

Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos*

Adoración Castro Jover

Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco

Sumario: 1. Introducción. 2. Los elementos que integran la laicidad. 3. El significado de la actividad positiva de los poderes públicos en relación con el derecho fundamental de libertad religiosa. 4. La actividad positiva de los poderes públicos y la igualdad material en el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa. 5. Síntesis conclusiva.

1. Introducción

La utilización del término laicidad ha suscitado en la doctrina española reacciones diversas. Una parte de la doctrina ha acogido el término laicidad como principio informador del Derecho eclesiástico. Otro sector doctrinal ha rechazado su utilización porque lo consideran extraño a nuestro ordenamiento, prefiriendo utilizar el término aconfesionalidad. Finalmente, no ha faltado quien ha considerado superado el término de laicidad proponiendo su abandono.

El Tribunal Constitucional ha utilizado el término aconfesionalidad para referirse al modelo de relación del Estado con las confesiones establecido en la Constitución española hasta la STC 46/2001, de 15 de febrero en la que por primera vez se utiliza el término “laicidad positiva”, este término se ha empleado con posterioridad por las SSTC 128/2001, de 4 de julio y 154/2002 de 18 de julio.

Con independencia del término que se adopte, básicamente, hay acuerdo en considerar que en el modelo de relación entre el Estado y las confesiones religiosas establecido en la Constitución existen estos dos elementos: la separación del Estado de las confesiones y la neutralidad positiva que implica la intervención de los poderes públicos a través de actividades positivas, para hacer posible el efectivo ejercicio de la libertad a todos por igual.

Las discrepancias doctrinales comienzan cuando se trata de determinar el alcance y los límites de la intervención de los poderes públicos, así como su fundamento jurídico.

El estado de la cuestión nos ha parecido que exigía una mayor atención al significado de la llamada neutralidad positiva cuyo contenido entendemos que encuentra en el art. 9.2 su fundamento normativo. Haremos especial hincapié en la función que el citado precepto normativo tiene como mecanismo corrector de la desigualdad material. Esta perspectiva nos permitirá mostrar si el mandato de búsqueda de la igualdad dirigido a los poderes públicos al que

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación UPV/EHU n. 0122.224-H-14883/2002.

Il presente scritto è stato già pubblicato nella *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 3 octubre 2003, www.iustel.com: OLIR ringrazia per la disponibilità l'autrice, il direttore della Rivista prof. Rafael Navarro-Valls.

se refiere el mencionado precepto normativo se adecua con la actuación que dichos poderes realizan.

2. Los elementos que integran la laicidad

Hablar de laicidad¹ obliga a circunscribir el ámbito en el que surge a la Europa occidental, en concreto, a los países de tradición católica y muy en particular a Francia como el país europeo de tradición católica en el que se acuña el concepto de laicidad así como los elementos que lo integran. Además, el concepto de laicidad aparece vinculado en un primer momento a la posición del Estado ante el pluralismo religioso. Su significado permite definir la posición del Estado ante la religión y es el resultado de una historia que le vincula de forma estrecha con la cultura occidental.

Es habitual encontrar en la doctrina francesa² la distinción en el concepto de laicidad de dos elementos que se suceden en el tiempo: 1. La separación Iglesia-Estado, el aspecto negativo y 2. La neutralidad, el aspecto positivo que se vincula por unos con la libertad de conciencia, por otros con la igualdad. En realidad la suma de estos dos elementos, resultado de un proceso histórico, ha permitido definir la laicidad como los límites asignados al ejercicio de la libertad religiosa en la sociedad política en nombre del interés general.³

El primer elemento que surge en el tiempo es la separación Iglesia-Estado, esta idea se concibe en la Edad moderna⁴, cristaliza en la Constitución francesa de 1789 que proclama la separación Iglesia-Estado aunque su efecto es limitado al estar fuertemente inspirado en la tradición galicana, interrumpida por el Concordato de 1801 que establece una situación de pluriconfesionalidad, es defendida en el plano de las ideas a lo largo del siglo XIX⁵. La situación establecida por el Concordato de 1801 durará hasta 1905 fecha en la que se establece de forma definitiva la separación Iglesia-Estado.

Conviene aclarar que la separación en el Estado liberal se predica respecto del Estado y supone el paso del poder religioso de la esfera pública a la privada, dicho de otra manera el poder religioso deja de ser una estructura de poder en el ámbito público para pasar a desarrollarse en la sociedad como un movimiento asociativo más que puede como cualquier otro manifestarse públicamente.⁶

El segundo elemento, la neutralidad, es un concepto funcional, sirve para determinar los criterios de actuación que deben seguir los poderes públicos ante las distintas manifestaciones religiosas, garantizando, de un lado, el ejercicio de la libertad religiosa a todos por igual y, de otro,

¹ BAUBEROT, J., en *Laïcité, laïcisation, secularisation*, en *Pluralisme religieux et laïcité dans l'Union européenne*, en *Problemes d'histoire des religions*, ed. par Alain Dierkens, 5/1994, Bruxelles, pp.9-19, pone de relieve la distinción entre laicidad y secularización.

²RIVERO J., en *Les Libertés publiques*, t. 2 *Les régime des principales libertés*, ed. Presses Universitaires de France, Paris, 4^eed, 1989; aunque a partir de la Constitución de 1946 es habitual que la doctrina vincule la laicidad con la neutralidad en este sentido RIVERO, J., en *La notion juridique de laïcité*, en *Recueil Dalloz*, 1949, *Chronique XXXIII*, pp.137-140, esp. p. 137; también COLLIARD, C.A., en *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 7^a ed, 1989, p. 442-443. BARBIER, M., en *La laïcité* ed. L'Harmattan, Paris 1995 p. 84; PRELOT, P.H., *Laïcité et liberté de religion* (Pour un définition juridique de la laïcité), en *Doctrines et doctrine en Droit Public*, contributions réunies par Geneviève Koubi, presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, Toulouse 1997, pp.131-152, esp. p.135.

³ PRELOT, P.H., *Laïcité et liberté...cit.* p. 132.

⁴ Es consulta obligada para conocer cómo se va gestando la idea de separación Iglesia-Estado en la Edad Moderna LECLER, J., en *Histoire de la Tolérance au siècle de la réforme*, tome second, ed. Aubier, Paris 1954, pp.

⁵ WEIL, G., *Histoire de l'idée laïque en France au XIX siècle*, ed. Felix Alcan, Paris 1925.

⁶ BARBIER, M., en *La laïcité, ...cit.* p. 85.

la separación entre el Estado y las confesiones. En realidad el término laicidad aparece utilizado por primera vez en torno a la discusión parlamentaria del mismo en la Constitución francesa de 1946⁷, en esta misma concepción se inspira la Constitución de 1958 cuyo artículo 2 dice “La France est un République indivisible, laïque, démocratique et sociale”.

El examen de la neutralidad desde la igualdad⁸ muestra que su contenido variará en función del modelo de Estado en el que se esté. Así, en el modelo de Estado liberal la neutralidad tiene una denotación negativa, ya que los poderes públicos deben regir su actuación de acuerdo con los principios básicos del Estado liberal de igualdad ante la ley y abstención de intervenir en la sociedad. Por el contrario en el Estado social la neutralidad tiene un contenido positivo porque una característica esencial del Estado social es la intervención de los poderes públicos con el objetivo de hacer posible la igual libertad de todas las personas. Elemento esencial de la neutralidad positiva es la igualdad pero la igualdad material cuya efectividad exige la intervención del Estado.

Para el derecho español el término laicidad es desconocido, no aparece recogido en ningún texto jurídico. Sin embargo, los elementos que integran el concepto de laicidad han estado presentes en aquellos momentos de nuestra historia en que se ha producido en un texto jurídico la separación entre la Iglesia y el Estado. Se da la circunstancia que este hecho se produce en dos Constituciones de corte social. No obstante lo cual, la actuación de los poderes públicos ante la libertad religiosa se entenderá de forma muy diferente en cada una de ellas.

La primera Constitución que se pronuncia de forma expresa acerca de la separación entre la Iglesia y el Estado es la Constitución de 1931 en la que en el art. 3 se dice “el Estado español no tiene religión oficial”. Se constitucionaliza la negativa a toda ayuda económica a las Iglesias, asociaciones e Instituciones religiosas. La separación se encuentra implícitamente recogida en la declaración del art. 3 “el Estado no tiene religión oficial”, y en el artículo 26 cuando se recoge el mandato de que “el Estado las regiones y municipios no mantendrán, favorecerán ni auxiliarán económicamente a las Iglesias, Asociaciones e Instituciones religiosas”. Se advierte una valoración negativa de la religión que se traduce en un intento de reducir su influencia en la sociedad⁹, una muestra se encuentra en la prohibición a las ordenes y congregaciones religiosas de dedicarse a la enseñanza. Vulnerándose de esta manera el derecho de igualdad al someterlas a una ley especial desfavorable que impide su desarrollo en la sociedad en situación equiparable a los demás movimientos asociativos. La Constitución de 1931 es un ejemplo de modelo laicista¹⁰, precisamente por su valoración negativa del fenómeno religioso.

Con posterioridad, la Constitución de 1978 configura en el artículo 1.1 el modelo de Estado como un Estado social y democrático de Derecho. En este modelo, por el que opta la CE, se parte de una concepción de los derechos fundamentales en virtud de la que, de un lado, se atenúan las diferencias entre los derechos de libertad, clásicos derechos de defensa que exigen

⁷ Para RIVERO, J., en *La notion juridique de laïcité*, en *Recueil Dalloz*, 1949, *Chronique XXXIII*, pp.137-140, esp. p. 137 el único sentido en el que los documentos oficiales, textos legislativos... han entendido la laicidad es el de neutralidad religiosa del Estado. Para BARBIER, M., en *La laïcité...* cit. p. 88, los dos elementos de la laicidad responden a dos concepciones de la misma que se complementan, la separación Iglesia-Estado recuerda la laicidad legislativa e insiste en la independencia del Estado con respecto a la religión, la neutralidad corresponde a la laicidad constitucional y conduce al respeto de la libertad religiosa.

⁸ En este sentido PRELOT, P.H., *Le religions et l'égalité en droit français*, en *Revue Droit Public* n.3- 2001, pp.736-775, esp. p. 738.

⁹ MARTINEZ TORRON, J., en *Derecho de asociación y confesiones religiosas en la Constitución de 1931*, en *Estado y religión. Proceso de Secularización y Laicidad. Homenaje a Don Fernando de los Ríos*, ed. Dionisio Llamazares Fernandez, Madrid 2001, pp. 165-190, esp. p. 189.

¹⁰ SUAREZ PERTIERRA, G., en *el Laicismo en la Constitución republicana*, en *Estado y religión. Proceso de Secularización y Laicidad...* cit. pp.57-84, esp. p. 83.

frente al Estado la abstención, y los derechos sociales, cuya naturaleza requiere de prestaciones del Estado, pues bien en un Estado social incluso los derechos de libertad necesitan de actuaciones positivas para hacer posible su efectivo ejercicio. De otro lado, los derechos fundamentales tienen una doble dimensión¹¹, una dimensión subjetiva en la que los derechos se configuran como pretensiones individuales que se pueden ejercitar ante los tribunales y, una dimensión objetiva en la que los derechos fundamentales se configuran como valores o principios superiores del ordenamiento jurídico(arts. 1 y 10.1.CE)¹² que deben guiar la actuación de los poderes públicos.

En este modelo de Estado las relaciones entre el Estado y las confesiones aparecen reguladas en el artículo 16.3 de la CE en él se dice que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”, dejando a un lado el desacierto en la elección del término, no se ha dudado por la mayor parte de la doctrina¹³ en considerar que esta expresión permite calificar al modelo de laico¹⁴, aunque algunos han preferido conservar la expresión aconfesionalidad¹⁵, en cualquier caso con la expresión “ninguna confesión tendrá carácter estatal” se quiere indicar tanto que el Estado esta separado de las confesiones religiosas como que su actuación no podrá guiarse por valores religiosos, deberá ser imparcial siendo ésta la única posición que permite garantizar un tratamiento igual a todas las personas con independencia de cuáles sean sus convicciones; así pues, se encuentran aquí de forma implícita los elementos que integran la laicidad: la separación del Estado de las confesiones y la neutralidad¹⁶.

1. En lo que se refiere al primero de los elementos, esto es, la separación Estado-confesiones, con él quiere decirse, según ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, que el Estado no puede identificarse ideológicamente con ninguna confesión ni proteger a unas en detrimento de otras. Esta afirmación implica lo siguiente: En primer lugar que “... los valores e intereses religiosos no

¹¹ La doctrina de la doble naturaleza de los derechos fundamentales ha sido elaborada por la transcendental STC 25/1981, de 14 de julio.

¹² PEREZ LUÑO, A., en *Los derechos fundamentales*, ed. Tecnos, Madrid 1984, p. 25; GALLEGO ANABITARTE, A., en *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, ed. Civitas, Madrid 1994, p. 103

¹³ SOUTO PAZ, J.A., en *La laicidad en la Constitución de 1978*, en *Estado y religión. Proceso de Secularización y Laicidad. Homenaje a Don Fernando de los Ríos*, ed. Dionisio Llamazares Fernandez, Madrid 2001, pp. 215-228, esp. pp. 226-228 ha sostenido que la noción de laicidad además de ser ambigua, equívoca e incluso inútil es anacrónica. Cuestiona su aplicación al derecho español, afirmando que quizá acabe teniendo éxito mediante la identificación con la cooperación, aunque parece proponer su abandono.

¹⁴ VILADRICH, P.J. -FERRER ORTIZ, J., en *Principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en *Derecho eclesiástico del Estado español*, coord. Navarro Valls, R., 3ª ed, ed EUNSA, Pamplona 1993, pp. 165-226; LLAMAZARES FERNANDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, Vol. I, 2ªed. ed. Civitas, Madrid 2002 p. 314 y ss.; FERRER ORTIZ, J., en *Laicidad del Estado y cooperación con las confesiones*, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. III, 1987, pp. 237-248; MOLANO, E., en *La laicidad en la Constitución española*, en *Aspectos jurídicos de lo religioso en una sociedad plural. Estudios en honor del Dr. D. Lamberto de Echeverría*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca 1987, pp. 193-209, esp. p. 202; COMBALÍA SOLIS, Z., en *Principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en *Manual de Derecho Eclesiástico del Estado*, coord. García Hervás, D., ed. Colex, Madrid 1997, pp. 129-142, esp. p. 138; MORENO ANTÓN, M., *Los principios informadores del Derecho eclesiástico*, en *Curso de Derecho Eclesiástico del Estado*, ed. Tirant lo blanch, Valencia 1997, pp. 64-81, esp. p. 72; SUAREZ PERTIERRA, G., en *La recuperación del modelo constitucional. La cuestión religiosa a los veinticinco años de la Constitución*, en *Laicidad y libertades*, n. 2, 2002, pp.313-348.

¹⁵ PRIETO SANCHIS, L., en *Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico español*, en IBÁN, I. , -PRIETO SANCHIS,L.-,MOTILLA DE LA CALLE, A., *Curso de Derecho Eclesiástico*, ed. Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid 1991, pp. 173-215, esp. p. 201, aunque en ocasiones utiliza el término laico como sinónimo de aconfesional p. 207. También utiliza el término aconfesionalidad SATORRAS FIORETTI, R.Mª. , en *Aconfesionalidad del Estado y cooperación con las confesiones religiosas*, ed. CEDECS , Barcelona 2001; para SUAREZ PERTIERRA, G., en *La recuperación del modelo constitucional...* cit. p. 336, la aconfesionalidad es una nueva categoría técnica que no dispone de espacio dogmático propio.

¹⁶ Los elementos que integran el nuevo modelo de relación Estado-confesiones se encuentran en la STC 24/1982 de 13 de mayo F.J. 1.

pueden erigirse en parámetros para medir la justicia de las normas y actos de los poderes públicos”¹⁷. En segundo lugar, que se “veda cualquier confusión entre funciones religiosas y funciones estatales”¹⁸. En tercer lugar que “... las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica...”¹⁹. Este elemento, la separación Estado-confesiones, que describe el Estado como estructura de poder es presupuesto necesario para que en su actuación sea posible hacer efectiva la libertad religiosa a todos y, en consecuencia, actúa como límite de la actuación de los poderes públicos.

2. El Tribunal Constitucional se ha referido a la neutralidad en reiteradas ocasiones, unas veces de forma implícita, así en la sentencia 24/1982 al afirmar en el fundamento jurídico primero que la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas se rige por dos principios básicos: la libertad y la igualdad, de manera que no quepa ninguna discriminación de los ciudadanos en función de su ideología o creencia religiosa. De forma expresa se ha referido a la neutralidad en la sentencia 5/1981 de 13 de febrero que en el fundamento jurídico noveno establece que “En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales...”. Asimismo, se refiere a la neutralidad de forma expresa la STC 177/1996 de 11 de noviembre aunque la conecta no a la igualdad sino a la expresión “ninguna confesión tendrá carácter estatal” que veda la confusión entre funciones religiosas y estatales y es presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas.

En la medida en que se conecta con la actuación de los poderes públicos la neutralidad es un concepto dinámico, vinculado con la igualdad, cuyo significado varía sustancialmente según el modelo de Estado. En un Estado social se parte de la idea de que la igualdad material no es posible sin la intervención de los poderes públicos. Esta actividad positiva de los poderes públicos es necesaria, aunque no siempre y no en la misma medida, también en los derechos de libertad, tradicionalmente considerados derechos de defensa, frente a los que el Estado debe abstenerse. De manera que esta intervención de los poderes públicos transforma el elemento neutralidad, con respecto al Estado liberal, añadiéndole la cualidad de positiva y encuentra su base normativa en el art. 9.2.

Aunque con matices, la mayor parte de la doctrina eclesiasticista coincide en esta manera de entender la neutralidad. Donde mayores discrepancias doctrinales surgen es a la hora de determinar el alcance y límites de la actividad positiva y la concreción del mandato de actuar dirigido a los poderes públicos. De ahí que hayamos considerado necesario un análisis detallado del 9.2 con la finalidad de conocer mejor su significado.

3. El significado de la actividad positiva de los poderes públicos en relación con el derecho fundamental de libertad religiosa en un Estado social

Una lectura del art. 9.2 pone de relieve que la actuación de los poderes públicos implica tres tipos de actividades: 1. promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sea real y efectiva. La interpretación de este punto requiere centrar la atención en primer lugar en la utilización de la palabra promover que ha permitido a la doctrina hablar de función promocional, y que consiste sustancialmente en crear

¹⁷ STC 24/1982 de 13 de mayo F.J. 1.

¹⁸ STC 24/1982 de 13 de mayo F.J. 1.

¹⁹ STC 340/1993 de 16 de noviembre. F.J. 4, letra D.

comportamientos socialmente deseados a través de técnicas de incentivación²⁰. Esta afirmación debe ser matizada cuando el derecho fundamental al que se aplica es la libertad religiosa, en este caso el principio de separación entre el Estado y las confesiones impide la promoción de la religión como substrato necesario para el ejercicio de la libertad religiosa. En segundo lugar, lo que debe promoverse son las condiciones de ejercicio, sin especificar a qué condiciones se refiere de manera que habrá que determinarlas en cada caso. En tercer lugar el resultado que se pretende es el igual ejercicio de la libertad. 2. Remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Así como la actividad anterior consiste en crear las condiciones, en este caso de lo que se trata es de eliminar obstáculos para coincidir en el resultado que es el igual ejercicio de la libertad, y 3. Facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. En este punto se proyecta la cláusula de Estado democrático, a través de la que se pretende tomar en cuenta las opiniones de los ciudadanos en aquellas decisiones que les afecten, aquí encuentra, en nuestra opinión, su fundamento normativo último la firma de Acuerdos con las confesiones, ya que mediante su participación en la elaboración de normas que les van a afectar se garantiza que responden a sus necesidades y en esa medida verán satisfechas sus expectativas en lo que se refiere al ejercicio del derecho de libertad religiosa.

El art. 9.2 CE se proyecta sobre el conjunto social y tiene una finalidad transformadora de la sociedad en sentido material, que le convierte “... en el eje sobre el que debe vertebrarse la transformación de nuestra sociedad postulada por la Constitución”²¹. Así pues, las medidas que obliga a establecer el 9.2 tienen como objeto no tanto la conservación del statu quo sino la transformación social²², esto es, acercar a la sociedad a ese ideal de igualdad. Infringirán el mandato cuando en lugar de crear las condiciones para la igualdad aumenten las desigualdades²³,

Los destinatarios de la norma son, de un lado, los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias (STC 25/1981, de 14 de julio), en esta expresión están comprendidos el legislativo, el ejecutivo y el judicial. La adopción de actuaciones positivas corresponderá de forma directa al poder legislativo y ejecutivo, y de forma indirecta el poder judicial, de manera especial al Tribunal Constitucional que a través de la función de control de las actuaciones de aquellos poderes puede tomar decisiones que impliquen una actuación positiva²⁴.

De otro lado, son beneficiarios de la norma los individuos, los grupos y todos los ciudadanos. El constituyente utiliza una fórmula abierta que tiene como referente a la persona y por tanto conecta con el art. 10.1., Lo cual permite afirmar que la transformación de la sociedad debe ir dirigida a conseguir la igual dignidad de la persona humana²⁵.

Determinados los sujetos obligados y beneficiarios queda por especificar cuál es la concreción del mandato. Se ha vinculado el contenido del mandato al que se refiere el 9.2 con la

²⁰ Una definición de ordenamiento funcional se encuentra en BOBBIO, N., en *Sulla funzione promozionale del diritto*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1969, pp.1313-1329.

²¹ FERNANDEZ SEGADO, F., en *El sistema constitucional español*, 2ª reimpresión, ed. Dykinson, Madrid 1997, p. 122.

²² MONEREO PEREZ, J.L.- MOLINA NAVARRETE, C., en *La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades*, en *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, dir. Monereo Pérez y otros, ed. Comares, Granada 2002, pp. 131-151, esp. p. 136.

²³ FERRET JACAS, J., en *El artículo 9.2 de la Constitución como parámetro del control de constitucionalidad*, en *Jornadas de estudio sobre el Título preliminar de la Constitución*, ed. Secretaría general técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1988, pp. 79-107, esp. p. 89

²⁴ FERRET JACAS, J., op. cit., p. 82.

²⁵ FERRET JACAS, J., op. cit., p. 91

igualdad material,²⁶ conectándose, así, con el art. 14 CE a través de la igualdad y diferenciándose en el hecho de que el art. 14 se refiere a la igualdad formal y el 9.2 a la igualdad material. Estas dos normas: el art. 9.2 y el art. 14 son normas de estructura semejante en estos dos aspectos: 1. No es posible exigir la aplicación de forma directa, ya que no toda norma tiene que proponerse como objetivo el de la igualdad²⁷, sino que es necesario que la adopción de medidas igualitarias se apoye en otro precepto constitucional o en la legislación de desarrollo que lo concreta, que le sirva de punto de referencia²⁸. 2. Actúan como mecanismos de control para verificar si existe igualdad.

Las dificultades más importantes surgen a la hora de dar operatividad jurídica a dicho precepto. Se ha sostenido por unos que se trata de una norma programática²⁹ sin operatividad práctica, también se ha dicho que sirve de fundamento al uso alternativo del derecho³⁰. A nuestro modo de ver, la perspectiva más clarificadora es aquella que ha intentado poner de relieve su operatividad jurídica a través del examen de las técnicas jurídicas y en concreto subrayando su virtualidad como parámetro del control de constitucionalidad³¹.

Desde esta perspectiva se ha mostrado que la efectividad del 9.2 requiere de una actuación positiva del legislador o del ejecutivo que haya generado desigualdad ya que en este caso a través del recurso de inconstitucionalidad o del recurso de amparo es posible reparar la desigualdad, sin embargo, ante la omisión del legislador no resulta fácil admitir la inconstitucionalidad por omisión³².

La amplitud con la que está concebido el art. 9.2 permite su proyección en el derecho fundamental de libertad religiosa. Aunque sea un derecho de libertad, ello no quiere decir que no requiera de actividades positivas de los poderes públicos, unas veces, para facilitar el ejercicio de la libertad religiosa creando las condiciones que lo hagan posible o removiendo los obstáculos que lo impidan, sin cuya ayuda se vería obstaculizado —por ejemplo, en los supuestos de asistencia religiosa en los centros públicos— o para eliminar las desigualdades materiales. Sin embargo, conviene recordar que la actividad positiva no tiene como objetivo la promoción del fenómeno religioso, algo que impide la separación entre el Estado y las confesiones religiosas sino facilitar las condiciones de ejercicio de la libertad religiosa cuando sea necesario.

La mayor parte de las posiciones doctrinales en el ámbito del derecho eclesiástico se han centrado más bien en el primero de los aspectos de la actividad positiva, esto es, el de facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, y se ha dejado en segundo lugar, la utilización del art. 9.2 como mecanismo corrector de la desigualdad que constituye en realidad su verdadero significado. Esta dimensión transformadora le convierte en instrumento de cambio social orientándole hacia la consecución de mayores cotas de igualdad. De hecho la primera vez que el Tribunal Constitucional utiliza en el ámbito de la libertad religiosa el art. 9.2 es en la sentencia de 15 de febrero de 2001(F. J. 9) para corregir la desigualdad al poner de relieve que la inscripción en el

²⁶ GARRORENA MORALES, A., en *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, 3ª reimpresión, ed. Tecnos, Madrid 1990, pp. 66 y 70 delimita del ámbito de aplicación del 9.2 a los supuestos de desigualdad material.

²⁷ FERRET JACAS, J., op. cit. p. 88 realiza esta afirmación tomando como base las SSTC 98/1985 de 29 de julio y 39/1986 de 31 de marzo.

²⁸ FERRET JACAS, J., op. cit. p. 88-89

²⁹ GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., ed. Civitas, Madrid 2001, pp. 165- 168, esp. p. 167.

³⁰ ALVAREZ CONDE, E., *El régimen político español*, Madrid 1985, p. 45.

³¹ FERRET JACAS, J., op. cit. p.81

³² FERRET JACAS, J., op. cit., p. 88; acerca de la inconstitucionalidad por omisión se puede ver AHUMADA RUIZ, Mª A., *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*, en *Rev. Centro de Est. Cons.*, núm. 8, enero-abril 1991, pp. 169-194.

registro de entidades religiosas está orientada a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa y que la indebida denegación por la Administración responsable constituye un injustificado obstáculo que menoscaba el ejercicio en plenitud del derecho de libertad religiosa.

Aunque no ha faltado quien ha visto con recelo la aplicación de la llamada función promocional a la libertad religiosa, ya que consideran que la función promocional de los derechos fundamentales en un Estado Social crea una situación de riesgo de neoconfesionalidad³³. Lo cierto es que la doctrina eclesiasticista³⁴, con alguna excepción³⁵, mantiene que el derecho de libertad religiosa, aunque es un derecho de libertad, requiere de la actividad positiva de los poderes públicos para hacer efectivo y real su ejercicio³⁶. Las discrepancias comienzan en el momento en que se trata de determinar en qué casos están obligados a intervenir los poderes públicos y cuál es el fundamento normativo de la actividad positiva.

Básicamente las posiciones doctrinales se reducen a dos: En un lado se encuentran aquellos para los que la actividad positiva de los poderes públicos se basa en la valoración positiva del hecho religioso. En el otro lado se sitúan quienes opinan que la actividad positiva de los poderes públicos se basa en la valoración positiva del derecho fundamental de libertad religiosa.

1. Los que se ubican en la primera posición sostienen que la valoración positiva abarca todas las manifestaciones del hecho religioso, incluyendo la financiación directa de las confesiones³⁷ y encuentra su fundamento jurídico, según unos³⁸ en el mandato jurídico recogido

³³ PRIETO SANCHIS, L., en Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico español... cit. pp. 206-207. Este riesgo se ha advertido también por la doctrina italiana vid. GUERZONI, L., en Considerazione critiche sul "principio supremo" di laicità dello stato alla luce dell'esperienza giuridica contemporanea, en *Il diritto ecclesiastico* 1992, pp. 86-112, con ocasión de la polémica sentencia de la Corte constitucional de 12 de abril de 1989, n.203, acerca de la enseñanza de la enseñanza religiosa católica en la escuela pública, en la que se ha elevado a principio supremo del ordenamiento italiano el valor de laicidad del Estado, definiendo este concepto de modo que la actividad positiva del Estado debe ser de "... servicio a concretas instancias de la conciencia civil y religiosa de los ciudadanos".

³⁴ Vid. PECES BARBA, G., en *Derecho y derechos fundamentales*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 409 y 410 ha sostenido sobre la base de la naturaleza del derecho de libertad religiosa como derecho de libertad que "... las previsiones del artículo 9.2 de la Constitución española son de difícil aplicación a la libertad religiosa." Añadiendo que "La libertad religiosa es una libertad autonomía, y no es fácil forzar su sentido para ampliar su ámbito hasta la libertad prestación." ; en el mismo sentido COSSIO DÍAZ, J.R., en *Estado social y derechos de prestación*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, p.200, ha sostenido que la libertad religiosa es un auténtico derecho de abstención.

³⁵ AMOROS AZPILICUETA, J.J., en *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, ed. Tecnos, Madrid 1984, pp. 165- 195, sostiene que la libertad religiosa es una libertad pública atípica en cuanto que incorpora un derecho de crédito que se concreta en las relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones. Estas relaciones de cooperación son exigibles porque han sido constitucionalizadas, en otro caso no serían invocables por las confesiones; Asimismo, COSSIO DÍAZ, J.R., en *Estado social...* cit. p. 200, sostiene que la faceta prestacional que, en ocasiones, se le reconoce a la libertad religiosa, por ejemplo: la asistencia religiosa en las fuerzas armadas, no forma parte de la obligación propia del derecho fundamental sino que tiene su fundamento en los Acuerdos que el Estado firma con las confesiones.

³⁶ GONZALEZ MORENO, B., en *El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española*, en *Rev. Esp. Der. Const.*, n. 66 2002, pp.123-145, esp. p. 139 y 141, mantiene que en el art. 16 existen dos facetas prestacionales: la que forma parte de la garantía del libre ejercicio de la libertad, esta faceta prestacional forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de libertad religiosa y la faceta prestacional que se encuentra en la cooperación a la que se refiere el 16.3, esta no forma parte del contenido esencial. En nuestra opinión el derecho fundamental de libertad religiosa no incorpora como parte de su contenido esencial una faceta prestacional, ya que la actividad positiva de los poderes públicos es exigible sólo cuando sin ella no sería posible el ejercicio de la libertad religiosa, si esta dificultad u obstáculo desapareciera, desaparecería con ella la exigibilidad de la actividad positiva de los poderes públicos. Además, en lo que se refiere a la faceta prestacional derivada del principio de cooperación no queda claro en el desarrollo de su teoría en qué consiste exactamente.

³⁷ MARTÍN SANCHEZ, I., *La financiación de las confesiones religiosas*, en *Curso de Derecho Eclesiástico del Estado*, coord. Martín Sanchez, I., ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 292, sitúa el fundamento de la financiación tanto directa como indirecta en la función promocional de los poderes públicos; el mismo fundamento con

en el 16.3 y dirigido a los poderes públicos de que tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española; según otros la cooperación es una expresión de la valoración positiva del fenómeno religioso y del papel de las Iglesias en particular materializable en Acuerdos con las confesiones, que permitan crear un derecho especial en el que sea posible el ejercicio real de la libertad religiosa³⁹; también se ha intentado explicar desde la comprensión del derecho de libertad religiosa como un derecho que tiene una faceta prestacional en sentido amplio que forma parte de su contenido esencial⁴⁰; finalmente, se ha interpretado la laicidad positiva en el sentido de que la transformación de la laicidad de negativa a positiva supone que el Estado al valorar la libertad vierte en la política los valores que encuentra en la sociedad, también los religiosos, poniéndose “... al servicio de la conciencia civil y religiosa de los ciudadanos”⁴¹.

A los argumentos esgrimidos por quienes se encuentran en esta posición se pueden hacer las siguientes observaciones críticas:

1. En lo que se refiere a la tesis de la valoración positiva del fenómeno religioso como elemento que forma parte del bien común, puede tener dos interpretaciones: en primer lugar, que con esta afirmación no se esté excluyendo que también forman parte del bien común y por tanto merecen una valoración positiva otros fenómenos que sean manifestación de las distintas convicciones que se puedan encontrar en la sociedad, en este caso no tendría sentido que se hiciese una mención específica al fenómeno religioso. En segundo lugar, puede interpretarse en el sentido de que, sólo el fenómeno religioso forma parte del bien común, en este caso se estaría sosteniendo que las creencias religiosas merecen una mayor protección que las no religiosas. Esta segunda interpretación no sería compatible con los valores constitucionales, el primero de los cuales es la libertad cuyo ejercicio conduce a un mosaico de códigos valorativos, todos ellos merecedores de una valoración positiva.
2. La incorporación de los valores religiosos, con otros valores sociales, a la actividad política comprometería la seguridad jurídica, no se sabría en cada momento qué valores están orientando la actuación de los poderes públicos. Asimismo, quedaría comprometida la neutralidad, que debe ser la única guía de su actuación como única

referencia expresa a la financiación directa se encuentra en GARCIA HERVÁS, D., en Régimen económico de las confesiones religiosas, en Manual de Derecho Eclesiástico del Estado, coord. García Hervás, D.,... cit. p. 225; también VILLAR, A., La financiación del derecho de libertad religiosa, en Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. VIII, 1992, p. 248. En contra de esta afirmación se ha manifestado ALENDA SALINAS, M., en La financiación directa de las confesiones religiosas por el Estado español, en Laicidad y libertades. Escritos jurídicos, número 2, diciembre 2002, pp.31-55, esp. p. 35, allí sostiene que “No cabe, pues, que la aportación económica del Estado a la Iglesia se deba a un contenido prestacional ínsito en el derecho de libertad religiosa...”.

³⁸ LOPEZ ALARCÓN, M., en Relevancia específica del factor social religioso, en Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía, ed. EDERSA, Madrid 1989, pp. 465-478, esp. p. 467.

³⁹ VILADRICH, P.J.-FERRER ORTIZ, J., en Principios informadores del Derecho eclesiástico español, en Derecho eclesiástico del Estado español, coord. Navarro Valls, R., 3ª ed, ed EUNSA, Pamplona 1993, pp. 165-226, esp. p. 218, 220 y 223; también MOLANO, E., El derecho eclesiástico en la Constitución española, en AAVV Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía, Madrid 1989 pp.289-307 esp. p. 304, ha mantenido que la cooperación del 16.3 es una manifestación de la valoración positiva del fenómeno religioso; NAVARRO VALLS, R.- PALOMINO, R., en Estado y religión, ed. Ariel, Barcelona 2000, p. 355.

⁴⁰ GONZALEZ MORENO, B., en El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española, en Rev. Esp. Der. Const., n. 66 2002, pp.123-145, esp. p. 139 y 141 que aplica la teoría sostenida por ALEXY, R., en Teoría de los derechos fundamentales, trad. Garzón Valdés, E., ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid 1993, p. 427, según la que “todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones” este concepto está entendido en sentido amplio y comprende los derechos a protección, los derechos a organización y procedimiento y los derechos a prestaciones en sentido estricto.

⁴¹ NAVARRO VALLS, R.- PALOMINO, R., en Estado y religión...cit., p. 334

garantía de la defensa de los derechos de todos. Los poderes públicos con su actividad deben garantizar el mínimo ético, recogido en los valores constitucionales, necesario para la convivencia pacífica de los distintos códigos valorativos existentes en la sociedad y cuya garantía exige de los poderes públicos la no identificación con ninguno de ellos.

3. La actividad positiva de los poderes públicos no puede comprender todas las manifestaciones de la libertad religiosa, sencillamente porque la libertad religiosa no es un derecho prestacional sino un derecho de libertad que, en ocasiones, incorpora una faceta prestacional. Sin embargo, en nuestra opinión, no es posible sostener que esa faceta prestacional forma parte de su contenido esencial. Como tal derecho de libertad, es un derecho de defensa que lo que exige a los poderes públicos es la no intervención, salvo cuando ésta sea necesaria para hacer efectivo el ejercicio del derecho, o para reparar la desigualdad. En estos casos la intervención es obligada.

2. Los que se sitúan en la segunda posición sostienen que la valoración positiva se circunscribe al derecho fundamental de libertad religiosa, no al hecho religioso, su fundamento normativo se encuentra en el 9.2, concretándose en lo que se refiere a la libertad religiosa en el mandato de cooperación con las confesiones al que se refiere el art. 16.3⁴². Desde esta perspectiva, que compartimos, la intervención de los poderes públicos es obligada sólo en aquellos supuestos en que sea necesaria para el ejercicio de la libertad religiosa⁴³, de ahí que deba intervenir cuando de no hacerlo se vulneraría el derecho fundamental de libertad religiosa; deben abstenerse de intervenir cuando de hacerlo quedaría en entredicho la separación de funciones estatales y religiosas o la igualdad. Así pues, es en este punto donde alcanza toda su virtualidad la aplicación del principio de laicidad como mecanismo de control que evita, de un lado, la confusión de funciones estatales y religiosas y, de otro lado, la vulneración de la igualdad.

Además, el desarrollo lógico de esta posición permite añadir que, en realidad, la cooperación esta comprendida en el concepto de neutralidad positiva ya que ésta hace referencia a la actividad positiva de los poderes públicos para facilitar el ejercicio de la libertad religiosa y para corregir las desigualdades materiales. El ejercicio de la libertad religiosa requiere, en muchas ocasiones, de la cooperación con las confesiones religiosas, de modo que esta cooperación no es más que una proyección de la cláusula de Estado social, cláusula y de la cláusula de Estado democrático, que desarrolla el art. 9.2, cuya proyección en el ordenamiento se concreta en la participación de los agentes sociales en la toma de decisiones administrativas que les afecten, este es el sentido que tienen las relaciones con las confesiones religiosas, hacer efectivo el ejercicio de la libertad religiosa. En este punto, la cooperación con las confesiones coincide con el contenido que se da a la neutralidad positiva. Así pues, el art. 16.3 no hace más que explicitar principios que

⁴² En este sentido LLAMAZARES FERNANDEZ, D., en *Derecho de la libertad de conciencia*, Vol. I, 2ª ed. ed. Civitas, Madrid 2002, p. 325 ; en el mismo sentido PRIETO SANCHIS, L., en *Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico español...* cit. p.207 sostiene que la cooperación del 16.3. es una manifestación más del Estado social y democrático (art. 1.1); también CONTRERAS MAZARÍO, J.M., en *La libertad de conciencia y la función promocional del Estado en la ley orgánica de libertad religiosa*, en *Laicidad y libertades*, n. 0, 2000, pp. 135-173; POLO SABAU, J.R., *¿Derecho Eclesiástico del Estado o Libertades públicas?*, ed. Universidad de Málaga, Málaga 2002, p. 147; SUAREZ PERTIERRA, G., *La recuperación del modelo constitucional...* cit. p. 335; en el mismo sentido la STC de 15 de febrero de 2001.

⁴³ En este sentido LLAMAZARES FERNANDEZ, D., en *Derecho de la libertad de conciencia*, Vol. I, ...cit., p. 325 y 327, donde se pueden encontrar los distintos contenidos de la cooperación; en el mismo sentido SUAREZ PERTIERRA, G., *La recuperación del modelo constitucional ...cit. p. 335*; partiendo de la misma afirmación de principio CONTRERAS MAZARÍO, J.M., en *La libertad de conciencia y la función promocional ... cit. ,* extiende a la formación religiosa en centros docentes, sin entenderse en este último caso que obstáculos para el ejercicio de la libertad religiosa justifican que la formación religiosa se realice en los centros docentes.

se aplican también en relación con otros grupos sociales, su mención expresa para los grupos religiosos no supone una valoración diferente a la que merecen los demás derechos fundamentales.

De manera que, en nuestra opinión, la neutralidad positiva implica las siguientes afirmaciones:

1. La obligación de los poderes públicos de adecuar el ordenamiento jurídico y su aplicación de modo de hacer posible el ejercicio de la libertad religiosa en igualdad de condiciones.
2. La actuación de los poderes públicos debe estar guiada por los valores constitucionales, en esa medida la noción de neutralidad positiva posee un cuerpo de valores.
3. Estos valores están constituidos por los valores constitucionales recogidos en los artículos 1.1 y 10.1 en virtud de los que los derechos fundamentales se constituyen en eje central del ordenamiento a cuyo servicio se coloca la estructura del Estado⁴⁴. Estos valores constituyen un mínimo ético que hace posible el pluralismo y la convivencia pacífica⁴⁵.
4. La cooperación a la que se refiere el art. 16.3 está integrada en el elemento neutralidad positiva, no añade nada a lo establecido en el 9.2⁴⁶.

Una vez fijado el concepto de laicidad del que partimos con sus elementos integradores, nos proponemos ahora verificar en qué medida los poderes públicos han adecuado su actuación al mandato constitucional de búsqueda de la igualdad material. Con este objetivo haremos referencia a temas claves del Derecho Eclesiástico indicativos del estado de la cuestión.

4. La actuación positiva de los poderes públicos y la igualdad material en el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa

Si tenemos presente que la Constitución de 1978 supone el paso de un Estado de fortísima confesionalidad doctrinal a un Estado aconfesional, laico, el establecimiento de los nuevos principios constitucionales exigía, de un lado, la adecuación de la legislación existente en el momento de entrada en vigor de la Constitución al nuevo modelo en dos ámbitos el que incide en la estructura del Estado como poder separándolo de la influencia y equiparación de la Iglesia Católica y el que incide en el ámbito funcional de los poderes públicos que se concreta en la creación de las condiciones que faciliten el pleno ejercicio de la libertad religiosa a todos en igualdad, de otro lado, que la legislación de desarrollo del texto constitucional se guiase por los mismos principios.

El grado de adecuación de la legislación vigente y de la actuación de la administración y el control judicial a los principios constitucionales nos exige una referencia a temas que

⁴⁴ Acerca de los valores del ordenamiento se puede ver PECES BARBA, G., Los valores del ordenamiento. Ed. Tecnos, Madrid 1984; también PAREJO ALFONSO, L., en Constitución y valores del ordenamiento, ed. Centro de estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 1990. En el derecho francés BARBIER, M., en La laïcité...cit. p. 88, sostiene que la neutralidad no impide que el Estado defienda valores comunes como la libertad, igualdad, democracia, solidaridad...

⁴⁵ La SSTS 31 de enero de 1997(FJ. 2) y 14 de abril de 1998(FJ 4) han sostenido, en relación con la alternativa a la enseñanza de la religión, que el art. 27 1 y 2 CE asigna a la finalidad de la educación un contenido que merece la calificación de moral, entendida esta noción en sentido cívico y aconfesional: pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

⁴⁶ LLAMAZARES FERNANDEZ, D., en Derecho de la libertad de conciencia, Vol. I... cit., p. 325

consideramos claves, ello nos permitirá verificar en qué ámbitos se ha avanzado, en cuáles no lo suficiente. Adecuaré la clasificación de los temas a los elementos que integran la laicidad con la finalidad de verificar su grado de cumplimiento, aunque soy consciente que en muchas ocasiones no es fácil deslindarlos.

4.1. En lo que se refiere al mandato de separación entre el Estado y las confesiones religiosas el cambio que se ha producido de forma más evidente y radical es el de separar a la Iglesia católica de los órganos del Estado, eliminando también su equiparación a los poderes públicos.

La separación del Estado de la Iglesia católica tiene su manifestación más clara en la desaparición de los delitos que protegían a la Iglesia católica como religión del Estado⁴⁷.

En el ámbito civil, la STC 340/1993 de 16 de noviembre, que declara nulo el art. 72 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, refuerza la idea de separación entre el poder estatal y el religioso y sus respectivas funciones al establecer en el fundamento jurídico cuarto letra D que "... las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica...", la neutralidad se encuentra implícitamente contenida al tener en cuenta el principio de igualdad para determinar la inconstitucionalidad de la norma: "Existiendo, por tanto, elementos discriminatorios en la norma cuestionada, al atribuir a la Iglesia católica "una posición singularizada frente a cualesquiera otras entidades privadas con independencia de su proyección sociológica e índole de sus fines y, a mayor abundamiento una posición parificada al Estado". (FJ. 4 A)

El Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre modifica determinados artículos del Reglamento Hipotecario entre ellos el art. 5.4 en el que se exceptuaba de la inscripción a los templos católicos, equiparándolos a los bienes de dominio público. En la exposición de motivos de la citada norma se dice que "se suprime por inconstitucional la prohibición de inscripción de los templos destinados al culto católico".

Asimismo, de forma paulatina en temas de asistencia religiosa se ha abandonado el modelo de integración orgánica en su manifestación más pura y se ha optado por modelos más compatibles con los preceptos constitucionales que son diferentes según el centro público de que se trate y según la confesión.

Así en lo que se refiere a la Iglesia católica con independencia del modelo por el que se opte en cada caso la financiación económica tanto de gastos materiales como de personal corre por cuenta del Estado. Esta financiación implica una contribución directa del Estado para actividades estrictamente religiosas que compromete la separación de funciones que exige el principio de separación, y que puede justificarse, en cierta medida, como excepción dada la existencia de obstáculos que dificultan, unas veces, y otras hacen imposible el ejercicio de la libertad religiosa⁴⁸. Así, en las FFAA se ha sustituido el modelo de integración orgánica por un servicio de asistencia religiosa, en el que el personal que presta el servicio está vinculado con la Administración militar mediante un contrato de prestación de servicios, aunque desde un punto de vista funcional dependen de su Arzobispo (RD 1145/1990 de 7 de septiembre que crea el

⁴⁷ Acerca de la protección penal de la libertad de conciencia vid. FERNANDEZ-CORONADO GONZALEZ, A., La tutela penal de la libertad de la libertad religiosa, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. II, 1987, pp. 17-55; también; SANTAMARÍA LAMBÁS, F., El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia, Valladolid 2001; desde la perspectiva de la libertad religiosa y prestando una atención especial a los sentimientos religiosos FERREIRO GALGUERA, J., Protección jurídico penal de la religión, A Coruña 1998.

⁴⁸ LLAMAZARES FERNANDEZ, D., Derecho de la libertad de conciencia, Vol. II, ed. Civitas, Madrid 1999, p. 533.

servicio de asistencia religiosa en las FFAA y la Orden 376/2000 de 20 de diciembre por la que se dictan normas sobre los sacerdotes y religiosos colaboradores del servicio de asistencia religiosa en las FFAA); En la asistencia en centros penitenciarios se opta por un sistema en virtud del que la Administración penitenciaria abonará a las diócesis en las que estén ubicados los centros penitenciarios en los que se preste esa asistencia las cantidades correspondientes, la diócesis funciona, así, como una empresa de servicios con la que el centro contrata y los ministros de culto están únicamente vinculados con el Obispo⁴⁹(Orden de 24 de noviembre de 1993); en los hospitales se puede optar por contrato laboral con quien presta la asistencia o por la celebración de un Convenio con el Ordinario del lugar(Orden de 20 diciembre de 1985).

En los Acuerdos con las federaciones evangélica e israelita se ha optado por un modelo de libertad de acceso cuando la asistencia se presta en centros penitenciarios y hospitalarios del sector público, la Administración se limita a autorizar el acceso al centro al ministro de culto, cuando se solicite su presencia, siendo la dependencia funcional y económica de la confesión respectiva. En el caso de que la asistencia religiosa se preste en las FFAA, los Acuerdos con las mencionadas federaciones no indican quién sufragará el gasto producido, omisión que es posible interpretar en el sentido de que corresponderá a la Administración militar⁵⁰. En el caso de los Acuerdos con la Comisión islámica se opta por el modelo de libertad de acceso cuando la asistencia se preste en los centros hospitalarios y penitenciarios. Si bien los gastos que ocasione la prestación del servicio serán sufragados en la forma que acuerden los representantes de la Comisión Islámica de España con la dirección de los centros y establecimientos públicos. En el caso de las FFAA opta por el modelo de libertad de acceso y libertad de salida que se concreta en autorizar la salida del recinto militar para cumplir sus obligaciones religiosas bien en la mezquita u oratorio del lugar de destino o para desplazarse a la localidad más próxima, siempre que las necesidades del servicio lo permitan.

Los modelos de asistencia por los que optan las minorías religiosas con Acuerdos son más coherentes con un Estado laico ya que queda garantizada la separación de ambos poderes.

Las confesiones religiosas inscritas sin Acuerdos tienen garantizada la asistencia religiosa en estos centros por aplicación directa de la LOLR. El modelo aplicable sería la libertad de acceso junto con la libertad de salida en caso de que la asistencia religiosa se requiriese en las FFAA.

Sin embargo, la separación entre las confesiones y el Estado queda en entredicho en el sistema de financiación de la Iglesia católica. El Acuerdo sobre asuntos económicos preveía un sistema de financiación por fases, de carácter transitorio, que permitiera a la Iglesia Católica adaptarse a la nueva situación.

La primera fase, durante un periodo de tres años la Iglesia, sería financiada, como lo había sido en el régimen político precedente, con cargo a los presupuestos generales del Estado. Esta fase se prolongó hasta 1988, momento en que se inició la segunda fase.

La segunda fase cuya duración prevista era también de tres años, debió finalizar en 1991, y se ha prolongado hasta la actualidad, en esta fase la Iglesia católica percibe el 0,52 de la cuota íntegra, esto es, la base imponible, con cargo a la declaración de los contribuyentes en el impuesto de la declaración de las personas físicas y si esta cantidad no llegara al total que la Iglesia necesita para su sostenimiento, será completada por el Estado. Hasta 1999, momento en que se modifica, el sistema fijado por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos para el 1988, era el siguiente: los sujetos pasivos podían indicar que el

⁴⁹ *Ibidem* p. 554.

⁵⁰ *Ibidem* p. 550.

porcentaje correspondiente a su cuota íntegra se destinase: a) a colaborar al sostenimiento económico de la Iglesia católica, b) a los otros fines de interés social. En el caso de que su voluntad no se manifieste en uno u otro sentido se entenderá que optan por los fines del apartado b.

La Ley 54/1999⁵¹ de Presupuestos Generales del Estado para el 2000 ha revisado en la Disposición adicional vigésima y vigésima segunda el sistema de asignación tributaria y fines sociales en el siguiente sentido:

1. El contribuyente debe manifestar su voluntad de forma expresa tanto en el caso de que el destino vaya dirigido a sostener a la Iglesia Católica como a fines sociales.
2. La elección no es alternativa. De modo que cabe elegir las dos opciones. No se dice en la norma de forma expresa que en este caso la suma de ambas irá destinada a la Iglesia Católica, de manera que, también cabría afirmar que el contribuyente cuando señala las dos cruces manifiesta su voluntad de que la suma de ambas vaya destinada a fines sociales. Es más la exigencia de que se manifieste de forma expresa la voluntad en lo que se refiere al destino de la cuota correspondiente conduce a sostener que quien señala las dos cruces quiere repartir la cantidad entre la Iglesia Católica y fines sociales. La norma, en mi opinión, no permite sostener que la suma de las dos vaya destinada ni a la Iglesia Católica ni a fines sociales. Sin embargo, desde una determinada voluntad política, de forma arbitraria se ha interpretado la norma en el sentido de que en el caso de que un contribuyente señale las dos cruces está expresando su voluntad de que la suma de las dos vaya dirigida al sostenimiento de la Iglesia Católica. Si esa era la voluntad del legislador debió decirlo de forma expresa.
3. No se indica, a diferencia del sistema anterior, qué ocurre en el caso de que su voluntad no se manifieste en uno u otro sentido. En este caso cabe sostener que puesto que la norma no indica nada, la Administración puede darle el destino que estime más conveniente, siempre que garantice una cantidad mínima para fines sociales.
4. Se establecen unas cantidades máximas que en el caso de que su destino vaya a la Iglesia Católica no podrá ser superior a 24.000.000.000 de pesetas y en el caso de que se trate de fines sociales los importes obtenidos no podrán superar la cantidad de 22.000.000.000 de pesetas y mínimas en el caso de la Iglesia Católica las cantidades entregadas no serán inferiores a la resultante de la actualización de las entregas mensuales a cuenta de la asignación tributaria que se hayan determinado en la Ley de Presupuestos del ejercicio precedente. En el caso de los fines sociales la cantidad no podrá ser inferior a 19.000.000.000 de pesetas y cuando no se alcance esta cifra el Estado entregará la diferencia. Esta cantidad ha sido modificada para el caso de los fines sociales por la Ley de Presupuestos para el 2003 en 132.222.663 euros la máxima y en 116.476.146 la mínima. Llama la atención que la cantidad prevista para atender al sostenimiento de la Iglesia Católica es superior a la destinada a satisfacer fines sociales.

La modificación establecida en el sistema de asignación tributaria y fines sociales empeora el sistema anterior. Le convierte en un sistema opaco en el que la Administración puede disponer de la cuota destinada a la asignación tributaria y fines sociales de la forma que estime conveniente, favoreciendo en su interpretación política los intereses de la Iglesia Católica.

⁵¹ Este sistema ha estado vigente durante los ejercicios 2000,2001,2002. La Ley 52/2002 de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el 2003 en la Disposición Adicional Duodécima y Vigésima Tercera prorroga la asignación de cantidades a fines sociales y el sistema de asignación tributaria a la Iglesia Católica durante los años 2003,2004 y 2005.

En la tercera fase la Iglesia sólo percibirá las cantidades resultantes de la aportación de los ciudadanos a través del IRPF, en el Acuerdo la Iglesia se compromete a llegar a la autofinanciación. Pues bien, aunque la concepción de un sistema progresivo de adaptación podría considerarse constitucional, ya que permitía un proceso de concienciación a los españoles católicos de que en el futuro el sostenimiento de su Iglesia les corresponde a ellos, no lo es un sistema de financiación que sostiene de forma indefinida a una confesión religiosa con cargo a los presupuestos del Estado, este sistema es contrario al principio de laicidad⁵², en concreto a la separación entre el Estado y las confesiones.

También supone un elemento de confusión entre las funciones estatales y religiosas el sistema de contratación del profesorado de religión⁵³. La Ley de acompañamiento a la de Presupuestos Generales del Estado para 1999⁵⁴ modifica la Disposición Adicional segunda de la LOGSE añadiendo un segundo párrafo. En él se reconoce la dependencia de los profesores de religión de la Administración educativa tipificándose la relación como una contratación laboral cuya duración corresponderá con el curso escolar, pudiendo ser su dedicación a tiempo completo o parcial y siendo equiparados a efectos retributivos con los profesores interinos del respectivo nivel educativo. Asimismo, se programa la equiparación completa durante el periodo de cuatro ejercicios económicos que empezarán a contar en enero de 1999.

La opción por este sistema de contratación laboral compromete la separación que el Estado, en la medida en que esta vinculación crea una dependencia de la Administración educativa, sin que ello suponga el control sobre la decisión de elegir a quién se contrata o se cesa, ya que la dependencia funcional es de la jerarquía eclesiástica correspondiente, esta dependencia funcional tiene su explicación ya que lo que se transmite a través de esta materia son los dogmas y la moral de una determinada confesión y en consecuencia entra dentro de lo que se consideran tareas eclesiales. Así pues, se introduce con este sistema una confusión de funciones estatales y religiosas que no es compatible con el modelo de relación Estado-confesiones por el que se opta en la Constitución de 1978⁵⁵

Este sistema que tiene un carácter general se aplicará a todos los profesores de religión cualquiera que sea la confesión⁵⁶ a la que pertenezcan. Lo que supone la modificación de forma unilateral del sistema establecido para las confesiones evangélica e islámica a través de los Convenios que se firman entre el Ministerio de Educación y Ciencia y las mencionadas confesiones en los que queda clara la dependencia de estos profesores de la respectiva confesión.

4. 2. En lo que concierne al elemento de la neutralidad, el mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos para que creen las condiciones que hagan posible el ejercicio de la misma libertad a todas las personas no siempre se ha cumplido en el caso del desarrollo del derecho fundamental de libertad religiosa. Un ejemplo central que pone de relieve el desigual ejercicio de la libertad religiosa es el que afecta al ejercicio de la libertad religiosa en su dimensión

⁵² LLAMAZARES FERNANDEZ, D., Derecho de la libertad de conciencia, Vol. II,... cit., p. 481. En el mismo sentido TORRES GUTIERREZ, A., La asignación tributaria en España a favor de la Iglesia Católica. Un estudio crítico, pendiente de publicación en Revista jurídica de Navarra, julio 2003.

⁵³ Una amplio y profundo estudio sobre los profesores de religión se encuentra en CUBILLAS RECIO, M., en Enseñanza confesional y cultura religiosa, estudio jurisprudencial, Valladolid 1997, pp.109 y ss.

⁵⁴ Vid. art. 93 de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

⁵⁵ Una aguda crítica se encuentra en LLAMAZARES FERNANDEZ, D., en Derecho de la libertad de conciencia, Vol. II... cit. p. 143.

⁵⁶ El Convenio sobre régimen económico-laboral de los profesores de religión católica es recogido en la Orden de 9 de abril de 1999.

colectiva, en aspectos que son esenciales para su existencia: adquisición de la personalidad jurídica, la exigencia del requisito del “notorio arraigo” y régimen fiscal.

4 2.1. El desarrollo que la LOLR hace del art.16 de la CE introduce requisitos que han servido para restringir el ejercicio de ese derecho, restricción que de forma inmediata afecta a la dimensión colectiva del derecho pero que de forma mediata afecta también al ejercicio individual de la libertad. Nos referiremos en este punto a la adquisición de personalidad jurídica⁵⁷.

El régimen común de las asociaciones cuyo tipo básico es el art. 22 CE, desarrollado por la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo reguladora del Derecho de Asociación(en adelante LODA), establece que éstas adquirirán personalidad jurídica una vez que el acuerdo de constitución se haya formalizado mediante acta fundacional en documento público o privado(art. 5.2 LODA) siendo la inscripción necesaria sólo a los efectos de publicidad. Pues bien, las confesiones están sometidas a una legislación especial(art.1.3 LODA), la establecida en la LOLR, en virtud de la que adquirirán la personalidad jurídica a partir del momento de la inscripción, que es constitutiva de la personalidad jurídica(art. 5 LOLR) y se practica previa resolución de la Dirección General de Asuntos Religiosos⁵⁸. La Administración debe verificar que se cumplen los requisitos establecidos en la Ley y se denegará si no se acreditan debidamente los requisitos exigidos⁵⁹.

Entre los requisitos que deben constar en la solicitud los hay de carácter meramente formal(todos aquellos que contribuyan a la identificación de la Entidad) y otros que tienen un carácter material como la mención a los “fines religiosos”. Una lectura comprensiva de la Ley obliga a la Administración a tener en cuenta en su decisión si la Entidad que pretende su inscripción cumple no sólo los requisitos formales sino también los materiales, es decir, si tiene una finalidad religiosa o no⁶⁰, y para ello dispone de los parámetros que le proporciona la propia Ley. Dichos parámetros están recogidos en los arts. 2 y 3 de la citada Ley.

⁵⁷ Sobre este punto vid. CASTRO JOVER. A., en *Las minorías religiosas en el Derecho español*, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao 1999, pp. 211-244.

⁵⁸ El ordenamiento ha previsto, también, para los partidos políticos y los sindicatos que la adquisición de la personalidad se adquiera a partir de la inscripción. Sin embargo, el proceso establecido diverge sustancialmente del previsto para las confesiones. Así en el caso de los partidos políticos la personalidad jurídica se adquiere el vigésimo día del depósito en el Registro que a esos efectos existe en el Ministerio del Interior de la documentación completa(art. 4.2 y 3 de la Ley Orgánica 6/2002 de 27 de junio de partidos políticos). Los sindicatos adquirirán la personalidad jurídica transcurridos veinte días hábiles desde el depósito de los Estatutos en la oficina pública establecida al efecto (art.4.7 de la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto de Libertad sindical). En los dos supuestos la Administración se limita a recibir la documentación, ya que la personalidad se adquiere por transcurso del plazo fijado por la Ley; de modo que no cabe que se deniegue la inscripción.

⁵⁹Cfr. artículos 3 y 4 del RD 142/1981, de 9 de enero sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas.

⁶⁰La apreciación de este requisito se ha realizado por la jurisprudencia con distinto alcance, así, en la STS del 2 de noviembre de 1987(CONT-ADM. Sala 4ª, Ar. 8764) en que el citado Tribunal mantiene que la función del Estado es de simple reconocimiento formal aunque mantiene, con posterioridad, que es necesario que los fines religiosos queden patentados; la STS de 1 de marzo de 1994 (CONT-ADM. Sala 3ª Ar.1659) mantiene que los fines religiosos deben ser apreciados por la autoridad administrativa sin tener que sujetarse a la certificación del órgano superior en España de la correspondiente Iglesia o confesión; en las demás sentencias, 25 de junio de 1990(CONT-ADM. Sala 3ª Ar. 11208); y 14 de junio de 1996(CONT-ADM. Sala 3ª Ar. 5082) conceden amplias facultades a la Administración que van desde la determinación de lo que se debe entender por religioso hasta la verificación de sí la finalidad religiosa perseguida respeta el orden público; la decisiva STC 46/2001 de 15 de febrero ha establecido que la función de la Administración es de mera constatación, debe, así, descartarse la función calificadora. En la doctrina se pueden distinguir diversas posiciones, unos, consideran que el encargado del registro debe limitarse a la mera verificación formal y, otros, entienden que debe realizar además un control de tipicidad. En la primera posición se sitúan BASTERRA MONTSERRAT, D. en *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*. Madrid 1989, p.327; DE PRADA J.M. en *La personalidad de las entidades religiosas y sus requisitos*, en A. D. C. XXXIV, 1981 pp. 709-731 esp. p. 727; en la segunda posición cabe citar a LEGUINA VILLA, J. en *Dos cuestiones a la libertad religiosa*:

El artículo 2 describe el contenido de la libertad religiosa indicando las distintas manifestaciones de este derecho. El artículo 3.2 de la mencionada Ley se refiere a dos tipos de límites: aquellos que acompañan al ejercicio de cualquier derecho fundamental (la protección de los derechos de los demás y el orden público) y aquellos límites que contribuyen, en sentido negativo, a definir el concepto de religioso del que parte la Ley: "Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos".

Este intento de definir la religión por el legislador, aunque sea de forma negativa, atribuye a la Administración una función calificadora acerca de los fines que la entidad solicitante presenta como religiosos siendo esta competencia incompatible con la laicidad del Estado⁶¹. Desde luego, la actuación del legislador tampoco contribuye a crear las condiciones más favorables para el ejercicio de la libertad religiosa de las minorías. La explicación, según se desprende de la discusión parlamentaria⁶², parece encontrarse, aunque naturalmente no manifestado de forma expresa, en la voluntad de la mayoría de convertir el registro en un efectivo control sobre las confesiones no católicas, ya que la Iglesia Católica es la única confesión religiosa que como tal no necesita la inscripción para adquirir la personalidad jurídica.

Control administrativo y concepto de notorio arraigo, en R.E.D.A., n.44, 1984, pp. 683-692, esp. p. 685; LLAMAZARES FERNANDEZ, D. en Derecho Eclesiástico... cit. p. 214; CUBILLAS RECIO, M. en Personalidad jurídica civil de las entidades religiosas. Técnicas jurídicas de conexión interordenamientos, en Nuovi studi di Diritto Canonico ed Ecclesiastico, a cura di Tozzi Valerio, Salerno 1990, pp.277-293, esp. p. 284; LOPEZ ALARCON, M. en Entidades religiosas, en Derecho Eclesiástico del Estado español, Pamplona 1993, pp. 265-324, esp. p. 287. ALDANONDO SALAVERRIA, I. en El Registro de entidades religiosas, en A.D.E. Vol. VII, 1991, pp. 13-47 esp. p. 36; ROCA M.J. en Aproximación al concepto de fines religiosos, en R.E.D.A., n. 132, 1993, pp. 445-467, esp. p. 453

⁶¹ En este sentido LLAMAZARES FERNANDEZ, D., en LOLR: Las contradicciones del sistema, en Laicidad y libertades, n. 0, Diciembre 2000, pp.15-43, esp. pp. 30-34, ahí realiza también una aguda crítica a los elementos negativos a que se refiere el art. 3.2 sosteniendo que deben ser interpretados restrictivamente, justamente lo contrario que se ha hecho, la Administración. Una valoración crítica a la intervención de la Administración se encuentra también en LLAMAZARES CALZADILLA, M^a C., en Personalidad jurídica de las confesiones religiosas y concepto de religión. Estudio comparado de cinco ordenamientos: España, Alemania, Italia, Francia y Estados Unidos, en Boletín de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones, n. 14, Madrid 2000, pp. 7-27, esp. pp. 14-19.

⁶² Es interesante poner de relieve la discusión parlamentaria que suscita la enmienda núm. 52 de sustitución presentada por el Grupo comunista que proponía la siguiente redacción: "Las Comunidades religiosas y sus Federaciones adquirirán personalidad jurídica civil desde el mismo momento en que sus representantes legales soliciten su inscripción y depositen la documentación señalada en el apartado siguiente en el Registro Público que se crea en el Ministerio de Justicia". La motivación se basaba en la necesaria acomodación a los preceptos constitucionales. Dicha enmienda fue defendida en el Pleno por el Diputado Solé Turá de cuya intervención hay que destacar que de no plantearse en estos términos la inscripción, esto es a efectos de publicidad y no condicionante de la adquisición de la personalidad jurídica, "... el ejercicio del derecho de asociación queda condicionado a la decisión del titular del Registro, es decir a un órgano que no está explicitado como tal en la Constitución". En contra de esta enmienda interviene por el Grupo Parlamentario Centrista el Diputado Vega Escandón que en defensa de la formulación del art. 5.1. mantiene que "... lo que pretende es que la inscripción tenga un efecto evidente de comprobación en el Registro correspondiente... de los requisitos imprescindibles para que esa personalidad jurídica exista..."; a lo que en turno de réplica añadió el Diputado comunista que "... estamos dejando aquí una norma hasta cierto punto en blanco, puesto que no sabemos cuáles van a ser los requisitos exactos que se van a establecer para que el Registro acepte la inscripción. En este sentido estamos introduciendo un elemento de posible limitación que la Constitución no establece por sí misma." Sometida la enmienda a votación el resultado de la misma fue el siguiente: 296 votos emitidos; a favor, 140; en contra 153; abstenciones tres. Cfr. Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Trabajos Parlamentarios, Madrid 1981, pp. 69-70.

La actuación de la Administración ha sido contradictoria⁶³, en ocasiones ha sido de mera constatación, pero, otras veces, ha realizado funciones de calificación que han contribuido a confundir las funciones estatales con las religiosas. La separación entre el Estado y las confesiones y la neutralidad exigen que la función de la Administración en estos casos sea de mera constatación⁶⁴. En la dirección correcta se redactaron los Acuerdos con las confesiones minoritarias en los que se encuentra una constante remisión a los ordenamientos y doctrinas confesionales para definir lo religioso⁶⁵.

Si comparamos esta legislación con la establecida para los partidos políticos, respecto de los que también la inscripción en el registro es constitutiva de la personalidad jurídica, advertimos dos diferencias de no poco alcance:

1. Que entre los requisitos sometidos a examen por la Administración antes de la inscripción se encuentra en las confesiones los fines religiosos y que en cambio, en relación con los partidos políticos no se verifican los fines políticos.
2. Que la inscripción en el caso de las confesiones religiosas requiere una resolución administrativa que puede denegar la inscripción y en el caso de los partidos políticos la inscripción se realiza de forma automática transcurridos veinte días, siempre que no se hayan advertido signos de ilicitud. En ningún caso es posible la denegación administrativa de la inscripción ya que en el supuesto de que se hayan advertido signos de ilicitud se suspenderá la inscripción y será el juez el que decida.

La importancia que la inscripción tiene para el ejercicio de la libertad religiosa se advierte en las consecuencias de la denegación por parte de la Administración de la inscripción sobre la base de la consideración de que la entidad que la pretende no tiene finalidad religiosa⁶⁶, una consecuencia inmediata es que sale del ámbito de protección de aquellas normas previstas para las confesiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas (en adelante RER), pero esto no impide que pueda ejercer los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a todos con independencia de que pertenezcan a un grupo u otro, tengan unas u otras creencias o convicciones, entre otros el derecho fundamental de asociación (art. 22 CE) de reunión (art. 21 CE), de libertad de expresión y difusión de su pensamiento, así como el acceso a los medios de comunicación dependientes del Estado (art. 20 CE), el derecho a crear centros docentes con ideario y a elegir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27 CE)⁶⁷. Por el contrario la inscripción en el RER y la firma de Acuerdo con el

⁶³ Vid. LLAMAZARES CALZADILLA, M^a C. en Naturaleza religiosa y fines religiosos, en LLAMAZARES FERNANDEZ, D., en Derecho de la libertad de conciencia, Vol. II, ... cit. pp.413-421, esp. p.414.

⁶⁴ En este sentido se ha pronunciado la STC 46/ 2001 de 15 de febrero.

⁶⁵ LLAMAZARES FERNANDEZ, D., en LOLR: Las contradicciones del sistema, ...cit. p. 31.

⁶⁶ CASTRO JOVER, A., en Las minorías religiosas... cit. p. 217; la misma autora ha sostenido en Las asociaciones sin ánimo de lucro y las sectas, en Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada, ed. Goti Ordeñana, J., Oñate 1991, pp.185-213, esp. p. 190 que la denegación de la inscripción impide adquirir la personalidad jurídica como confesión religiosa y ha planteado las dificultades que tendría adquirir personalidad jurídica como confesión al amparo del derecho común de asociación.

⁶⁷ En relación con este derecho se puede ver la STC 260/1994, de 3 de Octubre que admite que el derecho a la educación de los niños pertenecientes al grupo religioso conocido con el nombre "Niños de Dios", grupo religioso no inscrito, queda garantizado por un sistema educativo propio, al margen del sistema de enseñanza oficial siempre que estén escolarizados, ello supone seguir las enseñanzas regladas u homologadas, en este último caso se exigirá autorización administrativa y homologación del sistema educativo, y la STS de 30 de Octubre de 1994 (PENAL, Sala 2^a, Ar. 8334) que desestima en el fundamento cuarto el motivo casacional basado en la infracción del art. 177 del Código penal en el que se castiga a los que fundaren establecimientos de enseñanza que por su objeto y circunstancias sean contrarias a las leyes.

Estado será necesaria, a falta de legislación que autorice la eficacia del matrimonio celebrado en forma religiosa, para que el matrimonio celebrado en forma religiosa tenga efectos civiles(art. 59 Cc); asimismo, las actividades de asistencia religiosa, en determinados casos, requieren que se trate de confesiones inscritas⁶⁸; otras veces se exige que la asistencia religiosa se preste por “ministros de la religión que profesen”⁶⁹, lo que plantea el problema de si cabe que un miembro de un grupo al que se ha denegado la inscripción en el RER puede pretender su equiparación a los ministro de culto; En relación con los ministros de culto, su inclusión en el régimen de la Seguridad social exige que se trate de una confesión inscrita⁷⁰. En lo que se refiere a aspectos organizativos la inscripción refuerza su autonomía al permitirles la inclusión de cláusulas de salvaguarda(art. 6.1. LOLR). La inscripción es también un requisito para formar parte de la Comisión Asesora de Libertad religiosa y firmar Acuerdos con rango de Ley con el Estado en este último caso será necesario además acreditar que se tiene "notorio arraigo"⁷¹. Asimismo, el legislador penal en una defectuosa técnica utiliza un concepto más estricto, confesión inscrita, para proteger las manifestaciones colectivas de la libertad y sentimientos religiosos(arts. 523, 524), por el contrario cuando se trata de proteger la libertad religiosa y los sentimientos de los individuos(arts.522 y 525) se refiere a las confesiones religiosas sin mencionar el requisito de la inscripción. Sin embargo, la inscripción no es un requisito suficiente para que disfruten de los beneficios fiscales previstos. Las Leyes que regulan los impuestos más importantes exigen para disfrutar de las exenciones fiscales la firma de Acuerdos.

La STC 46/2001 decidió que la denegación de la inscripción supone un obstáculo para el ejercicio de la libertad religiosa apoyándose en la apreciación de algunos de los efectos mencionados, en concreto, la eficacia civil del matrimonio religioso, la protección penal y la asistencia religiosa, en éste último caso el problema se plantea por la necesaria intervención del ministro de culto y la dificultad de certificar su cualificación cuando se trata de un grupo religioso no inscrito, ya que según pone de relieve la mencionada sentencia “la inscripción de una entidad religiosa en el Registro implica, ante todo, el reconocimiento de su personalidad como tal grupo religioso”.

4.2.2. El segundo ámbito de problemas se genera con ocasión de la redacción del art. 7.1 en el que se establece que “El Estado teniendo en cuenta las creencias existentes en la sociedad española, establecerá en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España...” queda claro en la redacción del precepto que los Acuerdos no son la única vía de cooperación, aunque se contempla como una vía posible condicionada a la existencia del requisito del notorio arraigo.

⁶⁸ Cfr. Orden de 4 de agosto 1980 por la que se regula la asistencia religiosa y los actos de culto en los centros escolares.

⁶⁹ Cfr. Art. 181. 1. del RD 1201/1981, de 8 de mayo por el que se aprueba el Reglamento penitenciario

⁷⁰ Cfr. Art. 1 del RD 2398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del Clero. Un estudio acerca del trabajo y seguridad social de los miembros de la Iglesia católica se encuentra en VIDAL GALLARDO, M. en Trabajo y Seguridad Social de los miembros de la Iglesia católica, Valladolid 1996; también MOTILLA DE LA CALLE, A. El status jurídico de los religiosos en el Derecho español, Madrid 1997.

⁷¹ LLAMAZARES FERNANDEZ, D. en Estatuto jurídico de las confesiones religiosas de derecho común en el Derecho español, en Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls, Vol. I, ed. Universidad de Alicante, Alicante 2000, pp. 357-381, sostiene que el régimen específico de las confesiones religiosas se reduce al 6.1 y a la habilitación para la participación y cooperación a través de dos cauces: Comisión Asesora de Libertad Religiosa y los acuerdos con el Estado, afirma que los arts 2 con los límites del 3, 4 y 6.2 son aplicables a las confesiones de Derecho común. De manera que según su interpretación la LOLR sería aplicable tanto a las confesiones no inscritas en el RER como a las inscritas. Esta interpretación permite adecuar la LOLR a la Constitución evitando su posible inconstitucionalidad.

Conviene analizar esta norma desde el significado que hemos dado al término cooperación. La cooperación con las confesiones religiosas comprende todos aquellos aspectos que sean necesarios para hacer posible el ejercicio de la libertad religiosa. Esta cooperación es, en ocasiones, imprescindible para el ejercicio de la libertad religiosa, en estos casos, no es posible condicionar a la existencia del Acuerdo la cooperación. Así por ejemplo, en los supuestos de asistencia religiosa en centros públicos como centros penitenciarios, hospitalarios o fuerzas armadas, por las condiciones especiales en que se encuentran las personas. La actividad positiva de la Administración no se concibe sin la cooperación con las confesiones que se concretará como mínimo en una autorización de la Administración que permita al ministro de culto entrar al centro o de salida para las personas que necesiten practicar su culto, este último supuesto sólo parece viable en relación con las fuerzas armadas. Se tendrá derecho a la asistencia aunque la confesión a la que se pertenezca no haya firmado Acuerdo con el Estado.

En otros casos, la cooperación con las confesiones tiene como objetivo facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, pero no es imprescindible para su ejercicio, un ejemplo se encuentra en la eficacia civil del matrimonio celebrado en forma religiosa, o los beneficios fiscales⁷², en ambos supuestos, aunque no es la única vía posible, se exige la firma de Acuerdos. Si de lo que se trata es de facilitar el ejercicio de la libertad religiosa no se entiende porque la firma de Acuerdos con rango de ley necesita cumplir el requisito del notorio arraigo⁷³, que por muchos esfuerzos que se hayan hecho desde la Administración para interpretarlo en sentido amplio, introduce un obstáculo al ejercicio de la libertad religiosa y puede ocasionar un perjuicio o colocar en situación de desventaja a determinadas personas o grupos religiosos, dando lugar a una situación discriminatoria⁷⁴. En estos supuestos no se lesiona la libertad religiosa sino la igualdad.

4.2.3. Esto nos permite adentrarnos ya en el último de los supuestos que indican una actuación de los poderes públicos que se separa de la línea marcada por el 9.2. En nuestra opinión, el régimen fiscal es uno de los aspectos más llamativos de la flagrante discriminación entre las distintas confesiones.

En la legislación reguladora de los impuestos más importantes se prevé para las asociaciones sin ánimo de lucro la exención del pago de impuestos con el objeto de facilitar su existencia que de otro modo podría ahogarse si estuviera sometida a una tributación. Pues bien, cuando se trata de confesiones religiosas se exige como requisito que hayan firmado Acuerdos con el Estado.

En relación con la constitucionalidad de este requisito se ha pronunciado el TC en Auto 480/1989 de 2 de octubre, el supuesto de hecho lo constituye un legado del que es beneficiaria la Comunidad evangélica de habla alemana de Baleares con anterioridad al Acuerdo de 1992, esta comunidad pretendía gozar en el Impuesto de sucesiones de la exención, desestimados los sucesivos recursos administrativos y judiciales interpuestos por dicha comunidad, acude al TC en

⁷² TORRES GUTIERREZ, A., en Régimen fiscal de las confesiones religiosas en España, ed. colex, Madrid 2001, p. 99, ha puesto de relieve que la eliminación del requisito del notorio arraigo para disfrutar de beneficios fiscales es una exigencia del principio de igualdad y neutralidad. Crítica que se extiende a lo largo de todo el trabajo.

⁷³ Una explicación de cómo se va dando contenido a este requisito por parte de la Administración se encuentra en FERNANDEZ-CORONADO GONZALEZ, A., en Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación, Civitas, Madrid 1995, pp. 36-39; de la misma autora se encuentra un estudio más profundo sobre este requisito en Consideraciones sobre una interpretación amplia del concepto de notorio arraigo, en Laicidad y libertades, n.0, 2000, pp.285-302.

⁷⁴ RODRIGUEZ PIÑERO, M., -FERNANDEZ LOPEZ, M^a F., en Igualdad y discriminación, ed. Tecnos, Madrid 1986, p. 214, consideran como un supuesto de discriminación aquel que se encuentra en el ejercicio de la libertad religiosa en una situación de desventaja.

recurso de amparo por entender que se ha vulnerado la igualdad y la libertad religiosa. El Tribunal Constitucional desestima la demanda por carecer manifiestamente de contenido constitucional argumentando que el art. 16 de la Constitución no contiene "... previsión alguna que garantice un especial trato fiscal a las Confesiones religiosas ni puede mantenerse que la sujeción de éstas a las normas tributarias lesione la libertad religiosa que se les reconoce..." y remite al art. 7 de la LOLR y al cumplimiento de los requisitos allí establecidos esto es la firma de Acuerdos.

El desenfoque de la argumentación del TC parece evidente. Lo que se plantea en la demanda que solicita el amparo es que verifique si la actuación realizada por el legislador al exigir la firma de Acuerdos para poder disfrutar de beneficios fiscales introduce elementos que obstaculizan el ejercicio de la libertad religiosa y producen un resultado que perjudica a un grupo religioso. La argumentación sostenida por el TC no entra a valorar la actuación del legislador se limita a constatar lo que dice. Los hechos ponen de relieve que se produce un perjuicio al gravar con el pago del impuesto de sucesiones una cantidad que está destinada a fines religiosos y no lucrativos, se cumplen, pues, los mismos requisitos que se exigen a la Iglesia Católica⁷⁵, el único requisito que no se cumple es el del Acuerdo. En la valoración de la oportunidad de estos requisitos es donde debe centrarse la argumentación.

El mismo problema se ha planteado con el pago del Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos urbanos. El TS ha sostenido en sentencia de 21 de junio de 1996 que el pago de dicho impuesto no se considera lesivo de la igualdad y la libertad religiosa. El problema lo planteaba la Primera Iglesia Bautista Libre de Alcalá de Henares.

5.Síntesis conclusiva

1. El término laicidad está integrado por dos elementos: A. La separación del Estado con las confesiones, es el primero que surge en el tiempo, de modo que en ese primer momento la laicidad se vincula con la separación entre la Iglesia y el Estado. Este elemento es un elemento estático que se corresponde con la estructura del Estado como poder y con su relación con las confesiones. B. La neutralidad que se identifica con la igualdad y que es un concepto dinámico, cambiante que sirve para designar los criterios que deben guiar la actuación de los poderes públicos.

2.Es precisamente el elemento cambiante de la neutralidad el que ha transformado el sentido de la laicidad de negativa a positiva. Esta transformación no indica más que el paso del Estado liberal al Estado social. El Estado liberal se caracteriza por la separación del Estado y la sociedad, y el Estado y las confesiones, situándolas en la sociedad, en el ámbito de lo privado, lo que quiere decir que sus actividades no forman parte de lo público, entendiendo por tal el poder estatal, pero pueden manifestarse públicamente en el ámbito social. La igualdad se concibe como igualdad formal y por tanto igualdad ante la ley. El Estado social difumina la separación entre lo público y lo privado, el Estado y la sociedad, al incorporar un mandato a los poderes públicos de intervenir en la sociedad para hacer real y efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales y al fomentar, de otro lado, la participación de las personas en los órganos de decisión. Se amplía el concepto de igualdad que comprende no sólo la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley sino también la igualdad material.

⁷⁵ Un comentario crítico a este Auto se encuentra en RODRIGUEZ CHACÓN , R., El factor religioso ante el Tribunal Constitucional, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1992, pp. 99-101. También TORRES GUTIERREZ, A., en Régimen fiscal... cit. p. 164.

3. La igualdad material aparece contenida en el art. 9.2 de la CE su logro constituye el contenido del mandato dirigido a los poderes públicos que con su intervención deben hacer posible el ejercicio de la libertad religiosa a todas las personas. Es aquí donde encuentra su fundamento normativo la llamada neutralidad o laicidad positiva. La operatividad jurídica del 9.2 se advierte de forma clara a través del control judicial que permite verificar si la actuación de los poderes públicos se realiza en la orientación debida.

4. El análisis de la actuación del poder legislativo ha puesto de relieve, unas veces, que existen obstáculos en las normas de distinto rango que dificultan el ejercicio de la libertad religiosa a las minorías religiosas, otras veces, el obstáculo al disfrute del mismo grado de ejercicio de la libertad religiosa tiene su base en la ausencia de legislación. La actuación de la Administración ha dificultado, en ocasiones, el ejercicio de la libertad religiosa, el caso paradigmático es la denegación de inscripción a las confesiones por no cumplir el requisito de la finalidad religiosa, en esta ocasión, por primera vez en nuestra materia el Tribunal Constitucional (sentencia 46/2001) corrige la desigualdad aplicando el 9.2. Sin embargo, no siempre es así, los ejemplos más llamativos en que los tribunales han desaprovechado la ocasión para corregir las desigualdades existentes son los casos en que ante la exigencia normativa de Acuerdos para tener derecho a la exención en el pago de los impuestos más importantes, la demanda presentada por los afectados ha sido desestimada, entendiéndose que no hay vulneración de la libertad religiosa.