

La no discriminación por motivos religiosos en España

Jaime Rossell

NIPO: 790-08-117-8



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO
Y ASUNTOS SOCIALES

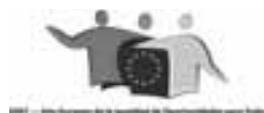
MINISTERIO DE TRABAJO
Y ASUNTOS SOCIALES

**Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones**

RET. 08-2231

La no discriminación por motivos religiosos en España

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://www.060.es>



Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: spublic@mtas.es

Internet: www.mtas.es

NIPO: 201-08-007-2

ISBN: 978-84-8417-281-9

Depósito legal: M-10983-2008

Imprime: Artesa, S.L.

La no discriminación por motivos religiosos en España

Jaime Rossell

*A Verónica
por su constante apoyo
y espíritu crítico*

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
PRESENTACIÓN.....	9
I. INTRODUCCION	15
II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA	19
1. Introducción.....	19
2. Los derechos de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y su reconocimiento en la Constitución Española de 1978	23
2.1. Las libertades de pensamiento y de conciencia.....	25
2.2. El derecho de libertad religiosa.....	28
A. Naturaleza jurídica y objeto del derecho de libertad religiosa	30
B. La regulación de los derechos de libertad religiosa e ideológica: la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.....	36
a. Titularidad individual y colectiva del derecho de libertad religiosa e ideológica	39
b. Contenido del derecho de libertad religiosa individual	41
c. Contenido del derecho de libertad religiosa colectivo..	43
III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN EL AMBITO INTERNACIONAL Y REGIONAL	53

	<u>Pág.</u>
1. La prohibición de discriminación por motivos religiosos en el ámbito internacional	53
2. La prohibición de discriminación por motivos religiosos en el ámbito regional.....	56
2.1. El Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	56
2.2. La prohibición de no discriminación por motivos religiosos en el ámbito de la Unión Europea.....	62
 IV. LIBERTAD RELIGIOSA Y NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN ESPAÑA.....	 69
1. Introducción.....	69
2. La transposición de la Directiva 2000/78 al ordenamiento interno .	74
3. Medidas legislativas adoptadas.....	79
4. La no discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral..	86
4.1. El trabajador y las empresas de tendencia de naturaleza confesional	92
A. Situaciones conflictivas en las empresas de tendencia	93
B. Un supuesto especial de tendencia: los profesores de religión en los centros docentes públicos.....	99
4.2. El trabajador y las empresas neutrales	103
A. Libertad religiosa y el momento de la contratación	104
B. Libertad religiosa y prestación de la actividad laboral	107
C. Libertad religiosa y extinción del contrato de trabajo	115
D. Convenios colectivos y libertad religiosa: el descanso laboral y las festividades religiosas	119
5. Seguridad Social y libertad religiosa	126
5.1. Asistencia sanitaria.....	126
5.2. Pensión de viudedad.....	129
6. La utilización de símbolos religiosos: el uso del velo	135
6.1. El uso del velo en la escuela	136
6.2. Velo islámico y seguridad pública.....	139
7. Otros posibles supuestos de discriminación por motivos religiosos	140
7.1. Alimentación religiosa en centros públicos.....	140
7.2. Festividades religiosas.....	143
 CONCLUSIONES.....	 149
 BIBLIOGRAFÍA.....	 163

PRESENTACIÓN

I

El trabajo que el lector tiene en sus manos es la obra de madurez de un buen conocedor del derecho a la libertad religiosa, que amplía su ámbito de investigación para cruzarla con el derecho a no ser discriminado. Nos encontramos, por tanto, con un estudio sobre la interrelación del art. 16 con el art. 14 de nuestra Constitución que resultará, a partir de ahora, punto de referencia inexcusable. Y la cuestión no es baladí, pues España se está incorporando de forma rápida a los países caracterizados por la pluralidad religiosa, como consecuencia del fenómeno migratorio. En ese contexto, el ejercicio de la libertad religiosa apenas puede ser separado del tratamiento no discriminatorio.

Es conocido que el rasgo más sobresaliente de la inmigración en España no es el número total de inmigrantes, ni tampoco ya la cantidad de inmigrantes en situación irregular; ambas cifras están en la actualidad en niveles similares a los de otros países de nuestro entorno cultural y político como Francia, Italia, Reino Unido o Alemania. Lo que destaca en España es, sobre todo, la abrupta irrupción del fenómeno pues a mitad de los años ochenta el número de inmigrantes en España era insignificante. Pues bien, de la misma forma que ha irrumpido de forma abrupta el fenómeno de la inmigración lo ha hecho, como consecuencia, la pluralidad religiosa. Y esto también nos diferencia de otros países como Alemania, Reino Unido o, por supuesto, Estados Unidos, en los que la pluralidad religiosa era un rasgo más o menos extendido, pero perceptible en una perspectiva histórica.

España, por el contrario, al igual que Italia se ha caracterizado tradicionalmente por la homogeneidad religiosa. No podemos olvidar dos datos: por un lado, hasta hace pocos decenios era un Estado confesional y, por otro, en la transición de ese Estado confesional a otro aconfesional se suscribieron unos Acuerdos con la Santa Sede, que presuponen el carácter sociológicamente católico, aunque no confesional, del Estado. En esas condiciones se produjo la sustitución en la Constitución española del principio de confesionalidad por el principio de libertad religiosa, al que se une la polémica mención expresa de la Iglesia católica.

Sin embargo, los términos de esa relación se han modificado en los últimos años. La pluralidad religiosa es un hecho también nuevo en España en cuanto aproximadamente la mitad de los inmigrantes que residen en España proceden del Magreb o del Africa subsahariana y son de religión musulmana. En consecuencia, existe, de hecho, un pluralismo religioso, consecuencia de la diversidad que ha introducido la inmigración en la sociedad española pero es sabido que ello no garantiza, per se, la traslación de ese pluralismo al marco normativo. En la práctica está ocurriendo que a medida que se producen los conflictos se les va dando una respuesta casuística por parte, sobre todo, de los órganos jurisdiccionales, sin que el legislador haya orientado su actividad normativa en un determinado sentido. Todo ello en un constitucionalismo multinivel, en el que concurren distintos niveles de gobierno y, en consecuencia, de resolución de conflictos.

En esta situación, resulta especialmente pertinente el libro del profesor Rossell. El Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura nos presenta las distintas situaciones en que el ejercicio de la libertad religiosa puede verse limitado con la vulneración del derecho a no ser discriminado. En la mayoría de los casos ocurre que el legislador no ha adaptado las normas a las nuevas situaciones fácticas. Parte el estudio, lógicamente, de los conflictos que existen en relación al ejercicio de la libertad religiosa por los católicos, y la posición que corresponde a la Administración pública en virtud del principio de cooperación, pero acaso las situaciones más novedosas, que se incrementarán en el futuro, y conviene tener previstas las respuestas, son las referidas al alcance del ejercicio de la libertad religiosa por los cada vez más numerosos inmigrantes de religión musulmana que trabajan en España y reagrupan aquí a su familia.

El legislador se encuentra ante una coyuntura en la que debe adoptar una determinada línea política: o extender el alcance del contenido prestacional de la libertad religiosa, garantizando su ejercicio en los distintos ámbitos, de lo que resultan obligaciones de «hacer» para las distintas

Administraciones públicas, o limitarlo a su concepción dogmática de derecho de libertad, en sentido negativo. Sin duda, existe toda una gama de grises entre ambas concepciones, en la que debemos ubicarnos, pero, dentro de ella, es evidente que el profesor Rossell se acerca más a la primera opción; mientras, a mi juicio, también hay buenos argumentos para sostener la segunda. De esta dicotomía en las perspectivas derivan algunas discrepancias en las respuestas que se plantean para los diversos conflictos, a las que haré referencia posteriormente. En cualquier caso, refleja muy bien este libro que nuestro ordenamiento jurídico no parece acoger ninguna de las dos opciones sino que balancea en un marasmo de normas europeas traspuestas, normas estatales y autonómicas a las que le falta a menudo la coherencia, principio necesario en cualquier ordenamiento jurídico para garantizar la seguridad.

II

A mi juicio, resalta en este libro de manera especial la forma audaz e informada que tiene el autor de enfrentarse a los distintos conflictos que se están planteando en la actualidad, ubicados en el espacio de intersección entre la libertad religiosa y el derecho a no ser discriminado por las creencias religiosas, a partir de una premisa que quiero resaltar: en la mayoría de las ocasiones en que se produce una situación de discriminación por razón de raza o etnia se está discriminando también por razón de religión, pues la mayor parte de las personas que en España tienen una religión distinta a la católica, también pertenecen a una raza o etnia distinta.

Son muchos los asuntos interesantes que se abordan en el libro, y a todos ellos se les da una respuesta razonada y razonable. Así, la clásica doctrina de que el principio de igualdad del art. 14 se aplica a la libertad religiosa pero no a la cooperación con las distintas confesiones, esto es, la justificación del trato diferenciado en España de la iglesia católica respecto a otras confesiones, que encuentra respaldo en la jurisprudencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es completada con la aportación de los límites en los supuestos específicos o también resultan especialmente interesantes las reflexiones al hilo de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2000/78/CE, sobre igualdad de trato, pues, más allá de la crítica al procedimiento, se traslada al ámbito de la libertad religiosa la aportación más conocida de esta Directiva: la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en los que se denuncie una actuación discriminatoria.

Pero, como indicaba antes, lo más relevante, a mi juicio, es la forma de enfrentarse, armado de un sólido bagaje teórico, a los conflictos más actuales, vinculados la mayoría de ellos al fenómeno de la inmigración, porque el interés de lo que se dice traspasa el ámbito de la academia para llegar a la opinión pública, aportando una visión que, se coincida con ella o no, enriquece el debate.

En este sentido, se analizan las situaciones conflictivas en lo que el profesor Rossell, siguiendo a la doctrina y la jurisprudencia alemana ha denominado «empresas de tendencia», esto es, aquéllas que inspiran su actividad en unos ideales y la posibilidad de limitar en ellas el ejercicio de la libertad de creencias. Resulta sumamente pedagógica la singularización, en este contexto, del conflicto en torno a los profesores de religión en los centros docentes públicos en el marco de una relación laboral triangular. Coincido con el profesor Rossell en la crítica a la STC 38/2007, que considera constitucional el despido de un profesor que no adecuaba su conducta privada a los cánones de la Iglesia, por su convivencia *more uxorio*; pero, además, considero que no ha cerrado definitivamente el conflicto pues pueden presentarse supuestos con un encaje más difícil en esos cánones, como, por ejemplo, la afiliación a un determinado sindicato o partido político.

En cualquier caso, seguramente, los conflictos más delicados, y por ello a los que debe prestarse una especial atención son los directamente vinculados con los nuevos residentes extranjeros que profesan una religión distinta a la católica. La contratación en la que el empleador pretende conocer las creencias religiosas del trabajador, la acomodación de las obligaciones laborales al cumplimiento de los deberes religiosos de los musulmanes o los judíos, el despido por motivos religiosos, la posibilidad de un descanso laboral o días de permiso específicos para los que profesan una religión distinta a la católica, la pensión de viudedad en los matrimonios polígamos, las singularidades en la asistencia sanitaria por motivos religiosos, el uso del velo en la escuela por parte de alumnos y de profesores (que son dos fenómenos muy distintos, a mi juicio), la limitación del uso del velo por razones de seguridad pública, la alimentación en centros públicos siguiendo criterios religiosos, son situaciones tan conflictivas como actuales que se abordan en este libro y a las que se les da una respuesta. Se hace desde una concepción prestacional de la libertad religiosa, de la que deriva una obligación de hacer por parte del Estado, que en algunos supuestos me parece excesiva, pero siempre está bien fundamentada y expuesta de manera atractiva para el lector.

Muchos conflictos de los que se han ocupado los periódicos y han sido objeto de debate público reciben aquí un tratamiento científico que, sin

duda, les resultará interesante. Por ello, no quiero retrasar más con mi presentación el inicio de la lectura de este magnífico libro del profesor Rossell. Que lo disfruten.

José Antonio Montilla Martos
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

I INTRODUCCIÓN

La casi uniformidad religiosa que durante muchos años ha caracterizado a buena parte de los países de la Unión Europea, la reducción o casi desaparición de un antisemitismo absolutamente vergonzante, y la progresiva laicidad de los Estados y de muchas de las instituciones privadas, hicieron que durante buena parte de los años setenta y ochenta el problema de la discriminación por motivos religiosos o de creencias fuera analizada como un instrumento indirecto de tutela de la libertad religiosa.

Ahora bien, el fenómeno migratorio de los últimos años en la Unión Europea ha traído consigo, entre otras consecuencias, un progresivo enriquecimiento de la tipología religiosa de nuestras Comunidades. De esta forma, se han establecido diferentes comunidades y grupos religiosos con la consiguiente aparición de una serie de conflictos entre el individuo y el ordenamiento jurídico del país de acogida cuyas causas, en gran medida, son consecuencia de las peculiaridades que el Islam presenta como religión.

En este sentido, la Unión Europea no ha cejado, en las últimas décadas, de impulsar medidas que minorasen este problema. Los principios de igualdad de trato y no discriminación están en el centro del modelo social europeo y constituyen la piedra angular de los derechos y valores fundamentales en los que se basa la Unión Europea actual. Por este motivo, la legislación europea ha aumentado de manera importante el nivel de protección contra la discriminación actuando como catalizador para desarrollar un enfoque de la igualdad y la no discriminación más coherente basado en los derechos

De hecho, en los últimos treinta años se ha establecido un amplio conjunto de disposiciones legislativas cuyo objeto ha sido combatir la discriminación entre hombres y mujeres en ámbitos como el de la remuneración, las condiciones laborales y la seguridad social. Además, a lo largo de los años la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ayudado a clarificar y reforzar este marco jurídico de tal forma que, actualmente, la igualdad entre mujeres y hombres se reconoce como uno de los objetivos centrales de la UE y se está haciendo lo posible para integrar esta dimensión en todas las actividades de la Unión.

Dentro de esta lucha contra la discriminación, y sobre la base del artículo 13 del Tratado, el Consejo adoptó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, que aplica el principio de igualdad de trato para las personas independientemente de su origen racial o étnico en ámbitos como el empleo, la formación profesional, la educación, los bienes y servicios y la protección social; la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual; y la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

España, como miembro de la UE y país firmante de los textos anteriormente referidos no ha sido ajena a este esfuerzo por erradicar las posibles causas de discriminación por motivos religiosos que puedan existir en nuestro territorio. La Constitución de 1978 reconoce en su artículo 16.1 el derecho fundamental de libertad religiosa y al mismo tiempo reconoce en su artículo 14 el derecho a la igualdad sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de religión.

Que el correlato principal de la igualdad sea la no discriminación por razón de religión supone la expresa prohibición constitucional de cualquier trato privilegiado, distinción, restricción o exclusión que, basada en motivos religiosos, tenga por resultado la supresión o el menoscabo de la igualdad en la titularidad y en el ejercicio de la libertad religiosa. Así lo ha manifestado en diferentes sentencias nuestro Tribunal Constitucional. Ahora bien, no debemos confundir igualdad con identidad.

Para que podamos hablar de discriminación, por tanto, es necesario que el sujeto activo no posea en su patrimonio jurídico la posibilidad de alcanzar la paridad con respecto a otro en el régimen específico de titularidad básica de su derecho. Si esa imposibilidad deriva de una diversa categoría en la titularidad, existirá discriminación; si ésta deriva, por el contrario, de

un diverso ejercicio de la misma capacidad o de circunstancias de facto, entonces no habrá discriminación. Pero para saber si estamos ante un tratamiento jurídico específico o ante una discriminación habrá que demostrar que las circunstancias de ese trato diverso provocan la desaparición o el menoscabo de la única y misma categoría de sujetos.

Esta igualdad en el ámbito religioso no sólo afecta a las personas físicas sino también a las jurídicas. De hecho, nuestra Constitución reconoce al derecho de libertad religiosa una doble titularidad, individual y colectiva. Por este motivo, y como consecuencia de los principios constitucionales de libertad religiosa, igualdad y no discriminación, neutralidad estatal y cooperación, el Estado ha sentado las bases de un nuevo modelo de relaciones Estado-Iglesia donde la figura de los acuerdos de cooperación se convierte en el instrumento para conseguir que el derecho de libertad religiosa, del individuo y de los grupos religiosos, se haga real y efectivo.

Quizás sea el ámbito laboral donde probablemente se haya detectado una mayor proclividad a generar situaciones discriminatorias entre los titulares del derecho de libertad religiosa, tanto en su vertiente positiva como negativa. El derecho al reconocimiento de las festividades religiosas como festividad laboral, el uso de vestimenta religiosa en el lugar de trabajo o la existencia de empresas de tendencia propiedad de grupos religiosos son algunas de las cuestiones que hoy día están generando un mayor número de conflictos.

Pero esto no significa que no existan otros ámbitos donde también se estén produciendo conflictos cuando se ejerce por un lado el derecho de libertad religiosa del que es titular el individuo y por otro se aplica el ordenamiento jurídico. Aunque en gran parte estos conflictos han venido a ser resueltos por la legislación, existen supuestos donde han tenido que ser los tribunales los que manifestasen cómo debía interpretarse este derecho ante la ausencia de una legislación específica o la inaplicación de la misma.

La necesidad de concienciar a la sociedad sobre el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación, así como sobre la problemática de la discriminación múltiple, reforzando el mensaje de que todas las personas tienen derecho al mismo trato, sin distinción de sexo, origen étnico o racial, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, se convierte en uno de los objetivos de este estudio, que tiene entre sus finalidades la de promover una sociedad más cohesionada incrementando la importancia de eliminar los estereotipos, prejuicios y la violencia, promoviendo las buenas relaciones entre toda la sociedad y particularmente entre los jóvenes, y difundiendo los valores esenciales de la lucha contra la discriminación, en este caso por motivos religiosos.

II EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA

1. INTRODUCCIÓN

Cuando nos referimos a los derechos como fundamentales, aludimos a aquellos que expresan una de las realidades más dignas de la persona, que define al ser humano como tal, y que no es otra que demostrar su naturaleza de ser racional. Se trata de derechos que se generan en el ámbito propio e innato de la racionalidad y conciencia personales del individuo, lo que se traduce, entre otras cosas, en que son derechos que preexisten al ordenamiento positivo del Estado. Cuando aludimos al derecho de libertad religiosa no cabe duda de que estamos haciendo referencia a un derecho que es inherente a la naturaleza humana, un derecho al que hay que darle el calificativo de fundamental. Este derecho ha sido siempre reconocido junto con el de libertad de pensamiento y de conciencia y es considerado por algunos autores como la primera de las libertades ¹.

Ahora bien, estas libertades no tendrían nunca un efecto práctico si no fuesen reconocidas por los ordenamientos jurídicos. De nada sirve al indi-

¹ Aunque no se trata del primer autor que realiza esa afirmación, por ejemplo Beneyto afirma el «carácter primario y fundamental —«fundante» de las demás libertades— que posee lo que genéricamente se denomina «el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» y, en especial, del derecho a la libertad religiosa». BENEYTO, J.M., *Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa*, en ALZAGA, O. (ED.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, II, EDERSA, Madrid, 1984, p. 334; también Soriano pone de relieve que «algunos juristas suelen considerar la libertad religiosa como una libertad primaria: Jemolo concibe... como la primera de las libertades. Viladrich distingue entre el plano existencial, donde está antes el derecho a la vida, y en el plano de la esencia, en el que figura en primer lugar la libertad de pensamiento, creencias y religión». SORIANO, R. *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 62

viduo saberse poseedor de un derecho de libertad religiosa, de pensamiento o de conciencia si no le es reconocido en la sociedad en la que se desenvuelve o si, en el peor de los casos, como consecuencia del ejercicio del mismo, se ve obligado a sufrir una serie de perjuicios. Por este motivo, es necesario que los Estados reconozcan o regulen estos derechos, para que así el individuo pueda ejercitarlos.

Tal y como señala González del Valle, el fundamento de los derechos de libertad religiosa, pensamiento y conciencia, se encuentra en la naturaleza y dignidad de la persona humana, entendiendo por dignidad «la capacidad del hombre, como consecuencia de estar dotado de entendimiento y voluntad, de tomar por sí mismo decisiones»². A nadie puede escapar la dimensión del fenómeno religioso, su importancia para el ser humano y la proyección social de todo ello, lo que hace que sea necesaria su regulación por parte del Estado. Por eso la sede de la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia que es social, lo será también jurídica desarrollándose igualmente dentro del ámbito de la sociedad civil, el Poder y el Derecho.

En este sentido, Peces-Barba entiende que «la libertad jurídica es el cauce de organización de la convivencia a través del Derecho, y de atribución de derechos a los individuos y a los grupos en que éste se inserta para hacer posible la comunicación fluida de la libertad psicológica a la moral»³, lo que significa que este derecho de libertad religiosa es necesario que sea regulado, ya veremos cómo, para poder hacer efectiva la libertad religiosa del individuo dentro de la sociedad. Por lo tanto, una vez que la persona, haciendo uso de su derecho de libertad de pensamiento, conciencia o religión, haya tomado la decisión correspondiente, será cuando el Estado intervenga, respetando esta decisión y reconociéndola de manera que se convierta en un derecho civil que pueda ser ejercido en plena libertad.

Los primeros reconocimientos formales que se hicieron en el mundo occidental de los denominados derechos de libertad religiosa, pensamiento y conciencia están recogidos en las Declaraciones de Derechos ameri-

² GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M., *La regulación legal de la libertad religiosa como derecho de la persona*, en GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M. y otros, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 1983, p. 265

³ PECES-BARBAS, G., *Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa*, en IBÁN, I.C. (ED.), *Libertad y Derecho fundamental de libertad religiosa*, EDERSA, Madrid, 1989, p. 56

cana y francesa⁴ y hoy en día han sido acogidos por prácticamente todos los Estados modernos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en su art. 18⁵; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, en su art. 9⁶; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, en su art. 18⁷, todos ellos señalan que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión.

Pero este derecho de libertad religiosa, de pensamiento, o de conciencia no es un derecho que la comunidad internacional conceda al individuo por su condición de ciudadano o súbdito de un Estado que ha firmado esa declaración, sino que todos esos países firmantes reconocen la existencia de estos derechos siendo misión de cada Estado el garantizarlos mediante

⁴ La Declaración de Derechos de Virginia, aprobada el 12 de junio de 1776, señala en su sección 16 que «la religión, o el deber que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlo, sólo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y por consiguiente todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con los dictados de su conciencia ...». Por su parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, señala en su artículo (art.) 10 que «nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley»; y en su art. 11, «la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre...».

⁵ «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia».

⁶ El texto completo del artículo dice que «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 pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

⁷ Este artículo, en sus tres primeros apartados señala que, «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

una adecuada regulación jurídica⁸. Y es que el pensamiento, las creencias, la religión, etc... de los individuos son derechos que pertenecen a la esfera íntima de la persona y sólo se puede admitir una consideración jurídica de ellos desde el momento en que lleven aparejada una actividad externa, actividad que el Estado ha de garantizar y proteger.

Ahora bien, nótese que los textos internacionales hacen mención a la libertad religiosa junto con la libertad de pensamiento y de conciencia. Esto se debe a que los tres derechos mencionados tienen una misma raíz y un mismo fundamento⁹. Por este motivo entiendo que resulta difícil abordar el estudio de la libertad religiosa sin hacer mención de los otros dos. No porque la naturaleza de los mismos haga imposible su estudio por separado sino porque los tres son manifestación de un único derecho. Acotar en exceso, como apunta Jordán Villacampa¹⁰, el estudio de la libertad religiosa puede ser perjudicial ya que al desligarla de su situación natural en relación con las otras dos libertades se estaría rompiendo la interrelación existente entre ellas, provocándose una desarmonización. Y es que no puede entenderse la libertad religiosa sin la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia.

Aunque los tres derechos han sido incorporados por numerosos países a sus ordenamientos internos, su desarrollo en cada uno de los Estados no ha sido similar. Si la incorporación de determinados derechos fundamentales al ordenamiento positivo de un Estado puede definir incluso el carácter y el alcance del sistema político implantado, el desarrollo legislativo y las garantías que se dé a esos derechos en las diferentes legislaciones dependerá del carácter concreto de dicho Estado e incluso de sus expresiones.

⁸ Como señala Tirapu, «que el derecho de libertad religiosa sea un derecho del hombre hace referencia a que su titular en primer lugar es toda persona humana por el hecho de serlo y es previo al Estado, que puede reconocerlo y garantizarlo. En cuanto que incorporado a una Constitución es también un derecho constitucional con las garantías propias para su protección y desarrollo». TIRAPU MARTÍNEZ, D., *Interpretaciones de la Constitución y libertad religiosa*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», V, 1989, p. 117

⁹ Esta es la opinión que sostiene Viladrich cuando afirma que «el denominador común de estas tres libertades —pensamiento, conciencia y religión— se encuentra en su raíz... implican el reconocimiento de la naturaleza y dignidad del ser personal de cada ciudadano en su dimensión más profunda y específica... la atención a los objetos específicos de cada uno de estos derechos es el punto de donde arrancan las diferencias y con ellas la autonomía de cada derecho». VILADRICH, P.-J., *Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución*, «Ius Canonicum», XXII, 1982, pp. 51-53

¹⁰ Vid. JORDÁN VILLACAMPA, M.L., *El derecho de libertad religiosa en la doctrina española*, «Ius Canonicum», XXXIII, 1993, p. 49

siones sociales¹¹. Por este motivo a nadie ha de extrañar la posibilidad de que existan países que, habiendo ratificado estas declaraciones de derechos, no hayan desarrollado los mismos o bien no lo hayan realizado en un régimen de libertad o igualdad a pesar de que esos valores estén reconocidos en sus ordenamientos como constitucionales. Tal vez por ello, los textos internacionales son ambiguos en su redacción cuando se refieren a estas libertades o quizás se ha utilizado la fórmula de agrupar en un mismo artículo los tres conceptos —pensamiento, conciencia y religión— para poder dar cabida en sus declaraciones a países en los que estos derechos no se hacen efectivos en los mismos términos.

Ahora bien, de lo que no cabe ninguna duda es de que, tal y como apunta Beneyto, «sin el dato de la neutralidad ideológica del Estado moderno no es posible que llegue a garantizarse las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión; y viceversa: dichas libertades son el fundamento último que aseguran la neutralidad ideológica del Estado y, por tanto, la existencia de un Estado no totalitario»¹².

Para que exista un efectivo desarrollo de estas libertades en un Estado que mantiene su sistema jurídico político sobre la base del pluralismo, es necesario que éste adopte una posición de neutralidad frente al fenómeno religioso respetando la naturaleza propia de dicho fenómeno. Ello sólo será posible si el Estado no realiza ninguna toma de postura, si simplemente desarrolla y protege legislativamente estos derechos en una situación de igualdad.

2. LOS DERECHOS DE LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN Y SU RECONOCIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Nuestra Carta Magna es un exponente de todo lo dicho anteriormente cuando señala en su Título Preliminar «como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»¹³, de manera que corresponde a «los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los

¹¹ En este sentido, *vid.* CALVO, J., *Reflexión crítica acerca de la libertad religiosa e ideológica en la Constitución española de 1978*, en IBÁN, I.C. (ED.), *Libertad y Derecho fundamental de libertad religiosa*, EDERSA. Madrid, 1989, p. 127

¹² Artículo 16. Libertad ideológica ..., *cit.*, p. 337

¹³ Art. 1.1

grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»¹⁴. Esto significa que todos aquellos derechos y libertades a que pueda hacer referencia nuestra Constitución serán una concreción de esos «valores superiores» que son la libertad y la igualdad¹⁵.

El art. 16¹⁶ de la Constitución reconoce los derechos de libertad ideológica, religiosa y de culto como derechos fundamentales basando la construcción jurídica del fenómeno religioso en los principios que inspiran nuestra Constitución, entre ellos el principio de igualdad, el de no confesionalidad y el de libertad. Ahora bien, la fórmula utilizada por el art. 16 no es la misma que utilizan los textos internacionales. Mientras que aquellos hablan de la protección y garantía de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, nuestra Constitución hace referencia a la libertad ideológica, religiosa y de culto¹⁷.

La doctrina española no es unánime al intentar explicar el contenido de cada uno de los derechos enunciados en el art. 16 y mostrar las posibles equivalencias de éstos con los recogidos en los textos internacionales. La cuestión se plantea con los derechos de libertad de pensamiento y de conciencia, que en nuestra Constitución tienen su correlato en el derecho de libertad ideológica, y la misma no deja de tener un trasfondo ideológico ya que dependiendo del autor que trate el problema la solución que dará al interrogante será distinta. Y es que, mientras unos autores hacen referencia

¹⁴ Art. 9.2

¹⁵ El Tribunal Constitucional (TC), en sentencia (STC) 53/1985 de 11 de abril, estableció que «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona que ... se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10), y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16) ...». Como ya expusimos anteriormente, el derecho de libertad religiosa e ideológica encuentra su fundamento para distintos autores en la dignidad de la persona, lo que supone, a mayor abundamiento, que la libertad religiosa como derecho del individuo habrá de encontrar en la Constitución un lugar en el que poder ser tutelada, recibiendo las máximas garantías en cuanto a su protección jurídica.

¹⁶ «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones».

¹⁷ En este sentido vid. el trabajo de ROSSELL GRANADOS, J., *El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», XV, 1999.

a la libertad de pensamiento como libertad que engloba el resto, otros defienden la tesis de una libertad religiosa subordinada a la ideológica, mientras que otros aluden a la autonomía de la libertad de conciencia frente a la ideológica y religiosa.

A nuestro juicio se trata fundamentalmente de un problema de nomen iuris, ya que como dice el TC, es el «artículo 9 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950, en conformidad con el cual hay que interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas»¹⁸, lo que significa que el verdadero problema no reside en qué se entiende por cada uno de estos derechos sino si efectivamente nuestro ordenamiento protege y garantiza el ejercicio de los mismos en condiciones de igualdad y libertad.

2.1. Las libertades de pensamiento y de conciencia

De la redacción del art. 9 del Convenio de Roma se pueden extraer diferentes interpretaciones: que los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión son derechos autónomos; que se trata de distintas denominaciones del mismo derecho; que por el contrario estamos ante un derecho de pensamiento y conciencia y otro distinto de religión; o que es el derecho de pensamiento el que se diferencia del de conciencia y religión. Lo cierto es que la redacción del texto no aclara nada al respecto y no parece que haya unanimidad entre la doctrina para establecer una distinción entre las libertades recogidas. Aún así, sí parece que la corriente dominante es la que tiende a definir la libertad de pensamiento como aquella que comprende el resto de libertades.

Por ejemplo, Prieto Sanchís entiende que la libertad de pensamiento es un derecho matriz que comprende entre otras la libertad religiosa, la ideológica y la de culto. Para él, la «tríada del artículo 16.1 forma parte de una categoría más amplia que es la libertad de pensamiento... comprendería así las libertades ideológica y de creencias, la de conciencia en sentido estricto, la de expresión de esas creencias y aun la de hacer prosélitos»¹⁹. También Serrano mantiene la opinión de que «la libertad de opinión, creencias, ideológica y de conciencia son aspectos o manifestaciones de la libertad de

¹⁸ STC 5/1981, de 13 de febrero.

¹⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *El derecho fundamental de libertad religiosa*, en IBÁN, I.C., PRIETO-SANCHÍS L. y MOTILLA, A., *Curso de Derecho Eclesiástico*, Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 302

pensamiento»²⁰ y en el mismo sentido y siguiendo, además, la línea manifestada por la propia ONU, Contreras Mazarío expone que «la libertad religiosa no se configura como un derecho aislado e independiente, sino en íntima conexión con la libertad de pensamiento, conciencia y religión, formando estas tres ... un único derecho fundamental de la persona... la libertad religiosa se estudia y aplica dentro del marco más amplio de la libertad de pensamiento, entendiendo ésta tanto desde una perspectiva individual ad intra (libertad de conciencia o convicción) y ab extra (libertad de manifestación), como desde una perspectiva colectiva (libertad de religión y de culto)»²¹.

Por su parte, Jordán Villacampa señala que «la libertad de pensamiento contiene el devenir del ser humano en estado potencial... corresponde al nivel o plano mental del hombre que se despliega dentro de sí mismo generando la libertad de ideología y de religión»²² y Sánchez Agesta, que utiliza como sinónimo creencia y pensamiento, apunta que es una de las libertades más complejas y que tiene entre sus derechos «la libertad ideológica, religiosa y de culto»²³. La libertad de pensamiento es para todos estos autores aquella que comprende, entre otros, los derechos de libertad ideológica y religiosa.

Con una opinión distinta se han manifestado otros autores para los que esta libertad de pensamiento no será vértice del resto de libertades sino que, estará situada al mismo nivel que la libertad religiosa y la libertad de conciencia²⁴. Por otro lado, hay autores como Viladrich para el que la libertad

²⁰ SERRANO, J.M., *Artículo 16*, en GARRIDO FALLA, F. (ED.), *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pp. 287

²¹ CONTRERAS MAZARIO, J.M., *La libertad religiosa y la no discriminación por motivos religiosos en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado.», V, 1989, pp. 28-29

²² *El derecho de libertad religiosa en la doctrina ...*, cit., pp. 58-59

²³ SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 7ª ed., EDESA, Madrid, 1993, p. 146

²⁴ En este sentido, Beneyto al definir la libertad de pensamiento señala que ésta «tiene por objeto el conjunto de ideas, conceptos y juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida... y abarca, por tanto el ámbito filosófico, cultural, político, científico, etc...» lo que significa que no parece que la libertad religiosa esté dentro del ámbito de la libertad de pensamiento. Es más, «la expresión «libertad ideológica» concierne al contenido del... derecho de libertad de pensamiento... la fórmula «libertad religiosa y de culto»... al concreto aspecto de la actitud de la persona ante la fe en Dios y su manifestación por medio de acciones culturales... [el] término creencias... [sería] integrador del ... denominado «derecho de libertad de conciencia»» *Artículo 16. Libertad ideológica ...*, cit., pp. 346-347. Aunque la opinión de Soriano es distinta en cuanto a que sustituye el término conciencia por el de creencias, él también hará una diferenciación clara entre las tres libertades enumeradas en el texto. Para el autor «la libertad de pensamiento es la libertad de concepción y conocimiento de la realidad; la libertad de creencias es la libertad de convicción... [y] la libertad religiosa es la libertad en torno a la fe». *Las libertades públicas*, cit., p. 66

de las conciencias, «protege la libertad fundamental de todo ciudadano, como persona, en la búsqueda del bien, de poseer su propio juicio moral como acto personal de la conciencia, y en adecuar sus comportamientos y realizar su vida según el personal juicio de moralidad. Moral, ética y creencias sobre el bien y el mal componen... el objeto del derecho de libertad de las conciencias... en cuanto derecho fundamental... se traduce en la inmunidad de coacción por parte del Estado»²⁵. Según esta opinión, que además es compartida por la mayoría de la doctrina eclesiasticista, la libertad de conciencia se circunscribiría únicamente al derecho del individuo a actuar de acuerdo con su propio juicio moral lo que se traduciría en que la libertad de conciencia se ocupa de proteger un ámbito del individuo que escapa a la posible protección que le brindan la libertad de pensamiento y la libertad religiosa. De este modo la libertad de conciencia se constituiría como una libertad en cierta medida independiente de las otras, autónoma.

Pero no toda la doctrina está de acuerdo con este planteamiento, ya que algunos autores han establecido una relación entre la libertad de conciencia y las libertades ideológica y religiosa, señalando o bien a aquélla como generadora de éstas o bien como expresión de las mismas.

Entendiendo la libertad de conciencia como consecuencia de la libertad religiosa e ideológica, Serrano argumenta que «la libertad de conciencia es un aspecto de la libertad de creencias que se refiere a las convicciones de cada individuo sobre la conducta moralmente debida ... [pero que]... tiene su origen y se debe en muchos aspectos al reconocimiento de la libertad religiosa»²⁶. En el mismo sentido se manifiesta Souto, que defiende la libertad de conciencia como «un *posterius* respecto a la libertad ideológica y religiosa»²⁷. Según la tesis de este autor, «existe un punto claro de coincidencia en admitir que la libertad de conciencia está implícitamente reconocida en la Constitución, en cuanto manifestación de la propia libertad ideológica y religiosa. Postura que se refuerza a la luz del artículo 10.2 de la Constitución, ya que el artículo 16.1 habrá de ser interpretado de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 18... «toda persona

²⁵ VILADRICH, P.-J., *Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español*, en GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M. Y OTROS, *DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO ESPAÑOL*, EUNSA, Pamplona, 1980, p. 50

²⁶ Artículo 16, cit., p. 287

²⁷ SOUTO PAZ, J.A., *Derecho Eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 107

tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión»²⁸.

Otros autores, por el contrario, defienden la idea de que es la libertad de conciencia la libertad matriz que genera y es fundamento del resto de libertades. Así, Llamazares entiende «la libertad de conciencia, en cuanto derecho subjetivo, como el derecho a tener unas u otras creencias, unas u otras ideas, unas u otras opiniones, así como a expresarlas, a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas»²⁹ y define el derecho de libertad de conciencia como el «derecho fundamental básico de los sistemas democráticos: en él encuentran su razón de ser todos los demás derechos fundamentales de la persona y, en última instancia, a él está ordenado todo el sistema»³⁰.

2.2. El derecho de libertad religiosa

Antes de empezar a analizar el derecho de libertad religiosa enunciado en el art. 16.1 conviene que hagamos una breve referencia a lo que la eclesiasticista española ha denominado principio de libertad religiosa y que es uno de los principios informadores del Derecho eclesiástico español. Aunque analizar los diferentes principios en profundidad excedería los objetivos propuestos en este trabajo, no podemos obviar la cuestión por cuanto algún autor³¹, debido entre otras cosas a que el legislador y el propio TC han utilizado en diferentes ocasiones indistintamente los términos de principio y derecho, ha identificado este principio con el propio derecho de libertad religiosa.

El TC en su sentencia 24/1982, de 13 de mayo, señaló que «hay dos principios básicos en nuestro sistema político que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las Iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad reli-

²⁸ SOUTO PAZ, J.A., *Libertad ideológica y religiosa en la jurisprudencia constitucional*, en AA.VV., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Universidad Complutense de Madrid-Universidad de Navarra-EDERSA, Madrid, 1989, p. 516

²⁹ LLAMAZARES, D., *Derecho de la libertad de conciencia*. I, Civitas, Madrid, 1997, p. 14

³⁰ *Ibíd.*, cit., p. 15

³¹ Un ejemplo es Rodríguez Chacón para el que «el llamado principio de libertad religiosa... en realidad viene a identificarse con el derecho fundamental de libertad religiosa». RODRÍGUEZ-CHACÓN, R., *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 34

giosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo; el segundo es el de igualdad, proclamado por los artículos 9 y 14, del que se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos».

Aunque pueda parecer que el TC no deja clara la diferencia entre principio y derecho, no creemos que esto sea así ya que el Alto Tribunal deja constancia de lo que significa este principio y que no es otra cosa que el reconocimiento de «el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o actitudes de signo religioso y el principio de igualdad ... significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico». En otras palabras, el principio lo que implica es la actitud que ha de adoptar el Estado frente al fenómeno religioso.

Viladrich, es el que ha establecido la teoría, seguida por la gran mayoría de la doctrina e incluso por el propio TC³², consistente en afirmar que la libertad religiosa amén de ser un derecho fundamental, también puede ser «entendida como principio de organización social y de configuración cívica... porque contiene una idea o definición de Estado»³³. Esto significa que en función de los principios que adopte el Estado como informadores de su ordenamiento, su posición ante el fenómeno religioso a la hora de fijar el ámbito del derecho de libertad religiosa será distinta³⁴.

Así pues, si durante la mayor parte de nuestra historia constitucional el principio que definió la posición del Estado frente al fenómeno religioso

³² *Vid.*, STC 24/1982, de 13 de mayo.

³³ *Los principios informadores ...*, cit., p. 251

³⁴ En este sentido se expresan también otros autores. Por ejemplo, Reina, V. y Reina, A., seguidores incondicionales de la teoría de Viladrich, apuntan que «nuestra Constitución resuelve de manera más profunda y sólida el fundamento, las garantías y los límites del derecho fundamental de libertad religiosa como consecuencia de inspirar su reconocimiento en el principio de libertad religiosa, como principio primario». REINA, V. y REINA, A., *Lecciones de Derecho Eclesiástico español*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1983, pp. 302-303. También en la misma línea, Calvo entiende que «el principio de libertad religiosa constituye la más amplia garantía del derecho de libertad religiosa». CALVO Álvarez, J., *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, EUNSA, Pamplona, 1983, p. 224

fue el de la confesionalidad con las consecuencias que de ello se derivaron, hoy el «primer principio definidor del Estado en materia eclesiástica será el principio de libertad religiosa»³⁵. La consecuencia es un mayor desarrollo y protección del derecho de libertad religiosa ya que este principio informará toda la legislación estatal y particularmente las relaciones del Estado con las confesiones religiosas. A la vista, por tanto, de nuestro texto constitucional, Viladrich entiende como principio primario y definidor del mismo el de libertad religiosa³⁶, eso sí distinguiéndolo del derecho de libertad religiosa.

A. Naturaleza jurídica y objeto del derecho de libertad religiosa

Ya expusimos cómo el derecho de libertad religiosa, en cuanto a que se trata de un derecho propio de toda persona humana por el mero hecho de serlo, hay que definirlo como derecho fundamental. Su inclusión dentro del art. 16, en el capítulo segundo, sección primera, dedicado a los derechos fundamentales y las libertades públicas, así lo demuestra.

Estamos, por tanto, ante un derecho que es «innato, inviolable, imprescriptible de toda persona humana... [y que] es derecho fundamental porque expresa una exigencia de justicia innata a la dignidad de la naturaleza de toda persona humana, y en esta medida contiene una idea o definición de persona»³⁷. Pero aunque todos los autores van a defender la idea de que estamos ante un derecho fundamental, público y subjetivo³⁸, alguno de

³⁵ *Los principios informadores ...*, cit., p. 253

³⁶ Para Amorós, la libertad religiosa, no será, en cambio, un principio definidor. «Lo que sí es principio informador, definitorio del Estado, es la libertad, en abstracto, del artículo 1º». AMORÓS AZPILICUETA, J.J., *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 173. También en el mismo sentido se manifiesta Motilla para el que «el Estado, que se define en el artículo 1.1, adopta como principio fundamental de su ordenamiento la libertad. Por lo tanto, la libertad religiosa sería la especificación en el factor religioso de un principio general aplicable en todo el Derecho positivo». MOTILLA, A., *Breves reflexiones en torno a la importancia social y política del derecho de libertad religiosa*, «Revista de Derecho Público», XV, 1989, pp. 113-114

³⁷ VILADRICH, *Ateísmo y libertad religiosa ...*, cit., pp. 32-33. En el mismo sentido y con las mismas palabras se manifiesta Reina. *Vid. Lecciones de Derecho Eclesiástico ...*, cit., p. 300

³⁸ Baste aquí un ejemplo sin querer en ningún modo ser exhaustivo. *Vid.*, BAENA DEL ALCÁZAR, M., *Problemática y contenido de una auténtica garantía de libertad religiosa individual y de la independencia de la Iglesia ante la Constitución española*, en AA.VV., *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad*, Universidad Pontificia, Salamanca, 1978, p. 57; MARZOA, A., *No confesionalidad e indeferentismo*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», V, 1989, p. 103; RODRÍGUEZ CHACÓN, *El factor religioso ...*, cit., p. 39; IBÁN, I.C., *La libertad religiosa*, en IVÁN C. IBÁN, PRIETO SANCHÍS, L. y MOTILLA DE LA CALLE, A., *Derecho Eclesiástico*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 101

ellos han visto además en este derecho de libertad religiosa un derecho genérico o «derecho matriz que admite ser concretado o proyectado en una serie de derechos derivados distintos según se regulen actividades individuales o colectivas»³⁹. El siguiente paso será determinar qué actividades son proyecciones de este derecho y por tanto han de ser protegidas y garantizadas.

Que el derecho de libertad religiosa es un derecho fundamental, público y subjetivo, ya se encargó el propio TC de señalarlo en una de las primeras sentencias que dictó, referentes a la libertad religiosa⁴⁰. Que además este derecho es un derecho matriz que se desdobra en otros es algo que también ha sido admitido incluso por el Alto Tribunal. Lo que ya no parece tan claro es que este derecho sea un derecho de naturaleza prestacional o que a través de este derecho se vean protegidas una serie de actitudes que son contrarias o cuando menos indiferentes al fenómeno religioso.

La cuestión de si el ateísmo es objeto del derecho de libertad religiosa o por el contrario del de libertad ideológica fue abordada por diferentes autores, a principios de los ochenta, al diferenciar la libertad religiosa de la ideológica. Para Viladrich, la libertad ideológica, que identifica con la libertad de pensamiento o conciencia, «tiene por objeto el conjunto de ideas, conceptos y juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida ...nuestra Constitución alude a él en el artículo 16 y ... no significa otra cosa que el derecho de todo ciudadano a tener su propio sistema o concepción explicativa del hombre, el mundo y la vida, una personal y libre cosmovisión o Weltanschauung»⁴¹. El derecho de libertad religiosa en cambio, tendrá «por objeto la fe, como acto, y la fe como contenido de dicho acto, así como la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales, asociadas o institucionales, tanto públicas, como privadas, con libertad para su enseñanza, predicación, culto, observancia y cambiar de religión y de profesión de la misma»⁴².

³⁹ IBÁN, I.C., *Concreciones y protección de la libertad religiosa*, «Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universitat de les Illes Balears», 14, 1986, p. 242. En el mismo sentido se pronuncia González del Valle. Vid. GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M., *Derecho Eclesiástico Español*, 4ª ed., Servicio de Publicaciones. Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997, pp. 202-203

⁴⁰ «La libertad religiosa... un derecho subjetivo de carácter fundamental...». STC 24/1982, de 13 de mayo; en el mismo sentido se han manifestado otras sentencias como la STC 19/1985, de 13 de febrero o la STC 166/1996, de 28 de octubre.

⁴¹ VILADRICH, *Los principios informadores ...*, cit., p. 265

⁴² *Ateísmo y libertad religiosa ...*, cit., p. 51

Entiende el autor que es verdad que la fe religiosa «comporta consecuentemente una concepción global del hombre, el mundo y la vida, y un sistema ético o moral. Pero no es menos cierto... que la fe, como acto personal, y sobre todo, como religión, es en sí misma algo más que la ética o la concepción antropológica y cosmológica que de la fe religiosa se desprenden... [de ahí que] constituye una propia, original, e inédita realidad, un objeto no confundible con los reconocidos en el derecho de libertad de pensamiento»⁴³. Por lo tanto, atendiendo al objeto específico de cada uno de los derechos encontraremos el punto de donde arrancan las diferencias entre ambos.

El valor o bien que reconoce y protege el derecho de libertad religiosa «es la libertad de creer o no creer y, según esa libertad, de actuar individual o colectivamente en consonancia con el contenido agnóstico, ateo o fideísta, sin diferencias en orden a su propagación y proselitismo. Siendo, en consecuencia, la libertad el verdadero valor que protege el derecho de libertad religiosa»⁴⁴. El problema será ubicar dentro de cada uno de estos derechos a las personas que frente a la fe como acto y como contenido de dicho acto, adoptan una actitud agnóstica o de negación de la divinidad, cualquiera que sea ésta.

Según Viladrich, «en el objeto protegido por el derecho de libertad religiosa hay que diferenciar dos momentos. De un lado la libertad del acto de fe. De otro lado, la libertad del culto religioso... Para el creyente el derecho de libertad religiosa le protege la libertad del acto de fe y la libertad del culto y la práctica estrictamente calificable de religiosa. En cambio todo el conjunto cultural, teológico-filosófico, estético, ideológico y moral, así como su enseñanza y difusión, incluso académica, no es culto y práctica religiosa sino materia del derecho de libertad de pensamiento y conciencias»⁴⁵.

Lo que el agnosticismo y ateísmo tienen de ejercicio libre y propio del acto de fe es un bien o valor reconocido por el derecho de libertad religiosa, y «lo que contiene de sistema ideológico y ético... es materia de los derechos de libertad de pensamiento o ideológica y de libertad de conciencias o creencias morales»⁴⁶. Debido a esto, el segundo momento del objeto protegido por el derecho de libertad religiosa, la libertad de

⁴³ *Los principios informadores ...*, cit., pp. 268-269

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 297

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 300-301

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 302

culto⁴⁷ y la práctica del mismo o su correlato ideológico, no tendría sentido en el caso de los ateos y agnósticos ya que «al no ser culto ni práctica de una religión, los contenidos del agnosticismo y del ateísmo... son objeto propio y claro del derecho de libertad ideológica y del derecho de libertad de conciencia... y en esos derechos se encuentran reconocidas y comparadas, en igualdad de condiciones, con el complejo ideológico y moral que puedan derivarse de una fe religiosa»⁴⁸.

Esta teoría fue desde un primer momento seguida por el TC hoy día puede decirse que no ha sido prácticamente contestada y sigue teniendo plena vigencia. A pesar de ello, Ibán refutó en parte a las argumentaciones de Viladrich al incluir el ateísmo como objeto propio del derecho de libertad religiosa. Según el autor, «para que exista una auténtica libertad religiosa es necesario, como *prius* incontrovertible, el que exista una plena libertad interna individual a la hora de adoptar una decisión en materia de fe... [con lo que] es necesario que para que el acto de fe sea verdaderamente libre, el individuo que ha de realizar dicha opción conozca todas las alternativas posibles, y éstas sólo pueden ser presentadas por aquellos que las tienen como propias... es pues requisito imprescindible que... tengan plena posibilidad de informar acerca de sus propias creencias... de aceptarse la escisión propuesta por Viladrich la protección de esa posibilidad no vendría incluida en el ámbito de la libertad religiosa... [de manera que] se hace necesario reconducir la libertad de manifestación de las propias creencias al ámbito de la libertad religiosa —y ello en el doble nivel propuesto por Viladrich— para algunos de modo directo, y cuando menos de modo indirecto para garantizar la libertad en el acto de fe»⁴⁹.

Según este argumento, tanto las manifestaciones de agnosticismo como las de arreligiosidad de los grupos e individuos deben ser objeto de protección del derecho de libertad religiosa como consecuencia de que

⁴⁷ La idea del derecho de libertad de culto como parte o concreción del derecho de libertad religiosa y no como un derecho autónomo, ha sido algo aceptado por la mayoría de la doctrina. Vid. entre otros, GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho Eclesiástico español*, cit., p. 323; IBÁN, *La libertad religiosa*, cit., p. 102; CALVO ÁLVAREZ, *Orden público y factor religioso ...*, cit., p. 228; SORIANO, *Las libertades públicas*, cit., p. 63; SOUTO PAZ, *Derecho Eclesiástico del Estado*, cit., p. 104

⁴⁸ VILADRICH, *Ateísmo y libertad religiosa ...*, cit., p. 83

⁴⁹ IBÁN, I.C., *Grupos confesionales atípicos en el Derecho eclesiástico español vigente*, en AA.VV., *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983, pp. 279-280

son elementos que el sujeto necesita conocer en orden a realizar su acto de fe⁵⁰.

Para el TC, en cambio, existen dos derechos que son distintos, en cuanto a que distinto es su objeto, que se denominan libertad ideológica y libertad religiosa pero que tienen un mismo contenido. En la STC 19/1985, de 13 de febrero, el Tribunal al definir en qué había de consistir el derecho de libertad religiosa, separa claramente a éste de lo que llamará libertad de pensamiento y de conciencia. Como dice el TC «el derecho fundamental recogido en el artículo 16 de la Constitución comprende, junto a las modalidades de la libertad de conciencia y la de pensamiento, íntimas y también exteriorizadas, una libertad de acción respecto de las cuales el art. 16.2 establece un acotamiento negativo en cuanto dispone que *nadie podrá ser obligado a declarar sobre su conciencia, religión o creencias*».

Esta tesis, que recogía las argumentaciones expuestas en la STC 24/1982 acerca del derecho de libertad religiosa, introdujo un nuevo elemento con respecto a aquélla consistente en darle el mismo contenido a lo que llama libertad de conciencia y pensamiento y que entendemos que es la libertad ideológica a que hace referencia el art. 16.1. Así pues nos encontramos que tanto un derecho como el otro van a gozar, en principio, de las mismas garantías.

En el mismo sentido se manifestó el TC en su sentencia 177/1996, de 11 de noviembre, al establecer que «el derecho a la libertad religiosa del artículo 16.1 garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno

⁵⁰ Villar también se adhiere a este planteamiento al defender la creencia y la no creencia como contenido del derecho de libertad religiosa. Para éste «el no ejercicio... o el ejercicio, creencia o no creencia, son situaciones netamente diferenciadas en razón de lo no elegido, o de lo elegido, y, dentro de éste, de lo distinto. Son situaciones netamente diferentes, a las que puede dar lugar el ejercicio del derecho de libertad religiosa, porque constituyen contenido propio de este derecho». VILLAR PÉREZ, A., *La financiación del Derecho de libertad religiosa*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», VIII, 1992, pp. 238-239. También Areces Piñol ha justificado la posición de Ibán argumentando su posible cabida en el texto constitucional como consecuencia de la introducción en el mismo del término creencias. Para este autor, el término creencias «se puede interpretar como una expresión de la voluntad de amparar las creencias o respuestas no fideístas a la pregunta religiosa, es decir, el ateísmo, agnosticismo o la mera indiferencia... la libertad de creencia se refiere a las convicciones que los individuos tienen sobre la posición del hombre en el mundo y su relación con los poderes supremos y lo más profundo de su ser y entraña la prohibición de que el estado influya sobre la formación y existencia de aquellas convicciones». ARECES PIÑOL, M.T., *La frontera entre la libertad religiosa y la libertad ideológica*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», X, 1994, p. 38

religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual ... junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio artículo 16.1, incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros», y cita como jurisprudencia coincidente las STC 19/1985; STC 120/1990⁵¹, de 27 de junio; y la STC 137/1990, de 19 de julio.

Pero si bien el TC deslinda las creencias fideístas de las demás, de manera que unas sean objeto del derecho de libertad religiosa y las otras del de libertad ideológica, al determinar el contenido de ambos derechos, no parece que los diferencie⁵². Por este motivo, teniendo en cuenta la legislación en vigor y la opinión puesta de manifiesto por el TC, el propio Ibán reconoce la diferencia existente entre la libertad religiosa y la ideológica únicamente en que aquélla «trae su origen en la creencia de la existencia de un ser supremo, en tanto que las otras opciones religiosas [agnosticismo, ateísmo e indiferentismo] tienen su encaje en la libertad ideológica... [y] esa distinción... de dos derechos diversos tiene una trascendencia práctica... la libertad religiosa, es decir, la libertad de los individuos agrupados en torno a una creencia religiosa, goza de una garantía constitucional específica en el sentido de que debe ser promocionada... en tanto que sólo acudiendo al artículo 9.2... de modo indirecto y más genérico, cabe predicar esa función promocional acerca de la libertad ideológica»⁵³.

Lo cierto es que independientemente de la respuesta que se de al interrogante de cuál es el contenido u objeto de cada uno de los derechos,

⁵¹ «La libertad ideológica... no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos».

⁵² González del Valle, por su parte, también va a expresar sus dudas acerca de la existencia de dos derechos distintos en cuanto a su contenido y objeto, defendiendo la opinión del Tribunal Supremo norteamericano que «pone buen cuidado en no enunciar la libertad religiosa e ideológica como dos derechos diferentes, sino como manifestación de un único derecho... Tal es, a nuestro entender, la posición correcta. Diferenciar la libertad ideológica de la religión en razón del contenido de las ideas profesadas, aparte de reducir el tema de la libertad religiosa a un tema de opción doctrinal, acarrearía el inconveniente de que el Estado tendría que erigirse en teólogo para dictaminar cuándo nos encontramos ante el ejercicio de la libertad religiosa y cuándo ... ante ... la libertad ideológica». *Derecho Eclesiástico español*, cit., pp. 198-199

⁵³ *La libertad religiosa*, cit., pp. 102-103

todos los autores coinciden en afirmar cómo tanto en el caso del derecho de libertad religiosa como en el de la ideológica, ambos tienen una dimensión interna que es íntima y personal y que ha de estar sustraída al control de los poderes públicos, y una dimensión externa que se traduce en distintas manifestaciones de ese derecho.

*B. La regulación de los derechos de libertad religiosa e ideológica:
la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*

Ya hemos señalado cómo la Unión Europea, hoy día, trabaja en la construcción de un ordenamiento jurídico que armonice los de los distintos países miembros. En este sentido, la regulación del fenómeno religioso no puede ser ajena a los esfuerzos por crear una legislación común aunque en esa labor se habrá de tener en cuenta la idiosincrasia de cada uno de estos países pues de ésta son consecuencia sus respectivos ordenamientos jurídicos. De hecho, la posición de privilegio de que gozaron y siguen gozando algunas confesiones religiosas en algunas naciones ha marcado la concepción que del fenómeno religioso se tiene en los diferentes países y en consecuencia ha dictado las líneas de cada uno de los sistemas de Derecho eclesiástico vigentes. No obstante, el reconocimiento de la libertad religiosa como derecho fundamental del individuo y la adopción en los diferentes textos constitucionales de principios como el de aconfesionalidad estatal e igualdad y no discriminación de las confesiones religiosas, ha supuesto en la mayoría de estos países un cambio en cuanto a la regulación que hasta ese momento habían realizado.

España y Portugal son dos de los países que han intentado otorgar al individuo y a las confesiones religiosas un régimen jurídico dentro del cual pudiesen desarrollar y ejercer el derecho de libertad religiosa del que son titulares y que al mismo tiempo fuese acorde con los principios anteriormente mencionados creando un sistema de Derecho eclesiástico en el que todos los individuos vean reconocido su derecho de libertad religiosa independientemente de la creencia que profesen y en el que las confesiones gocen de un status similar dentro del ordenamiento interno.

Una de las soluciones que han adoptado, y que les diferencia del resto de países comunitarios, ha sido la de promulgar una ley que regule el fenómeno religioso en aquellos aspectos que no habían sido contemplados en su momento por el legislador o que lo habían sido de una forma poco acorde con los principios de libertad e igualdad que recogían sus textos constitucionales. Una ley que reconozca al individuo y a las

confesiones como titulares del derecho de libertad religiosa y que desarrolle el contenido del mismo creando un régimen jurídico dentro del cual puedan desarrollar y ejercer el derecho de libertad religiosa del que son titulares.

Ahora bien, a pesar de que el tratamiento del factor religioso ha sido diferente en cada uno de ellos, una característica común los une: la posición de la Iglesia católica. El indudable peso de la misma a lo largo de la historia ha llevado a ambos a establecer un sistema de relaciones con ésta basado en la firma de concordatos. Esto ha supuesto que la Iglesia católica ostente una posición privilegiada frente al resto de confesiones religiosas dentro del ordenamiento estatal⁵⁴.

En España, con la democracia y la promulgación de la Constitución, se produjo un cambio en la forma de entender el fenómeno religioso por parte del Estado. Si bien es verdad que se derogó el Concordato de 1953 como consecuencia de la firma de los acuerdos de 1979, lo cierto es que el régimen de beneficios de que gozaba la Iglesia católica prácticamente no varió. Ésta seguía siendo una confesión con enorme poder e influencia en nuestro país y no parecía que estuviese dispuesta a perder la posición de que gozaba dentro de nuestro ordenamiento. De hecho su mención explícita en el texto constitucional denota hasta qué punto estaba presente en la mente del legislador constituyente y la firma de esos acuerdos, escasos días después de promulgada la Constitución, induce a pensar que el régimen de que iba a gozar la Iglesia católica estaba ya pactado de antemano.

Pero la Constitución de 1978 trajo como novedad el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales entre los que se encontraba el de libertad religiosa. El régimen de tolerancia a que se había sometido a las confesiones acatólicas ya no era defendible en un sistema de libertades. Estas seguían estando reguladas por una Ley de Libertad Religiosa en la que prácticamente no se les reconocía ningún derecho. La situación de las mismas chocaba con los principios constitucionales de igualdad, no dis-

⁵⁴ En España, el Estado ha firmado con la Iglesia católica varios acuerdos. El Convenio de 5 de abril de 1962 sobre reconocimiento, a efectos civiles, de estudios no eclesiásticos, realizados en Universidades de la Iglesia. El Acuerdo de 28 de julio de 1976 por el que el Estado renuncia al privilegio del nombramiento y la Iglesia católica al privilegio del fuero. Cuatro Acuerdos de 3 de enero de 1979 que versan sobre asuntos jurídicos; enseñanza y asuntos culturales; asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos; y sobre asuntos económicos. Y el Acuerdo de 21 de diciembre de 1994 entre el Reino de España y la Santa Sede sobre asuntos de interés común en Tierra Santa y anejo.

crimación y cooperación⁵⁵ con lo que se hacía necesaria una nueva legislación que reconociese de verdad este derecho de libertad religiosa a las confesiones y que las dotase de un régimen jurídico en el que poder ejercer este derecho con plenitud. Con este motivo se dictó, en 1980, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR) que va a derogar «la Ley 44/1967, de 28 de junio, y cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley»⁵⁶. Pese a la intención del legislador, esta ley no supuso un cambio radical con respecto a su predecesora de 1967 y tampoco cumplió con las expectativas para las que fue creada.

Cuando se habla de la libertad religiosa o ideológica desde una norma jurídica, hay que tener en cuenta que la pretensión de la misma nunca es la de regular la interioridad de la persona sino, en todo caso, una vez reconocido por la norma que ese momento previo existe, intentar hacer viable que la persona pueda vivir y comportarse externamente de acuerdo con sus convicciones religiosas o ideológicas. Por tanto, la legislación lo que tiene que procurar es crear un ámbito dentro del cual el sujeto titular del derecho pueda desenvolverse haciendo efectivo el mismo.

En este sentido, la LOLR desarrolla el derecho de libertad religiosa y, en expresión de Prieto Sanchís, enuncia las actividades que son «manifestaciones de la genérica libertad de pensamiento o de la libertad ideológica y (que), sin embargo, quedan excluidas del régimen jurídico que la ley brinda a la libertad religiosa»⁵⁷.

⁵⁵ Recogido en el art. 16.3 de la Constitución, se trata de un principio de carácter instrumental. Los poderes públicos no sólo desempeñarán una función garantizadora de los ámbitos de libre inmunidad y represión de las conductas que vulneren o interfieran el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que asumen una tarea promocional de los mismos. Como consecuencia de ello, las creencias religiosas se convertirán en un objeto de atención específica y privilegiada y la cooperación se moverá en un delicado equilibrio pues, si el Estado no quiere comportarse de forma confesional o discriminar a un ciudadano por motivos religiosos, la cooperación con las confesiones deberá hacerse de manera que queden salvaguardadas la libertad e igualdad del resto de grupos religiosos y de los no creyentes. Pero al mismo tiempo, para ser fiel a dicho principio, no podrá considerar la religión como un simple asunto de conciencia que pertenece a la esfera íntima del individuo, sino que lo valorará de forma positiva facilitando y promoviendo las condiciones que hagan posible el ejercicio del derecho de libertad religiosa, tanto de los individuos como de los grupos.

⁵⁶ Disposición Derogatoria.

⁵⁷ *El derecho fundamental de libertad religiosa*, cit., p. 305

Aunque no es mi intención realizar un análisis exhaustivo de esta ley⁵⁸, es necesario que nos detengamos en algunos aspectos de la misma. Sólo así será posible comprender el por qué de determinadas situaciones que, relacionadas con el individuo como ser religioso y con las confesiones, pueden dar lugar a situaciones que han sido entendidas por algunos como discriminatorias. Se trata de una ley muy breve, de sólo ocho artículos, en la que, a nuestro juicio, el legislador realiza únicamente una declaración de intenciones. Una declaración programática en la que apenas se otorga ningún derecho que, con la Constitución en vigor, no se reconociese ya a los individuos y las confesiones religiosas. Da la sensación de que el legislador buscaba una ley de consenso suficientemente ambigua como para que fuese aceptada por todos los partidos políticos. Por este motivo la ley, como veremos, no responde a las necesidades básicas de las confesiones religiosas. En su articulado se reconocen una serie de derechos a las mismas, pero éstos no han tenido un desarrollo legislativo posterior que permita a estas confesiones cubrir las necesidades que tienen como grupos religiosos.

a. Titularidad individual y colectiva del derecho de libertad religiosa e ideológica

El art. 16 de la Constitución al garantizar la libertad religiosa de los individuos y las comunidades, reconoce que este derecho tiene no sólo una dimensión individual sino también comunitaria. Así lo ha entendido no sólo la doctrina eclesiasticista española⁵⁹ sino también el TC, como puso de manifiesto en su STC 64/1988, de 12 de abril donde en relación con los derechos fundamentales establece que «su plena efectividad ... exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados sino también en cuanto se insertan en grupos y

⁵⁸ La Ley consta de ocho artículos, dos disposiciones transitorias y una derogatoria. El primer artículo reconoce la aconfesionalidad estatal y garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa. El segundo, hace referencia al contenido del derecho de libertad religiosa tanto en su vertiente individual como colectiva. El tercero, establece los límites al ejercicio de este derecho mientras que el cuarto establece la protección jurisdiccional del mismo. El quinto, crea el Registro de Entidades Religiosas y establece los requisitos para la inscripción en el mismo. El sexto, reconoce la capacidad autonormativa de las confesiones inscritas mientras que el séptimo establece la posibilidad que tienen éstas de establecer acuerdos de cooperación con el Estado. Por último, el artículo octavo crea la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

⁵⁹ Vid., entre otros, VILADRICH, *Los principios informadores ...*, cit., p. 286; GONZÁLEZ DEL VALLE, *La regulación legal de la libertad religiosa ...*, cit., pp. 271-272; BUENO SALINAS, S., *El ámbito del amparo del derecho de libertad religiosa y las asociaciones*, «Ius Canonicum», vol. 25, 49, 1985, p. 191

organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental. Así, el artículo 16 garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto no sólo a los individuos, sino también a las comunidades, y no debe encontrarse dificultad para ampliar esta misma idea en otros campos».

Ahora bien, mientras parte de la doctrina defiende la titularidad de este derecho por parte de los grupos en cuanto tales, algún otro autor ha defendido la idea de que la titularidad de los grupos es consecuencia de la suma de los derechos individuales. En este sentido, Ibán señala que «en un Estado democrático los derechos lo son de los individuos y de los grupos por ellos formados, pero precisamente por eso, porque están formados por individuos»⁶⁰. Para el autor, el derecho de libertad religiosa es un derecho radicalmente individual, de manera que si existen grupos como titulares de este derecho eso se debe a que el mismo es la suma de los derechos individuales de las personas que conforman dicho grupo⁶¹. Por este motivo «los contenidos de la libertad religiosa individual y de la colectiva son bien distintos... porque la esencia misma de la libertad religiosa (optar por una religión y manifestar dicha adhesión fiducial), carece de sentido en relación a un grupo religioso... las manifestaciones de la libertad religiosa individual son propiamente reconducibles al contenido de la libertad religiosa, en tanto que las manifestaciones de la libertad religiosa colectiva son más bien enmarcables en el campo de las técnicas de promoción, que vendrán justificadas en base a la función promocional del Estado»⁶².

Con independencia de su fundamento jurídico, creemos que son titulares del derecho de libertad religiosa tanto los individuos como los grupos. Por este motivo somos de la opinión de que lo mismo habría que predicar en cuanto a la libertad ideológica, aunque las manifestaciones de libertad ideológica colectiva son no tengan cabida en nuestro ordenamiento. La causa reside en que nuestra Constitución no reconoce la posibilidad de establecer relaciones de cooperación con grupos ideológicos, entendiendo por tales los grupos de ateos, agnósticos o indiferentes, ya que sólo las

⁶⁰ *La libertad religiosa como derecho fundamental*, cit., p. 167

⁶¹ «De la lectura del 9.2 se deduce que junto a los individuos aparecen los grupos como sujetos de la libertad e igualdad: tal y como yo veo las cosas... la libertad religiosa y la igualdad religiosa... son derechos radicalmente individuales, y si cabe hablar de derechos colectivos, ello es así... porque... aquellos grupos están formados por individuos». *Contenido del derecho de libertad religiosa...*, cit., p. 1040

⁶² *La libertad religiosa*, cit., p. 103

comunidades con creencias religiosas podrían beneficiarse de estas relaciones.

Y es que las iglesias y confesiones como sujeto colectivo titular del derecho de libertad religiosa, son las que en definitiva vienen a ser, a mi juicio, el verdadero objeto de esta ley. Esta afirmación es consecuencia del análisis del texto legislativo donde se percibe que, además de establecerse el desarrollo y las garantías en el ejercicio del derecho de libertad religiosa del individuo la intención del legislador, en la práctica, ha sido la de determinar la posición o status en nuestro ordenamiento de todos aquellos grupos o confesiones religiosas distintos de la Iglesia católica⁶³.

b. Contenido del derecho de libertad religiosa individual

Que el contenido de la libertad religiosa individual es distinto al de la libertad religiosa colectiva también es algo que creemos que no debe ponerse en duda. De hecho la esencia misma de la libertad religiosa, que no es otra que optar por una determinada religión y manifestar esa creencia, carece de sentido en relación con una confesión pues ésta no tiene como contenido de su derecho de libertad religiosa el derecho a elegir o abandonar una creencia. En las siguientes líneas pondremos de manifiesto cuál es el contenido —en su vertiente individual y colectiva— del derecho de libertad religiosa reconocido por cada uno de los textos legislativos.

El art. 2 de la LOLR⁶⁴ es el que enuncia y regula las distintas manifestaciones del derecho de libertad religiosa⁶⁵, que en opinión de Ibán «parece girar en torno a tres grandes bloques: libertades individuales, libertades de las confesiones y función promocional del Estado»⁶⁶. Por lo

⁶³ La aconfesionalidad estatal, siquiera formalmente, está fuera de toda duda. Ahora bien, esto no significa que la Iglesia católica no haya gozado de un tratamiento favorable una vez desaparecido el régimen del general Franco. La firma de los Acuerdos de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, recién promulgada la Constitución de 1978, y la no aplicación, en la práctica, de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa a esta confesión son un ejemplo de ello.

⁶⁴ Para PRIETO SANCHÍS, entre las múltiples formas de manifestación de este derecho se encuentran «la garantía jurídica de un ámbito de inmunidad para practicar el acto de fe y cumplir con todos los deberes que ese acto lleve aparejado para ser completo y coherente... libertad de conciencia,... culto... de enseñanza y proselitismo... reunión y manifestación,... asociación y objeción de conciencia». *El derecho fundamental de libertad religiosa*, cit., p. 95

⁶⁵ Aunque podría entenderse que se trata de un conjunto de facultades *numerus clausus*, somos de la opinión de que cualquier otro derecho, manifestación de la libertad religiosa, que no esté contemplado expresamente existirá en la medida que tenga su reconocimiento en los textos internacionales.

⁶⁶ *La libertad religiosa*, cit., p. 104

que se refiere a la libertad ideológica, aunque en esta ley sólo se enuncian en su artículo 3.2 algunas de las manifestaciones de este derecho⁶⁷, creemos que se trata también de un derecho abierto que se irá concretando casuísticamente a través de distintas decisiones jurisprudenciales. Un ejemplo de lo que estamos diciendo sería «la libertad de enseñanza... [que] puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales»⁶⁸. Otro ejemplo sería la negativa al acatamiento de la Constitución alegando el derecho de libertad ideológica⁶⁹.

En este sentido, el art. 2 de la LOLR establece que «1.- La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

- a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.
- b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.
- c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedi-

⁶⁷ «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».

⁶⁸ STC 5/1981, de 13 de febrero. En relación con la cuestión del derecho de libertad ideológica y el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas u opiniones, en cuanto a si se tratan de derechos diferentes o de un mismo derecho, existe jurisprudencia del TC que aclara la cuestión.

⁶⁹ En este caso no se reconoció una violación del derecho de libertad ideológica. La STC 101/1983, de 18 de noviembre establece que «las manifestaciones de la libertad ideológica de los titulares de los poderes públicos... ha de armonizarse en su ejercicio con el necesario cumplimiento del deber positivo inherente al cargo público de respetar y actuar en su ejercicio con sujeción a la Constitución». Aunque como añade la STC 122/1983, de 16 de diciembre, «incluyendo por supuesto la posibilidad de promover su reforma por los cauces que en la Constitución se establecen».

miento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

- d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica».

El número de derechos reconocido al individuo en la ley española no deja de ser amplio pero al mismo tiempo no es más que eso, una enumeración que recoge sólo derechos para los creyentes sin hacer mención de aquellos que han optado por la no creencia. Ahora bien, la simple enumeración de los derechos que son contenido del derecho individual de libertad religiosa no siempre conlleva la garantía y protección automática del ejercicio de los mismos. Es verdad que en algunos casos se traduce en un deber de abstención por parte del Estado, pero hay supuestos en los que el reconocimiento de estos derechos implica la necesidad de que éste establezca en determinados ámbitos una normativa que permita ejercer ese derecho de una forma efectiva.

La LOLR se limita únicamente a enumerar los mismos lo que significa que estas materias, tal y como se establece el art. 2.3 de la LOLR⁷⁰, se van a dejar para un posterior desarrollo legislativo que se realizará bien unilateralmente bien a través de la firma de acuerdos con las distintas confesiones —solución que parece ser que ha sido la acogida en nuestro sistema—.

c. Contenido del derecho de libertad religiosa colectivo

Es evidente que todo grupo religioso tiene entre sus características la del asociacionismo. Las religiones se desarrollan en torno a la idea de comunidad y prácticamente todas tienen entre sus actividades la del proselitismo. Al mismo tiempo, el creyente es un individuo que ingresa en una comunidad religiosa y que vive dentro de ella conforme a los postulados de la misma. De hecho casi todos los actos que realiza en ejercicio de su derecho de libertad religiosa son dentro de una comunidad de individuos, de manera que pensar

⁷⁰ «Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

en que alguien ejerce su derecho de libertad religiosa fuera o al margen de su comunidad no parece algo muy común.

En este sentido, si el individuo ve garantizado el ejercicio de su derecho de libertad religiosa por parte del Estado, éste al mismo tiempo está garantizando el de la comunidad religiosa. Si el Estado permite al creyente realizar actos de culto no puede negar a la confesión el derecho a organizar los mismos ya que eso sería contradictorio. Por tanto si una ley de libertad religiosa garantiza el ejercicio del derecho de libertad religiosa al individuo en su contenido esencial habrá de hacer lo propio con todas las confesiones religiosas.

En el caso español, la LOLR establece en su art. 2.2 que las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas tendrán derecho a «establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero».

Ahora bien, todo este conjunto de derechos que se les otorgan a las iglesias o comunidades religiosas no son los únicos que el legislador está dispuesto a reconocer a los grupos religiosos. De hecho, aquellos que vienen recogidos en el art. 2.2 de la LOLR no suponen ninguna novedad si tenemos en cuenta que todos ellos ya estaban reconocidos de una forma u otra al individuo como sujeto del derecho de libertad religiosa. Además su simple enunciado no generará ninguna obligación para el Estado más allá de aquellas que se derivan de un normal ejercicio del derecho de libertad religiosa, lo que les corresponde por el mero hecho de ser grupos religiosos.

A pesar de ello y atendiendo a lo dispuesto en el art. 16.3 de la Constitución, la LOLR introduce una novedad en nuestro sistema que supone un giro radical en la concepción del sistema de fuentes del derecho eclesiástico español: se establece la posibilidad de que el Estado firme acuerdos de cooperación con confesiones distintas de la católica, algo que anteriormente sólo era posible en los sistemas alemán⁷¹ e italiano⁷² y que ha sido adoptado hace poco tiempo por Portugal tras promulgar el 6 de junio de 2001 su Ley de Libertad Religiosa. Para hacer posible esa cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas la LOLR se ha dotado de tres herramientas a las que me voy a referir seguidamente.

⁷¹ En este sentido *vid.* ROSSELL GRANADOS, J., *Los Acuerdos del Estado con las Iglesias en Alemania*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997

⁷² *Vid.*, GARCÍA-PARDO, D., *El sistema de acuerdos con las confesiones minoritarias en España e Italia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999

La primera de ellas ha sido la creación de un Registro de Entidades Religiosas (RER). La inscripción en el mismo por parte de la confesión religiosa, una vez cumplimentados determinados requisitos, trae consigo que aquella obtenga automáticamente un status especial dentro de nuestro ordenamiento jurídico: la categoría o status de «Iglesia, Comunidad o Confesión religiosa inscrita». Para el legislador esta denominación es la categoría básica que ha de tener todo grupo religioso dentro de nuestro sistema de relaciones Estado-Iglesias. Ahora bien, no todo grupo religioso es automáticamente clasificado dentro de esta categoría. De acuerdo con lo que establece la Ley en su art. 5.2 «la inscripción se practicará en virtud de solicitud, acompañada de documento fehaciente en el que consten su fundación o establecimiento en España, expresión de fines religiosos, denominación y demás datos de identificación, régimen de funcionamiento y órganos representativos con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación».

Lo verdaderamente importante de estos requisitos es lo que la Ley denomina «expresión de sus fines religiosos», algo que no está definido en la propia Ley salvo en su acepción negativa. De hecho el art. 3.2 establece que «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». Así pues, resulta que queda en manos de la propia Administración el definir si una determinada confesión cumple con esos «fines religiosos». Algo que fue duramente criticado durante mucho tiempo ya que suponía un control indirecto del Estado acerca del carácter religioso de los grupos que solicitaban su inscripción en el Registro.

El procedimiento de inscripción en el RER viene recogido en el RD 142/1981, de 9 de enero sobre organización y funcionamiento del registro de Entidades Religiosas. Tras la lectura de lo dispuesto en el art. 3⁷³ se observa

⁷³ «1. La inscripción se practicará a petición de la respectiva Entidad, mediante escrito al que se acompañe el testimonio literal del documento de creación debidamente autenticado o el correspondiente documento notarial de fundación o establecimiento en España.2. Son datos requeridos para la inscripción: a) Denominación de la Entidad, de tal modo que sea idónea para distinguirla de cualquier otra; b) Domicilio; c) Fines religiosos con respeto de los límites establecidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, al ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa; En el caso de las Entidades asociativas religiosas a que hace referencia el apartado c) del artículo anterior, el cumplimiento de este requisito deberá acreditarse mediante la oportuna certificación del Órgano Superior en España de las respectivas Iglesias o Confesiones; d) Régimen de funcionamiento y organismos representativos, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación; e) Potestativamente, la relación nominal de las personas que ostentan la representación legal de la Entidad. La correspondiente certificación registral será prueba suficiente para acreditar dicha cualidad...».

que los requisitos exigidos no dejan de ser básicamente formales, salvo el recogido en el art. 3.2.c) y que hace referencia a que los fines religiosos no contravengan los límites establecidos en el art. 3.1⁷⁴ de la LOLR. Pues bien, durante muchos años la práctica registral —llevada a cabo por el Ministerio de Justicia— y jurisprudencial nos mostró cómo existía un cierto control de fondo por parte de la Administración acerca de la religiosidad o no de los fines de aquellas entidades que solicitaban ser inscritas en el RER.

Esta situación, que algunos denunciaron como un ejemplo de la quiebra del principio de neutralidad y aconfesionalidad del Estado, vino a ser aclarada por el TC en su STC 46/2001 de 15 de febrero. En la misma, la Iglesia de la Unificación recurría la STS de 14 de julio de 1996 por la que se le denegaba la inscripción en el RER al entender el Tribunal que la Administración estaba facultada para realizar un control sobre los fines perseguidos por la entidad solicitante. El argumento giraba en torno a que en ocasiones las actividades de las mismas pueden entrañar un peligro o ser un riesgo para el orden público.

Contradiendo la doctrina del TS, el TC señaló que «la articulación de un Registro ordenado a dicha finalidad [la inscripción de entidades religiosas] no habilita al Estado para realizar una actividad de control de la legitimidad de las creencias religiosas de las entidades o comunidades religiosas, o sobre las distintas modalidades de expresión de las mismas, sino tan solo la de comprobar, emanando a tal efecto un acto de mera constatación que no de calificación, que la entidad solicitante no es alguna de las excluidas por el art. 3.2 LOLR, y que las actividades o conductas que se desarrollan para su práctica no atentan al derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, ni son contrarias a la seguridad, salud o moralidad públicas, como elementos en que se concreta el orden público protegido por la ley en una sociedad democrática, al que se refiere el art. 16.1 de la Constitución».

«La Administración responsable de dicho instrumento no se mueve en un ámbito de discrecionalidad que le apodere con un cierto margen de apreciación para acordar o no la inscripción solicitada, sino que su actuación en este extremo no puede sino calificarse como reglada, y así viene a corroborarlo el art. 4.2 del Reglamento que regula la organización y funcionamiento del Registro al disponer que «la inscripción sólo podrá dene-

⁷⁴ «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

garse cuando no se acrediten debidamente los requisitos a que se refiere el artículo 3». Por este motivo, sigue defendiendo el TC, «hemos de insistir en que la Administración no debe arrogarse la función de juzgar el componente religioso de las entidades solicitantes del acceso al Registro, sino que debe limitarse a constatar que, atendidos sus estatutos, objetivos y fines, no son entidades de las excluidas por el art. 3.2 LOLR».

«La indebida denegación por la Administración responsable del Registro de la inscripción solicitada, viene a constituirse en un injustificado obstáculo que menoscaba el ejercicio, en plenitud, del derecho fundamental de libertad religiosa del que son titulares los sujetos colectivos, y correlativamente, establece una indeseada situación de agravio comparativo entre aquellos grupos o comunidades religiosas que, por acceder al Registro, cuentan con el reconocimiento jurídico y los efectos protectores que confiere la inscripción, y aquellos otros que, al negárseles ésta indebidamente, se ven privados de los mismos, ya sea en orden a que se les reconozca formalmente una organización y régimen normativo propios, ya en lo concerniente a las manifestaciones externas en que se proyectan sus convicciones o creencias religiosas... [y es que] en cuanto «único límite» al ejercicio del derecho, el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para «la seguridad, la salud y la moralidad pública», tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto».

Ya hemos visto cómo el simple hecho de la inscripción de la confesión en el registro conlleva, en principio, una serie de efectos: todos aquellos derechos que le vienen reconocidos al individuo como sujeto titular del derecho de libertad religiosa y aquellos que le vienen reconocidos en los arts. 2.2⁷⁵ y 2.3⁷⁶. Ahora bien, lo verdaderamente importante es que a estas

⁷⁵ «... a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero».

⁷⁶ «Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

confesiones inscritas —además de serles reconocida personalidad jurídica por parte del Estado— se les reconoce que «tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguardia de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas podrán crear y fomentar, para la realización de sus fines, Asociaciones, Fundaciones e Instituciones con arreglo a las disposiciones del Ordenamiento jurídico general»⁷⁷. En resumen, sólo a través de su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, pueden las confesiones adquirir ese primer status en el que quizás lo más importante es este derecho que se les reconoce en el art. 6 de la Ley.

La segunda herramienta para hacer posible la cooperación consistió en la creación de una Comisión Asesora de Libertad Religiosa, dependiente del Ministerio de Justicia, y según el art. 8.1 de la LOLR, «compuesta de forma paritaria y con carácter estable por representantes de la Administración del Estado, de las Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas o Federaciones de las mismas, en las que, en todo caso, estarán las que tengan arraigo notorio en España, y por personas de reconocida competencia cuyo asesoramiento se considere de interés en las materias relacionadas con la presente Ley». Dicha Comisión tiene como funciones el «... estudio, informe y propuesta de todas las cuestiones relativas a la aplicación de esta Ley, y particularmente, y con carácter preceptivo, en la preparación y dictamen de los Acuerdos o Convenios de cooperación...»⁷⁸.

Su importancia no puede ser desdeñada. Piénsese que se convierte en el único órgano asesor del Gobierno en materia de libertad religiosa y en el que están representados no sólo los diferentes departamentos de la Administración sino también representantes de aquellas confesiones o iglesias con mayor peso en nuestro país. Algunos, y me atrevería a incluir dentro de los mismos a la propia Administración, han pensado que la labor de esta Comisión se centraba exclusivamente en la preparación y dictamen de los Acuerdos de cooperación con las confesiones acatólicas. Nada más lejos de la realidad. Ésta también ha trabajado en el análisis y estudio de aquella normativa que afecta al ejercicio del derecho de libertad religiosa tanto en

⁷⁷ Art. 6.1 y 2 de la LOLR

⁷⁸ Art. 8.2

su manifestación individual como colectiva. De hecho, y baste como ejemplo, a raíz de la STC 46/2001, la Comisión trabajó sobre un nuevo proyecto de Reglamento de Entidades Religiosas.

La tercera herramienta, a la que ya aludimos anteriormente, no es otra que la posibilidad de poder concluir acuerdos de cooperación con el Estado⁷⁹ lo que viene reconocido en el art. 7⁸⁰ de la Ley. Para poder realizar estos acuerdos, dos condiciones son necesarias: que la confesión religiosa esté inscrita en el Registro de Entidades Religiosas y que tenga «notorio arraigo» en España⁸¹.

Este segundo requisito es un concepto jurídico indeterminado lo que ha supuesto que en la práctica haya sido utilizada de forma discrecional por el Estado. De hecho el criterio que ha primado para otorgar este «notorio arraigo» no ha sido el numérico sino el histórico. Esto explica por qué se han firmado acuerdos con judíos, protestantes y musulmanes y no en cambio con otros grupos religiosos que cuentan con un mayor número de fieles en nuestro país. De acuerdo con los requisitos mencionados, en 1992 España firmó acuerdos con tres grupos religiosos: la Federación de Enti-

⁷⁹ Esta posibilidad de firmar acuerdos con el estado ha supuesto la creación, dentro de nuestro sistema de derecho eclesiástico, de tres niveles de relación entre el Estado y los grupos religiosos entendidos como tales. El primer lugar lo ocuparía la Iglesia católica seguido de las confesiones con acuerdo y por último aquellas confesiones sin acuerdo pero inscritas en el Registro de Entidades Religiosas. En todos los casos, todas ellas tienen reconocido, como sujetos colectivos, el derecho de libertad religiosa. A todos ellos la Ley les reconoce el derecho a ejercer su libertad religiosa y a desarrollar los contenidos de la misma aunque en la práctica esto sólo ha sido conseguido por aquellos grupos que pertenecen a alguna de las federaciones que han suscrito un acuerdo con el Estado. Como ya apuntamos anteriormente la Constitución no determina que éste sea el sistema a través del cual la cooperación se implementa en nuestro sistema. De hecho los acuerdos con confesiones acatólicas pueden resultar un signo de cooperación puesto en la práctica pero no es el único posible. Quizás no sea, en opinión de algunos, el sistema más igualitario pero no cabe duda de que hoy en día, en Europa, es el más operativo.

⁸⁰ «1.- El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales.

2.- En los Acuerdos o Convenios, y respetando siempre el principio de igualdad, se podrá extender a dichas Iglesias, Confesiones y Comunidades los beneficios fiscales previstos en el Ordenamiento jurídico general para las Entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico».

⁸¹ En el caso de la Iglesia católica no ha sido aplicada esta cláusula toda vez que los Acuerdos firmados con la misma son anteriores a la promulgación de la Ley y siéndole además supuesta, toda vez que es la única confesión que ha sido nombrada explícitamente en la Constitución.

dades Religiosa Evangélicas de España (FEREDE)⁸², con la Federación de Comunidades Israelitas (FCI)⁸³ y con la Comisión Islámica de España (CIE)⁸⁴.

Pero si bien la firma de estos tres acuerdos supuso un hito en el sistema de relaciones entre el Estado y las confesiones acatólicas, lo cierto es que no ha venido a resolver totalmente el problema de las relaciones estatales con los grupos religiosos acatólicos y ello, a mi juicio, por varios motivos.

En primer lugar, la Ley nada decía acerca de establecer acuerdos con Federaciones de Iglesias. El art. 7 sólo se refiere a la posibilidad de que las Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas puedan firmar acuerdos de cooperación. El legislador, haciendo caso omiso del texto de la Ley, obligó a los grupos religiosos a federarse y eso conllevó la pérdida de capacidad negociadora de los mismos de manera que los acuerdos no responden específicamente a las necesidades de cada confesión sino que se han convertido en un acuerdo marco. Además, hoy día, el desarrollo legislativo del texto de los acuerdos está encontrando dificultades toda vez que no todos los grupos integrados en una federación están dispuestos a defender los mismos intereses.

En segundo lugar, el contenido de los tres acuerdos es prácticamente idéntico. Si uno lee detenidamente el texto de los mismos observa que no hay diferencias sustanciales entre los mismos. Por otro lado, y a diferencia de los Acuerdos firmados en 1979 con la Iglesia católica, tienen naturaleza de ley ordinaria lo que supone que pueden ser modificados e incluso derogados en sede parlamentaria sin contar con la aquiescencia de los grupos religiosos.

Por último, y a pesar de que contienen los mismos temas que los acuerdos con la Iglesia católica, se diferencian de éstos en que las materias a las que hace referencia están necesitadas de un posterior desarrollo legislativo. Se trata, por tanto, de unos meros acuerdos programáticos en su mayor parte, y da la impresión de que estos tres acuerdos no fueron el resultado de una verdadera negociación con la Administración sino que fueron textos que ésta ofreció a las confesiones y que aceptaron sin introducir grandes modificaciones al mismo, únicamente las que les eran propias debido a las características de cada grupo religioso.

⁸² Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

⁸³ Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

⁸⁴ Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

Realmente el texto de los acuerdos otorga a estas confesiones pocas ventajas que no tuviesen ya reconocidas todas ellas por el mero hecho de estar inscritas en el RER. En este sentido el texto de los acuerdos ofrece la posibilidad de obtener ventajas fiscales; prestar asistencia religiosa en Fuerzas Armadas, Hospitales y Prisiones; la posibilidad de que se imparta una enseñanza religiosa en los colegios; la alimentación y el sacrificio de animales conforme a determinados ritos religiosos; la eficacia civil de los matrimonios contraídos en forma religiosa; normas que prevén la posibilidad de la inhumación según determinados ritos religiosos o el establecer una serie de festividades religiosas en el calendario laboral.

La cuestión es que para que estos derechos que les fueron reconocidos, pudiesen hacerse efectivos era necesario un posterior desarrollo legislativo, que en algunos casos ya existía y que en otros —la gran mayoría— está pendiente de ser promulgado. De hecho, en numerosas materias lo único que hacen los acuerdos es remitir, en unos casos a la legislación existente —que normalmente regula el supuesto de la Iglesia católica— propugnando la interpretación analógica de la ley, mientras que en otros no hay más que una voluntad del legislador de cambiar la situación actual.

Esta necesidad de desarrollar legislativamente algunas de las materias junto con la especificidad de nuestro sistema de organización política ha hecho que el sistema de acuerdos opere en varios niveles. De esta manera, las Comunidades Autónomas, en las materias en las que es competente, también tienen posibilidad de firmar acuerdos con estos grupos religiosos⁸⁵. De hecho en los últimos años han sido varios los acuerdos que —en materia de conservación de patrimonio histórico-artístico, de enseñanza religiosa en los centros docentes y de asistencia religiosa— han firmado algunas comunidades con confesiones que ya tenían firmados acuerdos a nivel nacional. Incluso los ayuntamientos y otros organismos dependientes del Estado han establecido acuerdos con las mismas en materias propias de su competencia. El problema es que siguen siendo acuerdos esencialmente programáticos que nada nuevo añaden a lo ya suscrito en los acuerdos de 1992.

Como ya apuntamos anteriormente la Constitución no determina que éste sea el sistema a través del cual la cooperación se implementa en nuestro sistema. De hecho los acuerdos con confesiones acatólicas pueden resultar un signo de cooperación puesto en la práctica pero no es el único posible. Quizás no sea, en opinión de algunos, el sistema más igualitario pero no cabe duda de que hoy en día, en Europa, es el más operativo.

⁸⁵ Vid. RODRÍGUEZ BLANCO, M., *Los convenios entre las administraciones públicas y las confesiones religiosas*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2004

III EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y REGIONAL

1. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Cada vez es más evidente la creciente importancia del Derecho internacional en la protección de los derechos fundamentales⁸⁶. En este sentido la labor que Naciones Unidas ha realizado durante todo el siglo pasado e inicios de éste ocupa un papel protagonista ya que este organismo se ha convertido no sólo en un foro internacional en el que dirimir las posibles controversias entre los diferentes países y garantizar la paz sino también en una comunidad «ideológica» empeñada, a través de sus documentos, en que sean respetada la dignidad humana y los derechos y libertades que le son inherentes. Las siguientes líneas están dedicadas a reseñar brevemente aquellos documentos en los que se ha hecho hincapié en la prohibición de discriminación por motivos religiosos.

Tanto el derecho a la libertad religiosa⁸⁷ como el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación⁸⁸

⁸⁶ En este sentido, y en relación con la protección internacional de la libertad religiosa vid. por todos, GARCÍA-PARDO, D., *La protección internacional de la libertad religiosa*, Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 2000.

⁸⁷ El art. 18 establece que «toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia».

⁸⁸ El art. 2.1 dispone que «toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».

fueron recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Este documento aunque carece de fuerza vinculante para los Estados, toda vez que se trata de una Declaración, tiene eficacia universal, algo de lo que carecen los instrumentos convencionales que obligan sólo a aquellos países que habiendo firmado el convenio también lo ratifican. Es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aprobados en 1966 forman, junto con la Declaración de Derechos Humanos, el denominado *International Bill of Rights* y aunque se trata de dos textos independientes, cada uno con su propio ámbito de aplicación y con sus mecanismos de control⁸⁹, lo cierto es que ambos textos constituyen en cierta medida un único documento que en este caso, sí que tienen fuerza vinculante para aquellos países que los han ratificado.

Al igual que en el caso de la Declaración de Derechos Humanos, el principio de no discriminación fue enunciado en ambos pactos, señalándose además la responsabilidad de los Estados parte en relación a que el disfrute de los derechos reconocidos en los mismos debía producirse sin «distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social»⁹⁰. Además, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos prohibía la discriminación por las referidas circunstancias en el disfrute de los derechos de «a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas...; c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país»⁹¹, así como en la igualdad ante la ley⁹². También establecía la prohibición de que las disposiciones que los Estados adoptasen con ocasión de situaciones excepcionales «entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social»⁹³ y señalaba que «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya

⁸⁹ El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 28 a 45, establecía la creación de un Comité de Derechos Humanos, que fue creado el 20 de septiembre de 1976. Por su parte el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció mediante la Resolución 1985/17, de 25 de mayo, la creación de un Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se reunió por primera vez en 1987.

⁹⁰ Art. 2.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y art. 2.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁹¹ Art. 25

⁹² *Vid.* art. 26

⁹³ Art. 4.1

incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley»⁹⁴.

Pero si la importancia de los Pactos de 1966 reside en el hecho de su fuerza vinculante para los Estados que los han ratificado, la trascendencia de la Declaración Universal sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones se explica como consecuencia de que constituye el primer catálogo de principios, derechos y libertades relacionados con la libertad religiosa. Fue proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 y consta de un Preámbulo y ocho artículos en los que hasta cuatro van a hacer referencia a la prohibición de discriminación por motivos religiosos.

La prohibición genérica viene recogida en el art. 2.1, que señala que «nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares», sentando las bases de lo que debe entenderse por discriminación y aclarando que dicho concepto incluye «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales»⁹⁵.

Según el art. 3, «la discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones». Por este motivo, se arenga a los Estados a que adopten «medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural»⁹⁶, de manera que realicen «todos los esfuerzos necesarios por promulgar o derogar leyes, según el caso, a fin de prohibir toda discriminación de ese

⁹⁴ Art. 20.2

⁹⁵ Art. 2.2

⁹⁶ Art. 4.1

tipo y por tomar las medidas adecuadas para combatir la intolerancia por motivos de religión o convicciones en la materia»⁹⁷.

Como señala García-Pardo, «este artículo, en relación con el 2.1, es importante por cuanto, a diferencia de lo que ocurría en los pactos de 1966, impone a los Estados la obligación positiva de crear las condiciones necesarias para que la discriminación religiosa no tenga lugar. Esto quiere decir que el Estado no sólo no debe interferir en las creencias religiosas de los ciudadanos, ni tomarlas en consideración a los efectos de establecer tratamientos discriminatorios, sino que, además, está obligado a crear las condiciones necesarias para evitar la discriminación por motivos religiosos y a impedir que la misma tenga lugar, también en el ámbito privado»⁹⁸.

Existen también otros textos emanados de Naciones Unidas o de algunos de sus organismos especializados como la UNESCO o la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que hacen referencia a la prohibición de discriminación por motivos, entre otros, religiosos⁹⁹. Baste como simple botón de muestra lo dispuesto en el Convenio nº 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación¹⁰⁰ que define en su artículo 1.1.a) el término discriminación como «cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación».

2. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN EL ÁMBITO REGIONAL

2.1. El Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Como consecuencia de los diferentes movimientos de unificación europea que surgieron al final de la II Guerra Mundial, el 5 de mayo de 1949 se creó en Londres el Consejo de Europa. Compuesto por un Comité de Ministros y una Asamblea Parlamentaria se trata de un organismo de coordinación entre los diferentes Estados miembros sin que los mismos deban renunciar o ceder parcela alguna de soberanía nacional. No se trata

⁹⁷ Art. 4.2

⁹⁸ GARCÍA-PARDO, *La protección internacional de la libertad religiosa*, cit., p. 49

⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 65 y ss.

¹⁰⁰ Dicho Convenio fue adoptado con fecha de 25 de junio de 1958.

de un organismo de integración política sino que se considera un instrumento cuya finalidad ha de ser la de construir una comunidad sustentada bajo los principios políticos de la democracia pluralista y parlamentaria, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos.

Obra del Consejo de Europa y consecuencia de su preocupación por la vigencia real y efectiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el 4 de noviembre de 1950 se aprobó en Roma el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales¹⁰¹, también conocido como Convenio de Roma. Un Convenio que, en lo que a nosotros interesa, es el único texto internacional de derechos humanos que ha dispuesto unos mecanismos de control en aras al cumplimiento del Convenio. Mediante la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰² (TEDH) se establecieron una serie de garantías procesales para la efectividad de estos derechos reconocidos en el Convenio y aunque nos referiremos a la jurisprudencia del TEDH más adelante, baste señalar que los mecanismos jurídicos establecidos en el Convenio constituyen un auténtico modelo en el ámbito internacional. Ello no es sino consecuencia de que las sentencias de dicho tribunal tienen tres características: son obligatorias¹⁰³, definitivas y aunque no ejecutivas tienen carácter declarativo. Pero como señala Martín Sánchez, aunque «la ejecución de las sentencias del tribunal depende, en último término de la voluntad de los Estados contratantes que, en razón de la obligatoriedad de aque-

¹⁰¹ Entre los estudios acerca de la Convención Europea de Derechos del Hombre y la protección de la libertad religiosa *vid* entre otros MARGIOTTA BROGLIO, F., *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1997; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *El derecho a la libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», II, 1986; y *La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa*, en DE LA HERA, A. y MARTÍNEZ DE CODES, R.M. (COORDS.), *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001; MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Ed. Comares, Granada, 2002

¹⁰² Aunque la naturaleza jurídica del TEDH sigue siendo objeto de controversias doctrinales creemos que detenernos en las mismas nos alejaría del objeto de este estudio. Por este motivo, y sin querer minusvalorar las opiniones existentes al respecto, nos limitaremos a señalar que tras analizar las funciones desarrolladas por este órgano quizás cabría considerarle como una especie de Tribunal Constitucional de carácter internacional regional. Sobre todo, debido a la función que ejerce de control sobre la legislación interna de los Estados mediante la comprobación de la conformidad de su legislación con lo dispuesto por el Convenio.

¹⁰³ Se deduce implícitamente del artículo 19 y viene claramente formulado en el artículo 46.1 donde se establece que «las Altas Partes contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean parte».

llas, deben adoptar en sus ordenamientos las medidas necesarias para que surtan efectos ... la realidad confirma que las sentencias se cumplen voluntariamente por los Estados. Ello es debido a los deseos de éstos de conservar su prestigio internacional y, sobre todo, a la *auctoritas* del Tribunal, cuyo peso jurídico y moral se extiende por toda Europa»¹⁰⁴, de manera que la jurisprudencia de éste influye decisivamente sobre las jurisdicciones nacionales.

En materia de libertad religiosa, la disposición fundamental del Convenio es el art. 9¹⁰⁵ mientras que la referencia explícita a la prohibición de discriminación por motivos religiosos se encuentra en el art. 14 donde se establece que «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Esto no significa que no existan otros textos del Consejo de Europa que incidan en la protección del derecho de libertad religiosa y la prohibición de discriminación por este motivo¹⁰⁶. Así cabe destacar de entre los textos ratificados por España, el Convenio Europeo sobre extradición, de 13 de diciembre de 1957; el Convenio Europeo sobre el estatus legal de los trabajadores migrantes, de 24 de noviembre de 1977; el Convenio para la protección de los individuos respecto a la elaboración automática de los datos personales, de 28 de enero de 1981; o el Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales, de 1 de febrero de 1995.

En relación con la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad religiosa y no discriminación son varias las cuestiones que el Tribunal ha ido resolviendo desde su creación y puesta en funcionamiento¹⁰⁷. Aunque

¹⁰⁴ MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio europeo de derechos humanos*, cit., pp. 40-41

¹⁰⁵ «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 religiosas 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, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

¹⁰⁶ En este sentido vid., GARCÍA-PARDO, *La protección internacional de la libertad religiosa*, cit., pp. 99 y ss.

¹⁰⁷ Un análisis más detallado lo encontraremos en la obra de MARTÍNEZ-TORRÓN, *La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa*, cit., pp. 89 y ss.

nos iremos deteniendo en ellas más adelante, baste poner de manifiesto algunas de las posiciones de este Tribunal en relación con el derecho de libertad religiosa del que son titulares no sólo el individuo sino también las confesiones religiosas.

La primera de las posiciones hace referencia a una de las afirmaciones más importantes de la jurisprudencia del TEDH y se refiere a los principios políticos que regulan las relaciones entre Estado y religión. En este sentido el Tribunal ha admitido implícitamente que puede existir una cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas, incluso cuando ésta no se lleve a cabo con criterios estrictamente igualitarios. Para el Tribunal, el principio de igualdad recogido en el artículo 14 ha de aplicarse a la libertad religiosa pero nada se dice acerca de que deba aplicarse de la misma forma a la cooperación. Lo importante para el Tribunal, no es que existan Iglesias con una posición diferenciada del resto sino que la colaboración privilegiada del Estado con las mismas no ha de producir, como efecto secundario, una restricción injustificada de la libertad de actuar de que deben gozar el resto de confesiones religiosas e individuos.

Pero no debemos olvidar, tal y como señalamos anteriormente, que las situaciones de discriminación generan situaciones de indignidad para las personas y grupos sociales afectados. Por este motivo en los últimos años el TEDH ha prestado una gran atención a los derechos que corresponden tanto a los grupos religiosos minoritarios como a las personas que forman parte de los mismos. En el caso de los individuos, el Tribunal ha resuelto que el art. 14 del Convenio impide que las personas puedan ser objeto de un trato discriminatorio como consecuencia de su pertenencia a una minoría religiosa incluso cuando sus creencias o su conducta contrasten de manera evidente con los hábitos sociales comúnmente aceptados. De esta forma en el caso Hoffmann¹⁰⁸, el Tribunal decidió que la diferencia de trato, cuando está basada en la religión, «es discriminatoria en ausencia de justificación objetiva y razonable, es decir, si no responde a un objetivo legítimo y si no hay una relación razonable entre los medios empleados y el perseguido». Esta jurisprudencia, ya consolidada, ha venido a enriquecerse con algún nuevo matiz introducido por el Tribunal en relación con la

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 23 de junio de 1993. En este caso el Tribunal nacional decidía sobre la atribución de la custodia de los hijos en un proceso de divorcio. Una mujer casada se había convertido a la religión de los Testigos de Jehová y había tomado consigo a los hijos mientras el proceso de divorcio estaba pendiente. El TEDH revocó las sentencias de los tribunales austriacos, que habían concedido al padre la custodia de los hijos.

interpretación del art. 14. Este no sólo resultará infringido cuando los Estados, sin justificación objetiva y razonable, traten de manera diferente a personas que se encuentran en situaciones análogas. En el caso Thlimmenos¹⁰⁹ el Tribunal pone de manifiesto cómo «el derecho a disfrutar de los derechos reconocidos en el Convenio sin ser sometido a discriminación es vulnerado no sólo cuando los Estados, sin justificación objetiva y razonable, tratan de manera diferente a personas en situaciones análogas, sino también cuando, sin justificación objetiva y razonable, no tratan de manera diferente a personas en situaciones diferentes».

En el supuesto de la prohibición de discriminación a los grupos religiosos minoritarios, la jurisprudencia del TEDH no siempre ha parecido interpretar de igual manera el principio contenido en el art. 14. Una interpretación extensiva del principio de igualdad es el adoptado por el Tribunal en el caso de la Iglesia católica de Canea¹¹⁰, al afirmar que toda confesión religiosa tiene derecho a que se reconozca su existencia de facto pero también ha obtener personalidad jurídica en condiciones equiparables a las de las otras confesiones. Según la sentencia, los gobiernos nacionales no pueden establecer discriminaciones entre las distintas confesiones religiosas acerca de los requisitos necesarios para que éstas o sus instituciones puedan ser reconocidas como personas jurídicas en el ámbito civil, sobre todo cuando la personalidad jurídica es indispensable para reclamar sus derechos ante los tribunales del país correspondiente.

Sensu contrario, un ejemplo de interpretación restrictiva del principio de igualdad, es la sentencia Cha'are Shalom Ve Tsedek¹¹¹. En relación con

¹⁰⁹ STEDH de 6 de abril de 2000. El demandante en el caso Thlimmenos era u Testigo de Jehová que había sido condenado por insubordinación, en 1983, a causa de su rechazo a prestar servicio militar debido a sus creencias religiosas, en momentos de movilización general; fue condenado a cuatro años de prisión, y dejado en libertad condicional después de cumplir los dos primeros años de condena. En 1988, ganó un concurso público para obtener un puesto de contable diplomado, una profesión liberal para cuyo ejercicio era necesario, hasta 1993, pertenecer al Instituto Griego de Contables Diplomados. A pesar de haber quedado segundo entre sesenta candidatos, el Comité Ejecutivo del Instituto se negó a su nombramiento, pues la ley establecía que no podía nombrarse contable diplomado a una persona no cualificada para la función pública, y la condena por un delito grave constituía un factor de descalificación para ser funcionario público. El TEDH consideró que el Estado griego había violado el art. 14 en relación con el art. 9. Las autoridades no podían sino aplicar la ley pero la legislación había omitido las distinciones necesarias: no existía justificación objetiva y razonable para no tratar al objetor de conciencia de manera diversa de otras personas condenadas por delitos graves, y su exclusión de la profesión de diplomados contables no perseguía fin legítimo alguno.

¹¹⁰ STEDH de 16 de diciembre de 1997.

¹¹¹ STEDH de 27 de junio de 2000.

la petición de una asociación de culto israelita a proceder al sacrificio ritual y posterior certificación alimentaria, al margen del control de la Asociación Consistorial Israelita de París, el Tribunal consideró que las autoridades nacionales disponen de un margen de apreciación discrecional para conceder diferentes beneficios legales a grupos religiosos, siempre que resulte probado que esa diferencia de trato no redunde en perjuicio de la libertad de los individuos a practicar su religión. De esta forma no permitirían a dicha asociación certificar los alimentos, favoreciendo a la Asociación Consistorial Israelita de París.

El Tribunal señaló que «el derecho a la libertad religiosa garantizado por el artículo 9 del Convenio no engloba el derecho de proceder personalmente al sacrificio ritual y a la posterior certificación ya que... la demandante y sus miembros no están privados de la posibilidad de conseguir y comer la carne que consideran conforme a sus prescripciones religiosas... la no autorización enjuiciada no constituye una injerencia en el derecho de la demandante a la libertad de practicar su religión... la medida enjuiciada, prevista por la ley, persigue un fin legítimo, el de la protección de la salud y el orden públicos, en la medida en que la organización por parte del Estado del ejercicio de un culto ayuda a la paz y a la tolerancia». Por este motivo, añade el tribunal, «la diferencia de trato resultado de ello es mínima... la medida enjuiciada perseguía un fin legítimo y existía una proporción razonable entre los medios empleados y el fin perseguido. Si hubo diferencia de trato, tuvo en este caso una justificación objetiva y razonable de acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal».

Esta decisión fue fuertemente contestada desde dentro del tribunal hasta el punto de que fueron siete los votos discrepantes. Baste señalar nuestro acuerdo con el voto discrepante y resaltar lo dispuesto en el mismo en relación con las tensiones entre diferentes comunidades pertenecientes a la misma confesión religiosa. Como se señala en dicho voto, «si surgen tensiones cuando una comunidad ... religiosa, se encuentra dividida, se trata de una consecuencia inevitable de la necesidad de respetar el pluralismo ... [en estos supuestos] el papel de las autoridades no consiste en suprimir el pluralismo, sino tomar las medidas necesarias para que los grupos enfrentados sean tolerantes ... no podemos ignorar el interés que pueden tener las autoridades estatales en tratar con las organizaciones más representativas de una comunidad en concreto. Que el Estado tenga la precaución de no encontrarse ante un número excesivo de interlocutores con el fin de no dispersar sus esfuerzos y alcanzar más fácilmente un resultado concreto ... no nos parece ilegítimo en sí mismo, ni desproporcionado ... [pero] la negativa a otorgar la autorización a la demandante y la concesión

de ésta únicamente a la Asociación Consistorial Israelita de París, a la que se confirió el derecho exclusivo de habilitar matarifes rituales, es contraria al pluralismo religioso y demuestra la ausencia de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido».

2.2. La prohibición de no discriminación por motivos religiosos en el ámbito de la Unión Europea

La relativa homogeneidad o casi uniformidad religiosa que durante muchos años ha caracterizado a buena parte de los países de la Unión Europea, lo aquilatado y pacífico de la convivencia entre las distintas comunidades religiosas —dejando a un lado, obviamente, las peculiares circunstancias de Irlanda del Norte—, la reducción o casi desaparición de un antisemitismo absolutamente vergonzante, y la progresiva laicidad de los Estados y de muchas de las instituciones privadas, hicieron que durante buena parte de los años setenta y ochenta el problema de la discriminación por motivos religiosos o de creencias fuera analizado como un instrumento indirecto de tutela de la libertad religiosa.

Ahora bien, el fenómeno migratorio que, sobre todo durante estas dos últimas décadas, ha disfrutado la UE ha supuesto, en primer lugar, un progresivo enriquecimiento de la tipología religiosa de nuestras Comunidades. Frente a una Europa occidental básicamente «cristiana», como la surgida tras la Segunda Guerra Mundial, ha surgido una nueva Europa mucho más rica, que incorpora, sobre todo, una población islámica cada vez más importante. Ello ha traído consigo la aparición de una serie de conflictos entre el individuo y el ordenamiento jurídico del país de acogida cuyas causas, en gran medida, son consecuencia de las peculiaridades que el Islam presenta como religión. Ejemplo de estos conflictos son los originados en el ámbito laboral como consecuencia del choque que en ocasiones se produce entre las concretas obligaciones laborales del empleado y el respeto a sus creencias religiosas. Los prejuicios injustificados que se han originado alrededor de estos grupos por motivo de sus creencias o convicciones religiosas ha supuesto, en gran parte de los países de la Unión Europea, la relegación de los mismos social y económicamente.

En este sentido la UE no ha cejado, en las últimas décadas, de impulsar medidas que minorasen este problema. Los principios de igualdad de trato y no discriminación están en el centro del modelo social europeo y constituyen una piedra angular de los derechos y los valores fundamentales en los que se basa la UE actual. En este sentido, la política de lucha contra la discriminación es un componente de enorme relevancia en el enfoque que

la Unión Europea realiza en materias como la inmigración, la inclusión social, la integración y el empleo. Al aclarar los derechos y obligaciones de los ciudadanos y de los Estados, y poner de relieve los beneficios de la diversidad en una sociedad multicultural, la Unión Europea entiende que se puede ayudar a orientar un proceso de cambio en los diferentes países miembros basado en el respeto mutuo entre las minorías étnicas, los migrantes y las sociedades de acogida. Por este motivo, la legislación europea ha aumentado de manera importante el nivel de protección contra la discriminación actuando como catalizador para desarrollar un enfoque de la igualdad y la no discriminación más coherente basado en los derechos

De hecho en los últimos treinta años se ha establecido un amplio conjunto de disposiciones legislativas que tienen por objeto combatir la discriminación entre hombres y mujeres en ámbitos como el de la remuneración, las condiciones laborales y la seguridad social. A lo largo de los años, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ayudado a clarificar y reforzar este marco jurídico de tal forma que actualmente, la igualdad entre mujeres y hombres se reconoce como uno de los objetivos centrales de la UE y se está haciendo lo posible para integrar esta dimensión en todas las actividades de la Unión.

Sobre la base de esta experiencia de la UE en la lucha contra la discriminación por motivos de sexo, a mediados de los años 90 se llegó a un acuerdo sobre la necesidad de que la Comunidad Europea combatiera también la discriminación por otros motivos. Las organizaciones de la sociedad civil y el Parlamento Europeo fueron decisivas para llevar adelante este debate. Como resultado de este proceso, se incluyó un nuevo artículo (artículo 13¹¹²) en el Tratado de la Unión Europea a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam en 1997 y que fue posteriormente modificado por el Tratado de Niza. Este artículo constituyó un avance muy importante en la lucha contra la discriminación porque permitió a la Comunidad adoptar medidas para luchar contra la discriminación por nuevas razones que incluían el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la edad, la discapacidad y la orientación sexual.

¹¹² «1. Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual; 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Consejo adopte medidas comunitarias de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros, emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1, decidirá de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251».

La adopción de este artículo 13 reflejaba el reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de desarrollar un enfoque coherente e integrado en materia de lucha contra la discriminación. Un enfoque que debía tener por objeto maximizar los esfuerzos conjuntos para combatir la discriminación y aprovechar las transferencias de experiencias y buenas prácticas en los distintos ámbitos. De este modo se ofrece una base más eficaz para abordar las situaciones de *discriminación múltiple* y permite planteamientos jurídicos y políticos comunes que abarquen los diferentes motivos, incluyendo definiciones comunes de la discriminación.

Por este motivo la UE, para reforzar el respeto del principio de no discriminación, y sobre la base del artículo 13 del Tratado, adoptó a través de su Consejo la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, que aplica el principio de igualdad de trato para las personas independientemente de su origen racial o étnico en ámbitos como el empleo, la formación profesional, la educación, los bienes y servicios y la protección social, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

Aunque haremos referencia a estas Directivas a lo largo de todo el estudio, nos centraremos en la Directiva 2000/78/CE, toda vez que es la que hace referencia a la no discriminación por motivos religiosos. La importancia de la misma reside en que es el primer texto normativo de la Unión Europea donde se hace referencia de manera expresa a la protección del ejercicio del derecho de libertad religiosa del individuo y las comunidades en el ámbito del trabajo. La Directiva 2000/78, no trata de tutelar el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa de forma directa. Ni tampoco se trata de un texto que regule de forma autónoma este derecho fundamental dentro del ordenamiento comunitario más allá de su posible consideración como un principio general que ha de ser objeto de protección por los Tribunales de Justicia. Simplemente lo que esta Directiva plantea es una tutela adicional de este derecho fundamental.

En su construcción general, en los conceptos que se definen en la misma y en la regulación de los mecanismos de reacción frente a la discriminación, la totalidad de la Directiva es deudora de la ya consolidada construcción comunitaria acerca de la discriminación por razón de género. Así esta influencia se observa en el art. 2 y la definición de los conceptos de

discriminación directa ¹¹³, la discriminación indirecta ¹¹⁴, y la introducción del concepto de acoso por motivos religiosos ¹¹⁵; y de la misma forma, en el art. 10 ¹¹⁶, al trasladar la carga de la prueba al demandado siempre y cuando la parte demandante pruebe que pertenece a una determinada religión o que tiene una determinada convicción.

Recoge, además, la Directiva en su art. 11¹¹⁷ la necesidad de proteger a las víctimas de discriminación de posibles represalias cuando denuncien tal situación, así como la necesidad de establecer un diálogo con los interlocutores sociales ¹¹⁸ y las organizaciones no gubernamen-

¹¹³ Art. 2.2.a) «Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de, los motivos mencionados en el artículo 1 [entre ellos se encuentra la discriminación por motivos de religión o convicciones]».

¹¹⁴ Art. 2.2.b) «Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción... respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuado y necesarios...».

¹¹⁵ Art. 2.3 «El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro».

¹¹⁶ «1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta; 2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante...».

¹¹⁷ «Los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato».

¹¹⁸ Art. 13 «1. Los Estados miembros, con arreglo a sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, adoptarán las medidas adecuadas para fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato, incluido el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, y mediante la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas; 2. Siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración al nivel apropiado, de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de aplicación».

tales ¹¹⁹ a fin de promover la igualdad de trato y erradicar la discriminación por motivos religiosos.

En relación con el ejercicio del derecho de libertad religiosa por parte de las confesiones o comunidades religiosas, la Directiva, en su Exposición de Motivos hará suyo un planteamiento pacíficamente aceptado por todos los países de la Unión y que ha sido reconocido por el TEDH. Nos estamos refiriendo al reconocimiento de la posibilidad de que existan Iglesias o comunidades religiosas con un status jurídico diferenciado del resto en determinados países. Así se establece que «la Unión Europea, en su Declaración nº 11 sobre el estatuto de las iglesias y organizaciones no confesionales, adjunta al Acta final del Tratado de Ámsterdam, ha reconocido explícitamente que respeta y no prejuzga el estatuto reconocido, en virtud del Derecho nacional, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros, que respeta asimismo el estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales. Desde esta perspectiva, los Estados miembros pueden mantener o establecer disposiciones específicas sobre los requisitos profesionales esenciales, legítimos y justificados que pueden exigirse para ejercer una actividad profesional».

Esto significa, entre otras cosas, que se reconoce la posibilidad de que pueda existir una cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas, para regular aquellas materias que les sean de interés común, incluso cuando no se lleve a cabo de acuerdo a criterios estrictamente igualitarios. Como señala Martínez-Torrón, para el TEDH, «el principio de igualdad recogido en el art. 14 del Convenio de Roma debe aplicarse rigurosamente a la libertad, pero no necesariamente a la cooperación» ¹²⁰, lo que se traducirá en la existencia de confesiones religiosas que gozarán de un estatus jurídico diferenciado del resto que, en la mayoría de los casos, se traducirá en la obtención de una serie de beneficios.

De esta forma el art. 4, que analizaremos más adelante al estudiar la situaciones de conflicto en las empresas de tendencia, instituye un sutil y confuso marco jurídico cuyo objetivo será contener, dentro de unos límites razonables, la actuación de los Estados miembros a la hora de introducir regímenes normativos para regular aquellas situaciones en las que las empresas de tendencia alteren los principios generales de igualdad de tra-

¹¹⁹ Art. 14 «Los Estados miembros fomentarán el diálogo con las correspondientes organizaciones no gubernamentales que tengan, con arreglo a las legislaciones y prácticas nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación basada en alguno de los motivos contemplados en el artículo 1, con el fin de promover el principio de igualdad de trato».

¹²⁰ *La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa*, cit., p. 103

to y no discriminación. De hecho, como veremos después, el art. 4.1 autoriza a los Estados miembros a que puedan disponer que la diferencia de trato pueda no tener un carácter discriminatorio cuando «debido a la naturaleza de la actividad profesional o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

La Directiva establecía en su art. 18 que «los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 2 de diciembre de 2003 o bien podrán confiar su aplicación, por lo que se refiere a las disposiciones que dependen de los convenios colectivos, a los interlocutores sociales, a petición conjunta de éstos. En tal caso, los Estados miembros se asegurarán de que, a más tardar el 2 de diciembre de 2003, los interlocutores sociales hayan establecido de mutuo acuerdo las disposiciones necesarias; los Estados miembros interesados deberán tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la presente Directiva. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión. A fin de tener en cuenta condiciones particulares, los Estados miembros podrán disponer, cuando sea necesario, de un plazo adicional de tres años a partir del 2 de diciembre de 2003, es decir, de un máximo de 6 años en total, para poner en aplicación las disposiciones de la presente Directiva relativas a la discriminación por motivos de edad y discapacidad. En este caso, lo comunicarán de inmediato a la Comisión. Los Estados miembros que opten por recurrir a este período adicional informarán anualmente a la Comisión sobre las medidas que adopten para luchar contra la discriminación por motivos de edad y discapacidad, y sobre los progresos realizados para la aplicación de la presente Directiva. La Comisión informará anualmente al Consejo».

Y señalaba en su art. 19 que «1. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión, a más tardar el 2 de diciembre de 2005 y, posteriormente, cada cinco años, toda la información necesaria para que la Comisión elabore un informe dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva. 2. El informe de la Comisión tendrá en cuenta, cuando proceda, los puntos de vista de los interlocutores sociales y de las organizaciones no gubernamentales correspondientes. Con arreglo a la consideración sistemática del principio de igualdad de oportunidades entre el hombre y la mujer, dicho informe facilitará, entre otras cosas, una evaluación de la incidencia de las medidas tomadas sobre mujeres y hombres. A la luz de la información recibida, el informe incluirá, en caso necesario, propuestas de revisión y actualización de la presente Directiva».

Desde la entrada en vigor de la Directiva, varios han sido los informes que se han elaborado por parte de diferentes organismos y ONG's. Relacionados directamente con la materia que nos ocupa, el Migration Policy Group, con sede en Bruselas, ha elaborado varios informes en los que realiza un estudio de las medidas legislativas adoptadas en cada país para la transposición de la directiva ¹²¹ así como un análisis comparado de las medidas incorporadas en los distintos países de la Unión ¹²². También el European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia ha publicado un estudio sobre la legislación que se ha promulgado en los diferentes países en materia de no discriminación ¹²³. Por último, dando respuesta a lo dispuesto en el art. 19 de la Directiva, la Comisión Europea, a través de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, ha publicado un estudio acerca de la discriminación por razón de religión o creencias en el ámbito del derecho laboral ¹²⁴.

¹²¹ Vid., CHOPIN, I., CORMACK, J., y NIESSEN, J., (EDS.), *The implementation of European anti-discrimination legislation: work in progress*, Migration Policy Group, Viena, 2004

¹²² Vid., MC COLGAN, A., NIESSEN, J., y PALMER, F., *Comparative analyses on national measures to combat discrimination outside employment and occupation*, Migration Policy Group, Viena, 2006

¹²³ Vid., NIESSEN, J., y CHOPIN, I. (EDS.), *Anti-discrimination legislation in EU member States*, European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, Viena, 2002

¹²⁴ Vid., VICKERS, L., *Religion and Belief Discrimination in Employment- the EU law*, European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Luxemburgo, 2007

IV LIBERTAD RELIGIOSA Y NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN ESPAÑA

1. INTRODUCCIÓN

Cuando el art. 14 de la Constitución señala que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», no se está haciendo referencia al reconocimiento de un derecho fundamental —no existe un derecho subjetivo a la igualdad— sino a un modo de ser de las diferentes relaciones jurídicas y los derechos subjetivos. De hecho el artículo contiene una dualidad de preceptos jurídicos: el primero referido al principio de igualdad y el otro, relativo a la prohibición específica de discriminación y a la tutela antidiscriminatoria¹²⁵. Así pues, el llamado principio de igualdad y no discriminación comprenderá, siguiendo la doctrina de los tribunales de justicia, dos reglas: por un lado una igualdad de trato que consistirá en tratar de manera igual a aquellos que se encuentran en igual situación; y la regla de la no discriminación, que trata de evitar una diferencia de trato en base a determinadas circunstancias sociales o personales, tal y como señala el art. 14 del texto constitucional.

En relación con el principio de igualdad, aunque no nos detendremos en un análisis detenido del mismo pues ello excede las pretensiones de este

¹²⁵ Sobre el principio de igualdad y no discriminación sigue siendo una referencia obligada el estudio de los profesores RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ. En este sentido vid. RODRÍGUEZ-PINERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986

estudio, baste señalar que éste se convierte en un límite a la labor legislativa, y su respeto en una medida que deberá ser tenida en cuenta para decidir la constitucionalidad de las leyes. Como señala Jiménez Campo «la regla de la igualdad ante la ley ... se proyecta sobre el conjunto de la función legislativa en todas sus posibles determinaciones y ... ha de ser respetada también por el legislador»¹²⁶, lo que supone que es inútil hablar de una distinción entre «igualdad en la ley» e «igualdad ante la ley» para fundamentar una posible inmunidad del legislador en su actividad. Ahora bien este principio sólo podrá actuar en conjunción con el principio de no discriminación que se convierte, por tanto en límite de aquél. Como señala Prieto Sanchís, «la igualdad no regula directamente situaciones jurídicas, sino que es un criterio de cómo deben regularse... el legislador puede prohibir o fomentar cualquier conducta, pues la igualdad no le limita, pero debe hacerlo sin discriminación»¹²⁷.

Esto significa que esta regla objetiva en que se ha de plasmar la igualdad jurídica, como criterio vertebrador del ordenamiento en su conjunto, debe articularse en ciertos cánones de «razonabilidad que se han de imponer al querer del legislador»¹²⁸. Así lo ha defendido nuestro TC que viene declarando de forma indubitada desde 1981 que el principio de igualdad en la ley sólo resulta vulnerado «si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida»¹²⁹. La igualdad se aleja, por tanto, del igualitarismo o de la parificación. Como se señala en la STC 3/1983, de 25 de enero, el art. 14 de la Constitución «no establece un principio de igualdad absoluto... y mucho menos que excluya la propia necesidad de establecer un trato desigual sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales».

La igualdad, como señala García Murcia, es la base del sistema y «puede convivir con aquellas diferencias de trato que cuenten con alguna justificación aceptable, pero no puede tolerar determinadas distinciones,

¹²⁶ JIMÉNEZ CAMPOS, J., *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, «Revista Española de Derecho Constitucional», nº 9, 1983, p. 85

¹²⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico español*, en IBÁN, I.C., PRIETO SANCHOS, L. y MOTILLA, A., *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004, p. 29

¹²⁸ JIMÉNEZ CAMPOS, *La igualdad jurídica como límite...*, cit., p. 105

¹²⁹ STC 22/1981, de 2 de julio.

que se entienden discriminatorias no ya porque separan o dividen, sino... porque generan situaciones de inferioridad o indignidad para las personas o grupos sociales afectados»¹³⁰. La discriminación se convierte de esta manera en un tope para la diferencia pues la regla de igualdad permitirá la diferencia de trato hasta que ésta resulte discriminatoria.

En este punto es interesante hacer notar que la prohibición de discriminación a que se refiere el art. 14 de la Constitución —«por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»— contiene una lista de circunstancias o condiciones que no pueden ser tomadas en consideración como fundamento de creación o de mantenimiento de diferencias sociales. Esto nos permite definir la discriminación como la diferencia de trato desfavorable y contraria a la dignidad humana que se dispensa a las personas por razón de su adscripción a una o varias categorías sociales¹³¹.

Desde este punto de vista, dos son las características que definirán la conducta discriminatoria. En primer lugar, la razón o causa determinante de dicho trato desigual sería la adscripción del individuo a una categoría social en función de unas determinadas condiciones personales o sociales; en segundo lugar, el resultado del trato desigual se ha de traducir en una situación desfavorable para el individuo y el grupo en que se integra, al abocar a los mismos a una desigualdad grupal sistemática lesiva de la dignidad¹³².

De esta forma, mientras que la regla de la igualdad es más bien una regla de paridad de las personas en cuanto que son miembros de una misma comunidad social y titulares de unos mismos derechos, la regla de la no discriminación parece concebirse como una regla de tutela de derechos y minorías. Pero la prohibición de discriminación recogida en nuestro texto

¹³⁰ GARCIA MURCIA, J., *Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales*, en CASAS BAAMONDE, M.E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (COORDS.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Ed. La Ley, Madrid, 2006, p. 394

¹³¹ Con la consolidación de esta noción de discriminación «de lo que se trata es de luchar contra unas desigualdades especialmente reprobables que, si «prevalecieran», supondrían una negación de aquella paridad de dignidad social entre los seres humanos, en tanto los integrantes de los colectivos discriminados vendrían a ser considerados como sujetos no sólo diferentes sino incluso inferiores». ÁLVAREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria*, «Revista Española de Derecho del Trabajo», 132, octubre-diciembre 2006, p. 1029

¹³² *Ibíd.*, pp. 1007 y ss.

constitucional no sólo implica la prohibición de tratamientos desiguales y arbitrarios. Cuando ese tratamiento desigual tiene como base la pertenencia a un determinado grupo o categoría, ello redundará en una lesión de la dignidad del individuo. Por este motivo, en aquellos supuestos en los que se esté realizando una actividad discriminatoria, no se debe admitir la aportación de una justificación razonable de la diferencia de trato salvo que esté directamente legitimada por la Constitución. Y es que, como señala García Murcia, «el límite de la no discriminación [sólo]... puede ser sorteado o traspasado, con el beneplácito de la propia ley... [siempre] que estén motivadas por razones de igual o superior nivel al que poseen los bienes que trata de proteger el principio de igualdad y no discriminación»¹³³.

De todo lo señalado anteriormente se deduce que es posible el establecimiento de una regulación del fenómeno religioso en el que las creencias puedan ser tomadas en consideración como base de una disciplina normativa pero siempre que el hecho religioso que se alega como fundamento de una regulación específica guarde una relación de razonabilidad, adecuación y proporcionalidad. Como ya señaló el TC en su sentencia de 29 de noviembre de 1985, el art. 14 «exige que en los supuestos de hecho de las normas de cualquier especie, no se introduzcan elementos de diferenciación que puedan considerarse discriminatorios o que carezcan de justificación razonable en relación con las finalidades que con ellos se pretenden lograr y exige asimismo que tales finalidades se ajusten a los bienes y valores que la Constitución proclama y protege». El artículo 14 «no impide la existencia de disciplinas normativas diferentes, siempre que los supuestos de hecho... sean asimismo diferentes, y para enjuiciar la diferencia ... debe partirse del carácter razonable y teleológicamente fundado, del factor a través del cual la diferenciación se introduzca»¹³⁴. Lo que se proscriba, por tanto, será la distinción entre lo que es igual.

En principio, como titulares de un derecho fundamental de libertad religiosa, son destinatarios del principio de igualdad y no discriminación tanto los individuos como los grupos religiosos. Esto significa que ambos deben ser protegidos de cualquier actividad discriminatoria. Ahora bien, esta prohibición de no discriminación no opera de la misma forma en todos los ámbitos en los que se desenvuelve el creyente o los grupos religiosos. Si bien obliga tanto a los poderes públicos como a los sujetos privados, en este último caso es evidente que la libertad religiosa en su ejercicio frente a sujetos privados no puede tener el mismo alcance que frente

¹³³ *Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales*, cit., p. 402

¹³⁴ STC de 21 de diciembre de 1982.

a sujetos públicos. Prueba evidente de ello es que en caso de que el individuo o el grupo religioso vean lesionado su derecho de libertad religiosa, la tutela de amparo se limita a su vulneración por los poderes públicos¹³⁵.

A ello hemos de añadir cómo, en la gran mayoría de los casos, es en el campo de las relaciones privadas donde los fenómenos discriminatorios son más intensos y al mismo tiempo más difíciles de detectar y corregir.

Incluso si circunscribimos el ámbito de aplicación del principio de no discriminación a las relaciones internas de las organizaciones religiosas, observamos que, tal y como expresa la LOLR en su art. 6.1¹³⁶, se reconoce la prevalencia del derecho de autonomía de las confesiones religiosas por lo que cabe que dentro de éstas se puedan producir situaciones de desigualdad entre los miembros de la propia confesión religiosa.

En el caso de los sujetos públicos, el principio de igualdad sirve para reforzar el respeto de la libertad religiosa al garantizar que la profesión de la propia fe o convicción no será causa de discriminación. Ello se traduce en la prohibición de introducir dentro del ordenamiento un régimen jurídico diferenciado para los fieles de una religión o grupo religioso minoritario. Ahora bien, esto no es tan sencillo. Históricamente la religión ha dado lugar a supuestos de victimización de aquellos grupos religiosos que eran distintos. Por lo tanto no basta con que el Estado proclame y reconozca el derecho de libertad religiosa si cuando quienes lo ejercen —y son minoría— se ven sistemáticamente perjudicados por este motivo produciéndose de esta manera una discriminación social de estos grupos.

La situación además se complica cuando esas conductas discriminatorias están asociadas a la posición de privilegio que el ordenamiento jurídico reconoce a una determinada confesión religiosa. Se trata de aquellos supuestos en los que la profesión de una determinada fe religiosa no implica una discriminación frente al resto de ciudadanos sino sólo en relación con los miembros de otra confesión que al ser mayoritaria dentro de la sociedad, disfruta de un tratamiento jurídico favorable¹³⁷. En estos casos

¹³⁵ Vid. art. 41.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional.

¹³⁶ «Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal...».

¹³⁷ En estos casos, en opinión de Ferrari, «los fieles de religiones no protegidas se sitúan en un plano de inferioridad respecto a los restantes, y puesto que no existe una justificación razonable ... (la mayor difusión o presencia histórica de una comunidad religiosa ... no debe tenerse en cuenta cuando está en juego el sentimiento religioso individual) ... debe considerarse discriminatoria». IBÁN, I.C., y FERRARI, S., *Derecho y Religión en Europa Occidental*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1998, p. 18

tanto la jurisprudencia del TEDH como la de nuestro TC tienden a excluir cualquier tipo de relación entre el tratamiento jurídico que han de tener los grupos religiosos y la libertad religiosa del individuo. Tal y como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, ha sido pacíficamente aceptado por la jurisprudencia del TEDH que todo trato diferenciado que no implique un obstáculo al individuo para la profesión de la propia religión no constituirá una violación de su derecho de libertad religiosa.

2. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/78 AL ORDENAMIENTO INTERNO

España, como miembro de la UE y país firmante de los textos internacionales anteriormente referidos no es ajena al esfuerzo por erradicar las posibles causas de discriminación por motivos religiosos que puedan existir en nuestro territorio. De hecho, el art. 10.2 de la Constitución¹³⁸ comporta una apertura del sistema jurídico español al ordenamiento internacional en materia de derechos humanos. En definitiva, supone la incorporación de una cláusula de garantía para superar, a favor de la interpretación ofrecida por los mencionados instrumentos internacionales, las posibles dificultades interpretativas que pudiesen surgir en relación con los derechos fundamentales que la Constitución garantiza.

La Constitución de 1978, como ya hemos visto, reconoce en su artículo 16.1 el derecho fundamental de libertad religiosa y al mismo tiempo reconoce en su artículo 14 el derecho a la igualdad sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de religión. En su aplicación al campo de la libertad religiosa, el principio de igualdad exige objetividad y generalidad, esto es, la exigencia de que las creencias no deben causar un perjuicio alguno y que nadie puede utilizar la religión para excluir deberes y obligaciones generales. La STEDH Hoffmann lo establece con claridad al señalar que «no cabe tolerar una diferencia de trato fundada en consideraciones religiosas», ya que ello obligaría al individuo a renunciar al ejercicio de su libertad a fin de ver reconocido un status jurídico que se le niega y merece como los demás.

Pero esta igualdad religiosa no significa que todas las personas deban profesar el mismo credo religioso sino que forma parte de su patrimonio

¹³⁸ «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

jurídico la titularidad, en igualdad de calidad y trato en la ley y en la aplicación de la ley, del derecho de libertad religiosa. Al margen de sus creencias a todas las personas se les reconoce igual calidad en la titularidad de su derecho de libertad religiosa y, en consecuencia, esto significa que también tienen derecho a ser igualmente titulares del mismo. Ahí reside la esencia de la igualdad religiosa: ser iguales titulares del mismo derecho.

También hemos manifestado anteriormente, cómo el correlato principal de la igualdad será la no discriminación por razón de religión, es decir, la expresa prohibición constitucional de cualquier trato privilegiado, distinción, restricción o exclusión que, basada en motivos religiosos, tenga por resultado la supresión o el menoscabo de la igualdad en la titularidad y en el ejercicio de la libertad religiosa. Pero no debemos confundir igualdad con identidad. Es verdad que no existen diversas categorías de titulares del derecho de libertad religiosa pero también es cierto que hay un ámbito social donde cada individuo y cada confesión manifiestan su realidad, diferente, según su propia personalidad. El resultado de ello es un pluralismo religioso en el que la igualdad no impide el reconocimiento de las peculiaridades de los sujetos de libertad religiosa por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

El límite de este reconocimiento lo constituye la tutela antidiscriminatoria, cuya virtualidad no es sofocar el pluralismo religioso sino evitar que se pueda quebrar la existencia de una única condición o categoría para todos los sujetos activos de la libertad religiosa. Para que podamos hablar de discriminación, es por tanto necesario que el sujeto activo no posea en su patrimonio jurídico la posibilidad de alcanzar la paridad con respecto a otro en el régimen específico de titularidad básica de su derecho. Si esa imposibilidad deriva de una diversa categoría en la titularidad, existirá discriminación; si ésta deriva, por el contrario, de un diverso ejercicio de la misma capacidad o de circunstancias de facto, entonces no habrá discriminación. Pero para saber si estamos ante un tratamiento jurídico específico o ante una discriminación habrá que demostrar que las circunstancias de ese trato diverso provocan la desaparición o el menoscabo de la única y misma categoría de sujetos.

Seguidamente, vamos a analizar cómo se realizó la transposición de la Directiva 2000/78 a nuestro ordenamiento interno. En este punto creemos necesario el realizar una crítica al procedimiento utilizado por el Gobierno ya que no contó, a nuestro juicio, con los interlocutores que, en materia de libertad religiosa, deberían haber colaborado en dicha transposición. Nos estamos refiriendo a la Comisión Asesora de Libertad Reli-

giosa¹³⁹, órgano colegiado creado por la LOLR, de consulta y asesoramiento, y cuya organización y competencias se establecieron por la Orden Ministerial JUS/1375/2002, de 31 de mayo.

Según el art. 2 del RD 1159/2001, de 26 de octubre son funciones de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa el «estudio, informe y propuesta de todas las cuestiones relativas a la aplicación de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, y particularmente, y con carácter preceptivo, la preparación y dictamen de los acuerdos o convenios de cooperación a que se refiere el artículo 7 de dicha Ley Orgánica». Aunque no es esta la sede adecuada para analizar el funcionamiento y las competencias de la Comisión, sí que creemos necesario manifestar nuestra opinión acerca del error que a nuestro juicio supuso no contar con la misma para proceder a realizar la transposición de la Directiva. Si hay un órgano, dentro de la Administración, sensible al desarrollo legislativo que en nuestro país se está realizando del derecho de libertad religiosa, ese no es otro que la Comisión. Una Comisión que en su composición contará con la presencia de «nueve representantes de las Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas o Federaciones de las mismas entre las que, en todo caso, estarán las que tengan arraigo notorio en España, que serán designados por el Ministro de Justicia después de oídas al menos estas últimas».

No nos atrevemos a aventurar qué hubiese ocurrido si la Comisión hubiese estado presente en los trabajos preparatorios de la transposición de la Directiva; si la misma hubiese sido más acertada o hubiese incidido en cuestiones sobre las que la Ley 62/2003 no ha establecido ningún desarrollo legislativo. Pero sí podemos asegurar, sin temor a equivocarnos, que si la Comisión hubiese estado presente en dichos trabajos, quizás la redacción de la Ley hubiese sido otra pues habría descendido sobre algunas situaciones en las que la libertad religiosa del individuo se ve comprometida y que actualmente no son sino resueltas en sede judicial toda vez que no hay una voluntad por parte del legislador en resolver dichas cuestiones.

Pero no sólo la ausencia de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa nos ha parecido un error. Ignorando la recomendación del art. 14 de la Directiva que se refiere al fomento, por parte de los Estados, «del diálogo con las correspondientes organizaciones no gubernamentales que tengan, con arreglo a las legislaciones y prácticas nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación basada en alguno de los motivos contemplados

¹³⁹ Ya nos hemos referido a este órgano anteriormente al analizar brevemente la LOLR, pero el papel que debería haber desempeñado en la transposición de la Directiva nos obliga a volver a ocuparnos del mismo.

en al artículo 1, con el fin de promover el principio de igualdad de trato», no ha existido un proceso formal de consultas con Iglesias u Organizaciones No Gubernamentales con interés legítimo en la transposición de la Directiva 2000/78. Y no creemos que haya sido por falta de interlocutores válidos.

No creemos que fuese necesario que el legislador se dirigiese a todos los grupos religiosos reconocidos en nuestro país. Bastaba con que lo hubiese hecho con aquellos que tiene firmado un acuerdo con el Estado. Nos estamos refiriendo a la Iglesia católica, la FEREDE, la CIE y la FCI. En definitiva, grupos religiosos con una gran implantación en nuestro país. Y es que si el Estado quería pulsar cuál era la situación en nuestro país de la discriminación por motivos religiosos se nos antoja imprescindible consultar por lo menos a estos grupos.

En este sentido hemos de poner de manifiesto que la Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIDE)¹⁴⁰, a través del Observatorio Andalusí, elaboró un informe en 2006 en el que realizaba un estudio acerca de la situación del ciudadano musulmán y la islamofobia en España¹⁴¹. También la FEREDE, dentro de su página web¹⁴², ha creado un Observatorio sobre la intolerancia religiosa. Su objetivo es el de convertirse en «un instrumento para denunciar y hacer públicas las situaciones de discriminación por motivos religiosos que aún perduran en nuestro país». Está previsto que se puedan realizar quejas¹⁴³, incluso vía telemática, acerca de posibles situaciones discriminatorias. Una vez realizada la queja, el Observatorio señala las posibles actuaciones a seguir:

¹⁴⁰ Se trata de una de las dos federaciones que, junto con la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (FEERI), conforma la Comisión Islámica de España.

¹⁴¹ Este informe puede ser consultado en la página web de la UCIDE. Su dirección es www.ucide.org.

¹⁴² www.ferede.org.

¹⁴³ En la propia página web se explica cuál será el procedimiento a seguir. De una manera sencilla, la persona o entidad que haya sufrido la discriminación por motivos religiosos podrá rellenar una ficha a la que se tendrá acceso desde la página web de ferede (www.ferede.org), y que servirá para que en el Observatorio se pueda comenzar a trabajar.

La información será estudiada y evaluada para analizar si se ha producido una vulneración de la normativa existente, y si por lo tanto ha existido una discriminación por motivos religiosos. Con esta información, se estudiarán las posibles medidas a adoptar y el asesoramiento jurídico que puede darse al denunciante.

Al margen de las medidas puntuales que en cada caso puedan adoptarse (asesoramiento jurídico, mediación, actuación judicial...), la información obtenida podrá publicarse en esta página web (siempre con el consentimiento expreso del denunciante) y servirá en todo caso para la elaboración de informes, memorias, estadísticas, etc. sobre situaciones de discriminación religiosa en España, para enviarlos a organismos públicos y privados, nacionales e internacionales, partidos políticos, organizaciones no gubernamentales, y otros organismos competentes o interesados en la materia.

- **Estudio de la información** recibida para examinar si verdaderamente se ha producido una discriminación por motivos religiosos y examen de las posibles medidas a adoptar.
- **Interlocución;** Llamamos interlocución al diálogo previo que podremos establecer con el denunciante ante el observatorio para hacer aclaraciones y completar la información recibida. Con esta fórmula, conseguiremos conocer la versión de la otra parte y conseguiremos así contrastar la información que nos fue dada por la víctima.
- **Mediación;** Llamamos mediación a la labor que pretende buscar la resolución del caso de forma amistosa, sin tener que acudir a los Tribunales.
Podrá tener lugar una vez que hemos comprobado la veracidad de la práctica discriminatoria.
El fin principal es conseguir un entendimiento entre las partes y terminar con la situación discriminatoria. La resolución del caso debe conllevar el reconocimiento por parte del agente agresor de una práctica irregular, así como el resarcimiento del derecho agredido.
- **Labor informativa;** La información recibida, siempre con la autorización del denunciante, será utilizada para la consecución de los fines de este proyecto, esto es, para elaborar dossiers informativos, estadísticas, informes, evaluaciones, que reflejen la situación de la igualdad y la libertad religiosa en España y que permitan informar a administraciones públicas, organismos públicos y privados, nacionales e internacionales competentes en la materia o con interés en la materia.
- **Conciliación y vía judicial;** Excepcionalmente, en aquellos casos de especial relevancia, en función de las características del caso y dados los recursos limitados de la FEREDE, se puede tratar de resarcir el daño a la víctima en la fase previa al juicio, mediante acto de conciliación, o bien acudir a la vía judicial. Se prevé en este caso la posibilidad de derivar a la víctima de la discriminación a un servicio de asistencia jurídica gratuita para que le otorguen un abo-

Además se tratará de realizar una labor informativa y de sensibilización a través de esta página web, y a través de la participación en sesiones informativas, coloquios, conferencias, jornadas en organismos públicos, universidades, y todo ello siempre con el objetivo primordial de promover la igualdad de trato y la ausencia de discriminación por motivos religiosos, ambos derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución.

gado de oficio, realizando un seguimiento del procedimiento colaborando con los abogados, facilitándoles documentación, legislación, jurisprudencia sobre discriminación religiosa.

Es evidente que la interlocución con los grupos religiosos y con la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, aunque no imprescindible, creemos que debería haber estado en la agenda de los responsables de la transposición de la Directiva. Y es que, tal y como se ha llevado a cabo la transposición de la Directiva, da la sensación de que la discriminación por motivos de religión o creencia no parece ser un problema clave en España en la actualidad. De hecho, ni la discriminación religiosa ni la transposición de la Directiva 2000/78/CE son asuntos que hayan despertado el interés público. Y tampoco sindicatos y empresarios han mostrado preocupación acerca de las consecuencias que podía tener la incorporación de la misma a nuestro ordenamiento.

Además, el hecho de que las Directivas 2000/43 y 2000/78 hayan sido transpuestas a través de enmiendas propuestas por el Grupo Parlamentario Popular al proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Ley que acompaña a la Ley de Presupuestos Generales del Estado) y no por una ley específica, siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, implica la ausencia de un debate público significativo. La Ley resultante, 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incluye la transposición de las directivas entre cientos de distintas modificaciones legislativas, lo cual dificulta el conocimiento de las medidas antidiscriminatorias contenidas en la misma¹⁴⁴. Como veremos seguidamente, la realidad es que salvo en el ámbito laboral, y en relación con las empresas de tendencia, pocas novedades ha supuesto la transposición de la Directiva. Los problemas siguen siendo los que ya existían y la solución a los mismos no ha venido de la mano del legislador sino que son los Tribunales de Justicia los que han marcado el camino a seguir.

3. MEDIDAS LEGISLATIVAS ADOPTADAS

La transposición de la Directiva 2000/78 a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha traí-

¹⁴⁴ *Vid.*, en este sentido el trabajo de PUENTE ALCUBILLA, V., *Executive Summary. Discrimination on the grounds of religion and belief: Spain*, en CHOPÍN, I., CORMACK, J. y NIESSEN, J. (EDS.), *The implementation of European anti-discrimination legislation: work in progress*, Migration Policy Group, Bruselas, 2004, pp. 157 y ss.

do consigo la adopción y asunción en nuestro ordenamiento, de los conceptos de principio de igualdad de trato, discriminación directa, indirecta y acoso. Así el art. 28 establece que «1. a los efectos de este capítulo se entenderá por:

- a) Principio de igualdad de trato: la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona.
- b) Discriminación directa: cuando una persona sea tratado de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.
- c) Discriminación indirecta: cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.
- d) Acoso: toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante y ofensivo».

Quizás sea el ámbito laboral donde probablemente se haya detectado una mayor proclividad a generar situaciones discriminatorias entre los titulares del derecho de libertad religiosa, tanto en su vertiente positiva como negativa. El derecho al reconocimiento de las festividades religiosas como festividad laboral, el uso de vestimenta religiosa en el lugar de trabajo o la existencia de empresas de tendencia propiedad de grupos religiosos son algunas de las cuestiones que hoy día están generando un mayor número de conflictos.

Para evitar la discriminación en el trabajo la Ley 62/2003 establece en el art. 35 ¹⁴⁵ medidas de acción positiva que garanticen en la práctica la ple-

¹⁴⁵ «Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección».

na igualdad y, en el art. 36¹⁴⁶, la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en los que se denuncie una actuación discriminatoria. Todas estas medidas traerán consigo la reforma del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo¹⁴⁷; el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril¹⁴⁸; y el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto¹⁴⁹. Al mismo tiempo la Ley, en su art. 42, señala la necesidad de fomentar la igualdad en la negociación colectiva¹⁵⁰. Y a este aspecto nos referiremos también más adelante al analizar aquellas situaciones en que con motivo del ejercicio del derecho de libertad religiosa se puede producir una situación de conflicto.

Pero que la Ley 62/2003 se haya centrado en las discriminaciones por motivos religiosos en el ámbito laboral, no significa que no existan otros donde también se estén produciendo conflictos cuando se ejerce por un lado el derecho de libertad religiosa del que es titular el individuo y por otro se aplica el ordenamiento jurídico. En esos supuestos ha habido ocasiones en las que el ordenamiento ha introducido nuevas normas que han permitido una mayor protección del individuo o los grupos religiosos frente a situaciones discriminatorias o lesivas del principio de igualdad de trato. Estas medidas legislativas abarcan diferentes parcelas del ordenamiento jurídico y o bien han sido adoptadas una vez que ha entrado en vigor la Ley 62/2003 o bien ya existían con anterioridad a la misma. El ejemplo más evidente lo encontramos en el ámbito de la legislación penal.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, presta una atención desconocida hasta ahora en nuestro ordenamiento a las con-

¹⁴⁶ «En aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

¹⁴⁷ Se modifican los arts. 4.2.c) y e), el art. 16.2, el art. 17.1 y se introduce un nuevo párrafo g) en el apartado 2 del art. 54.

¹⁴⁸ Se produce una modificación en la redacción de los arts. 96 y 181.

¹⁴⁹ Se reforma la redacción del art. 8.12, del art. 16.2 y se añade un apartado 13 bis al art. 8.

¹⁵⁰ «Los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

ductas discriminatorias, optando de modo decidido por la vía punitiva como medio para hacer frente a dichos comportamientos. Las causas, aunque ya nos hemos referido a ellas anteriormente son, por un lado las tendencias internacionales favorables a la represión de ciertos comportamientos discriminadores que en los últimos tiempos se han visto fortalecidos como consecuencia de los brotes de violencia racista y xenófoba, y por otro el vuelco que la jurisprudencia del TC ha realizado en cuanto al contenido del principio de no discriminación al establecer una estrecha relación entre la discriminación y la dignidad humana.

Como señala Lorenzo Copello, «aunque no resulta sencillo encontrar algún criterio que permita la sistematización de aquellos preceptos, tal vez cabría establecer una distinción inicial entre las que podrían llamarse medidas antidiscriminación genéricas y otras de carácter específico; esto es, entre disposiciones que, con mayor o menor fortuna, intentan prevenir conductas que fomenten o favorezcan las actitudes de discriminación en el conjunto de la sociedad o, de modo más drástico, supongan un enfrentamiento directo y general con determinadas minorías, y otras que se concretan en ámbitos o bienes especialmente sensibles al fenómeno de la discriminación»¹⁵¹.

En relación al primer grupo, parece incuestionable que, por la gravedad de las conductas que contiene y por constituir la forma más brutal de discriminación, hay que citar al art. 607¹⁵² relativo al delito de genocidio y el art. 607 bis¹⁵³ que hace referencia a los delitos de lesa humanidad. En principio debemos desear que las actividades relacionadas con la marginación de determinados colectivos no lleguen hasta el punto de hacer necesaria la aplicación de este tipo.

Más frecuentes, en cambio, son las disposiciones que cabría denominar como de prevención del fenómeno discriminatorio en general. Debe mencionarse en primer lugar el delito de provocación a la discriminación reco-

¹⁵¹ LAURENZO COPELLO, P., *Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*, en AA.VV., *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 1996, p. 224

¹⁵² «1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados...»

¹⁵³ «1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional».

gido en el art. 510¹⁵⁴, la figura tal vez más genérica y cuyo complemento, en caso de configurarse a través de organizaciones sería el art. 515.5 relativo a las asociaciones ilícitas que «promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias...». Por último, también la circunstancia agravante número 4º del art. 22 que califica el hecho si el delito es cometido por motivos «racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias...», constituye una medida antidiscriminatoria de carácter general.

Por lo que se refiere a los conceptos relacionados con determinados bienes jurídicos concretos, el legislador ha tenido en cuenta aquellos aspectos de la vida en los que algunos colectivos pueden verse con mayor frecuencia afectados por actitudes de exclusión. En este sentido, el art. 314¹⁵⁵ tipifica la discriminación en el empleo mientras que los arts. 511¹⁵⁶ y 512¹⁵⁷ hacen referencia a la denegación de una prestación, bien en el ámbito público bien en el privado, a una persona por razón de religión. Y la misma razón explicaría la agravación de las penas en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos cuando «afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión o creencias...»¹⁵⁸.

Por último no queremos dejar de referirnos a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 62/2003 en relación con la creación de un Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico. La creación del mismo no es sino consecuencia de lo

¹⁵⁴ «1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias... 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias...».

¹⁵⁵ «Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias... y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado...».

¹⁵⁶ «1. Incurrirá en la pena de prisión... e inhabilitación especial para empleo o cargo público... el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias... 2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias...».

¹⁵⁷ «Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias...».

¹⁵⁸ *Vid.* art. 197.5

dispuesto en la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Pensado para que entrase a funcionar a los tres meses desde la entrada en vigor de la Ley ¹⁵⁹ lo cierto es que el mismo ha sido creado mediante el Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre.

Se trata de un órgano colegiado, adscrito al Ministerio de Trabajo y dependiente de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración aunque no participa de la estructura jerárquica del mismo ¹⁶⁰. Son sus fines «la promoción del principio de igualdad de trato y no discriminación, de las personas por su origen racial o étnico, en la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda, y en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios, así como el acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua» ¹⁶¹.

Sus competencias serán, con el apoyo del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, las de: a) prestar asistencia a las víctimas de discriminación por su origen racial o étnico a la hora de tramitar sus reclamaciones; b) realizar estudios y publicar informes sobre la discriminación de las personas por el origen racial o étnico; c) promover medidas que contribuyan a eliminar la discriminación de las personas por el origen racial o étnico, formulando, en su caso, recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación ¹⁶².

¹⁵⁹ *Vid.* art. 33.4 de la Ley 62/2003.

¹⁶⁰ *Vid.* art. 1.1

¹⁶¹ Art. 2

¹⁶² Señala el art. 3 del RD 1262/2007 que «para el cumplimiento de los fines señalados en el artículo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y del Orden de lo Social, el Consejo desarrollará, con plena autonomía funcional y con el apoyo del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, las siguientes competencias: a) Prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación directa o indirecta por su origen racial o étnico, a la hora de tramitar sus reclamaciones. b) Realizar con autonomía e independencia, análisis y estudios, así como publicar informes independientes sobre la discriminación de las personas por motivos de origen racial o étnico y sobre el respeto al principio de igualdad entendido como ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico de una persona. En el ejercicio de esta función el Consejo podrá: 1º Emitir, a iniciativa propia o a petición de los órganos competentes de la Administración General del Estado, informes independientes sobre aquellos proyectos normativos, planes, programas y otras iniciativas relacionadas con el objeto y finalidad del Consejo.

En cuanto a su composición, el Real Decreto establece en el art. 4 que formarán parte del Consejo: los Ministerios con competencias en las materias a que se refiere el art. 1, las comunidades autónomas, las entidades locales, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, así como otras organizaciones que representen intereses relacionados con el origen racial o étnico de las personas ¹⁶³.

2º Elaborar y aprobar el Informe anual sobre la situación de la discriminación y la aplicación del principio de igualdad de trato por origen racial o étnico, y elevarlo al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales. c) Promover medidas que contribuyan a la igualdad de trato y a la eliminación de la discriminación de las personas por motivos de origen racial o étnico, formulando, en su caso, las recomendaciones y propuestas que procedan y, en particular: 1º Analizar la normativa en relación con la igualdad de trato y no discriminación por motivos de origen racial o étnico, proponiendo iniciativas para su adopción o modificación. 2º Presentar iniciativas y formular recomendaciones en relación con planes o programas de promoción de la igualdad de trato y no discriminación por origen racial o étnico. 3º Asesorar e informar sobre las prácticas antidiscriminatorias indirectas en los diversos ámbitos de actuación. 4º Promover actividades de información, sensibilización, acciones formativas y cuantas otras sean necesarias para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación. 5º Establecer relaciones de intercambio de información y colaboración con órganos o instituciones análogas de ámbito internacional, nacional, autonómico o local. 6º Establecer mecanismos de cooperación y colaboración con otros órganos, entidades y Altas Instituciones de defensa de derechos fundamentales. d) Elaborar y aprobar la Memoria anual de actividades del Consejo y elevarla al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales. e) Cualquier otra función que, en el marco de sus competencias, se le atribuya por alguna disposición legal o reglamentaria».

¹⁶³ «1. El Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico estará compuesto por: a) Presidencia: La persona titular de la Presidencia del Consejo será nombrada por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, a propuesta de la persona titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración entre personalidades de reconocido prestigio en el campo de la promoción de la igualdad de trato y la lucha contra la discriminación por razón de origen racial o étnico. La duración de su mandato será de tres años. b) La Vicepresidencia Primera: La persona titular de la Vicepresidencia Primera del Consejo será elegida por y entre las personas que ejercen las vocalías designadas en representación de las organizaciones y asociaciones a las que se refieren los párrafos g), h) e i). c) La Vicepresidencia Segunda: La persona titular de la Vicepresidencia Segunda del Consejo será la persona titular de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes. d) Ocho vocales, todos ellos con rango de Director General, en representación de la Administración General del Estado en función de sus competencias relacionadas directa o indirectamente con los fines del Consejo, conforme a la siguiente distribución: 1º Por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Un vocal a designar por la persona titular de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad. Un vocal a designar por la persona titular de la Secretaría General de Empleo. Un vocal de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, que será la persona titular de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes. 2º Por el Ministerio de Educación y Ciencia: La persona titular de la Dirección General de Educación, Formación Profesional e Innovación Educativa. 3º Por el Ministerio de Justicia: La persona titular de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia. 4º Por el Ministerio de Sanidad y Consumo: La persona titular de la Dirección General de Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección.

Su importancia puede ser decisiva en la defensa de la libertad religiosa del individuo y de los colectivos. No porque sea uno de sus objetivos sino porque en gran parte de las ocasiones en las que se produce una situación de discriminación por motivos de raza o etnia también se está discriminando al individuo por razón de religión. Y es que la mayor parte de las personas que en nuestro país pertenecen a una religión distinta de la católica son al mismo tiempo individuos que pertenecen a otra raza o etnia, habiéndose establecido en nuestro país como consecuencia de los procesos migratorios.

De hecho, y como veremos seguidamente, son mayoría los supuestos de discriminación por motivos religiosos en los que el individuo no sólo pertenece a una religión distinta de la católica, normalmente la musulmana, sino que también pertenece a un determinado grupo racial o étnico. Aunque el legislador ha previsto normativamente una gran parte de de las situaciones que por motivos religiosos pueden llevar a una situación de discriminación del individuo o del grupo, existen supuestos donde han tenido que ser los tribunales los que manifestasen cómo debía interpretarse este derecho ante la ausencia de una legislación específica o la inaplicación de la misma. A lo largo del resto de este estudio analizaremos aquellas situaciones de conflicto en las que entendemos que la solución adoptada bien podría dar lugar a un supuesto de discriminación bien resuelve dicha situación.

4. LA NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN EL ÁMBITO LABORAL

Parece algo evidente que en aquellos países en los que, por razones históricas y de identidad cultural, los ciudadanos han profesado una misma

5º Por el Ministerio de Interior: un vocal a designar por el Secretario de Estado de Seguridad. 6º Por el Ministerio de Vivienda: La persona titular de la Dirección General de Arquitectura y Política de Vivienda. e) Cuatro vocales en representación de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, a propuesta del Consejo Superior de Política de Inmigración. f) Tres vocales en representación de la Administración Local, a propuesta de la Asociación de Entidades Locales de ámbito nacional con mayor representación. g) Dos vocales en representación de las organizaciones empresariales más representativas, a propuesta de las mismas. h) Dos vocales en representación de las organizaciones sindicales más representativas, a propuesta de las mismas. i) 10 vocales en representación de organizaciones y asociaciones cuya actividad esté relacionada con la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por su origen racial o étnico, a propuesta de las mismas. La selección de las organizaciones y asociaciones se realizará por convocatoria pública efectuada a través de orden del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales».

creencia y han practicado un mismo culto religioso —por lo menos de forma mayoritaria— las cuestiones relativas a la religión y al ámbito laboral se han desarrollado sin apenas conexión. Históricamente no era posible el conflicto, toda vez que en el individuo coincidían la faceta de creyente y trabajador o empresario. Así, la práctica religiosa y la obligación laboral buscaban acomodarse de forma recíproca. El problema comienza cuando esas sociedades homogéneas comienzan a resquebrajarse, dando entrada en las mismas a personas con creencias diferentes de las de la mayoría. Es en ese momento cuando aparecen los primeros conflictos, que no son sino consecuencia de la necesidad, bien del trabajador, bien del empresario de ejercer su derecho de libertad religiosa dentro del ámbito laboral.

Estas intromisiones iniciales de la religión en el ordenamiento jurídico laboral y en la práctica de las relaciones laborales fueron eliminadas progresivamente a raíz del reconocimiento por los distintos países del llamado catálogo de derechos fundamentales del individuo, un catálogo dentro del que se encuentran el derecho fundamental de libertad religiosa y el derecho a no ser discriminado como consecuencia de las creencias. De hecho, el reconocimiento de los mismos en nuestro texto constitucional ha traído como consecuencia el que, cada vez más, las relaciones entre la parte del ordenamiento que regula el hecho religioso y aquella que se ocupa de las relaciones laborales respondan a una lógica de recíproca separación e independencia.

Ahora bien, esto no significa que en el ámbito laboral no existan problemas de igualdad de trato y no discriminación. Como señala García Murcia estos problemas tienen que ver con tres grandes circunstancias: «en primer lugar, con el progresivo reconocimiento de los derechos sociales y las libertades públicas en el mundo del trabajo, desde el momento en que el ejercicio de tales derechos (piénsese en la libertad sindical y en la huelga) o el mero hecho de hacerlos valer frente al empresario (piénsese ahora en la libertad ideológica y de creencias), corre el riesgo de convertirse en un factor de diferenciación, discriminación o perjuicio. En segundo lugar, con ciertas características personales que no entrañan en sí mismas ninguna particularidad relativa pero que inevitablemente afectan al trabajo y a las posibilidades de empleo, como la edad del trabajador. Por último, con la imparable diversificación del sistema productivo, con la creciente segmentación del mercado de trabajo (en función de la clase de empresa...), y con las diferencias cada vez más notables de régimen jurídico»¹⁶⁴. Unas veces irán asociados a cuestiones religiosas pero otras serán consecuencia de problemas como el de la discapacidad, género, raza, etc...

¹⁶⁴*Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales*, cit., pp. 386-387

Ya vimos en su momento cómo el principio de igualdad y no discriminación no es una regla absoluta. De hecho, el TC al interpretar el art. 14 de la Constitución señalaba que este «no establece un principio de igualdad absoluto... y mucho menos que excluya la propia necesidad de establecer un trato desigual sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales». En este sentido, la afirmación por el trabajador de una pretendida libertad religiosa que comprometa el cumplimiento de sus obligaciones laborales hoy día puede ser considerada como razón o fundamento suficiente para que se puedan introducir diferencias de trato siempre que no sean discriminatorias. Y es que aunque pueda resultar contradictorio, la diferencia de trato en el ámbito laboral, en ocasiones, es conveniente e incluso en otras hasta imprescindible para que no se produzcan situaciones discriminatorias. Es más, «tal vez haya que llegar a la conclusión de que el principio de igualdad y no discriminación lleva en sí mismo incorporada la diferencia de trato, siempre, claro está, que cuente con justificación suficiente, esto es, con una justificación socialmente aceptable»¹⁶⁵.

Ahora bien, no basta con que exista una justificación suficiente para que la diferencia de trato sea aceptada por nuestro ordenamiento, sino que también se hace necesario establecer qué personas pueden verse afectadas o no por estas medidas. La simple pertenencia a una confesión religiosa no basta, en la mayoría de las ocasiones, para obtener una regulación que sea distinta de la del resto de los trabajadores.

En este sentido, las normas aplicables al derecho de libertad religiosa han trazado una frontera en relación a la aplicación o la inaplicación del ordenamiento laboral a las relaciones profesionales entre las iglesias o confesiones religiosas y las personas que prestan servicios o realizan tareas en las mismas. Nos estamos refiriendo a los ministros de culto o religiosos que realizan una actividad, que podría ser considerada como de prestación de servicios, dentro de la confesión o comunidad religiosa¹⁶⁶.

En aquellos países en los que rige el principio de aconfesionalidad estatal, los tribunales civiles no han dudado en calificar como no laboral la relación que vincula a ministros de culto o religiosos con sus iglesias y comunidades religiosas. La razón es que estas actividades se ejercen «*religiones causa*» en virtud de la singular «*affectio*» que vincula al clérigo o

¹⁶⁵ GARCÍA MURCIA, *Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales*, cit. p. 387

¹⁶⁶ Un estudio en profundidad de esta cuestión lo encontramos en MALDONADO MONTOYA, J.P., *Las actividades religiosas ante el derecho del trabajo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006. En el mismo sentido, OTADUY GUERÍN J., *Régimen jurídico español del trabajo de eclesiásticos y religiosos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993

religioso con su iglesia o comunidad¹⁶⁷. De hecho nuestra LOLR establece en su art. 6 que «las iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal...», lo que significa que la relación de prestación de servicios del ministro de culto o religioso con la confesión o comunidad religiosa se regirá por el Derecho interno de la confesión.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 14 de mayo de 2001 afirma que «la relación jurídica establecida entre los ministros de culto y las distintas Iglesias y confesiones religiosas no puede ser configurada, mientras se limite a la labor de asistencia religiosa y de culto y otras inherentes a sus compromisos religiosos, como relación laboral ... Esta doctrina, aplicable en general a las distintas confesiones religiosas, es mantenida hoy por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia ...». A pesar de ello, algún autor como Rodríguez Blanco sostiene que la calificación de la relación existente entre el ministro de culto y su confesión religiosa ha de hacerse en función de las características concretas que revista esa relación y de la intención de las partes en el momento de su constitución, admitiendo la posibilidad de que pueda existir un vínculo laboral entre ambas partes¹⁶⁸.

Menor grado de coincidencia se produce entre los tribunales europeos a la hora de calificar el vínculo contractual entre los miembros de las iglesias y éstas como consecuencia de la ejecución de tareas que no son genuinamente religiosas¹⁶⁹. Mientras que en Francia o Bélgica se considera que se trata de un vínculo laboral, en España por el contrario se ha considerado que se trataba de un vínculo extralaboral. Y es que, tal y como ha apuntado Álvarez Caperochipi, la relación de un religioso con su orden o congregación, aunque conlleve la prestación de servicios, no es encuadrable como una relación de trabajo subordinado, sino que tal actividad

¹⁶⁷ En este sentido, y para un estudio más detallado de la cuestión, vid. por todos el volumen colectivo *Churches and Labour Law in the EC countries*, Dott. A. Giuffrè-Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Milano-Madrid, 1993

¹⁶⁸ Vid., RODRÍGUEZ BLANCO, M., *La relación entre el ministro de culto y su propia confesión. Paralelismos y diferencias entre la jurisprudencia española y la jurisprudencia inglesa*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», 19, 2003, pp. 347-390; y *Las actividades de los ministros de culto y de los religiosos ante los tribunales*, «Revista Española de Derecho Canónico», 59, 2002, pp. 206-223

¹⁶⁹ Vid., por todos, la excelente monografía de MOTILLA DE LA CALLE, A., *Derecho laboral y Seguridad Social de los miembros de Órdenes y Congregaciones religiosas*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2000

debe asimilarse a la que se presta entre personas sujetas al vínculo de la parentela¹⁷⁰. Este ha sido el criterio confirmado en la STC 63/1994, de 28 de febrero.

En este caso se trataba de una religiosa que realizaba labores docentes iguales a la del resto de compañeros del centro docente perteneciente a la orden en el que trabajaba. El Tribunal entendió que «la relación entre religioso y comunidad no puede ser en modo alguna calificada de laboral, tal como de manera insistente viene afirmando la jurisprudencia ordinaria... El trabajo docente realizado por la demandante de amparo no era ajeno a sus compromisos como profesora. La pertenencia... a la comunidad religiosa, en uso de su libertad asociativa, suponía la disposición de ella a aceptar voluntaria y desinteresadamente, además de los trabajos en beneficio de la comunidad, aquellas otras tareas no genuinamente religiosas como la actividad docente, orientadas al servicio de ciertos sectores de la sociedad. La subordinación o dependencia a la Superiora del centro, como en el caso de los compañeros seculares en las tareas educativas, responde a las necesidades organizativas del centro educativo, y puede constituir un elemento esencial del contrato laboral, pero no convierte a la actora en trabajador por cuenta ajena. Su relación con la actividad del centro estaba imbuida, por encima de todo, de una espiritualidad y de un impulso de gratuidad, en virtud de la profesión religiosa y de los votos de obediencia y pobreza contraídas, que impiden dotar de naturaleza contractual la actividad educativa desempeñada por la recurrente dentro de su propia comunidad religiosa, y disciplinada por vínculos de carácter espiritual en atención exclusivamente a consideraciones altruistas extrañas a las relaciones contractuales de trabajo. Se trata, en fin, de una prestación en la que está ausente el interés de ganancia o de percibir una contraprestación económica»¹⁷¹.

En el curso de los últimos años, los problemas relativos a la naturaleza jurídica de la relación existente entre las iglesias y sus miembros han ido desapareciendo prácticamente del escenario judicial. La causa reside en la normalización de la protección social de este colectivo al asimilar a los ministros de culto a los trabajadores del régimen general, y en el caso de los religiosos a los trabajadores autónomos.

Cuestión distinta son los conflictos que como consecuencia del ejercicio del derecho de libertad religiosa se producen entre un trabajador, no

¹⁷⁰ Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *El derecho patrimonial de los religiosos*, Pamplona, 1974, pp. 129-137

¹⁷¹ Posteriormente se ha manifestado en el mismo sentido el Tribunal Supremo en STS de 18 de enero de 2000.

religioso, y su empleador. En nuestro país, lo cierto es que la libertad religiosa del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales sólo se ha reconocido en su dimensión negativa. Nos estamos refiriendo al derecho del trabajador a no manifestar las propias creencias, a no participar en determinadas prácticas religiosas como consecuencia de su actividad laboral, y al derecho a no ser discriminado en el centro de trabajo por realizar determinadas conductas religiosas siempre que las mismas sean inocuas. De hecho, y hasta el momento, la libertad religiosa apenas ha hecho acto de presencia en el contrato de trabajo como tal, y ello es consecuencia de que este derecho ha quedado reducido al principio de igualdad y no discriminación o —en algunos casos— al derecho a la intimidad¹⁷².

Esto es consecuencia de que, en principio, el hecho religioso no suele trascender del fuero interno de los trabajadores, por lo que en muy raras ocasiones deben éstos activar los mecanismos de defensa que les proporciona el principio de no discriminación. De hecho, como señala Valdés Dal-Ré, «desde la perspectiva laboral, el principio de no discriminación asegura a todos los trabajadores la irrelevancia de sus creencias religiosas (o de su ausencia) en los momentos de la contratación, de la ejecución de la prestación pactada y de la extinción de la relación laboral»¹⁷³. En este sentido es necesario recordar cómo el Estatuto de los Trabajadores, establece en su artículo 4.2c)¹⁷⁴ la prohibición de cualquier discriminación directa o indirecta por razones de religión y califica, en su art. 17.1, como «nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario» que vulneren tal regla.

Al mismo tiempo, como consecuencia de la incorporación a nuestro ordenamiento del concepto de acoso a través de la Directiva 2000/78, se ha incorporado al Estatuto en el art. 54 la posibilidad de que exista incumplimiento contractual por parte del trabajador o del empresario cuando exista «acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones...»¹⁷⁵. Y en el mismo sentido, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden

¹⁷² En este sentido baste apuntar que una de las causas típicas de discriminación laboral guarda relación con la afirmación de las convicciones personales y en particular de las creencias religiosas del trabajador.

¹⁷³ VALDÉS DAL-RÉ, F., *Libertad religiosa y contrato de trabajo*, en CASAS BAAMONDE, M.E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (COORDS.), *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, p. 567

¹⁷⁴ «A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de... religión o convicciones...».

¹⁷⁵ *Vid.*, art. 54.2g)

Social ha introducido el art. 8.13 bis, que sanciona como infracción muy grave «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones... cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo».

4.1. El trabajador y las empresas de tendencia de naturaleza confesional

Cada vez más empleados y empleadores, en una especie de nueva conquista individual y colectiva, exigen un pleno respeto a sus derechos constitucionales. En el caso de la libertad religiosa, evitando renunciar a sus convicciones personales y sus exigencias éticas por mor de la sujeción contractual. En este sentido, el derecho fundamental de libertad religiosa se ha conformado como una verdadera prerrogativa laboral por razón de los sujetos y la naturaleza jurídica del vínculo donde se hace valer —el contrato de trabajo—.

No parece discutible que los conflictos que las creencias pueden provocar en el seno de una relación de prestación de servicios se hacen más evidentes en el caso de las denominadas empresas de tendencia de naturaleza confesional o religiosa. El motivo reside en el choque que en ocasiones se produce entre el ideario o las convicciones de dicha empresa y el ejercicio por parte del trabajador de su derecho de libertad religiosa, un enfrentamiento que requiere soluciones especiales desde el punto de vista de cuantos principios inspiran el Derecho laboral. Y es que el trabajo ideológico constituye un campo especialmente abonado para que afloren de manera conflictiva las tensiones entre, por un lado, las organizaciones religiosas que en el ámbito de sus empresas imponen conductas y comportamientos personales; y de otro, el personal que presta servicio en dichas empresas y que adopta un modo de vida que es contrario a ese ideario.

El art. 6 de la LOLR establece que en las normas que regulen las instituciones creadas por las confesiones religiosas se «podrán incluir cláusulas de salvaguardia de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación». Esto significa que existirá una excepción a la aplicación del Derecho del trabajo general en aras a garantizar la protección de la identidad religiosa del empleador y cuya suscripción

deberá ser realizada por el trabajador al inicio de la prestación de servicios. De esta forma se establece la posibilidad de que este tipo de empresas pueda comprimir o limitar al trabajador el ejercicio de los derechos de ciudadanía cuando estos trabajadores «laicos» realizan labores «ideológicas o religiosas».

Ahora bien, este reconocimiento a la empresa suscita al mismo tiempo un problema de concurrencia de derechos fundamentales en relación con la posición que ostenta el trabajador. No hay que olvidar que el derecho de libertad religiosa es un derecho igualmente eficaz en las relaciones entre particulares y no sólo en relación con los poderes públicos. Esto supone que éste puede ser legítimamente ejercitado por el trabajador en el marco del contrato de trabajo y, por lo mismo, en el marco organizativo en el que este contrato se desarrolla normalmente: el de la empresa.

Así pues la colisión entre derechos consiste, como señala Valdés Dal-Ré, en que «el desarrollo, expresión y desenvolvimiento de la propia empresa de tendencia se vertebra a través de la colaboración indispensable de las personas... la solución a este conflicto no puede pasar por el íntegro sacrificio de uno de los intereses en juego, sino por la búsqueda de un compromiso entre ambos ponderado»¹⁷⁶. Las siguientes líneas están dedicadas a analizar si es posible encontrar una solución ponderada a los conflictos que se suscitan en el ámbito de dichas empresas de tendencia.

A. *Situaciones conflictivas en las empresas de tendencia*

La ausencia en nuestro ordenamiento de una definición expresa de empresa de tendencia ha impedido realizar una delimitación de qué se ha de entender por la misma, lo que ha llevado además a la doctrina a construir un concepto partiendo de lo dispuesto por las doctrinas italiana y alemana. En este sentido, dos son las posiciones acerca de qué se deba entender por empresa de tendencia. Una de ellas, tal y como apunta Otaduy Guerín, señala que sólo merecen esta consideración «aquellas organizaciones institucionalmente expresivas de una ideología, es decir, en las que la ideología constituye y sostiene la organización; en las que la ideología es lo único esencial, puesto que en función de la misma existen»¹⁷⁷. Por el contrario, para otro sector doctrinal el factor determinante cabe situarlo,

¹⁷⁶ *Libertad religiosa y contrato de trabajo*, cit., p. 574

¹⁷⁷ OTADUY GUERÍN, J., *Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», 2, 1986, p. 326

como señala Moreno Botella, en «que la actividad u organización en cuestión sirva directa o indirectamente a la difusión del fin ideológico»¹⁷⁸ o, dicho en otras palabras, «aquellas cuyas actividades estén inspiradas por ciertos ideales o guiados por la moral, ideas o conceptos protegidos por la legislación nacional de cada país»¹⁷⁹.

En el primer caso sólo serían empresas de tendencia aquellas que tuviesen un objetivo sustancialmente religioso mientras que en el segundo, también serían consideradas de tendencia aquellas empresas creadas por las confesiones, y por lo tanto marcadas por su confesionalidad, pero cuyos fines fuesen diferentes de los estrictamente religiosos. Es el caso de las empresas dedicadas por ejemplo a labores asistenciales, hospitalarias, docentes, medios de comunicación, etc... .

En este supuesto último, el conflicto gravitaría sobre el trabajo que realiza el empleado, si éste es un trabajo «ideológico» o por el contrario realiza tareas «neutras». Los derechos del trabajador, concretamente su libertad religiosa, «queda reducida prácticamente a nada cuando se realizan tareas de tendencia, hasta el punto de quedar incluso afectada la esfera religiosa privada e íntima —las conductas extralaborales— del trabajador, es decir, la dimensión negativa y privada de su libertad religiosa»¹⁸⁰. Ahora bien, estas tareas deben de ser de estricta repercusión ideológica para la institución, ya que a través de ellas se manifiesta la empresa. Sólo cuando exista ese grado de intensidad en la identificación ideológica del ente con la tarea del trabajador es cuando podría ser razonable, si ponderamos los derechos constitucionales en juego, que prevalezca el derecho de la empresa frente al del trabajador, tal y como se pone de manifiesto en la STC 106/1996, de 12 de junio.

Por el contrario, deberíamos pensar que cuando ese mismo trabajador realiza tareas neutras en dicha empresa, seguirá teniendo libertad religiosa, al menos en su dimensión negativa. Y es que en este caso, el trabajador, de

¹⁷⁸ MORENO BOTELLA, G., *Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la sentencia del TC 106/1996, de 12 de junio*, «Revista Española de Derecho Canónico», vol. 54, nº 142, 1997, p. 292; vid. también de la misma autora, la completa monografía *La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas y confesionales*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2003

¹⁷⁹ Vid. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, 20 ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 212

¹⁸⁰ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., *Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación*, «Revista Española de Derecho del Trabajo», 133, Enero-Marzo 2007, p. 102

la misma forma que si trabajase para una empresa neutra, tendría el derecho a modular sus obligaciones por motivos religiosos ¹⁸¹.

La Unión Europea no ha sido ajena a la problemática planteada por las organizaciones religiosas y las empresas de tendencia propiedad de las mismas y, en este sentido, la Directiva 2000/78 ha considerado en su art. 4.1 como no discriminatorias las diferencias de trato basadas en la creencia del trabajador cuando desarrolle su prestación de servicios en una empresa de tendencia ¹⁸² y en su art. 4.2 ¹⁸³, ha decidido llevar a cabo un tratamiento singularizado del requisito ideológico en las actividades profesionales de las iglesias. De todo ello se derivan una serie de efectos que pueden incidir en el momento de contratación del trabajador, en el desarrollo de su actividad laboral y finalmente, a la hora de extinguir su relación contractual.

Si atendemos al momento de la contratación, es evidente que la prohibición del art. 16.2 de la Constitución, en el sentido de que «nadie podrá

¹⁸¹ En el mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia europea, tal y como pone de manifiesto VALDÉS DAL-RÉ, pues «la desafección por el trabajador hacia el modelo de vida impuesto por su empleador no constituye ya, en sí misma considerada, una causa de deslealtad justificativa del despido; ha de ir acompañada de un trastorno grave en el funcionamiento de la institución». *Libertad religiosa y contrato de trabajo*, cit., p. 572

¹⁸² «No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 [se hace referencia a la discriminación por motivos de religión o de convicciones] no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado».

¹⁸³ «Los Estados miembros podrán mantener en su legislación nacional vigente el día de adopción de la presente Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del derecho comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo. Siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización».

ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias», ha de ser matizada cuando nos encontramos ante una empresa de tendencia, aunque su utilización deba ser objeto de una interpretación restrictiva. Al igual que existen determinadas relaciones laborales en las que la confianza constituye una característica esencial de las mismas¹⁸⁴, en el caso de las empresas de tendencia el empleador tiene derecho a indagar acerca de las convicciones religiosas del trabajador y a adoptar las medidas que considere oportunas.

Tal y como se desprende de la Directiva 2000/78, si bien es discriminatorio tomar en consideración —de manera abstracta— las creencias religiosas del trabajador para no emplearle cuando no se derivan de ello perjuicios tangibles para la empresa, no ocurre lo mismo cuando esa posible contratación pueda incidir negativamente. Ahora bien, esas indagaciones sobre las creencias religiosas debería realizarse únicamente sobre aquellos trabajadores cuya actividad resulte esencialmente «ideológica» y deberían ser proporcionadas. Sólo debería extenderse a aquellos aspectos de la esfera privada del trabajador, que puedan ser relevantes de manera objetiva para el desarrollo de la prestación. La cuestión será, por tanto, ponderar si el cuestionario presentado por el empleador excede la vertiente negativa del derecho a la libertad religiosa del candidato.

En relación con el desarrollo de la actividad laboral, de lo dispuesto en el art. 4.2 se desprende que la Directiva permitirá a los legisladores nacionales considerar como lícitas aquellas prácticas consistentes en que el empleado tenga que observar una determinada conducta acorde con los postulados religiosos de una confesión aunque ello signifique renunciar en parte a ciertas manifestaciones de sus derechos. Ahora bien, «las empresas con una orientación religiosa deberán encontrar un sistema de compensación entre los derechos de los trabajadores y las prerrogativas de la organización productiva a difundir y mantener su ideario propio, de manera que estaría justificado que la prestación de servicios del trabajador de tendencia presente algunas peculiaridades; ... [pero] el objetivo debe ser legítimo y el requisito proporcionado, de manera que exista un adecuado equilibrio entre el interés que se pretende salvaguardar para la empresa de tendencia y el derecho que el trabajador ve limitado»¹⁸⁵.

¹⁸⁴Vid., en este sentido el RD 1382/1985, de 1 de agosto que regula el trabajo de alta dirección y el RD 1424/1985, de 1 de agosto que regula el empleo doméstico.

¹⁸⁵FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y otros, *Inmigración, Religión y Trabajo en Andalucía*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2007, p. 77; también en el mismo sentido ODRIZOLA IGUAL, C., *Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: La Directiva 2000/78/CE, de 27 de diciembre, sobre empleo y trabajo*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 6, 2004, pp. 3 y ss.

Esto supone una extensión del principio de subordinación en la prestación de servicios del trabajador así como una mayor intensidad en la aplicación del principio de confianza¹⁸⁶ pero sin que deba ser interpretado como el tradicional deber de fidelidad previsto en el art. 70 de la Ley de Contrato de Trabajo. Y es que el trabajador conserva intacta su libertad de pensamiento o creencia aunque al realizar la prestación deba adecuarse y respetar el ideario de la empresa.

Por lo que respecta a la extinción contractual de la prestación de servicios, es evidente que el respeto a la orientación ideológica de la empresa es un requisito indispensable para que pueda realizarse la prestación ya que, en caso contrario, quedaría comprometida seriamente la finalidad de la misma así como su libertad autoorganizativa reconocida en el art. 6 de la LOLR. Por este motivo, una actitud contraria a la línea ideológica de la empresa podría llevar a una extinción justificada del vínculo contractual que une a empleador y empleado.

Ahora bien, somos de la opinión, junto con Valdés Dal-Ré, de que cuando exista colisión entre los derechos de ambos la situación debe ser resuelta conforme al denominado test de proporcionalidad: «un derecho... no puede ser comprimido más de lo que resulte estrictamente adecuado para garantizar el derecho, indispensable o necesario para salvaguardarlo y proporcional entre el sacrificio del derecho y el bien que se defiende»¹⁸⁷.

Se trata de que la limitación del derecho de libertad religiosa del trabajador se justifique en virtud de razones concretas y que en todo caso sea proporcional. Por este motivo se nos antoja indispensable que se acredite por parte del empresario que el reconocimiento del derecho de libertad religiosa del trabajador supone una merma injustificada de los propios derechos de la empresa o que incide negativamente sobre las condiciones económicas de la explotación.

En este sentido, aparte de las posibles infracciones específicas recogidas —si es que existiesen— en los convenios colectivos, la jurisprudencia al ir aplicando la legislación vigente ha mostrado al empresario distintos cauces a través de los cuales podría castigar al empleado.

Si acudimos al art. 54.2.c) del Estatuto de los Trabajadores, que considera como causa de despido las ofensas verbales realizadas contra el

¹⁸⁶ La STSJ de Murcia de 26 de febrero de 2001, señala que en estos casos el principio de confianza «opera de manera más intensa que en un contrato de trabajo que no tuviese esas implicaciones, esto es, aquellos en que la ideología o doctrina religiosa fuese irrelevante».

¹⁸⁷ *Libertad religiosa y contrato de trabajo*, cit. p. 575

empresario, y lo aplicamos al supuesto de las empresas de tendencia habremos de concluir que el trabajador ha de mantener una actitud de respeto y de no ataque hacia el ideario de la empresa en la que trabaja¹⁸⁸. Pero esto no significa que cualquier consideración crítica pueda justificar el despido. Dichas manifestaciones han de tratarse, tal y como señala el TC, de «ataques abiertos o solapados contra ese ideario»¹⁸⁹ y deben entrañar «una ofensa grave para la empleadora, o ser vejatorias para sus gestores o trabajadores»¹⁹⁰.

La trasgresión de la buena fe contractual, recogida en el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, también puede ser causa de despido. Ahora bien, esto no significa que el trabajador haya de «convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su... [actividad profesional] en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor [profesional] impone a su labor»¹⁹¹. El empleado deberá desempeñar sus tareas dentro de la empresa de tendencia en los términos que considere más adecuados pero siempre que los mismos no resulten contrarios a la identidad de la empresa que lo ocupa. El problema en este caso será determinar si las actividades que el trabajador realiza fuera de la empresa, y que pertenecen al ámbito de su vida privada, pueden tener efectos negativos para el mismo, pudiendo conllevar una sanción por parte del empresario e incluso el despido.

En principio parece que las empresas de tendencia pueden imponer al empleado que observe una conducta fuera de la empresa que no viole deliberadamente el ideario de la misma. Pero para que un comportamiento pueda tener relevancia a efectos de despido, éste por su notoriedad, naturaleza e intencionalidad ha de ser parte fundamental de la prestación que se realiza, es decir, «además de contrastar con la ideología de la empresa, haga peligrar, por su publicidad o relevancia externa, la credibilidad del mensaje difundido por la organización»¹⁹². Esto significa que sólo es posible plantearse la incompatibilidad entre los derechos del trabajador y

¹⁸⁸ *Vid.* en este sentido la STC 77/1985, de 27 de junio.

¹⁸⁹ STC 5/1981, de 13 de febrero.

¹⁹⁰ STC 151/2004, de 20 de septiembre.

¹⁹¹ STC 5/1981, de 13 de febrero.

¹⁹² Así lo señaló el TC en relación con las actividades extraacadémicas desarrolladas por los docentes ya que «aunque ciertamente la relación de servicio entre el profesor y el centro no se extiende en principio a las actividades que al margen de ella lleva a cabo, la posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades, e incluso su intencionalidad pueden hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor que le está encomendada». STC 5/1981, de 13 de febrero.

los del empresario en aquellos casos en que el comportamiento repercute directamente en el mensaje ideológico de la empresa.

La Ley 62/2003, en aplicación de la Directiva 2000/78, establece en su art. 36 que «en aquellos procesos... en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o las convicciones... corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptada y de su proporcionalidad». Por este motivo, el art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral fue nuevamente redactado de tal manera que ahora establece que «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón se sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Con ello, «no se pretende enfrentar al empleador ante una especie de prueba diabólica sobre un hecho negativo —cual sería la inexistencia de un móvil lesivo de un derecho fundamental— sino obligarle a intentar acreditar que el despido se ha fundamentado en causas reales, ajenas a cualquier propósito de vulnerar el ordenamiento constitucional y que, además dichos motivos presentaron la gravedad suficiente como para adoptar la decisión extintiva, conformándose como la única fórmula para destruir la apariencia de lesividad originada por los indicios»¹⁹³.

Por último, cabría la posibilidad de que el trabajador de una empresa de tendencia cambiase el sentido de sus creencias mientras está trabajando en la empresa. Pues bien, en este sentido, no es posible justificar el despido salvo que tal cambio en las creencias traiga consigo el incumplimiento de la prestación a que se obligó.

B. Un supuesto especial de tendencia: los profesores de religión en los centros docentes públicos

En el caso de los centros docentes públicos no cabe hablar de empresa de tendencia ya que es la Administración quien contrata al profesor, pero las peculiaridades en relación al marco normativo en el que el profesorado desenvuelve su actividad hace que nos planteemos cuanto menos si nos

¹⁹³ *Inmigración, Religión y Trabajo en Andalucía*, cit. p. 83

encontramos ante un supuesto de discriminación laboral por motivos religiosos tanto en el momento de la contratación como en el de extinción de dicha relación contractual. El motivo no es otro que lo dispuesto en el texto de los acuerdos firmados entre el Estado y la Santa Sede —en su art. III¹⁹⁴—, y de la FEREDE, la FCI y la CIE en su art. 10.2 respectivamente¹⁹⁵.

Aunque el estudio del régimen del profesorado de religión excede con mucho el objeto de este estudio, no podemos por menos que detenernos brevemente a analizar dicha figura¹⁹⁶. Para ello me centraré en lo dispuesto en relación con el profesorado de religión católica, sin que ello suponga que lo aquí dicho no pueda ser aplicado al resto de profesores de religión de las otras confesiones que han firmado un acuerdo con el Estado si se encuentran en la misma situación. Lo contrario supondría un claro ejemplo de tratamiento discriminatorio por motivos religiosos.

Tal y como expresa la norma, en el caso de los profesores de religión católica, los docentes han de ser propuestos para cada curso escolar por el Ordinario del lugar y designados por la autoridad académica. Para ello han de reunir dos requisitos: competencia e idoneidad. El primero hace referencia a una determinada titulación, que ha de ser igual o equivalente a la exigida para el mismo nivel educativo al correspondiente profesorado interino, y el segundo se centra en las cualidades de la persona para impartir una disciplina de carácter religioso. Ambos aspectos se contemplan en unos *criterios para la selección y permanencia de profesores de Religión y*

¹⁹⁴«... la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquéllas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza. Con antelación suficiente, el Ordinario diocesano comunicará los nombres de los profesores y personas que sean considerados competentes para dicha enseñanza. En los centros públicos de Educación Preescolar, de EGB y de Formación Profesional de primer grado, la designación, en la forma antes señalada, recaerá con preferencia en los profesores de EGB que así lo soliciten ... los profesores de religión, formarán parte, a todos los efectos, del claustro de profesores de los respectivos centros».

¹⁹⁵ El texto de dicho artículo viene a expresar, en cada uno de los casos que la enseñanza religiosa será impartida por profesores designados por las iglesias o comunidades pertenecientes a la federación correspondiente y con la conformidad de dicha federación.

¹⁹⁶ Para un análisis en profundidad vid., entre otros, SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, A., *Profesores de religión: aspectos históricos, jurídicos y laborales*, Atelier, Barcelona, 2005; OTADUY GUERÍN, J., *Relación jurídica de los profesores de religión en España: la dimensión canónica*, «Ius Canonicum», vol. 46, nº 92, 2006; MARÍN CORREA, J. M., *Profesores de religión en centros de enseñanza públicos (a propósito del RD 696/2007, de 1 de junio)*, «Actualidad Laboral», nº 16, 2007; y PULIDO QUECEDO, M., *Acuerdo con la Santa Sede y los profesores de religión: apunte sobre la STC 38/2007, de 15 de febrero*, «Actualidad Jurídica Aranzadi», nº 727, 2007

Moral católica, refrendados y recomendados por la Asamblea Plenaria del episcopado de noviembre de 1995¹⁹⁷. Es este requisito de idoneidad el que explica las facultades de la autoridad religiosa en la selección, renovación o cese de los profesores.

La naturaleza del vínculo entre el profesor de religión y su empleador es el de una relación laboral. Así lo ha determinado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo¹⁹⁸, aunque las particularidades de este vínculo le hayan llevado a denominarla «relación temporal atípica»¹⁹⁹. De relación laboral también la han calificado la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación²⁰⁰ y los artículos 1²⁰¹ y 2²⁰² del RD 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en dicha Ley.

El problema se plantea al determinar quién es el empleador, ya que tanto la Administración como la confesión religiosa, a través de la autoridad eclesiástica competente, intervienen en el proceso de contratación del trabajador. En este punto es necesario dejar claro que el mismo no es otro que la Administración ya que es ésta la última destinataria de los servicios que presta dicho personal. Por tanto, en este caso no podríamos hablar de un contrato de trabajo entre un individuo y una empresa de tendencia, pues eso supondría que el Estado estaría violando el principio de neutralidad y aconfesionalidad a que está obligado.

Ahora bien, la contratación y la renovación de los contratos de este profesorado no dependen del empresario, en este caso la Administración, sino que es el Ordinario del lugar quien da el certificado o la declaración de idoneidad²⁰³. «Así, se produce en este ámbito una peculiar relación laboral triangular entre el profesor de religión, su patrono espiritual —el Obispo o jerarquía eclesiástica— y su empresario en sentido material o temporal —

¹⁹⁷ Vid. Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal, 49, 1996, pp. 60-61

¹⁹⁸ Vid., entre otras muchas, las STS de 19 de junio de 1996; 30 de abril de 1997; 11 de abril y 12, 17 y 19 de diciembre de 2001; o 4 de febrero, 10 de julio y 17 de septiembre de 2002.

¹⁹⁹ En este sentido, entre otras vid. STS 12 de diciembre de 2001; 9 de julio de 2003 y 19 de septiembre de 2005.

²⁰⁰ La Disposición adicional Tercera, en su apartado 2º, establece que «los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, imparten la enseñanza de las religiones en centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes».

²⁰¹ «El presente real decreto regula la relación laboral de los profesores de religión...».

²⁰² «La contratación de los profesores de religión se regirá por el Estatuto de los Trabajadores... por el presente real decreto y sus normas de desarrollo...»

²⁰³ Vid. art. 3.1 del RD 696/2007.

la Administración correspondiente—, de tal manera que concurrente con el contrato de trabajo e íntimamente unido a ella existe una relación de derecho eclesiástico que une al profesor de religión católica con el Obispo, que es lo que básicamente introduce a la relación jurídica, *lato sensu*, en un área singularísima, pues... el profesor de religión está unido al Obispo por una relación, calificable de mandato... debiendo acatar las previsiones del Derecho canónico y, en especial, reunir tres requisitos: recta doctrina, testimonio de vida cristiana y aptitud pedagógica; en consecuencia, nace una peculiar coestión empresarial, pues las facultades de dirección y control son compartidas por los órganos públicos educativos y la jerarquía eclesiástica»²⁰⁴.

Esta circunstancia nos lleva a plantearnos la cuestión de si es posible considerar como válida la no renovación de la contratación de un profesor cuando los motivos gravitan sobre unos comportamientos en el ámbito de la vida privada que chocan con lo dispuesto por la moral católica. Nos estamos refiriendo a supuestos como el del profesor que es despedido como consecuencia de su divorcio o de su pertenencia a un determinado partido político, etc...

La STC 38/2007, de 15 de febrero, aclara este extremo al señalar que «también ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las actitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable ... [de tal manera que] la exigencia para la contratación de estos profesores del requisito de hallarse en posesión de la cualificación acreditada mediante la Declaración Eclesiástica de Idoneidad no puede considerarse arbitraria o irrazonable ni ajena a los principios de mérito y capacidad y, desde luego, no implica una discriminación por motivos religiosos, dado que se trata de contratos de trabajo que se celebran única y exclusivamente para la impartición, durante el curso escolar, de la enseñanza de la religión católica ... la

²⁰⁴*Inmigración, Religión y Trabajo en Andalucía*, cit., pp. 90-91

declaración de idoneidad no constituye sino uno de los requisitos de capacidad necesarios para poder ser contratado a tal efecto, siendo su exigencia conforme al derecho de igualdad de trato y no discriminación y a los principios que rigen el acceso al empleo público».

Aunque no compartimos la opinión del Alto Tribunal, por entender que este poder discrecional de la autoridad eclesiástica puede dar lugar a situaciones de discriminación por motivos religiosos, lo cierto es que la doctrina del TC ha venido a convertirse en derecho positivo al establecerse en el art. 7 del RD 696/2007 como una de las causas de extinción del contrato del profesor de religión, «la revocación ajustada a derecho de la acreditación o de la idoneidad para impartir clases de religión por parte de la confesión religiosa que la otorgó». Sólo queda ya, en este caso, confiar en la buena fe de las confesiones y en su buen hacer a la hora de otorgar o revocar estos certificados. O quizás sea necesario, para evitar abusos injustificados, que las confesiones señalen de manera clara, en qué circunstancias se entiende que la actuación personal de un individuo —que ejerce su labor como profesor de religión— puede ser un obstáculo para la transmisión de los valores de aquella confesión. Aún así, el empleado, en el caso de que el profesor entendiese que no hay una razón que justifique su despido, podría acogerse a lo dispuesto por el art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral y esperar a que se aporte «una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada» de las causas que motivan el revocamiento del certificado de idoneidad.

4.2. El trabajador y las empresas neutrales

Normalmente somos proclives a pensar que únicamente es en las empresas de tendencia donde se producen conflictos entre la libertad ideológica o religiosa del trabajador y la del empleador. Nada más lejos de la realidad. Es verdad, como pusimos de manifiesto al inicio de este capítulo, que la uniformidad religiosa de la sociedad suele traducirse en la ausencia de problemas laborales por motivos religiosos, pero no es menos cierto que ya no es posible hablar en Europa de sociedades homogéneas en cuanto a su cultura, costumbre o religión.

El fenómeno migratorio es una de las causas de que en toda Europa ya se hable de conceptos como el de sociedad multicultural o intercultural. Esto ha traído consigo el que en las empresas «neutras», es decir aquellas que no tienen un ideario específico, hayan recalado trabajadores que, como titulares de un derecho de libertad religiosa, pretenden ejercitar el mismo.

El que la inmensa mayoría de los trabajadores están empleados en este tipo de empresas no ideológicas no tiene que implicar que deba existir una neutralización de las convicciones personales y éticas de los trabajadores. Éstos, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, tienen reconocido el derecho a manifestar públicamente su credo y a vivir conforme al mismo en todos los aspectos de su vida —también el laboral—. Ahora bien, por otro lado, el empresario también tiene derecho a gestionar la organización de su empresa del modo más adecuado para conseguir criterios de eficiencia productiva y económica. Incluso cabe la posibilidad de que el empresario trate de organizar su empresa con una serie de manifestaciones acordes a su credo religioso, sin que eso implique que sea considerada una empresa de tendencia, convirtiendo a la misma en un ejemplo de discriminación al tratar de que todos sus empleados vivan de acuerdo con sus propias exigencias morales o religiosas.

Este tránsito desde la vertiente interna a la vertiente externa de la libertad religiosa del trabajador y del empresario suele producir un importante efecto: una colisión entre derechos. Por un lado, el del trabajador a ejercer, dentro del marco que la prestación laboral convenida, las prácticas que su religión le impone y por otro, el derecho del empresario a oponer a esta pretensión las facultades derivadas de su libertad de empresa.

Las siguientes líneas están dedicadas a analizar el momento de la contratación, de la ejecución de la prestación pactada y de la extinción de la relación laboral cuando en los mismos aparece el factor religioso. Responder a la pregunta de hasta dónde puede el trabajador desarrollar el ejercicio de sus creencias religiosas en el marco de la empresa, en qué medida éstas pueden llegar a afectar al desarrollo normal de la prestación laboral, y en qué términos puede el empresario condicionar o limitar el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa del empleado. Trataremos de analizar cuáles son las soluciones adoptadas por el legislador y cuáles las decididas por la jurisprudencia siendo así que como señala Valdés Dal-Ré, «son minoría los tribunales que identifican este conflicto como... colisión entre derechos fundamentales, tendiéndolo a sustanciar como una sencilla controversia de legalidad ordinaria enjuiciada... desde una vertiente en la que los elementos ponderados son los deberes del trabajador y los poderes del empresario»²⁰⁵.

A. Libertad religiosa y el momento de la contratación

Afortunadamente, en España hoy ya no es posible postergar a nadie para acceder a un empleo por el hecho de profesar una determinada reli-

²⁰⁵ *Libertad religiosa y contrato de trabajo*, cit., p. 594

gión o creencias. En este sentido, el art. 14 de la Constitución, las Directivas 2000/43 y 2000/78 y la legislación nacional que ha desarrollado dichas Directivas han tejido un marco normativo desde el que se vigila el posible incumplimiento de esta obligación por parte del empresario, favoreciendo así la no discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral. Pero no siempre es fácil.

Como señala Valdés Dal-Ré, la violación del principio de no discriminación suele hacer su aparición normalmente en el momento de la contratación del trabajador. El motivo se encuentra en la concurrencia, durante la fase de selección, de una serie de circunstancias. «De un lado, la declaración expresa y voluntaria por parte del trabajador de su religión con vistas bien a la aplicación de las condiciones de trabajo establecidas, *religionis causa*, en el convenio colectivo bien a la lactación individual de unas condiciones laborales compatibles con el credo... De otro, la exteriorización implícita del trabajador de su convicción religiosa mediante la exhibición de algunos signos de identidad religiosa»²⁰⁶.

El problema se plantea, por tanto, cuando el empresario no quiere contratar a un determinado trabajador, bien porque profesa una determinada religión bien porque prefiere a otro que, aún no estando tan cualificado, se ajusta al perfil moral que quiere el empresario. Es verdad que en estos casos no podemos obligar al empleador a contratar a un determinado trabajador, pero no es menos cierto que éste podrá hacer uso de todos los medios de protección que le dispensa la lucha antidiscriminatoria. Y es que el derecho del trabajador a que el empresario respete la creencia, religiosa o no, de su elección ha de ser absoluto. No se deben admitir restricciones o modulaciones de este derecho y por supuesto el empresario no puede oponer al mismo ningún otro derecho, incluido el de su libertad religiosa.

En principio este problema no debería plantearse ya que, tal y como establece el art. 16.2 de la Constitución, «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias». De esta manera, si el empresario, en la entrevista de trabajo, intentase indagar acerca de las creencias del entrevistado, éste podría negarse a contestar sin sufrir ningún perjuicio por ello. Pero es evidente que la realidad no es tan simple, ya que cuando un empresario pregunta, son pocas las personas que se niegan a contestar. La necesidad de conseguir un empleo suele colocar al individuo en una situación de inferioridad y por este motivo parte de la doctrina laboralista²⁰⁷ ha

²⁰⁶ *Ibíd.*, p. 596

²⁰⁷ En España, en este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *Pruebas genéticas y Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 195 y ss.

elaborado una construcción jurídica que reconoce el «derecho a mentir» del candidato al empleo.

Este derecho «consistiría, básicamente, en que, si el empresario le somete durante el proceso de selección a una pregunta impertinente, por abordar aspectos no laborales, sino personales del candidato... podría dar una respuesta falsa conforme a cuanto considere que su interlocutor quiere escuchar, de modo tal que el planteamiento de esa cuestión (y su respuesta expresa) no le llevarán a sufrir consecuencias perjudiciales a efectos de su no selección para el puesto de trabajo a proveer»²⁰⁸. Aunque es verdad que esta solución es contraria al principio de buena fe que debe presidir las relaciones entre las partes de cualquier contrato, no es menos cierto que se nos antoja como una de las pocas soluciones reales para combatir la discriminación en el momento de la contratación.

Cuestión distinta sería el supuesto en el que el empresario, a través de sus preguntas, quiera conocer aspectos que puedan afectar al normal desarrollo de la relación laboral, ya que en ocasiones estas preguntas pueden llevar de manera indirecta a conocer las creencias religiosas del individuo. Nos estamos refiriendo al supuesto en el que es necesario saber si, por ejemplo, el trabajador está dispuesto a cumplir un horario o jornada de trabajo que pueda afectar al normal desenvolvimiento de su derecho de libertad religiosa. En esos supuestos, el trabajador, como consecuencia de la aplicación del principio de buena fe, deberá responder de forma veraz a las preguntas del empresario. Aunque no está obligado a declarar sobre cuáles son esas creencias que le impiden asumir aquellas obligaciones laborales, al menos ha de poner de manifiesto cuáles son los extremos de la oferta laboral que no se encuentra en condiciones de cumplir.

Una vez que el empresario fuese consciente de la dificultad de cumplir la prestación laboral, debería intentar valorar en qué medida podría hacer compatibles las necesidades de la empresa con el perfil del candidato. Se trataría de que adaptase, por ejemplo y siempre que fuese posible, los horarios laborales al normal cumplimiento de los deberes religiosos del candidato. Esta solución consistente en realizar ajustes en la organización empresarial, siempre que los mismos sean razonables, para permitir o facilitar la libertad religiosa de los trabajadores, aunque no ha sido todavía aceptada por nuestra doctrina se nos antoja como la más adecuada —como veremos más adelante— para resolver este tipo de conflictos.

²⁰⁸*Inmigración, Religión y Trabajo en Andalucía*, cit., p. 30

Pero si establecemos esta solución como la más adecuada y se la imponemos al empleador, también deberemos exigir al candidato al empleo honestidad al concurrir a dicho puesto de trabajo. En este sentido se manifestó la STSJ de Madrid de 27 de octubre de 1997 al dictar una sentencia en la que no reconocía la pretensión de una trabajadora musulmana que, una vez firmado el contrato de trabajo, pretendió modificar las condiciones del mismo. La actora, habiendo sido contratado el día 24 de junio de 1996, dirigió una carta a la empresa el 18 de julio de 1996 en la que pedía: «se le permita a la demandante utilizar un uniforme que no atente contra sus creencias religiosas que impiden el uso de falda corta; Se le adecue el horario de trabajo de tal forma que los viernes entre las 13:30 y las 16:30 horas no se vea obligada a trabajar por ser día de rezo colectivo y solemne para los musulmanes, así como la finalización de trabajo una hora antes de la puesta de sol durante el mes de Ramadán; no se le traslade a ningún establecimiento en el que haya de manipular o vender productos derivados del cerdo y del alcohol».

El Tribunal reconoció que sería conveniente que «los Tribunales laborales extremen su celo en lograr que las empresas adapten sus horarios de trabajo de modo que permitan a los trabajadores el normal y cómodo cumplimiento de sus deberes religiosos, así como no imponerles conductas o funciones incompatibles con sus íntimas y respetables creencias; c) Pero estas directrices exigen a la parte trabajadora una conducta especial de lealtad y buena fe, consistente en que —lo que no hizo la actora— al solicitar el puesto de trabajo indique previamente su confesión religiosa y el horario especial que ello implica, a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación en su infraestructura específica».

Aunque no podemos estar de acuerdo en que sea necesario que la trabajadora explique cuáles son sus creencias o la causa última de por qué no puede cumplir con un determinado horario, antes de la firma de un contrato, no es menos cierto que entendemos que la decisión del Tribunal apunta a la necesidad de que exista una buena fe por parte del empleado para que pueda ser exigible al empleador una acomodación razonable de la organización de su empresa.

B. Libertad religiosa y prestación de la actividad laboral

Una vez que empresario y trabajador han firmado el contrato de trabajo, comienza el desarrollo de la relación laboral. Como en el caso de la fase de contratación, el principio de neutralidad del empresario frente a las creencias religiosas del trabajador se ha de extender a lo largo de todo el

período de duración del contrato, sea cual fuere la duración del mismo o su modalidad. También, y como contrapartida, el trabajador, en principio, debería realizar todas aquellas tareas a las que se ha comprometido sin que pueda alegar motivos religiosos para oponerse a su desempeño.

Ahora bien, podría ocurrir que en la fase de contratación, el trabajador y el empresario hubiesen llegado a algún tipo de pacto de carácter individual por el que se reconociese al trabajador la especificidad de su creencia religiosa y por lo tanto se le eximiese del cumplimiento de determinadas obligaciones laborales. Esto no sería extraño si, tal y como apuntamos anteriormente, el empresario se plantease la posibilidad de adecuar las condiciones de trabajo del puesto que oferte a las creencias religiosas del trabajador.

Esta regla de la acomodación razonable de la empresa a las creencias del trabajador se ha terminado consagrando en el derecho norteamericano sin que esto signifique que no deba haber un control acerca de cuáles son las condiciones que se establecen, ya que las mismas podrían terminar generando una situación de discriminación directa o indirecta. Los actos del empresario tendentes a menospreciar o perjudicar las creencias religiosas del trabajador o que quiebren el principio de neutralidad que ha de mantener frente a las creencias de su empleado deberán reputarse nulos, tal y como establece, entre otros, el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores²⁰⁹.

Y es que, como señala Fernández Márquez, a pesar de que en Estados Unidos «el trabajador tiene derecho a afirmar su libertad religiosa en el contrato de trabajo hasta el punto en el que ello represente un perjuicio injustificado y excesivo para la empresa y que... ésta debe hasta el citado límite realizar los ajustes razonables en su organización a fin de facilitar la libertad religiosa de los trabajadores... en Europa... se ha negado esta

²⁰⁹ «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.

Serán igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

posibilidad partiendo de... la neutralidad de las empresas, no obligadas por ello a atender las demandas religiosas de los trabajadores»²¹⁰.

La ausencia en nuestro país del reconocimiento del derecho del trabajador a una acomodación razonable de la organización de la empresa por parte del empleador, y la ausencia de pactos expresos a la hora de firmar el contrato de trabajo —como consecuencia del miedo del trabajador a no conseguir el puesto ofertado— ha traído consigo que los conflictos generados por este motivo hayan tenido que ser resueltos en los tribunales de manera, a nuestro juicio, poco afortunada. El motivo es que, en su mayor parte, el trabajador los ha planteado como casos de objeción de conciencia por motivos religiosos, aunque resulta difícil defender el argumento de que el trabajador pueda tener un derecho a la objeción de conciencia por motivos religiosos y así justificar su negación a realizar determinadas tareas a las que se encuentra contractualmente obligado.

A pesar de ello, nuestro TC ha reconocido este derecho a la objeción de conciencia en dos supuestos, aunque hemos de señalar que en ambos supuestos no creemos que se trate de casos en los que hayan entrado en colisión las obligaciones laborales del empleado con el ejercicio de su derecho de libertad religiosa. Es el caso del personal sanitario perteneciente a la Seguridad Social que se niega a practicar un aborto; y en el caso de un funcionario —miembro de la policía nacional— que no quiso participar en un acto religioso.

En el caso de la objeción de conciencia a la práctica de un aborto el conflicto se plantea entre lo que determina la norma —art. 417 bis del Código Penal, que despenaliza el aborto en determinados supuestos— y las obligaciones laborales o profesionales impuestas por la relación funcional de trabajo²¹¹. Se trata pues de una objeción de conciencia atípica, toda vez que la práctica del aborto no es una obligación legal ni para la madre ni para el médico que ha de realizarla. Pese a ello, la STC 53/1985 de 13 de febrero señaló que «el derecho de objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no una regulación legal. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y, en cuanto derecho constitucional, es directamente aplicable».

²¹⁰ *Libertad religiosa y trabajo asalariado*, cit., p. 109

²¹¹ En relación con las objeciones de conciencia por motivos religiosos, vid., por todos el estudio realizado por NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997

En el segundo supuesto, un policía nacional se negó a participar en una procesión se Semana Santa al entender que su participación en el desfile lesionaría su derecho de libertad religiosa. Por su parte, las autoridades entendieron que su presencia debía entenderse como un servicio y no como una asistencia a un acto religioso. Por este motivo, alegaban que los sentimientos religiosos no podían aducirse en el ámbito laboral a la hora de realizar el servicio pues la actividad consistía en velar por la seguridad y el orden del desarrollo del acto y no en participar en los actos propios de una determinada confesión. Pues bien, en este supuesto, el TC dio la razón al demandante al entender que el servicio en cuestión se trataba «más bien, de un servicio especial cuyo principal finalidad no es garantizar el orden público, sino contribuir a realzar la solemnidad de un acto religioso de la confesión católica, como es la procesión de la hermandad tantas veces citada»²¹².

Ahora bien, esto no significa que nuestro TC haya permitido siempre que la libertad religiosa pueda ser invocada por el individuo para que éste pueda ser eximido de sus obligaciones laborales, obligaciones voluntariamente asumidas. Y al mismo tiempo, tampoco ha supuesto desde un principio el reconocimiento del derecho del empleado a que el empresario readaptase la organización de la empresa o las condiciones de trabajo. El ejemplo de lo que estamos diciendo no es sino la STC 19/1985 de 13 de febrero, que constituye, en relación al tratamiento de los derechos fundamentales del trabajador, el paradigma de la doctrina constitucional hasta bien entrada la década de los años noventa.

En el supuesto enjuiciado, una trabajadora de una empresa de limpieza cambia de religión durante el tiempo de duración de su contrato. Como consecuencia de ello pide a la empresa que le cambien el turno de trabajo o una ausencia con pérdida de salario con compensación en otras horas, al impedirle su religión trabajar desde la puesta de sol del viernes a la del sábado. El problema se centraba así en una incompatibilidad entre la práctica religiosa y el cumplimiento de las obligaciones laborales.

Para el TC lo que pretende la recurrente es el reconocimiento «de que un cambio puramente fáctico (el de sus ideas o creencias religiosas), en cuanto que es manifestación de una libertad constitucionalmente garantizadas, provoca la modificación de los contratos por ella suscritos, cuyo cumplimiento sólo será exigible, en la medida que no sea incompatible con las obligaciones que su nueva confesión religiosa le impone, llevando así

²¹² STC 101/2004, de 2 de junio.

(sin duda, con la mayor buena fe y movida seguramente de profunda religiosidad) el principio de la sujeción de todos a la Constitución (art. 9.1) a extremos inaceptables por contrarios a principios que, como el de la seguridad jurídica, son también objeto de garantía constitucional (art. 9.3)».

Para el Tribunal, «podrá existir —no hay inconveniente en reconocerlo— una incompatibilidad entre los deberes religiosos, en cuanto impongan la inactividad laboral, y la ejecución del trabajo o el cumplimiento de obligaciones laborales, pero no una coercibilidad contraria al principio de neutralidad que debe presidir, en la materia, la conducta del Empresario... partiendo del régimen de jornada establecida con carácter general para la Empresa, el otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad, que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario».

Así pues, del derecho a la libertad religiosa del trabajador no nace deber alguno para el empresario de conciliar la organización del trabajo con las prácticas religiosas y es al mismo tiempo inaceptable, en aras al principio de seguridad jurídica, que un cambio en las creencias religiosas del empleado provoque obligatoriamente la modificación de las condiciones suscritas en un contrato. De esta forma el empresario no tiene la obligación de realizar una acomodación de la organización de su empresa a las creencias religiosas del trabajador. Dependerá de la buena voluntad del mismo que el trabajador vea respetadas sus creencias.

Es verdad, como señala Valdés Dal-Ré, que «la negativa del empresario a cambiar un turno de trabajo a fin de facilitar el cumplimiento de un determinado deber religioso no constituye, en sí mismo considerado, un acto discriminatorio por motivos religiosos; constituirá, en su caso, una violación de la libertad religiosa, entendida ésta como un derecho autónomo e independiente. No obstante, no pueden ignorarse... las zonas de encuentro... entre la libertad religiosa y la prohibición de discriminación»²¹³.

Precisamente esas zonas de encuentro es lo que a nuestro juicio hace necesario que los tribunales cambien el modo de afrontar la solución a los conflictos que plantea en ocasiones el ejercicio del derecho de libertad religiosa del trabajador cuando colisiona con los derechos del empresario. Somos de la opinión de que no estamos ante un problema contractual sino

²¹³ *Libertad religiosa y contrato de trabajo*, cit., p. 595

ante un conflicto entre derechos fundamentales. Por este motivo creemos que la doctrina sostenida por el TC en su STC 19/1985 no debe sino ser superada.

A diferencia del derecho norteamericano, tal y como ya apuntamos anteriormente, las legislaciones europeas no han abordado el problema de la acomodación entre el cumplimiento de los deberes religiosos y de los laborales. En términos generales, los tribunales europeos, y nuestro TC es un ejemplo de ello, han entendido que la libertad religiosa únicamente impone al empresario una obligación de neutralidad frente a las convicciones religiosas lo que no lleva asociado «ni un deber de acomodación del funcionamiento de la organización de la empresa a las convicciones religiosas ni un deber de adaptación de las obligaciones contractuales libremente estipuladas... en ausencia de cláusulas y estipulaciones expresas»²¹⁴. Así pues, si nada hay pactado, nada puede ser exigido por el trabajador.

Esta consagración, por parte de nuestro ordenamiento, de la libertad contractual como cauce preferente para acomodar la conciliación entre las prácticas religiosas y los deberes laborales no nos parece el método más adecuado para dar solución al problema. Creemos que la libertad contractual no puede erigirse ni en el cauce obligado de configuración de los derechos fundamentales, en este caso el de libertad religiosa, ni tampoco en canon de valoración de su ejercicio. Piénsese que la realidad nos muestra cómo la más que factible frustración del pacto individual entre el trabajador y el empresario coloca siempre al primero en un dilema: la aceptación del contrato o en su caso la continuidad de su relación laboral sin que haya una acomodación de la organización de la empresa ofende su libertad religiosa pero, *sensu contrario*, la defensa de sus convicciones le priva de su trabajo.

Por eso coincidimos con Fernández Márquez en que la libertad religiosa «viene reconociéndose en el contrato de trabajo sólo en sus dimensiones menos exigentes»²¹⁵. Ésta se agota en un derecho de igualdad y no discriminación por motivos religiosos, pero siempre que éstos queden identificados con conductas negativas o a lo sumo con conductas religiosas positivas de bajo alcance, es decir, que no supongan un incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del trabajador. En ocasiones, da la sensación de que cuando concurren la libertad religiosa del empleado y el derecho del empleador a explotar eficientemente la empresa, la disyuntiva se resuelve siempre en términos de sacrificio de la libertad religiosa.

²¹⁴ *Ibíd.*, p. 602

²¹⁵ *Libertad religiosa y trabajo asalariado*, cit., p. 82

Por este motivo es necesario abogar por una transición hacia una mayor sensibilidad con los derechos religiosos de los trabajadores en el ámbito de la relación laboral. La solución al problema del ejercicio religioso en el contrato de trabajo no puede seguir resolviéndose en el marco de la perspectiva contractualista sino que debe pasar a tratarse —como ya hemos dicho en otras ocasiones— desde un punto de vista de concurrencia entre derechos, por un lado la libertad religiosa del trabajador y por otro el derecho del empleador a la propiedad y explotación de su empresa.

La adopción del principio de acomodación razonable como criterio para resolver este tipo de problemas se nos antoja el más adecuado. Creemos que los límites al ejercicio del derecho de libertad religiosa del trabajador no pueden derivar de un contrato de trabajo sino de las exigencias más amplias de la organización empresarial. «Por ello, cuando esta organización no sufra un grave perjuicio, se deben adaptar las obligaciones del trabajador a sus creencias. Si esta adaptación es factible, ello puede conducir a una modificación contractual... como una obligación exigible de conformidad con el art. 7.1 del Código Civil... De no ser así, la estricta aplicación del art. 37.1 del Estatuto de los Trabajadores conduciría, dada la posición preponderante en la práctica de la empresa frente a los trabajadores, a que el reconocimiento de un día de descanso... conforme a las creencias... quedase siempre subordinado a la voluntad del empresario»²¹⁶.

No terminamos de entender por qué la subordinación del reconocimiento de las creencias del trabajador a la voluntad del empresario es la opción que han tomado el legislador y los jueces. Ni siquiera al acudir a la Directiva 2000/78, observamos un mínimo intento del legislador europeo por ser sensible a esta cuestión. La Directiva, como señala Fernández Márquez, «limita las reglas que pueden repercutir sobre los derechos del trabajador por razones religiosas a una función meramente negativa de no discriminación (directa e indirecta), e incluso de igualdad de trato (mediante el establecimiento de acciones positivas, tales como la legitimación para accionar, procedimientos de tutela, inversión de la carga de la prueba), pero nunca hasta el extremo de reconocer al trabajador el derecho a que la afirmación de sus convicciones... pueda limitar o modular sus responsabilidades laborales, ni mucho menos la obligación del empresario de acomodar la organización de la empresa —realizando ajustes razonables— a las creencias religiosas de sus trabajadores»²¹⁷.

²¹⁶ MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo*, cit., pp. 182-183

²¹⁷ *Libertad religiosa y trabajo asalariado*, cit., pp. 86

Ahora bien, mientras que ésta es la posición del legislador en relación con el ejercicio del derecho de libertad religiosa, distinta es la posición que ocupará cuando se trata de un discapacitado. Aunque es verdad que se trata de supuestos en los que el punto de partida es distinto, no por ello hemos de dejar de mostrar nuestra extrañeza. Mientras que nada se dice cuando la situación discriminatoria tiene su origen en motivos religiosos, en el caso de que la discapacidad del individuo sea la razón la Directiva sí que prevé una acomodación razonable por parte del empresario.

De esta forma, el art. 5 establece que «a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades». Y señala el art. 7.2 que «por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral»²¹⁸.

Si el legislador ha entendido que esta acomodación razonable debe ser exigida al empresario en el caso de los discapacitados, creemos que también debería estar prevista para los supuestos en los que está en conflicto el derecho de libertad religiosa, la primera de las libertades. La ausencia de una obligación por parte del empresario de establecer esa acomodación razonable bien podría ser entendida como un supuesto de discriminación indirecta.

²¹⁸ Atendiendo a lo dispuesto por la Directiva, la Ley 13/1982, de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos introduce un nuevo art. 37 bis que señala que «1. Para garantizar la plena igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad. 2. Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario».

La apuesta por el reconocimiento de un derecho del trabajador a la «acomodación razonable de las condiciones de trabajo» cuando de la modificación de sus creencias se derivan perjuicios para el ejercicio de su libertad religiosa, mientras que no existe un gravamen excesivo para el empresario por aceptar dichos cambios, no parece que deba ser tarea imposible para el legislador. Quizás la sensación más bien sea la de que nos encontramos ante una falta de sensibilidad política. La razón tal vez se encuentre en que hoy día el moderno Derecho del trabajo, a diferencia de lo ocurrido en épocas pasadas, presta una escasa atención al factor religioso. O quizás se deba a un olvido por parte del legislador.

C. Libertad religiosa y extinción del contrato de trabajo

Ya hemos visto cómo el principio de no discriminación por motivos religiosos exige del empresario un principio de neutralidad o no confesionalidad que implica además que éste no puede imponer al trabajador sus propias creencias. Este comportamiento neutral no es exigible, en cambio, del trabajador. Este puede ejercer su derecho de libertad religiosa dentro de la empresa e incluso exigir al empresario que le sea reconocido y se le permita ejercerlo. El problema aparece cuando el ejercicio de este derecho fundamental comienza a ser abusivo dejando de ser objeto de protección jurídica y pudiendo ser, por tanto, objeto de sanción.

El problema reside en que no es fácil distinguir cuándo el poder disciplinario del empresario colisiona con el derecho fundamental de libertad religiosa del trabajador. Ejemplos de esta colisión son las ausencias que tienen como origen respetar la celebración de las festividades religiosas, el abandono del trabajo durante la jornada para rezar, la utilización de una vestimenta diferente a la oficial, etc... En estos supuestos el trabajador no pretende realizar una infracción laboral, ni tampoco pretende la anulación total o parcial del contrato de trabajo que firmó, sino que su pretensión es la de conseguir que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones contractuales que libremente adquirió, sin que ello le suponga el despido.

En Europa, los Tribunales de Justicia, ante un incumplimiento del trabajador derivado de sus convicciones religiosas, realizan lo que se ha denominado un «balance razonable» entre los derechos en conflicto. Este consiste en averiguar, por un lado, si el empresario ha adoptado las medidas oportunas para que no se produzca la colisión entre los derechos y por consiguiente se derive de ello una consecuencia negativa para el trabajador y por otro, si el trabajador al hacer efectiva su exigencia ha obrado de buena fe.

En este sentido la STSJ de Baleares de 9 de septiembre de 2002 es un buen ejemplo de lo anterior. La sentencia estimó la demanda de un conductor de la empresa municipal de transportes que, alegando motivos religiosos, cubría su cabeza con un kippah durante la prestación de servicios, lo que provocó que se le incoase por parte de la empresa un expediente disciplinario que finalizó con una sanción. La empresa, por vía del art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunció una supuesta vulneración del art. 26 del Convenio Colectivo de empresa. El motivo argumentado en defensa de su tesis fue «que este precepto regula el vestuario de los empleados de la empresa; que dicho vestuario no comprende gorra, por lo que tacha de errónea la apreciación judicial de que el uso de la mencionada prenda está permitido; que la norma debe ser respetada por todos, incluidos por quienes no firmaron los convenios y arguye, respecto de las convicciones religiosas del actor, que la Constitución establece el carácter laico del Estado».

En el caso que nos ocupa, la norma convencional establecía en su art. 26 la utilización en el trabajo, por parte de los empleados, de un vestuario concreto que además era propiedad de la empresa. Este precepto, por tanto, generaba en el trabajador la obligación de emplear ese vestuario durante la jornada laboral y al mismo tiempo el correlativo derecho al empresario de exigir que dicha uniformidad —de conformidad a lo dispuesto en el art. 5 c) del Estatuto de los Trabajadores— se respetase.

Este poder empresarial de dirección y organización de la actividad que despliega la empresa y que legitima al empresario para imponer a los trabajadores la uniformidad de vestimenta durante la prestación de su trabajo ya había sido admitida expresamente por la STS de 23 de enero de 2001, por lo que al no incluirse dentro del Convenio la utilización de gorras o prendas similares para la cabeza, el uso de la misma en principio no estaría autorizado. Ahora bien, la STS arriba mencionada también señalaba que, en defecto de pacto colectivo o individual entre los interesados, la determinación competirá al empresario «salvo, naturalmente, que la decisión patronal atente a la dignidad y honor del trabajador, prevista en los arts. 4, 18 y 20 del ET, o a cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución».

En el supuesto enjuiciado por el TSJ de Baleares, la sentencia señalaba en su fundamento jurídico segundo que «aunque la sentencia no lo consigne, de manera sorprendente, entre los que declara probados, es hecho clave alegado en la demanda y corroborado de pleno en juicio que aquél (el conductor) es miembro de la Comunidad Israelita de Mallorca y practicante de la religión judía desde hace unos 23 años, así como que esta cre-

encia considera necesario tener siempre cubierta la cabeza en señal de respeto a la divinidad (fol. 14)».

Así pues, no estamos en este supuesto ante un incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones laborales contraídas con la empresa sino que el caso que se planteaba ante el tribunal era el de la ponderación de dos derechos, por un lado, «el derecho de la empresa a dirigir la actividad laboral (art. 20.1 del ET) y el derecho fundamental a la libertad religiosa de uno de sus empleados (art. 16.1 CE, desarrollado por la Ley Orgánica (LO) 7/1980, de 5 de julio)»²¹⁹.

La cuestión, por tanto, consiste en determinar si el ejercicio del derecho de libertad religiosa por parte del trabajador ha de ser limitado para así no lesionar los derechos del empresario. En este sentido, es una constatación unánime en nuestra doctrina y jurisprudencia, y así lo pone de manifiesto también el TSJ de Baleares en la sentencia que comentamos, que no existen derechos ilimitados. De hecho nuestro TC ha impuesto un criterio restrictivo en la interpretación de las limitaciones a los derechos fundamentales al señalar en su STC 159/1986 que «la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras del mismo. De ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos».

Y este fue también el criterio seguido por el TSJ de Baleares en el caso que nos ocupa al señalar que «un conflicto de las características del que aquí se examina no admite una solución única. Dependerá de las circunstancias que concurran en cada situación concreta, ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatibles con ellos. En el caso de autos, no consta, —y la demandada ni tan sólo lo alega—, que la conducta del actor haya causado algún tipo de daño o menoscabo a la imagen de la empresa, incidente o trastorno cualquiera durante la ejecución del servicio o, más en general, ninguna clase de perjuicio. Y así debe ser, ya que está probado que la empresa vino consintiendo durante años que el actor se cubriera con gorra, sin que haya explicado, ni siquiera mínimamente, a qué responde su reciente y brusco cambio de actitud y su actual intolerancia. Luego si ni la actividad laboral ni los intereses empresariales sufren en absoluto, no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa, rayana, pues, en el auto-

²¹⁹ STSJ de Baleares, de 9 de septiembre de 2002.

ritarismo, que hiera, sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados; máxime cuando la demandada es una empresa municipal y por tanto perteneciente al sector público, y puede que, por ello, más comprometida que las de puro carácter privado con el cumplimiento efectivo de los valores constitucionales». Finalmente, el tribunal resolvió a favor del empleado reconociendo su derecho a no ser sancionado.

Ahora bien, mientras que en Europa, y en este caso España, atendemos a una jurisprudencia casuística para resolver estos casos, la jurisprudencia estadounidense, por el contrario, aunque también acudiría a las circunstancias concretas del caso, ha terminado elaborando una serie de criterios a fin de evaluar los casos de acomodación razonable en atención a la religión de los empleados. Así, tal y como señala Valdés Dal-Ré ²²⁰, el trabajador necesita acreditar: a) tener una creencia religiosa de buena fe, que no exige la pertenencia a una iglesia determinada, y que entra en conflicto con las obligaciones contractuales; b) haber informado al empresario sobre dicha creencia; y c) haber sido sancionado por negarse a cumplir las obligaciones derivadas del contrato. Una vez que han sido ofrecidos estos indicios al empresario, éste deberá probar, para poder sancionar al infractor, que no le es posible una acomodación razonable sin incurrir en una dificultad excesiva.

Esta acomodación, además, le tiene que suponer al empresario unos costes mínimos, de tal manera que la solución dada por el empresario podría ser incluso la no deseada por el trabajador. Por tanto la solución adoptada no tiene por qué asegurar a los trabajadores la observancia de su religión a cualquier precio. Si las creencias no quieren ser vulneradas, el sacrificio ha de soportarlo quien las tiene ²²¹ y no quien no las tiene, de tal manera que si el trabajador no está de acuerdo siempre le quedaría el recurso de la dimisión. Lo cual demuestra que al final esta solución tampoco parece ser la definitiva. «La exigencia del pacto individual de acomodación puede ser útil en los momentos iniciales de la prestación laboral... pero la aplicación de la solución contractual no termina de ajustarse a los supuestos de cambio de creencias... y se desajusta por completo cuando la negativa del empresario a aceptar la acomodación ha ido precedida por ofertas razonables del trabajador» ²²².

²²⁰ Vid., *Libertad religiosa y contrato de trabajo*, cit., pp. 600 y ss.

²²¹ Vid., en este sentido la STC 166/1996 de 28 de octubre.

²²² *Libertad religiosa y contrato de trabajo*, cit., p. 606

D. Convenios colectivos y libertad religiosa: el descanso laboral y las festividades religiosas

La utilización de la figura del Convenio colectivo como instrumento para erradicar supuestas situaciones discriminatorias, se nos antoja como el más adecuado y menos costoso de llevar a cabo. De hecho, la Directiva 2000/78 en su art. 13.2 señala que «siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración al nivel apropiado, de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de aplicación».

Pues bien, en el ámbito laboral, quizás una de las cuestiones que mayor problema plantea en relación con el ejercicio del derecho de libertad religiosa sea el relativo al reconocimiento del derecho al descanso laboral y las festividades religiosas. A pesar de ello, ni las autoridades ni tampoco los agentes sociales —sindicatos y empresarios— han querido adoptar una medida en este sentido, que fuese coherente con lo dispuesto en la Directiva 2000/78. Y es que no nos vale como solución que el Convenio recoja en su articulado una mención genérica al respeto del derecho de libertad religiosa del trabajador. Los diferentes Acuerdos entre el Estado español y las confesiones religiosas, al reconocer el derecho al descanso laboral y a la celebración de las festividades religiosas trasladaron la regulación de esta materia a la autonomía de la voluntad de trabajadores y empresarios. De tal manera que el empresario se ha convertido en la pieza bisagra y por tanto en el responsable de que este derecho pueda ser ejercitado o no por el trabajador dentro de la empresa.

Por lo que se refiere al descanso laboral, en el ámbito del Derecho interno, el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone que «los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal... de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo». Se establece además la posibilidad de que el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social y previa consulta a las Organizaciones Sindicales y Empresariales más representativas, establezca regímenes de descanso alternativos en aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran²²³.

²²³ Vid. artículo 37.1, párrafo 2º, en relación con el artículo 34.7

Aunque resulta inevitable aludir a la tradición católica de nuestro país como fundamento de la institución del domingo como día de descanso semanal —no en vano así se recoge también en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, cuyo artículo III establece que «el Estado reconoce como días festivos todos los domingos»—, el TC ha insistido en su carácter secular. Según sus propias palabras, «que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición, se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues... el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el «domingo» como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición»²²⁴.

De hecho, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con los judíos a quienes se le impide, no ya sólo trabajar, sino la realización de cualquier actividad mundana el sábado o los días de fiesta²²⁵, la Iglesia católica no prohíbe trabajar en domingo, puesto que el Código de Derecho canónico²²⁶ lo único que establece es que los fieles tienen la obligación de participar en la misa dominical y que se abstendrán de realizar aquellos trabajos y actividades que impidan dar culto a Dios, gozar de la alegría propia del Señor o disfrutar del debido descanso de la mente y del cuerpo.

En el caso de los musulmanes, las dificultades que se plantean no son, ni de lejos, comparables a las que surgen respecto a judíos o adventistas. «En este sentido, si bien es cierto que la mayoría de los países islámicos fijan el viernes como día de descanso semanal, mientras que el día de precepto para judíos y adventistas es el sábado, hay que poner de relieve que, ni la consideración del viernes como día de reposo es una práctica generalizada —aunque sí muy extendida— en los países islá-

²²⁴ STC 19/1981, de 13 de febrero. Según el Tribunal Constitucional, «esta secularización —no podía ser de otro modo, dada la confesionalidad que proclama el artículo 16 de la Constitución— se mantiene en el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores... [que establece] la posibilidad de modificar esta regla general —dispositiva, en este sentido— por convenio colectivo, contrato de trabajo (también por disposición legal o autorización de la autoridad competente), con lo que está remitiendo a la voluntad concordada de las partes la fijación del día de descanso. Puesto que la voluntad de las partes no se limita en la Ley, ni en cuanto al contenido del acuerdo ni en cuanto a su causa justificadora, el Estatuto otorga carácter dispositivo a la determinación del día del descanso, que es, por tanto, indiferente para el legislador».

²²⁵ Lo que incluye, por ejemplo, el ejercicio del derecho de voto en unas elecciones.

²²⁶ *Vid.* canon 1247

micos²²⁷, ni puede decirse que el establecimiento del viernes, ni de ningún otro día de la semana, como día de reposo, obedezca a la tradición islámica, que es ajena a la institución del descanso semanal, sino a la difusión de la normativa internacional en materia de tutela de los trabajadores. A partir de aquí, parece razonable que la mayor parte de los países islámicos se hayan decantado por el viernes, como día de descanso semanal, por cuanto es el día dedicado a la oración colectiva en la mezquita»²²⁸.

Ello explica que, a diferencia de lo que se dispone en los acuerdos con la FEREDE —para el caso de los adventistas, puesto que el descanso semanal del resto de las confesiones pertenecientes a dicha federación coincide con el establecido en la legislación del Estado— y FCI, que contemplan la posibilidad, siempre que medie acuerdo entre las partes, de sustituir el régimen de descanso semanal previsto en el Estatuto de los Trabajadores por la tarde del viernes y el día completo del sábado²²⁹, en el artículo 12.1 del Acuerdo con los musulmanes se prevea únicamente que «los miembros de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la «Comisión Islámica de España» que lo deseen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas», añadiendo que «será necesario el previo acuerdo entre las partes» y que «las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas, sin compensación alguna».

En relación con las festividades religiosas, el Estatuto de los Trabajadores establece en el artículo 37.2 que «las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales» y que «en cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo,

²²⁷ No lo es en Turquía —país laico, es verdad— ni en Líbano —estado pluriconfesional, pero tampoco en estados de innegable tradición e inspiración islámica como Túnez y Senegal —todos ellos establecen el domingo como día de reposo—, ni en Marruecos, cuya legislación permite elegir entre viernes, sábado y domingo. Así lo revela un estudio de ALUFFI BECK-PECCOZ, R., *Tempo, lavoro e culto nei paesi musulmani*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2000.

²²⁸ GARCÍA-PARDO, D., *Descanso semanal y festividades religiosas islámicas*, en MOTILLA, A. (ED.), *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 171-172

²²⁹ El artículo 12.1 del Acuerdo con los evangélicos, y en análogos términos el del Acuerdo con los israelitas, dispone que «el descanso laboral semanal, para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas... cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores como regla general».

1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España»²³⁰. Aunque pudiese parecer que sólo dos de ellas tienen carácter religioso para los católicos, lo cierto es que la mayor parte de las fiestas —ya sea a nivel nacional, autonómico o local— tienen este carácter. Por lo que respecta al resto de confesiones con Acuerdo, también se prevé en este caso, siempre que medie acuerdo entre las partes, la posibilidad de sustituir las festividades y conmemoraciones religiosas a que se refiere el artículo 12 de cada uno de los Acuerdos, por las establecidas en el artículo 37.2 del Estatuto de los trabajadores, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de los fieles de las respectivas comunidades.

Habida cuenta la indeterminación de la cláusula contenida en estos Acuerdos, y de la difícil situación en que deja a los trabajadores al condicionar la eficacia del derecho a conmemorar las festividades religiosas al acuerdo entre las partes —con las dificultades que ello conlleva para el efectivo ejercicio del derecho por parte de los fieles—, parece que el lugar apropiado para dar virtualidad práctica a tal derecho son los convenios colectivos. No sólo se constituyen en el instrumento indicado para determinar las concretas condiciones de trabajo para un determinado sector en un ámbito geográfico determinado sino porque además, en la negociación de dichos convenios los trabajadores están en mejores condiciones de hacer valer sus derechos de las que se encuentra un único trabajador a la hora de acordar los términos del contrato con el empresario.

Ya hemos puesto de manifiesto la escasa sensibilidad que han mostrado los agentes sociales —sindicatos y empresarios— ante las diferentes creencias que pueden existir entre los trabajadores de los diferentes sectores productivos. Pero pese a esta apatía, lo cierto es que en los últimos tiempos algunos convenios colectivos han incluido cláusulas que, si bien muy limitadamente, reconocen a los trabajadores el derecho a conmemorar las propias festividades.

Tal es el caso del Convenio Colectivo del Sector «Trabajo en el Campo» de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, cuya publicación e inscripción ha sido ordenada por Resolución de la Dirección General de Trabajo y Salud Laboral, de 4 de febrero de 2003. Su artículo 24 dispone que «los trabajadores que, por sus ideas religiosas, celebren fiestas diferentes a las del calendario laboral con un máximo de dos días por año, por

²³⁰ El párrafo cuarto del citado precepto dispone, además, que «las Comunidades Autónomas, dentro del límite anual de catorce días festivos, podrán señalar aquellas fiestas que por tradición les sean propias, sustituyendo para ello las de ámbito nacional que se determinen reglamentariamente».

ejemplo «La Fiesta Chica»^[231] y «La Fiesta del Cordero»^[232] disfrutarán de un día de permiso no retribuido coincidiendo con la fecha en que cada una de ellas tenga lugar. Asimismo durante el mes de Ramadán la jornada podrá ser continuada». Aunque el precepto no se refiere expresamente a los trabajadores musulmanes es evidente que está dirigido a ellos, como se deduce claramente de las festividades a que se alude. Aunque esto no significa, sin embargo, y dada la redacción del mismo, que sería también aplicable a los trabajadores de otras creencias religiosas —como los adventistas o los judíos— dado que las fiestas citadas son únicamente a título de ejemplo, y obedece al hecho de que el problema se planteaba con los trabajadores islámicos.

Cabe resaltar el hecho de que en el Convenio lo que se reconoce es el derecho a disfrutar de dos días de permiso, no remunerados, y que se configura como un derecho no sujeto a la necesidad de un nuevo acuerdo con el empresario, ni siquiera a las necesidades de producción. No se excluye, en todo caso, la posibilidad de que los trabajadores puedan eventualmente llegar a un acuerdo con los empleadores con relación a la posibilidad de disfrutar de días libres con ocasión de la conmemoración de otras festividades, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12.2, que reconoce la posibilidad —siempre que medie acuerdo entre las partes— de sustituir tales festividades, reconociéndoles, por lo tanto, el carácter de «retribuidas y no recuperables».

Por otro lado, también la Delegación del Gobierno en Ceuta ha acordado la inscripción y aprobación de tres convenios colectivos que incluyen cláusulas relativas al derecho de los musulmanes a conmemorar sus festividades. Se trata de los convenios de los sectores de la Construcción para el año 2002, aprobado por Acuerdo de 8 julio 2002; de Hostelería para los años 2002 y 2003, aprobado por Acuerdo de 16 de julio de 2002; y del Metal para los años 2002 y 2003, aprobado por Acuerdo de 26 de julio de 2002. Así, y a modo de ejemplo, el Convenio del Sector de la Hostelería dispone que «de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de Julio, de Libertad Religiosa y conforme al acuerdo de cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España de 28 de Abril de 1992, las festividades y conmemoraciones que a continuación se expresan que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosa, *podrán sustituir* a cualquiera de las establecidas a nivel nacional o local, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables. Tal petición de sustitución será a petición de los

²³¹ Que corresponde a la fiesta Idu Al-Fitr, en que se celebra la culminación del Ramadán.

²³² Fiesta Idu Al-Adha, que celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham.

fieles de las Comunidades Islámicas de España, obrando como criterio general la concesión de la permuta de las fiestas siempre que las necesidades del servicio para atención al cliente así lo permitan. El día de IDU AL-FITR celebra la culminación, del Ayuno de Ramadán. El día de IDU AL-ADRA celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham»²³³.

En el mismo sentido, y mucho más reciente es el II Convenio Colectivo de la Federación de fútbol de Ceuta, firmado en 2007. Por su parte el Convenio del Metal, a diferencia de las anteriores, no vincula la posibilidad de realizar dichos cambios al hecho de que las necesidades del servicio lo permitan²³⁴, ni a la necesidad de acuerdo entre las partes, si bien cabe entender que tal sustitución requiere del consenso del empresario y que éste autorizará el cambio únicamente si las necesidades del servicio lo permiten.

También en Melilla se han firmado convenios colectivos o acuerdos que reconocen el derecho de los creyentes musulmanes al descanso semanal y a celebrar sus festividades religiosas. En la Resolución y Acta del VIII Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Ciudad Autónoma de Melilla de 2005, concretamente en su artículo 21, apartado 1, se recoge la posibilidad de licencia de «dos días al año de libre disposición, por razones de libertad religiosa o aconfesional, que no vengán reconocidos como fiestas en el calendario laboral». Este mismo derecho es reconocido en el Convenio Colectivo para el 2004 de la Sociedad Pública de Información Municipal de Melilla S.A. en su artículo 21.2, apartado 1. Existen otros tantos Convenios colectivos en los que se recogen como días festivos

²³³ En términos análogos, el anexo 5 del Convenio para el Sector de la Construcción establece que «las festividades y conmemoraciones que a continuación se expresan, que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosa, podrán sustituir, siempre que medie acuerdo entre las partes, a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 37.2 con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de los fieles de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la «Comisión Islámica de España», y siempre que las necesidades de la empresa queden debidamente atendidas. El día IDU AL-FITR, celebra la culminación del Ayuno de Ramadán. El día IDU AL-ADHA, celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham».

²³⁴ «De acuerdo con la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de Julio, de Libertad Religiosa, y conforme al acuerdo de cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España de 28 de Abril de 1992, las festividades y conmemoraciones que a continuación se expresan, que según la Ley Islámica tienen carácter de religiosa, podrán sustituir a cualquiera de las establecidas a nivel nacional o local, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables. Tal petición de sustitución será a petición de los fieles de las Comunidades Islámicas de España. Las fiestas son las siguientes: El día de IUD AL-FITR, que celebra la culminación del mes de Ayuno de Ramadán. El día de IDU AL-ADHA, que celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham».

algunos relacionados con las creencias islámicas. A modo de ejemplo, podemos destacar el Convenio colectivo del sector de Panadería de la Ciudad Autónoma de Melilla de 2004, que en su artículo 26.5 determina como no laborable la fiesta musulmana denominada A id-El Kabir. También la Comisión Permanente de Administraciones Públicas, en acuerdo adoptado por unanimidad en sesión extraordinaria celebrada el 27 de septiembre de 2005 propuso conceder a los empleados públicos un día festivo más manteniendo los servicios mínimos, que sería el día de la fiesta musulmana de sacrificio; acuerdo que fue aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión celebrada el día 18 de noviembre del mismo año.

Aunque la firma de este tipo de convenios colectivos responde a lo expresado en la letra de la Directiva 2000/78, lo cierto es que, tal y como señala García-Pardo²³⁵, el alcance de estas cláusulas es muy limitado ya que en estos convenios se recogen únicamente dos de las seis fiestas — aunque son las más importantes— a que se refiere el Acuerdo de los musulmanes; además, de dichas fiestas sólo se reconoce un día como festivo, cuando, tal y como se recoge en los acuerdos, dichas festividades comprenden respectivamente tres días. Esto puede llevarnos a pensar que el resultado de la negociación colectiva en este caso parece que es negativo puesto que, amén de no obtener garantía adicional alguna respecto de la posibilidad de conmemorar las propias festividades, se produce una clara restricción cuantitativa del mencionado derecho al reducirse, no ya el número de festividades, sino la extensión de las mismas. Quizás sea necesario replantear esta cuestión y pensar que no es necesario que el día de Año nuevo y la Natividad del Señor, estas personas tengan que descansar. Tal vez, en esos casos sea posible que el trabajador pueda cambiar esas fiestas por las suyas propias.

Otra de las cuestiones que mayores problemas presenta es el ayuno durante el período de Ramadán. En este sentido, cabe recordar que la reducción de la jornada de trabajo en una hora al día durante el Ramadán es una de las viejas demandas de los inmigrantes norteafricanos que trabajan en los invernaderos almerienses. En España, el artículo 12.1 del Acuerdo con los islámicos prevé que, durante el mes de ayuno, los miembros de las comunidades islámicas pertenecientes a la C.I.E. puedan solicitar «la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol». Pero también en este caso, se prevé la necesidad de previo acuerdo entre las partes y la necesidad de recuperar las horas dejadas de trabajar. El instrumento ideal para atender a las necesidades de los trabajadores islá-

²³⁵ Vid., *Descanso semanal y festividades religiosas islámicas*, cit., pp. 188-189

micos vuelve a ser la figura de los convenios colectivos pero la práctica nos demuestra la escasa sensibilidad de los empresarios con esta cuestión. De hecho, como vimos con anterioridad, en el Convenio Colectivo de Trabajo en el Campo de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares se reconoce la posibilidad de que durante el período de Ramadán la jornada sea continuada, pero se hace depender de las condiciones de producción y, en último término, de la decisión del empleador.

5. SEGURIDAD SOCIAL Y LIBERTAD RELIGIOSA

En principio, cualquier persona que tenga derecho a ello no debería ver limitado o constreñido su derecho a recibir las prestaciones correspondientes. Varias son las cuestiones que se plantean en relación con el ejercicio del derecho de libertad religiosa dentro del ámbito de la Seguridad Social. El problema surge cuando, como consecuencia de las creencias religiosas, el individuo —que es beneficiario del sistema— se ve obligado a buscar las prestaciones a que tiene derecho fuera del sistema público o no recibe, como consecuencia de su pertenencia a una determinada confesión, aquellas prestaciones a las que considera que tiene derecho e intenta conseguir estas prestaciones alegando discriminación por motivos religiosos.

5.1. Asistencia sanitaria

Una vez que el individuo ostenta la condición de beneficiario, el ordenamiento establece que la utilización de las prestaciones se realice con los medios de que se dispone en el Sistema Nacional de Salud²³⁶. A partir de esta previsión, la consecuencia lógica es que cuando una persona utilice unos servicios médicos distintos de los que le han sido asignados, los órganos competentes no tendrán la obligación de abonar los gastos que aquéllos ocasionen²³⁷. Esto no significa que el legislador no haya previsto que, en aquellos casos en los que no le sea posible cubrir tal contingencia, la declaración de exclusividad a favor de los medios públicos desaparezca. En esos casos, las autoridades competentes deberán proceder al reintegro de los gastos ocasionados al paciente.

²³⁶ *Vid.*, en este sentido art.4.3 del RD 1030/2006 por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud; y el art. 9 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

²³⁷ *Vid.*, art. 17 de la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad.

La cuestión que nos interesa, en este sentido, es determinar si la alegación de motivos religiosos dada por el enfermo, con el consecuente abandono de la sanidad pública, significa el posterior reintegro de los gastos que le ocasiona la sanidad privada o, en su caso la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración. El paradigma lo constituyen los Testigos de Jehová quienes, atendiendo a mandatos religiosos, se niegan a que se les transfunda sangre acudiendo en esos casos a centros privados para que se les realice la intervención correspondiente sin que quebranten sus leyes divinas.

La STC 166/1996, de 28 de octubre, vino a resolver el problema al denegar a un Testigo de Jehová el reintegro de los gastos que le había originado su tratamiento en una clínica privada. Señala el tribunal que «conviene recordar que el cuadro de las prestaciones exigibles a la Seguridad Social es de configuración legal, y que, como ya ha declarado este tribunal «el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que éste se configure como un régimen legal, en el que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico [STC 65/1987]».

Así el art. 17 de la Ley General de Sanidad establece que «las Administraciones públicas... no abonarán a los ciudadanos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios distintos de aquellos que les correspondan».

De las «obligaciones del Estado y de otras tendentes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias. La prestación de una asistencia médica en los términos exigidos por el recurrente supondría... una excepcionalidad, que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición... el art. 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato. Y como lo pretendido en la demanda no es asegurar un trato igualitario, pues igualitario es el régimen legalmente establecido para dispensar la asistencia sanitaria, sino cabalmente se pretende lo contrario: modificar, en razón de sus creencias religiosas, el tratamiento médico ordinario, condicionando a la vez la actuación técnica de los facul-

tativos. No puede apreciarse por tanto la denunciada vulneración del derecho fundamental a la igualdad en la ley reconocido por el art. 14».

En el mismo sentido se han manifestado, en sentencias posteriores, distintos Tribunales de Justicia²³⁸. Baste, a modo de ejemplo lo expresado en la STSJ de Galicia de 24 de abril de 1997 que señala que «la libertad religiosa, reconocida como derecho fundamental en el art. 16.1 de la Constitución española y regulada por la LOLR obviamente ampara la decisión de aquel beneficiario de la Seguridad Social que no acepte el tratamiento médico por sus servicios indicado, cuya coactiva realización, indudablemente supondría vulneración flagrante de tal derecho. Mas del mismo... no puede derivar la consecuencia de que la Sanidad Pública esté obligada a prestar la concreta asistencia reclamada en los términos que un singular precepto de determinada confesión impone. Ello implicaría, de un lado, la imposición de criterios facultativos distintos a los mantenidos por los responsables médicos del caso que podrían afectar a reglas deontológicas en función de la fiabilidad de prácticas profesionales distintas; y a la adquisición, montaje y aplicación de medios técnicos no exigidos por el alcance de su cobertura normal, que contraría las exigencias de economía e igualdad que... son principios rectores ex lege de la política sanitaria a la que han de ajustarse las Administraciones Públicas de tal sector. El Estado debe respetar las creencias religiosas; pero no tiene el deber de financiar aquellos aspectos de las mismas que no sean acreedores de protección o fomento desde el punto de vista del interés general. En definitiva, ha de concluirse que las consecuencias de todo orden (también las económicas) que derivan de la observancia del precepto religioso que nos ocupa han de ser asumidas por quien al mismo quiera atenerse; y que el supuesto que motiva la pretensión actora no puede ser considerado como denegación injustificada de la prestación de la asistencia sanitaria debida».

Somos de la opinión de que esta doctrina difícilmente casaría hoy día con el espíritu de lo dispuesto en la Directiva 2000/78. Es verdad que el derecho de libertad religiosa no es un derecho absoluto. Y que su ejercicio tiene unos límites que han sido fijados por el legislador. Pero al mismo tiempo somos de la opinión de que estos límites han de ser flexibles. En materia de creencias no es posible regular desde la uniformidad, pues la experiencia nos muestra cómo esa es la primera de las causas de discriminación.

En este sentido, nos parece de enorme interés el voto particular que, en relación con la STC 166/1996, emitió el Magistrado González Campos.

²³⁸ *Vid.*, entre otras, la STS de 14 de abril de 1994; STSJ de Castilla y León de 6 de abril de 2001; STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2001; o la STSJ de Galicia de 25 de enero de 2002.

Para éste, «la libertad religiosa, al igual que la libertad ideológica, en su manifestación externa incluye también la adopción de actitudes y conductas del titular del derecho constitucional como se desprende de los términos del art. 16, estando sometida tan sólo en su ejercicio a la limitación que dicho precepto enuncia y que aquí ciertamente no concurre. Lo que supone, correlativamente, que los poderes públicos no pueden perturbar o impedir ni la adopción ni el mantenimiento de una determinada ideología ni tampoco de la religión que se profesa; generándose la lesión del derecho constitucional cuando exista una relación causal entre el acto o la omisión de aquéllos y la conducta del sujeto que invoca el derecho fundamental [STC 120/1990]».

«La indivisibilidad de los derechos fundamentales no permite que la actividad prestacional en esta materia —que corresponde garantizar a los poderes públicos y, por tanto, no puede ser deferida, sin más, a la decisión de los profesionales médicos que forman parte de los Centros de la Seguridad Social—, aun teniendo como base la uniformidad de las prestaciones para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos [STC 124/1989], permanezca al margen de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza. Por lo que no cabe excluir o desconocer las exigencias que se derivan de la libertad religiosa sin desconocer o excluir, al mismo tiempo, el mayor valor de esta libertad en nuestro ordenamiento. Y ello supondría... un injustificado olvido del mandato constitucional a los poderes públicos de promover las condiciones para hacer real y efectiva la libertad del individuo y de los grupos en que se integra... máxime... si el recurrente no ha solicitado una prestación de asistencia médica a la que no tenga derecho, sino sólo que se le preste en condiciones que no vulneren sus creencias religiosas; y sin que exista... imposibilidad de que tal asistencia pueda prestarse en esas condiciones... en los Centros de la Seguridad Social, dados los medios técnicos disponibles. Ni tampoco resulta que ello sea contrario en todo caso a la *lex artis*, pues se ha practicado en esas condiciones en Centros médicos privados... el presente caso nos sitúa ante un acto de los poderes públicos impeditivo del mantenimiento de las creencias religiosas del recurrente».

5.2. Pensión de viudedad

Si tuviésemos que definir el sistema matrimonial español, señalaríamos que se acerca a un sistema de matrimonio civil con pluralidad de formas ya que, como señala la ley, será posible contraer matrimonio en forma religiosa y que éste tenga efectos civiles. De hecho, el Código civil, en su

art. 49.2 establece que cualquier español podrá contraer matrimonio en aquellas formas religiosas previstas. Y señala en su art. 59 que «el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste». Finalmente, producirá efectos civiles desde su celebración aunque para el pleno reconocimiento de efectos civiles será necesaria su inscripción en el Registro civil. «La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro civil...»²³⁹.

Esta posibilidad da respuesta a lo establecido en el art. 2.1.b) de la LOLR como parte del contenido del derecho de libertad religiosa del individuo. Ahora bien, en la práctica nuestro ordenamiento sólo ha reconocido la posibilidad de que el matrimonio religioso tenga efectos civiles, a aquellas confesiones religiosas que han firmado acuerdos de cooperación con el Estado. Y además este reconocimiento no lo ha sido en un plano de igualdad. Si acudimos a lo dispuesto en el art. VI²⁴⁰ del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado y la Santa Sede, observamos que el legislador abre la posibilidad de obtener efectos civiles a las resoluciones canónicas sobre nulidad y dispensa de matrimonio rato y no consumado. Lo que significa que, bajo ciertos límites, las normas sustantivas de la Iglesia católica son tenidas en cuenta por nuestro ordenamiento. En el caso del resto de confesiones que han firmado un acuerdo con el Estado, que son la FEREDE, la CIE y la FCI, el art. 7 de los respectivos acuerdos atribuye efectos civiles a estos matrimonios siempre y cuando se inscriba en el Registro civil y haya cumplido los requisitos que a estos efectos se exigen en la ley y el acuerdo.

No vamos a detenernos en la regulación del matrimonio religioso pero sí creemos necesario poner de manifiesto que, como consecuencia del

²³⁹ Art. 63 del Código civil.

²⁴⁰ «1. El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio; 2. Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, podrán acudir a los Tribunales Eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal Civil competente...».

reconocimiento de efectos civiles al matrimonio musulmán, se han producido algunos desajustes en relación con la posición que ocupa el individuo —según el derecho religioso— y los derechos que le otorga el legislador.

El principal problema se plantea en relación con el reconocimiento que de la poligamia realiza la religión musulmana y la posición económica en que quedan las mujeres de un matrimonio poligámico cuando fallece el marido. Nos estamos refiriendo a la situación de desamparo en que pueden quedar las mismas a la hora de determinar quién ha de percibir la pensión de viudedad.

La regulación que de la pensión de viudedad realizan los arts. 171 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social, reconoce el derecho a la prestación al «cónyuge superviviente» siempre que se reúnan la totalidad de los requisitos exigidos²⁴¹, entre los que se impone como indispensable la existencia de un vínculo matrimonial entre el causante y el beneficiario. En este sentido, el TC en una doctrina ya muy consolidada, ha afirmado la necesidad de su imposición —ese vínculo matrimonial— «como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social... no pugna con el art. 14 de la Constitución pues, entre otras consideraciones, es preciso recordar que no serán necesariamente incompatibles con el art. 39. 1 de la Constitución, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras uniones convivenciales...»²⁴².

Si aplicamos esta normativa y el sentir de la jurisprudencia al supuesto de los matrimonios musulmanes, mientras estos sean monógamos no habrá ningún problema. El conflicto surgirá en el momento en que, como consecuencia de un matrimonio poligámico al fallecido le sobrevivan varios cónyuges. Hay autores que señalan que de lo dispuesto en el art. 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social, se desprende que sólo cabe la posibilidad de que exista un único cónyuge supérstite²⁴³. Reforzando esta oposición a la posibilidad de reconocer la poligamia, el Código civil

²⁴¹ Un estudio en profundidad es el realizado por PÉREZ ALONSO, M.A., *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

²⁴² En este sentido, vid por todas la STC 29/1992, de 9 de marzo o más recientemente el ATC 393/2004, de 19 de octubre.

²⁴³ En este sentido *vid.*, DE NO VÁZQUEZ, M.F., *Poligamia y pensión de viudedad*, «Actualidad Laboral», n° 16, 2004, p. 1910 y MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual*, «Aranzadi Social», n° 10, 2005, p. 79

prohíbe en su art. 46 contraer matrimonio a quien ya esté ligado por un vínculo anterior y el Código Penal castiga en su art. 217 aquellos que contraigan un segundo matrimonio a sabiendas de que subsiste el anterior. Además, el art. 39 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, señala que «el extranjero podrá reagrupar con él a España a... a) su cónyuge... En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial...».

Sensu contrario, nuestro ordenamiento reconoce a cualquier español el derecho a contraer matrimonio «fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración»²⁴⁴, así como a los extranjeros celebrarlo «en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos»²⁴⁵. Esto significa que, como señala Del Val Tena, la misma eficacia debería tener el vínculo que alcanza fuera de España un extranjero al amparo de su legislación nacional²⁴⁶. Estas situaciones son las que pueden generar —como ya ha ocurrido— matrimonios polígamos en los cuales, tras la muerte del causante, las viudas litigarán por obtener la pensión de viudedad.

En un supuesto ocurrido en Galicia el TSJ, en una sentencia de 2 de abril de 2002, determinó repartir a partes iguales entre dos mujeres la pensión de viudedad que les correspondía como consecuencia del fallecimiento de su marido, un trabajador senegalés. Afirma la sentencia que, «con el contexto de los arts. 49 y 50 del Código Civil es dable reconocer los matrimonios celebrados conforme a leyes extranjeras si fueron contrados de conformidad con el ordenamiento del lugar donde fueron celebrados; reconocerlos si fueron celebrados conforme al derecho extranjero en vigor. Desde lo anterior, a pesar de la proscripción en nuestro país de la bigamia y de la excepción de orden público (el art. 12.3 del Código Civil dispone que en ningún caso tendría aplicación la ley extranjera «cuando resulte contraria al orden público»), sin perjuicio de la incompatibilidad que del sistema matrimonial extranjero con el propio se manifiesta y que, por supuesto, se afirma y subsiste, sí cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos que del vínculo matrimonial contraído conforme a aquél por el

²⁴⁴ Art. 49.2 del Código civil.

²⁴⁵ Art. 50 del Código civil.

²⁴⁶ Vid. DEL VAL TENA, A.L., *Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la extensión del concepto de beneficiario*, «Actualidad Laboral», n° 3, 2003, p. 51

causante con las actoras se derivan en nuestro país en el contexto prestacional de Seguridad Social de que aquí se trata; es decir, que procede reconocer a las demandantes la pensión correspondiente como efecto derivado del matrimonio que contrajo el causante con cada una de ellas conforme a su legislación nacional. Como así lo ha reconocido la sentencia de instancia, sin que el Instituto Nacional de la Seguridad Social formulase su recurso impugnación en tal sentido. Y ello guarda armonía con el hecho de que el concepto de orden público, si bien constituido por normas de derecho interno de aplicación necesaria cualquiera que sean los elementos extranjeros concurrentes, en todo caso, habiendo de implicar que la ley extranjera entra en contradicción manifiesta con los principios jurídicos fundamentales propios, admite matizaciones o flexibilizaciones; ya la STS de 22-11-1977 (RJ 1977, 4284) dijo que la excepción de orden público no es regla absolutamente rígida sino que admite «inflexiones».

Esta argumentación defendida por el tribunal nos parece enormemente acertada toda vez que aplica el llamado «efecto atenuado del orden público»²⁴⁷. En esta flexibilización de la aplicación del concepto de orden público, en realidad no sólo se atiende a la norma sino sobre todo al resultado de su aplicación. De lo que se trata es de que los derechos de la persona afectada se vean lesionados en la menor medida posible, de tal manera que la intensidad en la aplicación del concepto de orden público se hace depender del grado de vinculación de la relación jurídica y de quienes la invocan en el foro.

A este respecto señala Motilla que «en el derecho de los países de la Unión Europea y en materia de derecho Internacional Privado, se ha producido una evolución en cuanto a la consideración hacia los problemas que plantea la inmigración musulmana y, en general, la multiculturalidad. A diferencia de etapas anteriores, donde a través de una concepción rígida y extensiva del orden público internacional se intentaba evitar la aplicación de la ley extranjera contrastante con los valores de la sociedad occidental, favoreciendo en los casos de instituciones basadas en otros modelos culturales la invocación de la ley del foro, el Derecho Internacional contem-

²⁴⁷ La aplicación de este concepto no es sino consecuencia de la crisis del concepto de orden público, tradicionalmente empleado por los tribunales para evitar la penetración en nuestro ordenamiento de instituciones extrañas que se consideraban lesivas de los valores básicos del ordenamiento. Actualmente los operadores jurídicos se han dado cuenta de que el recurso al orden público para rechazar instituciones como la poligamia o el repudio, se vuelve en contra de los valores que se pretende proteger y que no son otros que la dignidad e igualdad de la mujer. En este sentido vid., COMBALÍA, Z., *Recepción del derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 90 y ss.

poráneo suele huir de soluciones conflictuales uniformes y rígidas. La adopción de fórmulas flexibles, que tengan en cuenta a la vez las exigencias del Derecho extranjero dentro del respeto a la soberanía de los Estados, y la salvaguarda de unas mínimas exigencias del ordenamiento del foro, se refleja en las instituciones claves del ámbito iusprivatista»²⁴⁸.

Ahora bien, la STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 señala que «no cabe, sin embargo, la pretensión de las demandantes de que les sea reconocida a cada una viudedad «in integrum». La legalidad de los matrimonios del causante en su país de origen, si bien tiene en el ámbito que aquí opera la aptitud jurídica que se dejó dicha no la tiene en orden a provocar la causación de pensión de viudedad íntegra autónoma para cada viuda sino, entrando también en juego en este aspecto (como limitador o delimitador) el orden público, estrictamente la de nuestro sistema de Seguridad Social en cuanto que reconoce viudedad al cónyuge superviviente causándose una pensión de viudedad o única prestación del 45% de la base reguladora correspondiente (art. 174 LGSS, art. 8 de la O. de 13-2-1967 ...). No prevista ni considerada legalmente viable la causación de una pensión de viudedad íntegra propia para cada cónyuge superviviente, la consecuencia procedente es la distribución entre éstos de la pensión de viudedad única causada. En este punto, la sentencia de instancia dice que la «totalidad de la misma habrá de repartirse entre ambas viudas, sin que pueda ser aplicable lo que al efecto señala el núm. 2 del art. 174 de la LGSS ... porque el supuesto es distinto ...» (F. Jurídico 3º). No habiendo previsión al efecto, pues en el caso los dos vínculos conyugales estaban vigentes al tiempo de causarse la pensión de que se trata, sería factible la aplicación analógica — art. 4.1 del Código Civil— de las previsiones del art. 174.2 LGSS y jurisprudencia al efecto (SSTS de 10-11-1999 [RJ 1999, 9501], 26-1-1999 [RJ 2000, 7646] y 17-7-2000 [RJ 2000, 9643] ...), para cuando ha mediado una separación judicial o un divorcio del causante respecto del primer cónyuge, entendiéndose que la cuantía de la pensión debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante; tanto más cuanto que en el caso presente aparece contraído el matrimonio con Amina S. en 1981 y con Ana D. en 1974. El juzgador de instancia adopta, como ya se dijo, el criterio de distribución de la pensión a partes iguales, por mitad entre ambas esposas, que en todo caso ha de ser mantenido, puesto que referido criterio y consiguiente pronunciamiento no ha sido objeto de oportuna impugnación en

²⁴⁸ MOTILLA DE LA CALLE, A., *Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España. Problemas en la adaptación del derecho de familia al ordenamiento español*, en CALVO CARAVACA, A. y BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Globalización y Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2003, p. 391

Suplicación: ni por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en el recurso interpuesto; ni, especialmente, por las demandantes en el suyo, que se limita a interesar la revocación de la sentencia de instancia «exclusivamente» para que se les reconozca «a cada una de las demandantes, y como pensión de viudedad, el 45% de la base reguladora del causante ...»».

6. LA UTILIZACIÓN DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS: EL USO DEL VELO

La utilización de pañuelos u otras vestimentas con significación religiosa por parte de la mujer musulmana parece haber sido tradicional desde los orígenes del Islam, en las distintas modalidades de las diferentes etnias y culturas que componen la Umma²⁴⁹. Sea o no el velo un imperativo religioso, o su utilización pertenezca más a las costumbres étnicas, la obligatoriedad moral de su uso para el creyente es la misma. Y es que en realidad no es fácil separar los elementos religiosos y étnicos en el Islam. Esta religión, como es bien sabido, cubre una vasta área social y política; cultura, religión y moral son, para el creyente musulmán, la misma cosa. Y el velo representa para la mujer musulmana la seña de su identidad, la expresión visual de la sociedad a la que pertenece. Frente a ello, la percepción europea de las niñas con velo ha sido, para ciertos sectores sociales, la emergencia de un peligro. En este sentido, al igual que la mezquita significa la visualización del Islam en la ciudad, el aumento de los pañuelos en las mujeres es esa misma presencia aunque en las personas, un rasgo más de la afirmación de una comunidad y de una religión que poco tiene que ver con los valores de la cultura occidental.

Creemos que la prohibición de su uso es un ejemplo de discriminación por motivos religiosos previsto en la Directiva 2000/78. Sólo se nos ocurre la prohibición del mismo en el ámbito laboral y siempre que por razones de la actividad que se desarrolla, el uso del mismo contravenga normas de seguridad e higiene o cuando el trabajador debe usar equipos de protección individual en el desarrollo de su prestación. En el resto de supuestos, en España, y a diferencia de lo que ocurre en países de nuestro entorno como

²⁴⁹ La variedad de «vestidos» religiosos es enorme, y depende en buena medida del área geográfica y del país concreto. Pero a grandes rasgos se distingue entre el hiyab, pañuelo de cabeza que puede combinarse con otras prendas o llevar solo; el chador, utilizado en la zona de Persia, es un vestido negro que cubre desde la cabeza a los pies dejando el rostro al descubierto; y el burka, prenda amplia que cubre como una funda enteramente a la mujer, con una rejilla que le permite ver.

Francia y Alemania, no es posible prohibir el uso del velo. Las siguientes líneas están dedicadas a demostrar como en España, a diferencia de otros países, no incurrimos en prácticas discriminatorias.

6.1. El uso del velo en la escuela

En España el índice creciente de población inmigrante, principalmente de origen marroquí, ha ocasionado que se produzcan los primeros casos de absentismo escolar ante la negativa de padres e hijas musulmanas a asistir al colegio sin el velo. En febrero del 2002 se ocasionó una fuerte polémica social en torno al caso de una niña marroquí de 13 años, Fátima Ledrisse, residente en El Escorial, que tenía plaza en un colegio concertado de la localidad, de ideario católico. Al no acudir al mismo porque se exigía uniforme, la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Madrid, a fin de evitar por más tiempo la ausencia del colegio de la niña, la escolarizó provisionalmente en el Colegio Público Juan de Herrera de El Escorial. Sin embargo, la Directora del Centro se negó a que llevase el *hiyab* por considerarlo un símbolo de discriminación de la mujer. La Consejería de Educación, en uso de sus atribuciones, zanjó la cuestión ordenando a la Directora la admisión de Fátima sin condiciones. La decisión se justificó en el derecho a la educación de la niña, que debe ser prioritaria, y en el respeto a la identidad cultural de la menor cuando la manifestación externa de ésta no contraviene normativa legal alguna que impida asistir a clase con esa prenda.

La evolución posterior de los hechos ha demostrado que la flexibilidad y el diálogo como fórmula para llegar a soluciones, son criterios aconsejables para evitar la tensión social²⁵⁰. Una actitud permisiva frente al velo islámico debería ser el criterio general, como ocurre en poblaciones con una alta tasa de musulmanes. En la Ciudad Autónoma de Melilla, por ejemplo, los alumnos de religión musulmana alcanzan el 50% de la población estudiantil y en todos los centros se permite a las alumnas llevar el *hiyab* en las clases, sin que conste problema alguno al respecto.

Los límites al derecho a portar signos religiosos o culturales son los generales del derecho de libertad religiosa —el respeto a los derechos de los demás en el ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, la salvaguardan de la seguridad, de la salud y de la moralidad públi-

²⁵⁰ *Vid.*, en este sentido y en relación con el derecho a la libertad religiosa del menor, el estudio realizado por PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, Religión y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001

ca—, así como las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público en general. Es obvio por tanto que el uso en la escuela pública del atuendo islámico —del *hiyab*— no viola ninguno de los límites señalados y debe ser permitido en aras del respeto del derecho de expresión y manifestación religiosa y cultural del alumno. Sólo se nos ocurre que en los centros privados con ideario, sus reglamentos internos puedan imponer uniformes obligatorios para los alumnos que no contemplen el uso del pañuelo islámico.

Por el contrario, distinta respuesta plantea, a la luz de nuestro Derecho, la pretensión o la inasistencia a las clases donde llevar velo islámico sea, en principio, incompatible con la actividad que se va a realizar, problema que singularmente se plantea en la educación física²⁵¹. Si verdaderamente se diera esa incompatibilidad, creemos con Motilla²⁵², que el interés superior del menor, principio consagrado en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, lleva a que prevalezca la obligación de asistencia a clase. Así lo han afirmado nuestros tribunales en otros casos en que los padres o los alumnos de centros públicos planteaban el derecho de éstos a la inasistencia a determinadas clases por motivos de conciencia²⁵³. En todo caso, la incompatibilidad entre el velo y la práctica de la clase puede que no exista por lo que, guiados por los criterios de flexibilidad en el respeto de derechos aparentemente en conflicto, y el acuer-

²⁵¹ Ya ha aparecido en los medios de comunicación social españoles algún problema de abstención de musulmanes de clases obligatorias. En concreto, se informaba de que una escolar de nacionalidad paquistaní escolarizada en un colegio de Almería se negaba a asistir a clases de educación física por motivos religiosos (vid., Diario ABC, 26 de febrero del 2002).

²⁵² Vid. MOTILLA, A., *La libertad de vestimenta: el velo islámico*, en MOTILLA, A. (ed.), *Los musulmanes en España...*, cit., pp. 109 y ss.

²⁵³ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 23 de marzo de 1998, plantea el caso de una alumna que deja de asistir a clases de educación sexual por ser contrarias a sus convicciones morales y religiosas, y en consecuencia, no supera la evaluación de conocimientos. El Tribunal confirma el suspenso, rechazando la demanda, basándose en los arts. 35 y 38 del R.D. 732/1995 de 5 de mayo, por el que se regulan los Derechos y Deberes de los Alumnos, donde se impone el deber de asistir a las clases y a participar en las actividades orientadas al desarrollo de los planes de estudio, una vez que se ha aprobado el proyecto educativo del centro cuyo contenido es obligatorio para los integrantes de la comunidad educativa: «... el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones morales, religiosas o ideológicas —concluye la Sentencia— no constituye un derecho ilimitado, sino que debe ser observado en relación con los derechos que la C.E. reconoce al resto de los agentes de la comunidad educativa, de forma tal que no resulta ajustado a derecho tratar de imponer una diferencia de trato o discriminación positiva a partir de las propias ideas, ni elegir o predeterminar en función de un ideario particular el contenido del proyecto educativo de un centro público, sin perjuicio de que el derecho a un determinado tipo de educación resulte asegurado mediante el derecho a la libre creación de centros docentes...».

do entre las partes, muy probablemente la mayor parte de los casos pueden resolverse de forma pacífica.

Si atendemos al supuesto de que sea el profesor quien lleve la vestimenta religiosa, la respuesta no diferirá de lo dicho anteriormente. No cabe duda que, en el ámbito de la escuela pública del que estamos tratando, el derecho de los profesores a manifestar externamente sus creencias religiosas quedará más limitado dependiendo de que la laicidad del Estado se conciba como el deber de apartar de la escuela todo símbolo o enseñanza religiosa en aras de garantizar una enseñanza en igualdad en los valores seculares y racionales —aquella que denominamos laicidad de combate—, o bien simplemente aspire a mantener una cierta neutralidad con el fin de respetar el pluralismo religioso de padres y alumnos. En todo caso, esa neutralidad limitará con mayor intensidad el derecho de los profesores, encargados de esa enseñanza neutral, que la de los alumnos.

Pero en España, la interpretación que el TC da a los principios de aconfesionalidad del Estado y de cooperación, que conjuntamente convergen en un sistema jurídico de «laicidad positiva», hace que la neutralidad de la escuela pública pueda ser compatibilizada con el derecho de los profesores a la manifestación de sus creencias religiosas de una manera menos restrictiva que en otros ordenamientos como el francés y suizo²⁵⁴. Todo dependerá de si el profesor trabaja en un colegio público o en uno con un ideario determinado. El TC, en el supuesto de profesores que ejercen su función en colegios con un ideario determinado, ha determinado que sólo los ataques abiertos o solapados, explicitados en conductas manifiestas, hacen que el despido del profesor sea legítimo²⁵⁵, mientras que en la escuela pública la libertad del profesor es siempre mayor pues, al carecer de ideario, la actividad del docente sólo está limitada por la neutralidad en el sentido de no adoctrinamiento ideológico de los alumnos.

Por este motivo, debemos concluir señalando que el hecho de que un profesor lleve el pañuelo islámico en la escuela pública, como expresión de sus creencias religiosas, no es motivo suficiente de sanción disciplinaria, puesto que no puede ser estimado como una violación de sus obligaciones como funcionario público²⁵⁶, ni prueba su inaptitud para el desempeño de

²⁵⁴ *Vid.*, en este sentido el análisis de la situación en Europa que realiza MOTILLA en *La libertad de vestimenta...*, cit., pp. 121-132

²⁵⁵ *Vid.*, STC 5/1981 de 13 de febrero.

²⁵⁶ Como es natural, no hay norma alguna que impida llevar el pañuelo islámico a los funcionarios públicos, salvo, claro está, que pertenezcan a cuerpos con uniformes reglamentario. El D 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, tan sólo impone a estos el decoro en sus actos y conductas (art. 80).

su misión. Únicamente si utilizara sus clases como medio de proselitismo religioso, o defendiera explícitamente posturas intolerantes o discriminatorias —contrarias, por tanto a los valores o principios de la Constitución— podría darse una causa legítima de despido, separación del servicio o suspensión de funciones, según los casos.

6.2. Velo islámico y seguridad pública

El uso del *hiyab* puede afectar a aspectos relacionados con las potestades administrativas de protección de la seguridad ciudadana. Aunque la misma naturaleza del pañuelo impide que sea considerado un elemento que dificulta en la vía pública la identificación de la persona, al contrario de lo que ocurre con otros vestidos como el burka afgano, sí puede contravenir las reglamentaciones administrativas nacionales en torno a la identificación de las personas como sería en el caso de las fotografías del titular de los documentos nacionales de identidad, pasaportes, u otras tarjetas acreditativas de la personalidad.

En el Derecho español, la normativa que rige las características de las fotografías que se incluyan en el DNI exige que el titular vaya con la cabeza destapada. Efectivamente, el art.5 del RD 2002/1979, de 20 de julio, requiere que «el documento nacional de identidad llevará incorporada la fotografía del rostro del titular, de frente, y con la cabeza descubierta...». Igual disposición se incluye entre los requisitos para la obtención del Pasaporte²⁵⁷. Si bien la literalidad de la norma conduciría a que la Administración rechazara las fotografías de mujeres musulmanas que, por motivos religiosos o tradicionales, llevaran la cabeza cubierta con el *hiyab*, lo cierto es que, en la práctica, por vía de hecho, se admiten las fotos con pañuelo islámico tanto para el DNI, como para la obtención del Pasaporte o de la Tarjeta de Identificación de Extranjeros. No parece que, con las técnicas actuales de identificación personal, afecte el hecho de llevar pañuelo, y sí es una muestra de tolerancia y de querer evitar problemas con las minorías religiosas. En todo caso, y siendo así, sería conveniente modificar la normativa reglamentaria para permitir legalmente lo que la praxis ya admite.

²⁵⁷ El art.16 del RD 1064/1988 enumera, como documentación para la obtención del Pasaporte, «dos fotografías del titular, tamaño carnet, en blanco y negro o color, en posición de frente y descubierto, midiendo la parte correspondiente al rostro un mínimo de dos centímetros de alto por uno y medio de ancho».

7. OTROS POSIBLES SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS

7.1. Alimentación religiosa en centros públicos

Nuestra Constitución garantiza el derecho de libertad religiosa no sólo a los nacionales sino también a los extranjeros²⁵⁸, y la alimentación a partir de determinadas prescripciones religiosas no es sino una manifestación del ejercicio del derecho de libertad religiosa del que son titulares el individuo y las confesiones religiosas. Pero el texto constitucional no se ha limitado a reconocer este derecho sino que, como parte del contenido positivo del mismo, establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»²⁵⁹.

Como quiera que en el caso de los musulmanes y judíos, que es el que nos ocupa, el Estado ha de procurar hacer efectivo su derecho a la alimentación religiosa, tendrá que armonizar su legislación con esas normas religiosas. Para hacer posible esta pretensión, el Acuerdo firmado entre el Estado español y la CIE en 1992²⁶⁰, regula en el artículo 14 las tres grandes cuestiones que preocupan a las comunidades musulmanas: el reconocimiento y registro de la denominación «Halal», el sacrificio ritual de los animales, y la alimentación religiosa en centros públicos²⁶¹.

²⁵⁸ Artículo 13 «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». En este sentido, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, señala en su artículo 3 que «1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas».

²⁵⁹ Artículo 9.2 de la Constitución.

²⁶⁰ También los judíos tienen reconocido este derecho en el art. 14 del Acuerdo de 1992. Dicho art. Establece que «1. De acuerdo con la dimensión espiritual y las particularidades específicas de la tradición judía, las denominaciones Casher y sus variantes... son las que sirven para distinguir los productos alimentarios y cosméticos elaborados de acuerdo con la Ley judía ...»

²⁶¹ *Vid.*, en este sentido el trabajo de ROSSELL, J., *Prescripciones alimentarias en el Islam: sacrificio ritual y alimentación Halal*, en MOTILLA, A. (ED.), *Los musulmanes en España...*, cit., pp. 205-229

El art. 14.4 del Acuerdo con la CIE se establece que «la alimentación de los internados en centros o establecimientos públicos y dependencias militares, y la de los alumnos musulmanes de los centros docentes públicos y privados concertados que lo soliciten, se procurará adecuar a los preceptos religiosos islámicos, así como el horario de comidas durante el mes de ayuno (Ramadán)». Ahora bien, el texto de este artículo, al igual que ocurre con otras materias reguladas en el Acuerdo, vuelve a no ser lo suficientemente explícito como para poder deducir del mismo que existe un derecho subjetivo del fiel a exigir que en las instituciones mencionadas, la alimentación se adecue a las exigencias de la Ley islámica.

Además, la deficiente redacción no deja suficientemente claro en qué consiste el compromiso de la Administración. La expresión «se procurará adecuar a los preceptos religiosos islámicos», implica que caben dos posibilidades: bien suprimir del menú que se ofrece la carne de cerdo bien elaborar conforme a lo establecido por la ley islámica un menú específico para el musulmán. En el primer caso, la Administración no debería poner inconvenientes a la petición del interesado. Si es posible respetar la alimentación de un celíaco, un diabético o simplemente de aquellas personas que siguen un régimen por estar convalecientes de una enfermedad, de la misma manera ha de estar previsto, si se avisa con suficiente antelación, sustituir la carne de cerdo por otro alimento. En cambio, muchas más dificultades presentaría la elaboración de un menú Halal ya que no bastaría con que éste no contenga carne de cerdo sino que además ha de elaborarse sólo con productos Halal. Esto supone que en el centro público ha de estar empleado un cocinero que conozca esta particularidad o cuando menos una autoridad religiosa que certifique que dicho menú es Halal. Esta solución implicaría un gasto adicional para la Administración, que no parece que esté dispuesta a asumir, pues la alimentación sólo se ofrecerá previa solicitud del interesado y siempre que resulte posible sin grave incomodo para la Administración.

Pero adopte la Administración una solución u otra, para poder hacer efectivo el derecho a la alimentación religiosa es necesario que desarrolle la legislación que afecta al funcionamiento de las instituciones nombradas en el Acuerdo con la CIE. Nuestra legislación no señala nada en el caso de los hospitales, los colegios o las Fuerzas Armadas, aunque esto no signifique que en la práctica se respete en esos centros la petición del individuo. Únicamente se ha previsto normativamente la posibilidad de hacer efectivo este derecho en los centros penitenciarios y en los lugares de internamiento de extranjeros.

En los centros penitenciarios, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, establece en su artículo 54 que «la Admi-

nistración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse». Se reconoce, por tanto, el derecho de los musulmanes a ser alimentados conforme a sus creencias, aunque el legislador no se obliga a asumir esta misión pues, en relación con la alimentación religiosa, únicamente la prevé cuando sea posible. Así se desprende de lo establecido en el artículo 21.2²⁶² de la ley y en el 226.1²⁶³ del Reglamento que la desarrolla.

Por lo que se refiere a los centros de internamiento de extranjeros, el Ministerio del Interior ha previsto en una Orden Ministerial de 22 de febrero que «la Dirección del Centro garantizará y respetará la libertad religiosa de los extranjeros ingresados, facilitando, dentro de las posibilidades económicas del centro, los medios para su práctica. Asimismo, facilitará que los extranjeros puedan respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y las actividades del centro y los derechos fundamentales de los restantes extranjeros ingresados»²⁶⁴. También en este caso el ejercicio del derecho se vuelve a ver sometido a la discrecionalidad de la Administración.

La solución adoptada, que ya se reflejaba en el propio Acuerdo, fue pensada por el legislador —quizás con la excepción del supuesto de los centros de internamiento para extranjeros— cuando todavía en España era extraño que se diesen estas situaciones. De ahí que la Administración invocase la solución casuística de cada supuesto. La situación hoy día ha cambiado. Cada vez hay más presos de origen musulmán e nuestras cárceles; como consecuencia de la inmigración, va aumentando el número de alumnos musulmanes en los centros docentes; y en las Fuerzas Armadas, a raíz de la población musulmana que existe en Ceuta y Melilla, está incrementando el número de reclutas de esta religión en los cuarteles de esas ciudades. Todo esto hace necesario que el legislador tome conciencia de la

²⁶² «La Administración proporcionará a los internos una alimentación controlada por el médico, convenientemente preparada y que responda en cantidad y calidad a las normas dietéticas y de higiene, teniendo en cuenta su estado de salud, la naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, sus convicciones filosóficas y religiosas...».

²⁶³ «En todos los Centros penitenciarios se proporcionará a los internos una alimentación convenientemente preparada, que debe responder a las exigencias dietéticas de la población penitenciaria y a las especificidades de edad, salud, trabajo, clima, costumbres y, en la medida de lo posible, convicciones personales y religiosas». Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

²⁶⁴ Artículo 32 de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

situación y empiece a modificar una legislación que se nos antoja, en este sentido, anticuada. La solución no pasa por establecer menús Halal en todos los centros públicos pero quizás no estaría de más que se adoptase la solución prevista por la Comunidad de Madrid en el Convenio de colaboración firmado con la UCIDE donde, como consecuencia de las transferencias recibidas de la Administración estatal, se establece la posibilidad de «facilitar comida Halal en aquellos hospitales, guarderías, centros de ayuda o de asistencia social de carácter público ... en los que el número de usuarios de religión islámica resulte significativo, si media petición al respecto por parte de los mismos»²⁶⁵. El único problema será determinar, por parte de la Administración, qué número de personas son necesarias para que éste resulte significativo.

7.2. Festividades religiosas

Anteriormente, al analizar los problemas que plantea el ejercicio del derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral, hemos hecho referencia a los conflictos entre el trabajador y el empresario con motivo del descanso en la jornada laboral y el derecho a conmemorar las festividades religiosas. Pero no sólo este colectivo es el que puede ver afectado su derecho. Existen ocasiones en que los fieles de una determinada confesión pueden ver constreñido su derecho de libertad religiosa al querer ejercer éste en situaciones en las que podría ocasionarse un perjuicio bien al resto de individuos bien al normal funcionamiento de la institución en la que se encuentran. Nos estamos refiriendo al supuesto de los estudiantes en el colegio o el de aquellas personas que quieren acceder a la función pública mediante el desarrollo de unas pruebas selectivas. Como quiera que los términos en que se plantea el problema no son los mismos que en el caso de los trabajadores, es evidente que la solución prevista es distinta.

De esta forma, el artículo 12.3 del Acuerdo con la CIE. establece que «los alumnos musulmanes que cursen estudios en centros de enseñanza públicos o privados concertados, estarán dispensados de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes en el día del viernes durante las horas a que se refiere el número 1 de este artículo y en las festividades y conmemoraciones religiosas anteriormente expresadas, a petición propia o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela». Idéntica previsión se encuentra en los artículos 12.2 del Acuerdo con la FEREDE, con relación

²⁶⁵ Cláusula tercera, letra e).

al período comprendido entre la puesta de sol del viernes y la del sábado, y 12.3 del Acuerdo con la FCI respecto al mismo período y en relación con las festividades judías. Ahora bien, en el caso de los judíos y los protestantes y en lo que se refiere al descanso semanal, lo cierto es que los problemas que se generan son mínimos, toda vez que el sábado es un día no lectivo.

El texto de los Acuerdos reconoce un auténtico derecho de los alumnos a no asistir a clase o a los exámenes. Derecho que pueden ejercer por sí, o bien a través de sus padres o tutores, en el caso de que estén aún sometidos a la patria potestad o a la tutela. Este derecho de los alumnos no está sujeto a condición alguna, aunque sólo podrá ejercerse en los centros docentes sostenidos con fondos públicos, ya sean de titularidad pública o privada. Nada se dice, sin embargo, en relación a la posibilidad de que el alumno se ausente de las clases o de los exámenes en los centros privados. Si así fuera, es decir, si no existiese esa posibilidad, nos encontraríamos ante un claro supuesto de discriminación para los alumnos de tales centros. En este sentido, algunos autores como García-Pardo²⁶⁶ y Ramírez Navalón han puesto de relieve la inexistencia de inconvenientes en ampliar la referida dispensa a los alumnos de los centros privados que no tengan carácter confesional. Y es que, como señala Ramírez Navalón, en el caso de los alumnos de centros privados confesionales, «se debe respetar este derecho... ya que no supone una quiebra de los derechos propios del centro y éste... debe respetar los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos»²⁶⁷. Ahora bien, de momento la legislación no ha querido ser más explícita con lo que en caso de que se produzca el conflicto deberemos esperar a lo que establezcan los tribunales de justicia.

El único inconveniente que creemos que presenta la letra del Acuerdo es que en el mismo no se prevé cómo se han de recuperar las horas de ausencia y, lo que es más importante, qué ocurre en el caso de que la práctica religiosa coincida con la realización de un examen. Es de suponer que, en este último supuesto se dé la oportunidad al alumno de realizar el examen en fecha u horario alternativo, tal y como sucede cuando la ausencia obedece a otros motivos —por ejemplo, una enfermedad—. Pero nada lo garantiza, y ciertamente hubiera resultado conveniente incluir una refe-

²⁶⁶ Vid., *Descanso semanal y festividades religiosas islámicas*, cit., pp. 198 y ss.

²⁶⁷ RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., *Las festividades religiosas*, en AA. VV., *Acuerdos del Estado Español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Universidad Pontificia de Salamanca-Caja de Salamanca y Soria, Salamanca, 1994, p. 253

rencia en el aludido precepto en el sentido de garantizar la posibilidad de realizar tales exámenes²⁶⁸.

El artículo 12.4 del Acuerdo con la CIE dispone, asimismo, que «los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas convocadas para el ingreso en las Administraciones Públicas, que hayan de celebrarse en los días a que se refiere el número anterior, serán señalados, para los musulmanes que lo soliciten, en una fecha alternativa, cuando no haya causa motivada que lo impida». Análogas disposiciones se encuentran en el artículo 12.4 del Acuerdos con israelitas y 12.3 del Acuerdo con los evangélicos, si bien en este último caso no se prevé ni siquiera que hayan de ser los fieles de las iglesias pertenecientes a la F.E.R.E.D.E. los que tengan que solicitar expresamente el cambio de fecha.

Al igual que en el ámbito escolar, la posibilidad de solicitar la celebración de este tipo de pruebas en una fecha alternativa se configura como un derecho de los musulmanes no sujeto a la necesidad de acuerdo alguno con la autoridad que convoca la prueba. En este caso, sin embargo, se establece que dicha posibilidad está sujeta a la no existencia de circunstancias que lo impidan, con los problemas de interpretación que ello conlleva. Y es que la valoración de las referidas circunstancias corresponderá a la autoridad convocante, por lo que la virtualidad de este derecho dependerá en gran medida de la amplitud con que dicha cláusula se interprete aunque en última instancia su razonabilidad deberá ser valorada por los tribunales.

Esta labor de interpretación no está exenta de dificultades, ya que la realización de pruebas en jornadas u horarios distintos a los del resto de los opositores puede generar situaciones de desigualdad. En realidad, tal y como sostiene Martínez-Torrón, «se hubieran evitado problemas interpretativos si se hubiera establecido claramente que la administración está obligada a determinar el calendario de exámenes con respeto a los deberes religiosos de inactividad de aquellos concursantes que hagan saber su situación en el momento oportuno»²⁶⁹.

En relación con esta cuestión, creemos necesario acudir a la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de octubre de 1976 en el caso Prais contra el Consejo de las Comunidades Europeas. Esta sentencia resuelve un recurso planteado por una ciudadana

²⁶⁸ En este sentido, *vid.* RUANO ESPINA, L., *Derecho e Islam en España*, «Ius Canonicum», XLIII, 86, 2003, pp. 518-519

²⁶⁹ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Ed. Comares, Granada, 1994, p. 156

de religión judía que alegaba vulneración de su derecho de libertad religiosa al no haber podido realizar las pruebas escritas para el acceso al estatuto funcional del Consejo por haber sido fijadas dichas pruebas coincidiendo con un día festivo para los judíos. Aunque el Tribunal desestimó el recurso, al entender que la recurrente no había avisado a la autoridad convocante con la suficiente antelación, reconoció que la exigencia de la concursante era digna de protección por parte de la Comunidad y que, de haber planteado la misma con suficiente antelación, el Consejo debería haber fijado otra fecha para la celebración del mencionado concurso.

Pues bien, en este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en una sentencia de 18 de mayo de 1999 realizó una interpretación del artículo 12.3 del Acuerdo con la F.E.R.E.D.E. con el que no podemos estar de acuerdo. Dicha sentencia resolvía la posible vulneración del derecho de libertad religiosa y de culto de un opositor como consecuencia del señalamiento de las pruebas en día coincidente con una festividad religiosa, al habersele denegado el traslado de la fecha de la prueba.

El Tribunal, que en gran parte se remite y reproduce la STC 19/1985, de 13 de febrero de 1985, niega la existencia de tal vulneración e insiste en que «sólo cuando se produce la negativa a... [la] libertad [religiosa] íntima... o se haya negado la exteriorización de... [las] creencias o convicciones religiosas o... se haya cuestionado el acotamiento negativo... [a que se refiere el artículo 16.2] se produce la vulneración del derecho fundamental», y estima que en el supuesto que enjuicia «de lo que se trata es que la Administración no ha dispensado al actor de acudir al llamamiento único señalado para realizar el segundo ejercicio de la oposición en el día señalado, de modo que, bien entendido, no le ha posibilitado el cumplimiento de sus deberes religiosos, que es algo sustancialmente bien distinto de una actuación coercitiva impositiva de la práctica religiosa, tal vulneración no se ha producido».

Posteriormente, al referirse el Tribunal al artículo 12.3 del Acuerdo, que subordina la fijación de la fecha alternativa al hecho de que «no haya causa motivada que lo impida» señala que «en el supuesto examinado, el Tribunal Calificador, dentro de sus facultades, no accedió a la petición de la recurrente de realizar el segundo ejercicio de la oposición libre convocada para la provisión de plazas de Auxiliares de Administración General en día distinto al sábado por tratarse de un llamamiento único y que debía ser realizado en el mismo acto por todos los opositores con el fin de garantizar el principio de igualdad establecido en la Constitución Española»²⁷⁰ siendo

²⁷⁰ En el mismo sentido se había pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Prais contra el Consejo.

este motivo «suficiente para justificar la exigencia del referido artículo 12.3, por lo que la pretensión de la recurrente debe ser desestimada»

No podemos estar de acuerdo con la solución adoptada por el tribunal y, en este sentido, suscribimos el voto particular que a esta sentencia sostuvo el Magistrado Ricardo Cubero. En dicho voto señala que «el deber de los Tribunales calificadores de señalar fecha alternativa al sábado para la realización de pruebas selectivas por los fieles de la Iglesia Adventista, impuesto por el art. 12.3 del Acuerdo entre el Estado Español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, recogido en la Ley 24/1992, «cuando no haya causa motivada que lo impida», resultó incumplido». En su opinión, «el hecho de que para la realización de aquel segundo ejercicio lo fuere por medio de un llamamiento único, no constituía ni es impedimento para que aquel opositor hubiese realizado la prueba otro día distinto del sábado, como lo demuestra los varios precedentes administrativos traídos por la demanda y prueba». Y en este sentido cita el Magistrado diferentes Resoluciones de la Administración pública en las que se reconoce este derecho al opositor²⁷¹.

Es verdad que la realización de las pruebas en un día distinto del fijado —tratándose de un llamamiento único— puede provocar situaciones de desigualdad. Bien porque, al fijar una fecha alternativa, el concursante o los concursantes que realizan la prueba en día distinto tienen más —o menos— días para preparar la misma, bien porque los candidatos que rea-

²⁷¹ Se citan los siguientes: «Resolución de 20 de junio de 1994, dictada por el Subsecretario, por delegación del Ministro, del Ministerio para las Administraciones Públicas que, estimando el recurso jerárquico, reconoció a un determinado concursante, que profesaba la religión adventista, el derecho a realizar las correspondientes pruebas selectivas en fecha alternativa al sábado; del Director General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 18 de enero de 1994, que, como venía haciendo en otras ocasiones semejantes para respetar las creencias religiosas de los aspirantes conciliándolo con las necesidades impuestas por la organización de los exámenes, ofreció a la concursante interesada la realización del ejercicio en día distinto al sábado, y concretamente después de la puesta del sol del sábado señalado para el resto de los aspirantes, adoptando entretanto la incomunicación de la solicitante; y la dictada el 21 de junio de 1994 por el Tribunal de Oposiciones del Cuerpo de Gestión de la Hacienda Pública, que estimó la solicitud de un opositor, miembro también de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, para realizar el ejercicio, señalado para las cuatro y media de la tarde del sábado día 25 de junio de 1994, a partir de haber declinado la tarde del sábado, tiempo intermedio durante el que el solicitante permanecería aislado en una sala distinta a la que se hallaban examinándose los restantes opositores. Medida esta última con la que quedaba garantizado el tratamiento igualitario de los concursantes para acceder a la función pública bajo los principios de mérito y capacidad en convocatorias con más numerosa concurrencia de aspirantes».

licen la prueba con posterioridad tienen la referencia del contenido de la anterior, lo cual puede conferirles una cierta ventaja.

Por este motivo, coincidimos con García-Pardo cuando señala que «lo apropiado sería la fijación por parte de la Administración convocante de las pruebas en días no coincidentes con las festividades de las minorías religiosas —al menos de las recogidas en los acuerdos—»²⁷². El único problema consiste en que normalmente es en los fines de semana cuando es posible realizar este tipo de pruebas como consecuencia de la gran afluencia de opositores a estas pruebas. Quizás, entonces, debería pensar la Administración en la posibilidad de que el opositor indique en el impreso de matrícula para acceder a las pruebas, cuándo no puede realizar las mismas. Eso sí, como ocurre en el ámbito laboral, el opositor debería acreditar tener un creencia religiosa de buena fe —sin que eso signifique certificar que pertenece a una determinada Iglesia o comunidad religiosa— y que dicha creencia es alguna de las recogidas en los Acuerdos firmados en 1992 por el Estado con las confesiones acatólicas.

²⁷² *Descanso semanal y festividades religiosas islámicas*, cit., p. 204

CONCLUSIONES

I

Ya hemos puesto de manifiesto cómo los principios de igualdad de trato y no discriminación están en el centro del modelo social europeo y constituyen la piedra angular de los valores y derechos fundamentales en los que se basa la Unión Europea actual. La legislación europea ha aumentado de manera importante el nivel de protección contra la discriminación. De hecho, en los últimos treinta años se ha establecido un amplio conjunto de disposiciones legislativas cuyo objeto ha sido combatir la discriminación entre hombres y mujeres en ámbitos como el de la remuneración, las condiciones laborales y la seguridad social. Además, a lo largo de los años la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ayudado a clarificar y reforzar este marco jurídico de forma que, actualmente, la igualdad entre mujeres y hombres se reconoce como uno de los objetivos centrales de la UE y se está haciendo lo posible para integrar esta dimensión en todas las actividades de la Unión.

Dentro de esta lucha contra la discriminación, y sobre la base del artículo 13 del Tratado, el Consejo adoptó la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

II

España, como miembro de la UE y país firmante de los diferentes textos internacionales anteriormente referidos no ha sido ajena a este esfuerzo por erradicar las posibles causas de discriminación por motivos religiosos que puedan existir en nuestro territorio. La Constitución de 1978 en su artículo 16.1 el derecho fundamental de libertad religiosa y al mismo tiempo reconoce en su artículo 14 el derecho a la igualdad sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de religión. Esto supone la expresa prohibición constitucional de cualquier trato privilegiado, distinción, restricción o exclusión que, basada en motivos religiosos, tenga por resultado la supresión o el menoscabo de la igualdad en la titularidad y en el ejercicio de la libertad religiosa. Así lo ha manifestado en diferentes sentencias nuestro Tribunal Constitucional.

Esta igualdad y su correlato, la no discriminación en el ámbito religioso, no sólo afecta a las personas físicas sino también a las jurídicas al reconocer nuestra Constitución una doble titularidad, individual y colectiva, al derecho de libertad religiosa. Por este motivo, y como consecuencia de los principios constitucionales de libertad religiosa, igualdad y no discriminación, neutralidad estatal y cooperación, el Estado ha sentado las bases de un modelo de relaciones Estado-Iglesia donde la figura de los acuerdos de cooperación con las confesiones religiosas se convierte en el instrumento para conseguir que el derecho de libertad religiosa, del individuo y de los grupos religiosos, se haga real y efectivo.

III

El TC, en su sentencia 24/1982, de 13 de mayo, señaló que «hay dos principios básicos en nuestro sistema político que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las Iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo; el segundo es el de igualdad, proclamado por los artículos 9 y 14, del que se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos».

Con este motivo se dictó, en 1980, la LOLR que desarrolla el derecho de libertad religiosa y enuncia las actividades que son manifestaciones de la genérica libertad de pensamiento o de la libertad ideológica y que, sin embargo, quedan excluidas del régimen jurídico que la ley brinda a la libertad religiosa.

El art. 2 de la LOLR es el que enuncia y regula las distintas manifestaciones del derecho de libertad religiosa. Estas parecen girar en torno a tres grandes bloques: las libertades individuales, las libertades de las confesiones y la función promocional del Estado. Por lo que se refiere a la libertad ideológica, aunque en esta ley sólo se enuncian en su artículo 3.2 algunas de las manifestaciones de este derecho, creemos que se trata también de un derecho abierto que se irá concretando casuísticamente a través de distintas decisiones jurisprudenciales.

A pesar de este reconocimiento de derechos no sólo al individuo sino también a las confesiones, atendiendo a lo dispuesto en el art. 16.3 de la Constitución, la LOLR introduce una novedad en nuestro sistema que supone un giro radical en la concepción del sistema de fuentes del derecho eclesiástico español: se establece la posibilidad de que el Estado firme acuerdos de cooperación con confesiones distintas de la católica, algo que anteriormente sólo era posible en los sistemas alemán e italiano y que ha sido adoptado hace poco tiempo por Portugal tras promulgar el 6 de junio de 2001 su Ley de Libertad Religiosa. Para hacer posible esa cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas la LOLR se ha dotado de tres herramientas: la primera de ellas ha sido la creación de un Registro de Entidades Religiosas (RER); la segunda herramienta para hacer posible la cooperación consistió en la creación de una Comisión Asesora de Libertad Religiosa, dependiente del Ministerio de Justicia; la tercera herramienta, a la que ya aludimos anteriormente, no es otra que la posibilidad de poder concluir acuerdos de cooperación con el Estado lo que viene reconocido en el art. 7 de la Ley.

Estos acuerdos, firmados en 1992 con la FEREDE, la FCI y la CIE, en contra de lo que pudiera parecer, no son sino unos meros acuerdos programáticos, y da la impresión de que no fueron el resultado de una verdadera negociación con la Administración sino que fueron textos que ésta ofreció a las confesiones y que aceptaron sin introducir grandes modificaciones al mismo, únicamente las que les eran propias debido a las características de cada grupo religioso.

Realmente el texto de los acuerdos otorga a estas confesiones pocas ventajas que no tuviesen ya reconocidas todas ellas por el mero hecho de

estar inscritas en el RER. En este sentido el texto de los acuerdos ofrece la posibilidad de obtener ventajas fiscales; prestar asistencia religiosa en Fuerzas Armadas, Hospitales y Prisiones; la posibilidad de que se imparta una enseñanza religiosa en los colegios; la alimentación y el sacrificio de animales conforme a determinados ritos religiosos; la eficacia civil de los matrimonios contraídos en forma religiosa; normas que prevén la posibilidad de la inhumación según determinados ritos religiosos o el establecer una serie de festividades religiosas en el calendario laboral.

La cuestión es que, para que estos derechos que les fueron reconocidos pudiesen hacerse efectivos era necesario un posterior desarrollo legislativo, que en algunos casos ya existía y que en otros –la gran mayoría– está pendiente de ser promulgado. De hecho, en numerosas materias lo único que hacen los acuerdos es remitir, en unos casos a la legislación existente –que normalmente regula el supuesto de la Iglesia católica– propugnando la interpretación analógica de la ley, mientras que en otros no hay más que una voluntad del legislador de cambiar la situación actual.

La necesidad de desarrollar legislativamente algunas de las materias junto con la especificidad de nuestro sistema de organización política ha hecho que el sistema de acuerdos opere en varios niveles. De esta manera, las Comunidades Autónomas, en las materias en las que es competente, también tienen posibilidad de firmar acuerdos con estos grupos religiosos. De hecho en los últimos años han sido varios los acuerdos que –en materia de conservación de patrimonio histórico-artístico, de enseñanza religiosa en los centros docentes y de asistencia religiosa– han firmado algunas comunidades con confesiones que ya tenían firmados acuerdos a nivel nacional. Incluso los ayuntamientos y otros organismos dependientes del Estado han establecido acuerdos con las mismas en materias propias de su competencia. El problema es que siguen siendo acuerdos esencialmente programáticos que nada nuevo añaden a lo ya suscrito en los acuerdos de 1992.

IV

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este estudio, en su construcción general, en los conceptos que se definen en la misma y en la regulación de los mecanismos de reacción frente a la discriminación, la totalidad de la Directiva 2000/78 es deudora de la ya consolidada construcción comunitaria acerca de la discriminación por razón de género. Así esta influencia se observa en el art. 2 y la definición de los conceptos de

discriminación directa, la discriminación indirecta, y la introducción del concepto de acoso por motivos religiosos; y de la misma forma, en el art. 10, al trasladar la carga de la prueba al demandado siempre y cuando la parte demandante pruebe que pertenece a una determinada religión o que tiene una determinada convicción.

En relación con el ejercicio del derecho de libertad religiosa por parte de las confesiones o comunidades religiosas, la Directiva, en su Exposición de Motivos hará suyo un planteamiento pacíficamente aceptado por todos los países de la Unión y que ha sido reconocido por el TEDH. Nos estamos refiriendo al reconocimiento de la posibilidad de que existan Iglesias o comunidades religiosas con un status jurídico diferenciado del resto en determinados países. Así, señala que «la Unión Europea, en su Declaración nº 11 sobre el estatuto de las iglesias y organizaciones no confesionales, adjunta al Acta final del Tratado de Ámsterdam, ha reconocido explícitamente que respeta y no prejuzga el estatuto reconocido, en virtud del Derecho nacional, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros, que respeta asimismo el estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales. Desde esta perspectiva, los Estados miembros pueden mantener o establecer disposiciones específicas sobre los requisitos profesionales esenciales, legítimos y justificados que pueden exigirse para ejercer una actividad profesional».

Dos son las características que definirán la conducta discriminatoria en el texto de la Directiva. En primer lugar, la razón o causa determinante de dicho trato desigual sería la adscripción del individuo a una categoría social en función de unas determinadas condiciones personales o sociales; en segundo lugar, el resultado del trato desigual se ha de traducir en una situación desfavorable para el individuo y el grupo en que se integra, al abocar a los mismos a una desigualdad grupal sistemática lesiva de la dignidad

V

De todo lo señalado anteriormente se deduce que es posible el establecimiento de una regulación del fenómeno religioso en el que las creencias puedan ser tomadas en consideración como base de una disciplina normativa, pero siempre que el hecho religioso que se alega como fundamento de una regulación específica guarde una relación de razonabilidad, adecuación y proporcionalidad. Como ya señaló el TC en su sentencia de 29 de noviembre de 1985, el art. 14 «exige que en los supuestos de hecho

de las normas de cualquier especie, no se introduzcan elementos de diferenciación que puedan considerarse discriminatorios o que carezcan de justificación razonable en relación con las finalidades que con ellos se pretenden lograr y exige asimismo que tales finalidades se ajusten a los bienes y valores que la Constitución proclama y protege». El artículo 14 «no impide la existencia de disciplinas normativas diferentes, siempre que los supuestos de hecho... sean asimismo diferentes, y para enjuiciar la diferencia... debe partirse del carácter razonable y teleológicamente fundado, del factor a través del cual la diferenciación se introduzca». Lo que se prescribe, por tanto, será la distinción entre lo que es igual.

Ahora bien, esta prohibición de no discriminación no opera de la misma forma en todos los ámbitos en los que se desenvuelve el creyente o los grupos religiosos. Si bien obliga tanto a los poderes públicos como a los sujetos privados, en este último caso es evidente que la libertad religiosa en su ejercicio frente a sujetos privados no puede tener el mismo alcance que frente a sujetos públicos. Prueba evidente de ello es que en caso de que el individuo o el grupo religioso vean lesionado su derecho de libertad religiosa, la tutela de amparo se limita a su vulneración por los poderes públicos.

A ello hemos de añadir cómo, en la gran mayoría de los casos, es en el campo de las relaciones privadas donde los fenómenos discriminatorios son más intensos y al mismo tiempo más difíciles de detectar y corregir.

Incluso si circunscribimos el ámbito de aplicación del principio de no discriminación a las relaciones internas de las organizaciones religiosas, observamos que, tal y como expresa la LOLR en su art. 6.1, se reconoce la prevalencia del derecho de autonomía de las confesiones religiosas por lo que cabe que dentro de éstas se puedan producir situaciones de desigualdad entre los miembros de la propia confesión religiosa.

VI

Es verdad que no existen diversas categorías de titulares del derecho de libertad religiosa pero también es cierto que hay un ámbito social donde cada individuo y cada confesión manifiestan su realidad, diferente, según su propia personalidad. El resultado de ello es un pluralismo religioso en el que la igualdad no impide el reconocimiento de las peculiaridades de los sujetos de libertad religiosa por parte de nuestro ordenamiento jurídico. El límite de este reconocimiento lo constituye la tutela antidiscriminatoria,

cuya virtualidad no es sofocar el pluralismo religioso sino evitar que se pueda quebrar la existencia de una única condición o categoría para todos los sujetos activos de la libertad religiosa. Para que podamos hablar de discriminación, es por tanto necesario que el sujeto activo no posea en su patrimonio jurídico la posibilidad de alcanzar la paridad con respecto a otro en el régimen específico de titularidad básica de su derecho. Si esa imposibilidad deriva de una diversa categoría en la titularidad, existirá discriminación; si ésta deriva, por el contrario, de un diverso ejercicio de la misma capacidad o de circunstancias de facto, entonces no habrá discriminación. Pero para saber si estamos ante un tratamiento jurídico específico o ante una discriminación habrá que demostrar que las circunstancias de ese trato diverso provocan la desaparición o el menoscabo de la única y misma categoría de sujetos.

VII

El análisis de la transposición de la Directiva 2000/78 a nuestro ordenamiento interno, no puede sino llevarnos a realizar una crítica con respecto al procedimiento utilizado por el Gobierno ya que no contó, a nuestro juicio, con los interlocutores que, en materia de libertad religiosa, deberían haber colaborado en dicha transposición. Nos estamos refiriendo a la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, órgano colegiado creado por la LOLR, de consulta y asesoramiento, y cuya organización y competencias se establecieron por la Orden Ministerial JUS/1375/2002, de 31 de mayo.

Según el art. 2 del RD 1159/2001, de 26 de octubre son funciones de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa el «estudio, informe y propuesta de todas las cuestiones relativas a la aplicación de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, y particularmente, y con carácter preceptivo, la preparación y dictamen de los acuerdos o convenios de cooperación a que se refiere el artículo 7 de dicha Ley Orgánica». Creemos necesario manifestar nuestra opinión acerca del error que a nuestro juicio supuso no contar con la misma para proceder a realizar la transposición de la Directiva. Si hay un órgano, dentro de la Administración, sensible al desarrollo legislativo que en nuestro país se está realizando del derecho de libertad religiosa, ese no es otro que la Comisión. Una Comisión que en su composición contará con la presencia de «nueve representantes de las Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas o Federaciones de las mismas entre las que, en todo caso, estarán las que tengan arraigo notorio

en España, que serán designados por el Ministro de Justicia después de oídas al menos estas últimas».

No nos atrevemos a aventurar qué hubiese ocurrido si la Comisión hubiese estado presente en los trabajos preparatorios de la transposición de la Directiva; si la misma hubiese sido más acertada o hubiese incidido en cuestiones sobre las que la Ley 62/2003 no ha establecido ningún desarrollo legislativo. Pero sí podemos asegurar, sin temor a equivocarnos, que si la Comisión hubiese estado presente en dichos trabajos, quizás la redacción de la Ley hubiese sido otra pues habría descendido sobre algunas situaciones en las que la libertad religiosa del individuo se ve comprometida y que actualmente no son sino resueltas en sede judicial toda vez que no hay una voluntad por parte del legislador en resolver dichas cuestiones.

Pero no sólo la ausencia de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa nos ha parecido un error. Ignorando la recomendación del art. 14 de la Directiva que se refiere al fomento, por parte de los Estados, «del diálogo con las correspondientes organizaciones no gubernamentales que tengan, con arreglo a las legislaciones y prácticas nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación basada en alguno de los motivos contemplados en el artículo 1, con el fin de promover el principio de igualdad de trato», no ha existido un proceso formal de consultas con Iglesias u Organizaciones No Gubernamentales con interés legítimo en la transposición de la Directiva 2000/78. Y no parece que haya sido por falta de interlocutores válidos.

No creemos que fuese necesario que el legislador se dirigiese a todos los grupos religiosos reconocidos en nuestro país. Bastaba con que lo hubiese hecho con aquellos que tiene firmado un acuerdo con el Estado. Nos estamos refiriendo a la Iglesia católica, la FEREDE, la CIE y la FCI. En definitiva, grupos religiosos con una gran implantación en nuestro país. Y es que si el Estado quería pulsar cuál era la situación en nuestro país de la discriminación por motivos religiosos se nos antoja imprescindible consultar por lo menos a estos grupos.

En este sentido hemos de poner de manifiesto que la Unión de Comunidades Islámicas de España (UCIDE), a través del Observatorio Andaluzí, elaboró un informe en 2006 en el que realizaba un estudio acerca de la situación del ciudadano musulmán y la islamofobia en España. También la FEREDE, dentro de su página web, ha creado un Observatorio sobre la intolerancia religiosa. Su objetivo es el de convertirse en un instrumento para denunciar y hacer públicas las situaciones de discriminación por motivos religiosos que aún perduran en nuestro país, y tiene previsto que se

puedan realizar quejas, incluso vía telemática, acerca de posibles situaciones discriminatorias.

VIII

Es evidente que la interlocución con los grupos religiosos y con la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, aunque no imprescindible, debería haber estado en la agenda de los responsables de la transposición de la Directiva. Y es que, tal y como se ha llevado a cabo la transposición de la misma, da la sensación de que la discriminación por motivos de religión o creencia no parece ser un problema clave en España en la actualidad. De hecho, ni la discriminación religiosa ni la transposición de la Directiva 2000/78/CE son asuntos que hayan despertado el interés público. Y tampoco sindicatos y empresarios han mostrado preocupación acerca de las consecuencias que podía tener la incorporación de la misma a nuestro ordenamiento.

Además, el hecho de que las Directivas 2000/43 y 2000/78 hayan sido transpuestas a través de enmiendas propuestas por el Grupo Parlamentario Popular al proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y no por una ley específica, siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, implica la ausencia de un debate público significativo. La Ley resultante, 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incluye la transposición de las directivas entre cientos de distintas modificaciones legislativas, lo cual dificulta el conocimiento de las medidas antidiscriminatorias contenidas en la misma.

La realidad es que salvo en el ámbito laboral, y en relación con las empresas de tendencia, pocas novedades ha supuesto la transposición de la Directiva. Los problemas siguen siendo los que ya existían y la solución a los mismos no ha venido de la mano del legislador sino que han sido y son los Tribunales de Justicia los que han marcado el camino a seguir.

IX

La transposición de la Directiva 2000/78 a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha traído consigo la adopción y asunción en nuestro ordenamiento, de los conceptos de principio de igualdad de trato, discriminación directa, indirecta y

acoso y, quizás por este motivo, sea el ámbito laboral donde probablemente se haya detectado una mayor proclividad a generar situaciones discriminatorias entre los titulares del derecho de libertad religiosa, tanto en su vertiente positiva como negativa. El derecho al reconocimiento de las festividades religiosas como festividad laboral, el uso de vestimenta religiosa en el lugar de trabajo o la existencia de empresas de tendencia propiedad de grupos religiosos son algunas de las cuestiones que hoy día están generando un mayor número de conflictos.

Para evitar la discriminación en el trabajo la Ley 62/2003 establece en el art. 35 medidas de acción positiva que garanticen en la práctica la plena igualdad y, en el art. 36 la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en los que se denuncie una actuación discriminatoria. Todas estas medidas han traído consigo la reforma del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril; y el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Al mismo tiempo la Ley, en su art. 42, señala la necesidad de fomentar la igualdad en la negociación colectiva, pero no parece, y así lo hemos puesto de manifiesto, que el convenio colectivo haya sido el instrumento utilizado por los agentes sociales para evitar situaciones discriminatorias por razón religiosa. A pesar de estar prevista, incluso en los acuerdos con las confesiones, esta herramienta no está siendo el modo utilizado para resolver situaciones de conflicto originadas por el derecho, bien del individuo bien de la confesión, a ejercer su derecho de libertad religiosa.

Pero que la Ley 62/2003 se haya centrado en las discriminaciones por motivos religiosos en el ámbito laboral, no significa que no existan otros ámbitos donde también se estén produciendo conflictos cuando se ejerce, por un lado el derecho de libertad religiosa del que es titular el individuo y por otro se aplica el ordenamiento jurídico. En esos supuestos ha habido ocasiones en las que el ordenamiento ha introducido nuevas normas que han permitido una mayor protección del individuo o los grupos religiosos frente a situaciones discriminatorias o lesivas del principio de igualdad de trato. Estas medidas legislativas abarcan diferentes parcelas del ordenamiento jurídico y o bien han sido adoptadas una vez que ha entrado en vigor la Ley 62/2003 o bien ya existían con anterioridad a la misma. El ejemplo más evidente lo encontramos en el ámbito de la legislación penal.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, presta una atención desconocida hasta ahora en nuestro ordenamiento a las conductas discriminatorias, optando de modo decidido por la vía punitiva como medio para hacer frente a dichos comportamientos. Las causas, aunque ya nos hemos referido a ellas anteriormente son, por un lado las tendencias internacionales favorables a la represión de ciertos comportamientos discriminadores que en los últimos tiempos se han visto fortalecidos como consecuencia de los brotes de violencia racista y xenófoba, y por otro el vuelco que la jurisprudencia del TC ha realizado en cuanto al contenido del principio de no discriminación al establecer una estrecha relación entre la discriminación y la dignidad humana.

Y aunque no resulta sencillo encontrar algún criterio que permita la sistematización de aquellos preceptos, tal vez cabría establecer una distinción inicial entre las que podrían llamarse medidas antidiscriminación genéricas y otras de carácter específico; esto es, entre disposiciones que, con mayor o menor fortuna, intentan prevenir conductas que fomenten o favorezcan las actitudes de discriminación en el conjunto de la sociedad o, de modo más drástico, supongan un enfrentamiento directo y general con determinadas minorías, y otras que se concretan en ámbitos o bienes especialmente sensibles al fenómeno de la discriminación.

En relación al primer grupo, parece incuestionable que, por la gravedad de las conductas que contiene y por constituir la forma más brutal de discriminación, hay que citar al art. 607 relativo al delito de genocidio y el art. 607 bis que hace referencia a los delitos de lesa humanidad. En principio debemos desear que las actividades relacionadas con la marginación de determinados colectivos no lleguen hasta el punto de hacer necesaria la aplicación de este tipo.

Más frecuentes, en cambio, son las disposiciones que cabría denominar como de prevención del fenómeno discriminatorio en general. Debe mencionarse en primer lugar el delito de provocación a la discriminación recogido en el art. 510, la figura tal vez más genérica y cuyo complemento, en caso de configurarse a través de organizaciones sería el art. 515.5 relativo a las asociaciones ilícitas que «promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias...». Por último, también la circunstancia agravante número 4º del art. 22 que califica el hecho si el delito es cometido por motivos «racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias...», constituye una medida antidiscriminatoria de carácter general.

También en relación a los conceptos relacionados con determinados bienes jurídicos concretos, el legislador ha tenido en cuenta aquellos aspectos de la vida en los que algunos colectivos pueden verse con mayor frecuencia afectados por actitudes de exclusión. En este sentido, el art. 314 tipifica la discriminación en el empleo mientras que los arts. 511 y 512 hacen referencia a la denegación de una prestación, bien en el ámbito público bien en el privado, a una persona por razón de religión. Y la misma razón explicaría la agravación de las penas en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos cuando «afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión o creencias...».

X

Por último no queremos dejar de referirnos a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 62/2003 en relación con la creación de un Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico. La creación del mismo no es sino consecuencia de lo dispuesto en la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Pensado para que entrase a funcionar a los tres meses desde la entrada en vigor de la Ley lo cierto es que el mismo ha sido creado mediante el Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre.

Se trata de un órgano colegiado, adscrito al Ministerio de Trabajo y dependiente de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración aunque no participa de la estructura jerárquica del mismo. Son sus fines la promoción del principio de igualdad de trato y no discriminación, de las personas por su origen racial o étnico, en la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda, y en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios, así como el acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua.

Sus competencias serán, con el apoyo del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, las de: a) prestar asistencia a las víctimas de discriminación por su origen racial o étnico a la hora de tramitar sus reclamaciones; b) realizar estudios y publicar informes sobre la discriminación de las personas por el origen racial o étnico; c) promover medidas que

contribuyan a eliminar la discriminación de las personas por el origen racial o étnico, formulando, en su caso, recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación.

Su importancia puede ser decisiva en la defensa de la libertad religiosa del individuo y de los colectivos. No porque sea uno de sus objetivos sino porque en gran parte de las ocasiones en las que se produce una situación de discriminación por motivos de raza o etnia también se está discriminando al individuo por razón de religión. Y es que la mayor parte de las personas que en nuestro país pertenecen a una religión distinta de la católica son al mismo tiempo individuos que pertenecen a otra raza o etnia, habiéndose establecido en nuestro país como consecuencia de los procesos migratorios.

De hecho, son mayoría los supuestos de discriminación por motivos religiosos en los que el individuo no sólo pertenece a una religión distinta de la católica, normalmente la musulmana, sino que también pertenece a un determinado grupo racial o étnico. Y ese parece que ha sido el gran error del legislador durante algún tiempo. La confusión entre el plano étnico y el religioso ha llevado a que en los últimos tiempos únicamente haya prestado atención al primero de ellos. La creencia de que los acuerdos firmados con las confesiones venían a resolver todos los posibles problemas que se podían plantear se ha demostrado errónea. Existen numerosas situaciones no previstas en los mismos o aún previstas no resueltas en los textos aprobados en 1992. Y de ello no tiene culpa el creyente, pertenezca o no a una determinada etnia.

Por este motivo estas nuevas medidas impulsadas por la Directiva 2000/78 deben aplicarse de forma real y efectiva. Aunque el legislador ha previsto normativamente una gran parte de las situaciones que por motivos religiosos pueden llevar a una situación de discriminación del individuo o del grupo, hemos visto cómo todavía existen supuestos donde han tenido que ser los tribunales los que manifestasen cómo debía interpretarse este derecho ante la ausencia de una legislación específica o la inaplicación de la misma. Es por tanto necesario que el legislador y las administraciones asuman el compromiso de que estas situaciones vayan desapareciendo.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Churches and Labour Law in the EC countries*, Dott. A. Giuffrè-Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Milano-Madrid, 1993
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 20 ed., Civitas, Madrid, 2002
- ALUFFI BECK-PECCOZ. Vid. *Tempo, lavoro e culto nei paesi musulmani*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2000
- ÁLVAREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria*, «Revista Española de Derecho del Trabajo», 132, octubre-diciembre 2006
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *El derecho patrimonial de los religiosos*, Pamplona, 1974
- AMORÓS AZPILICUETA, J.J., *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1984
- ARECES PIÑOL, M. T., *La frontera entre la libertad religiosa y la libertad ideológica*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», X, 1994
- BAENA DEL ALCÁZAR, M., *Problemática y contenido de una auténtica garantía de libertad religiosa individual y de la independencia de la Iglesia ante la Constitución española*, en AA.VV., *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad*, Universidad Pontificia, Salamanca, 1978

- BENEYTO, J. M., *Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa*, en Alzaga, O. (ed.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, II, EDESA, Madrid, 1984
- BUENO SALINAS, S., *El ámbito del amparo del derecho de libertad religiosa y las asociaciones*, «Ius Canonicum», vol. 25, 49, 1985
- CALVO ÁLVAREZ, J., *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, EUNSA, Pamplona, 1983
- CALVO, J., *Reflexión crítica acerca de la libertad religiosa e ideológica en la Constitución española de 1978*, en Ibán, I.C. (ed.), *Libertad y Derecho fundamental de libertad religiosa*, EDESA. Madrid, 1989
- CHOPIN, I., CORMACK, J., y NIESSEN, J., (EDS.), *The implementation of European anti-discrimination legislation: work in progress*, Migration Policy Group, Bruselas, 2004
- COMBALÍA, Z., *Recepción del derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Ed. Comares, Granada, 2006
- CONTRERAS MAZARIO, J. M., *La libertad religiosa y la no discriminación por motivos religiosos en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado.», V, 1989
- DE NO VÁZQUEZ, M. F., *Poligamia y pensión de viudedad*, «Actualidad Laboral», nº 16, 2004
- DEL VAL TENA, A.L., *Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la extensión del concepto de beneficiario*, «Actualidad Laboral», nº 3, 2003
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., *Pruebas genéticas y Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1999
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y otros, *Inmigración, Religión y Trabajo en Andalucía*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2007
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., *Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación*, «Revista Española de Derecho del Trabajo», 133, Enero-Marzo 2007
- GARCÍA MURCIA, J., *Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales*, en CASAS BAAMONDE, M. E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (COORDS.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Ed. La Ley, Madrid, 2006

- GARCÍA-PARDO, D., *El sistema de acuerdos con las confesiones minoritarias en España e Italia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999
- GARCÍA-PARDO, D., *La protección internacional de la libertad religiosa*, Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 2000
- GARCÍA-PARDO, D., *Descanso semanal y festividades religiosas islámicas*, en MOTILLA, A. (ed.), *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Ed. Trotta, Madrid, 2004
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., *La regulación legal de la libertad religiosa como derecho de la persona*, en GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M. y otros, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 1983
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., *Derecho Eclesiástico Español*, 4ª ed., Servicio de Publicaciones. Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997
- IBÁN, I.C., *Grupos confesionales atípicos en el Derecho eclesiástico español vigente*, en AA.VV., *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983
- IBÁN, I.C., *Concreciones y protección de la libertad religiosa*, «Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universitat de les Illes Balears», 14, 1986
- IBÁN, I.C., *La libertad religiosa*, en IVÁN C. IBÁN, PRIETO SANCHÍS, L. y MOTILLA DE LA CALLE, A., *Derecho Eclesiástico*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997
- IBÁN, I.C., y FERRARI, S., *Derecho y Religión en Europa Occidental*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1998
- JIMÉNEZ CAMPOS, J., *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, «Revista Española de Derecho Constitucional», nº 9, 1983
- JORDÁN VILLACAMPA, M. L., *El derecho de libertad religiosa en la doctrina española*, «Ius Canonicum», XXXIII, 1993
- LAURENZO COPELLO, P., *Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*, en AA.VV., *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 1996

- LLAMAZARES, D., *Derecho de la libertad de conciencia*. I, Civitas, Madrid, 1997
- MALDONADO MONTOYA, J. P., *Las actividades religiosas ante el derecho del trabajo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006
- MARGIOTTA BROGLIO, F., *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1997
- MARÍN CORREA, J. M., *Profesores de religión en centros de enseñanza públicos (a propósito del RD 696/2007, de 1 de junio)*, «Actualidad Laboral», nº 16, 2007
- MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Ed. Comares, Granada, 2002
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *El derecho a la libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», II, 1986
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Ed. Comares, Granada, 1994
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa*, en DE LA HERA, A. y MARTÍNEZ DE CODES, R.M. (COORDS.), *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001
- MARZOA, A., *No confesionalidad e indeferentismo*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado.», V, 1989
- MC COLGAN, A., NIESSEN, J., y PALMER, F., *Comparative analyses on national measures to combat discrimination outside employment and occupation*, Migration Policy Group, Viena, 2006
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., *Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual*, «Aranzadi Social», nº 10, 2005
- MORENO BOTELLA, G., *Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la sentencia del TC 106/1996, de 12 de junio*, «Revista Española de Derecho Canónico», vol. 54, nº 142, 1997
- MORENO BOTELLA, G., *La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas y confesionales*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2003

- MOTILLA, A., *Breves reflexiones en torno a la importancia social y política del derecho de libertad religiosa*, «Revista de Derecho Público», XV, 1989
- MOTILLA DE LA CALLE, A., *Derecho laboral y Seguridad Social de los miembros de Órdenes y Congregaciones religiosas*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2000
- MOTILLA DE LA CALLE, A., *Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España. Problemas en la adaptación del derecho de familia al ordenamiento español*, en CALVO CARAVACA, A. Y BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Globalización y Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2003
- MOTILLA, A., *La libertad de vestimenta: el velo islámico*, en Motilla, A. (ed.), *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Ed. Trotta, Madrid, 2004
- NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997
- NIESSEN, J., y CHOPIN, I. (EDS.), *Anti-discrimination legislation in EU member States*, European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, Viena, 2002
- ODRIOZOLA IGUAL, C., *Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: La Directiva 2000/78/CE, de 27 de diciembre, sobre empleo y trabajo*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 6, 2004
- OTADUY GUERÍN, J., *Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», 2, 1986
- OTADUY GUERÍN, J., *Régimen jurídico español del trabajo de eclesiásticos y religiosos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993
- OTADUY GUERÍN, J., *Relación jurídica de los profesores de religión en España: la dimensión canónica*, «Ius Canonicum», vol. 46, nº 92, 2006
- PECES-BARBA, G., *Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa*, en IBÁN, I.C. (ED.), *Libertad y Derecho fundamental de libertad religiosa*, EDERSA, Madrid, 1989

- PÉREZ ALONSO, M. A., *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- PRIETO SANCHÍS, L., *El derecho fundamental de libertad religiosa*, en IBÁN, I.C., PRIETO SANCHÍS, L. y MOTILLA, A., *Curso de Derecho Eclesiástico*, Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, Madrid, 1991
- PRIETO SANCHÍS, L., *Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico español*, en IBÁN, I.C., PRIETO SANCHÍS, L. y MOTILLA, A., *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004
- PUNTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, Religión y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.
- PUNTE ALCUBILLA, V., *Executive Summary. Discrimination on the grounds of religion and belief: Spain*, en CHOPIN, I., CORMACK, J. y NIESSEN, J. (EDS.), *The implementation of European anti-discrimination legislation: work in progress*, Migration Policy Group, Bruselas, 2004
- PULIDO QUECEDO, M., *Acuerdo con la Santa Sede y los profesores de religión: apunte sobre la STC 38/2007, de 15 de febrero*, «Actualidad Jurídica Aranzadi», nº 727, 2007
- RAMÍREZ NAVALÓN, R. M., *Las festividades religiosas*, en AA. VV., *Acuerdos del Estado Español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Universidad Pontificia de Salamanca-Caja de Salamanca y Soria, Salamanca, 1994
- REINA, V. y REINA, A., *Lecciones de Derecho Eclesiástico español*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1983
- RODRÍGUEZ BLANCO, M., *Las actividades de los ministros de culto y de los religiosos ante los tribunales*, «Revista Española de Derecho Canónico», 59, 2002
- RODRÍGUEZ BLANCO, M., *La relación entre el ministro de culto y su propia confesión. Paralelismos y diferencias entre la jurisprudencia española y la jurisprudencia inglesa*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», 19, 2003
- RODRÍGUEZ BLANCO, M., *Los convenios entre las administraciones públicas y las confesiones religiosas*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2004

- RODRÍGUEZ CHACÓN, R., *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992
- RODRÍGUEZ-PINERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986
- ROSSELL GRANADOS, J., *Los Acuerdos del Estado con las Iglesias en Alemania*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997
- ROSSELL GRANADOS, J., *El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», XV, 1999
- ROSSELL, J., *Prescripciones alimentarias en el Islam: sacrificio ritual y alimentación Halal*, en MOTILLA, A. (ed.), *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Ed. Trotta, Madrid, 2004
- RUANO ESPINA, L., *Derecho e Islam en España*, «Ius Canonicum», XLIII, 86, 2003
- SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 7ª ed., EDERSA, Madrid, 1993
- SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, A., *Profesores de religión: aspectos históricos, jurídicos y laborales*, Atelier, Barcelona, 2005
- SERRANO, J. M., *Artículo 16*, en Garrido Falla, F. (ed.), *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1985
- SORIANO, R., *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990
- SOUTO PAZ, J. A., *Libertad ideológica y religiosa en la jurisprudencia constitucional*, en AA.VV., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Universidad Complutense de Madrid-Universidad de Navarra-EDERSA, Madrid, 1989
- SOUTO PAZ, J. A., *Derecho Eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995
- TIRAPU MARTÍNEZ, D., *Interpretaciones de la Constitución y libertad religiosa*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», V, 1989
- VALDÉS DAL-RÉ, F., *Libertad religiosa y contrato de trabajo*, en CASAS BAAMONDE, M. E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (COORDS.),

Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, La Ley, Madrid, 2006

VICKERS, L., *Religion and Belief Discrimination in Employment- the EU law*, European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Luxemburgo, 2007

VILADRICH, P-J., *Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español*, en GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M. y otros, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona, 1980

VILADRICH, P-J., *Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución*, «*Ius Canonicum*», XXII, 1982

VILLAR PÉREZ, A., *La financiación del Derecho de libertad religiosa*, «*Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*», VIII, 1992



ISBN 84-8417-281-9



9 788484 172819