría conculcar el ejercicio efectivo de tal derecho. Las razones: principalmente la imposición de la coeducación como modelo pedagógico único que, en última instancia no solo dificulta sino que impide –de no adoptarse– el acceso a la financiación

pública a los centros privados que opten por modelos como el de educación diferenciada<sup>(60)</sup>.

Sería bueno pues, como tantas veces se ha dicho, que en España se adoptase un «gran» pacto por la educación en la que esta no sea un ariete contra el adversario político sino un verdadero instrumento de formación integral del educando, de modo que se concrete la previsión constitucional de que la educación debe contribuir al pleno desarrollo de la personalidad humana.

El afán estatalizador de función educativa en nuestro país por parte de algunos sectores políticos conculca un derecho fundamental de los padres que en instrumento para que los hijos reciban una determinada educación moral y religiosa y el tipo de educación que se desea para la prole. En un país que cada vez mira con más recelo la inculcación de valores religiosos por considerarlos manifestaciones atávicas contrarias a las plenas posibilidades de ejercicio de la libertad, las familias debemos reclamar un ámbito de libertad que nos es inherente y que el Estado no puede usurpar a riesgo de incurrir en la condición de Estado totalitario.

Sería pues deseable que los diferentes grupos políticos hicieran una reflexión sobre el papel crucial que la educación juega en la conformación de ciudadanos libres, críticos y capaces de discernir entre opciones políticas<sup>(61)</sup>. Lo contrario denota una actitud de manifiesta vileza en la que prima el electoralismo, el ansia de poder y la posibilidad de conformar una sociedad adormecida transida por el pensamiento único. El legislador debe tener altura de miras al respecto y garantizar, por encima de todo, el ejercicio de la libertad que se consigue, entre otras cosas, posibilitando que las familias puedan educar a sus hijos conforme a sus convicciones, sean de la naturaleza que fueren, en el marco del respeto a los derechos constitucionalmente reconocidos.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) *et alii. Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2021.
- BENEYTO BERENGUER, R. «¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE?», *Revista CEF Legal*, 255 (abril 2022), pp. 81-110.

<sup>(60)</sup> En la conclusión n.º 4 de la tesis doctoral de Gonzalo Cirac, se advierte expresamente: «Si los centros escolares de educación diferenciada cumplen todos los demás requisitos establecidos reglamentariamente para la concesión del concierto escolar, la denegación del concierto por ofrecer educación diferenciada está siendo discriminatoria para con estos colegios, vulnerándose el derecho a la igualdad, pues se les exige un requisito añadido a los exigidos a los demás centros escolares, como es la cesión de parte de su carácter propio». Cfr. M.ª E. GONZALO CIRAC, *El ideario...*, cit., p. 319.

<sup>(61)</sup> Cfr. CALVO CHARRO, M. «La libertad de elección...», cit., p. 98.

- CALVO CHARRO, M. «La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 14 (20026), pp. 81-100.
- CONTRERAS MAZARÍO, J. M.<sup>a</sup> *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.
- DÍAZ REVORIO, F. J. «El derecho a la educación», *Anuario Parlamento y Constitución*, 2 (1998), pp. 276-305.
- DE LOS MOZOS TOUYA, I. *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995.
- EMBID IRUJO, A. «El contenido del derecho a la educación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 31 (1981), pp.653-682.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A. *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- GARCÍA-PARDO, D. *La libertad de enseñanza la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw Hill, Madrid, 1998.
- GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a la Constitución española*, 3.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2001.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.<sup>a</sup> «Libertad de enseñanza, libertad de cátedra y libertad académica», *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución española*, vol. 2, Madrid, 1992, pp. 1273-1280.
- GONZÁLEZ-VARAS, A. *Derechos educativos, calidad de la enseñanza y protección jurídica de los valores en las aulas*, Tirant lo Blanch-Universidad de Zaragoza, Valencia, 2015.
- GONZALO CIRAC, M.<sup>a</sup> E. *El ideario o el carácter propio de los centros docentes: libertad de elección en la educación y en la educación diferenciada, pro manuscripto*, tesis doctoral dirigida por el prof. Vidal Prado y defendida en la UNED en 2021.
- IVÁN, I. C. «Una opinión sobre la libertad de enseñanza», *Revista de Castilla La Mancha*, 1 (1985), pp. 54-66.
- LORENZO, P. *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución española*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ BLANCO, A. «Libertad de enseñanza y enseñanza de la religión», *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución española*, vol. 2, 1992, pp. 1281-1296.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Dykinson, Madrid, 2003.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. «La educación en la Constitución española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)», *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 6 (1979), pp. 215-294.
- OTADUY GUERÍN, J. *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, Eunsa, Pamplona, 1985.
- SÁNCHEZ AGESTA, L. *Sistema político en la Constitución de 1978*, Editorial nacional Cultura y Sociedad, Madrid, 1980.
- SOUTO GALVÁN, B. «El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17 (2011), pp. 245-268.
- SOUTO PAZ, J. A. «El derecho a la educación», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1 (1992), p. 23-38.
- VIDAL PRADO, C. *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, 2017.
- VIDAL PRADO, C. «Una Ley que rompe consensos: La LOMLOE escoge el camino equivocado», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 35 (2021).

- VILLAMOR, P. «La libertad de elección en el Sistema Educativo: El caso de España», *Encounters of Education*, 8 (2007), pp.173-199.
- ZUMAQUERO, J. M. *Los derechos educativos en la Constitución de 1978*, Eunsa, Pamplona, 1984.

# Inscripción registral de bienes de entidades religiosas mediante certificación

MÓNICA MONTERO CASILLAS

SUMARIO: 1.– Introducción. 2.– Antecedentes históricos. 3.– Inmatriculación de bienes por certificación. 4.– Inscripción registral de bienes de entidades religiosas mediante certificación.

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios esenciales del derecho patrimonial canónico se concreta en que la Iglesia, por derecho nativo e independiente del poder civil, puede adquirir, retener, administrar y enajenar bienes temporales para la misión y los fines que le son propios. Es por ello por lo que la Iglesia universal, la Santa Sede, las Iglesias particulares y cualquier persona jurídica, tanto pública como privada, son sujetos con capacidad para adquirir, retener y administrar esos bienes temporales.

Este principio, que fue plasmado en el canon 1495§1 y 2 del Código de Derecho Canónico de 1917, y recogido en el actual Código de Derecho Canónico de 1983<sup>(1)</sup>, en los cánones 1254.1 y 1255, responde a una larga tradición, cuya aplicación práctica implica el reconocimiento de la personalidad pública de la Iglesia y de las entidades eclesialística y exige y requiere la conjugación

---

<sup>(1)</sup> S. JUAN PABLO II, *Constitución Apostólica Sacrae Disciplinae Leges*, 25 enero 1983 (AAS 75 II (1983)), también en: [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost\\_constitutions/documents/hf\\_jp-ii\\_apc\\_25011983\\_sacrae-disciplinae-leges.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_25011983_sacrae-disciplinae-leges.html) [fecha de consulta, 8 de diciembre de 2022].



de disposiciones de ámbito canónico y de un conjunto de normas de ámbito civil (estatal y autonómico) que a través de su canonización establecen el cumplimiento de medidas que afectan a la administración, protección o gestión de los bienes para cumplir su propia misión.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En este largo recorrido de más de dos mil años de historia, la Iglesia católica, tal y como hoy la conocemos, pasó de la ilicitud de la primeras comunidades católicas, carentes de capacidad para poseer y detentar bienes, al reconocimiento de la religión católica otorgándosele distintos privilegios a los cristianos y a la Iglesia, como por ejemplo: el reconocimiento en el año 321 del derecho de la Iglesia para recibir herencias sin tener que guardar las formalidades legales o convertirse en la religión oficial del Estado.

A lo largo de los años, la Iglesia se fue convirtiendo en la propietaria de un gran número de bienes, muebles e inmuebles, como consecuencia de las donaciones que recibían de los príncipes, los diezmos y la voluntad de los fieles que, o bien por las donaciones que hacían en vida o bien por las disposiciones e instrucciones que dejaban tras su fallecimiento, dejaban sus bienes a la Iglesia y a las entidades religiosas para asegurar los rezos y las misas que garantizaran la salvación de sus almas<sup>(2)</sup>.

La gestión de este patrimonio, que inicialmente era realizado de forma unitaria por los Obispos en cada una de sus diócesis, pasó a ser delegada por éste al ecónomo, produciéndose una división del patrimonio que el Obispo o, en su caso, el ecónomo gestionaba para hacer frente a las necesidades de culto y del mantenimiento de los edificios (conventos, iglesias, catedrales, hospicios...). Esta situación promovió que se dictaran normas haciéndose hincapié en la diferente gestión de los distintos patrimonios que podían concurrir en un mismo clérigo: entre el patrimonio «privado» y el patrimonio al que éste estaba llamado a administrar.

Por otra parte, y en paralelo, iba surgiendo la necesidad de dar a conocer cuál era la situación tanto jurídica como económica de determinados bienes, sobre todo de las fincas, en los que recaían numerosos gravámenes como los censos e hipotecas, puesto que esta situación no se podía conocer por la mera posesión de la finca o del bien en concreto, llegándose a dudar incluso de quien pudiera ser su titular ante las sucesivas transmisiones, bien

---

<sup>(2)</sup> M.<sup>a</sup> V. RODRIGUEZ IBÁÑEZ, *La Desamortización de Mendizábal: Tertulia Histórica Ateneo Mercantil de Valencia*, 15, Valencia, 2018, p. 10, disponible en <https://www.ateneovalencia.es/wp-content/uploads/2018/01/Mendizabal.pdf>, consulta: 8 de diciembre de 2022.

por la venta de los bienes, o bien, por las sucesivas ejecuciones de estos gravámenes cuando no se atendía a los mismos, lo que provocaba, en no pocas ocasiones, las dobles ventas.

Aunque se alzaron distintas voces a lo largo de los años sobre la necesidad de establecer medidas que acreditaran y dieran a conocer estos actos y se garantizara el tráfico jurídico, no fue hasta el 31 de enero de 1768 cuando se promulgó una ley para toda España, excepto para Navarra, estableciéndose los Oficios o Contadurías de Hipotecas, que se constituyeron en todas las cabezas de partido judicial y que constituyeron los precedentes inmediatos del actual registro de la propiedad.

Pasados los años, como es sabido, el patrimonio eclesiástico sufrió graves desamortizaciones, no solo en España, sino también en otros países europeos como Francia o Italia. En España, con la publicación de la conocida como «Ley desvinculadora»<sup>(3)</sup> de 1820, la Iglesia católica y los entes eclesiásticos fueron considerados «manos muertas», lo que implicó la privación de su capacidad para adquirir bienes por cualquier título<sup>(4)</sup>.

Con posterioridad, se produjeron sucesivas desamortizaciones en los años 1834, 1836, 1837 y 1841 con el fin de compensar la deuda emitida por el poder político y contrarrestar la situación económica.

En 1851, una vez que se recuperó la relación entre el Estado y la Santa Sede, la cual se habían roto por las distintas desamortizaciones, se firmó el Concordato de fecha 16 de marzo de 1851<sup>(5)</sup> y con ello se produjo la devolución sin demora a las órdenes religiosas, y en su representación a los Prelados Diocesanos, en cuyo territorio se hallan o se hallaban, de los conventos antes de las últimas vicisitudes, de los bienes de su pertenencia que estaban en poder del Gobierno y que no habían sido enajenados, renunciándose a la devolución de los bienes ya adquiridos por terceros (art. 35 y siguientes); el reconocimiento de la titularidad de los bienes y derechos de la Iglesia y, en su nombre, la capacidad del clero para administrarlos y disfrutar de los mismos (art. 40) y el derecho de la Iglesia a adquirir bienes por cualquier título y a ser solemnemente respetada (art. 4).

La posterior Ley de 1 de mayo de 1855, que de nuevo limitaba la capacidad adquisitiva de la Iglesia y dio lugar a nuevas desamortizaciones, fue derogada por el Acuerdo alcanzado entre la Santa Sede y el Estado español firma-

<sup>(3)</sup> Decreto de Cortes de 27 de septiembre de 1820, rubricado por el Rey Fernando VII en fecha 12 de octubre de 1820, conocido como Ley desvinculadora, publicado en el *Suplemento a la Gaceta del Gobierno*, 20 de octubre de 1820, disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1820/114/E00501-00502.pdf>, consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(4)</sup> Ver nota anterior. Artículos. 15 y 16.

<sup>(5)</sup> Pío IX, Concordato firmado entre España y la Santa Sede, firmado el 16 de marzo de 1851, *Gaceta de Madrid*, 12 de mayo de 1851, arts. 30-42, 3 y 4, consulta: 8 de diciembre de 2022. Disponible en <https://www.boe.es/gazeta/dias/1851/05/12/pdfs/GMD-1851-6146.pdf>

do el 25 de agosto 1859 y ratificado el 7 y 24 de noviembre de 1859<sup>(6)</sup>. Este Acuerdo, que fue adicionado al Concordato firmado el 16 de marzo de 1851 y fue aprobado como Ley del Estado, reconoce la capacidad de la Iglesia para adquirir, retener y usufructuar toda clase de bienes y valores y se distingue entre<sup>(7)</sup>: los bienes adquiridos con posterioridad, que pertenecerán libremente a la Iglesia y son excluidos de las leyes de desamortización y los bienes inmuebles adquiridos por la Iglesia católica antes al Convenio –Ley de 1959, donde habría que diferenciar los bienes exceptuados de desamortización<sup>(8)</sup> de aquellos que estaban sujetos a la misma, los cuales debían ser enajenados por el Estado o por la Iglesia, pero hasta que se produjera esa enajenación podían ser administrados y gestionados por el Estado o por la Iglesia.

Esta disposición se completó por medio del Real Decreto 21 de agosto de 1860<sup>(9)</sup>, estableciendo que se elaborara inventarios de los censos cuyo cobro pertenecía a la Iglesia (arts. 2 y 3) y sobre los bienes incautados por la Hacienda pública incautados a ésta (art. 1), debiéndose incluir los bienes que se devolvieron a la Iglesia en virtud de lo convenido en el Concordato de 1851 (art. 6). Aunque se excluían de este inventario determinados bienes (art. 7), la importancia de este inventario se concretó en que el mismo facilitará y servirá de guía para la posterior inmatriculación de los bienes en él incluidos.

Unos meses después, fue promulgada la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, estableciéndose su obligada inscripción en el registro, y posteriormente el Real Decreto de 19 de junio de 1863<sup>(10)</sup>, que estableció la necesidad de llevar a cabo una doble inscripción en relación con los bienes amortizados que fueran enajenados: una donde constara el anterior titular del bien y otra con el nuevo adquirente.

La instauración de esta obligación que *a priori* garantizaría conocer respecto de un bien el anterior titular y el nuevo titular, acreditando el tracto sucesivo, se convirtió en un gran obstáculo para la inscripción de los bienes de la Iglesia o de los bienes que habían sido de la Iglesia y estaban en manos de particulares o del Estado por la imposibilidad, en muchos de los casos, de aportar un título por escrito acreditativo de su titularidad, pese a que la

<sup>(6)</sup> Pío IX, Acuerdo alcanzado entre la Santa Sede y el Estado español firmado el 25 de agosto y ratificado el 7 y 24 de noviembre de 1859, *Gaceta de Madrid*, N.º 99, 8 de abril de 1860, disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1860/099/A00001-00002.pdf>, consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(7)</sup> L. RUANO ESPINA, *Régimen Jurídico Registral de los Bienes de las Confesiones Religiosas y su Tratamiento Jurisprudencial*, 1.ª ed, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2005, pp. 63- 64.

<sup>(8)</sup> Art. 6 del Acuerdo alcanzado entre la Santa Sede, y el Estado español, firmado el 25 de agosto de 1859, excluye la amortización de los bienes contemplados en los artículos 31 y 33 del Concordato de 1851.

<sup>(9)</sup> Real Decreto 21 de agosto de 1860, publicado en la *Gaceta de Madrid* en fecha 13 de septiembre de 1860, n.º 270, disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1860/257/A00001-00001.pdf>, (consulta: 8 de diciembre 2022).

<sup>(10)</sup> Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, dictando reglas para la inscripción en los Registros de la Propiedad de los bienes inmuebles y derechos reales que posean o administren el Estado y corporaciones civiles y no se hallen exceptuados de la desamortización, publicado en la *Gaceta de Madrid* en fecha 9 de noviembre de 1863, N.º 313, Artículos 5, 6, 8, 9 y 13, disponible en [https://www.boe.es/diario\\_gazeta/comun/pdf.php?p=1863/11/09/pdfs/GMD-1863-313.pdf](https://www.boe.es/diario_gazeta/comun/pdf.php?p=1863/11/09/pdfs/GMD-1863-313.pdf), consulta: 8 de diciembre de 2022.

Iglesia, incluyendo a las entidades religiosas, vinieran poseyendo los bienes desde tiempo inmemorial o tuvieran su origen en donaciones o fueran bienes heredados.

Mediante el Real Decreto de 19 de junio de 1863, y teniendo en cuenta esta situación, y la necesidad de que estos bienes accedieran al Registro de la Propiedad se adoptaron las siguientes medidas: en caso de que se tuviera título, se procederá a la inscripción del dominio indicando la procedencia y el estado de la posesión y, en caso de que no presentar título escrito de la propiedad se podría solicitar la inscripción de la posesión mediante el certificado expedido por quien ostentara la administración del bien, si tuviera facultad de expedir esa certificación, y en su defecto, por el superior, si bien, respecto de los bienes del clero esta certificación sería expedida por el Diocesano respectivo, debiendo igualmente indicarse la procedencia y el estado de la posesión.

Esta solución fue recogida en idénticos términos tanto en el Real Decreto de 9 de noviembre de 1864<sup>(11)</sup>, que suplía los inconvenientes surgidos con el Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, como en el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915<sup>(12)</sup>.

En esta época, fue promulgado el Código Civil en 1889<sup>(13)</sup>, acordándose no incluir la normativa que había venido desarrollándose en relación con las hipotecas, y por ende en relación con el Registro de la Propiedad, pese a los esfuerzos realizados para que ello fuera así, convirtiéndose esta materia en una normativa especial.

Posteriormente, fue promulgado el Código de Derecho Canónico de 1917, regulando la materia patrimonial de la Iglesia en la parte sexta del Libro III, bajo el título «De Bonis Ecclesiae Temporalibus», (c. 1495-1551), donde se reconoce la capacidad de adquirir, retener y administrar bienes de la Iglesia y de las entidades eclesíásticas (c. 1495§1 y 2 y c 1498) y la aplicación del principio de subsidiariedad, remitiendo a la legislación de cada país para completar su regulación (c. 1529).

La llegada de la Segunda República en España impuso la prohibición a los religiosos de «enajenar inmuebles y objetos artísticos, arqueológicos o

<sup>(11)</sup> Real Decreto de 9 de noviembre de 1864, dictando varias disposiciones para la inscripción en los Registros de la Propiedad de los bienes inmuebles y Derechos Reales que poseen o administran el Estado y las Corporaciones civiles o eclesíásticas, *Gaceta de Madrid*, N.º 318, de 13 de noviembre de 1864, Artículos 6, 7, 8, y 13, disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1864/318/A00001-00001.pdf>, consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(12)</sup> Real Decreto 14 de agosto 1915, aprobando el Reglamento que se publica para la ejecución de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, el cual regirá con el carácter de provisional hasta que, oído el Consejo de Estado, se dicte el definitivo, *Gaceta de Madrid* Año CCLIV, Tomo II, N.º 226, de fecha 14 de agosto de 1915, p. 449 y ss. Artículos 30, 31, 24, 25, 26 y 29, disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1915/226/A00449-00454.pdf>, consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(13)</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid*, n.º 206, de 25 de julio de 1889, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, consulta: 8 de diciembre de 2022.

históricos» sin permiso de la administración<sup>(14)</sup>. Pocos años después, el régimen de Francisco Franco derogó esta regulación por la Ley de 2 de febrero de 1939<sup>(15)</sup>, volviéndose a la situación anterior a 1931, lo que favoreció la firma del Concordato entre España y la Santa Sede en fecha 27 de agosto de 1953<sup>(16)</sup>. En él se reconocía la personalidad jurídica internacional de la Santa Sede y del Estado de la Ciudad del Vaticano, y expresamente, en su artículo IV, «la personalidad jurídica y plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a todas las instituciones y asociaciones religiosas, existentes en España a la entrada en vigor del presente Concordato, constituidas según el Derecho Canónico; en particular a las Diócesis con sus Instituciones anejas, a las Parroquias, a las Órdenes y Congregaciones religiosas, las Sociedades de vida común y los Institutos seculares de perfección cristiana canónicamente reconocidos, sean de derecho pontificio o de derecho diocesano, a sus provincias y a sus casas»; y aquellas «entidades de la misma naturaleza que sean ulteriormente erigidas o aprobadas en España por las Autoridades eclesiásticas competentes, con la obligación de que el decreto de erección o de aprobación sea comunicado oficialmente por escrito a las autoridades competentes del Estado». Además, se reconoció que «la gestión ordinaria y extraordinaria de los bienes pertenecientes a entidades eclesiásticas o asociaciones religiosas y la vigilancia e inspección de dicha gestión de bienes corresponderán a las Autoridades competentes de la Iglesia».

En el ámbito registral, se procedió a la modificación de la Ley Hipotecaria el 30 de diciembre de 1944<sup>(17)</sup>, estableciéndose que la inmatriculación de bienes en el Registro de la Propiedad se circunscribía solo a la titularidad del bien no a la posesión, como se recoge en la exposición de motivos y en su artículo 23, estableciéndose, en su Disposición Transitoria Cuarta, los efectos de las inscripciones de posesión existentes con carácter previo a esta reforma.

La nueva Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946<sup>(18)</sup>, y su reglamento aprobado por el Decreto de 14 de febrero de

<sup>(14)</sup> M. ÁLVAREZ TARDÍO, *Anticlericalismo y libertad de conciencia. Política y religión en la Segunda República Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002.

<sup>(15)</sup> Ley de 2 febrero de 1939 derogando la de Confesiones y Congregaciones Religiosas de 2 de junio de 1933, *Boletín Oficial del Estado* 04 de febrero de 1939, p. 760, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1939/035/A00670-00670.pdf>, consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(16)</sup> Pío XII, *Inter sanctam sedem et hispaniam sollemnes conventiones*. Concordato entre la Santa Sede y España, 27 de agosto de 1953: AAS 45 (1953) pp. 625-656, disponible en: [https://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/archivio/documents/rc\\_seg-st\\_19530827\\_concordato-spagna\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19530827_concordato-spagna_sp.html), consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(17)</sup> Ley sobre reforma de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, *Boletín Oficial del Estado* n.º 1, de 1 de enero de 1945, disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1945/001/A00004-00030.pdf>, consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(18)</sup> Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. *Boletín Oficial del Estado* n.º 58, de 27 de febrero de 1946, disponible en [https://www.boe.es/eli/es/d/1946/02/08/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/d/1946/02/08/(1)/con), consulta: 8 de diciembre de 2022].

1947<sup>(19)</sup>, disposiciones que con diversas modificaciones han llegado hasta nuestros días, mantuvieron el mismo criterio. Negaron la posible inscripción en el registro del hecho posesorio (art.5 LH) y mantuvieron la inmatriculación por certificación de dominio, y que inicialmente también se extendió para los bienes de la Iglesia católica (art. 206 LH)<sup>(20)</sup>, que expiden tanto los funcionarios (art. 303 RH) como los Diocesanos (art. 304 RH), manteniéndose los efectos determinados por la legislación anterior en relación con las inscripciones de posesión existentes a 1 de enero de 1945 o las que se practiquen en virtud de informaciones iniciadas antes de dicha fecha, estableciéndose un régimen específico para las certificaciones de posesión<sup>(21)</sup>.

Así pues, en este *iter* legislativo a través de las disposiciones hipotecarias se pretende dar una solución a una cuestión histórica: la necesidad de garantizar un adecuado tráfico jurídico de los bienes y la necesidad de dar a conocer la situación jurídica de los mismos a través del Registro de la Propiedad.

En estos momentos de la historia cabe destacar, la celebración del Concilio Vaticano II que marcó un hito también debido a las conclusiones que se extraen de los documentos conciliares. En estos documentos, en lo que se refiere al ámbito patrimonial, se incide sobre el destino de los bienes para conseguir los objetivos propios de la misión: el culto divino, procurar la honesta sustentación del clero y realizar las obras del sagrado apostolado o la caridad, sobre todo con los necesitados (PO17), y se reconoce que la propiedad privada o el derecho sobre bienes que permite a cada uno tener lo necesario para su autonomía personal, pero también desarrollar una función social (GS 71).

El Código de Derecho Canónico de 1983<sup>(22)</sup>, promulgado tras el Concilio Vaticano II, recoge su contenido doctrinal a través de sus enseñanzas y de la tradición, que se concreta, como se ha indicado anteriormente, en el derecho nativo de la Iglesia e independiente de la potestad civil de adquirir, retener, administrar, y enajenar bienes temporales para conseguir sus fines consistentes en sostener el culto divino, sustentar honestamente al clero y demás ministros y hacer las obras de apostolado sagrado y de caridad, sobre todo, con los necesitados.

<sup>(19)</sup> Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario. *Boletín Oficial del Estado* n.º 106, de 16 de abril de 1947, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1947-3843>, consulta: 8 diciembre 2022.

<sup>(20)</sup> Artículo 206.1 LH, en su redacción vigente desde su promulgación hasta la modificación operada por el artículo 1.12 de la Ley 13/2015, de 24 de junio.

<sup>(21)</sup> La Disposición Transitoria Cuarta de la LH y el Artículo 353.4º párrafo y la Disposición Transitoria 5.ª del RH.

<sup>(22)</sup> S. JUAN PABLO II, *Constitución Apostólica Sacrae Disciplinae Leges: AAS 75 II* (1983) disponible en [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost\\_constitutions/documents/hf\\_jp-ii\\_apc\\_25011983\\_sacrae-disciplinae-leges.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_25011983_sacrae-disciplinae-leges.html) y [https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic\\_index\\_sp.html](https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic_index_sp.html), consulta: 8 de diciembre de 2022.

Habiéndose afirmado en el Concilio Vaticano II la libertad religiosa como derecho de la persona humana y habiendo el Estado español reconocido, a través de su ordenamiento, que debe haber normas adecuadas al hecho de que la mayoría profesa la religión católica, resultó adecuado la aprobación del Instrumento de Ratificación de España, el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español, hecho en la Ciudad del Vaticano el 28 de julio de 1976<sup>(23)</sup>, en el que ya se establece la necesidad de regular, mediante acuerdos específicos, las materias de interés común que en las nuevas circunstancias surgidas después de la firma del Concordato de 27 de agosto de 1953 requieren una nueva reglamentación, estableciéndose el compromiso de emprender el estudio de estas diversas materias con el fin de llegar, cuanto antes, a la conclusión de acuerdos que sustituyan gradualmente las correspondientes disposiciones del vigente Concordato.

A esta situación, se unió la declaración de la aconfesionalidad del Estado español a través del artículo 16 de la Constitución española<sup>(24)</sup>, contribuyendo también a la modificación del Concordato de 1953, bajo el paraguas de lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Constitución: «Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones.»

La concurrencia de estas circunstancias conllevó a la posterior estipulación y ratificación de los Acuerdos de 1979, firmados entre España y la Santa Sede el 3 de enero, consistente en la firma de cuatro acuerdos: Acuerdo de Asuntos Jurídicos<sup>(25)</sup>, Acuerdo de Enseñanza y Asuntos Culturales<sup>(26)</sup>, Acuerdo sobre la Asistencia Religiosa a los Miembros Católicos de las Fuerzas Armadas y el Servicio Militar de Los Clérigos y Religiosos<sup>(27)</sup>, y Acuerdo sobre Asuntos Económicos<sup>(28)</sup>.

<sup>(23)</sup> Instrumento de Ratificación de España al Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español, hecho en la Ciudad del Vaticano el 28 de julio de 1976, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* n.º 230, de 24 de septiembre de 1976, pp. 18664 a 18665, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1976-18294>, consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(24)</sup> Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado* n.º 311, de 29/12/1978, disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con), consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(25)</sup> Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano, *Boletín Oficial del Estado* n.º 300, de 15 de diciembre de 1979, pp. 28781 a 28782, disponible en [https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/01/03/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/01/03/(1)), consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(26)</sup> Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979, *Boletín Oficial del Estado* n.º 300, de 15 de diciembre de 1979, pp. 28784 a 28785, disponible en [https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/01/03/\(3\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/01/03/(3)), consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(27)</sup> Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre la Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y el Servicio Militar de clérigos y religiosos, firmado en Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979, *Boletín Oficial del Estado* n.º 300, de 15 de diciembre de 1979, pp. 28785 a 28787, disponible en [https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/01/03/\(4\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/01/03/(4)), consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(28)</sup> Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos, firmado en Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979, *Boletín Oficial del Estado* n.º 300, de

Teniendo en cuenta el tema del presente artículo, resulta adecuado resaltar el acuerdo de Asuntos Jurídicos, donde se reconoce a la Iglesia católica su personalidad jurídica pero también la personalidad jurídica de los organismos que forman parte de ésta como las parroquias, las diócesis, los institutos de vida consagrada, la Conferencia Episcopal o la Santa Sede.

Es evidente que a lo largo de los años la Iglesia y los organismos eclesiales han actuado en el tráfico jurídico. Así, reconocer la personalidad jurídica de la Iglesia en el ámbito estatal a través del Acuerdo de Asuntos Jurídicos suscritos ente el Estado y la Santa Sede, que con carácter nato posee (c. 1254), implica confirmar la personalidad jurídica necesaria que le permite adquirir y poseer bienes, contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales conforme se establece en el artículo 38.1 del Código Civil.

### 3. LA INMATRICULACIÓN DE BIENES POR CERTIFICACIÓN

El Registro de la Propiedad, como se ha indicado, inicialmente creado para paliar la inseguridad jurídica que conllevaba la falta de publicidad de los gravámenes establecidos sobre una finca e incluso el desconocimiento de quién era su titular, actualmente mantiene, pese a las diversas modificaciones de las disposiciones que lo regulan, esa función de publicidad, de dar a conocer la situación jurídica de los bienes inmuebles.

La inmatriculación de bienes, acto jurídico que conlleva el acceso de los bienes al Registro de la Propiedad, permite inscribir el dominio de los bienes inmuebles<sup>(29)</sup> que no están inscritos a favor de ninguna persona, lo que implica que por cada finca o bien se abra un folio, sin distinción de la persona jurídica o física a quien pertenezca<sup>(30)</sup>.

El legislador ha establecido distintos medios de inmatriculación, siendo la inscripción por certificación (art. 206 LH) la que mayor polémica ha suscitado en los últimos años, sobre todo cuando se hacía referencia a los bienes de la Iglesia católica que accedían al registro, y por las distintas cuestiones que se han sido planteadas y la respuesta que estas cuestiones han suscitado en los medios de comunicación incluso en las redes sociales.

15 de diciembre de 1979, pp. 28782 a 28783, disponible en [https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/01/03/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/01/03/(2)), consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(29)</sup> Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, *Boletín Oficial del Estado* n.º 58, de 27 de febrero de 1946, (en adelante LH), Artículo 7, 198,5 y 243, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453>, consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(30)</sup> Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario. *Boletín Oficial del Estado* n.º 106, de 16 de abril de 1947 (en adelante RH), artículo 4, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1947-3843>, consulta: 8 de diciembre de 2022.



Hoy por hoy, desde que fue promulgada la Ley 13/2015 de 24 de junio de reforma de la Ley Hipotecaria<sup>(31)</sup>, este medio de inmatriculación de bienes se configura como un medio propio y exclusivo de acceso al registro de los bienes de las administraciones públicas y las entidades de derecho público, al impedir la inmatriculación por certificación de los bienes de la Iglesia católica.

Sin embargo, antes de la reforma de 2015, el artículo 206 LH<sup>(32)</sup> contemplaba que tanto el Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones Derecho Público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél y las de la Iglesia católica, podrían inscribir sus bienes inmuebles mediante la certificación emitida, en el caso de la Iglesia católica, por el «Diocesano respectivo», conforme establece el artículo 304 RH<sup>(33)</sup>.

Igualmente, con anterioridad, en el año 1998, se modificó el Reglamento Hipotecario, por medio del Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre<sup>(34)</sup>, otorgando una nueva redacción a los artículos 4 y 5, lo que permitió dar una respuesta a la situación histórica puesta de manifiesto que afectaba al Estado, a la Iglesia católica y a las entidades eclesiásticas.

Se estableció la inscripción de bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona física o jurídica a la que pertenecieran y, por tanto, los bienes de las administraciones públicas y los de las entidades civiles o eclesiásticas podían acceder al registro. Además, se eliminaba las excepciones que impedían el acceso de determinados bienes al Registro de la Propiedad que pertenecían a la Administración o a la Iglesia, permitiéndose así la inmatriculación de los bienes de dominio público

<sup>(31)</sup> Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, *Boletín Oficial del Estado* n.º 151, de 25 de junio de 2015, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/06/24/13>, consulta: 8 de diciembre de 2022.

<sup>(32)</sup> Redacción artículo 206 antes de la reforma de la Ley 13 /2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo: «El Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquel y las de la Iglesia católica, cuando carezcan del título escrito de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos, en la que se expresará el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos.

Mediante certificación administrativa, librada en los términos indicados en el párrafo anterior y con los demás requisitos en cada caso establecidos, podrán inscribirse la declaración de obra nueva, mejoras y división horizontal de fincas urbanas, y, siempre que no afecten a terceros, las operaciones de agrupación, división, agregación y segregación de fincas del Estado y de los demás entes públicos estatales certificantes».

<sup>(33)</sup> Artículo 304 RH: «En el caso de que el funcionario a cuyo cargo estuviere la administración o custodia de los bienes no ejerza autoridad pública ni tenga facultad para certificar, se expedirá la certificación a que se refiere el artículo anterior por el inmediato superior jerárquico que pueda hacerlo, tomando para ello los datos y noticias oficiales que sean indispensables. Tratándose de bienes de la Iglesia, las certificaciones serán expedidas por los Diocesanos respectivos».

<sup>(34)</sup> Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, *Boletín Oficial del Estado* n.º 233, de 29 de septiembre de 1998, pp. 32416 a 32438, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/1998/09/04/1867>, consulta: 8 de diciembre de 2022.

del artículo 399 del Código Civil, los bienes municipales, los provinciales y de uso público conforme a la legislación especial, las servidumbres que tuvieran por objeto la utilidad pública o comunal y los templos destinados al culto católico.

La aconfesionalidad del Estado y la discriminación que se había generado respecto de la posibilidad de inscripción de templos de culto de otras confesiones por otros medios de inmatriculación distintos a la certificación, y que inicialmente estaba prohibido en cualquier caso, es decir, por cualquier medio de inmatriculación, para los templos de culto de la Iglesia católica, propició esta modificación que tuvo una gran incidencia.

No en vano, en las disposiciones anteriores, sobre las normas que debían cumplirse para llevar a cabo la inscripción de bienes, se exceptuaban de inscripción los templos católicos, como establecía: la Real Orden de 20 de junio de 1863, el Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864 o el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915<sup>(35)</sup>.

Así pues, autorizado el acceso al registro de los templos destinados al culto católico se permitía a la Iglesia católica, en primer lugar, equipararse al resto de confesiones religiosas que si podían inscribir sus correspondientes lugares de culto, bien por expediente de dominio o bien a través de la escritura que acreditara la titularidad, junto con el acta de notoriedad, garantizando tanto la titularidad frente a terceros como su derecho de propiedad y el propio destino de estos bienes y, por tanto, el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa<sup>(36)</sup> en un lugar adecuado y establecido para ello; y en segundo lugar, equiparar su posición a la Administración a la hora de inscribir sus bienes a través de la certificación contemplada en el artículo 206, puesto que, en ambos casos, los bienes de la Administración y los de la Iglesia gozaban de una gran publicidad en cuanto a su titularidad e históricamente, algunos bienes, adolecían de las mismas dificultades para acceder al Registro de la Propiedad, tal y como se ha indicado anteriormente, teniendo en cuenta además que hasta entonces no se consideró que estos bienes requerían de las garantías que ofrecía el Registro de la Propiedad.

En consecuencia, teniendo en cuenta las disposiciones canónicas que regulan la vida de la Iglesia católica, como el canon 1284 del Código de Derecho Canónico, donde se establece que los administradores actuarán con la diligencia de un buen padre de familia, cuidarán de que los bienes no

<sup>(35)</sup> S. AZNAR GARCÍA, *Libertad de culto y Estado*, Universidad D'Alacant, 2022, pp. 184-185; M. RODRIGUEZ BLANCO, «La Libertad religiosa y confesiones: El régimen jurídico de los lugares de culto», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, *Cuadernos y Debate*, n.º 99, pp. 345-349.

<sup>(36)</sup> En este sentido, cfr. M. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «La inscripción de los lugares de culto en el Registro de la Propiedad», *Ius Canonicum* 52, n.º 103, 2012, pp. 75-116; cfr., J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Límites a la libertad de religión y creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2, (2003).

sufren daños y asegurarán su protección por los medios civilmente establecidos, lo que incluía la protección registral de los bienes, y de acuerdo con la nueva redacción establecida en aquel momento de los artículos 4 y 5 RH y 206 LH, se tramitó la inmatriculación por certificación del Diocesano para la inscripción de sus bienes, incluyendo sus templos y lugares de culto, demostrando el origen de su adquisición o pertenencia por su posesión de buena fe, pública y pacífica en concepto de dueño, por tiempo inmemorial, o incluso durante varios siglos<sup>(37)</sup>.

#### 4. INMATRICULACIÓN DE BIENES POR CERTIFICACIÓN DE BIENES DE LAS ENTIDADES ECLESIASTICAS

Una de las cuestiones que dividió a la doctrina y a los operadores jurídicos fue determinar si partiendo de la inmatriculación de los bienes de la Iglesia mediante certificación expedida por el Diocesano se podría llevar a cabo no solo la inmatriculación de los bienes adscritos a una diócesis sino también los bienes adscritos a los institutos de vida consagrada o de sociedades de vida apostólica.

Desde el punto de vista del Derecho canónico los institutos de vida consagrada o de sociedades de vida apostólica se configuran como una expresión propia de la salvaguardia de los carismas de la Iglesia católica, respondiendo a una larga tradición pero también al cumplimiento de una misión propia que los caracteriza.<sup>(38)</sup>

Estas agrupaciones de fieles, que por la profesión de los consejos evangélicos mediante votos u otros vínculos sagrados reconocidos y sancionados por la Iglesia, se consagran a Dios y contribuyen a la misión salvífica de la Iglesia, según la manera peculiar que les es propia según su Estado (c. 207), pese a la autonomía de la que gozan para gobernarse, requieren de la autoridad competente de la Iglesia para erigirse y aprobar sus institutos (c. 573) y sus constituciones (c.585) y deben contar con la misma para interpretar los consejos evangélicos (c. 576) o incluso la autorización de la Santa Sede para su supresión y el destino de los bienes temporales (c. 616).

Tienen reconocida su capacidad jurídica canónica por derecho los institutos de vida consagrada, sus provincias y casas (c. 634 § 1) y las sociedades de vida apostólica (c.741), lo que les permite de conformidad con lo dispuesto en el canon 1255 tener la capacidad para adquirir, retener, admi-

<sup>(37)</sup> S. CAÑAMARES ARRIBAS, y J. GARCIA OLIVA, «La titularidad registral de las entidades religiosas», en S. DEL REY BARBA (dir.), M. ESPEJO LERDO DE TEJADA (dir.), J. P. Murga Fernández (coord.), *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, (1.º ed), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, vol. 1, pp. 901-932.

<sup>(38)</sup> Institutos de vida religiosa canon 607 y ss., institutos seculares 710 y ss., sociedades de vida apostólica 731 y ss. (CIC 1998).

nistrar y enajenar bienes temporales, según las normas jurídicas, y se les exige igualmente, canon 1284, que su actuación sea conforme a un buen padre de familia y que, como ya se ha mencionado, los bienes no sufran daños debiéndose asegurar su protección incluso por los medios civilmente establecidos.

Esta administración y protección de los bienes eclesiásticos, conforme se establece en el canon 1279, corresponde a quien de manera inmediata rija la persona a quien pertenecen esos bienes, salvo que determine otra cosa el derecho particular, los estatutos o una costumbre legítima. Si bien para este tipo de entidades se establece que sea nombrado un ecónomo para que lleve a efecto los actos de administración (c. 741 y 636).

Ahora bien, reconocida la capacidad de la que disponen para poder actuar canónicamente, hay que determinar si hay una corresponsabilidad civil para que estas entidades puedan actuando en el tráfico jurídico e inscribir sus bienes en el Registro de la Propiedad.

A estos fines se hace necesario examinar lo dispuesto en el artículo 38 del Código Civil, donde se establece que sólo las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución; y en el apartado segundo del mismo artículo se añade que la Iglesia, y por ende las entidades a las que nos referimos, se registrará en este punto por lo concordado entre ambas potestades (el Estado español y la Santa Sede), y por las leyes especiales.

Mediante el Acuerdo de Asuntos Jurídicos suscrito entre el Estado español y la Santa Sede, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano, se reconoce a la Santa Sede a través del mantenimiento de las relaciones diplomáticas y la personalidad jurídica de la Iglesia católica se efectúa a través del ejercicio de su misión apostólica, del ejercicio público y libre de las actividades que le son propias, por las actividades particulares como lo son el magisterio, el culto y la jurisdicción, así como por la libertad de gestión y de organización interna.

En el artículo 1. 2), 3) y 4) del referido Acuerdo, se reconoce de una forma concreta y específica la personalidad jurídica de «entidades menores» como la Conferencia Episcopal, la diócesis, la parroquia, las órdenes religiosas, otros institutos de vida consagrada, sus provincias y sus casas y las asociaciones y otras entidades o fundaciones religiosas.

También se establece la necesidad de inscribirse en el Registro Estatal de entidades Religiosas conforme establece la Disposición Transitoria Primera<sup>(39)</sup>, con el fin de acreditar o constituir la condición de persona jurídica para que todos los sujetos titulares de bienes en el ámbito canónico puedan

<sup>(39)</sup> Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, Disposición Transitoria Primera.

desarrollar sus fines en el tráfico jurídico estatal y llevar a cabo negocios jurídicos, estableciéndose distintas situaciones:

– Reconocimiento de la personalidad sin necesidad de inscripción: de todas las circunscripciones territoriales de la Iglesia (existentes y de nueva creación), siempre y cuando se cumplan estos dos requisitos: que tengan personalidad jurídica canónica y que se notifique al órgano correspondiente del Estado, es decir, a la actual Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones.

– Reconocimiento con inscripción a efectos de acreditar su personalidad jurídica: se trata de las órdenes y congregaciones religiosas y otros institutos de vida consagrada, asociaciones, fundaciones y otras entidades religiosas que ya tenían personalidad jurídica civil en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, y que deberán inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas<sup>(40)</sup>.

– Reconocimiento mediante inscripción con efectos constitutivos: si a la entrada en vigor del Acuerdo sólo poseían personalidad jurídica canónica o posteriormente fueron creadas órdenes y congregaciones religiosas u otros institutos de vida consagrada, asociaciones, fundaciones y otras entidades religiosas, deben proceder a su inscripción.

Por otra parte, y en lo que respecta a las disposiciones especiales o que regulen esta materia de forma concreta, podemos indicar, por ejemplo, que conforme se establece en los artículos 746 y 747 del Código Civil, se permite a la Iglesia la adquisición de bienes por disposición testamentaria tras el fallecimiento del causante, con la limitación que se establece en el artículo 752, al indicarse que no tendrán efecto las disposiciones efectuadas por el causante a favor del sacerdote que le hubiera confesado en su última enfermedad, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto. A *sensu contrario*, se permite la adquisición de bienes hereditarios dispuestos en un momento previo al indicado a favor de sacerdote, de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto.

Teniendo las entidades eclesíásticas personalidad jurídica canónica y personalidad jurídica y capacidad de obrar civil, es necesario comprobar si la legislación hipotecaria les permitía la inscripción de sus bienes inmuebles en el Registro de la propiedad por certificación teniendo en cuenta que quien ha de emitir el certificado conforme a lo dispuesto en el artículo 304 RH, sería el Diocesano.

<sup>(40)</sup> Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas, *Boletín Oficial del Estado* n.º 103, de 1 de noviembre de 2015, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8643>, consulta: 8 de diciembre de 2022, derogó el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas».

Esta cuestión dividió a la doctrina, tal y como explicó Lourdes Ruano<sup>(41)</sup>, y a los operadores jurídicos, que en algunos casos denegaron la inmatriculación de bienes a entidades eclesásticas que consideraban que no formaban parte de la estricta jerarquía de la Iglesia.

En este sentido se ha de indicar que para una parte de la doctrina, como para González del Valle<sup>(42)</sup> el Diocesano solo podía certificar acerca de los bienes de las personas que están sometidas a su jurisdicción, es decir, los que pertenecen a la Iglesia-Institución, por lo que las asociaciones y comunidades religiosas solo podrían inmatricular los bienes a través del expediente de dominio. Sin embargo, habría que poner de manifiesto que el Diocesano es quien ha de autorizar que se erijan estas entidades, quien debe aprobar sus estatutos y quien ha de vigilar que las actividades que estas entidades desarrollen sean conformes a la misión que les es propia pero también conforme a los estatutos que previamente ha examinado y aprobado.

Para otra parte de la doctrina, entre los que destacan Mínguez Sanz y Puente Prieto,<sup>(43)</sup> las certificaciones solo pueden recaer respecto de los bienes de la entidad jerárquicamente subordinadas a la diócesis, consideran comprendidas aquí no solamente las entidades que forman parte de la estructura orgánica de la Iglesia, como la diócesis, la parroquia, etcétera, sino también los institutos de vida consagrada cuando sean de Derecho Diocesano, pues sobre los bienes pertenecientes a los institutos de Derecho Pontificio, el obispo no tiene facultades en el ámbito patrimonial y, por tanto, no podrían ser objeto de estas certificaciones. Sin embargo, habría que poner de relieve que no siempre existe esa separación, puesto la supresión de los institutos de vida consagrada compete exclusivamente a la Santa Sede y se reserva a ella decidir acerca de sus bienes temporales (c. 584) y en estos casos no decide el Diocesano sobre los bienes; tampoco cuando se suprime una casa religiosa que sea la única de un instituto, al ser la Santa Sede la que tomará esa decisión e igualmente decidirá sobre el destino de sus bienes (c. 616).

Otros, autores como Roca Sastre<sup>(44)</sup>, partiendo de la posibilidad de certificación expedida por el Diocesano, defienden que la inmatriculación de fincas por medio de certificación se extiende a todos los bienes de la Iglesia.

<sup>(41)</sup> L. RUANO ESPINA, «Cuestiones Actuales del Derecho Eclesiástico y Derecho canónico del Estado», en *Actas de la XXXIV jornadas Madrid 2014. Asociación Española de Canonistas*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 95-97.

<sup>(42)</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, «Régimen patrimonial de las confesiones religiosas en España», en *Revista de Derecho Privado*, n.º 59, (1975), p. 1011.

<sup>(43)</sup> S. MÍNGUEZ SANZ y J. PUENTE PRIETO, «Consideraciones sobre el Régimen Jurídico-Registral de las Entidades Religiosas», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo II, Madrid, (1975), pp. 699-700.

<sup>(44)</sup> R. M. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo IV, Barcelona, 1997 p. 623, tomo V, Barcelona, 1998, pp. 359-360.

Así pues, estas normas son aplicables a las personas jurídicas públicas en la iglesia, incluidos los institutos de vida consagrada, sus provincias y sus casas

Por su parte, otros autores inciden en la idea de que el legislador no establece que aquel que debe emitir la certificación ha de tener competencia para ello y por tanto actuaría como un mero interlocutor con independencia de la competencia canónica que ostente el Ordinario o sus equiparados, de tal forma que el Diocesano, como apunta el Prof. Miguel Rodríguez Blanco:<sup>(45)</sup>

[...] se convierte en interlocutor válido para las autoridades civiles, de modo que se pueda dar la circunstancia de que el Diocesano acredite hechos o aspectos que conforme al Derecho canónico no son de su competencia, pero que han de tramitar a través de dicho oficio eclesiástico para tener eficacia en el orden civil. Lo cual conduce a la creación de un Derecho Administrativo eclesiástico (estatal), paralelo al Derecho canónico.<sup>(46)</sup>

Llegados a este punto, se ha de tener en cuenta también lo dispuesto en el artículo 18 RH, en su redacción original, para poder analizar lo dispuesto en el artículo 19 RH, que no ha sufrido modificación legislativa.

Originariamente en el artículo 18 RH se establecía en relación con la inmatriculación de los bienes de la administración pública: «Cuando no exista título inscribible para practicar la inscripción, se estará a lo dispuesto en los artículos 206 de la Ley y concordantes de este Reglamento».

Mientras que en el artículo 19 RH, con referencia a la inscripción de los bienes de la Iglesia establece: «En la misma forma se inscribirán los bienes que pertenezcan a la Iglesia o a las Entidades eclesiásticas, o se les devuelvan, y deban quedar amortizados en su poder».

Así pues, los bienes de la Iglesia y de las entidades eclesiásticas, bajo cuya denominación han de incluirse los de las entidades religiosas, podían ser inmatriculados mediante certificación, cuando no exista título inscribible, con independencia de que sobre estos últimos exista o no una jerarquía o dependencia estructural, puesto que la voluntad del legislador no es sino dar una idéntica solución tanto a la Administración como a la Iglesia que les permitiera inmatricular los bienes en respuesta a una situación y a unas circunstancias históricas.

<sup>(45)</sup> M. RODRÍGUEZ BLANCO, «Las certificaciones de dominio de la Iglesia católica. Análisis del Artículo 206 de la Ley Hipotecaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 34, (2000), p. 290; J. M. LARRONDO LIZÁRRAGA, «Reflexiones sobre la Constitucionalidad del Procedimiento Inmatriculado de los bienes de la Iglesia del artículo 206 de la Ley Hipotecaria», en *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, vol. 29 (2012).

<sup>(46)</sup> L. RUANO ESPINA, *Régimen Jurídico Registral de los Bienes de las Confesiones Religiosas y su Tratamiento Jurisprudencial*, (1.ª ed), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2005, pp. 83-84.

La referencia que se efectúa en el artículo 206 LH en cuanto a «la organización u órganos tanto de la Administración como a la Iglesia» no puede equipararse en sentido estricto, puesto que la estructura y jerarquía de la Iglesia no se puede comparar con ninguna otra, ya que, la complejidad de la Iglesia con una proyección mundial supera con creces la propia de la Administración, pero esta expresión si permite incluir a las entidades con personalidad jurídica eclesiástica.

Como manifiesta Arrieta<sup>(47)</sup>, la extensión del procedimiento inmatriculador a las fincas de entidades eclesiásticas distintas del Obispado se puede justificar también con base en el artículo 35 RH, pues al referirse a los documentos que no se requieren que sean legalizados para su inscripción no alude al «diocesano» sino a los «Ordinarios diocesanos». Conforme al canon 134 del Código de Derecho Canónico son Ordinarios diocesano, «además del Romano Pontífice, los Obispos diocesanos y todos aquellos que, aun interinamente, han sido nombrados para regir una Iglesia particular o una comunidad a ella equiparada según el c. 368, y también quienes en ellas tienen potestad ejecutiva ordinaria, es decir, los Vicarios generales y episcopales; así también, respecto a sus miembros, los Superiores mayores de institutos religiosos clericales de derecho pontificio y de sociedades clericales de vida apostólica de derecho pontificio, que tienen, al menos, potestad ejecutiva ordinaria».

Así pues, desde este punto de vista resulta más adecuado considerar que la Iglesia y las entidades eclesiásticas, los institutos de vida consagrada o sociedades de vida apostólica, debieron poder inmatricular sus bienes inmuebles, incluidos sus templos, mediante certificación del Diocesano, por cuanto que gozan de personalidad jurídica canónica y civil para ostentar y administrar los bienes pero también para actuar en el tráfico jurídico, y no existía impedimento o prohibición en el acceso de estas entidades eclesiásticas el Registro de la Propiedad para obtener las garantías de protección que se dispensaban a otras entidades de la Iglesia en similares circunstancias, no solo en el ámbito del derecho a la propiedad sino también ante la necesidad de garantizar el derecho al ejercicio de la libertad religiosa en un lugar concreto y determinado donde puede ejercerse el culto.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ TARDÍO, M. *Anticlericalismo y libertad de conciencia. Política y religión en la Segunda República Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002.

---

<sup>(47)</sup> L. J. ARRIETA, «La inmatriculación de fincas de la Iglesia católica por medio de certificación diocesana», en *Ius Canonicum*, n.º 50, 2010, p. 538



- ARRIETA, L. J. «La inmatriculación de fincas de la Iglesia católica por medio de certificación diocesana», en *Ius Canonicum* n.º 50, (2010).
- AZNAR GARCÍA, S. *Libertad de culto y Estado*, Universidad D´Alacant, 2022.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S. y García Oliva, J. «La titularidad registral de las entidades religiosas», en S. del Rey Barba (dir.), M. Espejo Lerdo de Tejada (dir.), J. P. Murga Fernández (coord.), *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, (1.ª ed.), vol. 1, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M. «Régimen patrimonial de las confesiones religiosas en España», en *Revista de Derecho Privado*, n.º 59 (1975).
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. «La Inscripción de los lugares de culto en el Registro de la Propiedad», en *Ius Canonicum* 52, n.º 103 (2012).
- LARRONDO LIZÁRRAGA, J. M. «Reflexiones sobre la Constitucionalidad del Procedimiento Inmatriculado de los bienes de la Iglesia del artículo 206 de la Ley Hipotecaria», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 29, (2012).
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. «Límites a la libertad de religión y creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 2 (2003).
- MÍNGUEZ SANZ, S. y PUENTE PRIETO, J. «Consideraciones sobre el Régimen Jurídico-Registral de las Entidades Religiosas», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo II, Madrid, 1975, pp. 699-700.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M. «La Libertad religiosa y confesiones: El régimen jurídico de los lugares de culto», *Cuadernos y Debate* n.º 99, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M. «Las certificaciones de dominio de la Iglesia católica. Análisis del Artículo 206 de la Ley Hipotecaria», en *Revista Jurídica del Notariado* n.º 34, (2000).
- RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, M.ª V. *La Desamortización de Mendizábal: Tertulia Histórica Ateneo Mercantil de Valencia*, 15, Valencia, 2018.
- ROCA SASTRE, R. M. *Derecho Hipotecario*, tomo IV, Barcelona, 1997; tomo V, Barcelona, 1998.
- RUANO ESPINA, L. *Régimen Jurídico Registral de los Bienes de las Confesiones Religiosas y su Tratamiento Jurisprudencial*, (1.ª ed.), Aranzadi Thomson Reuters, 2005.
- RUANO ESPINA, L.» Cuestiones Actuales del Derecho Eclesiástico y Derecho canónico del Estado», en *Actas de la XXXIV jornadas Madrid 2014. Asociación Española de Canonistas*, Dykinson, Madrid, 2015.

# La creciente preocupación en torno al fanatismo religioso: tendencias y regulación actual en el ámbito penitenciario

VÍCTOR MORENO SOLER<sup>(1)</sup>

SUMARIO: 1.– Introducción. 2.– El fundamentalismo religioso y el fanatismo religioso. 2.1 El fundamentalismo religioso. 2.2 El fanatismo religioso. 3.– La creciente preocupación: la religión como factor en el extremismo violento. 4.– Un ámbito sensible: la asistencia religiosa en los centros penitenciarios españoles. 5.– Algunas consideraciones finales.

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos veinte años, el terrorismo ha ido evolucionando en la realidad internacional. Como consecuencia de ello, el tratamiento jurídico y la lucha contra el mismo también han sufrido modificaciones a lo largo de los años. Si en un primer momento se hacía más énfasis en aspectos como la mayor coordinación entre Estados para luchar contra este fenómeno –por entenderse con acierto que se trataba de una amenaza de carácter global–, más tarde se empezó a prestar más atención a los orígenes de esos atentados terroristas.

---

<sup>(1)</sup> Esta investigación ha sido financiada por el Ministerio de Universidades a través del Programa de Formación del Profesorado Universitario. Referencia: FPU19/00862.

Esta evolución del tratamiento jurídico ha traído consigo la implantación de políticas de prevención del extremismo violento y de la radicalización, con el objetivo de frenar los estadios previos a la comisión de un acto violento, con el fin de poder neutralizar las amenazas a fin de que no llegasen a tener lugar. Por este motivo, se ha llevado a cabo un adelantamiento en la barrera punitiva, esto es, castigar conductas que tienen lugar con carácter previo a la propia comisión del acto terrorista. De esta forma, hoy contamos en nuestro ordenamiento jurídico con algunas nuevas figuras delictivas, como la acción de difusión del terrorismo, el auto adoctrinamiento terrorista, o el delito de enaltecimiento del terrorismo. Todas ellas se incorporaron mediante la LO 5/2010, de Reforma del Código Penal, de 22 de junio<sup>(2)</sup>, y la LO 2/2015, de Reforma del Código Penal, de 30 de marzo<sup>(3)</sup>. Se ha de decir que el resto de Estados miembros de la Unión Europea hubieron de incorporar a sus ordenamientos jurídicos estos delitos, en virtud de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo<sup>(4)</sup>. También se han tomado otro tipo de medidas en otros países con sistemas diferentes, como Estados Unidos o Rusia<sup>(5)</sup>.

De forma paralela, en los últimos tiempos ha comenzado a percibirse la religión con cierto recelo por parte de la sociedad. El hecho de que algunos individuos hayan cometido atrocidades en nombre de la religión que profesan ha llevado a considerar ésta como posible fuente de violencia, un elemento perturbador de la convivencia pacífica en las realidades nacionales. Esta mayor preocupación está empujando, en algunas ocasiones, a un mayor intervencionismo en algunos ámbitos que afectan a la libertad religiosa.

Es cierto que, como afirma López-Sidro, algunas conductas podrían «analizarse sin rechazar su fundamento religioso, pero al mismo tiempo negando su amparo por el derecho de libertad religiosa»<sup>(6)</sup>. De hecho, estas conductas contravendrían los elementos constitutivos del orden público, único límite del ejercicio del derecho fundamental<sup>(7)</sup>.

En cualquier caso, conviene ser prudentes, tanto a la hora de abordar algunas cuestiones terminológicas, como por supuesto a la hora de imple-

<sup>(2)</sup> BOE n.º 152, de 23 de junio de 2010, pp. 54811 a 54883 (73 pp.).

<sup>(3)</sup> BOE n.º 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061 a 27176 (116 pp.).

<sup>(4)</sup> OJ L 88, 31.3.2017, pp. 6–21.

<sup>(5)</sup> Las medidas implementadas responden a dos prismas bien distintos. Para una mayor profundización, véase A. GONZÁLEZ-VARAS, «United States and Europe against Terrorism of fundamentalist origin: legal measures and the shadow of populism», en *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*, 63 (2022), pp. 183-196.

<sup>(6)</sup> Á. LÓPEZ-SIDRO, *Las sectas de la Yihad: Yihadismo terrorista, derecho y factor religioso*, Tirant Lo Blanch (Valencia), 2021, p. 157.

<sup>(7)</sup> Al respecto, resulta fundamental J. BONET NAVARRO y J. LANDETE CASAS, «Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 9 (2005), pp. 1-16.

mentar medidas que supongan restricciones al derecho fundamental. Por ello, nos destinamos a enfocar el trabajo con la pretensión de cumplir con sendos propósitos.

## 2. EL FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO Y EL FANATISMO RELIGIOSO

### 2.1. El fundamentalismo religioso

El término fundamentalismo puede definirse como «movimiento religioso o político que aplica sus dogmas de manera estricta y literal»<sup>(8)</sup>. De este modo, los fundamentalistas están caracterizados por aceptar y promover un conjunto de creencias dogmáticas; o bien, adherirse de forma literal a un texto sagrado al que consideran infalible<sup>(9)</sup>.

En primer lugar, cabe destacar que el origen del fundamentalismo se sitúa a menudo en las distintas ramas de las iglesias protestantes de Estados Unidos. En concreto, el término se remonta a finales del XIX en la *Niagara Bible Conference*, donde se decidió emplearlo con la aspiración de que constituyese una respuesta o reacción a la *Modernist Theology*<sup>(10)</sup>. Es importante destacar que el origen se enmarca en un período de profundos cambios económicos, sociales y políticos. Pese a los notables avances científicos, «estaba claro que la nueva sociedad, que por fin había llegado a florecer en Occidente, no era la panacea universal que algunos habían imaginado»<sup>(11)</sup>. Ante un nuevo paradigma, dentro de casi todas las congregaciones –presbiteriana, metodista, episcopaliana, baptista– existían dos «iglesias» distintas, dos modos diferentes de interpretar la Biblia: la manera «tradicional» y la manera «nueva»<sup>(12)</sup>. La primera estaba liderada por importantes protestantes evangélicos y conservadores que reafirmaban lo que consideraban el núcleo de la verdad protestante frente al espíritu liberal de la época<sup>(13)</sup>.

No ha de sorprender, por tanto, al lector descubrir que la RAE destine su segunda acepción del término a la «creencia religiosa basada en una interpretación literal de la Biblia, surgida en Norteamérica en coincidencia con la Primera Guerra Mundial». No obstante, con posterioridad se ha comenzado a extender el concepto a distintas realidades. En primer lugar, para

<sup>(8)</sup> *Gran Diccionario de la Lengua Española*, Larousse Editorial, 2016.

<sup>(9)</sup> R. T. ANTOUN, *Understanding Fundamentalism*, Lanham: Rowman y Littlefield, 2008, p. 3.

<sup>(10)</sup> A. PRIEGO, «Fundamentalismo, extremismo, fanatismo y terrorismo religioso. Una clarificación de los conceptos», en *Miscelánea Comillas* 148 (2018), pp. 261-272.

<sup>(11)</sup> K. ARMSTRONG, *Los orígenes del fundamentalismo en el judaísmo, el cristianismo y el islam*; traducción de Federico Villegas, Tusquets, 2004, p. 183.

<sup>(12)</sup> *Idem*, p. 194.

<sup>(13)</sup> S. BRUCE, *Fundamentalismo*; versión de Jesús Cuéllar Menezo, Alianza, 2003, p. 23.

referirse a las manifestaciones más conservadoras de algún grupo religioso<sup>(14)</sup>. También para describir a aquellos colectivos que «se tomaban su religión muy en serio, que defendían una determinada forma de vida o que se esperaban que las políticas públicas reflejaran las creencias religiosas»<sup>(15)</sup> y también para denigrar a algún grupo religioso, especialmente cuando procede de miembros de otros grupos religiosos menos conservadores<sup>(16)</sup>.

En segundo lugar, en la actualidad, al referirnos al fundamentalismo, no es infrecuente que se relacione con el *fundamentalismo islámico*. De hecho, resulta la primera acepción del *Diccionario de la Real Academia*, que define fundamentalismo como «movimiento religioso y político de masas que pretende restaurar la pureza islámica mediante la aplicación estricta de la ley coránica a la vida social». No obstante, los musulmanes se opondrían a este término, argumentando que éste fue acuñado por los protestantes norteamericanos y ni siquiera encuentra traducción en el árabe<sup>(17)</sup>.

Es importante destacar que existen diferencias entre los distintos fundamentalismos religiosos. En efecto, ninguna religión posee el monopolio del fundamentalismo; en todas las principales religiones parece haber surgido<sup>(18)</sup>. No obstante, se ha afirmado que no es accidental que los fundamentalismos más famosos procedan del islam y del cristianismo protestante evangélico<sup>(19)</sup>. Las razones que lo explicarían es que estas religiones son monoteístas, esto es, creen en la existencia de un único Dios; y, además, son dogmáticas, esto es, tienen un conjunto de creencias de carácter innegable que deben compartirse y actuar conforme a ellas<sup>(20)</sup>. Esta es la razón por la cual el hinduismo o budismo no ofrece un terreno tan fértil para el fundamentalismo como el cristianismo, judaísmo e islam<sup>(21)</sup>. Tampoco resulta, pues, una casualidad que la RAE recoja estas dos religiones monoteístas en las dos primeras acepciones del término *fundamentalismo*.

No obstante, también conviene afirmar que el monoteísmo dogmático no parece ser suficiente para que exista fundamentalismo. Se puede apreciar de buen modo observando cómo las ramas católica y luterana del cristianismo no están tan expuestas al fundamentalismo. La razón que lo justifica –en

<sup>(14)</sup> Con ello se designaría, por ejemplo, «a los movimientos más ultraconservadores y ultrarrigoristas de las distintas ramas de las iglesias protestantes de Estados Unidos». En G. DE ARÍSTEGUI, *El islamismo contra el islam: las claves para entender el terrorismo yihadista*, Ediciones B, 2004, p. 34.

<sup>(15)</sup> S. BRUCE, *Fundamentalismo*, op. cit., p. 25.

<sup>(16)</sup> *Idem*.

<sup>(17)</sup> K. ARMSTRONG, *El Islam*; traducción de Francisco J. Ramos. (2a ed.), Random House Mondadori, 2002, p. 237. Añade el autor que «a pesar de sus inconvenientes, lo cierto es que el fundamentalismo es el único término de que disponemos para describir este tipo de movimientos religiosos, y resulta difícil dar con un sustituto más satisfactorio.

<sup>(18)</sup> La última religión donde ha surgido el fundamentalismo es el islam.

<sup>(19)</sup> S. BRUCE, *Fundamentalismo*, op. cit., p. 128.

<sup>(20)</sup> *Idem*. De hecho, ambos serían requisitos necesarios para el fundamentalismo.

<sup>(21)</sup> Ambas tradiciones se caracterizan por contar con una variedad de dioses y manifestaciones que una sola divinidad puede asumir. *Ibid.*, p. 129.

el caso de la Iglesia católica– es la estructura jerárquica, que impide que existan diversas interpretaciones del mismo texto sagrado<sup>(22)</sup>. De esta forma, todo aquel que se desvíe de la doctrina oficial, puede caer en herejía y, por tanto, no considerado como legítimo por parte del grupo religioso ni de sus miembros. Ello, sin duda alguna, resulta útil a la hora de prevenir la aparición de fundamentalismos, ya que cabe tener en consideración que dentro de un grupo religioso pueden existir fundamentalismos de muy diversa naturaleza.

## 2.2. El fanatismo religioso

En primer lugar, cabe destacar que el fanatismo no puede encuadrarse de forma exclusiva en el ámbito de la religión. Es cierto que el origen etimológico es *fanum*, esto es, templo o lugar sagrado. Además, también se ha utilizado el adjetivo *fanaticus* desde época romana, para referirse a quienes se sentían poseídos por algún dios y se aferraban con entusiasmo a sus creencias religiosas<sup>(23)</sup>. No obstante, posteriormente se fue utilizando fuera del ámbito religioso, incluso para referirse al fanatismo revolucionario<sup>(24)</sup>.

El fanatismo conlleva un «entusiasmo incondicional o incluso obsesivo por la defensa de una idea o creencia»<sup>(25)</sup>, ello traería una interpretación concentrada y altamente personalizada del mundo<sup>(26)</sup>. Es importante resaltar que el fanatismo no se caracteriza tanto por unas creencias o ideas concretas, sino por su actitud intransigente y violenta hacia las el resto de la sociedad<sup>(27)</sup>.

Si el fundamentalismo religioso conllevaba una interpretación literal de los textos sagrados, en el caso del fanatismo religioso, éste se caracteriza por la obsesión hacia una creencia religiosa. Este entusiasmo obsesivo trae consigo una particular agresividad para supuestamente defender la creencia religiosa, de modo que no es extraño que se manifieste en actos violentos que persiguen amedrentar, excluir y exterminar a aquellos que el fanático identifica como extraños<sup>(28)</sup>. De esta forma, el pensamiento sectario –carácter excluyente– y la propensión a la violencia juegan un papel fundamental en la mente del fanático.

<sup>(22)</sup> *Ibid.*, pp. 131-134.

<sup>(23)</sup> M. TAYLOR y H. RYAN, «Fanatism, political suicide and terrorism», en *Terrorism* 1 (2) (1988), pp. 91-111. Referencia encontrada en A. RIVERA BLANCO, y E. MATEO (eds.), *Verdaderos creyentes: pensamiento sectario, radicalización y violencia*, Catarata, 2018, p. 27.

<sup>(24)</sup> A. RIVERA BLANCO, y E. MATEO (eds.), *Verdaderos creyentes...*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>(25)</sup> A. PRIEGO, *Fundamentalismo, extremismo...*, *op. cit.*, p. 267.

<sup>(26)</sup> A. RIVERA BLANCO, y E. MATEO (eds.), *Verdaderos creyentes...*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>(27)</sup> Á. LÓPEZ-SIDRO, *Las sectas de la Yihad...*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>(28)</sup> A. PRIEGO, *Fundamentalismo, extremismo...*, *op. cit.*, p. 267.

Cabe además afirmar que cuando el terrorismo se inspira en el fanatismo religioso ofrece una justificación teológica del uso de la violencia, ya que encuentra una recompensa en el más allá; un ejemplo lo encontramos en el ámbito del terrorismo yihadista, con la fundamentación que utiliza sobre la base del Corán<sup>(29)</sup>. Sin embargo, cabe advertir que en el mismo Corán el número de aleyas que justifican el uso de la guerra o la violencia para salvaguardar el islam se reduce al 2%<sup>(30)</sup>. En cualquier caso, el recurso de la violencia perseguiría cumplir con un mandato divino de imponer a otros por la fuerza una determinada visión trascendental de la vida<sup>(31)</sup>.

Tampoco parece del todo irrelevante mencionar el aspecto fuertemente simbólico de los atentados terroristas, que pretenden de algún modo imitar a los ritos religiosos de naturaleza sacrificial<sup>(32)</sup>. En efecto, la simbología y los rituales son especialmente relevantes, tanto para la religión como para el fenómeno terrorista.

Por un lado, forman parte de la simbología las víctimas, ya que son «símbolos, herramientas, animales o seres corruptos» para la determinada representación mental que tienen los terroristas de la realidad que perciben<sup>(33)</sup>. Ello se puede apreciar principalmente en la realidad de otras latitudes, donde se puede observar la relevancia que adquiere para los grupos terroristas la puesta en escena de las mayores atrocidades que cometen en estos Estados. Los grupos terroristas se preocupan por el contenido audiovisual que puedan generar, con el objetivo doble de poder atraer a nuevos terroristas y amedrentar al resto de la sociedad e influir la acción de los Gobiernos<sup>(34)</sup>.

<sup>(29)</sup> Mencionamos Sura 61, aleya 11: ¡Creed en Alá y en Su Enviado y combatid por Alá con vuestra hacienda y vuestras personas! Es mejor para vosotros. Si supierais..., aleya 12: Así, os perdonará vuestros pecados y os introducirá en jardines por cuyos bajos fluyen arroyos y en viviendas agradables en los jardines del edén. ¡Ese es el éxito grandioso! Sura 9, aleya 38: ¡Creyentes! ¿Qué os pasa? ¿Por qué, cuando se os dice: «¡Id a la guerra (Yihad) por la causa de Alá!» permanecéis clavados en tierra? ¿Preferís la vida de acá a la otra? Y ¿qué es el breve disfrute de la vida de acá comparado con la otra, sino bien poco...? Todas estas referencias se extraen de J. SÁNCHEZ GÓMEZ, *La Construcción de un perfil radical yihadista*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 26-27.

<sup>(30)</sup> Los yihadistas suelen, en cambio, encontrar más fundamentación en los hadices o libros sagrados que relatan la vida del profeta. Vid. M.A. BALLESTEROS, *Yihadismo, La Huerta Grande*, 2016, pp. 16-17.

<sup>(31)</sup> M. RANSTORP, «Terrorism in the Name of Religion», en *Journal of International Affairs* 50 (1) (1996), pp. 41-62.

<sup>(32)</sup> D. RAPOPORT, «Fear and Trembling: Terrorism in the Three Religious Traditions», en *The American Political Science Review* 78 (3) (1984), pp. 658-677.

<sup>(33)</sup> D. RAPOPORT y Y. ALEZANDER (eds.), *The Morality of Terrorism: Religious and Secular Justifications*, Pergamon Press (Nueva York), 1982.

<sup>(34)</sup> Un ejemplo de tantos lo tendríamos en Nigeria, donde el grupo terrorista Boko Haram ha conseguido hacerse eco del secuestro de niñas que llevó a cabo en la ciudad de Chibok en 2014, y los sucesivos actos que ha ido cometiendo contra las niñas. Para conocer más sobre esta organización terrorista, Vid. A. O. ADELAJA, A. LABO y E. PENAR, «Public Opinion on the Root Causes of Terrorism and Objectives of Terrorists: A Boko Haram Case Study», en *Perspectives on Terrorism* 12(3) (2018), pp. 35-49, disponible en <http://www.jstor.org/stable/26453134>

Otro, más sofisticado, en las ejecuciones que lleva a cabo en los territorios sobre los que tiene cierto dominio, recurriendo a iconografía, música y efectos con el objetivo de transmitir el mensaje con un carácter heroico. La repercusión de los canales de comunicación y la narrativa empleada ha sido objeto de estudio, Vid. A. RODRÍGUEZ-SERRANO, «Narrativa audiovisual, ontología y terrorismo: paradojas comunicativas en los videos del Estado Islámico», en *Palabra Clave* 20(1) (2017), pp. 96-115, disponible en DOI: 10.5294/pacla.2017.20.1.5.

Por otro lado, también tienen relevancia a efectos de revestir de cierta heroicidad los actos cometidos por terroristas, de forma que otros puedan vanagloriar la actuación de los *verdaderos* ante los que están considerados como *enemigos o impíos*.

Una particularidad del fanatismo religioso es que es capaz de anteponer lo todo en favor de lo que considera que necesita o soporta su creencia religiosa. En su expresión más extrema, sacrifica su propia vida para recorrer el camino que le lleve hasta la salvación o el paraíso<sup>(35)</sup>. Ello justificaría el recurso de los ataques suicidas por parte de fanáticos religiosos. Esto es un elemento diferenciador, ya que otros fenómenos terroristas no considerarían la muerte como un instrumento para la consecución de sus fines, en todo caso como un mal menor o riesgo que soportar. En cambio, en el terrorismo de inspiración religiosa, «la creencia en el más allá facilita las acciones suicidas o las acciones contra quienes impiden la llegada de este paraíso en la tierra»<sup>(36)</sup>.

De este modo, en el pasado, ha quedado constatada la apelación al martirio en distintos conflictos bélicos, como la guerra entre Irán e Irak, donde tanto los iraquíes suníes como los iraníes chiíes recurrieron a la promesa del martirio para motivar a sus soldados<sup>(37)</sup>. En el presente, los grupos terroristas siguen sirviéndose de estas «gratificaciones espirituales que Dios concede a los mártires en el paraíso» para alentar a que se lleven a cabo ataques suicidas<sup>(38)</sup>. No hemos de obviar que para el terrorismo de inspiración religiosa la lucha es entendida como una guerra cósmica entre el bien y el mal<sup>(39)</sup>, o entre la pureza del orden imaginario propuesto y la maldad intrínseca del adversario<sup>(40)</sup>. Todas estas apelaciones pueden verse también en el actual contexto de guerra en Ucrania. No es menester acudir a ministros de culto desconocidos por el lector para advertir la relevancia que tienen algunas de estas interpretaciones en el relato. Puede apreciarse en las continuas manifestaciones del propio Kirill, máximo representante de la Iglesia ortodoxa rusa. El Patriarca de Moscú y de todas las Rusias, desde que estalló la guerra, comenzó calificando de «fuerzas del mal» a los detractores de la

<sup>(35)</sup> Se ha afirmado que el fanatismo (religioso) establece «paraísos –tal vez sin contornos físicos reales– confrontados con la modernidad o el mundo circundante que representan agentes de degradación». Vid. R. PALOMINO LOZANO, *Religión y Derecho comparado*, Iustel (Madrid), 2007, p. 103.

<sup>(36)</sup> A. RIVERA BLANCO, y E. MATEO (eds.), *Verdaderos creyentes...*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>(37)</sup> Puede verse incluso finalizada la guerra, ya que en Irán posterior a la revolución se crearon «cementerios de mártires» tanto para los fallecidos en la guerra entre Irán e Irak como para los clérigos de la revolución y seguidores que cayeron a manos de los grupos de la oposición. Vid. J. L. ESPÓSITO, *El islam: 94 preguntas básicas*, traducción de Jorge Braga Riera. Alianza, 2004, pp. 177-180.

<sup>(38)</sup> Según los servicios de inteligencia de Europol, se les llama «operaciones de martirio», como ha quedado recogido en la jurisprudencia. Al respecto, véase SAN 2386/2014, de 29 de mayo de 2014, FJ 2.º.

<sup>(39)</sup> J. SÁNCHEZ GÓMEZ, *La Construcción de...*, *op. cit.*, 2018, p. 27.

<sup>(40)</sup> A. ELORZA, M. BALLESTER y E. BORREGUERO, «Terrorismo y religión», en A. BLANCO, R. DEL ÁGUILA y J.M. SABUCEDO (eds.), *Madrid 11-M. Un análisis del mal y sus consecuencias*, Trotta (Madrid), 2005, pp. 45-46.



«operación especial militar» rusa<sup>(41)</sup> y ha llegado a justificarla como una «guerra santa» necesaria para la «salvación de la humanidad»<sup>(42)</sup>. Además, se ha llegado a manifestar en términos de «vidas sacrificadas», afirmando que la Iglesia ortodoxa rusa «se da cuenta de que si alguien, impulsado por el sentido del deber, la necesidad de cumplir su juramento, permanece fiel a su vocación y va a hacer lo que le dice su deber, y si en el cumplimiento de este deber una persona muere, entonces indudablemente comete un acto equivalente a un sacrificio por los demás». Y, ha añadido, « por lo tanto creemos que este sacrificio lava todos los pecados que una persona ha cometido»<sup>(43)</sup>.

En cualquier caso, conviene recordar que ninguna religión tiene en su seno una vena militante y fanática que impulse a los creyentes de esa confesión a un rechazo absoluto a la modernidad que justifique el uso de la violencia<sup>(44)</sup>. No obstante, unas confesiones pueden encontrar más dificultades, debido a la dificultad que puede suponer en ocasiones distinguir entre poder temporal y poder divino.

### 3. LA CRECIENTE PREOCUPACIÓN: LA RELIGIÓN COMO FACTOR EN EL EXTREMISMO VIOLENTO

El extremismo violento supone una amenaza para la seguridad y el disfrute de los derechos humanos. Ello justificaría el interés de los Estados en prevenir el desarrollo del mismo. Sin embargo, como hemos visto, el extremismo que proviene del fanatismo religioso posee unas características especiales que requieren un análisis de algunas de las particularidades más destacables.

Cada vez que tiene lugar un atentado terrorista inspirado en motivos religiosos en suelo europeo, la Unión Europea expresa, de algún modo, su consternación por el mismo y el fuerte compromiso con principios básicos tales como la dignidad humana, la tolerancia, la democracia, la justicia y la libertad. No es infrecuente que la Unión utilice este comunicado para reivindicar también todo lo que se ha avanzado en la lucha contra el terrorismo, y al mismo tiempo proclame los próximos proyectos que van a llevarse

<sup>(41)</sup> [https://www.ondacero.es/noticias/mundo/lider-iglesia-ortodoxa-rusa\\_20220311622b6b09447ec10001692ea4.html](https://www.ondacero.es/noticias/mundo/lider-iglesia-ortodoxa-rusa_20220311622b6b09447ec10001692ea4.html), consulta: 27/09/2002.

<sup>(42)</sup> <https://www.elcomercio.com/actualidad/mundo/iglesia-rusia-kirill-ataque-ucrania-desfiles-lgbti.html>

<sup>(43)</sup> Así se recoge en la agencia RIA Nóvosti y se reproduce su contenido en español en: [https://www.cope.es/religion/hoy-en-dia/iglesia-universal/noticias/patriarca-kirill-asegura-que-los-rusos-que-sacrifican-sus-vidas-ucrania-lavan-todos-sus-pecados-20220926\\_2308727](https://www.cope.es/religion/hoy-en-dia/iglesia-universal/noticias/patriarca-kirill-asegura-que-los-rusos-que-sacrifican-sus-vidas-ucrania-lavan-todos-sus-pecados-20220926_2308727), consulta: 27/09/2002.

<sup>(44)</sup> K. ARMSTRONG, *El Islam, op. cit.*, p. 237.

a cabo para dar respuesta a los desafíos existentes<sup>(45)</sup>. Pues bien, en más de una ocasión se ha podido advertir la relevancia que se le otorga al fenómeno religioso en esta cuestión. De esta forma, encontramos un claro ejemplo en la Declaración Conjunta de los Ministros de Interior de la UE que se produjo tras los atentados de Viena el 2 de noviembre de 2020. En la Declaración se mencionan algunas de las acciones que el Consejo de ministros de Justicia y Asuntos de Interior tiene marcados como objetivos, entre los que destaca –es el primero de ellos– uno titulado «Libertad religiosa». Bajo el mismo, se establece:

Europa ha recorrido un arduo y doloroso camino para asentar el principio de libertad religiosa. La libertad de conciencia y de religión es la libertad de profesar una religión o no profesar religión alguna. Exigimos respeto mutuo, también dentro de las comunidades religiosas, incluyendo el respeto a las personas que tienen una visión laica del mundo. Por lo tanto, hacemos hincapié en nuestro compromiso de proteger en Europa una expresión religiosa pacífica y respetuosa con las leyes adoptadas por nuestros Estados miembros. Y ello se aplica a todas las religiones por igual. Hemos de proteger a los ciudadanos europeos de la instrumentalización o reelaboración de tradiciones religiosas con fines extremistas y de interpretaciones extremistas que incitan a la violencia. Contrarrestaremos los intentos extremistas por destruir el orden social libre con toda la contundencia y la coherencia del Estado de Derecho. Pero esta lucha contra el extremismo no debe derivar en la exclusión o la estigmatización de grupos religiosos. Nuestra lucha contra el terrorismo no se dirige contra ningún tipo de creencia religiosa o política, sino contra el extremismo fanático y violento.

Invitamos a la Comisión Europea a que apoye de forma activa iniciativas en toda la UE orientadas a comprender mejor las causas profundas, los objetivos y la difusión de ideologías extremistas en Europa. Nuestro objetivo será apoyar las muchas y distintas voces que forman parte integrante de nuestra sociedad europea pluralista, abierta y liberal y dejar claro que no permitiremos que nos divida ningún tipo de extremismo. Hemos de fomentar que la educación y la formación religiosas, preferiblemente dentro de la UE, estén en consonancia con los derechos y valores fundamentales europeos<sup>(46)</sup>.

<sup>(45)</sup> De esta forma, véase Declaración conjunta de los ministros de Justicia y Asuntos de Interior de la UE y los representantes de las instituciones de la UE con motivo de los atentados terroristas perpetrados en Bruselas el 22 de marzo de 2016, de 24 de marzo de 2016. *Vid.* <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/24/statement-on-terrorist-attacks-in-brussels-on-22-march/> (Última consulta: 15/11/2022).

<sup>(46)</sup> Declaración conjunta de los ministros de Interior de la UE sobre los recientes atentados terroristas en Europa, de 13 de noviembre 2020. *Vid.* <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/11/13/>

Lo manifestado tras los atentados de Viena no supone una excepción de la política europea, sino más bien una manifestación. De esta forma, desde 2016, el Consejo, la Comisión y el Parlamento debaten las prioridades legislativas de la UE y acuerdan sus principales prioridades para el año siguiente. Pues bien, en el caso del año 2022, las tres instituciones establecieron seis prioridades, entre las que se encontraban «la promoción de nuestro modo de vida europeo», y también «proteger y reforzar nuestra democracia en toda la Unión y defender nuestros valores europeos comunes»<sup>(47)</sup>.

Por otro lado, a largo plazo, también parece que la Unión persigue los mismos fines. De esta forma, en los objetivos y prioridades para el periodo 2020-2024 también está incluido «defender nuestros valores comunes y reforzar nuestro modelo democrático». Dentro del mismo se incluye «garantizar la seguridad de los europeos» a través de reforzar la capacidad común de la UE «para responder al terrorismo y a las amenazas híbridas, tanto las de carácter emergente como las existentes de índole intersectorial y transfronterizo y la delincuencia»<sup>(48)</sup>.

Y es precisamente en materia de seguridad donde la UE tiene en especial consideración el papel que tiene la religión en la prevención del extremismo violento. De este modo, se establece el claro límite de la libertad de expresión y de religión o creencias en la adopción de las medidas, conllevando así una barrera que no ha de sobrepasarse pese a que éstas persigan la lucha contra el terrorismo y el extremismo violento. En realidad, no haría falta explicitarlo, ya que este límite podría fácilmente deducirse de la defensa de los valores europeos comunes. No obstante, el hecho de que se haga mención expresa debe entenderse como una manifestación de la importancia que aparentemente muestra la Unión por estas dos libertades<sup>(49)</sup>.

Sin embargo, esta barrera no supone inacción o desatención en materia religiosa, sino que la Unión también muestra su preocupación por la educación y formación religiosa. Esta preocupación se manifiesta de dos modos

---

joint-statement-by-the-eu-home-affairs-ministers-on-the-recent-terrorist-attacks-in-europe/#, consulta: 05/12/2022.

<sup>(47)</sup> Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea. Prioridades legislativas para la UE para 2022, de 21 de diciembre de 2021. *Vid.* [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021C1221\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021C1221(01)&from=ES), consulta: 05/12/2022.

<sup>(48)</sup> Conclusiones Conjuntas del Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre los objetivos y las prioridades para el periodo 2020-2024, de 10 de diciembre de 2020. *Vid.* <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13547-2020-REV-1/es/pdf>, consulta: 15/11/2021.

<sup>(49)</sup> En las conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo el 11 de diciembre de 2020 (Reunión del Consejo Europeo (10 y 11 de diciembre de 2020), la Conclusión 24.<sup>a</sup> recoge:

«El Consejo Europeo condena toda vulneración, bajo cualquier forma, de las libertades de expresión y de religión o creencias, incluidos el antisemitismo, el racismo y la xenofobia, y subraya la importancia de combatir la incitación al odio y la violencia, así como la intolerancia. Acoge con satisfacción la adopción de la Declaración del Consejo sobre la integración de la lucha contra el antisemitismo en todos los ámbitos de actuación». *Vid.* <https://www.consilium.europa.eu/media/47348/1011-12-20-euco-conclusions-es.pdf>, consulta: 15/11/2022.

distintos. Por un lado, haciendo un llamamiento a que se pueda garantizar que la educación y formación religiosa sea conforme a los derechos y valores fundamentales. Por otro lado, combatiendo «las injerencias extranjeras que se ejercen, a través de una financiación opaca, sobre organizaciones civiles y religiosas»<sup>(50)</sup>.

De todo lo manifestado se desprende que la UE toma en consideración la religión y el papel de la libertad religiosa fundamental en la prevención del extremismo violento. Esta preponderancia del fenómeno religioso se fundamenta en datos empíricos de los atentados terroristas que han sufrido los distintos Estados miembros, que son muy superiores a la actividad terrorista que tiene como base otra inspiración o naturaleza. Ello le lleva a pretender asumir un rol de garante de los derechos fundamentales y defensor de valores europeos comunes. Ambos implementados en una doble dirección: *hacia* la religión y *desde* la religión. La primera, cerciorándose de que las comunidades religiosas y los creyentes puedan ejercer los derechos que le son inherentes, sin que sean vulnerados por la acción de las instituciones o de otros individuos y grupos. La segunda, garantizando que el mensaje procedente de las confesiones religiosas resulte compatible con los derechos y valores fundamentales europeos, además de que exista una transparencia en la interferencia que puede existir dentro de las confesiones procedente del exterior.

En la anteriormente mencionada Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la captación de terroristas: afrontar los factores que contribuyen a la radicalización violenta se reconoce que la lucha contra el terrorismo es también una «lucha ideológica», porque «el terrorismo es capaz de pervertir los principios fundadores de la Unión Europea». Y, aunque reconoce que esto es válido para «todas las formas de radicalización violenta, ya sean de carácter nacionalista, anarquista, separatista, de extrema derecha o de extrema izquierda», alertaba de que la amenaza procedía de un terrorismo «basado en una interpretación excesiva del islam». En la misma Comunicación también se trataba el diálogo entre el Estado y las religiones:

El diálogo no suele ser espontáneo, especialmente en materia de valores y principios fundamentales. Es necesario, por tanto, reconocer que es mejor intercambiar puntos de vista y opiniones y crear un sistema de comunicación para eliminar barreras y facilitar el entendimiento de las diferencias culturales basadas en ideas religiosas (especialmente en el caso de conceptos radicales, extremistas y fundamentalistas). Se

---

<sup>(50)</sup> *Ibid.* Conclusión 25.<sup>a</sup>.

trata de un asunto de interés general y de una condición necesaria para abrir el diálogo intercultural e interreligioso sobre bases sólidas.

La UE respeta y no influye en la regulación de las iglesias y asociaciones o comunidades religiosas por los Derechos nacionales de los Estados miembros (Declaración n.º 11 del Tratado de Ámsterdam). La relación entre el Estado y las iglesias y asociaciones religiosas no es asunto de competencia de la UE. No obstante, existe una tradición de diálogo entre la Comisión y las religiones, las iglesias y las comunidades religiosas. Desde hace varios años, la Comisión ha creado una amplia red de contactos con numerosos interlocutores confesionales y no confesionales. Periódicamente, la Comisión organiza conferencias, seminarios y otro tipo de reuniones para reforzar el entendimiento mutuo y fomentar los valores europeos. En 2003 se celebró una Conferencia de Ministros de Asuntos de Interior de la UE sobre «El diálogo interconfesional –un factor de cohesión social en Europa y un instrumento de paz en la cuenca mediterránea»[20] cuyo objetivo era debatir sobre la creación de un «Foro europeo para el diálogo interconfesional y el diálogo entre los Gobiernos y las confesiones religiosas». Así, por ejemplo, en febrero de 2004, la Comisión organizó una Conferencia sobre el antisemitismo, en la que el compromiso de luchar y controlar el antisemitismo fue reforzado por la Unión Europea.

La Comisión se basará en algunas de estas iniciativas para debatir en detalle las que puedan estar relacionadas con la prevención de la radicalización violenta<sup>(51)</sup>.

También en la Declaración del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo de 29 de marzo de 2004, dentro del sexto objetivo que persigue «Responder a los factores que propician el apoyo al terrorismo y la captación de terroristas potenciales» se encuentra tanto investigar los vínculos entre las creencias religiosas extremistas, como desarrollar y aplicar una estrategia de fomento de la comprensión intercultural e interreligiosa entre Europa y el mundo islámico<sup>(52)</sup>.

#### **4. UN ÁMBITO SENSIBLE: LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS ESPAÑOLES**

Uno de los espacios considerados de especial interés en el ámbito de la radicalización violenta es en el seno de las instituciones penitenciarias.

<sup>(51)</sup> COM (2005) 313 final, de 21 de septiembre de 2005, anteriormente citada, pp. 7-8.

<sup>(52)</sup> Documento 79/06/04, de 29 de marzo de 2004, anteriormente citada, p.17.

Los distintos estudios suelen advertir la relevancia que tienen estos espacios en los procesos de radicalización. De este modo, el Informe TE-SAT (*European Union Terrorism Situation and Trend Report*), que se realiza anualmente por parte de EUROPOL, constata todos los años esta prevalencia. El último, de 2022<sup>(53)</sup>, refleja que «las prisiones siguen siendo un espacio fértil para la radicalización» (p. 20) y uno de los lugares en los que, en los que se produce la captación de nuevos adeptos al terrorismo de corte yihadista (p. 34).

Por ello, en ocasiones se ha planteado el interrogante acerca de quién se encarga de llevar a cabo la asistencia religiosa de los internos en este tipo de centros. El ambiente que rodea a estos centros y la situación personal en la que están los internos son considerados caldo de cultivo suficiente para poder estar más expuestos a las redes de captación. Por ello, se ha afirmado que el mensaje y los contactos de los internos son una cuestión nada irrelevante en el ámbito de la seguridad. No obstante, ello no puede resultar un cheque en blanco que simbolice la absoluta renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales a los que siguen gozando las personas sujetas a este régimen especial. Cabe recordar que la asistencia religiosa es uno de los derechos comprendidos dentro del derecho a la libertad religiosa. De hecho, está recogido en el artículo 2.1.b LOLR<sup>(54)</sup>. No obstante, en sentido estricto, nos encontramos con, tal y como sostiene el prof. Alarcón:

La acción del Estado para establecer la infraestructura y las condiciones adecuadas para que puedan recibir asistencia espiritual directa de sus respectivas confesiones los ciudadanos que tienen disminuidas las posibilidades de recibirla por encontrarse internados en centros caracterizados por un régimen de especial sujeción<sup>(55)</sup>.

Este derecho, recogido en el artículo 2.3 LOLR, está amparado por la función promotora del Estado (art. 9.2 CE), además del principio de cooperación (art. 16 CE).

Con la superación del Estado confesional, en que el Estado tenía una religión oficial, se ha ido dejando atrás el modelo de integración orgánica –en que los ministros de culto eran considerados funcionarios de la Administración– para pasar a un modelo de concertación –en que existe un convenio entre las autoridades estatales y la confesión religiosa–. Además, se ha desarrollado también la asistencia religiosa de las demás confesiones con

---

<sup>(53)</sup> *European Union Terrorism Situation and Trend Report 2022*. El mismo puede consultarse en inglés en: [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Tesat\\_Report\\_2022\\_0.pdf](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Tesat_Report_2022_0.pdf), consulta: 05/12/2022.

<sup>(54)</sup> El mencionado artículo establece que la libertad religiosa comprende «recibir asistencia religiosa de su propia confesión».

<sup>(55)</sup> M. LÓPEZ ALARCÓN, «Asistencia religiosa», en AA.VV., *Derecho eclesiástico español*, 6.ª ed., Eunsa (Pamplona), 2010, pp. 249-250.

acuerdo de cooperación, aunque con diferencias en la práctica entre ellas, como veremos en las próximas líneas.

Hemos decidido focalizar nuestra atención sobre los centros penitenciarios, ya que es precisamente en este lugar donde se vislumbra una cierta preocupación de que puedan darse determinadas circunstancias que favorecerían el proceso de radicalización de los internos, aun siendo presos por delitos comunes, que nada tienen que ver con aquellos relacionados con el terrorismo.

Es por ello por lo que, en estos centros, en mayor medida, puede plantearse el interrogante: ¿quién acude al centro público a prestar asistencia religiosa al interno que así lo solicita? ¿Existe algún grado de intervencionismo por parte de los poderes públicos? Para poder aproximarnos a estas cuestiones, es necesario adentrarnos en la regulación vigente que concierne a los centros penitenciarios.

Cabe destacar que el derecho a la asistencia religiosa está establecido en el artículo 4 del AAJ, para el caso de la Iglesia católica. Para las otras tres confesiones con Acuerdo, está expresado en el artículo 9 de los mismos. Cabe destacar que estos últimos acuerdos se caracterizan por un mayor desarrollo de lo que tiene el AAJ.

De este modo, el Acuerdo con la IC únicamente expresa el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa<sup>(56)</sup> sin desarrollar el régimen de asistencia religiosa y actividad pastoral que será regulado «de común acuerdo entre las competentes autoridades de la Iglesia y del Estado»<sup>(57)</sup>.

En cambio, el artículo 9 de los Acuerdos de 1992 con FEREDE, FCJE y CIE, además de expresar que se garantiza el ejercicio de este derecho a los «internados en centros penitenciarios, así como en establecimientos hospitalarios, asistenciales y otros análogos del sector público», también desarrolla en mayor extensión el modo en que se prestará. En primer lugar, explicita que será proporcionada por los ministros de culto de las confesiones<sup>(58)</sup>. En segundo lugar, se establecen dos requisitos en los tres acuerdos: 1) que los ministros de culto sean designados por las iglesias o comunidades respectivas –y, en su caso, con la conformidad de la Federación, en el caso de la FEREDE y la FCJE–; 2) que la designación deberá ser autorizada por los organismos administrativos competentes<sup>(59)</sup>. Además, también se expresa que el acceso de tales ministros es libre y sin limitación de horario (art. 9.2)

<sup>(56)</sup> El artículo 4.1 establece: «El Estado reconoce y garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en establecimientos penitenciarios, hospitales, sanatorios, orfanatos y centros similares, tanto privados como públicos».

<sup>(57)</sup> Así se establece en su artículo 4.2, que añade que «en todo caso, quedará salvaguardado el derecho a la libertad religiosa de las personas y el debido respeto a sus principios religiosos y éticos».

<sup>(58)</sup> En el caso del Acuerdo con los musulmanes, especifica que será «proporcionada por Imames o personas designadas por las Comunidades».

<sup>(59)</sup> En el caso del Acuerdo con la FEREDE, la nomenclatura utilizada es: «debidamente autorizados por los centros o establecimientos públicos correspondientes».

y que los gastos correrán a cargo de la confesión, sin perjuicio de la utilización de los locales disponibles en el centro correspondiente (art. 9.4).

Esta diferencia en lo que respecta al grado de desarrollo se justifica fácilmente con el momento en que se aprobó cada acuerdo. En el caso de los acuerdos de 1992, previamente ya se había aprobado la LOLR y, por tanto, marco normativo de la libertad religiosa. En alguna cuestión terminológica también se puede observar el paso del tiempo<sup>(60)</sup>. Sin embargo, el desarrollo de la asistencia católica se encontrará en otros textos jurídicos que veremos más adelante.

Por tanto, observamos cómo el Estado garantiza que el ejercicio de este derecho se lleve a cabo por medio de los ministros de culto designados por la confesión religiosa –parece coherente con la laicidad del Estado español–, pero al mismo tiempo establece que la persona designada por la confesión deberá ser autorizada por el organismo administrativo competente. Por ello, estos requisitos son de aplicación para todo tipo de centros públicos en los que se presta la asistencia religiosa.

Por lo que respecta a los centros penitenciarios, encontramos, en primer lugar, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria<sup>(61)</sup>, que dentro del Capítulo IX titulado «Asistencia religiosa», contiene el artículo 54 que establece: «La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse».

En segundo lugar, es necesario mencionar el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario<sup>(62)</sup>, que en su artículo 230 relativo a la asistencia religiosa establece:

1. Todos los internos tendrán derecho a dirigirse a una confesión religiosa registrada para solicitar su asistencia siempre que ésta se preste con respeto a los derechos de las restantes personas. En los Centros podrá habilitarse un espacio para la práctica de los ritos religiosos.

2. Ningún interno podrá ser obligado a asistir o participar en los actos de una confesión religiosa.

3. La Autoridad penitenciaria facilitará que los fieles puedan respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la

---

<sup>(60)</sup> En el AAJ se emplea el término «sanatorios» y «orfanatos»; en cambio, en los de 1992 se sustituye por «centros asistenciales».

<sup>(61)</sup> BOE n.º 239, de 5 de octubre de 1979.

<sup>(62)</sup> BOE n.º 40, de 15 de febrero de 1996, pp. 5380 a 5435 (56 pp.).



seguridad y vida del Centro y los derechos fundamentales de los restantes internos.

4. En todo lo relativo a la asistencia religiosa de los internos se estará a lo establecido en los acuerdos firmados por el Estado español con las diferentes confesiones religiosas.

Como se puede apreciar, este último apartado cuarto del precepto nos remite a lo establecido en los Acuerdos de Cooperación. Sin embargo, tal y como hemos visto, los acuerdos nos ofrecen unas bases, pero no el desarrollo del derecho. En aras de poder comprender la articulación del derecho hemos de acudir, por un lado, a la Orden de 24 de noviembre de 1993 por la que se dispone la publicación del Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en los establecimientos penitenciarios<sup>(63)</sup>. Por otro lado, será necesaria la lectura del Real Decreto 710/2006, de 9 de junio, de desarrollo de los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria<sup>(64)</sup>.

Estas dos normas persiguen el mismo objetivo: articular el ejercicio de la asistencia religiosa en centros penitenciarios. No obstante, contienen previsiones distintas respecto a nuestro objeto de estudio: los requisitos para poder prestar asistencia religiosa en un establecimiento penitenciario.

En primer lugar, el marco normativo aplicable a la asistencia católica prevé, en su artículo 3:

La atención religiosa católica de los internos de los establecimientos penitenciarios se prestará por Sacerdotes, nombrados por el Ordinario del lugar y autorizados formalmente por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que cesarán en sus actividades por voluntad propia, por decisión de la autoridad eclesiástica correspondiente, o por iniciativa o a propuesta de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

En estos dos últimos casos, antes de proceder al cese, se cursarán las comunicaciones correspondientes entre el director general de Instituciones Penitenciarias y el ordinario del lugar.

La lectura de este artículo, a nuestro modo de ver, no facilita excesivamente su comprensión. En primer lugar, da la apariencia de que quien nombra es el ordinario del lugar, y no la Administración penitenciaria competente. En cambio, en otros textos jurídicos relativos a la asistencia religiosa,

<sup>(63)</sup> BOE n.º 298, de 14 de diciembre de 1993.

<sup>(64)</sup> BOE n.º 138, de 10 de junio de 2006, pp. 22301 a 22303 (3 pp.).

sí que se hace la distinción entre el «nombramiento» y la «designación». La designación correspondería a la confesión y el nombramiento al órgano de la Administración Pública competente. Se podría aducir que esto es debido al pasado confesional y el anterior modelo vigente de integración orgánica. No obstante, el texto al que hacemos referencia es anterior a éste y tiene también como destinataria la Iglesia católica. Nos referimos a la Orden de 20 de diciembre de 1985, por la que se dispone la publicación del Acuerdo sobre Asistencia Religiosa Católica en Centros Hospitalarios Públicos<sup>(65)</sup>, ya que en su artículo 4 realiza la diferenciación entre el poder civil y religioso. Por un lado, establece que los capellanes o personas idóneas para prestar la asistencia religiosa católica serán «designados por el Ordinario del lugar»; por el otro, establece claramente «correspondiendo su nombramiento a la Institución titular del centro hospitalario», siempre «previo cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios aplicables».

Como consecuencia de ello, el articulado del Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en los establecimientos penitenciarios genera algún interrogante. ¿Cómo va a ser la confesión religiosa –en este caso, el ordinario del lugar– quien nombre? Entendemos que cuando se utiliza el término «nombrará» quiere significar «designará». Y, más tarde, por «autorizados formalmente» significaría «nombrados», ya que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sería la competente para nombrar a un ministro de culto como habilitado para prestar asistencia espiritual en un centro penitenciario, al igual que sucede en el ámbito de los hospitales públicos. No obstante, es cierto que se ha dicho que «éstos (los sacerdotes) quedan vinculados exclusivamente al Obispo, lo que garantiza mejor la autonomía en el cumplimiento de su función y el acomodo constitucional del modelo elegido»<sup>(66)</sup>.

En segundo lugar, es necesario abordar el marco normativo de aplicación para asistencia evangélica, judía y musulmana en centros penitenciarios. Para ello, nos remitimos al RD 710/2006, anteriormente mencionado.

El artículo 3 del mismo establece por quién será prestada la asistencia religiosa de estas confesiones, utilizando la misma fórmula que en el Acuerdo de 1993 de la asistencia católica, aunque en esta ocasión se utiliza, a nuestro juicio correctamente, el término «designados» por las confesiones<sup>(67)</sup>. Eso sí, en el segundo apartado del mismo precepto se ofrece una

<sup>(65)</sup> BOE n.º 305, de 21 de diciembre de 1985, pp.40209 a 40210 (2 pp.).

<sup>(66)</sup> P. C. PARDO PRIETO, *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Tirant lo Blanch (Valencia), 2008, p. 162. En la misma página, nota a pie de página 431, se contiene que en el ámbito penitenciario «... la diócesis funcionaría como una empresa de servicios contratada por el centro, [...] empresa por cuenta de la que prestan sus servicios los capellanes», algo que «refleja más limpiamente que esa misión es puramente espiritual». Vid. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la Libertad de Conciencia T. I: Libertad de Conciencia y Laicidad*, Civitas (Madrid), 1997, pp. 554-555.

<sup>(67)</sup> El artículo 3.1 del mencionado RD: «La asistencia religiosa en los centros penitenciarios será prestada por los ministros de culto designados por las respectivas confesiones, y autorizados por la Administración penitenciaria competente».

definición acerca de qué ministros de culto podrán resultar designados, estableciendo que: 1) deben ser personas físicas; 2) pertenecer a iglesias o comunidades integradas en las respectivas confesiones; 3) tener carácter estable al ministerio religioso certificado por la respectiva iglesia o comunidad, con la conformidad de la federación o comisión.

Además, en ambas regulaciones –la aplicable a católicos y la aplicable a las tres con acuerdo (evangélicos, judíos y musulmanes)– se permite la existencia de voluntarios que de forma voluntaria presten asistencia a los sacerdotes encargados (Acuerdo de 1993) o directamente presten la asistencia religiosa (RD 710/2006). En el caso de esta última norma, sí que se recoge expresamente que estos voluntarios tendrán que cumplir los mismos requisitos de autorización que los ministros de culto. En cualquier caso, la labor que realicen debe ser desempeñada de forma gratuita para poder ser considerados dentro de este grupo.

La diferencia principal que sí que existe con el Acuerdo sobre asistencia religiosa católica es el desarrollo normativo del proceso de autorización de los ministros de culto que presten asistencia religiosa en centros penitenciarios. Así, mientras en el Acuerdo de 1993 no existe desarrollo del proceso ni requisitos de la concesión de la autorización, el RD 710/2006 sí ofrece una mayor claridad respecto a estos extremos.

Por un lado, el artículo 4 de este RD está dedicado a los requisitos para la autorización, estableciendo que para poder obtenerla es necesario presentar documentación:

- a) Certificado de la iglesia o comunidad de que dependa el ministro de culto, con la conformidad de su respectiva federación, que acredite que la persona propuesta desarrolla su ministerio religioso con carácter estable.
- b) Certificado negativo de antecedentes penales en España.
- c) En el caso de tratarse de ministros de culto extranjeros, deberán acreditar ausencia de antecedentes penales en el país de origen.
- d) Indicación del centro o centros ante los que se solicita acreditar al ministro de culto.

Por tanto, es indudable que existe una mayor concreción de este procedimiento. Ello no debe ser visto como algo negativo, sino que precisamente puede ofrecer una mayor seguridad jurídica a la hora de conceder la correspondiente autorización. De hecho, el artículo 5.1 de la misma norma establece que, cuando se aporten suficientemente estos documentos exigidos, «la autorización se concederá siempre». Aunque añade el requisito de que «la persona propuesta ofrezca las garantías de seguridad exigibles».

La autorización tendrá validez anual, pero se renovará anualmente «siempre que no se produzca una resolución motivada en contrario (art. 6).

Por otro lado, también se desarrolla en mayor grado la posibilidad de que la Administración penitenciaria pueda cesar a un ministro de culto

perteneciente a alguna de las tres confesiones destinatarias del RD 710/2006. El Acuerdo sobre asistencia católica únicamente establecía que los sacerdotes podían cesar en sus actividades también «por iniciativa o a propuesta de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias» cursándose «las comunicaciones correspondientes entre el Director general de Instituciones Penitenciarias y el Ordinario del lugar» (art. 3 Acuerdo).

En cambio, en el RD de aplicación para la asistencia religiosa evangélica, judía y musulmana se especifica algo más. En concreto, en el artículo 7.2 del RD:

La autorización podrá ser revocada por la Administración penitenciaria que la concedió cuando el ministro de culto realice actividades no previstas en el régimen de la asistencia religiosa, fueren contrarias al régimen del centro o a la normativa penitenciaria, previa audiencia del interesado y mediante resolución motivada.

Ello sin contar que también se revocará la autorización si existe un cambio que afecte a alguno de los requisitos que se exigieron para concesión de la misma<sup>(68)</sup>. Además, también cabe la posibilidad de que el director del centro pueda suspender cautelarmente la autorización en el caso en que «el ministro de culto atentara gravemente contra el régimen y seguridad del centro, o conculcara el ordenamiento jurídico», que será de aplicación «hasta tanto no se pronuncie el órgano competente sobre la revocación» y siempre con resolución motivada (art. 7.4 RD).

En ambos casos –normativa aplicable a católicos y la normativa aplicable a las tres con acuerdo (evangélicos, judíos y musulmanes)– se permite la existencia de voluntarios que de forma voluntaria presten asistencia a los sacerdotes encargados (Acuerdo de 1993) o directamente presten la asistencia religiosa (RD 710/2006). En el caso de esta última norma, sí que se recoge expresamente que estos voluntarios tendrán que cumplir los mismos requisitos de autorización que los ministros de culto. En cualquier caso, la labor que realicen debe ser desempeñada de forma gratuita para poder ser considerados dentro de este grupo.

Por último, cabe destacar que el Estado, tan sólo un año después de la aprobación de este Real Decreto que hemos estado comentando, desarrolló una mayor cooperación que atañe a la asistencia religiosa –en este caso, musulmana– en centros penitenciarios. Así, conviene mencionar el Convenio de colaboración del Estado con la Comisión Islámica de España para la financiación de los gastos que ocasione el desarrollo de la asistencia religio-

<sup>(68)</sup> El artículo 7.3 del RD: «También procederá la revocación cuando se produzca un incumplimiento sobrevenido de los requisitos que justificaron su otorgamiento».

sa en los establecimientos penitenciarios de competencia estatal<sup>(69)</sup>. La principal novedad que ofrece este Convenio es que será la Administración pública —en concreto, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias— quien sufragará con cargo a sus presupuestos los gastos materiales y de personal que ocasione la asistencia religiosa prestada en el ámbito penitenciario (cláusula primera) siempre y cuando el número de internos que solicite y reciba asistencia sea igual o superior a diez (cláusula segunda).

En 2015 se aprobó otro Convenio, con idénticos términos en su nombre que el de 2007, con el mismo contenido, excepto algunas modificaciones que afectaban únicamente a la cláusula séptima, octava y novena del anterior Convenio. Por tanto, a la cuantía máxima anual de subvención prevista, a la regularidad del pago y a la vigencia del Convenio, respectivamente. La cuantía máxima descendía de 41.080 euros (2007) a 3.930 euros (2015); el pago pasaría a ser semestral (y no trimestral), además de que habría de acreditarse «de forma fehaciente la prestación de la asistencia»; y únicamente se establecía la vigencia durante ese año 2015, y no indicaba «pudiendo ser prorrogado expresamente por períodos anuales si no media denuncia expresa de alguna de las partes», que sí establecía el anterior Convenio. No obstante, conocemos que esa vigencia se fue prorrogando y su cuantía fue aumentando, pasando a ser de 9.000 euros en 2017 y, más tarde, 21.000 euros en 2019<sup>(70)</sup>, que también se mantuvo en 2020<sup>(71)</sup>.

Hemos de destacar que en los últimos tiempos ha habido una serie de modificaciones relativas a la financiación de las confesiones religiosas minoritarias que podrían tener incidencia sobre la materia de la asistencia religiosa en centros penitenciarios. En primer lugar, en el año 2021 se llevó a cabo una modificación de los Estatutos de la Fundación Pluralismo y Convivencia. Así, por medio el Real Decreto 45/2021, de 26 de enero, por el que se aprueban los Estatutos de la Fundación Pluralismo y Convivencia, F.S.P.<sup>(72)</sup>, se precisa que su adscripción a la Administración General del Estado es a través del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática (art. 1.2)<sup>(73)</sup>. No obstante, más allá de la modificación respecto a cuestiones competenciales, resulta digno de mención la nueva redacción del artículo 7 de los Estatutos, que se refiere a los fines de

<sup>(69)</sup> Disponible en [https://www.mpr.gob.es/mpr/subse/libertad-religiosa/Documents/Normativa\\_Estatal/ConvenioIslamica\\_Prisiones.pdf](https://www.mpr.gob.es/mpr/subse/libertad-religiosa/Documents/Normativa_Estatal/ConvenioIslamica_Prisiones.pdf).

<sup>(70)</sup> Real Decreto 449/2019, de 19 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones en determinados ámbitos de actuación del Ministerio del Interior. *BOE* n.º 173, de 20 de julio de 2019, pp. 78894 a 78899 (6 pp.). Así se establece en su artículo 5.f.

<sup>(71)</sup> Real Decreto 865/2020, de 29 de septiembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones en determinados ámbitos de actuación del Ministerio del Interior. *BOE* n.º 259, de 30 de septiembre de 2020, pp. 82254 a 82264 (11 pp.). También en su artículo 5.f.

<sup>(72)</sup> *BOE* n.º 24, de 28 de enero de 2021, pp. 8215 a 8225 (11 pp.).

<sup>(73)</sup> Con anterioridad estaba adscrita al Ministerio de Justicia.

la Fundación. Y ello es así porque el mismo precepto, en su primera sección establece:

Son fines de la Fundación contribuir a la ejecución de programas y proyectos de carácter cultural, educativo, social, y de promoción de las condiciones necesarias para el ejercicio efectivo del derecho de libertad religiosa en los términos previstos en el artículo 1 de estos estatutos, por parte de las confesiones no católicas con acuerdo de cooperación con el Estado español o con notorio arraigo en España, así como la ejecución y promoción de actividades relacionadas con la investigación, la sensibilización y el asesoramiento en la gestión de la diversidad religiosa.

Este articulado contrasta notablemente con el anterior, que simplemente hacía referencia a «contribuir a la ejecución de programas y proyectos de carácter cultural, educativo y social» de estas mismas confesiones no católicas con Acuerdo de cooperación o con notorio arraigo reconocido en España.

En cambio, la nueva redacción incluye «la ejecución y promoción de actividades relacionadas con la investigación, la sensibilización y el asesoramiento en la gestión de la diversidad religiosa». Esta financiación hace referencia a las distintas actividades que llevan a cabo distintas asociaciones, fundaciones, universidades y las propias entidades religiosas. No obstante, lo que nos incumbe a estos efectos es la «promoción de las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho de libertad religiosa». Esta acción nos conduce a considerar el mandato constitucional establecido en el artículo 9.2 de la Carta Magna, impuesto a los poderes públicos para que promuevan «las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». Por tanto, la reforma pretendería focalizar más la atención en esta remoción de obstáculos que impidan o dificulten la plenitud del ejercicio del derecho de libertad religiosa.

Con posterioridad a esta reforma, se aprobó por Real Decreto la regulación de la concesión directa de subvenciones a las confesiones religiosas con Acuerdo de cooperación<sup>(74)</sup>. En el Real Decreto se reconocía que su aprobación estaba destinada a atender las recomendaciones que había propuesto el Tribunal de Cuentas con anterioridad, relativas a «modificar la regulación jurídica de las subvenciones de la Fundación Pluralismo y Convivencia, con el fin de reconducirla a la vía de los procedimientos excepcionales de concesión directa previstos en los artículos 22.2 y 28 de la Ley General de Subvenciones», como se expone en el Preámbulo.

---

<sup>(74)</sup> Real Decreto 1158/2021, de 28 de diciembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a las confesiones religiosas minoritarias firmantes de acuerdos de cooperación con el Estado. *BOE* n.º 312, de 29 de diciembre de 2021, pp. 166009 a 166018 (10 pp.).

En cualquier caso, esta regulación pretende ofrecer mayor seguridad jurídica, detallando las entidades beneficiarias, cuantía y actuaciones a financiar. Y, entre dichas actuaciones, se halla el «ejercicio de las funciones vinculadas al cumplimiento de los acuerdos de cooperación» (art. 3.2.b). ¿Se hallaría la asistencia religiosa en centros penitenciarios entre dichas funciones? La lectura sosegada del Preámbulo nos permite la aclaración de la cuestión:

Las funciones asumidas por las federaciones mencionadas, tales como la emisión de certificaciones para ministros de culto y su formación, las relativas a los profesores de religión, la prestación de la asistencia religiosa en centros penitenciarios, hospitalarios y asistenciales públicos y en la Fuerzas Armadas, el asesoramiento jurídico, en particular, el relativo a la actividad registral, la elaboración de informes, el apoyo a actividades de visibilización e inclusión social, o la atención a las propias comunidades distribuidas por toda España, están vinculadas al desarrollo de los acuerdos suscritos, cuyos beneficiarios finales son los propios creyentes y el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa.

Por tanto, parecería desprenderse de la lectura del contenido normativo que las cuantías destinadas a estas tres confesiones religiosas<sup>(75)</sup> pueden destinarse a sufragar los gastos derivados de la asistencia religiosa en centros públicos, incluidos los centros penitenciarios. Ello, pese a que en su artículo 5.4.a) establece que quedan excluidos de financiación los gastos de «las actividades relacionadas con el culto o propagación de la fe de cada confesión». No obstante, si el énfasis se realiza en la «promoción de las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho de libertad religiosa», tiene sentido que ello implique una colaboración –que puede ser también económica– para que pueda ejercitarse el derecho en un régimen de especial sujeción caracterizado por la imposibilidad que tiene el interno para practicar sus creencias religiosas.

Es importante destacar que, en 2022, también se aprobó una norma, en este caso el Real Decreto 886/2022, de 18 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a las confesiones religiosas minoritarias firmantes de acuerdos de cooperación con el Estado<sup>(76)</sup>, que reproduce la literalidad del texto jurídico anterior, a excepción del artículo 13 relativo a «comunicaciones y notificaciones». Este Real Decreto tiene como fin subvencionar las actividades llevadas a cabo en el ejer-

<sup>(75)</sup> Conforme el artículo 4.2, el importe máximo de las subvenciones sería: 526.780,35 euros para FEREDE; 210.712,14 euros para FCJE; y 433.130,51 euros para CIE. De este modo, la dotación financiera es de 1.170.623 euros, como establece el artículo 4.1.

<sup>(76)</sup> BOE n.º 251, de 19 de octubre de 2022, pp. 141846 a 141855 (10 pp.).

cicio 2022. Por tanto, se consolida este cambio de modelo, que como todo cambio requiere de un mayor esfuerzo, especialmente en su inicio, para poderse llevar a cabo la implementación de forma óptima.

Por último, hay otra cuestión que no hemos de dejar de señalar. Dentro de las actividades subvencionables del artículo 3.2 se incluyen «las actividades de formación de ministros de culto y profesores de enseñanza religiosa». Ello supone una participación, en lo que a recursos económicos se refiere, en un ámbito considerado también sensible en materia de prevención, como es el de la formación de ministros de culto.

Tras la lectura de estas recientes normas cabe preguntarse si la acción del Estado hacia esta dirección puede recoger frutos satisfactorios en materia de prevención del fanatismo religioso. Podría discutirse acerca de si contribuir en materia económica en este ámbito trae consigo una intervención en el seno de las confesiones. En principio, *per se* no es una intervención en la autonomía de las confesiones, ya que el Estado se limita a financiar económicamente una serie de actividades específicas que forman parte del elenco establecido en la normativa. No obstante, algunos podrían plantear que los poderes públicos, al mismo tiempo que contribuyen con fondos públicos estas actividades, pueden estar realizando una labor de mayor control o monitorización de estas actividades. Y en ese momento se abriría otro debate acerca de la eventual legitimidad que tendría el Estado para hacer tal labor, amparándose en la justa ponderación entre distintos intereses en juego y en el interés que puede existir también en frenar el fanatismo religioso. En definitiva, podríamos esbozar una línea en la que determinar el límite de la intervención estatal en cuestiones relativas a la formación de ministros de culto o actividades de asistencia espiritual en centros penitenciarios.

## 5. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Al llegar a estas líneas, es momento de resaltar algunas de las cuestiones que hemos tenido oportunidad de abordar en este trabajo.

En primer lugar, nos hallamos ante un escenario caracterizado por una creciente preocupación por el factor religioso en materia de prevención del extremismo violento. Ello puede deducirse del preponderante papel que tiene la religión en organismos supranacionales, como la Unión Europea, que inciden cada vez con mayor intensidad en la relevancia que tiene la libertad religiosa.

La protagonista, por tanto, es la libertad religiosa. Ello trae consigo una consecuencia obvia: las cuestiones deben resolverse *con* la libertad religiosa, y no *a costa de* la libertad religiosa. Para ello, las comunida-



des religiosas ocupan una importancia de carácter insustituible por las Administraciones públicas, todavía más cuando nos hallamos en un Estado aconfesional que es radicalmente incompetente en materia religiosa.

En segundo lugar, habiendo dejado claro que la diana no se puede centrar en la libertad religiosa y, por tanto, en la renuncia de unos derechos fundamentales para la supuesta consecución de otros, es momento de centrar bien el objetivo. En este sentido, a menudo se mencionan distintos términos que en ocasiones parecen mostrarse como sinónimos, como si fuesen conceptos intercambiables con ausencia de consecuencias en la puesta en práctica.

En efecto, hablamos del fundamentalismo y el fanatismo religioso. Mientras el primero se enfocaría hacia una interpretación estricta y literal de los dogmas religiosos, el segundo mostraría una actitud intransigente y violenta hacia el resto de la sociedad que no comparta su visión acerca del mundo. Por tanto, existe una línea de separación entre individuos y grupos que pueden estar en el primer y segundo grupo, que traería consigo la conveniencia de que el tratamiento jurídico de un fenómeno y otro no fuesen análogos, a tenor de las notables diferencias entre ambos.

Por lo que respecta a uno de los espacios considerados más proclives a la radicalización de individuos –los centros penitenciarios– se plantea en ocasiones qué instrumentos existen en la actualidad para prevenir el fenómeno en nuestro panorama nacional. Con el objeto de esclarecer los interrogantes que se formulan relativos a las personas que prestan asistencia religiosa a personas que se hallan internas en estos centros, hemos expuesto la configuración jurídica de, no olvidemos, un derecho comprendido por el derecho fundamental de libertad religiosa.

En esta materia, hemos visto la libertad que tienen las confesiones religiosas a la hora de designar a sus ministros de culto para que realicen tales labores de su ministerio. Además, las peculiaridades específicas aplicables a algunas de estas confesiones, fruto de los Acuerdos de cooperación. Como hemos visto, ha tenido mayor desarrollo normativo en las tres confesiones que suscribieron Acuerdo de cooperación en 1992.

Por último, es precisamente en estas tres confesiones en las que podría haber una mayor implicación económica por parte de las administraciones públicas en lo que respecta a los gastos derivados de la asistencia religiosa a ciudadanos que se hallen internos en estos centros. Incluso, se explicita la posibilidad de que el Estado, por medio de la Fundación Pluralismo y Convivencia pueda sufragar los costes de la formación de los ministros de culto de estas confesiones. ¿Traerá ello beneficios en un futuro?

## BIBLIOGRAFÍA

- ADELAJA, A. O., LABO, A. y E. PENAR. «Public Opinion on the Root Causes of Terrorism and Objectives of Terrorists: A Boko Haram Case Study», en *Perspectives on Terrorism* 12 (3) (2018).
- ANTOUN, R. T. *Understanding Fundamentalism*, Lanham: Rowman y Littlefield, 2008.
- ARMSTRONG, K. *El Islam*; traducción de Francisco J. Ramos. (2.<sup>a</sup> ed.), Random House Mondadori, 2002.
- ARMSTRONG, K. *Los orígenes del fundamentalismo en el judaísmo, el cristianismo y el islam*; traducción de Federico Villegas, Tusquets, 2004.
- BALLESTEROS, M. A. *Yihadismo*, La Huerta Grande, 2016.
- BONET NAVARRO, J. y LANDETE CASAS, J. «Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 9 (2005).
- BRUCE, S. *Fundamentalismo*; versión de Jesús Cuéllar Menezo, Alianza, 2003.
- DE ARÍSTEGUI, G. *El islamismo contra el islam: las claves para entender el terrorismo yihadista*, Ediciones B, 2004.
- ELORZA, A., BALLESTER, M. Y BORREGUERO, E. «Terrorismo y religión», en A. Blanco, R. Del Águila y J. M. Sabucedo (eds.), *Madrid 11-M. Un análisis del mal y sus consecuencias*, Trotta (Madrid), 2005.
- ESPÓSITO, J. L. *El islam: 94 preguntas básicas*; traducción de Jorge Braga Riera. Alianza, 2004.
- GONZÁLEZ-VARAS, A. «United States and Europe against Terrorism of fundamentalist origin: legal measures and the shadow of populism», en *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*, 63 (2022).
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *Derecho de la Libertad de Conciencia T. I: Libertad de Conciencia y Laicidad*, Civitas (Madrid), 1997.
- LÓPEZ ALARCÓN, M. «Asistencia religiosa», en AA.VV., *Derecho eclesiástico español*, 6.<sup>a</sup> ed., Eunsa (Pamplona), 2010.
- LÓPEZ-SIDRO, Á. *Las sectas de la Yihad: Yihadismo terrorista, derecho y factor religioso*, Tirant Lo Blanch (Valencia), 2021.
- PALOMINO LOZANO, R. *Religión y Derecho comparado*, Iustel (Madrid), 2007.
- PARDO PRIETO, P. C. *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Tirant lo Blanch (Valencia), 2008.
- PRIEGO, A. «Fundamentalismo, extremismo, fanatismo y terrorismo religioso. Una clarificación de los conceptos», en *Miscelánea Comillas* 148 (2018).
- RANSTORP, M. «Terrorism in the Name of Religion», en *Journal of International Affairs* 50 (1) (1996).
- RAPOPORT, D. *Fear and Trembling: Terrorism in the Three Religious Traditions*, en «The American Political Science Review» 78 (3) (1984).
- RAPOPORT, D. y ALEXANDER, Y. (eds.). *The Morality of Terrorism: Religious and Secular Justifications*, Pergamon Press (Nueva York), 1982.
- RIVERA BLANCO, A. y MATEO, E. (eds.). *Verdaderos creyentes: pensamiento sectario, radicalización y violencia*, Catarata, 2018.
- RODRÍGUEZ-SERRANO, A. «Narrativa audiovisual, ontología y terrorismo: paradojas comunicativas en los videos del Estado Islámico», en *Palabra Clave* 20 (1) (2017).
- SÁNCHEZ GÓMEZ, J. *La Construcción de un perfil radical yihadista*, Tirant lo Blanch, 2018.
- TAYLOR, M. y RYAN, H. «Fanatism, political suicide and terrorism», en *Terrorism* 1 (2) (1988).

# El confesor como testigo en el proceso penal de abusos sexuales a menores en la Iglesia católica en España

JOSÉ ALFARO BERENGUER

SUMARIO: 1.- Antecedentes. 2.- Cuestiones planteadas. 3.- El sigilo sacramental en la normativa canónica. 3.1 Concepto. 3.2 Regulación en el CIC de 1983. 3.3. Normas sustanciales relativas a los crímenes más graves reservados a la Congregación para la Doctrina de la Fe. 3.4 La protección de los menores en la Iglesia. 3.5 Nota de la Penitenciaría Apostólica sobre el sigilo sacramental. 4.- Legislación española. 4.1 La Constitución Española y la libertad religiosa. 4.2 Acuerdos del Estado español con la Santa Sede. 4.3 La Ley de Enjuiciamiento Criminal. 5.- El protocolo de actuación ante abusos sexuales a menores por clérigos y religiosos de la conferencia episcopal española. 6.- ¿En qué situación se encontraría el sacerdote que se viera obligado a denunciar o declarar? 7.- Conclusiones.

## 1. ANTECEDENTES

Los casos de abusos sexuales a menores, cometidos por sacerdotes y religiosos, que han salido a la luz pública en los últimos años, es uno de los mayores escándalos en los que se ha visto envuelta la Iglesia católica. El daño causado a las víctimas y a sus familias es irreparable y supone una gravísima vulneración de los derechos fundamentales de las mismas. La indignación de la sociedad ante este tipo de delitos no necesita ser justificada, ni tampoco la vergüenza y el dolor por parte de quienes forman parte de

la Iglesia. Por ese motivo, tanto la legislación de nuestro país como la de la Iglesia católica, ha empleado grandes esfuerzos en prevenir y castigar estos delitos.

El abuso sexual supone un gravísimo delito en todos los ordenamientos jurídicos estatales. Para la Iglesia, en cambio, no solo es un grave delito desde el punto de vista jurídico, sino también un gravísimo pecado desde el punto de vista moral. Por ese motivo, el que se produzcan este tipo de hechos en su seno, a la Iglesia le duele doblemente, porque no es solo una vulneración de una ley humana, sino también de la divina. Duele más profundamente aún, si cabe, que quienes han cometido estos delitos sean precisamente aquellos que debieran tener un comportamiento ejemplar.

Empujados por su mala conciencia y su sentimiento de culpabilidad, no serán pocos quienes hayan acudido al sacramento de la penitencia para confesar su pecado, y seguramente se habrán sentido liberados de su culpa al ser absueltos del mismo. Sin embargo, la absolución de su pecado no les libera de la responsabilidad de su delito y de la obligación de reparar el daño ocasionado.

Dentro de la regulación jurídica canónica del sacramento de la penitencia, el canon 983 del Código de Derecho canónico (en adelante, CIC) establece que «el sigilo sacramental es inviolable; por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo». Asimismo, y conforme a lo establecido en el canon 380 del CIC, el confesor no puede negarse a absolver del pecado al penitente verdaderamente arrepentido. Los citados cánones pueden ser fruto de controversia porque, además de ser aplicables para los fieles católicos, también posee alcances jurídicos en los ordenamientos estatales.

Como podemos apreciar, el sigilo sacramental prohíbe al confesor, bajo ningún concepto, descubrir al penitente. La consecuencia inmediata de la aplicación de dicho canon es que el confesor puede convertirse en conocedor de pecados y delitos muy graves, como son los abusos sexuales a menores, que hayan sido cometidos por los fieles católicos, y también por otros clérigos, y deben de guardar absoluto silencio y se les prohíbe denunciar, declarar, e incluso hablar de todo lo oído durante la confesión.

En la mayoría de los Estados, a través de su legislación interna, y merced a los acuerdos de éstos con la Santa Sede, se reconoce a los sacerdotes su deber de guardar el sigilo sacramental. En desarrollo de este reconocimiento, los legisladores han sancionado leyes que prohíben a las autoridades estatales obligar a los confesores a declarar sobre todo aquello de lo que hayan tenido noticia a través del sacramento de la reconciliación.

Las numerosas denuncias de abusos sexuales cometidos por clérigos, ha provocado una búsqueda de mecanismos legales e institucionales para prevenir, detectar, investigar, intervenir y sancionar los distintos casos de pede-

rastia eclesiástica. Desde los distintos Estados se han articulado propuestas y legislaciones en la búsqueda de frenar la comisión de este tipo de delitos, situando al sigilo sacramental en una posición que ha generado cada vez más interrogantes.

En los parlamentos de diferentes Estados, entre los que se encuentran Irlanda, EE. UU., Chile, Australia y Costa Rica, se han debatido distintos proyectos de ley para que, entre otras medidas, para frenar los casos de pederastia en la Iglesia, se levante la tutela estatal al sigilo sacramental y se obligue a los confesores a denunciar a los penitentes que confiesen haber cometido abusos sexuales a menores. No se plantean, sin embargo, para frenar los casos de pederastia en otros gremios, que se obligue a los abogados, a los médicos, a los psicólogos, o a los funcionarios, a denunciar los casos de abusos sexuales a menores de los que tengan conocimiento como consecuencia de su labor profesional. Esto sería inconcebible en un Estado moderno y desarrollado.

Pero la citada controversia en el ámbito religioso no es nueva. En el debate sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional, se desestimó una propuesta encabezada por Canadá y Francia que pretendía «no reconocer el derecho de los ministros de culto de abstenerse de declarar en juicio sobre cuestiones conocidas a través del secreto de confesión o de confidencias de sus fieles»<sup>(1)</sup>.

Finalmente, dichas Reglas de la CPI reconocen el derecho de los ministros de culto de abstenerse de declarar en juicio sobre cuestiones conocidas a través de secreto de confesión en su artículo 73.3, el cual dispone que: «la Corte reconocerá el carácter privilegiado de las comunicaciones hechas en el contexto del sacramento de la confesión cuando ella forme parte de la práctica de esa religión».

Durante el verano de 2011, se produjo en Irlanda una profunda crisis institucional en las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica, debido al denominado Cloyne Report<sup>(2)</sup>, en el que las autoridades estatales denunciaban un presunto ocultamiento de casos de abusos sexuales a menores por parte de la Santa Sede en un presunto intento de ésta de frustrar una investigación estatal sobre los abusos sexuales perpetrados en la Diócesis de Cloyne. Enda Kenny, por aquel entonces primer ministro irlandés, atacó duramente a la Iglesia, acusándola de no haber estudiado ni tomado medidas para detener los abusos por parte del clero católico hacia los menores. Los ministros de interior, Alan Shatter, y de infancia, Frances Fitzgerald, fueron más allá, proponiendo una ley que establecía un ataque al sigilo sacramen-

<sup>(1)</sup> R. NAVARRO-VALLS, «Secreto de confesión y abusos sexuales», en *Religión en Libertad* (Versión digital), el 7/09/2018, consulta: 4/08/2022, disponible en <https://bit.ly/2q3Adxt>

<sup>(2)</sup> Commission of Investigation into the handling by Church and State authorities of allegations and suspicions of child sexual abuse against clerics of the Catholic Diocese of Cloyne, «Cloyne Report», consulta: 08/07/2022, disponible en <https://bit.ly/2JdaycA>.

tal, obligando a los clérigos a revelar y denunciar los abusos sexuales que hayan sido confesados durante el sacramento de la penitencia.

En Chile, dentro del debate parlamentario en el que se discutía y aprobaba establecer la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores, el que fuera diputado del Partido Demócrata Cristiano, Raúl Soto Mardones, presentó el 31 de mayo de 2018 una iniciativa parlamentaria<sup>(3)</sup>, la cual fue aprobada por unanimidad por la Cámara de los Diputados el 23 de abril del mismo año, por la que se instaba la modificación del artículo 175 del Código Procesal Penal. Dicha norma estipula quiénes están obligados a denunciar delitos en razón de la función que ejercen o el cargo que ostentan. Con dicha modificación se pretendía extender la obligación de denunciar a:

Las autoridades eclesiásticas de cualquier confesión religiosa, sea de derecho público o derecho privado, y, en general los obispos, pastores, ministros de culto, diáconos, sacerdotes, religiosas u otras personas que conforme a las reglas de cada denominación religiosa detenten algún grado de autoridad sobre una congregación o grupo de personas en razón de la práctica de alguna creencia; los directivos de asociaciones, fundaciones o agrupaciones de carácter cultural, juvenil, educativa, deportiva o de otra índole, respecto de los delitos cometidos en contra de niños, niñas o adolescentes y en contra de personas que por su condición física o mental no se encuentren en condición de ejercitar por sí mismas sus derechos.

Durante el debate parlamentario<sup>(4)</sup>, varios diputados pidieron que se votara la iniciativa, incluyendo la siguiente frase: «siempre que tal conocimiento no haya sido tomado con ocasión de secreto de confesión o secreto profesional»<sup>(5)</sup>, algo que finalmente se rechazó y se volvió a la redacción original.

Como podemos apreciar, dicho Proyecto de Ley supone una fuerte tensión entre el Derecho estatal chileno que exige a los clérigos a poner en conocimiento de las autoridades estatales todas las noticias que tengan sobre abusos sexuales a menores, y el Derecho canónico que obliga al sigilo

<sup>(3)</sup> Proyecto de Ley – Modifica el Código Procesal Penal para imponer a las autoridades religiosas o eclesiásticas que indica, la obligación de denunciar hechos que revistieren caracteres de delito, contra menores de edad y personas impedidas de ejercer con autonomía sus derechos, consulta: 22/08/2022, disponible en <https://bit.ly/33QKZG6>

<sup>(4)</sup> Cámara de los Diputados de la República de Chile. Acta de la Sesión 18ª, en martes 23 de abril de 2019, pp. 148-158, consulta: 07/08/2022, disponible en <https://bit.ly/2BAIUmk>

<sup>(5)</sup> Cámara de los Diputados de la República de Chile. Acta de la Sesión 18ª, en martes 23 de abril de 2019, cit., p. 156.

sacramental. Ante esta situación la Conferencia Episcopal de Chile ha manifestado que «el sigilo sacramental es inviolable»<sup>(6)</sup>.

No podemos olvidar que Chile ha sido uno de los países que más han sufrido los escándalos de abusos sexuales a menores por clérigos y religiosos. Hecho constatado con el informe de la Fiscalía Nacional en la que se vislumbra que actualmente existen 166 causas abiertas en el seno de la Iglesia chilena, con 211 personas investigadas y 248 víctimas implicadas, de las que 131 eran menores en el momento de la comisión del delito<sup>(7)</sup>.

En Australia, una Comisión Real (órgano de investigación más importante que puede convocar el Gobierno de dicho país) realizó un centenar de propuestas para la lucha contra los abusos sexuales<sup>(8)</sup>. Entre ellas, se encuentra una reforma del procedimiento penal para que los sacerdotes fueran obligados a declarar casos que hayan sido revelados durante la confesión. En el marco de dicha Comisión, algunos expertos han dado a entender que el confesionario proporcionó a los abusadores sacerdotes un sitio para que reconociera el pecado o el delito y un espacio para aliviar su culpa después de abusar, y por lo tanto el confesionario se convirtió en un refugio para tapar y contener el problema del abuso sexual<sup>(9)</sup>.

El pasado 7 de junio de 2018, la Asamblea Legislativa de Camberra aprobó la Enmienda Ombudsman 2018<sup>(10)</sup>, cuyo propósito es ampliar el Esquema de Conducta Denunciable que rige las denuncias de abuso y mala conducta contra menores de edad, en las que se incluyen a las organizaciones religiosas. En dicha Ley, se obliga a los sacerdotes a romper el secreto de confesión cuando conozcan algún caso de abuso sexual durante la celebración del sacramento. Dicha enmienda entró en vigor para las organizaciones religiosas el pasado 1 de septiembre de 2019.

Tras Camberra, los Estados de Victoria y Tasmania han aprobado leyes que también pretenden obligar a los clérigos a denunciar los casos de abuso infantil, rompiendo si fuera necesario el sigilo sacramental.

En abril de 2019, en el Estado de California de los EE. UU., el senador demócrata por San Mateo Jerry Hill, presentó el Proyecto de Ley del Senado 360, más conocida como SB 360, en el que se obligaba a los sacerdotes

<sup>(6)</sup> G. VARGAS, «El sigilo sacramental es inviolable expresan obispos de Chile», en *Aciprensa*, el 3/05/2019, consulta: 07/08/2022, disponible en <https://bit.ly/2plaY3J>

<sup>(7)</sup> Fiscalía Nacional de Chile. Sala de Prensa. Fiscalía y Conferencia Episcopal firman acuerdo para facilitar desarrollo de investigaciones penales. Fecha: 08/08/2022, consulta: 08/08/2022, disponible en <https://bit.ly/2BAXpWq>

<sup>(8)</sup> Royal Commission into institutional responses to child sexual abuse at Sydney Commonwealth of Australia, public hearing into Catholic Church authorities case study 50, consulta: 05/07/2022. Todos los documentos se encuentran accesibles en: <https://bit.ly/1RwMBZ9>

<sup>(9)</sup> T. M. OSUALA, «Sigilo sacramental y denuncia obligatoria del abuso de menores. Una mirada global», en *Revista Española de Derecho canónico*, volumen 76 (2019), pp. 215-239, p. 228.

<sup>(10)</sup> Ombudsman an Officer of the Act Legislative Assembly, consulta 25/08/2022. Para más información, se puede acceder a: <https://bit.ly/3EnUh1f>

a poner en conocimiento de las autoridades cualquier noticia sobre abusos sexuales a menores que conocieran durante la confesión.

Sin embargo, dicha Ley contrasta con los pronunciamientos de distintos órganos judiciales estadounidenses, entre los que podemos destacar el del Tribunal Supremo del Estado de Lousiana de 28 de octubre de 2016. En dicha Sentencia, el Alto Tribunal de Lousiana falló que un sacerdote que recibe en la privacidad de la confesión una confidencia de un penitente menor de edad que había sufrido abusos sexuales, no puede calificarse como denunciante obligatorio. Dichos fundamentos jurídicos fueron seguidos igualmente por un Tribunal de Florida el 15 de junio de 2018, en un caso que enfrentaba al P. Vincenzo Ronchi contra el Estado de Florida y Loren Tim Burton. Dicho Tribunal en su argumentación jurídica, dispuso que no se puede obligar a un sacerdote a revelar en juicio las noticias que se hayan vertido durante la confesión como prueba adicional y corroborativa del abuso cometido por el penitente. Si se hiciera, supondría un ataque a la libertad religiosa protegida por las leyes estatales.

Finalmente, la mencionada SB 360, fue retirada por su proponente tras los múltiples actos de protesta de los obispos, sacerdotes y fieles laicos californianos<sup>(11)</sup>.

El último país que se ha sumado a las iniciativas de Chile, Australia y EE. UU. ha sido Costa Rica. En mayo de 2019, el diputado Enrique Sánchez del Partido Acción Ciudadana, presentó un proyecto de ley que pretende obligar a los sacerdotes a poner en conocimiento de las autoridades todas las noticias que, por razón de su ministerio, hayan tenido sobre abusos sexuales infantiles. La medida no sólo atañe a sacerdotes, sino que es ampliable a toda la jerarquía eclesiástica, es decir, obispos, arzobispos, cardenales, etc. Esta disposición no sólo afecta a los líderes religiosos de la Iglesia católica, sino que es extensible a todos los órdenes religiosos que radiquen en dicho país<sup>(12)</sup>.

Con todo lo expuesto, podemos afirmar que, debido a los escándalos de abusos sexuales a menores por parte de clérigos y religiosos, algunos Estados están cuestionando el reconocimiento y amparo del sigilo sacramental por parte de las autoridades civiles estatales.

---

<sup>(11)</sup> J. SEPTIÉN, «Se desvanece la iniciativa de ley que violaba el secreto de confesión en California (Estados Unidos)», en *Aleteia*, el 13/07/2019, consulta: 08/08/2022, disponible en <https://bit.ly/2lPwDF8>

<sup>(12)</sup> P. RUIZ, «¿Qué dice el proyecto que exige a sacerdotes a denunciar abusos revelados en secreto de confesión?», en *CRHoy*, el 22/05/2019, consulta: 23/08/2022, disponible en <https://bit.ly/2Yr5B9A>.



## 2. CUESTIONES PLANTEADAS

Tras el análisis de los antecedentes anteriormente expuestos, podemos ver que sobre la institución del sigilo sacramental no han existido muchos puntos controvertidos antes de darse a conocer los grandes escándalos de abusos sexuales cometidos por miembros de la Iglesia católica.

Nos hallamos ante una controversia en el que se encuentran dos bienes jurídicos altamente protegidos por los ordenamientos estatales y canónico: por un lado, la obligación de proteger a los menores y la protección del interés del menor; y por otro, la obligación sagrada de los confesores con el sigilo sacramental y su protección en los ordenamientos jurídicos nacionales.

La consideración de estos supuestos suscita una reflexión de la que surgen cuantiosos interrogantes, pero uno de los más notables es aquel que hace referencia a la posibilidad de que el confesor pudiera o debiera poner en conocimiento de las autoridades estatales todo aquello de lo que ha tenido conocimiento por medio de la confesión o por razón de su ministerio, como medida para prevenir y evitar los casos de pederastia.

Por tanto, en la controversia suscitada en diferentes países por las recientes modificaciones legislativas en el sentido anteriormente expuesto, nos surgen numerosos interrogantes, como podría ser, si la adopción de una Ley de denuncia obligatoria, supondría, o no, un atentado a la libertad religiosa consagrada en el artículo 16 de nuestra Carta Magna. Podríamos preguntarnos también si, con la legislación actual, sería posible en España obligar a un sacerdote a revelar todo aquello de lo que haya tenido conocimiento a través del sacramento de la confesión, y prohibir guardar el sigilo sacramental respecto de los abusos sexuales a menores, cometidos por miembros de la Iglesia católica.

Asimismo, nos podemos cuestionar cómo se debe actuar en aquellos supuestos en los que existan conflictos entre las Leyes del ordenamiento jurídico estatal y el canónico, y cómo proteger y salvaguardar el bienestar de los menores en la Iglesia, así como la inviolabilidad del sacramento de la confesión, y si éste tiene límites.

Otra cuestión que debiera ser abordada es si la adopción de una Ley de denuncia obligatoria serviría a la pretensión última de prevenir y luchar contra la pederastia eclesiástica. En este sentido, resulta llamativo que algunos ordenamientos jurídicos estatales, sólo se planteen que el confesor esté obligado a declarar sobre todo lo que tenga que ver con los abusos sexuales a menores y no sobre cualquier otro tipo de delito, como podrían ser el asesinato, robo, estafa, etc. y por qué no se amplía la obligación de declarar a todas aquellas profesiones en las que exista el secreto profesional, como, por ejemplo, en la relación de los abogados con sus clientes.

### 3. EL SIGILO SACRAMENTAL EN LA NORMATIVA CANÓNICA

#### 3.1. Concepto

El Sacramento de la Penitencia o de la Reconciliación es uno de los siete sacramentos de la Iglesia católica. Por medio de éste, previo reconocimiento de los pecados cometidos y el arrepentimiento por parte del penitente, se obtiene el perdón de Dios y el reencuentro con la Iglesia.

Asimismo, «por sigilo sacramental se entiende la obligación estrictísima de guardar bajo secreto absoluto los pecados que el penitente declaró en la confesión en orden a la absolución sacramental».<sup>(13)</sup> Por tanto, por secreto ministerial se entiende el silencio que debe guardar el ministro de culto sobre aquellos hechos conocidos por razón de su ministerio religioso.

Su origen se encuentra en el Concilio Ecuménico de Letrán de 1215, en la Constitución 21, en el que se ordena, expresamente, la exigencia del *sigillum confessionis*<sup>(14)</sup>.

Según el *Catecismo de la Iglesia Católica*<sup>(15)</sup> «el confesor no es dueño del sacramento, sino el servidor del perdón de Dios» (n. 1466), es decir, el sacramento es propiedad de Dios, y el confesor no es más que «el signo y el instrumento del amor misericordioso de Dios con el pecador» (n. 1465). Asimismo, el n. 1467 del *Catecismo* consagra el «secreto absoluto» de todos los pecados que el sacerdote haya oído durante la confesión, bajo penas «muy severas». Dicho número realiza una remisión a las normas establecidas en los cánones 983, 984 y 1386 del CIC, que veremos más adelante.

Partiendo de lo anterior, es Pierre le Chantre quien acuña el clásico término «sigilo sacramental» para referirse al secreto derivado del sacramento de la penitencia o confesión, y además esgrime una fuerte defensa al afirmar que el sacerdote oye los pecados de la confesión como representante de Dios y no como hombre<sup>(16)</sup>.

El sigilo sacramental obliga por Derecho canónico a no revelar bajo ninguna circunstancia lo oído en la confesión, bajo penas de fuertes sanciones canónicas.

<sup>(13)</sup> O. SILVA, «El confesor como testigo en el nuevo proceso penal», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI, (2005), Semestre I, Valparaíso, Chile, pp. 459-465. P. 460, consulta: 22/07/2022, disponible en <https://bit.ly/2ByPxEP>.

<sup>(14)</sup> D. TARANTINO, «Confesión y sigilo sacramental en el Concilio Lateranense IV: de la normativa a la reflexión doctrinal», en *Vergentis*, vol. 3 (2016), pp. 173-192, p. 177, consulta: 26/08/2022, disponible en <https://bit.ly/3UP0V6d>.

<sup>(15)</sup> Santa Sede, *Catecismo de la Iglesia Católica*.

<sup>(16)</sup> J. J. RODRÍGUEZ y J. A. VILLARREAL, «El secreto de confesión frente al escenario de la bomba de relojería. ¿Es justificable la violación del Sigilo Sacramental a la luz de la lógica del mal menor?», en *Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho. Instituto de Derecho Comparado, volumen 37 (2014), pp. 327-360, Venezuela, p. 337 y 338, consulta: 27/08/2022, disponible en <https://bit.ly/33SIZhG>

Para tratar de establecer los rasgos determinantes del secreto religioso, lo haremos siguiendo la descripción de Palomino:

De una parte, el sujeto relevante lo hace en la medida en que es miembro, fiel o seguidor de un grupo religioso; y acceder a la relación real como un medio de carácter cultural o próximo a este carácter. De otra parte, el depositario de la revelación lo hace en razón de una cualificación personal de la que le dota el grupo religioso al que pertenece. El elemento objetivo queda impregnado de los elementos anteriores. Es decir: confidencialidad como elemento definitorio, e identificación externa como verdadero secreto»<sup>(17)</sup>.

Algunos autores mantienen que el sigilo sacramental no es propiamente una especie de secreto profesional. Como recordaba Iglesias Cubría, «el sacerdocio es antes un estado que una profesión y la peculiaridad del secreto propio de aquel estado se justifica precisamente por estar relacionado o derivar de su status y no de la profesión».<sup>(18)</sup> Otros autores, sin embargo, lo comparan con el secreto profesional, pero a nuestro juicio, lo hacen para hacer ver que sigilo sacramental se encuentra en una posición por encima de éste. En este sentido, podemos mencionar a Carneluttí, el cual considera que «la especie más alta de secreto profesional es el secreto de confesión».<sup>(19)</sup> Sin embargo, como mantiene González del Valle, «con frecuencia viene utilizado como prototipo para otras profesiones; pero el secreto ministerial no se reduce al secreto de confesión, sino que abarca toda la actividad del ministro de culto en cuanto tal ministro de culto»<sup>(20)</sup>.

Los teólogos y canonistas han debatido y propuesto diversas teorías para la fundamentación jurídica del secreto de confesión. Diversos autores, entre los que se encuentra Zubacz, sostienen que el sigilo sacramental se basa en la Ley Divina, y ni tan siquiera el Papa, Vicario de Cristo, tiene el poder para disponer de él y dispensar su observancia<sup>(21)</sup>.

Por último, es importante destacar que no existe distinción alguna en la observancia del sigilo sacramental entre quien acude para confesar su pecado, y quien acude buscando consejo por haber sido víctima el mismo. Con ello queremos decir, que el sigilo sacramental es inviolable, tanto si el que

<sup>(17)</sup> R. PALOMINO LOZANO, *Derecho a la intimidad y religión. La protección jurídica del secreto religioso*, Comares, Granada, 1999, p. 24»

<sup>(18)</sup> J. BERNAL VALLS, Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal: sumarias consideraciones sobre su problemática actual», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 5, marzo de 1987, pp. 3-39, p. 25, consulta: 27/08/2022, disponible en <https://bit.ly/3WRK6tg>

<sup>(19)</sup> F. CARNELUTTÍ, *Principi del proceso penale*, Napoli, 1960, p. 199.

<sup>(20)</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, «Ministros de culto», en J. Ferrer Ortiz *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Instituto Martín de Azpilcueta, EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, S. S., 7ª Edición, Pamplona, 2007, p. 231.

<sup>(21)</sup> G. ZUBACZ, *The sacramental seal of confession from de Canadian civil law perspective*, Canadá, University of Ottawa, 2008, pp. 58-69, consulta: 28/08/2022, disponible en <https://bit.ly/2N1Qr26>.

acude a la confesión es el pecador, como si el que acude es la víctima. No se puede dar a conocer ninguna noticia que se haya conocido durante la confesión, bajo ningún concepto.

### 3.2. Regulación en el CIC de 1983

El sacramento de la penitencia se encuentra regulado Título IV, del Libro IV, de la Función de santificar la Iglesia, Parte I, de los Sacramentos, entre los cánones 959 al 997 del CIC de 1983. Dentro de la mencionada regulación, el Capítulo II se encarga de legislar sobre los ministros del Sacramento de la Penitencia.

Siguiendo lo dispuesto en el canon 965, el único ministro que está habilitado para oír una confesión y absolver válidamente los pecados es un sacerdote.

Asimismo, la Iglesia católica obliga a sus ministros a mantener el sigilo sacramental a través del canon 983 del CIC, que establece: «El sigilo sacramental es inviolable; por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo». Por su parte, el apartado 2 añade: «También están obligados a guardar secreto el intérprete, si lo hay, y todos aquellos que, de cualquier manera, hubieran tenido conocimiento de los pecados por la confesión».

Como podemos apreciar, el Derecho canónico presta excepcional importancia a este sacramento, hasta tal punto que el confesor debe guardar el más absoluto y estricto de los secretos con respecto de los pecados que sus penitentes les hayan revelado durante la confesión. Esta obligación es tan absoluta y posee tanto nivel de reserva que el confesor no puede, después de efectuada la confesión, mencionar, ni tan siquiera con el mismo penitente, todas aquellas noticias reveladas durante el sacramento. Toda la información que le otorga el penitente al confesor queda totalmente «sellada»<sup>(22)</sup>.

Asimismo, el canon 984 del CIC prohíbe terminantemente, que «el confesor haga uso de los conocimientos adquiridos en la confesión del penitente, aunque no haya peligro alguno de revelación».

El canon 1548 del CIC, que dispone las normas sobre la prueba testifical en los procesos contenciosos canónicos, establece que están exentos de declarar «los clérigos, en lo que se les haya confiado por razón del ministerio sagrado [...] en lo que se refiere a los asuntos que caen bajo ese secreto».

De igual manera, el canon 1550 del CIC regula las personas que pueden ser testigos dentro del proceso canónico. En su apartado segundo dispone que

<sup>(22)</sup> Usamos el término «sellado», tal y como dispone el N. 1467 del *Catecismo de la Iglesia Católica*: «Este secreto, que no admite excepción, se llama “sigilo sacramental”, porque lo que el penitente ha manifestado al sacerdote queda “sellado” por el sacramento».

son incapaces para ser testigos «los sacerdotes, respecto a todo lo que conocen por confesión sacramental, aunque el penitente pida que lo manifiesten; más aún, lo que de cualquier modo haya oído alguien con motivo de confesión no puede ser aceptado ni siquiera como indicio de la verdad».

Es importante destacar que el secreto de confesión no admite ninguna excepción, incluso en el supuesto en el que el penitente dispense al confesor del secreto de confesión y le pida al sacerdote que manifieste todas aquellas noticias que le expuso durante la confesión.

La protección que le otorga el sacramento permite al penitente acercarse con total seguridad para mantener un diálogo con Dios, siendo consciente de que se va a respetar la reserva de lo confesado.

De todo lo expuesto, podemos aseverar que la inviolabilidad del sacramento es absoluta, es decir, no admite ningún tipo de excepción y su quebrantamiento es castigado como un delito canónico con la pena más alta: la excomunión, tal y como establece el canon 1386 del CIC, que dispone: «El confesor que viola directamente el sigilo sacramental, incurre en excomunión *latae sententiae* reservada a la Sede Apostólica; quien lo viola sólo indirectamente, ha de ser castigado en proporción con la gravedad del delito».

Como podemos apreciar de la lectura de dicho canon, la sanción para el sacerdote que vulnera el secreto de confesión es distinta en función de si la vulneración se ha realizado de manera directa o indirectamente. Si lo viola directamente, se incurre en excomunión *latae sententiae*. Por el contrario, si lo hace de manera indirecta, será castigado en función de la gravedad del delito.

### 3.3. Normas sustanciales relativas a los crímenes más graves reservados a la Congregación para la Doctrina de la Fe

En octubre de 2005, a raíz de una investigación oficial del Gobierno sobre las denuncias de abuso sexual por parte de clérigos en la diócesis de Ferns (Wexford, Irlanda), se publica el *Ferns Report*<sup>(23)</sup>. La investigación identifica más de 100 denuncias de abusos cometidos entre 1962 y 2002 (40 años), y a 21 sacerdotes perpetradores. Éste se convierte en el segundo gran escándalo de abusos sexuales a menores por clérigos de la Iglesia católica, tras la publicación por el Boston Globe de los escándalos de pederastia eclesiástica en la Archidiócesis de Boston el 6 de enero de 2002<sup>(24)</sup>.

---

<sup>(23)</sup> Gobierno de Irlanda, Ferns Report, octubre de 2005, Irlanda, consulta: 30/08/2022, disponible en <https://bit.ly/30Hlw0Q>

<sup>(24)</sup> Boston Globe, Toda la información sobre los abusos sexuales por la Iglesia de Boston y EE. UU. Consulta: 30/08/2022, disponible en <https://bit.ly/31OqpoH>

La reacción de la Iglesia y el anuncio de Benedicto XVI no se hace esperar, publicando el 21 de mayo del año 2010 unas Normas Sustanciales que introduce cambios, de sustancia y de procedimiento, en las Normas relativas a los crímenes más graves reservados a la Congregación para la Doctrina de la Fe (en adelante, CDF), incluyéndose la «adquisición, posesión y distribución» de pornografía infantil en el artículo 6 de dichas Normas.

En el artículo 4 de las mencionadas Normas se reserva al juicio a la CDF la violación directa e indirecta del sigilo sacramental.

De igual manera, también se reserva a la CDF, según lo estipulado en el artículo 6, el delito contra el sexto mandamiento del Decálogo cometido por un clérigo con un menor de 18 años.

La Iglesia entiende que ambos delitos resultan especialmente graves, por ello se reserva su juicio a la CDF.

Recientemente, en el año 2021, el Papa Francisco promulgó una nueva versión de las Normas más graves reservadas a la Congregación para la doctrina de la Fe. En ella sigue manteniéndose inalterable la posición de la Iglesia católica sobre que el sigilo sacramental es inviolable y que su violación constituye uno de los delitos más graves en la Iglesia católica.

Asimismo, el 5 de junio de 2022 el Dicasterio para la Doctrina de la Fe publicó una versión actualizada del *Vademécum* sobre algunas cuestiones procesales ante los casos de abuso sexual a menores cometidos por clérigos. Dicho texto nació con la finalidad de dar una respuesta a los Obispos y profesionales del Derecho que se encuentran en la necesidad de aplicar la normativa canónica referente a los casos de abuso sexual a menores cometidos por clérigos que se sustancian y son de competencia del mencionado Dicasterio.

El *Vademécum* trata de ser un «manual» de cómo proceder desde que se tiene conocimiento del presunto delito hasta la conclusión definitiva. Si bien es cierto que no es un texto normativo y con este no se modifica ninguna legislación en la materia que estamos analizando, su pretensión es servir de itinerario para los distintos operadores que deban atender causas de abusos sexuales a menores cometidos por clérigos y que deban sustanciarse ante el Dicasterio para la Doctrina de la Fe. Por ello, en dicho texto se recomienda su observancia, con el fin de conseguir una praxis homogénea de cara a una mayor claridad la administración de la justicia.

Con respecto a la materia que estamos analizando, hemos de decir que el mencionado texto recuerda que una *notitia criminis* que haya sido adquirida mediante la confesión, se encuentra «bajo el estrictísimo vínculo del sigilo sacramental». Ante ello, el Dicasterio informa que el confesor que, durante la celebración del sacramento de la penitencia tuviera noticia de un hecho delictivo de abusos sexuales a menores perpetrado por clérigos, debe intentar que el penitente dé a conocer la información por otros medios, para que quien tenga el deber de actuar, pueda hacerlo.

Con dicha disposición, el Dicasterio de la Doctrina de la Fe, vuelve a reforzar la inviolabilidad del sigilo sacramental, aunque recomienda al confesor que trate de convencer al penitente informe de la noticia por otros medios, con la finalidad de hacer justicia.

### 3.4. La protección de los menores en la Iglesia

Con el espíritu de reconocer que la Iglesia ha tenido un grave problema, que es importante sacar a la luz las carencias y saber otorgar soluciones, el Papa Francisco anunció el pasado día 12 de septiembre de 2018<sup>(25)</sup>, la convocatoria de la cumbre «La protección de los menores en la Iglesia», que se celebró entre los días 21 a 24 de febrero del presente año, en la que estudiaron 21 propuestas para establecer mecanismos que eviten los abusos sexuales a menores de edad.<sup>(26)</sup> Esta cumbre antipederastia ha supuesto un hito importantísimo para la Iglesia católica y un paso adelante de la Iglesia en la lucha contra los abusos sexuales a menores.

Sin demora, las distintas comisiones y organismos que trabajaron en la cumbre comenzaron a ocuparse en la elaboración de normas y documentos que tratan de paliar este execrable delito. Los tres primeros documentos que han visto la luz fueron publicados por la Santa Sede de manera conjunta el 26 de marzo de 2019: la Ley N. CCXCVII, el *Motu Proprio* sobre la «Protección de los menores y personas vulnerables», (ambas aplicables al Estado de la Ciudad del Vaticano, y también a la Curia Romana); y las «Directrices Pastorales (Líneas Guía) para el Vicariato de la Ciudad del Vaticano». Estas tres leyes entraron en vigor el 1 de junio de 2019.

La Ley N. CCXCVII sobre la Protección de menores y personas vulnerables se aplica, a tenor de lo estipulado en su artículo 1, «a los delitos establecidos en el Título II de la Ley N° VIII, que *contiene normas complementarias en materia penal*, de 11 de julio de 2013, así como a los delitos establecidos en los artículos 372, 386, 389, 390 y 391 del Código Penal, si se comete en detrimento de un menor o de una persona considerada equivalente a un menor». El artículo 3 del mencionado texto legal dispone que «el funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, conozca o tenga motivos razonables para creer que un menor ha sufrido uno de los delitos mencionados en el artículo 1, debe presentar un informe sin demora». Pero la verdadera novedad legislativa se refiere a la obligación de denunciar y sancionar al funcionario eclesiástico «que omita o que demore indebida-

---

<sup>(25)</sup> Oficina de Prensa de la Santa Sede, Comunicado del Consejo de Cardenales. Ciudad del Vaticano. 12 de septiembre de 2018, consulta: 30/08/2022, disponible en <https://bit.ly/2NC8YUz>

<sup>(26)</sup> R. MARTÍNEZ, «21 puntos de reflexión del Papa para el encuentro Protección de menores», en *Vaticannews*, 21/02/2019, consulta: 1/09/2022, disponible en <https://bit.ly/2KYNoYQ>

mente la presentación del informe». Pero ambas normas poseen una excepción: «Sin perjuicio del sello sacramental». Es decir, no estarán obligados ni a denunciar ni a declarar si el conocimiento de los hechos le ha llegado a través de la confesión, porque esa información queda asumida por el sigilo sacramental, que es inviolable (cánones 983 y 1550 del CIC).

El segundo de los documentos que mencionamos anteriormente, la Carta Apostólica en forma de *Motu Proprio* sobre la protección de los niños y las personas vulnerables establece, en la misma línea que la Ley CCXCVII, que los funcionarios públicos de la Ciudad del Vaticano «están obligados a presentar, sin demora, una denuncia ante el promotor de justicia en el tribunal del Estado de la Ciudad del Vaticano cada vez que, en el ejercicio de sus funciones, tienen noticias o razones razonables para creer que un niño o una persona vulnerable es víctima», pero debiéndose salvaguardar el sigilo sacramental, tal y como establece el artículo 2 del citado *Motu Proprio*.

En el mismo sentido se pronuncia las Directrices (Líneas Guía) para la protección de los menores y personas vulnerables para el Vicariato de la Ciudad del Vaticano en el número 3 de la Pauta «F», aunque en este documento no sólo se refiere a los funcionarios públicos, sino también a «los trabajadores pastorales, colaboradores y voluntarios que tengan noticias de que un niño es víctima de explotación».

Con estas tres normas, tras renovar la legislación en el Estado del Vaticano, como modelo a seguir por toda la Iglesia universal, desde la Santa Sede comenzaron los trabajos de la redacción de un nuevo *Motu Proprio*, con el fin de que éste contuviera unas directrices uniformes para la Iglesia católica en todo el mundo.

Francisco promulgó el 7 de mayo de 2019 la Carta Apostólica en forma *motu proprio* «Vos estis lux mundi» (Vosotros sois la luz del mundo), la cual contiene las nuevas normas procesales y penales que se deben adoptar para prevenir y luchar contra los abusos sexuales cometidos por clérigos y religiosos contra los menores de edad y personas vulnerables. El *Motu proprio*, por primera vez en la Iglesia católica, establece una obligación no sólo moral, sino legal, de denunciar:

Encubrir el delito de abuso no es aceptable; nunca ha sido aceptable. Por lo mismo, con gran firmeza, el Papa hace que la denuncia de cualquier acto que parezca ser criminal sea obligatoria, teniendo muy claro también el principio de la presunción de inocencia y el respeto inviolable del sigilo sacramental (cc. 983; 1550 §2, 2º y 1548 §2)<sup>(27)</sup>.

<sup>(27)</sup> M. GIDI, «Vos estis lux mundi: Un paso más... hacia adelante», en *La Revista Católica*, abril/junio de 2019, pp. 191-200, p. 197.



Por tanto, desde la promulgación de las normas anteriormente expuestas y del *Motu Proprio* «Vos estis lux mundi», todo clérigo o religioso que tenga noticia o motivos fundados para creer que se ha cometido alguno de los delitos contra el sexto mandamiento (artículo 1), estará en la obligación de denunciar ante el Ordinario del lugar donde habrían ocurrido los hechos (artículo 3), «excepto en los casos previstos en los cánones 1548.2 CIC», es decir, excepto por las noticias que se le hayan confiado por razón de su ministerio.

De todo lo expuesto, podemos concluir que efectivamente la Iglesia católica ha empleado grandes esfuerzos en la búsqueda de medidas que ayuden a paliar, prevenir y luchar contra los abusos sexuales perpetrados por clérigos y religiosos, siguiendo el espíritu del encuentro «La Protección de los menores en la Iglesia», estableciendo en todas sus nuevas normas la obligación de denunciar a quienes obtengan noticias o motivos fundados para creer que se ha cometido alguno de los delitos contra el sexto mandamiento, pero manteniendo y salvaguardando la inviolabilidad del sigilo sacramental.

### 3.5. Nota de la Penitenciaría Apostólica sobre el sigilo sacramental

Como consecuencia de las reformas legislativas que están desarrollando, algunos Estados, con el fin de que el confesor se vea obligado a declarar todas las noticias que se le haya revelado durante la confesión y que versen sobre abusos sexuales a menores de edad, la Santa Sede ha reaccionado publicando una *Nota de la Penitenciaría Apostólica* el 29 de junio de 2019, reafirmando «la inviolabilidad del sigilo sacramental, el cual no admite excepciones».

Desde la Santa Sede se afirma que el secreto de confesión es indisponible porque «proviene directamente de la ley divina revelada y está arraigado en la naturaleza misma del sacramento, hasta el punto de no admitir excepción alguna en el ámbito eclesial ni, menos aún, en el ámbito civil».

Con estas palabras, el Papa Francisco recuerda que el sigilo sacramental no admite ningún tipo de excepción, bajo ningún concepto, ya sea en el ámbito canónico ni civil.

Asimismo, añade que «cualquier acción política o iniciativa legislativa encaminada a «forzar» la inviolabilidad del sigilo sacramental constituiría un delito inaceptable contra las *libertas Ecclesiae*, que no reciben la legitimidad de los Estados individuales, sino de Dios;», para continuar afirmando que «también constituiría una violación de la libertad religiosa, que es jurídicamente fundamental para cualquier otra libertad, incluida la libertad de conciencia de los ciudadanos individuales, ya sean penitentes

o confesores». Como podemos apreciar, la Penitenciaría Apostólica estima que todas las modificaciones normativas que están desarrollando diversos países para obligar a los confesores a declarar en procesos que versen sobre abusos sexuales a menores, constituyen una ofensa a la libertad religiosa, la cual ampara a penitentes, pero también a confesores.

Otras de las advertencias que añade la Nota es que «nunca está consentido imponer al penitente, como condición para la absolución, la obligación de entregarse a la justicia civil, en virtud del principio natural, aplicado en todos los sistemas, según el cual «nemo tenetur se detegere»». Un paralelismo lo podemos hallar en el artículo 24 de la Constitución Española (en adelante, CE), el cual establece que: «todos tienen derecho [...] a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

Asimismo, la Nota aclara que «el sigilo sacramental concierne a todo lo que el penitente ha acusado, también en el caso de que el confesor no conceda la absolución; si la confesión es inválida o por alguna razón no se da la absolución, sin embargo, el sigilo debe mantenerse», es decir, aunque el confesor no haya otorgado la absolución, o la confesión no sea válida porque no reúne para su validez el requisito del sincero arrepentimiento del penitente, junto con el firme propósito de enmienda y de no reincidir en el mal cometido<sup>(28)</sup>, el secreto de confesión deberá custodiarse.

Por último, es importante destacar que la Penitenciaría Apostólica impone una obligación a los sacerdotes que confiesen a víctimas de delitos, instándole a que deben «informarles respecto a sus derechos, así como acerca de los concretos instrumentos jurídicos a los que acudir para denunciar el hecho en foro civil y/o eclesiástico e invocar a la justicia». En este caso, si el penitente es una víctima de un abuso sexual, el confesor deberá asesorarle de todas las herramientas jurídicas que dispone la Iglesia y los ordenamientos jurídicos nacionales para que acuda a la jurisdicción eclesiástica y civil a invocar justicia.

## 4. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

### 4.1. La CE y la libertad religiosa

En nuestro ordenamiento jurídico, el sigilo sacramental adquiere relevancia en cuanto que resulta ser una consecuencia del derecho de libertad religiosa y de conciencia, consagradas en el artículo 16 de la CE, el cual establece que: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestacio-

<sup>(28)</sup> CIC: Cánones 959 y 987.

nes, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Por tanto, en virtud de dicho derecho fundamental, el Estado español debe proteger la libertad religiosa de las personas y de las confesiones en España.

Asimismo, el artículo segundo, uno, b) de la LOLR consagra como consecuencia del principio de libertad religiosa y de culto garantizada en nuestra CE, el derecho de toda persona a: «Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión». Entre los actos de culto y de asistencia religiosa de la religión católica se encuentra el Sacramento de la Penitencia y, por tanto, siguiendo los mandatos de los citados artículos 16 de la CE y Segundo de la LOLR, se debe garantizar el sigilo sacramental como un derecho de los fieles. Por lo expuesto, la cuestión del sigilo sacramental no obedece únicamente al deber de salvaguardar la relación de confianza entre un fiel y el confesor, sino que afecta y hace referencia de modo directo al ejercicio de la libertad religiosa.

Como hemos mencionado, algunos autores señalan el fundamento de la protección que ofrece el legislador nacional del sigilo sacramental en el derecho a la libertad religiosa. Sin embargo, otros autores, entre los que se encuentra González del Valle encuentran su fundamentación en el derecho a la intimidad.<sup>(29)</sup>

Otros autores, entre los que podemos destacar a derecho a la libertad religiosa. Palomino, estiman que el fundamento es distinto en función del sector del ordenamiento jurídico en el que opere el secreto religioso: en el Derecho Penal, es la intimidad concebida como interés público; en el Derecho Civil, es la intimidad en su manifestación de interés privado; y en el Derecho Procesal, la intimidad y la libertad religiosa<sup>(30)</sup>.

Con la promulgación de la Constitución, y siguiendo lo descrito por Rossel, «la misión de este no consiste sólo en reconocer la existencia de una serie de derechos fundamentales, sino que ha de fomentar el ejercicio de los mismos... ha de tomar postura a favor de la libertad»<sup>(31)</sup>. En este mismo sentido sostiene Ibán que «la protección de la libertad religiosa [...] no se trata de un simple cambio de la posición del Estado ante el fenómeno religioso, sino de un cambio de actitud ante los derechos fundamentales. La misión del Estado será no sólo reconocer, sino fomentar el ejercicio de los derechos fundamentales»<sup>(32)</sup>.

<sup>(29)</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, «Ministros de culto», en J. Ferrer Ortiz, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, cit. p. 231.

<sup>(30)</sup> R. PALOMINO LOZANO, *Derecho a la intimidad y religión. La protección jurídica del secreto religioso*, cit. pp. 49-78.

<sup>(31)</sup> J. ROSSEL, «Objeto del Derecho Eclesiástico», en J. Otaduy Guerin (coord.), *Diálogo sobre el futuro de la ciencia del Derecho Eclesiástico en España*. Trabajos de la reunión organizada por el «Instituto Martín de Azpilcueta». Universidad de Navarra, 26 de mayo de 2000, Navarra, Navarra Gráfica Ediciones, 2001, p. 105.

<sup>(32)</sup> I. C. IBÁN, *Derecho canónico y ciencia jurídica*. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1984, pp. 200-202.

Aunque si bien es cierto que el artículo 24.2 de la CE dispone un mandato al legislador para que regule los casos en los que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se establece una obligación de declarar sobre hechos presuntamente delictivos, entendemos que el sigilo sacramental no es equiparable a las relaciones profesionales, sino al cumplimiento del derecho a la libertad religiosa.

Y es que, efectivamente, no debe existir una diferenciación entre el secreto profesional y el secreto religioso. En palabras de Palomino, «la privacy [...] no permite ni realiza una distinción entre el secreto religioso y otros secretos confiados por razones profesionales o sociales [...] que el secreto haya sido confiado en razón de relaciones [...] médico-paciente, esposa-marido, hijo-padre –de por sí– carece de importancia. Su relevancia existe en la medida en que la comprobación de esa relación es una garantía externa de que lo confiado es secreto»<sup>(33)</sup>.

Sobre la cuestión que estamos abordando, el hecho de establecer excepciones a la prohibición de declarar de los clérigos y religiosos sobre todas aquellas noticias conocidas durante la confesión, puede suponer un ataque frontal a la libertad religiosa. La promulgación de leyes que propongan la ruptura del sigilo sacramental puede parecer justas en casos muy concretos, como en el que estamos examinando sobre los abusos sexuales a menores, pero en realidad no lo son, pues éstas supondrían un debilitamiento de las conquistas en materias de derechos fundamentales que ha logrado nuestra sociedad, entre ellas la libertad religiosa.

Para la cuestión examinada, es importante resaltar que el Estado reconoce a las confesiones en la LOLR el derecho a organizarse internamente de manera autónoma y con total independencia. Pero esta autonomía va más allá que la mera autonomía estatutaria que el Estado otorga a otro tipo de organizaciones, como podrían ser las fundaciones, partidos políticos, sindicatos, etc. a las cuales las autoridades les pueden imponer algunos requisitos de índole organizativa, como por ejemplo que se organicen de manera democrática. Sin embargo, las confesiones poseen libertad para organizarse conforme a sus propios criterios, sin más límites que los marcados por el orden público, en virtud de lo establecido en el artículo 6.1 de la LOLR, que establece que:

Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de

<sup>(33)</sup> R. PALOMINO LOZANO, *Derecho a la intimidad y religión. La protección jurídica del secreto religioso*, cit. p. 56.

su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación.

En efecto, entendemos que el Estado no debe aplicar de manera absolutista únicamente el ordenamiento jurídico estatal obviando el ordenamiento jurídico canónico y del resto de ordenamientos confesionales. El Estado debe tener en cuenta el fenómeno religioso, por mandato expreso del legislador constitucional, ya que el individuo puede ser creyente y ciudadano. En este sentido, Contreras Mazario razonó con un argumento que compartimos que:

[...] el elemental e indiscutible dato de partida es que el hombre es un ser religioso y un ser civil simultáneamente. Con tal afirmación se ponen de relieve dos datos evidentes. En primer lugar, que de un modo real o fingido la materia prima de toda cuestión es el sentimiento religioso. Y, en segundo lugar, que el eje del sistema debe ser el individuo, y más en un Estado democrático, por aplicación del principio de igualdad.<sup>(34)</sup>

Por tanto, al ciudadano que posee unas creencias religiosas, no le es únicamente aplicable el ordenamiento jurídico estatal, sino también el ordenamiento propio de la confesión que practica. Por supuesto, no se trata de hacer prever el ordenamiento confesional con prioridad al estatal, sino que el punto de referencia es el individuo, como miembro de un Estado y como fiel a una religión.

Como dice Montilla:

El Estado ha de satisfacer las necesidades religiosas de estos (los individuos) en primer lugar; las relaciones que mantengan con la Iglesia católica o las otras confesiones... tienen un valor de medio a fin. Pero también porque los individuos desarrollan su libertad y personalidad a través de los grupos sociales, debe reconocerse y garantizarse la autonomía de éstos.<sup>(35)</sup>

---

<sup>(34)</sup> J. M. CONTRERAS MAZARIO, «Epistemología del Derecho Eclesiástico del Estado», en, J. Otaduy Guerin (coord.), *Diálogo sobre el futuro de la ciencia del Derecho Eclesiástico en España*. Trabajos de la reunión organizada por el «Instituto Martín de Azpilcueta». Universidad de Navarra, 26 de mayo de 2000, Navarra, Navarra Gráfica Ediciones, 2001, p. 55.

<sup>(35)</sup> A. MOTILLA, «Notas sobre problemas fundamentales del Derecho Eclesiástico contemporáneo (entorno a la concepción y metodología de la ciencia del Derecho Eclesiástico)», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, V (1989), pp. 191-225, p. 202, disponible en <https://bit.ly/3dxRjYz>. Consulta: 26/07/2022

#### 4.2. Acuerdos del Estado español con la Santa Sede

En 1976, en pleno proceso de transición a la democracia, el Estado español firmó un acuerdo con la Santa Sede sobre *Renuncia a privilegios de presentación y fuero eclesiástico* el 28 de julio de 1976, en el que en el artículo II.3 establece que «en ningún caso los clérigos y los religiosos podrán ser requeridos por los jueces u otras Autoridades para dar información sobre personas o materias de que hayan tenido conocimiento por razón de su ministerio». Con la presente norma, el Estado español, ya en democracia, acuerda con la Santa Sede que ningún clérigo o religioso deberán declarar ante jueces o autoridades sobre todas aquellas noticias de las que hayan tenido conocimiento durante la confesión.

Igualmente, siguiendo el mandato de nuestra Carta Magna que obliga a los poderes públicos a tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y a mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y con las demás confesiones, el Estado español firmó Acuerdos de cooperación con las religiones consideradas mayoritarias en nuestro país. Estos Acuerdos son los firmados con:

- Las Iglesias evangélicas<sup>(36)</sup>.
- Las comunidades judías<sup>(37)</sup>.
- Las comunidades musulmanas<sup>(38)</sup>.

En estos acuerdos, el Estado español reconoce a estas tres confesiones religiosas (como ya hacía con la católica) el derecho de los ministros de culto a no ser obligados a declarar sobre los hechos que les hayan sido revelados durante el ejercicio de su ministerio, y lo hacen los artículos 3.2. de las referenciadas leyes ordinarias, con redacción similar en los tres casos: «Los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes [...] no estarán obligados a declarar sobre hechos que les hayan sido revelados en el ejercicio de funciones de culto o de asistencia religiosa».

La única particularidad la encontramos en el *Acuerdo con las Comunidades Islámicas*, en el que se especifica que este secreto se reconoce «en los términos legalmente establecidos para el secreto profesional», es decir, que para los musulmanes este secreto no tiene naturaleza religiosa, como es en el caso de católicos, protestantes y musulmanes.

Por tanto, podemos afirmar que el secreto ministerial es reconocido por nuestro país de forma expresa en los acuerdos con la Santa Sede, la Federa-

<sup>(36)</sup> Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

<sup>(37)</sup> Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

<sup>(38)</sup> Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

ción de Entidades Religiosas Evangélicas, con la Federación de Comunidades Israelitas y la Comisión Islámica de España, de manera muy similar.

#### 4.3. La Ley de Enjuiciamiento Criminal

Desde el ámbito procesal, hemos de partir con el artículo 259 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) que dispone que todo el que presencie la comisión de cualquier delito público, está obligado a denunciarlo.

Asimismo, el artículo 262 de la LECrim establece que:

[...] los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante». Sin embargo, el artículo 263 del mismo cuerpo legal dispone que «la obligación impuesta en el párrafo primero del artículo anterior no comprenderá a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

Con ello, la norma procesal nos viene a indicar que existen cargos, profesiones y oficios que, por la especial naturaleza de la relación que les une con sus clientes, quedan exentos del deber de denunciar, como podría ser el caso de los abogados. Asimismo, en la norma referenciada anteriormente se incluye con igual protección a los eclesiásticos y ministros de culto con respecto de todo aquello que hayan conocido por razón de su ministerio.

Asimismo, el artículo 410 de la LECrim establece la obligación general de concurrir al llamamiento judicial para declarar a todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros.

Pero de igual manera que acontece con la exención de la obligación de denunciar para los eclesiásticos y ministros de culto, existe una dispensa similar para la obligación de declarar como testigo, disponiendo el artículo 417 del mismo texto legal que no podrán ser obligados a declarar como testigos «los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio». Dicha dispensa también se realiza para:

«Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquiera clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto

que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar declaración que se les pida».

Asimismo, en virtud del artículo 707 del mencionado texto legal, los ministros de culto están dispensados de la obligación general que recaen sobre los testigos de declarar, si sus noticias han sido conocidas en el ejercicio de sus funciones.

En el caso del proceso penal, el Tribunal no debe de entrar a analizar el asunto y basta que los hechos objeto del interrogatorio hayan sido revelados en el ejercicio de sus funciones para que sea aplicable dicho precepto.

Un paralelismo lo encontramos con el canon 1550 del CIC que, dentro del tratamiento del «Juicio contencioso ordinario», al regular la declaración de los testigos del proceso, declarara como incapaces para serlo a los sacerdotes respecto a todo lo que conocen por confesión sacramental, aunque el penitente pida que lo manifieste.

En el ámbito del Derecho procesal civil, el artículo 371 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) dispone que:

[...] cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroga, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta».

Como podemos apreciar, en el proceso civil, los ministros de culto no están eximidos de la obligación de declarar, aunque, de acuerdo con el artículo 371 de la LEC pueden ser liberados de dicho deber.

¿Qué debe entenderse por eclesiásticos? El acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español utiliza las expresiones «clérigos y religiosos». Para conocer el concepto de clérigo en el Derecho canónico hemos de acudir al canon 207 del CIC, que establece que «por institución divina, entre los fieles hay en la Iglesia ministros sagrados, que en el derecho se denominan también clérigos». Por tanto, el clérigo es un ministro sagrado.

Dicho esto,

[...] el derecho a la abstención está en función del ministerio sacro que ejercen; en consecuencia, y conforme a la opinión dominante, la dispensa se concede a quienes tengan la condición de sacerdote o de



ordenado in sacris, o, como más precisamente señala Torné García, a quienes tengan confiado el ejercicio de la cura de almas».<sup>(39)</sup>

Conviene tener en cuenta que no todos los clérigos o religiosos pueden administrar el sacramento de la penitencia. El canon 966 §1, establece dos condiciones para poder hacerlo: ser sacerdote y haber sido facultado para ello. No todos los clérigos o religiosos son sacerdotes, ni todos los sacerdotes son facultados para oír en confesión. Ambas condiciones son esenciales y afectan a la validez del sacramento. Si un sacerdote absuelve a un penitente de sus pecados sin estar facultado para ello, el sacramento es nulo, y, por tanto, el penitente no queda absuelto de sus pecados y tendrá que volver a confesarlos. En este sentido, todos los clérigos o religiosos pueden alegar secreto profesional, pero no todos están sujetos al sigilo sacramental.

Respecto a los ministros de culto de otras confesiones, se hace necesaria que hayan sido reconocidos previamente como tales por el Estado español tal y como dispone el artículo 5.1 de la LOLR, el cual prescribe para su reconocimiento la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas dependiente del Ministerio de Justicia. Por ello «parece lógico que la condición de ministros, a los efectos de la dispensa de la obligación de declarar, resulte suficientemente justificada por la adscripción de aquéllos a las iglesias o confesiones con personalidad jurídica reconocida».<sup>(40)</sup>

De un análisis de la jurisprudencia española a propósito de la cuestión que nos ocupa, podemos apreciar que apenas existen referencias sobre la dispensa de denunciar y declarar de los confesores con respecto a aquellas noticias que conozcan en el marco de la confesión. Sin embargo, nos parece ineludible mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) 7161/1990, de 11 de octubre<sup>(41)</sup>. En dicha sentencia se estudia un recurso de nulidad de un juicio anterior, ya que la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda, no accedió a la suspensión de dicho juicio por la incomparecencia de un testigo, el cual era un sacerdote de Los Palacios (Sevilla) que recibió unas joyas en secreto de confesión y cuya declaración se entendió por la parte recurrente «fundamental como testigo directo».

El recurso se desestimó por el Tribunal Supremo porque, según explica en el Fundamento Jurídico Primero:

[...] el art. 707 en relación con el 417.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que no podrán ser obligados a declarar los eclesiásticos «sobre los hechos que les fueren revelados en el ejer-

<sup>(39)</sup> J. BERNAL VALLS, *Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal: Sumarias consideraciones sobre su problemática actual*, cit. p. 25.

<sup>(40)</sup> J. BERNAL VALLS, *Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal: Sumarias consideraciones sobre su problemática actual*, cit. p. 25.

<sup>(41)</sup> STS 7161/1990, de 11 de octubre.

cicio de las funciones de su ministerio», y aunque el acusado admitió su intervención en el hecho «con motivo de otras diligencias judiciales», ello no dispensaría al sacerdote católico de la obligación del sigilo sacramental sin la autorización expresa del penitente, que no puede presumirse.

Llegados a este punto, hemos de realizar una matización al Fundamento Jurídico de la citada sentencia ya que, como vimos anteriormente en el canon 1550 del CIC, los sacerdotes son incapaces para declarar respecto a todo lo que conocen por confesión sacramental, «aunque el penitente pida que lo manifieste». Asimismo, como ya hemos examinado, el secreto de confesión es inviolable y «está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo»<sup>(42)</sup>.

Esta «autorización» del penitente al confesor para que declare, a la cual hace mención el Tribunal Supremo, ha suscitado controversia entre la doctrina canónica. Osuala mantiene que:

Imagínese que, a semejanza de lo que sucede en el proceso judicial estatal en el que el Juez no puede legalmente obligar a un confesor a divulgar un secreto confesional pero el penitente si lo puede, el Juez podría tratar de sugerir al penitente que libere al confesor, exponiéndole así al penitente a una sospecha justificable si se niega. Además, si se convierte en una práctica normal y aceptada, los litigantes podrían usarla sacrílegamente para plantear pruebas mediante confesión sacramental. De cualquier manera, se perdería la estricta confidencialidad de la cual se enorgullece la teoría, derrotando así la base del bien sobrenatural común por hacer el sacramento repugnante.<sup>(43)</sup>

De igual manera, reproduciendo el artículo 417 de la LECrim, vemos que «los eclesiásticos no estarán obligados a declarar sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio». Por ello, se discute al respecto si el secreto es facultad de los ministros de culto de abstenerse de la declaración o la prohibición por parte de los Juzgados y Tribunales de recibirla.

Según lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras». Si nos ajustamos a las palabras del artículo 417 de la LECrim, se puede hablar de que los clérigos y religiosos «no están obligados a declarar», por lo que el testimonio declarado voluntariamente no sería nulo, independientemente de las conse-

<sup>(42)</sup> Canon 983.1 del CIC.

<sup>(43)</sup> T. M. OUSALA, «Sigilo sacramental y denuncia obligatoria del abuso de menores. Una mirada global», cit. p. 221.

cuencias canónicas que, como ya hemos expuesto anteriormente, tendrían para el sacerdote, pudiéndose llegar hasta la excomunión.

## 5. EL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN ANTE ABUSOS SEXUALES A MENORES POR CLÉRIGOS Y RELIGIOSOS DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA

La Iglesia de nuestro país no ha quedado al margen en cuanto a la búsqueda de soluciones ante la grave crisis de la pederastia eclesiástica.

El 22 de junio de 2010, la Conferencia Episcopal Española (en adelante, CEE) publicó un *Protocolo de actuación según la Legislación del Estado*<sup>(44)</sup>, en el que se recoge una serie de criterios orientadores, teniendo en cuenta la legislación española, en la que se pretendía ayudar

[...] a los Sres. Obispos, clérigos, religiosos e Instituciones eclesiásticas, sobre la forma de proceder en los casos que se puedan presentar respecto de clérigos, religiosos o por otras personas que trabajan en la pastoral de la Iglesia católica y que impliquen agresiones o abusos sexuales a menores, o posesión de pornografía infantil, entre otros supuestos».

En las consideraciones generales, se recuerda a las autoridades eclesiásticas que, además del deber de respetar el principio fundamental a la presunción de inocencia, éstas «deben adecuarse también a las exigencias de la relación de confianza y del correspondiente secreto ministerial que es inherente a las relaciones entre el Obispo y los sacerdotes o religiosos que colaboran con él, así como entre los sacerdotes y los fieles». Es decir, deben de respetar el principio de la inviolabilidad del sigilo sacramental.

Dicho protocolo contempla tres situaciones o supuestos:

1. Agresión o abuso sexual denunciado a la autoridad eclesiástica sin previo conocimiento de las autoridades civiles.
2. Agresión o abuso sexual denunciado directamente a la policía o a la autoridad judicial.
3. Cuando la autoridad eclesiástica tenga noticias de la comisión de un hecho que presenta caracteres de delito contra la libertad sexual del que haya tenido conocimiento a través de una confidencia o relación de confianza mutua del propio sacerdote o religioso

---

<sup>(44)</sup> Conferencia Episcopal Española, Protocolo de actuación según la Legislación del Estado, Protocolo 9/10, Secretaría General de la Conferencia Episcopal Española, 22 de junio de 2010, consulta: 10/08/2022, disponible en <https://bit.ly/3NVZQY5>

Al objeto de nuestro presente estudio, analizaremos el tercer supuesto.

La CEE recuerda en primer lugar que, con carácter general, las Instituciones y órganos eclesiásticos tienen el deber de denunciar todos los delitos de los que se tenga conocimiento (apartado 3.1.), pero que

«no existe encubrimiento ni infracción penal alguna, por no denunciar un delito del que se ha tenido conocimiento en ejercicio de las funciones del ministerio sacerdotal o religioso, ni obligación de declarar como testigo en procesos civiles ni penales respecto de hechos de los que se haya tenido conocimiento en virtud del ejercicio del citado ministerio» (apartado 3.2.).

Esta afirmación la realiza tomando como base el artículo II.3 del Acuerdo del Estado español con la Santa Sede de 28 de julio 1976 y el artículo 263 y 417 de la LECrim, que ya hemos analizado previamente.

Asimismo, la CEE establece en el punto 3.4:

[...] como límite o excepción a los principios generales señalados en los apartados anteriores, la autoridad eclesiástica, sacerdote o religioso que tenga conocimiento de hechos que revisten los caracteres de delito contra la libertad sexual, tiene la obligación de denunciar la próxima o actual comisión de un delito, sin que sea un obstáculo el haber tenido noticia de ello con motivo o con ocasión de la dirección espiritual o confidencia del propio interesado.

En el documento examinado, la CEE intenta separar las obligaciones civiles de las obligaciones religiosas; la obligación de denunciar de la obligación de guardar secreto.

Como límite al secreto de confesión o sigilo sacramental, la CEE impone a la autoridad eclesiástica, sacerdotes o religiosos, la obligación de denunciar, no solo la comisión de estos delitos, sino incluso la intención de cometerlos en el futuro, inclusive si se ha tenido conocimiento de ello con ocasión de la dirección espiritual o confidencia del propio interesado, siempre y cuando éstos fueran revelados en el ejercicio de otras funciones que no hayan sido dentro del sacramento de la confesión. Por tanto, el sigilo sacramental es absolutamente irrevelable bajo ningún concepto, pero si el conocimiento se ha adquirido dentro de sus funciones de director espiritual o mediante la confidencia del propio interesado, esta autoridad, sacerdote o religioso tendrá obligación de denunciar, no solo la actual comisión de un delito, sino la próxima si de ésta tuviera conocimiento.

En definitiva, si no se impide la comisión de un delito del que se tenga noticia o no se acude a la autoridad o sus agentes para que lo impidan y la ruptura del sigilo sacramental no se produce, en estas circunstancias, se

abre el camino a la apreciación del delito del artículo 450 del Código Penal, concurrentes el resto de requisitos típicos.

Es decir, siempre y cuando no se rompa el secreto de confesión, existe la obligación de denunciar un delito, de impedir que se cometa, o de acudir a la autoridad para que lo impida.

Podemos poner como ejemplo de la no ruptura de la confidencialidad debida cuando, por ejemplo, el sacerdote tiene conocimiento de los hechos también por terceras personas, además de por el confidente; o cuando los rumores sobre el delito del confidente comienzan a ser públicos y notorios. Llegados a ese punto, callarse constituiría delito doloso de omisión propia del artículo 450 del CP<sup>(45)</sup>.

Tampoco se rompe la confidencialidad, si se tiene conocimiento de los hechos por una persona o personas que, por miedo, parentesco, amistad, conocimiento, o cualquier otra circunstancia, no se sienten con fuerzas para denunciar por sí mismos este tipo de delitos.

Por último, la CEE recuerda que el reconocimiento al clérigo o religioso del derecho a no declarar debe interpretarse como una manifestación del respeto a la libertad religiosa, que ampara tanto a la persona del confesor, como a la persona que confió su secreto en el ejercicio de dicha libertad religiosa (apartado 3.5.).

## 6. ¿EN QUÉ SITUACIÓN SE ENCONTRARÍA EL SACERDOTE QUE SE VIERA OBLIGADO A DENUNCIAR O A DECLARAR?

En el ámbito penal, debemos de comenzar considerando lo establecido en el artículo 199 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP), el cual dispone que:

[...] el que revele secretos ajenos que haya conocido por razón de su oficio o sus relaciones laborales», será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Por otro lado, en el apartado segundo del mismo precepto se establecen penas de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años para

---

<sup>(45)</sup> Artículo 450 del CP.

1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

«el profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona.

Desde el punto de vista doctrinal, se viene entendiendo que los servicios que prestan los sacerdotes se hallan comprendidos dentro de lo que se conoce como «un Estado», y no una profesión. Para Centenera, «si aceptamos esta interpretación habremos de admitir que no nos encontramos ante profesionales *strictu sensu*, y que por ello el hecho de revelar el secreto por parte del sacerdote no puede subsumirse en el tipo delictivo de violación de los secretos profesionales»<sup>(46)</sup>.

En el sentido de que el sacerdocio no es una profesión *stricto sensu* ya se han pronunciado los tribunales españoles. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 224/2017, de 14 de noviembre<sup>(47)</sup>, se hace manifiesto que la acusación particular solicita, entre otras medidas, la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de sacerdote para un clérigo acusado por un delito de abuso sexual contra un menor. Dicha Audiencia Provincial, a la hora de dirimir si cabe dicha inhabilitación, dispone en el Fundamento Jurídico Cuarto que:

No cabe imponerle la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de sacerdote, como solicita la acusación particular Junta de Extremadura, en cuanto el sacerdocio no es una profesión propiamente dicha, quedando reservadas esas inhabilitaciones a la Iglesia católica y en el ámbito del Derecho canónico.

Por tanto, según el criterio mantenido por los tribunales, el sacerdocio no es propiamente una profesión.

Llegados a este punto, podríamos cuestionarnos qué ocurriría si, al igual que han sucedido en varios países, se produjera una modificación legislativa en la que un sacerdote se viera obligado a declarar y faltase a la verdad en su testimonio para defender el sigilo sacramental. Dicho sacerdote podría verse inmerso en un delito de falso testimonio tipificado en el artículo 458 del CP, con penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses (458.1 del CP), o a penas de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito (458.2 del CP).

Por otro lado, y partiendo del mismo supuesto, si el clérigo no acudiera a los distintos llamamientos judiciales, según lo dispuesto en el artículo 420 de la LECrim, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, si no se

<sup>(46)</sup> F. CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, «El peso del silencio en el sacerdote. Un estudio sobre la posibilidad de evitar males graves conocidos bajo el secreto religioso», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVI (2010), pp. 757-783, p. 762, consulta: 12/08/2022, disponible en <https://bit.ly/3hz7nA1>

<sup>(47)</sup> SAP Badajoz 224/2017, de 14 de noviembre.

presentara ante el primer llamamiento; y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad.

Extremadamente dificultosa sería la situación de los religiosos (e incluso la de otros profesionales que están sujetos al secreto profesional) si, como han ocurrido en diversos países, tuvieran que elegir entre el delito o violar el secreto de confesión.

## 7. CONCLUSIONES

En los últimos tiempos han existido numerosas denuncias de abusos sexuales a menores cometidos por sacerdotes y religiosos. Ante esta situación, algunos Estados están planteando reformas legislativas para obligar a los sacerdotes a denunciar y a declarar respecto de toda noticia que conozcan sobre abusos sexuales a menores, incluidas las que reciban durante la confesión.

Para la Iglesia católica, el secreto de confesión es esencial y declara la inviolabilidad del sigilo sacramental, manifestando que éste no tiene límites ni excepción.

Dichas reformas legislativas han provocado una amplia discusión doctrinal en la que han participado juristas, canonistas, teólogos, etc. Por nuestra parte, estimamos que poner límites al secreto de confesión y a la inviolabilidad del sigilo sacramental, bajo pretexto de que las leyes civiles deben situarse por encima de las leyes religiosas, es desconocer por completo el sentido y el significado del sacramento de la penitencia.

En el Derecho canónico, supondría una clara vulneración del sigilo sacramental consagrado en el canon 983 del CIC, además del ataque a una institución que ha funcionado del mismo modo durante siglos y que no ha sido en ningún momento cuestionado hasta que no han salido a la luz los múltiples casos de pederastia eclesiástica.

De igual manera, la exclusión del secreto de confesión supondría la pérdida del sentido mismo del sacramento.

La iniciativa promovida por dichos países pueden ser una manifestación de la voluntad clara por acabar con este importante problema, pero sería totalmente ineficaz en su objetivo y, jurídicamente desproporcionada, pues supone una importante restricción de los derechos fundamentales implicados. Obligar a un sacerdote a denunciar o a declarar como testigo, revelando así todos los hechos de los que tenga noticia a través de la confesión, supone

un ataque a la libertad religiosa y de culto consagrada por el artículo 16 de la CE y desarrollada por la LOLR.

Desde el punto de vista jurídico, además de la ya mencionada vulneración de la libertad religiosa, por la que una modificación legislativa de esta índole puede ser abocada al fracaso por ser presumiblemente declarada inconstitucional, supondría una vulneración flagrante de los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 1976, donde se insta a que los clérigos y religiosos no se verán obligados a declarar por todas las noticias que tengan conocimiento por razón de su ministerio, así como de toda la normativa interna (LECrím y LEC) que lo desarrolla.

Desde el punto de vista de los objetivos, la vulneración del secreto de confesión no ayudará a las víctimas de los abusos ni supondrá ningún avance en pro de paliar la resolución de los abusos sexuales a los menores.

Las estadísticas reales de los penitentes que revelan en confesión que han cometido una agresión de abuso infantil son imposibles de obtener, precisamente por el cumplimiento del sigilo sacramental. Es más probable que un abogado reciba dichas noticias de esta índole por parte de un cliente que un sacerdote por un penitente. Sin embargo, hasta la fecha, afortunadamente, ningún Estado se ha cuestionado eliminar el secreto profesional para los abogados y, de hacerlo, sería un ataque frontal a uno de los pilares fundamentales de un sistema democrático con un ordenamiento jurídico respetado, propio de países desarrollados. En materia jurídica, la pasión no debe oscurecer a la razón.

Si se pone límites al secreto de confesión, las personas no irán a confesarse ante el temor de que el sacerdote utilice la información facilitada para presentar una denuncia, menos aún un pedófilo. Nunca llegaremos a saber cuántas personas han confesado haber cometido un delito de abuso sexual de menores, pero si el sigilo sacramental no estuviera protegido, lo que sí podemos conocer de manera anticipada es que ningún pederasta irá a confesarse.

La información sería inútil para la policía y el sistema judicial de los Estados en búsqueda de la protección de los menores. Si se llegase a concebir un régimen de denuncia y/o declaración obligatoria para los confesores en materia de abusos sexuales a menores, sería casi impensable que un agresor fuera a confesar su delito, y la sociedad perdería la oportunidad de que una institución como la Iglesia católica, con hondas raíces en nuestra historia y con grandes recursos jurídicos, humanos y materiales, pueda ponerse al servicio de la víctima para asesorarle de todos los medios que dispone a su alcance para hacer justicia y resarcirse de los daños que le han sido causados.

Además, la vulneración del sigilo sacramental supondría la pérdida total del sentido del sacramento de la penitencia. Una vez que se perdiese la



garantía total de la confidencialidad, el penitente sería mucho más renuente a confesar sus pecados.

Dichas reformas legislativas parecen más una cuestión de política antirreligiosa, porque al margen de la gravedad del delito que comportan los abusos sexuales a menores, nunca se han planteado para otros bienes jurídicos esenciales, como podrían ser los delitos contra la vida (homicidio o asesinato, por ejemplo), ni tampoco se ha cuestionado nunca por parte de los Estados eliminar el secreto profesional, como por ejemplo, el que guardan los abogados con respecto a las noticias que reciben por parte de sus clientes.

Asimismo, casi con toda seguridad, los sacerdotes vulnerarán las leyes que les obliguen a denunciar los hechos conocidos durante la confesión. Esta afirmación la realizamos con total contundencia pues la pena que estipula el canon 1386 del CIC es la excomunión, es decir, ser apartado de la Iglesia y de los sacramentos. Esta condena, que para algunos puede parecer poco importante, no lo es. Se trata de una pena muy alta para cualquier cristiano y, más si cabe, para una persona que ha sido investido con las órdenes sagradas. Por tanto, es incuestionable que los clérigos y religiosos mantendrán el secreto de confesión, creando un importante conflicto entre el Estado español y la Iglesia católica.

Además, el hecho de que los sacerdotes guarden el sigilo sacramental no significa que éste sea utilizado para encubrir a pedófilos. La Iglesia ha desarrollado numerosa legislación, no sólo universal, sino también en España, a través de la CEE y de los obispados, instituciones, fundaciones e institutos religiosos, para que los sacerdotes que tengan noticias de cualquier caso de agresión sexual (fuera del secreto de confesión, que es inviolable) estén obligados a denunciar ante las autoridades estatales y eclesiásticas, los cuales, pondrán todos los medios a su alcance al servicio de la víctima.

Por tanto, dichas reformas normativas, además de jurídicamente cuestionables, altamente problemática sería realmente su efectividad y, como hemos dicho anteriormente, debilitadora del sigilo sacramental hasta tal punto que perdería este todo su sentido teológico y la importancia que posee para los católicos, los cuales representan una gran mayoría en nuestro país.

Por todo lo expuesto, una iniciativa legislativa que proponga que los sacerdotes sean obligados a denunciar o a declarar por todas las noticias que obtengan a través de la confesión, además de inconstitucionales por vulnerar el derecho fundamental a la libertad religiosa, son contrarias a los acuerdos internacionales de nuestro país con la Santa Sede, y a nuestra legislación interna. Por ello, el confesor siempre deberá hacer prevalecer su deber de sigilo sacramental y el Estado, en defensa de la libertad religiosa amparada en el artículo 16 de la CE, deberá protegerlo.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL VALLS, J. «Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal: sumarias consideraciones sobre su problemática actual», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 5, marzo de 1987, pp. 3-39. Accesible en: <https://bit.ly/3WRK6tg>.
- CARNELUTTÍ, F. *Principi del proceso penale*, Napoli, 1960.
- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, F. El peso del silencio en el sacerdote. Un estudio sobre la posibilidad de evitar males graves conocidos bajo el secreto religioso, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVI (2010), pp. 757-783, disponible en <https://bit.ly/3hz7nA1>
- CONTRERAS MAZARIO, J. M. «Epistemología del Derecho Eclesiástico del Estado», en Ota-  
duy Guerin, J. (coord.), *Diálogo sobre el futuro de la ciencia del Derecho Eclesiástico en España*. Trabajos de la reunión organizada por el «Instituto Martín de Azpilcueta». Universidad de Navarra, 26 de mayo de 2000, Navarra, Navarra Gráfica Ediciones, 2001.
- GIDI, M. «Vos estis lux mundi: Un paso más... hacia delante», en *La Revista Católica*, abril/junio de 2019, pp. 191-200.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M. «Ministros de culto», en Ferrer Ortiz, J., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Instituto Martín de Azpilcueta, EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, S. S., 7ª Edición, Pamplona, 2007.
- IBÁN, I. C. *Derecho canónico y ciencia jurídica*. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1984.
- MARTÍNEZ, R. «21 puntos de reflexión del Papa para el encuentro Protección de menores», en *Vaticannews*, 21/02/2019, disponible en <https://bit.ly/2KYNoYQ>
- MONTILLA, A. «Notas sobre problemas fundamentales del Derecho Eclesiástico contemporáneo (entorno a la concepción y metodología de la ciencia del Derecho Eclesiástico)», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, V (1989), pp. 191-225, disponible en <https://bit.ly/3dxRjYz>
- NAVARRO-VALLS, R. «Secreto de confesión y abusos sexuales», en *Religión en Libertad* (versión digital), el 7/09/2018, disponible en <https://bit.ly/2q3Adxt>
- OSUALA, T. M. «Sigilo sacramental y denuncia obligatoria del abuso de menores. Una mirada global», en *Revista Española de Derecho canónico*, volumen 76 (2019), pp. 215-239.
- PALOMINO LOZANO, R. *Derecho a la intimidad y religión. La protección jurídica del secreto religioso*, Comares, Granada, 1999.
- RODRÍGUEZ, J. J. y Villarreal, J. A. «El secreto de confesión frente al escenario de la bomba de relojería. ¿Es justificable la violación del Sigilo Sacramental a la luz de la lógica del mal menor?», en *Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho. Instituto de Derecho Comparado, volumen 37 (2014), pp. 327-360, Venezuela, disponible en <https://bit.ly/33SIZhG>
- ROSSEL, J. «Objeto del Derecho Eclesiástico», en Ota-  
duy Guerin, J. (coord.), *Diálogo sobre el futuro de la ciencia del Derecho Eclesiástico en España*. Trabajos de la reunión organizada por el «Instituto Martín de Azpilcueta». Universidad de Navarra, 26 de mayo de 2000, Navarra, Navarra Gráfica Ediciones, 2001.
- RUIZ, P. «¿Qué dice el proyecto que exige a sacerdotes a denunciar abusos revelados en secreto de confesión?», en *CRHoy*, el 22/05/2019, disponible en <https://bit.ly/2Yr5B9A>
- SEPTIÉN, J. «Se desvanece la iniciativa de ley que violaba el secreto de confesión en California (Estados Unidos)», en *Aletheia*, el 13/07/2019, disponible en <https://bit.ly/2lPwDF8>

- SILVA, O. «El confesor como testigo en el nuevo proceso penal», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI, (2005), Semestre I, Valparaíso, Chile, pp. 459-465, disponible en <https://bit.ly/2ByPxEP>
- TARANTINO, D. «Confesión y sigilo sacramental en el Concilio Lateranense IV: de la normativa a la reflexión doctrinal», en *Vergentis*, vol. 3 (2016), pp. 173-192, disponible en <https://bit.ly/3UP0V6d>.
- VARGAS, G. «El sigilo sacramental es inviolable expresan obispos de Chile», en *Aciprensa*, el 3/05/2019, disponible en <https://bit.ly/2pIaY3J>
- ZUBACZ, G. *The sacramental seal of confession from de Canadian civil law perspective*, Canadá, University of Ottawa, 2008, disponible en <https://bit.ly/2N1Qr26>.

«Dignidad humana, derecho y diversidad religiosa» es un volumen colectivo que aborda desde diversas perspectivas jurídicas cuestiones de actualidad, en España y en el mundo, que tienen como telón de fondo la dignidad de la persona, fundamento de todos los derechos humanos, y el factor religioso, clave para entender y encauzar la solución de esas cuestiones. En las páginas de este libro, quince investigadores y profesores universitarios invitan a reflexionar sobre cuatro grandes áreas: doctrina jurídica y acción política en culturas jurídicas de matriz latina, acomodación del pluralismo religioso en diferentes entornos sociales, el derecho canónico como parte integrante de la cultura jurídica occidental y, por último, algunas consecuencias de la autonomía de las instituciones religiosas en el derecho español. El resultado de estos trabajos invita al lector a adoptar una mirada crítica y constructiva que parte de la dignidad humana como realidad objetiva y universal para promover legislaciones y sociedades más acordes con las exigencias irrenunciables de la persona.