

25  
años

 **UCLM**  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca



# **Documento de trabajo**

## **SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES**

### **ALGUNOS LÍMITES A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA**

**Santiago Catalá Rubio**

**SPCS Documento de trabajo 2010/14**

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca | Avda. de los Alfares, 44 | 16.071-CUENCA  
Teléfono (+34) 902 204 100 | Fax (+34) 902 204 130

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autor:

Santiago Catalá Rubio

[Santiago.Catala@uclm.es](mailto:Santiago.Catala@uclm.es)

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca

Seminario Permanente de Ciencias Sociales

Directora: Silvia Valmaña Ochaita

Secretaria: María Cordente Rodríguez

Avda. de los Alfares, 44

16.071–CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

I.S.S.N.: 1988-1118 (ed. en línea)

D.L.: CU-532-2005

Impreso en España – Printed in Spain.

# ALGUNOS LÍMITES A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA

Santiago Catalá<sup>1</sup>

*Universidad de Castilla-La Mancha*

## RESUMEN

Este trabajo ofrece una visión crítica del modelo eclesiástico del Estado español en lo concerniente a la libertad religiosa. Parte de la premisa de que el Derecho de libertad religiosa es una regulación novedosa que no ha sido satisfactoriamente regulada en cuanto deja sin satisfactoria acogida algunas situaciones. Entre ellas se citan varios aspectos del derecho de las personas a contraer matrimonio con arreglo a su propia fe, yendo más allá de la celebración del rito religioso, lo que es extensible, incluso, al ámbito estrictamente contractual de los futuros consortes que voluntariamente se someten al Derecho civil. Otras cuestiones, como el velo islámico o la libertad de conciencia en materia de aborto completan el estudio.

**Palabras clave:** Libertad Religiosa, Matrimonio Canónico, Matrimonio Musulmán, Matrimonio Civil, Iglesia Católica, Islam, Objeción de Conciencia, Aborto.

**Indicadores JEL:** K 30, K 36.

## ABSTRACT

This work offers a critical vision of ecclesiastical law model on Religious Freedom in Spain. The origin is the premise that the rules on Religious Freedom are new and not very satisfactory because they don't solve some problems. For example, some questions about the *ius connubii* according to the own faith, beyond the ceremony. All this questions include the strictly contractual sphere of the future wife and husband, which are situated voluntarily under the effects of Civil Law. Another questions, as the Islamic veil or the Freedom of conscience on abortion, complete the study.

---

<sup>1</sup> Dirección para correspondencia: Santiago.Catala@uclm.es

**Keywords:** Religious Freedom, The Canonical Form of Marriage, Muslim marriage, Civil marriage, Catholic Church, Islam, Conscientious Objection, Abortion.

**JEL Codes:** K 30, K 36.

## 1. PLANTEAMIENTO

De la constelación de derechos fundamentales que se atribuyen al ser humano siempre ha destacado el de libertad religiosa. Parece que, tras el derecho a la vida y a la integridad física, ningún otro como el citado es tan básico e importante; probablemente ello se deba a que, por encima del resto, nada como el propio credo pertenezca tanto a la esfera íntima del sujeto y nada tampoco contribuya tanto a la configuración de su propia identidad.

A lo dicho hay que añadir dos factores que ningún estudioso debe perder jamás de vista: de un lado, la enorme capacidad que tiene la libertad religiosa de conectar con otros derechos y deberes recogidos en el ordenamiento de un Estado -fundamentales o no-, lo que se denomina desde época reciente “transversalidad” y, de otro, la no menos importante capacidad que tiene la libertad religiosa de convertirse -aun sin querer- en una fuente de problemas de naturaleza jurídica.

No debe extrañarnos, pues, que casi a diario aparezcan en los diferentes medios de comunicación noticias que dan prueba de lo dicho: lapidaciones, ablaciones, supresión de crucifijos en lugares públicos, prohibición de uso del velo, objeciones de conciencia, terrorismo de origen fundamentalista... El modelo -incluso- de Estado laico frente al Estado laicista y en qué consiste realmente aquél, está siendo constantemente objeto de debate, conscientes todos los segmentos de la población que de ello depende parte importante de las respuestas que se den a los problemas apuntados y a otros muchos de los que se ocupa nuestra disciplina.

Tras el Régimen franquista, España ha clausurado -tal vez prematuramente o en falso- un período transitorio hacia la democracia con innumerables lagunas. La inmadurez del modelo, los bandazos dados, las imperfecciones del Estado de Derecho, en suma, los déficits del sistema puestos de manifiesto -aún más- por la presente crisis, nos recuerdan la necesidad de someter permanentemente a auditoría las estructuras

político-jurídicas creadas. Del mismo modo que la Democracia no es plaza fuerte que se preste a ser conquistada de una vez y para siempre sino, más bien, un camino por el que se transita, toda la construcción del Estado de Derecho requiere un ejercicio constante de autocrítica.

Estado de Derecho es, en resumidas cuentas, imperio de la ley, soberanía de la norma frente a una hipotética arbitrariedad de los poderes públicos (y privados) y, en este sentido, Estado de Derecho es, fundamentalmente, reconocimiento y eficacia de los derechos humanos, prevalencia de los principios y valores constitucionales, seguridad jurídica, justicia y equidad.

Este planteamiento inicial obliga al jurista a reflexionar acerca de la situación que en cada momento ofrece el estatuto jurídico a las personas y entidades, dicho de otro modo, la labor del universitario -entre otros segmentos no menos importantes de la sociedad-, no se debe limitar a la investigación y a la docencia sino también y de forma especialmente enfática, al análisis crítico de la norma o, mejor, éste debe estar siempre presente en aquéllos. El río que separa el “ser” del “deber-ser” del Derecho nos obliga a quienes hemos empeñado la vida en el estudio de esta ciencia *sui generis* a proyectar puentes que salven su caudal. Mi colaboración en esta obra colectiva pretende precisamente eso: ofrecer a hipotéticos lectores, en el mejor caso exiguos, una serie de reflexiones sobre las limitaciones con que se encuentra el ciudadano en materia de ejercicio de la libertad religiosa, dicho de otro modo, localizar los hitos que delimitan los márgenes de actuación de la personas en las cuestiones relativas a la libertad de credo.

Sé de antemano que algunas de las afirmaciones que se vierten en las páginas que siguen son en todo punto discutibles. Lejos de ser inconveniente me parece una ventaja pues, en el fondo, lo que pretendo es poner encima de la mesa del operador jurídico algunos aspectos de los muy numerosos que ofrece el Derecho Eclesiástico del Estado Español a fin de someterlos a merecido análisis. Analizar su corporeidad, conformar la anatomía, discutir sobre el espíritu que anima y perfila la naturaleza de los derechos subjetivos, es uno de los ejercicios sobre los que siempre se recrea, con mejor o peor suerte, el estudioso.

## **2. LA FALTA DE LIBERTAD EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO CONFESIONAL**

Si el anterior período se caracterizaba por un sistema de matrimonio único (el canónico) y un matrimonio civil subsidiario para quienes acreditaran no pertenecer a la Iglesia católica (lo que les permitía acogerse a la forma de celebración del Estado mediante apostasía), el actual podría definirse como de matrimonio civil único, sólo que con libertad de forma.

Tal vez sea la tradicional tendencia de nuestro país a los movimientos pendulares, pero lo cierto es que de la falta de libertad existente en el período franquista hemos pasado al otro extremo, con la diferencia de que es ahora el matrimonio que regula el Estado el que se impone por la fuerza.

Esta situación se traduce en diferentes cuestiones que merece la pena desglosar.

### **A) La incapacidad de eludir los efectos civiles al matrimonio celebrado conforme a las normas del Derecho canónico**

Pongámonos en la tesitura siguiente: una pareja de novios plenamente convencidos de su fe católica, decide contraer matrimonio canónico a sabiendas de que lo que quieren recibir es, primordialmente, un sacramento, es decir, la intervención de Dios por medio de su Iglesia en la que los esposos quedan bendecidos, al igual que su amor, convirtiéndose en virtud de esa unión conyugal, a semejanza de la unión que une a Cristo con su Iglesia, en una única carne, una realidad diferente a la suma de dos individuos, con un destino y una suerte común que camina con el resto del pueblo a la búsqueda de los fines celestes. La Iglesia les ha informado que, para el Derecho canónico, el matrimonio es, además de un sacramento, un contrato y que, por el principio de inseparabilidad, no puede haber sacramento válido si no hay contrato igualmente válido -y a la inversa-.

La pareja, informada de los fines, propiedades esenciales y bienes del matrimonio, desea fervientemente unirse en sagrado matrimonio y regirse en todo por los preceptos del Derecho canónico, sometiéndose única y exclusivamente a dicho ordenamiento y, por tanto, también a la jurisdicción eclesiástica para las cuestiones que puedan surgir tras él. Saben que el matrimonio que van a celebrar es absolutamente

indisoluble si es rato y se consuma de modo perfecto (jurídicamente hablando) después de la celebración nupcial y que, por tanto, abrazar con absoluta generosidad y altura de miras la institución matrimonial canónica, implica renunciar, entre otras cosas, a la poligamia, al adulterio y al divorcio.

En su acto de voluntad se incluye únicamente y exclusivamente el deseo de celebrar nupcias canónicas, no están de acuerdo con el divorcio ni con otros muchos aspectos de la legislación civil que regula el matrimonio ni quieren que, en caso de conflicto, sobre ellos, sus hijos, sus bienes y demás, sean los abogados, procuradores, fiscales, magistrados y jueces los que debatan y decidan; su único deseo es que la jurisdicción canónica, con competencia en la materia, resuelva con arreglo a la Ley de Dios y de su Iglesia los conflictos que en el futuro pudieran surgir. Dicho de otro modo, excluyen positivamente, mediante un claro acto de su voluntad los efectos civiles de su matrimonio, sabedores de que, si lo que quisieran fuera contraer nupcias civiles, podrían celebrarlas en cualquier momento.

Pues bien, el ordenamiento jurídico español, por mor del Acuerdo celebrado con la Santa Sede el 3 de enero de 1979 sobre Asuntos Jurídicos, determina de modo inexorable y sin ninguna posibilidad de evasión, no sólo el reconocimiento de los efectos civiles de su matrimonio canónico (que es lo que determina el art. VI. 1) sino, más aún, que lo que han realizado ha sido, en realidad, un matrimonio civil (sólo que en forma canónica).

A esta última conclusión se llega poniendo en juego los arts. 59; 60; 63 y 65 del Código civil. No es ésta sede en la que se deba entrar en la demostración de que este aserto es cierto, volveré al tema cuando trate de otros matrimonios confesionales, a los que se trata de igual forma a los efectos que ahora se comentan pero, como viene a demostrar el artículo 2. 1 b) de la Ley Orgánica de libertad religiosa, “la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: ...celebrar sus ritos matrimoniales”.

Lo que de un modo un tanto sibilino ha querido decir el legislador orgánico es que esa libertad de credo se reduce, en realidad, a la celebración de un “rito” cuando se trata de contraer nupcias. Esto tiene consecuencias de enorme calado, algunas de las

cuales las veremos. La primera de ella es, en el fondo, el rechazo de plano que nuestro Estado de Derecho realiza de todo matrimonio religioso, incluido el canónico.

La llamada Ley del Divorcio por la que se modificó el Código civil fue en este sentido implacable. Extendía el derecho de disolver las nupcias a toda unión matrimonial, previa a la ley o posterior, sin hacer distingos por razón del tipo de matrimonio abrazado por los cónyuges. La ley civil se impone, como se imponía en su día la ley franquista, sólo que en sentido opuesto, reduciendo la libertad de credo de las personas al reconocimiento del derecho a celebrar un rito matrimonial de acuerdo a sus propias convicciones, rechazando, por tanto, el resto, es decir, excluyendo toda normativa de origen confesional reguladora de la unión conyugal.

En resumidas cuentas, a la pareja del ejemplo se le priva del derecho a contraer un matrimonio indisoluble.

Se podría objetar que nadie les obliga a divorciarse en el futuro, pero lo cierto es que ello permite a uno de los cónyuges romper ese pacto de indisolubilidad y someter al otro a un proceso al que *a priori* renunciaron ambos. El ejemplo evidencia otra serie de cuestiones de no menor importancia y sobre las cuales una vez más el ordenamiento del Estado impone hegemónicamente sus reglas sin posibilidad de excepción. Una de ellas es la separación, sus causas y sus efectos, materia regulada en términos bien distintos a como lo hace la Iglesia y que da derecho en sede civil a suspender de modo definitivo la convivencia conyugal sin más requisitos que la voluntad de una de las partes, la cual se impone sobre la otra sin atender a que ello puede perjudicar los derechos (contractuales) del consorte, rompiendo la equivalencia e igualdad de derechos que a ambos asisten pues dicha igualdad queda reducida a la posibilidad que tiene el otro de separarse igualmente del primer consorte sin necesidad de alegar justa causa.

El sometimiento único y exclusivo a la autoridad judicial hace de los esposos víctimas de un sistema caracterizado por su lentitud y carestía, en donde es el juez y nada más que el juez quien determina todo lo relativo a la situación en que queda cada uno de los miembros de la familia: uso de la vivienda conyugal y de otras residencias si existiesen, patria potestad sobre los hijos menores e incapacitados, guarda y custodia, vacaciones, pensiones alimenticias y compensatorias y, últimamente, también el derecho de custodia sobre animales domésticos. La jurisdicción canónica, que también



conoce de las causas de separación, por la ineficacia de sus Resoluciones (que carecen de efectos civiles) pero, sobre todo, por la *vis atractiva* que ejerce el monopolio judicial de los órganos estatales, queda completamente aniquilada aunque los cónyuges se hubieran sometido sólo y expresamente a la *iurisdictio* de la Iglesia.

En definitiva, se les priva a los cónyuges del derecho a casarse con arreglo exclusivamente al ordenamiento jurídico de su respectiva Confesión religiosa, católica o no, otorgando el Estado efectos civiles a dichos matrimonios cuando se celebren cumpliendo los requisitos exigidos por la Ley y hayan suscrito Acuerdos con el Estado (aplicable, por tanto, a judíos, musulmanes y protestantes), aunque los contrayentes rechacen dichos efectos, imponiendo la aplicación de la normativa civil en todas las fases y aspectos del matrimonio (capacidad, impedimentos, forma, efectos, obligaciones, causas de separación y disolución, nulidad, efectos inherentes a la separación y disolución matrimonial, etc.). A mayor abundamiento y como ha quedado dicho, más que otorgar efectos lo que hace el ordenamiento jurídico español es convertir dichos matrimonios, pese a ser confesionales y a regularse por normas bien distintas a las del Derecho español, en diferentes formas validadas de contraer matrimonio civil, menoscabando de manera severa el derecho de libertad religiosa que comprende, como es lógico y natural, la capacidad de realizar diferentes actos, contratos y sacramentos bajo la exclusiva aplicación de las reglas jurídicas de la respectiva Confesión.

A la misma conclusión se llega con la lectura de los Acuerdos celebrados con las religiones minoritarias<sup>2</sup>. A los contrayentes se les exige tramitar un expediente de capacidad matrimonial que, en el caso de protestantes y judíos, ha de ser previo a la celebración (apartado 2), ante el encargado del Registro Civil correspondiente, exigiendo que la prestación del consentimiento se realice “ante el ministro de culto oficiante de la ceremonia y, al menos, dos testigos mayores de edad”, aunque los ordenamientos canónico y musulmán (al menos) sólo requieren de los testigos tener capacidad para comprender y asumir su condición de testigos, pudiendo ser menores de edad. La inscripción es obligatoria y sólo se practicará cuando no resulte impedimento de la documentación aportada o de los asientos del Registro, es decir, sólo se otorga efectos civiles si nada hay en la legislación del Estado español que lo impida o, dicho de

---

<sup>2</sup> En el caso de las Confesiones minoritarias con Acuerdo, los arts. 7 de las Leyes 24; 25 y 26 de 1992, de 10 de Noviembre.

otro modo, sólo se celebra válidamente el matrimonio si reúne los requisitos *ad validitatem* de su ordenamiento jurídico, lo cual tiene sentido en cuanto, en realidad, lo que el Estado hace es posibilitar la forma religiosa convencional como medio de contraer el único matrimonio que el Estado reconoce, el civil.

Es así cómo, frente a la apariencia de libertad religiosa y de reconocimiento de los actos jurídicos realizados en el seno de las Confesiones, lo que en realidad ha hecho el Estado mediante su legislación, unilateral y pacticia, ha sido todo lo contrario: aniquilar los Derechos confesionales reguladores del matrimonio, imponiendo sus propias instituciones y reglas, aun cuando sean incompatibles con aquéllos, y cercenar los derechos de los individuos, que no pueden escapar de la acción invasora de una legislación a la que pueden rechazar de plano por razón de su propio credo, su ideología o convicciones personales.

## **B) El rechazo absoluto de los matrimonios confesionales**

Siguiendo el *iter* argumental del anterior subepígrafe, conviene destacar otros aspectos derivados de lo anterior.

La argumentación expuesta más arriba es que al ciudadano se le privaba de su derecho a contraer matrimonio religioso según su propio rito y sólo a los efectos sacramentales, religiosos, personales, etc., pudiendo eludir la eficacia civil, dada la imposición por parte del Estado de su normativa material y procesal.

Lo que pretendo ahora es llegar más allá y demostrar cómo no se conforma el Estado español con el cercenamiento de ese derecho al privar al individuo de actuar pura y simplemente en el ámbito religioso, íntimo y familiar, a lo que tiene derecho, sino que, además, se le priva de regirse por sus propias normas religiosas.

Los ejemplos más palmarios los encontramos en el matrimonio islámico, aunque parte de los argumentos bien podrían valer para las nupcias hebreas, mormonas y demás.

Un musulmán en España, que puede ser español de nacimiento, no puede contraer en nuestro país ni, en el fondo, siendo español, en ningún otro, matrimonio

polígamo. La monogamia es una imposición del ordenamiento jurídico de nuestro Estado que convierte en nulas todas las nupcias posteriores al primer enlace, salvo que se hayan disuelto los anteriores. No bastándole con esto, tipifica como delito la bigamia, castigando al contrayente polígamo (217 CP) y al que autorizare el mismo a sabiendas de la causa de nulidad (219 CP).

Cabe preguntarse, siendo esto así, en qué queda la libertad religiosa de los musulmanes, habida cuenta de que no pueden regirse en su estricto ámbito doméstico y familiar por las reglas milenarias que regulan sus enlaces matrimoniales y que tienen su origen en los Textos Sagrados, es decir, son disposición de Derecho divino. No quiero con este argumento realizar una defensa de la poligamia, simplemente pretendo poner en evidencia las limitaciones que el ordenamiento español impone a la libertad de religión de quienes profesan religiones minoritarias.

Se me puede alegar que la poligamia perjudica los derechos de la mujer y otorga al varón un estatuto jurídico desigual y de privilegio. No es ésta sede en la que proceda exponer las causas sociales por las que las religiones abrahámicas, todas, permitieron la poligamia desde tiempo inmemorial, y ello porque precisamente la presente reflexión no pretende entrar en dicha dialéctica, pero sí debo traer a colación que si el matrimonio es un contrato -y nada más que un contrato- como sostiene el Derecho patrio, en virtud de la libertad de pactos que consagra el artículo 1255 del Código Civil, no se entiende del todo porqué motivos personas mayores de edad, con personalidad jurídica y capacidad de obrar plena, no pueden suscribir pactos matrimoniales en los que se contemplen situaciones de poliginia, poliandria o matrimonio comunista. Dicho de otro modo, parece existir una contradicción entre la libertad del sujeto y la regulación jurídica que de la materia se hace, convertida en *ius cogens* cuando se trata de determinados aspectos como el señalado.

Eludo conscientemente toda referencia al repudio pues, dejando éste en situación de desigualdad jurídica a la mujer con respecto al hombre, atenta por razones de orden público la normativa estatal. Aquí sí nos encontramos un caso claro de excepción que impide recibir un ordenamiento confesional concreto en tanto en cuanto afecta directamente a los derechos fundamentales del otro cónyuge, no sólo por cuanto produce desequilibrio entre los derechos de ambos esposos, sino porque genera indefensión en la mujer repudiada.

Pero si la poligamia es ejemplo que pueda resultar no válido para ciertas personas o sensibilidades, tal vez se vea clara la falta de libertad religiosa cuando nos adentramos en otros aspectos que escapan igualmente de la capacidad negociadora de los cónyuges y que veta la aplicación de ciertas normas confesionales reguladoras del matrimonio.

Uno de ellos es el régimen económico. En el Islam, el marido adquiere la obligación de albergar a su esposa o esposas en su propia casa, alimentarlas, vestir las, dispensarlas cuidados médicos y, en fin, lo necesario para una vida digna. De igual modo, al hombre le compete proveer para el sostenimiento de los hijos habidos en el matrimonio, sin que la mujer, aunque disfrute de bienes, rentas o recursos, asuma obligaciones económicas.

Esta situación de desigualdad de trato queda compensada, según el pensamiento oriental, en virtud de que la mujer recibe por lo general en igualdad de línea y grado, la mitad que el varón en cuanto a derechos sucesorios. También hay que interpretar la norma en el sentido que el matrimonio islámico tradicional tiene: el hombre adquiere mediante el matrimonio el *ius in corpus* de la esposa, de este modo, las obligaciones económicas son una contraprestación debida en dichas relaciones contractuales.

Es evidente que todo esto resulta completamente extraño a los ordenamientos occidentales y no es de extrañar que sea casi imposible armonizar la aplicación de las reglas económicas que rigen el matrimonio islámico con los Derechos de los Estados europeos. Sin embargo, una vez más y acudiendo al principio de libertad de pactos y al presupuesto de hecho que el propio Estado formula al considerar el matrimonio única y exclusivamente como un contrato de carácter civil, privado, lo que extraña al jurista es que no sea posible en nuestro Derecho unas capitulaciones matrimoniales que reflejen este régimen. En tanto en cuanto dos personas mayores de edad, en plenitud de derechos y en plenas facultades, libre y voluntariamente pacten este tipo de acuerdos, siguiendo las costumbres ancestrales de sus antepasados, las reglas religiosas por las que se quieren regir, etc., no se entiende muy bien la actuación invasora del modelo estatal al impedir casi todo atisbo de libertad de acción en esta materia.

Otro ejemplo podemos encontrarlo en la resolución de conflictos. Una vez más los poderes públicos imponen su sistema frente a las fórmulas tradicionales que nos

ofrecen las religiones milenarias. A los Consejos de familia, otrora trascendentes en materia matrimonial, se sigue acudiendo en el Islam, por ejemplo, para resolver desde el conocimiento profundo de la pareja y de las circunstancias personales de cada uno de los integrantes, todas las cuestiones relativas a las crisis conyugales. ¿Por qué han de ofrecer soluciones menos fiables que las que proporcionan los jueces? ¿Por qué otorgar a éstos el monopolio de la resolución de conflictos conyugales en perjuicio del arbitraje de Derecho privado administrado por un Consejo paritario de personas cercanas a los contendientes?

Una vez más el ordenamiento estatal impone sus leyes con desconocimiento y desprecio absolutos de las normas de origen religioso por la que tienen derecho a regirse sus ciudadanos, anulando toda posible actuación de los Tribunales pertenecientes a dichas Confesiones, sean rabinos, cadíes o Tribunales eclesiásticos, y excluyendo toda posibilidad de aplicación de normas de origen confesional. No se trata en este caso de que el Estado opte por no reconocer los efectos civiles a las jurisdicciones de los credos religiosos, es algo más profundo: lo que el ordenamiento jurídico español hace es eludir de plano el derecho de las personas a regirse por sus normas confesionales (también en materia de resolución de conflictos) e, incluso, negarles el derecho a someterse, en virtud de pactos bilaterales, a determinados arbitrajes o jurisdicciones, privando de este modo de toda libertad al ciudadano -sea éste español o extranjero- de someterse en materia relativa a su intimidad personal y familiar, con arreglo a normas y procedimientos sobre los que hay acuerdo entre las partes.

Lo dicho sirve igualmente para la patria potestad de los menores, su guarda y custodia, el uso de la vivienda conyugal, las consecuencias económicas que para las partes y los hijos puede tener un conflicto matrimonial, el principio sancionador que pueda regir en esta materia para castigar al cónyuge culpable de un divorcio, etc. y, de igual modo, incluso para el matrimonio civil.

### **C) Limitaciones a la capacidad contractual en el ámbito estrictamente civil**

En efecto, al margen de la libertad religiosa -o no-, dentro de lo que puede denominarse libertad de conciencia -o fuera-, podemos constatar igualmente la acción invasora de la legislación del Estado. Una vez más y pese a que éste lo considera única

y exclusivamente un contrato y, especialmente, un contrato de Derecho privado, las partes no pueden pactar cláusulas y estipulaciones que incluyan materias relativas a derechos y obligaciones, materia económica, regulación de las causas de separación y divorcio, consecuencias -de todo orden- asociadas a la comisión de determinados actos, etc.

Formularé unas preguntas para procurar demostrar estos asertos. ¿Cabe en el matrimonio civil un pacto de indisolubilidad? ¿Y un acuerdo entre partes en virtud del cual sólo es posible acudir al divorcio cuando el otro cónyuge incurre en una causa (o una serie de causas pactadas) como por ejemplo, la infidelidad? Y, en tal supuesto, ¿es posible determinar las responsabilidades económicas que llevaría aparejada para el consorte infiel respecto de la parte inocente? ¿Podría pactarse en tales casos unas consecuencias jurídicas sancionadoras como el abandono del hogar familiar y la pérdida de la custodia sobre los hijos, con independencia de su edad y del sexo al que pertenezca el padre o la madre infiel? ¿Podrían someterse las partes a arbitraje de Derecho privado para todos problemas jurídicos que suscite su relación matrimonial en el futuro, dejando al margen toda posible intervención de los órganos jurisdiccionales?

La verdad es que no y que, todo ese tipo de cláusulas que hipotéticamente podrían suscribir los esposos en sede incluso notarial, llegado el caso, la acción invasora del Estado hará que se impongan las reglas contenidas en el Código Civil así como la competencia única y exclusiva de sus Tribunales de Justicia. Se me puede objetar que ese tipo de pactos podrían ser tenidos en cuenta por los jueces para resolver las cuestiones litigiosas, vale, pero sólo eso, ser tenidos en cuenta, pero la evidencia de que, habiendo un menor o un incapacitado, será siempre la Justicia la que tenga la última palabra e intervendrá el Ministerio Público con o contra la voluntad de los esposos, demuestra que, en todo caso, la capacidad de pacto de las partes contratantes del negocio matrimonial es prácticamente nula y, en todo caso, sometida a una futura valoración por parte de las instancias judiciales.

### **3. EL USO DE DETERMINADAS PRENDAS DE VESTIR**

En la España actual se están reproduciendo numerosas situaciones acontecidas en países de nuestro entorno y resueltas con desigual fortuna.

Cada vez son más frecuentes los casos en que niñas que han alcanzado la pubertad acuden a sus colegios cubiertas con un sencillo pañuelo en la cabeza. En otros casos lo que pretenden es alargar las faldas de sus uniformes a fin de que no dejar al descubierto sus piernas, en otros acudir a una piscina municipal vestidas con burkini o, en fin, en el último extremo, circular por la vía pública o acudir a un edificio municipal cubierta con el llamado *burka*.

Tampoco es ésta sede en la que analizar el Código *hiyab* o conjunto de reglas jurídico-confesionales que regulan en el Islam la vestimenta, tanto del varón como de la mujer, en función del deber de recato que debe presidir la actuación de toda persona, especialmente de la mujer, fuera del ámbito doméstico, cuestión a la que he tenido oportunidad de acercarme en reciente trabajo (CATALÁ, en MOTILLA, 2009), sino de ponerlo como ejemplo de cómo en un Estado social y democrático de Derecho en el que constantemente se invoca el espacio de libertades creadas, cada día la minoría musulmana se enfrenta ante nuevos casos de discriminación jurídica y de exclusión social.

En el caso de la prohibición del uso del pañuelo en la cabeza, pese a que se trata de una simple prenda de vestir, no propiamente de un símbolo religioso, y que no implica ni directa ni indirectamente forma alguna de proselitismo, se ha llegado al extremo de expulsar de determinados colegios a niñas que están en procesos formativos básicos y obligatorios, generando un perjuicio anímico y psicológico tremendo entre las criaturas expulsadas y sus familias, quienes no entienden -y con razón- cómo su libertad religiosa no llega al punto de utilizar ese sencillo complemento, desconociendo en todo punto cómo es posible que a alguien pueda herir o perjudicar; cómo es posible que pueda considerarse ilegal al punto de impedir la entrada en un centro docente de carácter público<sup>3</sup>.

Parece obvio que no existe norma alguna de rango legal que impida el uso del velo, máxime cuando éste se circunscribe al pañuelo que cubre la cabeza (todo lo más el cuello y el escote) dejando a la vista el rostro. El derecho a la libertad religiosa, pero también el derecho a la intimidad y al de la propia imagen no dejan lugar a dudas (18

---

<sup>3</sup> Dejo al margen de modo consciente el caso de que se produzca esta situación en un colegio privado. La razón es obvia, pudiendo tener éste un carácter propio, es posible que los Estatutos o los órganos de gobierno dispongan reglas incompatibles con determinadas vestimentas.

CE), una persona puede vestir como quiera siempre y cuando su desnudez no atente contra la moral o el orden públicos, es más, la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, así como el libre desarrollo de su personalidad son fundamento del orden público y de la paz social (10.1 CE); cabría entonces preguntarse ¿cómo puede recaer en manos del Director de un centro educativo o en manos del Consejo Escolar, la potestad de impedir, excluir, suspender o expulsar a una criatura de su derecho, violándole también el que tiene de acceder a la educación (27 CE)? o, dicho de otro modo, puede una persona, física o jurídica, disponer e imponer reglas de conducta *praeter o contra constitutionis*?

Sorprendentemente y contra todo pronóstico esto es lo que está sucediendo. En España se está produciendo, por contagio, movimientos de exclusión social que están en el origen de este tipo de prohibiciones y, lo que es todavía más grave, los frutos de esas tendencias ideológicas y sociales están convirtiéndose en disposiciones contrarias a la Constitución, es decir, nulas de pleno derecho, pese a lo cual se ejecutan a la luz pública. El trasfondo de este problema lo constituye o, al menos, lo agrava la atomización del poder. Un Consejo Escolar de un centro educativo concreto se cree con competencia para regular la materia y, al hacerlo, lo que en realidad hace es pervertir el Derecho, desconocer la norma, anularla *de facto*, aunque sólo sea para un caso concreto.

Éste es, precisamente, el reciente fenómeno que podríamos denominar de *big-bang* del modelo autonómico. So pretexto del principio de autonomía, las Administraciones periféricas han ido adquiriendo progresivamente cada vez más competencias, otrora pertenecientes al Estado. Pero como el movimiento centrífugo -por definición- no puede detenerse, las Diputaciones, los Ayuntamientos y demás organismos públicos cada día se van erigiendo en centros de poder político en los que progresivamente se aumentan las competencias, las potestades y, con ellas, la capacidad de aprobar en plenos, acuerdos, decretos y otros actos y normas que, en suma, pueden llegar a desconocer totalmente los derechos de los ciudadanos o a generar situaciones de discriminación.

Es el caso de aquellos Ayuntamientos que han acordado prohibir la entrada en los edificios públicos a las mujeres cubiertas con *burka*. Parece como si se quisiera imponer un modelo de libertad en el que se las libere de la pesada carga de esa prenda (antaño extendida por la moda afgana, para presumir, sin ningún sentido coactivo) o,



todo lo más, se justifique la medida por motivos de seguridad. Sin embargo, el caso es tan raro que -en general- los municipios que han mimetizado la prohibición jamás han visto a mujer alguna vestida con *burka*.

El problema de este tipo de disposiciones, además de lo que encierran en sí, es que pueden vetar el acceso a los servicios que en la actualidad un municipio dispensa y por los cuales cobra de los recursos del Estado. Impedir la entrada en un Ayuntamiento puede generar la pérdida de derechos sociales, asistenciales, económicos y culturales de todo tipo, desde el acceso a la atención médica al uso de una guardería, pasando por una casa de cultura, un auditorio municipal o una piscina. ¿Existe proporcionalidad en la medida? ¿Se puede justificar tal menoscabo de derechos por el mero hecho de ir cubierta con una prenda de origen religioso? ¿Es éste el medio de imponer la “cultura de la libertad”, excluyendo a los distintos? ¿No cabe la identificación por medio de documentos acreditativos de la personalidad, la confirmación de la identidad por medio de huellas dactilares, etc?

Una vez más la libertad religiosa pierde y, con ellas, quienes deberían detentarla, y una vez más también el Estado de Derecho, a mi juicio, fracasa en el intento integrador y liberal de crear espacios de convivencia. Con ello no defiendo el uso de la prenda sino a quien va dentro de ella porque -entiendo- lo que está haciendo nuestro modelo es imponerle, violentarle, desconocer su ámbito privado de actuación, mancillar su libertad de credo<sup>4</sup>.

#### **4. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN EL ÁMBITO CONFESIONAL**

Posiblemente es el derecho al asociacionismo religioso uno de los que más importantes problemas técnicos ha suscitado nuestro recién estrenado Derecho Eclesiástico del Estado, tanto es así que muchos autores han abordado diferentes aspectos relativos al Registro de Entidades Religiosas, la inmatriculación de las Confesiones y sus entes menores, el concepto que el Estado elabora (o tiene) de lo que sea una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa, y otras cuestiones de no menos interés en torno al derecho que asiste a este tipo de entidades para adquirir personalidad

---

<sup>4</sup> Toda vez, como es lógico, que la use libremente y no sea víctima de coacciones o malos tratos por terceras personas que la obliguen a usarla.

jurídica y la consiguiente capacidad de obrar, elementos imprescindibles para el normal ejercicio de sus actividades y, por tanto, núcleo esencial del derecho de libertad religiosa en su dimensión colectiva (e, indirectamente, individual).

Sin entrar en la problemática que suscitan las cuestiones citadas, quiero traer a colación en esta sede una cuestión que, si bien afecta de modo especial a ciertos colectivos islámicos de España, bien pueden hacerse extensivas a otros. En este caso, tal vez sea la falta de previsión (o el exceso de bisoñez) de nuestro sistema el que está produciendo serios perjuicios en los derechos inherentes a la libertad religiosa.

Como es bien sabido, el Gobierno español suscribió con la Comisión Islámica de España (C.I.E.) el Acuerdo que como Ley 26/1992 habría de aprobarse<sup>5</sup>. Dicha Comisión en realidad era una Confederación que aglutinaba dos Federaciones de Comunidades musulmanas hispánicas, la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (F.E.E.R.I.) y la Unión de Comunidades Islámicas de España (U.C.I.E.). Con esta obligada agrupación, el Estado español conseguía evitar la multiplicación de Acuerdos de cooperación a costa de provocar la artificial unión de grupos confesionales voluntariamente no integrados. Desde la óptica occidental es difícil comprender si entre unos musulmanes y otros pueden haber tantas diferencias -o más- que entre unos cristianos y otros<sup>6</sup>, pero lo cierto y verdad es que, desde su génesis, se formaron dos Federaciones de Comunidades islámicas y, hasta la fecha, éstas han seguido reivindicando su propia autonomía e idiosincrasia, de tal modo que, al día de hoy, las Comunidades integradas en la C.I.E. o lo están en la F.E.E.R.I o lo están en la U.C.I.E. o se integran directamente en la propia Comisión. En la actualidad hay 791 Comunidades musulmanas inscritas en el R.E.R.. El 58% pertenecen a la U.C.I.E., el 9% a la F.E.E.R.I y el 32% restante (254) se encuentran al margen de estas dos Federaciones (DE BARRIO, 2010).

Sin entrar en los motivos que puedan existir, lo cierto es que, en la actualidad, aproximadamente un tercio de los musulmanes que viven en nuestro países quedan fuera de la Comisión Islámica de España porque no han sido aceptados como miembros

---

<sup>5</sup> La firma del Acuerdo es de 28 de abril de 1992.

<sup>6</sup> Piénsese, por ejemplo, en la Iglesia Católica y la Iglesia de los Testigos de Jehová. Si las diferencias existentes entre ellas fueran similares a la de determinados grupos islámicos no parecería razonable obligarlas a unirse para la adopción de instrumentos jurídicos comunes de cooperación con el Estado.

de ninguna de las dos Federaciones ni, tampoco, como miembros de la Comisión. Aunque la cifra puede variar en pocos días, son aproximadamente 270 las Comunidades que han quedado fuera, por tanto, de la superestructura orgánica del Islam español.

Parece claro que no se puede obligar a ninguna corporación a integrar en su seno a entidad alguna si no es mediante aprobación previa por parte del órgano de gobierno con competencia en la materia y que, por tanto, atendiendo a sus estatutos, cada Federación es libre de decidir sobre el particular (aun cuando la Comunidad solicitante cumpla determinados requisitos) si la Federación estatutariamente se irroga la potestad última de admitir o rechazar la propuesta de integración. Dicho de otro modo, el juego de las normas estatutarias y de la autonomía de estas organizaciones religiosas y de quienes las representan puede impedir la incorporación de nuevos grupos islámicos sin que el Estado puede evitar que se produzcan situaciones de menoscabo, injusticia o arbitrariedad, dado su carácter laico y el compromiso que ello implica en cuanto a la no ingerencia en los asuntos internos de las Confesiones religiosas.

Cabría preguntarse si, llegado el caso, y sobre la premisa de cumplimiento de todos los requisitos que establezcan los Estatutos de la Federación, una Comunidad religiosa -islámica o no- podría llevar ante los Tribunales una acción de nulidad de un acuerdo denegatorio de esta naturaleza en base a presuntos incumplimientos de las normas internas, violación del derecho a la libertad religiosa del grupo solicitante y de sus individuos, el derecho a la igualdad de trato, o por otras cuestiones relacionadas con el orden público, como serían los conflictos entre derechos fundamentales. Aunque personalmente entiendo que podría prosperar una acción judicial de semejante naturaleza (aun consciente de las dificultades materiales y procesales que el caso ofrece), lo que importa ahora es demostrar cómo este tipo de situaciones afectan -y mucho- a la libertad religiosa de los grupos marginados y de las personas integrados en ellos.

Tomando como ejemplo el Acuerdo citado, vemos cómo, en la Exposición de Motivos, el Ministro de Justicia (habilitado por el Consejo de Ministros) suscribió el Acuerdo que habría de regir “las relaciones de cooperación del Estado con las Comunidades de confesión musulmana establecidas en España”, es decir, dejando aparentemente claro esa vocación de aplicación universal al fenómeno islámico patrio,

pero sigue diciendo a continuación: “integradas en dicha Comisión e inscritas en el Registro de Entidades Religiosas”.

El inciso último demuestran dos cosas: una de ellas es que el Estado ha pretendido convertir el Registro especial en referente necesario y, por ello, obliga a los grupos religiosos a inscribirse si quieren beneficiarse de la aplicación de unos Acuerdos previos o posteriores. Pero no debemos obviar que, tras esta opción, puede atisbarse el deseo de los poderes públicos de tener conocimiento y, en cierto modo, un mínimo grado de control sobre el fenómeno asociativo de carácter confesional pues los Estatutos, el domicilio, los órganos representativos, fines y actividades... ofrecen una información valiosísima no sólo para garantizar cierto grado de seguridad en el tráfico jurídico, sino, además, para conocer con cierto detalle la existencia de cada Comunidad religiosa.

La otra consecuencia directa -parece clara- fue el deseo del Estado de integrar a ese fenómeno asociativo, comunitario, en las superestructuras organizativas del islamismo hispánico, de ahí que se reserva la aplicación del Acuerdo a las Comunidades que, además de inscritas en el R.E.R., se integren en dicha Comisión.

Pero lo que -a mi juicio- el Estado no sospechó en su momento es que fueran las Federaciones y la propia C.I.E. las que rechazaran la integración de los nuevos grupos religiosos, de ahí que no hiciera prescripción alguna en torno a ese potencial derecho. Se trataba de fomentar la integración de los grupos confesionales minoritarios emergentes, pero ni era pensable que el Islam español experimentara un crecimiento sociológico tan importante ni -mucho menos- que fuera a quedar al margen de la aplicación del Acuerdo una parte importante del asociacionismo islámico emergente y ello, precisamente, por voluntad de los representantes de las Federaciones respectivas y/o de propia C.I.E..

Esta cuestión tiene especial interés porque, como reza el Anexo de la Ley 26/1992 (párrafo cuarto, *in fine*), se negocia el texto con la C.I.E. en tanto que “órgano representativo del Islam en España ante el Estado para la negociación, firma y seguimiento de los acuerdos adoptados”, es decir, de algún modo queda claro que no habrá otro Islam en nuestro país con capacidad negociadora y que, por tanto, aunque no se diga expresamente, parece que, *prima facie*, no participarán en el seguimiento del

texto aprobado las Comunidades islámicas no integradas en la C.I.E. ni, por ende, se les aplicará el mismo (forma de “forzar” su integración).

A esa conclusión se llega con la lectura del art. 1: “Los derechos y obligaciones que se deriven de la Ley por el que se aprueba el presente Acuerdo serán de aplicación a las Comunidades Islámicas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, que formen parte o posteriormente se incorporen a la Comisión Islámica de España o a alguna de las Federaciones Islámicas inscritas integradas en dicha Comisión, mientras que su pertenencia a la misma figure en dicho Registro”.

Pero de este capital precepto se derivan, además, dos conclusiones tremendamente trascendentes a los efectos que nos ocupan. De un lado, que no sería posible -si no cambia la Ley o se relaja su aplicación- extender los beneficios derivados del Acuerdo a otras Federaciones de Comunidades Islámicas que pudieran crearse en el futuro si no se integraran en la C.I.E., lo que permite, si ésta rechaza esa integración, dejar al margen a todos esos grupos. De otro -y no menos grave- que se les aplica el Acuerdo mientras mantengan su permanencia en la Comisión, lo que posibilita, si son expulsadas, dejar en manos de la propia Comisión y de las Federaciones que la integran la capacidad de determinar a qué Comunidad se la excluye, cuándo y por qué motivo, lo que posibilita acciones no queridas por el Estado ni amparadas por el Derecho.

Cabría aquí preguntarse si tales acuerdos podrían ser revisados en sede jurisdiccional pero, aunque lo fueran, ha de tenerse presente que el debate que podría estar en la mesa del juez es si un grupo islámico se aparta en determinados aspectos de la ortodoxia islámica, no secunda las decisiones adoptadas por la mayoría o por los órganos de gobierno o cualquier otra materia que escape de sus conocimientos e, incluso, de su competencia.

Así pues y teniendo en cuenta lo que a continuación prescribe el apartado 2 del artículo 1 del Acuerdo, la inclusión de una Comunidad en cualquiera de las dos Federaciones existentes o de la propia Comisión debe constar en el Registro de Entidades Religiosas, lo que se materializa a través de la correspondiente certificación y, por ello mismo, “la anotación en el Registro de su baja o exclusión se practicará a instancia de la entidad interesada -es decir, *motu proprio*- o de la Comisión Islámica de España”, reconociendo, por tanto, su capacidad para expulsar a una Comunidad de

dicha superestructura (con las consecuencias jurídicas que comporta: inaplicación de las ventajas inherentes al Acuerdo y su normativa de desarrollo).

La trascendencia del juego de estos mecanismos legales indebidamente ponderados en su momento por parte del Estado español, hacen que multitud de cuestiones de capital importancia para el normal desenvolvimiento de los grupos y de las personas que los integran, queden en manos de determinados órganos de gobierno de estructuras no participadas por aquéllos, menoscabando de forma poderosa numerosos aspectos esenciales de la libertad religiosa de la que son titulares los individuos y las colectividades que han creado.

A título de ejemplo citaré el reconocimiento estatal de la condición de “Mezquita” como lugar de culto sometido a especial protección, por cuanto requiere la certificación por parte de la Comunidad respectiva pero “con la conformidad de dicha Comisión” (2. 1 *in fine*). Lo mismo cabría decir de las madrasas y de otros edificios islámicos dedicados a la formación, asistencia religiosa y oración<sup>7</sup>.

Sin entrar en análisis mínimamente pormenorizados, las previsiones legales contenidas en el Acuerdo podrían afectar, por su inaplicación a los grupos islámicos no integrados en la C.I.E., a numerosas y muy diversas materias, como son la inviolabilidad de archivos y documentos (Art. 2. 3 de la Ley 26/1992. Las citas que siguen son todas de esta Ley), la inscripción registral de los lugares de culto (2.4), el tratamiento especial de los cementerios islámicos (2.5, primer párrafo) así como “el derecho a la concesión de parcelas reservadas para los enterramientos islámicos en los cementerios municipales, así como el derecho a poseer cementerios islámicos propios”, la adopción de medidas para posibilitar la observancia de sus propios ritos funerarios y el traslado de cadáveres a cementerios musulmanes (2.5, párrafo segundo), la acreditación de Ministros de culto (3.1), el sometimiento de éstos al régimen de especial protección en materia de secreto profesional (3.2) e inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social (5); el otorgamiento de efectos civiles al matrimonio islámico (que requiere la prestación del consentimiento ante Ministro de Culto reconocido) (7.1, párrafo segundo), o el monopolio en la prestación de la asistencia espiritual en los cuarteles del Ejército, ya que la misma “será dispensada por los Imanes o personas

---

<sup>7</sup> El Estado les dispensa el carácter de lugares “inviolables”, sometiéndolos a un régimen de especial protección en materia de expropiación forzosa, por ejemplo.

designadas con carácter estable por las Comunidades Islámicas pertenecientes a la Comisión Islámica de España” (8.3). Si bien el derecho a recibir asistencia religiosa de credo islámico no está directamente afectado por la pertenencia del solicitante a una Comunidad integrada -o no- en la C.I.E. (8.1 y 2; 9.1 y concordantes), (con lo que se garantiza esta esencial prestación a todo individuo) pueden quedar fuera de las prestaciones económicas que hipotéticamente se pacten de conformidad con las previsiones legales contenidas en el apartado 3 del art. 9 quienes realizan dicho servicio religioso.

La dependencia de todo musulmán a recibir prestaciones propias de su fe por miembros acreditados por la C.I.E., incluso en el supuesto de que pertenezca a una Comunidad no incluida en ella (incluso por haber sido rechazada su solicitud) puede provocar situaciones paradójicas e incómodas, llegando a poder poner, incluso, en peligro la efectividad de dicha prestación. Sucede lo mismo en materia de enseñanza, el reconocimiento del Estado a recibir formación religiosa de acuerdo a la propia convicción es universal, por tanto, beneficia a todo musulmán por el mero hecho de serlo (10.1), pero, sin embargo, al prever que “la enseñanza religiosa islámica será impartida por profesores designados por las Comunidades pertenecientes a la Comisión Islámica de España, con la conformidad de la Federación a la que pertenezcan” (10.2), lo que está haciendo a mi modesto juicio el Estado es oficializar un Islam en concreto, el que ha servido de interlocutor para negociar los contenidos del Acuerdo y cuyos representantes lo han suscrito, poniendo en peligro los derechos subjetivos de las personas no integradas -o excluidas- de esa especie de Islam oficializado.

A la misma conclusión hay que llegar con respecto a los contenidos de esa enseñanza ya que, si bien son proporcionados por las Comunidades respectivas, “requieren la conformidad de la Comisión Islámica de España” (10.3).

También de cierta gravedad es la exclusión de los grupos islámicos marginales (o marginados) con respecto a la C.I.E. que realiza el artículo 10. 5 ya que la Ley sólo prevé la posibilidad de “organizar cursos de enseñanza religiosa en los centros universitarios públicos, pudiendo utilizar los locales y medios de los mismos, de acuerdo con las autoridades académicas” a las Comunidades integradas en aquella y a la propia C.I.E..

De igual manera quedan fuera del reconocimiento del derecho a “establecer y dirigir centros docentes de los niveles educativos -mencionados en el num. 1 del art. 10- así como Universidades y Centros de Formación Islámica” (10.6).

Con objeto de no alargar más este apartado, simplemente señalar que el resto de previsiones que tienen como sujetos única y exclusivamente las Comunidades integradas en la C.I.E. y a esta última (se entiende que también para las dos Federaciones citadas) y no las que quedan fuera, afectan a las ventajas fiscales y la financiación, directa o indirecta, de que gozan las Confesiones religiosas (11), el descanso laboral semanal (12.1), la celebración de las festividades musulmanas (12.2) y la exención de exámenes en el ámbito escolar (13) o de pruebas de acceso o de ingreso en las Administraciones Públicas que coincidan con dichos días y fiestas (12.4), quedando fuera -asimismo- de competencias concretas en materia de conservación y fomento del patrimonio histórico, artístico y cultural, catalogación e inventario, así como de la creación y participación en Fundaciones, Patronatos y demás instituciones culturales relacionadas (13), uso y protección de la denominación *Halal* (14), legislación del Estado que afecte a cuestiones relativas a las materias reguladas en el Acuerdo (Disposición Adicional Primera) y, por supuesto, capacidad de denuncia, revisión (Disposición Adicional Segunda), interpretación, aplicación o seguimiento del mismo (Disposición Adicional Tercera).

Se podría decir, concluyendo con este apartado, que -en la práctica- sólo es musulmán quien, siéndolo, forme parte de alguna de las Comunidades integradas en la C.I.E., ya que nuestro ordenamiento jurídico ofrece un estatuto tan desigual y discriminatorio respecto del que no está integrado (lo que es extensible a sus Comunidades religiosas) que, en realidad, coexisten dos sistemas jurídicos, y eso aunque el musulmán discriminado pertenezca a una Comunidad inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, es decir, cuente con el reconocimiento del Estado del verdadero carácter religioso (islámico) de dicha Entidad.

*Mutatis mutandis* lo mismo cabría decir respecto del ciudadano protestante integrado en algunas de las Comunidades religiosas no integradas en la F.E.R.E.D.E.(Ley 24/1992, de 10 de noviembre) o del judío que no pertenezca a ninguna Comunidad hebrea española o, perteneciendo, si ésta no estuviera integrada en la Federación de Comunidades Israelitas de España (Ley 25/1992, de 10 de noviembre).



## **5. CON RESPECTO AL ABORTO**

Al margen de la pertenencia a una Confesión religiosa determinada, existen en nuestra legislación al menos dos supuestos en los que la merma del derecho de libertad religiosa es manifiesta. Ambos tienen relación con el aborto y ambos dan una idea del carácter ideológico, a mi juicio agresivo, con el que los representantes políticos del Gobierno actual abordan tan esencial derecho; uno tiene que ver con la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios y el otro con los derechos que deberían asistir a los operadores políticos.

### **A) La objeción de conciencia al aborto**

La norma que regula la interrupción voluntaria del embarazo es la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. De entre su articulado sólo me interesa destacar algunos preceptos que tienen relación con el derecho que tienen los profesionales de la salud a abstenerse de participar en tales prácticas.

En el preámbulo, concretamente en el decimotercer párrafo del apartado II, se menciona este asunto adelantando, de un lado, que afectará a los sanitarios “directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo” y, de otro, que ello “será articulado en un desarrollo futuro de la Ley”. Aparte del estilo, poco cervantino, con que el legislador se expresa, ya se anticipan dos cuestiones de suma importancia: la restricción de las posibilidades de objeción a los profesionales “directamente” implicados, dejando de modo claro sin posibilidad de eximirse de sus obligaciones a quienes no tengan esa vinculación directa con la intervención abortiva, y el desarrollo futuro de la Ley que -ya apunta- no será Orgánica.

Es evidente que la previsión, pretendidamente restrictiva, que hace el Legislador al constreñir la objeción a los profesionales sanitarios (no a otros), directamente implicados generará numerosos problemas (un Radiólogo o un Técnico de Radiología, por ejemplo, que realice exploraciones previas y/o posteriores, no practica aborto alguno y sin embargo, con su acto médico coadyuva de forma instrumentalmente necesaria en el desenlace fatal). Y llama la atención especialmente porque, frente a este tipo de restricciones, la ley se muestra de una generosidad manifiesta al expresar la

interpretación amplia que debe hacerse de ella con respecto a los derechos de la mujer embarazada (Art. 12: “Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención....”).

Pero vayamos al articulado. En el artículo 3. 3 se prohíbe todo género de discriminación -también por razón de “religión, convicción u opinión”- para “el acceso a las prestaciones y servicios previstas en esta Ley”, lo que podría llevarnos a pensar que igual nivel de protección se dispensa a quienes, por ministerio de la norma, se puedan ver afectados por razón de la praxis profesional. Sin embargo, esto no es así.

Para empezar, obliga a los profesionales de la enseñanza y a las propias Universidades a introducir “en los programas curriculares de las carreras relacionadas con la medicina y las ciencias de la salud” “la investigación y formación en la práctica clínica de la interrupción voluntaria del embarazo” (18 a)), es decir, pretende obligar a Universidades, Profesores y alumnos a investigar en dicha materia, a enseñar y a aprender a segar vidas, algo que siempre fue contrario a los principios de actuación de la clase médica.

En segundo lugar, obliga también a que “la formación de profesionales de la salud sexual y salud reproductiva, incluida la práctica de la interrupción del embarazo”, quede incluida en los procesos formativos (8 b)).

En tercero, para quienes lleven retraso en el conocimiento de estas técnicas, con el fin de capacitarles adecuadamente, obliga a incluir métodos de aprendizaje “en los programas de formación continuada a lo largo del desempeño de la carrera profesional” (8 c)).

Pero si pareciera de poca importancia la invasión del Estado en las conciencias individuales de los profesionales de las enseñanzas universitaria y técnica, así como en las de quienes comienzan a formarse en dichas disciplinas, el art. 9 obliga a fomentar la cultura de la muerte obligando a incorporar lo que eufemísticamente se denomina “formación en salud sexual y reproductiva” en el sistema educativo no universitario, obligando a incluir en los *curricula* docentes esta materia “como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores”, es decir, profesores y alumnos

deben aprender, al son de la batuta movida por el Parlamento y manejada por el Presidente del Gobierno, todo lo referentes a salud sexual, métodos contraceptivos y medios de deshacerse de embarazos no deseados.

Todo esto es, a mi modesto juicio, una intromisión gravísima y de todo punto intolerable en la conciencia de los más jóvenes, absolutamente incompatible con la obligaciones que tienen los poderes públicos de garantizar “el derecho que asiste a los padres a que sus hijos reciban la educación moral de acuerdo con sus propias convicciones” (27.3 CE), contraria al Estado de Derecho y, por ende, manifiestamente inconstitucional.

Otra de las cuestiones más llamativas de la norma es la que regula la objeción de conciencia. Para empezar, ésta sólo se reconoce -como ya ha quedado adelantado- a “los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo” (19.2, párrafo segundo), pero señalando a continuación, como extraña cláusula de pretendidos efectos limitativos, “sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia”. Parece primar, por tanto, el derecho de la mujer al del profesional de la Medicina, y es así por lo que más adelante se dirá.

En cuanto a su ejercicio, el precepto citado establece una serie de pautas en torno a la objeción:

- Ha de ser una “decisión siempre individual”.
- Sólo la puede interponer el “personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo”, es decir, que no cabe ni respecto del personal no sanitario ni del que el Legislador considere no directamente implicado.
- Ha de manifestarse anticipadamente, esto es, parece querer excluir las decisiones posteriores sobre el particular.
- Ha de hacerse por escrito.
- No alcanza a los actos anteriores ni posteriores del aborto, es decir, no cabe objetar ni a quienes hayan de realizar pruebas previas (piénsese en el caso de ginecólogos, anestesistas, matronas...) ni a quien se vea, por razón de turnos, etc., en la tesitura

de atender a la mujer en períodos posteriores al aborto (no necesariamente de carácter inmediatamente posterior).

Como puede verse, lo que la ley pretende es constreñir todo lo posible el derecho fundamental a la objeción de conciencia del profesional sanitario, del docente y hasta del estudiante, lo que confronta con el derecho declaradamente constitucional y “¡fundamental!”- de la mujer a que se le practique el aborto<sup>8</sup>. Y para constreñirlo al máximo, en un alarde de insensatez jurídica, al determinar en la Disposición final tercera el carácter orgánico de la Ley, excluye de tal carácter el Capítulo II del Título II que es, justamente, el que regula la objeción de conciencia. Esto hace prever que cualquier norma de desarrollo carecerá de tal condición y, lo que es mucho más grave, pretende, con una técnica indigna de un Estado de Derecho, mucho más propia de un Estado ideológico, degradar la objeción de conciencia a derecho común, esto es, no fundamental.

Con esto lo que se quiere conseguir es, en perjuicio del estatuto jurídico del profesional de la medicina objetor, negar toda relación entre ese derecho a la objeción y la libertad ideológica, religiosa y de conciencia, amparadas constitucionalmente, con todo lo que conlleva a efectos de pérdida de capacidad de defensa (indefensión) y, lo que es tan malo y perjudicial, procura sentar un precedente legislativo de regulación de la objeción de conciencia -en tema capital- al margen del necesario desarrollo mediante Ley Orgánica. Nada le hubiera costado al legislador darle carácter orgánico al artículo 19, pero precisamente la voluntad del partido político autor del proyecto y responsable de su tramitación y aprobación era justamente la contraria, dar un golpe, desde el Estado, a las libertades individuales consagradas constitucionalmente; un enorme paso atrás que -todo haría pensar- sería adecuadamente reconducido por el Tribunal Constitucional si no tuviera la enorme carga y sesgo ideológico que los partidos políticos españoles han querido inferirle.

---

<sup>8</sup> Véase el art. 12 de la propia LO, que califica de fundamentales todos los derechos de la mujer regulados en esta ley, incluido, por tanto, el de abortar.

## **B) La obligación de votar a favor de la ley**

De entre las numerosas manifestaciones que ponen en evidencia la escasa calidad de nuestro sistema jurídico-político una de ellas es, sin duda, la falta de libertad de nuestros propios parlamentarios.

La Ley despenalizadora del aborto, que aborda lo que llama “salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”, pasará a la historia, sin ningún género de dudas, no sólo como la que consagra la validez jurídica de lo que califican todas las religiones<sup>9</sup> como crimen abominable, sino la que más en evidencia ha dejado de manifiesto que el parlamentario español carece de una mínima capacidad de decisión política, es decir, tiene anulada su voluntad hasta el extremo.

Esta conclusión, que *a priori* puede parecer demasiado tajante y que, evidentemente, resulta de todo punto incorrecta -políticamente hablando-, requiere, como es lógico, una explicación.

Dejando al margen el grado de repulsa con que el Islam, el Judaísmo, los Cristianismos no católicos o cualquier otra religión trate la cuestión del aborto, es lo cierto que el Catolicismo ha sido siempre bastante claro y terminante en esta materia. La comisión de un aborto ha sido siempre considerada delito muy grave que ha llevado aparejada la excomunión *latae sententiae*, es decir, el apartamiento de la comunión eclesial, la expulsión del seno de la Iglesia.

Cuando se comenzó a hablar en este país de la citada Ley, la Conferencia Episcopal Española realizó una serie de llamamientos y advertencias recordando la gravedad del tema, apelando a la conciencia de los políticos que habrían de votar y responsabilizándoles de las muertes que aquélla provocaría.

No voy a entrar, como es lógico, en las declaraciones que sobre la hipotética responsabilidad jurídico-canónica podría incurrir S. M. el Rey, así como tampoco en el juicio moral que merece la conducta del Monarca, los políticos, sanitarios o las mujeres embarazadas que se acojan a los derechos que contempla, pero sí a las consecuencias jurídicas de ámbito confesional en que podrían incurrir los parlamentarios que votasen a

---

<sup>9</sup> Al menos las que yo conozco.

favor de la Ley y ello porque, atendiendo a la norma canónica y a la doctrina sentada en torno a ella por los Obispos españoles, las consecuencias serían en todo caso graves.

Monseñor Martínez Camino, Portavoz de la Conferencia Episcopal Española, recordó al hilo de la polémica que “Ningún católico puede aprobar ni dar su voto” a leyes que atenten contra la vida, remitiéndose a la Encíclica de Juan Pablo II *Evangelium vitae* (1995) en donde se especifica que no es lícito “tomar parte en una campaña a favor de una ley así, ni votar por ella”. El citado Obispo concluyó, pues, quien apoyara la Ley del aborto se encontraría en una “situación objetiva de pecado público, no pudiendo ser admitido a la Sagrada Comunión” (GINÉS 2010)<sup>10</sup>.

No es ésta sede en la que proceda analizar con ojos de canonista la normativa de referencia, como tampoco tendría interés a los efectos que me ocupan distinguir entre “retirar la comunión” y “excomulgar”, entre otras razones porque, como suele decirse, doctores tiene la Iglesia, baste poner en evidencia la gravedad que para la milenaria doctrina católica tiene el apoyo político determinante al aborto libre y voluntario.

Este presupuesto de hecho pone en evidencia la tensión que para algunos parlamentarios ha debido provocar la tesitura de prestar un voto a favor de una ley contraria a sus convicciones personales, a su religión o a sus creencias, cuando la decisión -máxime teniendo en cuenta que se tratan de personas públicas- les puede llevar -o les lleva-, entre otras cosas, a la supresión del derecho a tomar la Sagrada Comunión, y a poder ser considerados por el credo católico como personas incurso de modo objetivo en pecado grave.

Al hilo de las diferentes declaraciones sobre el particular, el Secretario del Grupo Socialista en el Congreso dijo que “el voto es del PSOE”, como sustrayendo la responsabilidad de sus diputados y senadores. CIU, por el contrario -y haciendo una excepción a lo que viene siendo la práctica habitual- dio libertad de voto a sus representantes. Otros grupos políticos no dieron dicha libertad, votando a favor del aborto (curiosamente alguno de ellos dio libertad de voto en el tema de la prohibición de las corridas de toros en Cataluña).

---

<sup>10</sup> En la noticia el lector puede encontrar diversas referencias a diferentes documentos de la Congregación para la Doctrina de la Fe en la materia y que tienen un sentido conteste.

Una vez más nos encontramos ante ejemplos, claros y graves, en los que se despoja al ciudadano, incluso cuando, como en el caso, está provisto de aparente *imperium*, del derecho a la libertad de conciencia. La obediencia debida a unas siglas políticas puede acarrear consecuencias graves en el ámbito confesional y, sin embargo, nuevamente se cercena el derecho a la libertad religiosa y de conciencia, aunque esta vez no sea la Ley la que imponga las limitaciones, sino que es la praxis establecida por los partidos políticos la que castiga con la “muerte política” a quien rompe la disciplina de voto (lo cual, tal vez y en cierto sentido, aún sea más grave).

¿Responde todo este cúmulo de situaciones a un pretendido ataque a las Confesiones religiosas o, por el contrario, lo que se pretende es combatir el ámbito de la conciencia individual? Tal vez ambas cosas. Por un lado se cacarea con orgullo un régimen de libertades pero, tras la fina capa de barniz, lo que se vislumbra es una realidad que menoscaba de modo sistemático y grave el ámbito de libertad interna del individuo, esté o no provisto de una conciencia religiosa. De este modo, la democracia es, cada vez más y por las razones apuntadas -a las que se podrían añadir cientos de motivos- algo formulario, procedimental, formal y, en esa misma medida, ofrece cada vez menos espacio para la libertad, dificultando el libre desarrollo del ser humano, la generación de individuos dotados de su propia personalidad, es decir, de personas, en el sentido más amplio y profundo del término.

Lo mismo cabría decir del Estado de Derecho. Éste fracasa -una vez más a mi modesto juicio- en cada ocasión en la que se muestra incapaz de ofrecer una respuesta mínimamente satisfactoria a los constantes problemas que generan los derechos del hombre en general y, más en particular, los que derivan de la libertad religiosa, ideológica y de conciencia.

A los ejemplos expuestos, que procuran demostrar cómo el Estado establece importantes limitaciones al ejercicio de los derechos inherentes a la libertad religiosa y de conciencia, cabría añadir otros muchos, algunos de ellos relacionados con la protección penal del fenómeno religioso y en los que puede comprobarse cómo, inconcebiblemente, ésta suele quedar perjudicada frente a determinados tipos de agresión en comparación con otros derechos susceptibles de tutela (sobre estas cuestiones, vid ampliamente en VALMAÑA, 2008), sin embargo, los casos traídos a colación -creo- son suficientes para evidenciar la necesidad de profundizar en los

fundamentos de nuestro texto constitucional cuando de regular todo lo concerniente a la libertad de credo se trata.

Una última reflexión, si se me permite la licencia, que pretende recapitular todo lo expuesto. Nuestro país ha sucumbido en manos de una clase política de bajísimo perfil a una suerte de relativismo político en el que la norma jurídica está permanentemente sometida al capricho del partido que gobierna, con el inconveniente de que los centros de poder se han atomizado de tal modo que -ahora- es la Comunidad Autónoma, el Alcalde, el Consejo Escolar o el juez el que determina si una niña puede entrar en su Colegio a recibir la enseñanza a que la Ley le obliga, o si puede permanecer en los estrados de un Juzgado con un pañuelo en la cabeza para cumplir el sagrado deber de defender a su cliente<sup>11</sup>; todo depende de la autoridad que gobierne cada centro, nada de lo que dispongan las Declaraciones internacionales de derechos o los más altos intereses, valores y principios que inspiraron hace más de tres décadas nuestra Constitución prima necesariamente sobre la voluntad política.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- DE BARRIO, S. (2010). “El Gobierno impulsa una reforma de la Comisión Islámica para que sea más democrática”. En *Diario El Mundo*. Recuperado el 4 de junio de 2010 de <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/06/02espana/1275494205.html>
- CATALÁ, S. (2009). “Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo”. En A. MOTILLA DE LA CALLE (Coord.), *El pañuelo islámico en Europa* (pp. 19-61). Madrid: Marcial Pons.
- P. J. GINÉS. (2010). *Martínez Camino: “Quien apoya el aborto no puede comulgar*. Recuperado el 12 de noviembre de 2009 de <http://larazon.es/noticia/martinez-camino-quien-apoya-el-aborto-no-puede-com...>

---

<sup>11</sup> A propósito de la recientísima Sentencia del Tribunal Supremo (2.XI.2010) -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava- por la que no se desestiman las pretensiones de Dña. Zoubida Barik Edidi, Abogada que fue expulsada de la Sala en proceso penal por llevar sobre su cabeza un pañuelo islámico al entender que es al Juez a quien compete, en ejercicio de las funciones de policía de estrados conferida por el art. 684 de la LECr., determinar la procedencia de su permanencia y el ejercicio de su derecho-deber de defensa.



VALMAÑA, S. (2008). “Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos”. En GARCÍA VALDÉS, C. y otros (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, (T. II, pp. 2285-2307). Madrid: Edisofer.