

ITALIA

Paulino César Pardo Prieto

Profesor Titular de Universidad
Universidad de León

1.- CORTE DI CASAZIONE, SEZIONI UNITE. SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2011.

El Juez Luigi Tosti, contra quien se encontraba pendiente una causa administrativa por haberse negado a celebrar audiencias mientras permaneciera expuesto el crucifijo en las salas destinadas al efecto¹, ve resuelto el recurso que planteara contra la decisión de instancia que sancionó lo que era considerado reiterada omisión de sus obligaciones como juez.

En el Anexo I recogemos la traducción de aquellos pasajes de la sentencia que se refieren a si la actitud del encausado podría venir justificada o amparada por su derecho de libertad de conciencia o incluso por el principio de laicidad del Estado.

¹ PARDO PRIETO, P.C., *Cronica jurisprudencial de Italia: Decisión de 23 de noviembre de 2006 del Consejo Superior de la Magistratura sobre "retirada del crucifijo de las Salas de Justicia, en Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 7, 2007. pp. 423 - 440.

2.- GRAN CÁMARA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. SENTENCIA LAUTSI Y OTROS C. ITALIA, DE 18 DE MARZO DE 2011².

En un número anterior de *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos* hemos referido los hechos que dan lugar a este proceso, con todo, no estará de más recordar sintéticamente algunos de sus antecedentes³. Lautsi, madre de dos niños que asisten a la escuela pública, estima contrario al principio de laicidad del Estado y a su derecho a que aquellos reciban una educación conforme a sus convicciones la presencia de crucifijos en todas las aulas del centro. Su solicitud para que fueran retiradas (22 de abril de 2002) es desestimada por la dirección del mismo (27 de mayo de 2002). Acude en alzada al Tribunal Administrativo Regional de Venecia (23 de julio de 2002) quien a su vez planteará, antes de entrar al fondo del asunto, una cuestión a la Corte Constitucional italiana para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de las normas que imponen la presencia de los crucifijos en las escuelas públicas (el artículo 118 del Decreto Real núm. 965 del 30 de abril de 1928, y el artículo 119 del Decreto Real núm. 1297, del 26 de abril de 1928)⁴. Un auto de la Corte resolverá que

² Colaboración realizada en el marco del Proyecto “*Instrumentos Jurídicos de Integración de la diversidad*”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Investigadora responsable: CASTRO JOVER, A.).

³ Versión íntegra en castellano de la Sentencia Lautsi c. Italia (*Demanda nº 30814/06*), de 3 de noviembre de 2009, y un comentario a la misma en PARDO PRIETO, P.C., *Crónica jurisprudencial de Italia, Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, nº. 9, 2009, vol. 2, pp. 401-451. Una panorámica de la posición del TEDH respecto a la presencia de lo fideístico en el ámbito educativo en CELADOR ANGÓN, O., *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2011, pp. 168 – 192 y 243 – 246.

⁴ El artículo 118 del Decreto Real nº 965 del 30 de abril de 1928 (Reglamento interior de los establecimientos escolares secundarios del Reino) es del siguiente tenor literal: “*Cada establecimiento escolar debe tener la bandera nacional, cada aula la imagen del crucifijo y el retrato del Rey*”. Por su parte, el artículo 119 del Decreto Real nº 1297 del 26 de abril de 1928 (Reglamento

ésta es incompetente dado que las disposiciones litigiosas no están incluidas en una ley sino en unas normas jurídicas inferiores (*Ordenanza* núm. 389, de 15 de diciembre de 2004). Así las cosas, es el TAR quien debe resolver dando conclusión al procedimiento y lo hará al año siguiente mediante una sentencia en la que rechaza la petición de la recurrente por estimar que el crucifijo no solo era *símbolo de la historia, de la cultura* y de la *identidad italiana*, sino que su presencia era respetuosa con los principios de igualdad, de libertad, tolerancia y laicidad del Estado (*Sentencia* núm. 110, de 17 de marzo de 2005)⁵. A esta sentencia seguirá un nuevo recurso ante el Consejo de Estado, que emitirá otra nuevamente desestimatoria al entender que la cruz ha llegado a ser uno de los valores laicos de la Constitución italiana y representa los valores de la vida civil del país (*Sentencia* de 13 de febrero de 2006).

Contra estos argumentos, la Sra. Lautsi acude al TEDH, alegando, entre otras, la vulneración de dos preceptos del Convenio Europeo y sus protocolos adicionales. Del artículo 2 del Protocolo nº 1, a tenor del cual: “*A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. 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*

General de los servicios de enseñanza primaria) incluye el crucifijo entre los “*equipamientos y materiales necesarios en las aulas de las escuelas*”.

⁵ Se ha señalado que: “*El TAR del Véneto pronuncia esta sentencia después de una decisión precedente [Ordenanza 56/2004] que (...) parecía propender a una lectura bien distinta, si no opuesta, de la cuestión. Es significativo señalar como la divergencia entre estas dos decisiones adoptadas en un breve espacio de tiempo por el mismo órgano, viene condicionada por su (parcialmente) diversa composición en uno y otro momento*”. BARSOTTI, V., y FIORITTA, N., *Símbolos religiosos y espacios públicos. Una comparación*, en VV.AA., *La laicidad desde el derecho*, Madrid, 2010, p. 253. Sobre esto véase también OLIVETTI, M., *Principio de laicidad y símbolos religiosos en el sistema constitucional italiano: la controversia sobre la exposición del crucifijo en las escuelas públicas*, en *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 39, 2009, pp. 260 y ss.

religiosas y filosóficas". Y del artículo 9 del Convenio, donde se dispone: "1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.*

2. 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 moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás."

Y el Tribunal, atendida su jurisprudencia anterior y la de la misma Corte Constitucional italiana, decide otorgar amparo a la pretensión de la actora al considerar que la combinación de esos preceptos conlleva que:

"El Estado tiene la obligación de asumir una neutralidad confesional en el marco de la educación pública donde la presencia en clase está prevista sin acepción de religión y debe buscarse inculcar a los alumnos un pensamiento crítico.

El Tribunal no ve cómo la exposición, en las aulas de las escuelas públicas, de un símbolo que razonablemente se puede asociar al catolicismo (la religión mayoritaria en Italia) podría servir al pluralismo educativo que es esencial para la preservación de una "sociedad democrática" tal y como se concibe en el Convenio. El Tribunal recuerda a este respecto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional camina en el mismo sentido (...).

El Tribunal estima que la exposición obligatoria de un símbolo de una confesión determinada en el ejercicio de la función pública en relación con unas situaciones particulares que

dependen del control gubernamental, en concreto, en las aulas escolares, restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones así como el derecho de los niños escolarizados a creer o no creer. El Tribunal considera que esta medida conlleva la violación de estos derechos porque las restricciones son incompatibles con el deber que incumbe al Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de la función pública, en particular en el ámbito de la educación.”⁶.

Rápidamente el Gobierno italiano anunció su intención de recurrir ante la Gran Sala del Tribunal esta sentencia. Rápidamente, también, la derecha promovió una carrera hacia la formalización de iniciativas normativas que garantizaran la pervivencia de los crucifijos en los centros escolares⁷. El Gobierno italiano solicitó en enero de 2010 que el caso fuera estudiado por la Gran Cámara y, admitida dicha solicitud, concurrirán a favor de su posición algunos otros gobiernos

⁶ Fundamentos de Derecho 56 y 57. Para un estudio crítico puede verse ANITORI, S., “*La sentenza della Corte europea sul crocifisso, tra margine di discrezionalità e principio di uguaglianza*”, en forumcostituzionale.it/site/ En general, sobre la polémica en Italia, véanse las contribuciones publicadas en la misma Web por los Profesores L. ASCANIO, R. BACCARI, S. CECCANTI, G. CIMBALO, R. COPPOLA, F. CORTESE, G. DI COSIMO, N. FIORITA, C. FUSARO, A. GUAZZAROTTI, S. LARICCIA, A. MORELLI, M. OLIVETTI, F. PATRUNO, S. PRISCO, B. RANDAZZO, N. RECCHIA, A. RIVIEZZO, I. RUGGIU, S. SPINELLI, P. STEFANI, V. TONDI DELLA MURA, R. TOSI y P. VERONESI.

⁷ Así, varias Proposiciones de Reforma Constitucional son presentadas al Parlamento dirigidas a afirmar el valor cultural y las raíces judeo cristianas de la República italiana. En un nivel inferior, varias ordenanzas municipales determinarán la continuidad del crucifijo en las escuelas al menos hasta que la decisión sea firme. No faltarán tampoco iniciativas dirigidas a incorporar expresamente en la Constitución una idea de laicidad coherente con la formulación expuesta por el Tribunal Europeo y la jurisprudencia constitucional. Sobre todo ello, véase PARDO PRIETO, P.C., *Italia, en Revista Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, nº 9, 2009, pp. 129 y ss. Una aproximación a los planteamientos entonces sostenidos por el Gobierno de Italia puede verse en los prólogos de Franco FRATTINI y Gianni LETTA a la obra de Carlo CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocifisso*, pp. 9-15.

(Armenia, Bulgaria, Chipre, la Federación de Rusia, Grecia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y la República de San Marino) y a favor o en contra de la apelación varias personalidades y organizaciones de naturaleza dispar (treinta y tres miembros del Parlamento Europeo actuando colectivamente; las organizaciones no gubernamentales *Greek Helsinki Monitor*, la *Associazione nazionale del libero Pensiero*, *Centro Europeo para la Ley y la Justicia*, *Eurojuris*, *International Committee of Jurists*, *Interights and Human Rights Watch*, *Zentralkomitee der deutschen Katholiken*, *Semaines sociales de France* y las *Associazioni cristiane lavoratori italiani*)⁸.

La Gran Cámara, comienza por negar o al menos relativizar algunas de las afirmaciones del Tribunal. Señalará que alguno de los países parte en el Convenio sí admiten expresamente la posibilidad de que sea exhibido el símbolo cristiano del crucifijo; que no está probado que su presencia conlleve adoctrinamiento de los alumnos, que la apreciación de la Sra. Lautsi de que eso sí ocurre en su situación no pasa de ser una mera “percepción subjetiva”⁹, para razonar, luego, que el crucifijo no constituye un límite al derecho de los padres a “*iluminar y asesorar a sus hijos, ejerciendo su función natural como educadores para guiarlos por*

⁸ En contra de este planteamiento véase CARDIA, C., *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocifisso*, Turín, 2010, esp. pp. 31 a 69; WEILER, J.H.H., *Intervento orale del Professor JHH Weiler in rappresentanza di Armenia, Bulgaria, Cipro, Grecia, Lituania, Malta, della Federazione Russa e di San Marino – stati che intervengono come terze parti nel caso Lautsi innanzi alla Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, en www.ilsussidiario.net/News/Politics-Society/2010/7/1. Dentro de la doctrina española María José PAREJO GUZMÁN refiere las líneas fundamentales de las tesis que acabarán acogándose ante la Gran Cámara en su *Orden público europeo y símbolos religiosos: la controversia sobre la exposición del crucifijo en las escuelas públicas*, RGDCDEE, n° 24, 2010, pp. 6-23; en sentido próximo a aquellos autores también CAÑAMARES ARRIBAS, S., *La cruz de Estrasburgo. en torno a la sentencia Lautsi v. Italia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en RGDCDEE, n° 22, 2010, pp. 5-11.

⁹ Fundamento de Derecho n° 66.

un camino conforme a sus convicciones filosóficas”¹⁰ y, en consecuencia, apreciar que, al optar por mantener la presencia de los símbolos, las autoridades actuaron dentro de los límites del margen de apreciación que el artículo 2 del Protocolo Adicional Primero al Convenio concede a cada Estado y, por tanto, no hubo vulneración tampoco del artículo 9 del propio Convenio¹¹.

En la sentencia de la Gran Cámara¹² resultan fundamentales dos razonamientos que el Estado italiano había destacado desde el inicio de la controversia. El primero, que en contra de la “percepción subjetiva” de Lautsi¹³, la percepción del Tribunal se trasluce en que la cruz no responde del todo al concepto de símbolo de fe ni despliega del todo los efectos propios de esa simbología. El segundo, que la neutralidad admite unas u otras formas según cuál sea la calidad del suelo sobre el que se afirma; no responde a un patrón estable sino que permite un amplio margen de apreciación, tan amplio, me temo, que desde la perspectiva en que se sitúa la Gran Cámara corre el riesgo de volverse irreconocible¹⁴.

¹⁰ Fundamento de Derecho nº75.

¹¹ Fundamento de Derecho nº76 y 77.

¹² El texto completo de la sentencia puede verse en la página oficial del Tribunal, GRAND CHAMBER, CASE OF LAUTSI AND OTHERS v. ITALY (*Application no. 30814/06*), www.coe.fr.

¹³ Que, por otro lado, es lo que nos parece razonablemente más apropiado a una sociedad abierta. Sobre esta idea véase PELAYO OLMEDO, D., *Un breve prepasso al marco legal de los derechos de las minorías religiosas en España en el contexto de la multiculturalidad*, en GONZÁLEZ SÁNCHEZ, V.M., *Globalización: Un enfoque multidisciplinar*, 2010, pp. 181 - 206.

¹⁴ Al respecto véase FIORITTA, N., *L'insostenibile leggerezza della laicità italiana*, en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (www.statoechiese.it), junio, 2011, así como la bibliografía allí citada.

3.- CORTE DE APPELLO DI BOLOGNA, I - SEZIONE CIVILE. SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2011.

Como es sabido, durante mucho tiempo en Italia y en tantos otros países europeos los ordenamientos se han venido resistiendo a reconocer que pueda producirse una modificación del sexo registral y, en todo caso, han actuado en orden a mitigar los efectos que un cierto reconocimiento pudiera determinar en relación a la posición jurídica del sujeto¹⁵. La Sentencia de la Corte de Appello di Bologna, I - sezione civile, de 18 de mayo de 2011, revocando una anterior del Tribunal de Módena, razona que la anotación del sexo adquirido determina la disolución del vínculo toda vez que *consentir la persistencia del vínculo matrimonial, rectificado que sea el sexo de uno de los cónyuges, significaría mantener una relación carente de su presupuesto legítimo más indispensable: la diversidad sexual de los cónyuges. Es el presupuesto de toda la regulación positiva –Código civil y legislación especial- del instituto matrimonial, ha de tenerse por no incompatible ni con la Constitución ni con la Declaración de los Derechos del Hombre, según han establecido las decisiones de la Comisión y de la Corte de Estrasburgo. Conforme a la decisión, una interpretación de la Ley [de 1987] realizada siguiendo un formalismo literal que conduzca a un resultado tan visiblemente contrastante con los principios del ordenamiento que rigen la materia –y se trata de principios de orden público- no puede aceptarse, porque no pueden darse relaciones que quedan no solo fuera de cualquier disciplina positiva, sino hasta en contraposición con dicha disciplina en un sector concerniente a aspectos de interés público.*

¹⁵ Vid. LLAMAZARES CALZADILLA, M^a. C.; PARDO PRIETO, P. C., *Transexualidad y derecho a contraer matrimonio en España hoy ¿una luz al final del túnel?*, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado – IX Congreso de Derecho eclesástico del Estado, San Sebastián, 1 al 3 de junio del año 2000*, pp. 563 – 583.

Así pues, el cambio de sexo de uno de los cónyuges ha de determinar la disolución del vínculo matrimonial. La lógica del razonamiento empleado parece llevar a la aceptación de la validez del matrimonio entre una persona cuyo sexo ha sido rectificado y otra de sexo opuesto a éste.

4.- CONSIGLIO DI STATO, SECC. 4ª. SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2011.

La sentencia resuelve el recurso de apelación núm. 3283/2009, interpuesto por la Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR) en la causa seguida contra el Consejo de Ministros y la Presidencia del Consejo de Ministros y en la que fueron parte las confesiones religiosas Unione delle Chiese Cristiane Avventiste del Settimo Giorno, la Unione delle Comunità Ebraiche Italiane, Unione Cristiana Evangelica Battista in Italia, Tavola Valdese, Assemblee di Dio in Italia, Chiesa Evangelica Luterana in Italia, Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova y Unione Buddhista Italiana.

El tribunal *a quo* -Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (Roma - Sezione Prima)-, mediante sentencia de fecha 5 de noviembre de 2008 declaró inadmisibile, por defecto absoluto de jurisdicción, el recurso que la UAAR interpusiera contra la Presidencia del Consejo de Ministros, previa deliberación del propio Consejo, por la denegación de la solicitud de entablar negociaciones a fin de suscribir un acuerdo (*intesa*) conforme a lo previsto en el artículo 8, apartado tercero, de la Constitución italiana.

Los fundamentos del recurso incluyen, entre otros, la defectuosa apreciación de la posición jurídica de la recurrente – que no fue considerada “confesión” por la instancia-, la calificación de la decisión de la Presidencia como “acto político” –y ajeno al control judicial- o la violación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por razón del inadecuado y desigual tratamiento que la denegación implica para el derecho de libertad de conciencia de quienes se ven excluidos de participar en los acuerdos con el Estado italiano.

El Consejo de Estado reflexiona sobre estos argumentos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, afirmando la competencia jurisdiccional para decidir acerca de la adecuación

a Derecho de las decisiones del Ejecutivo en la materia, anula la sentencia de instancia y ordena al Tribunal pronunciarse sobre el fondo del asunto.

En el Anexo II recogemos la traducción de la parte más significativa de los fundamentos jurídicos de la sentencia.

ANEXO I

Corte di Casazione, Sezioni Unite, Sentencia de 14 de marzo de 2011, núm. 5924. Recurso 22385/2010 contra de la resolución núm. 88/2010 del Consiglio Superiore della Magistratura.

DESARROLLO DEL PROCESO

La sección disciplinaria del CSM procedió contra el juez Dr. T.L.¹⁶ por la realización del hecho ilícito a que se refiere el artículo 18 del R.D. núm. 511, de 1946, tipificado desde 19 de junio de 2006 por los artículos 1 y 2, letras n) y r), del Decreto Legislativo núm. 109, de 2006, relativo a la violación de los deberes institucionales y profesionales de diligencia y trabajo, con grave y reiterada inobservancia de las disposiciones relativas a la prestación de la actividad judicial, al sustraerse injustificada y reiteradamente de la actividad jurisdiccional que estaba obligado a desarrollar, absteniéndose de la realización de quince audiencias en el período comprendido entre mayo y junio de 2005 y, posteriormente, los días 8, 12 y 13 de julio de 2005 (procedimiento disciplinario núm. 22/05), así como por mantener esa misma actitud en otras cuatro audiencias hasta el 31 de enero de 2006 (cuando fue suspendido de sus funciones por la Sección Disciplinar; procedimiento disciplinario núm. 37/09), rechazando realizar las audiencias en el mismo día u otro inmediato, hasta obligar a su sustitución, perturbando gravemente la actividad judicial y poniendo en situación de extrema dificultad la prosecución de la actividad jurisdiccional en las causas que le habían sido encomendadas. El Dr. T. fue expedientado, igualmente, porque con esta actitud, que él justificaba por la presencia de crucifijos en las salas del Tribunal de Camerino y en

¹⁶ La redacción original de la sentencia utiliza las siglas T. y T.L., seguidamente a la consideración de Doctor, para referirse al juez Luigi Tosti.

la que persistió a pesar de la puesta a disposición por parte del Presidente del Tribunal de una sala carente de simbología religiosa, comprometía el deber fundamental de cumplir sus funciones, su credibilidad personal y el prestigio mismo de la institución judicial.

MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN

(...)

4.1. En el primer motivo del recurso, el recurrente plantea la nulidad de la sentencia por violación de los artículos 185, núm. 3, 145, 305 y 477 del Código de Procedimiento Penal de 1930; de los artículos 24 y 111 de la Constitución y de los artículos 6 y 13 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos, ratificada por Ley núm. 848 de 1955.

Pretende el recurrente que la Sección Disciplinar “tenía la obligación de decidir acerca de las excepciones interpuestas por el Dr. T. y, en consecuencia, decidir acerca de si la obligación de mantener los crucifijos en las salas (de justicia) lesionaba o no los derechos y las prerrogativas inviolables del Dr. T. y justificaría por tanto su rechazo a llevar a cabo en ellas las audiencias, incluso después de la puesta a disposición de la sala ‘guetto’”. Pretende el recurrente que frente a las acusaciones había opuesto en su defensa los motivos que le obligaban a declinar la realización de las audiencias sometido a la imposición de los crucifijos y persistir en ese rechazo incluso después de que le hubiera sido proporcionada una sala sin crucifijos; que inadecuadamente la Sección había sostenido que no podía tener en cuenta tales razones porque el Procurador General había promovido la sanción considerando irrelevantes tales datos. El recurrente alega, igualmente, el defecto de haber omitido la Sección pronunciarse acerca de los motivos del rechazo (...)

(...)

4.5. En el quinto motivo del recurso la parte recurrente alega la violación y aplicación errónea de los artículos. 2, 3, 7, 8, 19 y 20 de la Constitución relativos a la laicidad del Estado. La violación y aplicación errónea del artículo. 19 de la Constitución, en relación al artículo 9 de la Ley núm. 848 de 1955, (derecho de libertad religiosa) al artículo 2 del Decreto Legislativo núm. 216 de 2003, al artículo 3 de la Ley núm. 654 de 1975, al artículo 43 Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, a los artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 8 de la Ley núm. 302 de 1997 y del artículo 2 de la Ley núm. 101 de 1989 (derecho a la igualdad y no discriminación). Violación y aplicación indebida del artículo 2 de la Constitución, de los artículos 1, 9, 13 y 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los artículos de los artículos 52, 54 y 629 del Código Penal y de los artículos 2044, 2045 y 1460 del Código Civil.

Entiende el recurrente que sobre la base del principio supremo de la laicidad del Estado y del derecho a la libertad religiosa, así como el derecho a la igualdad y no discriminación, bien podía negarse a verificar las audiencias hasta que no fuera decidida la remoción de los crucifijos de todas las salas judiciales o hasta que fuera permitida la exhibición de otros símbolos religiosos, como la menorah judía.

Según el recurrente, la Sección Disciplinaria no habría aplicado correctamente aquellas normas, que de otro modo la hubieran llevado a afirmar que la presencia del crucifijo católico en cada una de las salas de la Audiencia, al margen de aquella destinada al magistrado, y la prohibición de exponer otros símbolos religiosos constituyen motivo justificado para el rechazo del ejercicio de la condición de magistrado en tanto que, por un lado, determinan un conflicto entre el deber de civil de desempeñar un oficio público y el derecho a reivindicar el respeto hacia el principio de laicidad del Estado y el de libertad de conciencia garantizados por la Constitución, y, por otro lado, determinan la lesión del derecho de libertad religiosa y del derecho a la no discriminación del empleado que, a causa de la prohibición de exponer los símbolos religiosos propios, resulta

tratado menos favorablemente que los empleados católicos, de modo que el comportamiento de aquél empleado no viene sino a expresar el legítimo ejercicio de un derecho de defensa ex artículo 24 Constitución.

(...)

5. Los anteriores motivos del recurso merecen ser examinados conjuntamente al hallarse estrechamente conectados entre sí.

En parte resultan inadmisibles y en parte infundados.

Debe sobretodo subrayarse que, como claramente afirma la sentencia impugnada, la inculpación, y por tanto del expediente disciplinario, no lleva a valorar la licitud de la presencia del crucifijo en las salas de justicia sino, más sencillamente, la legitimidad de la reiterada omisión por el Dr. T. de las obligaciones que conlleva su cargo judicial y a las cuales venía sujeto (p. 7). Especifica la Sección, por lo demás (p. 14), que el objeto del expediente no era “verificar la compatibilidad de la laicidad del Estado y de la Libertad religiosa, por un lado, y la ubicación del crucifijo en las salas de justicia, por otro, sino la compatibilidad del rechazo del Dr. T. a llevar a cabo las audiencias –motivado por el hecho de que, en otro lugar y en el mismo u otro momento, la justicia se administre en presencia de un símbolo religioso- y el respeto a las reglas de organización del servicio, a los deberes de los magistrados y a las exigencias propias de su función”

(...)

6.1. En este sentido, la Corte Constitucional repetidamente ha reconocido en la laicidad un principio supremo del ordenamiento constitucional, determinante para la resolución de algunas cuestiones de legitimidad constitucional (recuérdese por ejemplo, entre otras muchas decisiones, las relativas a la regulación de la enseñanza religiosa en la escuela o sobre la

competencia jurisdiccional en las causas concernientes a la validez del vínculo matrimonial contraído canónicamente e inscrito en el registro del estado civil). Se trata de un principio no proclamado *expressis verbis* por nuestra Carta Fundamental; un principio históricamente controvertido y rico en correspondencias ideológicas que ha ido asumiendo relevancia jurídica hasta diferenciarse de otras normas fundamentales de nuestro ordenamiento. En concreto, la Corte lo ha extraído sustancialmente de lo previsto en los artículos, 2, 3, 7, 8, 19 y 20 de la Constitución

El principio compendiado bajo el término “laicidad” (...) comporta aspectos esenciales de aquello que se dispone en los preceptos mencionados, en los cuales, por ello, se encuentran las condiciones para su correcto entendimiento y aplicación. Por otro lado, sin la precisión de tales condiciones, el principio de “laicidad” estaría permanentemente sujeto a las discusiones ideológicas y sería difícilmente aplicable en el ámbito jurídico (Corte Cost., ordenanza núm. 389 de 2004)

6.2. La Sección Disciplinaria no ha considerado responsable al Dr. T. porque se haya negado a realizar las audiencias en una sala donde estuviera expuesto el crucifijo: más aún, ha subrayado que solo en ese supuesto, es decir, solo si hubiera sido obligado a ejercer la jurisdicción bajo la tutela simbólica del crucifijo, cabría considerar que hubiera sido puesto en discusión sus derechos subjetivos de libertad religiosa y opinión. (...) La Sección se ha cuidado de explicitar que los hechos que dan lugar a su sentencia, y que él impugna, se refieren solo a la actitud de rechazo hacia la prestación de la actividad judicial por parte del Dr. T. desde mayo de 2005 (p. 22) a pesar de disponer de la posibilidad de celebrar las audiencias en otra sala, su propio despacho, como formalmente le fue aconsejado por el presidente del Tribunal, o, poco después, en una sala sin crucifijo, situaciones en las que aquella lesión previsiblemente no se produciría.

6.3. Desde esta perspectiva, por tanto, los motivos, en la medida en que se refieren a la pretendida vulneración directa de los derechos inviolables del Dr. T. ocasionada por la presencia del crucifijo en la sala de audiencias del recurrente (...) resultan inadmisibles puesto que no reside en esos hechos la razón que ha dado lugar a la sentencia de culpabilidad de la Sección.

6.4. La jurisprudencia consolidada por esta Corte de hecho ha establecido que la proposición con el recurso de casación de censuras carentes de específicas referencias al “decisum” de la sentencia impugnada es equiparable a la falta de señalamiento de los motivos exigidos por el art. 366 c.p.c., núm. 4, dando lugar a la inadmisibilidad del recurso, declarable incluso de oficio (ex multis, Cass. núm. 21490, de 7/11/2005, Cass. núm. 3612, de 24/2/2004; Cass. núm. 7046, de 23/5/2001). La inadecuación del motivo comporta que el eventual acogimiento de la censura resulta en definitiva carente de relevancia precisa, por cuanto no resulta idóneo para resolver la cuestión que ha de decidir la sentencia (Cass. Sez. Unite, núm. 11650, de 12/5/2008).

6.5. Resultan infundados, por su lado, los motivos de recurso relativos a la pretendida vulneración de los mencionados principios de libertad religiosa, de opinión y de conciencia en relación a que la solución adoptada de facilitar una sala sin crucifijo terminaba por reducir a un “ghetto” al recurrente. La posibilidad de que fuera lesionada la libertad religiosa bajo esta perspectiva queda excluida en tanto que la sala preparada sin crucifijo había sido puesta a disposición de cuantos quisieran utilizarla.

De hecho, la Sección ha sostenido, con una valoración del dato fáctico que forma parte exclusivamente de su competencia, que tal sala (carente de crucifijo) tenía la misma dignidad que las demás y no determinaba ninguna discriminación (p. 21).

6.6. También resulta manifiestamente infundado el motivo de censura según el cual el rechazo del recurrente a realizar las audiencias venía justificado por la falta de autorización para exponer en las salas de justicia la menorah, símbolo de la religión judía.

Para poder acoger tal pretensión, como correctamente indica la sentencia impugnada, es necesaria una decisión discrecional del legislador que no ha tenido lugar por parte del Estado.

Es verdad que en un plano puramente teórico el principio de laicidad es compatible tanto con un modelo de equiparación positiva (laicidad por adición) que permita a cada sujeto ver representados en los lugares públicos la simbología de la propia religión, como un modelo de equiparación negativo (laicidad por sustracción).

Tal opción legislativa, no obstante, requiere que sean valoradas una pluralidad de perspectivas, la primera de ellas, la posibilidad concreta de su realización y el ajuste entre el ejercicio de la libertad religiosa por parte de los usuarios de un lugar público con el análogo ejercicio de la libertad religiosa de los ateos y los no creyentes, así como el ajuste entre la garantía del pluralismo y la posibilidad de conflictos entre una pluralidad de identidades religiosas incompatibles entre sí.

6.7. La Sala consideró, sin embargo, que el comportamiento del Dr. T. merecía una sanción disciplinaria, siguiendo un camino argumentativo en el que por diversas razones no cabe apreciar los motivos de censura opuestos

Atendido el hecho de que el Dr. T. podía desarrollar sus funciones en otra sala carente de símbolos religiosos (como era el caso de su despacho, según le aconsejó el Presidente del Tribunal), la Sección concluye que en este caso no podía llegar a

producirse una lesión del derecho fundamental de libertad religiosa, de conciencia y opinión del Dr. T.

7.1. El núcleo central de la declaración de responsabilidad disciplinaria del Dr. T. se funda en el hecho de que él había hecho dejación de la actividad jurisdiccional injustificadamente, toda vez que él tenía la posibilidad de ejercer sus funciones en espacios donde no estaba presente el crucifijo.

El problema que ha examinado la Sección es el de si el rechazo del ejercicio de dicha actividad podría venir justificado por el hecho de que en otras salas judiciales del País si estuviera expuesto el crucifijo, en detrimento del principio de laicidad del Estado sancionado por la Constitución, las convenciones internacionales y los Tribunales –incluso los internacionales– y, consiguientemente, de los derechos de libertad religiosa y de conciencia de las personas.

La Sección señala correctamente que el recurrente no podía aducir ese dato previo de que en otras salas judiciales del País hubiera crucifijos para justificar su rechazo a ejercer las funciones jurisdiccionales

La solución del problema pasa por el instituto de la tutela privada de los derechos propios, de los derechos ajenos y de los intereses difusos.

7.2.- Especialmente en materia de relaciones laborales, ya sean pública o privadas, se ha afirmado que quien ha de realizar la prestación laboral en determinados casos puede rechazar la misma siempre que tal rechazo constituya el medio legítimo de ejercicio de la autotutela del trabajador frente a comportamientos por parte del empleador (...), y significadamente cuando tales comportamientos afecten a derechos inviolables de la persona y, por tanto, garantizados constitucionalmente (ad. es., el derecho a la salud, Cass. núm. 12773, 17/12/1997).

La autotutela consistente en el rechazo de la prestación laboral a causa de la violación de derechos fundamentales del sujeto que debe realizar la prestación constituye una “autotutela pasiva reactiva”. Ésta consiste en un comportamiento claramente inapropiado que sería ilegítimo por sí mismo (incluso, ilícito), pero viene legitimado por la notoriamente inapropiada actitud de la otra parte.

Así resulta de la reciprocidad que sirve de base a las relaciones sinalagmáticas.

La disciplina de las facultades de autotutela deriva de preceptos sancionadores que se enmarcan, merced a su sentido permisivo y sin posibilidad de extensión analógica, dentro del ordenamiento estatal constitucional e internacional. Tales preceptos, en previsión de ciertas circunstancias, autorizan al individuo a mantener un comportamiento que solo en aquellas circunstancias se reconoce legítimo y que constituye el modo de defender un derecho personal amenazado.

7.3.- Las distintas formas a través de las que la autotutela (entendida como defensa extrajudicial) puede legítimamente ejercitarse (...) presuponen sobre todo que subsista la posición subjetiva de titularidad del derecho tutelado (también en casos concretos el ordenamiento reconoce la posibilidad de accionar la tutela de un derecho de otro sujeto) y además que tal autotutela se inspire en criterios de idoneidad y de proporcionalidad entre la amenaza para el derecho y la consiguiente reacción.

Si el derecho amenazado es un derecho inviolable (y como tal constitucionalmente garantizado) del sujeto que debe la prestación laboral (en sentido amplio), no hay duda acerca de que el titular del mismo pueda realizar la autotutela y que ésta pueda manifestarse también a través del rechazo de la prestación laboral a condición de que tal rechazo sea adecuado e idóneo para evitar la lesión del derecho fundamental objetivamente amenazado,

lesión que no sería evitable de otro modo (o, al menos, sin un coste excesivamente alto).

7.4. El problema surge cuando, como en este caso, la negativa a desempeñar el trabajo se contrapone no a la lesión de un derecho inviolable del sujeto obligado a la prestación sino a un interés colectivo o difuso.

Más específicamente, y en relación al caso objeto de examen, dado que la abstención de la debida actividad jurisdiccional constituye indudablemente un ilícito disciplinario si no resulta justificada y dado que la Sección disciplinar ha descartado que hubiera en este supuesto una lesión del derecho subjetivo de la libertad religiosa, de conciencia y de opinión (al haberse posibilitado hacer uso de una dependencia y una sala sin crucifijo) el problema que se plantea es si, para justificar el rechazo, el Dr. T. podía hacer valer el genérico principio de la laicidad del Estado ante la presencia del crucifijo en las salas de justicia de la Nación o incluso la lesión de la libertad religiosa o de pensamiento de otros sujetos que participaban en las audiencias celebradas en otras salas judiciales en las que se exponía el crucifijo.

7.5.- Desde luego, por los motivos antes citados, ha de excluirse que el Dr. T. pudiera con su comportamiento hacer efectiva la tutela de los mencionados derechos de otros sujetos y ello por dos tipos de razones.

Incluso cuando el ordenamiento reconoce el derecho a intervenir directa y extrajudicialmente para la tutela de los derechos de los otros, se hace necesario que esos “otros” sean determinados o, al menos, determinables (no siendo posible una tutela *incertam personam*). Toda la regulación de la tutela extrajudicial de los derechos de terceros ha sido estructurada sobre la concreción y actualidad, y no sobre la mera hipótesis de la puesta en peligro del derecho (cfr. art. 52 C.P.)

Se hace imprescindible, por tanto, que el titular del derecho inviolable amenazado no haya prestado, aún implícitamente, el mismo libre y legítimo consenso con tal situación (obviamente, dentro de los límites de disponibilidad de los derechos ; art. 50 Cp). Debe, en realidad, ser evidente que la tutela del derecho de los otros, tomando su más íntima referencia en los deberes de solidaridad que se sitúan en la base de la convivencia civil (art. 2 Constitución), tenga como presupuesto que el titular del derecho esté imposibilitado (en el sentido más amplio) para actuar personalmente dicha tutela, para que el sujeto que interviene en su lugar lo haga sobre la base de un consentimiento al menos presunto. Esta idea ha sido adecuadamente desarrollada, aún en relación al más preciso y limitado ámbito de las relaciones patrimoniales en cuanto a la gestión por cuenta de terceros (cfr. art. 2028 C.c.), considerándola lícita no solo en el supuesto de *absentia domini* sino también cuando el dominus se halle en una situación subjetiva u objetiva que permita presumir que no rechazaría la injerencia del tercero en la tutela de sus derechos (art. 2028, Cass. núm. 9269, 9/4/2008).

De otro lado, tal tutela extrajudicial sólo es admisible si el derecho de otro está amenazado por una ofensa injusta. La presencia de un crucifijo no tiene por qué constituir necesariamente una amenaza para los derechos de libertad religiosa de quienes acuden, por los más variados motivos, a una sala de justicia, no sólo porque tales usuarios puedan ser cristianos, lo que tendría como consecuencia que faltarían los requisitos antes citados en cuanto a la tutela por particulares de los derechos de terceros y el inculpado no habría podido rechazar la prestación laboral personal solo porque en otras salas de justicia (distintas de aquella en la que trabajaba) estuviera presente el crucifijo y fuera hipotizable la lesión de los derechos de libertad religiosa y de conciencia de los usuarios de dichas salas.

7.6. Excluido que el rechazo del Dr. T. a seguir las audiencias, incluso en salas sin simbología religiosa, pudiera estar

justificado por la presencia de crucifijos en otras salas del País como una modalización de la tutela de los derechos inviolables de quienes acudían a esas otras salas, resta solo examinar si tal rechazo estaría justificado por razón de la tutela del principio de laicidad del Estado que, desde la perspectiva en la que aquí es tomado en consideración, representa un interés colectivo o difuso y como tal queda referido a la totalidad de la población.

Independientemente del hecho de que pueda sostenerse alguna diferencia entre el interés difuso y el interés colectivo (como ha mantenido una corriente doctrinal minoritaria para la que el segundo concierne no a la sociedad en su conjunto sino únicamente a grupos organizados), según la doctrina mayoritaria los intereses difusos constituyen un *tertium genus* entre los derechos subjetivos y los intereses legítimos, representando una suerte de “derecho social” o de la colectividad, en tanto que teniendo por objeto una relación social, que no se ciñe en sentido estricto a los particulares ni a los poderes públicos, sí se dirige hacia la colectividad en cuanto tal.

El problema más delicado, en materia de intereses difusos, es por tanto el del ejercicio jurisdiccional de la acción y la “representación de los intereses” en cuanto a la legitimación para actuar.

7.7. Justamente por la antecitada naturaleza de los intereses difusos, la tutela de los mismos es confiada a los entes representativos de la colectividad en su conjunto o incluso, en algunos casos previstos legalmente, dicha tutela viene reservada a ciertas asociaciones o entidades colectivas (art. 9 de la Ley núm. 241, de 7 de agosto de 1990; art. 18 de la Ley núm. 349, de 8 de julio de 1986).

Evidentemente, no es posible que un particular asuma la tutela y representación de intereses difusos o colectivos en contraposición a los entes representativos y, por tanto, por razón del ejercicio instrumental de la acción popular, al margen de los

supuestos en los que la misma se admite en nuestro ordenamiento.

Con todo, la compartida jurisprudencia de esta Corte (Cass. S.U. núm. 2207/1978; Cass. S.U. núm. 1463/1979) ha mantenido que puede considerarse junto a los intereses denominados difusos, relativos a colectividades consideradas unitarias, también la titularidad de intereses individuales, relativos a particulares implicados en el propio procedimiento. Estos últimos intereses tienen en sentido propio naturaleza y consistencia de verdaderos derechos subjetivos cuando se refieren a la tutela del bien de la salud, que no es disponible ni tampoco pueden limitar las intervenciones administrativas, o la tutela de la disponibilidad exclusiva de determinados bienes, que toman de su contexto su precio y potencialidad económica y, por tanto, podrían devenir sustancialmente disminuidos a consecuencia de opciones determinadas concretamente por dicha ubicación.

La misma argumentación sirve para todos aquellos otros intereses difusos que se concretan, en relación a los sujetos particulares y ciertos supuestos específicos, en derechos subjetivos de la persona humana. En este caso, el titular de cada derecho subjetivo inviolable lesionado dispone de la acción para su tutela.

7.8. De ello se sigue que mientras la lesión de un derecho subjetivo propio inviolable puede ser hecha valer en el ámbito de la relación laboral incluso por vía de autotutela y, por tanto, como causa justificativa del rechazo de la prestación laboral, a fin de que la lesión del derecho subjetivo sea evitada, no puede ser hecha valer como causa justificativa ante la lesión de un interés difuso.

En el caso concreto, dado que la Sección disciplinaria ha afirmado la responsabilidad del Dr. T. únicamente en relación a las disfunciones que tuvieron lugar por el rechazo a desarrollar audiencias en estancias o salas carentes del crucifijo y, por tanto,

en situaciones que –según la relación de hechos de la Sección- no podían conllevar la lesión de su derecho de libertad religiosa, de conciencia o de opinión, no puede fundar la causa justificante de tal rechazo la pretendida tutela de la laicidad del Estado o de los derechos de libertad religiosa de las otras personas que se encontraban en las otras salas de justicia de la Nación en las que se exponía el crucifijo.

8. Infundada es también la censura según la cual en todo caso los rechazos para mantener las debidas audiencias habrían sido solo las anteriores a la puesta a disposición de la sala sin crucifijo.

Aparte del relevante hecho de que antes de la puesta a disposición de la sala en cuestión ya existía la posibilidad de realizar las audiencias en la oficina propia, debe observarse que en la limitada afirmación de la responsabilidad disciplinaria realizada en la sentencia impugnada no se resalta el número de las audiencias dejadas de tener injustificadamente. En realidad la Sección ha destacado que a partir del ultimatum efectuado por la Administración judicial el uno de mayo de 2005 el Dr. T. cesó por completo de mantener audiencias. La Sección ha subrayado el hecho de la total sustracción del Dr. T. de la prestación del servicio entre mayo de 2005 y enero de 2006; que él no tuvo intención ni siquiera de atenuar las consecuencias negativas del “desafío” lanzado contra la Administración, hasta llegar a oponerse decididamente a los cambios en la distribución de los asuntos para que recibiese una mayor cantidad de encargos cuya realización no conllevara el uso de la sala de audiencias (...).

ANEXO II

Consiglio di Stato, Secc. 4ª. Sentencia de 18 de noviembre de 2011.

EN DERECHO

(...)

5. Debe sobre todo despejarse el campo de cualquier confusión entre libertad de organización de las confesiones religiosas, a la que se refiere el artículo 8 de la Constitución, y la más general libertad de religión garantizada por el artículo 19 de la Constitución; al efecto, es suficiente reafirmar lo que en la materia ha puesto de relieve la Corte Costituzionale –mencionado incluso por la sentencia objeto de la actual impugnación- según la cual la cuestión de la organización de las confesiones religiosas, con las garantías y tutelas conexas, es bien diversa del derecho fundamental de cada individuo a escoger si profesar un credo religioso y cuál, así como poderlo practicar en público y en privado (cfr. Corte Cost., sentencia núm. 59, de 24 de noviembre de 1958). En este sentido, mientras los dos primeros apartados del artículo 8 de la Constitución afirman respectivamente el principio de la igual libertad de las confesiones religiosas distintas de la católica y su libertad y autonomía organizativa, el apartado 3º introduce la regla de la obligatoriedad del instrumento bilateral para la reglamentación de las relaciones entre el Estado y las repetidas confesiones (con una suerte de paralelismo respecto a cuanto se ha previsto en el precedente artículo 7 para las relaciones con la Iglesia católica, en orden a las cuales se han dispuesto específicas peculiaridades vinculadas a la subjetividad de derecho internacional del Estado Vaticano y el consiguiente desarrollo de las relaciones en un plano diverso del “interno” al ordenamiento nacional)

De este modo, de un lado viene dispuesta en la materia una reserva de ley absoluta y, por otro lado, se introducen

limitaciones concernientes a los contenidos de la actividad legislativa, que quedan condicionados por el precedente pacto con la confesión religiosa interesada: como consecuencia, entre otras, se sigue la ilegitimidad de las eventuales intervenciones legislativas unilaterales no precedidas por los entendimientos previstos por la norma constitucional.

6. Ya la circunstancia que acaba de ser destacada de que la disposición sirva para limitar la soberanía legislativa del Parlamento parece difícilmente compatible con la debida adecuación de las posibles opciones a la línea política general del Estado: dhecho, resulta evidente que se trata de una norma relativa a las fuentes, dirigida a singularizar el instrumento técnico jurídico que ha de utilizarse obligatoriamente para regular la condición jurídica de las confesiones no católicas, esto es, el instrumento pacticio, que ciertamente el constituyente ha considerado el más idóneo para conseguir la mejor coordinación entre el ordenamiento estatal y el de las confesiones interesadas (siendo un dato facilitado por la experiencia que este último podría converger incluso en torno a principios prejurídicos y por tanto ajenos a los propios del ordenamiento estatal).

Siendo tal el verdadero interés perseguido por la previsión constitucional, resulta un tanto irrelevante el hecho evidenciado por el primer juez de que las confesiones religiosas tienen una mera facultad, y no una obligación, de solicitar la estipulación de un acuerdo con el Estado, tratándose justamente de una disposición prevista principalmente en interés de la misma confesión y siendo tal facultad una obvia consecuencia de la autonomía organizativa a ellas reconocida por el primer apartado del propio artículo 8 de la Constitución.

De esta construcción basada en el recordado principio de la bilateralidad queda a salvo naturalmente la libertad del legislador de no atribuir valor normativo a los contenidos que brotan de los acuerdos, evitando emanar la ley de actuación de los mismos y relegándolos, por tanto, a un valor meramente negocial (a tal

opción, ciertamente, podría serle atribuida naturaleza política en tanto que atinente a las opciones de las instituciones parlamentarias sobre si, como y cuando legislar).

7. Más allá de cuanto hasta aquí se ha expuesto, que como fue dicho podría incluso resultar *ex se* suficiente para excluir la naturaleza política de las decisiones relativas a la puesta en marcha de negociaciones dirigidas a la eventual estipulación de acuerdos conforme al artículo 8, apartado tercero, de la Constitución, debe no obstante ponerse en evidencia que la necesidad de no excluirlas completamente del control jurisdiccional deviene incluso de la amplia discrecionalidad que indudablemente las caracteriza: ello en relación tanto al acuerdo, como –antes aún– a la misma determinación del interlocutor en cuanto confesión religiosa.

Tal discrecionalidad es verdaderamente susceptible de dar vida a un sistema fundado sobre evidentes discriminaciones, al poder ser distintos los contenidos de los acuerdos estipulados por el Estado con las diversas confesiones religiosas y poder resultar distinta la posición de las organizaciones con las que el Gobierno decida no acudir a un acuerdo, más aún con la aparentemente mala composición que se sigue de la presencia de la Iglesia católica, para la que la condición de privilegio descende de las propias decisiones del Constituyente consagradas en el ya citado artículo 7 de la Constitución.

Con todo, conforme a la opinión de la doctrina más acreditada, tal construcción no carecería de una particular racionalidad interna, debiendo, de un lado, justificarse la atenuación del principio de igualdad con la amplia discrecionalidad que pueden connotar las decisiones adoptadas por los poderes públicos al seleccionar a los sujetos religiosos que han de ser favorecidos (es decir, los más fuertes), y, desde otra perspectiva, encontrando tal atenuación un límite insuperable en la exigencia, sancionada por el apartado primero del propio artículo 8 de la Constitución, de garantizar a las confesiones

religiosas igual libertad: no siendo por tanto consentido al Gobierno introducir previsiones que, de forma arbitraria o inmotivada, limiten la libertad de organización de una confesión respecto a aquella reconocida a otras.

8. En el cuadro así esbozado, incluso la constatación preliminar de si la organización solicitante corresponde o no a la categoría de “confesión religiosa” no puede ser tenida por no controlable, a pesar de las indudables dificultades prácticas que puede comportar, y ciertamente tampoco caracterizada por una amplia discrecionalidad (si no, acaso, una discrecionalidad técnica); y ello en tanto que la capacidad de cualquier confesión que lo solicite de estipular un acuerdo constituye corolario inmediato del principio de igual libertad del apartado primero del artículo 8, de modo que no puede tomarse como expresión de poder no controlable [jurisdiccionalmente] el reconocimiento de la aptitud de un culto para estipular acuerdos con el Estado.

En consecuencia, al menos la puesta en marcha de las negociaciones puede considerarse obligatoria solo con que el sujeto solicitante pueda superar un juicio acerca de su cualificación como confesión religiosa, quedando a salvo, de un lado, la facultad de no estipular el acuerdo al final de las negociaciones o bien –como se dijo- de no trasladar a una ley el acuerdo mismo y, por otro lado, la posibilidad, en el ejercicio de la discrecionalidad técnica, de excluir motivadamente que el sujeto solicitante presente las características que le permitirían ser incluido entre las confesiones religiosas (algo que, por lo demás, ha sucedido en este mismo caso).

9. En conclusión, la Sección entiende que no puede compartir la declaración de defecto absoluto de jurisdicción pronunciada por el primer juzgador en tanto que –como evidencian los argumentos más arriba desarrollados- el caso nos sitúa ante una decisión de la Administración no sujeta a control pero que presenta los trazos típicos de la discrecionalidad valorativa como ponderación de intereses; señaladamente, de un

lado, se sitúa el interés de la asociación solicitante (la cual, al solicitar la estipulación del acuerdo con el Estado evidentemente ha entendido que tal vía era la idónea para la consecución de sus fines institucionales) y, de otro lado, se sitúa el interés público que se ha visto limitado en la elección de los sujetos con los cuales poner en marcha las negociaciones y a su preliminar e ineludible calificación como “confesiones religiosas”.

Tales conclusiones permiten no examinar, por cuanto irrelevante a los fines del proceso, la cuestión de constitucionalidad que la parte apelante ha suscitado de manera subsidiaria en relación a las disposiciones que contemplan la no impugnabilidad de los “actos políticos”.

10. Se decide por ello, a los efectos del artículo 105 del Código de Procedimiento Administrativo, la anulación de la sentencia impugnada con la devolución de la causa al juzgador de instancia.