

**EL DERECHO A NO
DECLARAR LAS CREENCIAS:
REFLEXIONES A LA LUZ DE LA
JURISPRUDENCIA RECIENTE Y
DE LA LEY ORGÁNICA DE
CALIDAD DE LA EDUCACIÓN**

POR

JUAN FERREIRO GALGUERA

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado.
Universidad A Coruña

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO A NO DECLARAR LAS CREENCIAS: 1. *Fundamento y delimitación frente a figuras afines* 2. *Ambito subjetivo: A) Destinatarios de la prohibición: poderes públicos o particulares B) Titular del derecho: el declarante* 3. *Contenido de este derecho A) Ambito objetivo y límites B) Supuestos legales de preguntas formuladas por los poderes públicos y relacionadas con las creencias: 1) Impuesto de la Renta de Personas Físicas (IRPF), 2) Asistencia religiosa en establecimientos públicos 3) Objeción de conciencia al servicio militar 4) Celebración del matrimonio religioso 5) Opción por la asignatura de religión en centros públicos.* III LA SENTENCIA 153/2003 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA. 1. *Hechos* 2. *Antecedentes legislativos del RD 1934/1986* 3. *Fundamentos Jurídicos.* IV. LA LEY ORGÁNICA DE CALIDAD DE LA ENSEÑANZA (LOCE) Y EL DERECHO A NO DECLARAR LAS CREENCIAS. 1. *Aspectos generales relativos a la enseñanza religiosa en la LOCE* 2. *La opción sobre la enseñanza religiosa en la LOCE. A) La enseñanza religiosa ofertada por los distintos centros B) Los sujetos que ejercitan la opción por la enseñanza religiosa C) Forma y momento de manifestar dicha opción.*

EL DERECHO A NO DECLARAR LAS CREENCIAS: REFLEXIONES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE Y DE LA LEY ORGÁNICA DE CALIDAD DE LA EDUCACIÓN

POR

JUAN FERREIRO GALGUERA

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad A Coruña

I. INTRODUCCIÓN

Cualquier reflexión sobre manifestaciones de los Derechos Fundamentales ha de tener necesariamente presente no sólo la Carta Magna sino también las Declaraciones internacionales de derechos en la que aquella se inspira. La Constitución española de 1978, como es sabido, ha supuesto un importante cambio en la forma de abordar el fenómeno religioso e ideológico por parte del Estado. Supone, entre otras muchas cosas, un punto de inflexión radical respecto a la posición jurídica del Estado frente a las creencias. La Carta Magna inaugura en España un nuevo tipo de Estado en relación con el fenómeno religioso. De esta forma, el Estado confesional, que salvo efímeras interrupciones estuvo presente en la historia de España desde el siglo XV, es ya parte del pasado y ha sido substituido por el Estado social y democrático de Derecho, cuya actitud ante lo religioso está inspirada en cuatro principios fundamentales: la libertad religiosa de los individuos y comunidades, la igualdad de los ciudada-

nos ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de religión, la aconfesionalidad o laicidad positiva del Estado y la cooperación con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas.

Aunque no es objeto de éste artículo pormenorizar sobre el ámbito y extensión de estos principios¹, recogidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución, no es ocioso poner de manifiesto que una de las consecuencias del principio de aconfesionalidad («ninguna confesión tendrá carácter estatal» –art. 16.3 C.E) es que los valores o intereses religiosos, en cuanto tales, no pueden ser esgrimidos como parámetros para calibrar la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos.

Desde este principio, toda oferta religiosa –más o menos amplia, más o menos arraigada– que se genere en el marco de la sociedad tendrá como únicos y exclusivos destinatarios a las personas físicas o jurídicas. Pero, nunca al Estado, pues es incompetente en materia religiosa. Por tanto, los titulares de la libertad religiosa son tanto las personas físicas como las personas jurídicas, pero nunca los poderes públicos.

El Tribunal Constitucional no se hizo esperar para subrayar la necesaria exclusión del Estado del ámbito de lo religioso. La STC 24/1982, además perfilar uno de los rasgos de la libertad religiosa al proclamar que dicha libertad «reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales», añade una inequívoca cualidad del modo de actuar de los poderes públicos en el esquema constitucional: «el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso»².

Una vez recalcada la premisa de que sólo los ciudadanos (o las personas jurídicas) son titulares del derecho fundamental a la libertad religiosa, no referiremos en este trabajo a una manifestación concreta de la libertad religiosa de los individuos, el derecho a guardar las creencias en el ámbito de la intimidad. Con carácter general primero pero con objeto de

¹ Para una profundización sobre el tema vid, entre otros FERRER ORTIZ, J. «Los principios constitucionales de Derecho eclesiástico como sistema», en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado* Madrid 1989, págs. 309-332 ROCA M. J. «Propuestas y consideraciones críticas acerca de los principios en el Derecho Eclesiástico» en *Anuario de derecho Eclesiástico del Estado* núm17 (2001) págs. 17-23

² STC 24/1982, de 13 de mayo. Fruto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria y contra la Ley Orgánica 8/1984, en su art. 2, apartados 1, 2, 3 y 4, reguladora del régimen de recursos y régimen penal en materia de objeción de conciencia y prestación social sustitutoria.

analizarlo después en relación con el derecho a elegir la formación religiosa acorde con las creencias.

En la Carta Magna se encuentran proclamados dos derechos que pueden ofrecer zonas de colisión entre sí como son el derecho a no ser obligado a declarar las creencias y el derecho a recibir en centros docentes públicos enseñanza religiosa acorde con las propias convicciones.

Respecto al primero, se trata de un derecho fundamental proclamado en el artículo 16. 2: «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias». Por otra parte, cuando unos padres eligen para sus hijos un centro de enseñanza confesional puede deducirse que detrás de esa decisión subyacen razones religiosas y por tanto una declaración implícita sobre las mismas. Ahora bien, por lo que se refiere al derecho a recibir una asignatura confesional en los centros públicos, conviene subrayar antes de nada que no se trata de un derecho constitucional sino de una facultad legal fruto de un compromiso o decisión política plasmado en normas legales posteriores a la Constitución.

La Carta Magna simplemente obliga a los poderes públicos —la cara visible del Estado— a garantizar «el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Como indica SOUTO³ este precepto tan sólo consagra un derecho-libertad, que se convirtió en un derecho prestación merced a los Acuerdos firmados primero con la Iglesia Católica en 1979⁴ y posteriormente con las iglesias o comunidades protestantes, hebreas e islámicas; Acuerdos, estos últimos, que fueron aprobados por ley de las Cortes, el 10 de noviembre de 1992⁵.

³ SOUTO PAZ, J.A. *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*. Madrid 1999, pág. 460

⁴ Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales. Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979. (BOE núm. 300, de 15 de diciembre) Este Acuerdo fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 13 de septiembre de 1979 con 178 votos a favor, 125 en contra y 1 abstención; y por el Senado con 126 votos a favor, 61 en contra y ninguna abstención.

⁵ Dichos acuerdos fueron aprobados, respectivamente, por las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas ellas de 10 de noviembre y fueron suscritos por la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (F.E.R.E.D.E), la Federación de comunidades israelíes (F.C.I.) y la Comisión Islámica. Conviene precisar que la Federación Evangélica, con la intención de agrupar el mayor número de entidades religiosas representativas del mundo cristiano no católico, incluyó dentro de sus siglas a grupos que desde el punto de vista histórico nada tenían que ver con el protestantismo, por ejem-

Apenas año y medio después de entrar en vigor la Constitución, el Parlamento aprobó la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR)⁶. El objetivo principal de la misma es desarrollar la libertad religiosa y de culto de los individuos y comunidades, reconocido en el artículo 16 de la Carta Magna. En su artículo 2, referido a las manifestaciones de la libertad religiosa y de culto, señala, junto a la inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a «manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas».

Respecto a la naturaleza jurídica del derecho a manifestar las creencias, aunque es una manifestación evidente del derecho fundamental a la libertad religiosa, cierto es que también podría encontrar acomodo dentro del derecho fundamental de la libertad de expresión que proclama el artículo 20.1 a) de la Constitución⁷.

Sin embargo, la Carta Magna ha optado por integrar de forma expresa dentro del art. 16, no ya el derecho de manifestar las creencias sino su anverso, esto es, el derecho a guardar silencio sobre las creencias religiosas o ideológicas. Efectivamente, en el párrafo segundo del artículo 16, proclama, la prohibición de obligar a las personas a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Es decir, consagra de forma indirecta el derecho a mantener las creencias en el ámbito de la intimidad.

Esta prohibición también fue recogida por el artículo 2 de la LOLR, si bien, en unos términos más tibios, pues omite la mención expresa de la interdicción a los poderes públicos. Dicho precepto reza así:

plo la Iglesia Ortodoxa de España. Por otro lado, no todas las iglesias cristianas se encuentran dentro de esa federación. Unas, porque decidieron no incluirse, y otras, porque no fueron admitidas como cristianas por las iglesias evangélicas tradicionales (por ejemplo, los mormones). Algo parecido le ocurrió a la Comisión Islámica de España (compuesta por dos Federaciones de comunidades musulmanas), pues no representan a todos los musulmanes de nuestro país. Por ejemplo, en Cataluña existen varias comunidades musulmanas que no están integradas dentro de la Comisión Islámica y no son, por tanto, beneficiarias del Acuerdo. Sobre la historia de las negociaciones entre el Estado y F.E.R.E.D.E., F.C.I. y C.I. *vid* FERNÁNDEZ CORONADO, A. «Los Acuerdos con confesiones minoritarias desde una perspectiva histórica: 'iter' de las negociaciones» en *Acuerdos con confesiones religiosas minoritarias* Madrid, 1996, págs. 131-154

⁶ Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (BOE núm. 177, de 24 de julio)

⁷ Art. 20.1. a) de C.E.: «Se reconocen y protegen los derechos: a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción»

«la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a (...) abstenerse a declarar [sobre las creencias o ausencia de las mismas].

Sobre este derecho reflexionaremos en el capítulo siguiente.

II. EL DERECHO A NO DECLARAR LAS CREENCIAS

1. FUNDAMENTO Y DELIMITACIÓN FRENTE A FIGURAS AFINES

Dos cuestiones nos ocuparan en la primera parte de este epígrafe. En primer lugar haremos una breve referencia a los fundamentos del derecho a no ser obligado a manifestar las creencias. En segundo lugar, intentaremos delimitar este derecho frente a otras figuras jurídicas que aunque guardan algún parecido se diferencian fundamentalmente en una cuestión: en estos últimos no se puede hablar propiamente de una declaración expresa de las creencias.

Respecto al fundamento de la prohibición de obligar a declarar sobre las creencias, expresada primero en el art. 16.2 CE y, posteriormente, en el art. 2 de la LOLR, según IBAN, subyacen dos razones. La primera, «el reconocimiento de que la opción religiosa pertenece a la esfera más íntima del individuo, y que, en consecuencia sólo a él corresponde decidir si la desea hacer pública o no»⁸. El segundo motivo por el que la Carta Magna y la LOLR formularon de forma expresa esta interdicción descansa, según este autor, en el deseo de ofrecer una garantía adicional al principio de igualdad de los españoles ante la ley, plasmado en el artículo 14 de nuestra Constitución. Esto es, se trataría de una especificación de la genérica prohibición de discriminar «por razón de...religión», proclamada en el artículo 14 de la Constitución⁹.

Esta reflexión, que fundamenta el derecho a no declarar las creencias en la protección del derecho fundamental a la intimidad y en la salvaguarda del principio de igualdad y no discriminación, pone de manifiesto, una vez mas, el carácter expansivo de los derechos fundamentales.

⁸ «y en este sentido es plenamente lógico que se hable en ese precepto tanto de la libertad ideológica como de la religiosa, para cubrir todas las opciones posibles» *vid.* IBAN, I; PRIETO, L.; MOTILLA, A. *Derecho Eclesiástico* Madrid 1997, pág. 107

⁹ *Ibidem*

Aunque sólo fuera porque ha sido recogido en la LOLR, es obvio que el derecho a abstenerse a declarar sobre las creencias es una manifestación del derecho fundamental a la libertad religiosa e ideológica proclamado en el artículo 16 CE. Pero, como acabamos de ver, este derecho encuentra también su razón de ser en la protección de otros dos derechos fundamentales: el derecho a la intimidad personal (art. 18) y el derecho a la no discriminación por razón de creencias (art. 14). El hecho de que encuentre la fundamentación en varios derechos fundamentales diferentes no es extraño, pues todos los derechos relativos a la personalidad descansan en un concepto constitucional que los integra y supera: la dignidad de la persona, pilar esencial del orden político y de la paz social¹⁰.

Una vez que nos hemos referido a la fundamentos del derecho a no declarar las creencias, conviene diferenciarlo de otros dos con los que guarda enorme similitud: la libertad de expresión, en el que puede estar integrado, y del de la libertad de manifestación de creencias, del que resulta una inevitable consecuencia.

El artículo 20 de la Carta Magna reconoce y protege el derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones». Como hemos apuntado en la introducción, en principio, cabría concebir la declaración de creencias dentro de la órbita de la libertad de expresión. Pero, desde el momento en que la Carta Magna garantiza la libertad religiosa e ideológica (art. 16) y la LOLR se refiere expresamente al «derecho de toda persona a (...) manifestar libremente sus propias creencias o la ausencia de las mismas» (art. 2.1 a), es claro que el ámbito constitucional al que pertenecen ese tipo de declaraciones es el derecho fundamental de libertad religiosa, que aunque guarda un inevitable parentesco con la libertad de expresión, posee un objeto propio, que la matiza y especifica frente a ésta: la expresión de las creencias.

Deslindado el derecho específico a manifestar las creencias frente a la genérica libertad de expresión, debemos reparar que, a pesar del parecido inicial, el derecho a guardar silencio sobre las creencias no se puede confundir con el derecho a declarar sobre las mismas. Ambos guardan una relación causal respecto al genérico derecho a profesar las creencias religiosas libremente elegidas. El creyente, en el ejercicio de su libertad religiosa, puede optar por manifestar sus creencias o por guardarlas en su interior frente a la curiosidad de terceros. Son las dos alternativas que puede escoger un individuo respecto a la exteriorización de su credo.

¹⁰ Sobre el concepto dignidad de la persona en relación con la libertad religiosa y los sentimientos religiosos vid. FERREIRO GALGUERA, J. *Los límites a la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos religiosos* págs. 207-210.

Ahora bien, la Constitución ha optado por incluir expresamente dentro del artículo referido a la libertad ideológica y religiosa sólo el derecho a no declarar sobre las creencias, si bien formulado desde la prohibición a obligar. Y de tal forma que, el ejercicio de éste derecho fundamental sólo se perfecciona con el silencio.

El derecho a manifestar las creencias, aunque no viene explícitamente recogido en la Carta Magna puede englobarse dentro del ámbito de la libertad religiosa o ideológica del artículo 16 CE. Aunque, también como una manifestación de la libertad de expresión en sentido amplio.

Así como el derecho a no declarar sobre las creencias se perfeccionaba con el silencio, el derecho a declarar sobre las mismas exige un pronunciamiento. Dentro del derecho a declarar sobre las creencias tienen cabida todas las manifestaciones sobre el credo personal ya sean emitidas de forma espontánea o sin que mediara una obligación de responder. Lo cual quiere decir que el genérico derecho a manifestar las creencias incluye no sólo a las que se manifiestan *motu proprio* sino también a aquellas que se exteriorizan previo requerimiento no coactivo o imperativo, esto es, siempre que de la negativa a responder no se deriven consecuencia perjudiciales para el que opta por el silencio.

Ahora bien, completando lo que hemos dicho más arriba, para que el derecho a no revelar las creencias se perfeccione además del silencio deben concurrir otros tres factores: la existencia de una pregunta previa (el silencio lo es frente a una demanda anterior), el sesgo intimidatorio de la misma, y que del silencio no se deriven consecuencias negativas.

2. AMBITO SUBJETIVO

Una vez nos hemos referido al fundamento y a la delimitación de este derecho frente otras figuras afines, procede referirnos al ámbito del mismo, esto es el sujeto activo, quien interroga, y el sujeto pasivo, el que tiene derecho a negarse a declarar.

A) Destinatario de la prohibición: poderes públicos o particulares

El derecho a no declarar sobre la ideología, religión o creencias implica, como hemos visto, la previa formulación de una pregunta, con intención de obligar a responder sobre ese particular. La primera cuestión a resolver sería la delimitación de los destinatarios de esa prohibición. Esto

es, a quien prohíbe la Constitución obligar a otro a declarar sobre sus creencias religiosas.

Como cuestión previa hemos de matizar que la prohibición de obligar a declarar del 16.2 de la Constitución no sólo se refiere a la coerción física sino también, y sobre todo, a la intimidación, esto es, cuando el que declara sobre sus creencias lo hace no por voluntad propia sino ante el temor de que de la negativa a responder puedan derivarse perjuicios.

El concepto de dignidad de la persona en general y el derecho a la integridad física y moral en particular, son fundamentos suficientes para prohibir la coerción física dirigida a arrancar una declaración sobre las creencias. Ahora bien, no parece que el constituyente se hubiera decidido a integrar este párrafo para evitar torturas propias de tiempos de la Inquisición¹¹. En la sociedad moderna la obligación a declarar se refiere a procedimientos más sutiles: el irrogar un daño o negar un derecho a quienes se nieguen a responder sobre sus creencias. Por tanto, lo que prohíbe el precepto constitucional es que de la negativa a responder se puedan derivar perjuicios.

Desde estas premisas, el mandato constitucional iría dirigido de forma genérica a todos: tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas como a los poderes públicos. El respeto a los derechos fundamentales es una imposición constitucional que deben cumplir tanto los poderes públicos como las persona físicas o jurídicas de carácter privado. En otras palabras, los derecho fundamentales son una garantía irrenunciable de toda persona humana tanto frente a los poderes públicos como frente a terceros de carácter privado. Aunque, la experiencia nos demuestra que ese respeto resulta tan fácil de proclamar como difícil de aplicar, tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos.

Cierto es, como recuerda ROCA, que el origen de la proclamación de los derechos fundamentales está en la defensa de la persona frente al poder. Pero, lo cierto es que hoy día, el respeto y protección de estos derechos plasmados en la práctica totalidad de las Constituciones de los Estados del mundo occidental, no sólo puede ser invocados frente a los poderes públicos sino también frente a cualquier violación hacia los mismos que hubiese perpetrado un particular¹².

¹¹ En este mismo sentido vid. IBAN, I; PRIETO, L.; MOTILLA, A. *Derecho Eclesiástico* op. cit. pág. 107

¹² ROCA, M.J *La declaración de la propia religión o creencias en el Derecho español* Santiago de Compostela 1992 pág. 35

Dicho esto, como la jurisprudencia en virtud de la cual ofrecemos estas reflexiones previas se refieren a supuestos en el que son los poderes públicos los que formulan este tipo de preguntas, centraremos nuestro estudio en este ámbito.

B) Titular del derecho: el Declarante

La segunda cuestión referida al ámbito subjetivo de este derecho sería delimitar quienes son los sujetos protegidos por esta prohibición o, en otras palabras, quienes son los titulares de este derecho.

Cierto es que el texto del artículo 16.2 ofrece un adverbio de cantidad omnicompreensivo ("nadie") que indirectamente está proclamando el derecho de «todos», su anverso terminológico. Pero, a nuestro entender, el sujeto pasivo realmente protegido por esta prohibición, son en principio las personas físicas.

Es verdad que las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental a la libertad religiosa, tal como proclama el 16.1 CE. La Constitución reconoce la libertad religiosa de «los individuos y las comunidades». Y como manifestación de la misma también reconoce el derecho de las comunidades religiosas a abstenerse de manifestar sus creencias, pero en sentido genérico. Aunque éste último con matices.

A nuestro juicio, el 16.2 CE se pensó para las personas físicas no para las jurídicas. Las confesiones o comunidades religiosa, no son propiamente los destinatarios de esta prohibición, puesto que la declaración de sus creencias es necesaria para el efectivo ejercicio de la libertad religiosa de los individuos.

En principio no se puede negar a las personas jurídicas el genérico derecho a no declarar sobre sus creencias. Pero, esta facultad declina en ciertos supuestos y por varias razones. La primera, por una razón de lógica constitucional. El principio de cooperación, plasmado en el 16.3 CE¹³, implica, para ser efectivo, la necesidad del Estado de saber con carácter previo que grupos o comunidades se consideran, al menos a si mismos, religiones. Por tanto, el Estado necesita ese dato para poder llevar a cabo esas «relaciones de cooperación» en sentido amplio a que se refiere el art. 16.3 C.E

¹³ «los poderes públicos (...) mantendrán (...) relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

La segunda razón se deriva de un imperativo legal imperativo legal. El art. 7 de la LOLR¹⁴ ofrece a las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas una vía concreta de cooperación con los poderes públicos: la manifestación de la cooperación por excelencia, es decir, el establecimiento de Acuerdos o convenios¹⁵.

Ahora bien, los grupos o confesiones religiosas que aspiren a suscribir estos Acuerdos o convenios de cooperación, además de acreditar que han alcanzado notorio arraigo en España por su ámbito y número de creyentes han de haberse inscrito previamente en un Registro público: el Registro de Entidades Religiosas creado en el Ministerio de Justicia¹⁶.

La Dirección General de Asuntos Religiosos sólo admitirá la inscripción si el grupo religioso que la pide expresa en la solicitud sus fines religiosos¹⁷. Por otra parte, la posibilidad de firmar acuerdos o convenios de cooperación no es sino uno de los diversos efectos jurídicos que genera la

¹⁴ Artículo 7 LOLR:

Uno. 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.

¹⁵ Sobre los acuerdos firmados con los musulmanes, protestantes y judíos vid. MANTECÓN SANCHO, J. *Los Acuerdos del Estado con las confesiones acatólicas* Jaén 1995; MARTÍNEZ-TORRÓN, J. *Separatismo y cooperación en los Acuerdos del Estado con las minorías religiosas* Granada 1944. Desde el punto de vista del Derecho comparado, GARCÍA PARDO, D. *El sistema de Acuerdos con las confesiones minoritarias en España e Italia*. Madrid 1999. AAVV *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*. *Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*. Barcelona 1994

¹⁶ Con carácter de Registro General y Público, dicho Registro depende de la Dirección General de Asuntos Religiosos. La organización y funcionamiento del mismo vienen regulados por el RD 142/1981 de 9 de enero (B.O.E. de 31 de enero)

¹⁷ El artículo 5 de la LOLR en su párrafo 2 proclama que «La inscripción se practicará en virtud de solicitud, acompañada de documento fehaciente en el que consten (...)expresión de sus fines religiosos, denominación y demás datos de identificación...». Por su parte, el RD 142/1981 de 9 de enero en su artículo 3 referido a la inscripción, proclama que “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.”Y respecto a los datos requeridos, en el párrafo 2 señala, entre otros: “ Fines religiosos” con respeto de los límites al ejercicio de los derechos dimanantes de la Libertad religiosa establecidos en artículo 2 de la LOLR.

Sobre la posible inconstitucionalidad del art. 3.2.c) del RD 142/1981 por exigir acreditaciones adicionales por parte de órganos superiores de la confesión en el

inscripción¹⁸. Por tanto, aquellos grupos religiosos que quieran inscribirse en el Registro Público de Entidades Religiosas para disfrutar de los derechos legales adicionales que comporta la inscripción registra, al tener que expresar los fines religiosos de alguna forma esta obligados a declarar sobre sus creencias.

Abunda en esta tesis el hecho de que la propia LOLR, cuando se refiere en el artículo 2 de la LOLR a los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto, ofrece un bloque (párrafo 1) destinado a los derechos individuales ("de toda persona"), y otro (párrafo 2) a los derecho de las «Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas».

Pues bien, el primer párrafo, relativo a las manifestaciones de la libertad religiosa individuales, recoge expresamente el derecho de la persona (obviamente persona física) a abstenerse de declarar sobre sus creencias. Sin embargo, el párrafo segundo referido a las comunidades religiosas, no incluye tal referencia¹⁹.

Por último, una razón de pura lógica. «El derecho de toda persona a profesar las creencias religiosas que libremente elija» o a «cambiar de confesión»²⁰ implica una previa transparencia en las confesiones existentes en la sociedad española. No se puede profesar un credo religioso cuya existencia se ignora.

supuesto de las entidades asociativas religiosas, así como sobre la necesidad de interpretar el término «fines religiosos» en consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y por tanto en un «sentido amplio y flexible, capaz de asumir las diferentes manifestaciones de religiosidad habidas a nivel universal —religiones tradicionales— así como los nuevos movimientos religiosos» vid SOUTO PAZ, J.A. *Comunidad política y libertad de creencias...* cit. págs. 535-540.

¹⁸ Artículo 6 LOLR:

«Uno. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación....»

¹⁹ Art. 2.2 LOLR:

«Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas 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».

²⁰ Art. 2.1 LOLR

Por tanto, el efectivo ejercicio del derecho a profesar una creencia religiosa y cambiar la misma²¹, exige que, con carácter previo, las confesiones religiosas transmitan a los ciudadanos el contenido básico de su credo. Esto no se puede imponer de forma coactiva, sería impropio de un Estado de Derecho. Pero, si indirectamente, desde el momento en que los poderes públicos condicionan la inscripción —indispensable para acceder al principal mecanismo de cooperación (Acuerdos) y para el reconocimiento de otras facultades— a la previa declaración del credo, explicitado si quiera nominalmente a la hora de expresar los fines religiosos en la solicitud de inscripción.

Esta actitud de los poderes públicos lejos de ser inconstitucional podría ser expresión de la remoción de obstáculos o la promoción de las condiciones para que la libertad religiosa sea real y efectiva, tal como exige el art. 9 de la Constitución²².

En este punto, es conveniente señalar que no se debe confundir la obligación que de expresar los fines religiosos, que tiene toda confesión que aspire a ser inscritas en el Registro, con el supuesto derecho que se arrogan los poderes públicos (léase la Dirección General de Asuntos Religiosos), —a nuestro entender de forma no sólo ilegítima sino también inconstitucional— de decidir de forma expresa o velada lo que constituye o no una religión²³.

3. CONTENIDO DEL DERECHO

A) **Ámbito objetivo y límites.**

Examinado, si quiera de forma somera, el ámbito personal del derecho fundamental a no revelar las creencias religiosas, en tanto que una de

²¹ Manifestaciones de la libertad religiosa

²² Art. 9.2 CE: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los 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 y cultural»

²³ A la hora de aprobar o denegar la inscripción de una confesión por acreditar o no los requisitos del art.3 del Real Decreto, la DGRN no puede realizar una calificación material o sustancial sino que debe atenerse a una calificación registral, esto es, debe atenerse a la constatación formal de los requisitos exigidos por la ley. *Vid* STC 291/1993, de 18 de octubre. En ese sentido *vid.* SOUTO PAZ, J.A. *Comunidad política....* págs. 536-9.

las posibles manifestaciones de la libertad religiosa de los individuos, nos corresponde reflexionar sobre el contenido del mismo.

Lo primero que haremos es fijar la atención en las dos normas principales en las que está enunciado este derecho: el art. 16.2 CE y el art. 2.1 a) de la LOLR. Se observa que tanto el precepto constitucional como el legal, prohíben obligar a declarar sobre las creencias, aunque por medio de dos fórmulas, una imperativa y negativa: «nadie podrá ser obligado a» (16.2 CE); la otra de carácter declarativo: «derecho de las personas a (...)abstenerse a» declarar sobre las creencias. La fórmula constitucional va dirigida, pues, al sujeto activo de una posible coacción, prohibiéndoles obligar a declarar a las personas, y la LOLR hace hincapié en el derecho de los ciudadanos a resistirse frente a la curiosidad ajena que pretenda imponer la declaración sobre las creencias.

La primera consecuencia que hemos de extraer es que la Constitución prohíbe obligar a responder, pero no prohíbe inquirir o preguntar. Por tanto, en principio quedarían excluidas de las conductas prohibidas la mera interrogación sobre las creencias formuladas sin carácter imperativo. Esto es, quedaría permitido preguntar sobre la religión si de la negativa a responder no se derivan perjuicios al que silencia ¿Quiere esto decir que ese mandato constitucional permita a todas las personas, públicas o privadas, formular todas aquellas preguntas sobre las creencias que no sean coactivas? La respuesta difiere según la pregunta haya sido formulada por los poderes públicos o desde la esfera privada.

En ocasiones, el acto de formular una pregunta a un tercero puede ser considerado como un cauce necesario para el ejercicio de derechos fundamentales como, por ejemplo, los derechos a la educación, a la libertad de expresión en sentido amplio²⁴. El genérico derecho a preguntar puede ser también una vía para ejercitar la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE, máxime si la interrogación sobre las creencias se hace desde el entorno de las denominadas empresas de tendencia ideológica (las *Tendenzbetriebe* del Derecho alemán) en el marco de su autonomía organizativa²⁵.

Lo que resulta mas cuestionable es que se permita a los poderes públicos inquirir a los ciudadanos sobre las creencias mas allá de aquellos supuestos en los que la pregunta sea necesaria para poder facilitar el ejer-

²⁴ Pues si ese derecho fundamental protege el derecho a expresar las opiniones es sabido que la formación de una recta opinión requiere formular preguntas previas

²⁵ Sobre este tema, *vid.* BLAT GIEMNO, F.R. *Relaciones laborales en empresas ideológicas* Madrid. 1986

cicio de un derecho fundamental. Carece de lógica que un Estado aconfesional «que se prohíbe a sí mismo (...) actitudes de signo religioso»²⁶, pueda mostrar interés por las creencias religiosas de los ciudadanos, salvo que sea para promocionar la libertad religiosa de los mismos.

Excluido pues del mandato constitucional el mero derecho a preguntar sobre las creencias religiosas, con los matices que hemos expuesto, fijemos la atención en el objeto de la prohibición constitucional: la declaración obligada sobre la ideología, religión o creencias.

Ya hemos dicho que aunque dicha prohibición engloba las coacciones físicas no parece que el precepto haya sido pensado para prohibir sólo esos supuestos. El sentido común indica que el verbo obligar ha de ser entendido en sentido amplio. Obligar a alguien a declarar sobre su religión o creencias no sólo es conminarle físicamente a hacerlo (caso obvio pero demasiado extravagante como para forzar una proclamación constitucional) sino irrogarle consecuencias negativas por haberse negado a responder. Por tanto, lo que la Constitución prohíbe en todo caso es la formulación de preguntas intimidatorias o imperativas relativas a las creencias.

El fin que persigue el precepto constitucional es evitar que de la negativa a responder se deriven perjuicios. En suma, el derecho de todo ciudadano a no ser obligado a manifestar las creencias religiosas o ideológicas implica una protección no sólo frente al que pretenda obligarle físicamente a declarar sobre las mismas sino, y sobre todo, frente al que pretenda ocasionarle perjuicios a causa de su silencio.

Como todas las manifestaciones de los derechos fundamentales, este derecho no es ilimitado. Con carácter general podemos decir que el límite es el orden público, especialmente ese componente esencial del mismo que es el respeto a los derechos fundamentales. En el caso que la negativa a responder genere un conflicto de derechos fundamentales, correspondería a los tribunales decidir, una vez examinadas las circunstancias concurrentes, cual de los dos derechos enfrentados prevalece. En otras palabras, las consecuencias negativas derivadas de la negativa a responder sobre las creencias sólo pueden ser legítimas si se trata de un perjuicio necesario para el ejercicio de un derecho fundamental prevalente.

²⁶ STC 24/1982, de 13 de mayo

B) Supuestos legales de preguntas formuladas por los poderes públicos y relacionadas con las creencias

Hay varios modos a través de los que el Estado pregunta de forma indirecta sobre las creencias religiosas del ciudadano. En principio no pueden ser identificadas sin más como supuestos de la violación de la prohibición constitucional de obligar a responder al ciudadano sobre creencias religiosas. Salvo que se dieran los requisitos más arriba examinados. Veamos los casos más notorios.

1) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)

Los impresos emitidos por el Ministerio de Hacienda para que los ciudadanos realicen la declaración del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas incluyen una casilla en la que preguntan al contribuyente «si desea que se destinen un 0,5239 de la cuota íntegra al sostenimiento económico de la Iglesia Católica»²⁷. En nuestra opinión, dicha pregunta no puede ser calificada de imperativa o intimidatoria pues del silencio ante la misma no se deriva ningún perjuicio para el ciudadano. Por varias razones.

En primer lugar, la decisión del Ministerio de Hacienda de formular esa cuestión en la Declaración de la Renta no tiene como objetivo preguntar al contribuyente sobre sus creencias sino cuantificar la ayuda financiera que va a transferir a la Iglesia católica en el marco de la política de cooperación con las confesiones impuesta por el artículo 16.3 C.E.

En principio no parece que el interés de las autoridades fiscales sea curiosear sobre las creencias de los ciudadanos sino darles la oportunidad de decidir el montante económico dirigido a la Iglesia Católica, sin que ellos suponga aumentar la presión fiscal. Además, por lógica la opción por la asignación tributaria no es una prueba irrefutable de la catolicidad del contribuyente, aunque pueda ser un indicio²⁸.

²⁷ A partir de la Declaración referida al año 2000, la otra alternativa es destinar ese mismo porcentaje de la cuota íntegra a «fines sociales (Organizaciones No Gubernamentales de Acción Social y de Cooperación al Desarrollo)». Esta alternativa es independiente y compatible con la asignación tributaria a la Iglesia Católica, con lo que la cuatro posibilidades del ciudadano son: a) poner una x sólo en la casilla de la Iglesia Católica b) hacer lo propio en la de fines sociales c) ponerla en ambas (se destinaría ese mismo porcentaje para cada uno de los dos destinos; d) dejar en blanco esa casilla, en cuyo caso el Estado dispondría libremente de ese porcentaje.

²⁸ Como pone de relieve la profesora ROCA en su análisis comparativo con el Derecho alemán, el Derecho español, al contrario del Derecho alemán, no distingue

Sea como fuere, no parece que de la negación a declarar la opción por la asignación tributaria, esto es, la negativa a poner la equis, pueda acarrear perjuicio alguno para el contribuyente. Simplemente, el Estado se encontrará con que podrá disponer libremente de ese porcentaje. Por tanto, nos parece sumamente forzado entender que en estos supuestos los poderes públicos estén violando la obligación constitucional de no obligar a declarar sobre las creencias.

2) Asistencia Religiosa en establecimientos públicos

Algo parecido ocurre con la Asistencia Religiosa en establecimientos públicos. La LOLR tras proclamar el «derecho de toda persona a (...) recibir asistencia religiosa de su propia confesión» (art. 2.1.a), exige a los poderes públicos que, para la aplicación real y efectiva de este derecho, «adopten las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia...» (art. 2.3).

Por tanto, si en un cuartel o en un hospital los militares o personal funcionario preguntan qué personas integradas en esos centros desean asistir a un acto de culto a celebrar en el interior del mismo merced al instituto de la Asistencia Religiosa, no estaríamos ante un supuesto de violación del 16.2 C.E.

En primer lugar, porque no están preguntando directamente por las creencias. En segundo lugar, porque del silencio no se derivan consecuencias perjudiciales para el ciudadano. Y, por último, porque es la única vía para garantizar el derecho de los individuos integrados en centros público por una relación de sujeción, así como el de las confesiones, a recibir e impartir la asistencia religiosa.

El problema puede surgir en cuestiones como la forma de plantear la cuestión, grado de publicidad que se de a esa respuesta u otras análogas. Ciertamente es que la organización de la asistencia religiosa puede requerir un sondeo del número de personas que van a participar, a los solos efectos organizativos. Pero, también lo es que la Constitución protege el derecho de las personas a mantener las creencias en el ámbito de la intimidad. Por tanto, como en todos los supuestos de confrontación entre dos derechos fundamentales, serán los jueces los que, teniendo en cuenta todas las circunstancias que entran en juego, decidirán que derecho prevalece.

entre pertenencia jurídica a una confesión y tener unas convicciones subjetivas vid Roca, M.J *La declaración de la propia religión...* cit pág. 133.

3) Objeción de conciencia al servicio militar

Uno de las preguntas formuladas por autoridades estatales que mayores problemas jurídicos plantearon en general y en particular en relación a la supuestas violaciones del artículo 16.2 eran aquellas que la Comisión Nacional de Objeción de Conciencia (en adelante C.N.O.C.) formulaba al aspirante a ser reconocido objetor al servicio militar. La derogada la LO 22/1998, de 6 de julio, establecía que los españoles sujetos a obligación militar que por razones de conciencia solicitaran ante la C.NO.C. la condición de objetor habrían de reflejar por escrito en la solicitud, entre otros datos, los motivos de conciencia (las convicciones, religiosas, éticas, morales, humanitaria, filosófica u otras de similar naturaleza.). Aunque consideramos que la exigencia de dicha especificación, por el perjuicio acarreado en caso de silencio (el no conseguir la declaración de objetor), era susceptible de vulnerar el art. 16.2 C.E. no nos entretenemos en este problema porque al haber desaparecido ya el servicio militar obligatorio ha desaparecido la objeción de conciencia al mismo²⁹.

4) Celebración del matrimonio religioso

Algunos autores, han relacionado la opción por el matrimonio religioso con la declaración de las creencias³⁰. Nuestro ordenamiento prevé que los cónyuges puedan optar por una de las fórmulas de prestación del consentimiento matrimonial prevista en cualquiera de las confesiones inscritas que hayan suscrito un convenio de cooperación con el Estado³¹. Sin

²⁹ La Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, profesionalizó el Ejército español y determinó la suspensión de la prestación del servicio militar desde el día 31 de diciembre del año 2002. El período dispuesto por la Ley se acortó mediante el Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo, adelantando la fecha de supresión del servicio militar al 31 de diciembre de 2001. Posteriormente, ya establecida la fecha definitiva de suspensión del servicio militar, el Real Decreto 342/2001, de 4 de abril, suspendió la prestación social sustitutoria del servicio militar también a partir del 31 de diciembre de 2001. Posteriormente, el Real Decreto 481/2002 suprime las Áreas Funcionales de Objeción de Conciencia y Prestación Social Sustitutoria al haber desaparecido, con la suspensión de la prestación social sustitutoria del servicio militar, las funciones que desarrollaban.

³⁰ Roca, M.J. *La declaración de la propia religión...* págs. 207-264

³¹ Art. 59 Código Civil: «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 este». Como es sabido, se ha optado por regular esta patera a través de los Acuerdos suscritos en vez de acudir a la vía subsidiaria de la legislación estatal.

duda se trata de una temática de sumo interés. Pero, respecto al tema que nos ocupa, podemos afirmar que, en términos generales, esto es, sin descender a la casuística rica en matices y excepciones, la opción por una forma de celebración religiosa no es más que un indicio de la pertenencia a esa confesión³², indicio del que queda constancia en el Registro público como es el Registro Civil. Pero, ese asiento registral no tiene efectos declarativos respecto a de las propias creencias sino tan sólo respecto a la celebración del matrimonio religioso³³.

5) Opción por la asignatura de religión en centros públicos.

Como hemos recordado en la introducción, el artículo 27.3 de la Constitución configura el marco dentro del que hay que plantear esta cuestión. Establece este precepto que «los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones».

Como ya hemos apuntado, de la literalidad de esta genérica proclamación no se puede deducir un derecho prestación de los padres para que sus hijos reciban educación religiosa en el ámbito de la escuela pública. El precepto constitucional, como el artículo de la LOLR que lo desarrolla³⁴, reconoce simplemente un derecho-libertad, que se transforma en derecho prestación por decisión política. Y esta decisión política se articuló primero respecto a la Iglesia católica. El Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales³⁵

³² Por ejemplo, respecto al matrimonio canónico, para celebrar este tipo de matrimonio es imperativo que al menos uno de los dos contrayentes esté bautizado. *Vid.* can 1086.

³³ En el Registro queda reflejada la fórmula: «matrimonio por exhibición del acta sacramental». Caso de un matrimonio católico, ni siquiera la inscripción registral prueba el bautismo de ambos, pues podía darse el caso que sólo uno de ellos fuere bautizado y el otro hubiere obtenido la previa dispensa del impedimento de disparidad de cultos. En ese caso, los asientos registrales no despejarían la duda de quien es el bautizado y quien ha obtenido la dispensa de impedimento de cultos, porque nada dice el Registro Civil al respecto. Por tanto, el indicio sobre las creencias de la persona se rebajaría hasta la categoría de mera sospecha.

³⁴ Art. 2.1. c): Se reconoce el derecho de toda persona a: (...) c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

³⁵ Instrumento de Ratificación de 4 de diciembre de 1979 (BOE num. 300 de 15 de diciembre)

proclama en su artículo II que los planes educativos de los niveles hoy denominados Educación Infantil, Primaria, Secundaria Obligatoria y Bachillerato³⁶ «se incluirá la enseñanza de la religión católica en todos los Centros de educación en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales».

Posteriormente la LOGSE³⁷, en su Disposición Adicional Segunda decretó que la Enseñanza de la religión, se debería ajustar a lo establecido en el Acuerdo con la Iglesia católica así como a lo que se subscribiese en un futuro con las demás confesiones, habría de ser «de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos».

Dos años después, el Estado suscribió Acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (F.E.R.E.D.E), con lo la Federación de Comunidades israelitas de España (F.C.I.) y con la Comisión Islámica³⁸; convenios que serían aprobados por la Ley de 10 de noviembre de 1992. Dos años después, entraba en vigor el RD 2438/1994³⁹ que regula la enseñanza de la religión. Su artículo 3.1 se refiere al derecho de los padres, tutores o alumnos en su caso, a elegir la asignatura de religión en los centros públicos. En estos términos:

«Los padres o tutores de los alumnos, o ellos mismos si fueran mayores de edad, manifestarán, voluntariamente, al Director del centro al comienzo de cada etapa o nivel educativos o en la primera adscripción del alumno al centro su deseo de cursar las enseñanzas de Religión, sin perjuicio de que la decisión pueda modificarse al inicio de cada curso escolar. Los centros docentes recabarán expresamente esta decisión en la primera inscripción del alumno en el centro o al principio de cada etapa».

A nuestro entender el artículo 3.1 del RD 2438/94 simplemente responde a una de las posibles fórmulas de desarrollo del derecho de los padres para que sus hijos reciban una formación moral o religiosa de acuerdo con sus convicciones. Derecho-libertad proclamado en el 27.3 C.E y convertido en derecho-prestación merced a un Acuerdo internacional y varias leyes tanto orgánicas como ordinarias. Pero, el sistema de educa-

³⁶ El artículo se refiere a los niveles educativos vigentes en aquel momento, esto es, Educación Preescolar, EGB, BUP y los grados de Formación Profesional Equivalentes. Denominación que fue modificada por la LOGSE.

³⁷ Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo (BOE núm. 238, de 4 de octubre).

³⁸ *Vid.* nota 4.

³⁹ Real Decreto 2438/1984, de 16 de diciembre, por el que se regula la enseñanza de la religión (BOE núm. 22, de 26 de enero de 1995).

ción religiosa en la escuela pública, por el que ha optado el Estado desde la promulgación de la Constitución, no es el único posible, ni la única fórmula de promoción de ésta manifestación de la libertad religiosa y de la libertad de enseñanza expresada en el 27.3, capaz de garantizar que, en la línea de lo que establece el artículo 9.2 C.E., dichas libertades sean reales y efectivas.

Ahora bien, escogido este sistema entre los muchos posibles, también aquí cabe decir que la elección de la asignatura de religión, decidida por los padres, tutores o alumnos mayores de edad, supone un indicio de confesionalidad pero no es propiamente una declaración de profesar dichas creencias⁴⁰.

En suma, no sería riguroso decir que, una vez establecido el sistema de asignatura de religión en las escuelas ("de oferta obligatoria para el centro y con carácter voluntario para los alumnos"), la pregunta formulada por las autoridades académicas sobre la voluntad de los padres respecto a la asignatura optativa de religión no puede ser considerada sin más como una forma de obligar a declarar sobre las Creencias. Pues, ni la elección implica una declaración de confesionalidad (será, como en los casos anteriores, un mero indicio) ni parece que de la negativa a responder se deriven efectos perjudiciales.

Caso distinto sería el supuesto en que una empresa ideológica de naturaleza educativo preguntase sobre la declaración de confesionalidad a futuros trabajadores. Por ejemplo un colegio confesional que quiere contratar a un profesor de religión y en las entrevistas de selección pregunten a los candidatos si profesan el credo cuya doctrina van a impartir. En este caso, es obvio que de la negativa a responder pudieran desprenderse efectos negativos tales como la no contratación.

Estamos en un supuesto de conflicto en el que el derecho fundamental a no declarar las creencias podría verse neutralizado por el derecho de la confesión a divulgar y propagar su credo así como por el derecho de los alumnos a recibir enseñanza religiosa, ambos, manifestaciones del derecho fundamental de libertad religiosa, reconocida en el art. 16 CE y recogidos expresamente en la LOLR.

Caso distinto sería si el futuro trabajador fuese a desempeñar un trabajo sin contenido confesional alguno. Por ejemplo, si durante el proceso

⁴⁰ En este mismo sentido se pronuncia ROCA: «de una manifestación de voluntad a favor de una confesión o solicitando una prestación que ésta ofrece, no podrá seguirse más que una presunción de pertenencia»: vid. Roca, M.J *La declaración de la propia religión...* cit pág. 133.

de selección para cubrir un puesto de profesor de una disciplina no religiosa o una actividad que nada tuviera que ver con la transmisión de la fe (por ejemplo, un electricista), los representantes del centro, mediante impresos o en el curso de una entrevista, preguntasen al aspirante a ese empleo acerca de sus creencias religiosas. El tema excede del ámbito de este trabajo y merece una atención más detenida. Baste aquí decir que es menester tener en cuenta que en estos casos, además del conflicto de derechos fundamentales habría que tener en cuenta el principio de buena fe contractual que debe presidir en las relaciones laborales entre el trabajador y el empresario. La Constitución no puede proteger la deliberada intención de un ciudadano de perjudicar su empresa, esto es, «de tirar piedras sobre su propio tejado».

III LA SENTENCIA 153/2003 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

1. HECHOS

El origen de este proceso radica en el recurso contencioso administrativo que los sindicatos *Unió sindical de treballadors i treballadores de l'ensenyament de Catalunya-Sindicat de treballadors i treballadores de l'ensenyament de Catalunya* (USTEC-STES) interpusieron contra una Resolución de la *Generalitat* de 2 de junio de 1998 que establecía las instrucciones de organización y funcionamiento de los centros docentes públicos de Cataluña de educación infantil y primaria y de educación especial para el curso escolar 1998-99. En concreto los párrafos 2, 3 y 4 del punto quinto rezaban así:

«Con independencia de lo que los padres, madres o tutores hayan manifestado en el momento de la preinscripción en el parvulario, se ha de efectuar opción por la formación religiosa o las enseñanzas alternativas antes de comenzar la etapa de educación primaria.

Con esta finalidad, durante el mes de abril, la dirección del centro hará llegar a todos los padres y madres que tengan hijos o hijas en el último curso del parvulario (P5) una copia del al «Declaración sobre la opción por la formación religiosa o las enseñanzas alternativas» (ver el modelo 3).

Los padres, madres o tutores deberán haber manifestado su opción referente a la formación religiosa antes de finalizar el mes de abril».

Según la parte actora, dicha resolución autonómica vulneraba una norma básica estatal como era el Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre en relación con el art. 16.2 de la C.E. por dos motivos:

- a) La norma autonómica imprimía un carácter imperativo a la opción por la asignatura religiosa en los centros docentes públicos, pues instaba a «padres, madres o tutores» a manifestar «antes de finalizar el mes de abril» su opción respecto a la formación religiosa de los hijos. Dicho carácter imperativo, vulneraba, según la actora, el artículo 3.1 del Real Decreto 2438/1994 (“los padres o tutores de los alumnos, o ellos mismos si fueran mayores de edad, manifestarán *voluntariamente*⁴¹ (...) su deseo de cursar las enseñanzas de Religión...”) en conexión con el artículo 16.2 CE (“nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”).
- b) La exigencia de volver a efectuar esta opción respecto a los alumnos que comienzan la educación primaria, pero que ya hubieran realizado dicha declaración al inscribirse en el centro, también vulneraba el artículo 3.1 del Real Decreto 2438/1994 pues esta norma establece que esa opción debe realizarse voluntariamente en uno de estos dos momentos: o bien en la primera inscripción en el centro, o bien al comienzo de cada etapa, pero no en los dos⁴².

Los principales argumentos jurídicos esgrimidos por los letrados de la *Generalitat* fueron los siguientes: además de cuestionar el carácter de norma básica del Real Decreto 2438/1994, indicaron que la necesidad de conocer la opción que realizan los alumnos, sus padres o tutores, respondía «a motivos de autoorganización y funcionamiento de los centros, que

⁴¹ El subrayado es nuestro.

⁴² Otros dos motivos de impugnación expuestos por la actora frente a la Resolución de la *Generalitat* fueron los siguientes:

- a) Vulneración del art. 1 del Real Decreto 2438/1994 en relación con el principio de igualdad proclamado en el art. 14 CE por establecer las normas impugnadas un trato jurídico diferente para el alumnado escolarizado en los centros públicos y para el alumnado de los centros privados sostenidos con fondos públicos.
- b) Vulneración del art. 35 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común “ya que la obligación que imponen las normas impugnadas de realizar nuevamente la opción a los padres y madres que ya la han hecho en el momento de la primera inscripción en el centro, desconoce el derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración” (Fundamento Jurídico II).

revierte en la mejora de la calidad de la enseñanza». También aseveraron que «el modelo adoptado por la Resolución impugnada se adapta a la normativa vigente (...) ya que la opción de la religión tiene carácter voluntario y en ningún caso carácter imperativo». En suma, rechazaban que lo establecido en la Resolución en relación al momento de realizar la opción, vulnerase el artículo 3.1 del Real Decreto 2438/1994⁴³.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL RD 2438/1994

Antes de entrar a examinar a respuesta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a los argumentos jurídicos de las partes, conviene explicar de forma somera el itinerario legislativo sobre la enseñanza religiosa en centros públicos que precedió a este Real Decreto.

Durante los años ochenta, en virtud de Reales Decretos Ordenes Ministeriales varias, la alternativa a la asignatura de religión era Ética y Moral. Ambas eran asignaturas ordinarias y evaluables y, por tanto, se integraban en el curriculum del alumno.

La ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, sobre Ordenación General del Sistema Educativo [LOGSE], respecto a la asignatura de religión estableció, en su Disposición Adicional Segunda, que, en la línea de lo firmado en los Acuerdos, «se incluirá la religión como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos». Pero, la regulación específica de dicha asignatura sería abordada por varios Reales Decretos de 1991⁴⁴. En ambos, la alternativa ya no sería la Ética sino «estudio asistido»⁴⁵.

El sistema instaurado por estas normas de desarrollo de la LOGSE suscitó el rechazo de sectores católicos que pusieron en tela de juicio la constitucionalidad de algunas de estas normas y denunciaron el incumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en el Acuerdo sobre

⁴³ Fundamento Jurídico 3.º

⁴⁴ Se trataba del Real Decreto 1006/1991, de 14 de junio, por el que se establecían las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación primaria (de 6 a 12 años) el Real Decreto 1007/1991, por el que se establecían las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación secundaria obligatoria (de 12 a 16 años) y el Real Decreto 1700/1991 por el que se establecía la estructura del Bachillerato.

⁴⁵ En la hora de religión los alumnos que no hubiesen optado por esta asignatura, debían acudir a un aula en la que, asistidos por un profesor, podrían estudiar otras materias.

Enseñanza. Dichas normas fueron objeto de impugnaciones que serían resueltas por cuatro sentencias del Tribunal Supremo que decretaron la nulidad de algunos preceptos impugnados⁴⁶. Dichas sentencias, precedidas por la aprobación en 1992 de las Leyes que publicaron los Acuerdos de Cooperación entre el Estado español y las Confesiones Evangélica, Israelita e Islámica, forzaron al Ejecutivo a promulgar el RD 2438/1994 sobre la Enseñanza de la Religión.

De acuerdo con lo establecido en el mismo, el modo de ejercitar el derecho de opción respecto a la asignatura de religión católica, giraba en torno a estas premisas y criterios:

- 1) Todos los centros docentes existentes en nuestro país⁴⁷ tienen la obligación de impartir la asignatura de religión católica en condiciones equiparables a las demás asignaturas fundamentales.
- 2) Dicha oferta, que es obligatoria para los centros, es de carácter voluntario para los alumnos.
- 3) La forma de ejercitar la opción viene reflejada con carácter general en el artículo 3.1 del RD 2438/1994 que dice así:

⁴⁶ Las SSTs de 3 de febrero, 17 de marzo y 9 de junio de 1994 proclamaron la inconstitucionalidad de dichos preceptos reglamentarios motivada en 4 razones:

- a) Ambigüedad de la norma: incertidumbre referida a las actividades de estudio alternativo: ello redundaba en una carencia verdadera posibilidad de elección y por tanto se vulneraba el principio de seguridad jurídica en su acepción de «certeza necesaria de la norma».
- b) Quiebra del principio de igualdad: las actividades de estudio alternativas al tener contenido curricular suponían mejor preparación académica que la que tendrían los que hubieran optado por la asignatura de religión, siendo, pues, objeto de discriminación
- c) La enseñanza de religión católica no se incluía «en condiciones equiparables» a las demás disciplinas fundamentales, tal como establece el Acuerdo de 1979 sobre Educación y Asuntos culturales firmado entre el Estado español y la Santa Sede.
- d) El sistema de elección explícita entre religión y actividades alternativas (estudio asistido) implicaba declarar las propias convicciones religiosas, lo que contrariaba el artículo 16.2 de la C.E.

Sobre esta cuestión *vid* LORENZO VÁZQUEZ, P. «Doctrina del Tribunal Supremo sobre la Enseñanza de la Religión Católica» en *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls* vol I Universidad de Alicante. Alicante 2000, págs. 411-415

⁴⁷ «...centros docentes de segundo ciclo de Educación Infantil, educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, tanto públicos como privados, sean o no concertados éstos últimos» (art. 1.1 RD 2438/1994).

«Los padres o tutores de los alumnos, o ellos mismos si fueran mayores de edad, manifestarán, voluntariamente, al Director del centro al comienzo de cada etapa o nivel educativos o en la primera adscripción del alumno al centro su deseo de cursar las enseñanzas de Religión, sin perjuicio de que la decisión pueda modificarse al inicio de cada curso escolar. Los centros docentes recabarán expresamente esta decisión en la primera inscripción del alumno en el centro o al principio de cada etapa».

Esto es, los centros para organizar la enseñanza de la religión que van a ofertar, preguntarán a los padres o tutores (o a los alumnos mayores de edad) si quieren recibir dicha enseñanza.

Respecto al momento en que se ha de recabar dicha decisión, el Real Decreto ofrece una alternativa: en la primera inscripción del alumno o a principio de cada etapa. Según la norma reglamentaria, dicha decisión puede ser revocable aunque sólo puede modificarse «al inicio de cada año escolar»⁴⁸.

Pero, tampoco este Real Decreto se libró de las hostilidades. Algunos colectivos sociales impugnaron varios artículos de la misma. Por lo que interesa a éste trabajo, hemos de recordar que el artículo 3.1 fue impugnado por la Asociación de Profesores de Religión en Centros Docentes Estatales y por diversos Obispos y Arzobispos, argumentando que vulneraba el artículo 16.2 de la CE que establece que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias». El Tribunal Supremo⁴⁹, en sentencia de 14 de abril de 1998, se pronunció sobre el asunto en estos términos:

«En cierta medida, el argumento trata de recordar las sentencias de esta Sala, en relación con la anterior normativa, que consideraron como una de las causas de nulidad de la misma, la obligación impuesta a los padres o tutores del alumno de manifestar a la dirección del centro la elección de una de las dos opciones. El sistema, sin embargo, ha variado en las normas actualmente impugnadas, preocupándose el artículo 3.º del Real

⁴⁸ Aquí si vemos una posible vulneración del principio de libertad religiosa al limitar la eficacia del derecho a «cambiar de confesión o abandonar la que tenía» (art. 2.1.a). Del tenor literal del 3.1 del RD se podría deducir que el alumno que hubiera cambiado de fe hubiera de esperar hasta el inicio de curso siguiente para integrarse en la *asignatura de religión de otra confesión o a las actividades alternativas*.

⁴⁹ Los otros recursos contencio-administrativos serían resueltos por la SSTs de 31 de enero de 1997, 26 de enero, 14 de abril y 20 de julio de 1998.

Decreto 2438/1994, de consignar que la manifestación de que se opta por las enseñanzas de religión se hará «voluntariamente», y si falta esta manifestación se recibirán por el alumno las enseñanzas alternativas. Con ello se consigue eliminar el carácter imperativo de la elección, que es lo que proscribía el precepto constitucional aludido (...). No pasa desapercibido para esta Sala, el hecho de que la preferencia por unos determinados estudios religiosos permiten suponer unas creencias y convicciones; pero ante las dificultades que entraña conciliar todos los elementos de un sistema complejo en el que se barajan derechos constitucionales, acuerdos internacionales, y ordenación armónica de la estructura educativa, ya es bastante conseguir que el mero hecho de la elección de una religión, no suponga de modo absoluto e incontestable la profesión de la misma, sobre todo en el estado actual de nuestra sociedad, en el que predomina la diversidad de actitudes e inquietudes ante distintos fenómenos espirituales, culturales y filosóficos»⁵⁰.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Introducido este paréntesis sobre los antecedentes legislativos del Real Decreto 2438/94 y las impugnaciones de que fue objeto, continuamos con la respuesta del Tribunal Superior de Justicia a las alegaciones de las partes respecto a la Resolución del Departamento de Enseñanza de la *Generalitat*.

El Tribunal Superior inició su razonamiento jurídico respondiendo al cuestionamiento del carácter de norma básica del Real Decreto 2438/1994. Y para ello echó mano de la doctrina del Tribunal Constitucional⁵¹, según la cual «si bien lo básico, tras la entrada en vigor de la Constitución, debe encontrarse contenido en normas con rango de ley, ello no excluye que un Reglamento pueda complementar esa Ley básica»⁵².

⁵⁰ STS(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 14 abril 1998 (RJ 1998/ 3634) Fundamento Jurídico 7.º

⁵¹ SSTC de 19 de abril y de 29 de noviembre de 1988, de 4 de junio de 1991, entre otras.

⁵² «...pues, aunque el Real Decreto esté regulando actividades complementarias, no cabe la menor duda de que estas actividades forman parte del sistema educativo. Atribuyéndose al Estado por el artículo 149.3 de la Constitución la competencia para dictar normas básicas con el fin de garantizar el cumplimiento por los poderes públicos de sus obligaciones en la materia, se dicta la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, cuya Disposición Adicional 1ª, dos, párrafo a) señala que corresponde al Estado la ordenación

Frente a consideración de que el RD 2438/1994 no era conforme a Derecho, recuerda que, aunque el objetivo inicial de dicha norma reglamentaria fue llenar el vacío a raíz de la impugnación por el Tribunal Supremo de la normativa precedente⁵³, el Real Decreto 2438/1994 había salido indemne de los recursos contencioso-administrativos que fueron interpuestos ante el Alto Tribunal.

Por lo que se refiere a la adecuación de la Resolución de la *Generalitat* al Real Decreto 2438/1994, la sentencia a modo de preámbulo expone el marco legal y cita la mencionada sentencia de 14 de abril de 1998, del Tribunal Supremo en la que se puntualiza que la opción de manifestar el deseo de recibir enseñanza religiosa debe ser manifestado de forma voluntaria y en caso de no manifestarlo se entiende que el alumno desea recibir las enseñanzas alternativas, también obligatorias.

A la luz de marco legal y de esa sentencia del Tribunal Supremo, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decidió que la Resolución de la *Generalitat* de 12 de junio de 1998 era contraria a Derecho por una razón de índole general y otra particular:

Respecto a la primera, entiende la sentencia que «el carácter imperativo de elección para la formación religiosa o las enseñanzas alternativas (...) vulnera el arte 3.1 del RD 2438/1994»⁵⁴.

Por lo que se refiere al momento de perfeccionar la elección, apunta la sentencia que mientras el Real Decreto ofrece a los padres, tutores o alumnos el derecho a elegir entre plasmar esa manifestación en la primera adscripción al centro o al comienzo de cada etapa o nivel educativo, el art. 5.2 de la Resolución autonómica impugnada exigía manifestar la opción «en la primera inscripción de los alumnos en el parvulario y nuevamente al comenzar la etapa de educación primaria, lo que es contrario a la norma básica»⁵⁵. Por ese motivo, la sentencia estimó el recurso conten-

general del sistema educativo, lo que se hace también por la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre (LOGSE), la cual, en su Disposición Adicional II establece que la enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en los acuerdos con la Santa Sede y las demás confesiones religiosas. El Real Decreto 2438/1994 se dicta en desarrollo de esas Leyes, como se dice en su Disposición Final Primera, para lo que estaba habilitado por la también Disposición Final primera de la Ley 8/1985».

⁵³ Artículos 14 y 16, respectivamente, de los Reales Decretos 1006/1991 y 1007/1991, de 14 de junio.

⁵⁴ Fundamento Jurídico 5.º

⁵⁵ «Esta renovación de la opción no se contempla en el RD 2438/1994, de 16 de diciembre, para el que la manifestación voluntaria puede hacerse en dos momentos, o bien en el momento de la primera inscripción del alumno en el centro, o bien al comien-

cioso-administrativo y anuló, por no ser contrarios a Derecho, los párrafos 2, 3 y 4 del punto 5 de la Resolución de 12 de junio de 1998.

Encontramos acertada la solución adoptada por el Tribunal Superior al censurar no el derecho de las autoridades educativas de requerir a los padres o alumnos su declaración sobre si quieren integrarse en las clases de religión (como hemos visto, encuentra acomodo en la legalidad vigente) sino la forma de plasmar el mismo. En este supuesto, la redacción del precepto autonómico además de rezumar un autoritarismo que la norma básica se encargó de prevenir, intentaba eliminar una opción que el Real Decreto otorgaba a los interesados.

IV. LA LEY ORGÁNICA DE CALIDAD DE LA ENSEÑANZA (LOCE) Y EL DERECHO A NO DECLARAR LAS CREENCIAS

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a la que nos acabamos de referir encontró puntal eco en los medios de comunicación de ámbito nacional. Algún titular⁵⁶ pareció sugerir que dicha sentencia había cuestionado la regulación que otorgaba Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre de Calidad de la Educación⁵⁷ (en adelante LOCE) respecto a la enseñanza de la religión. Cosa que obviamente no ocurrió pues el Tribunal, como es lógico, se limitó a analizar la conformidad a Derecho de la norma que se impugnaba expresamente en el recurso, una Resolución de ámbito autonómico.

Por tanto, el periodista se referiría en todo caso a un supuesto cuestionamiento implícito de la LOCE por parte de la sentencia⁵⁸. Entre otras

zo de cada etapa educativa, sin que los padres o tutores, o alumnos de ser mayores de edad, que voluntariamente hayan manifestado su deseo de que se curse las enseñanzas de religión al hacer la primera inscripción del alumno, deban reiterar este deseo en ningún momento posterior mientras continúen escolarizados en el mismo centro, fuera del caso en que quieran modificar la decisión inicial. Y de la misma manera aquellos padres o tutores, o alumnos mayores de edad, que no hayan optado por la enseñanza de la religión en el momento de la primera inscripción en el centro, podrán realizar voluntariamente la opción al comienzo de cada etapa». Fundamento Jurídico 6.º

⁵⁶ «Una sentencia muestra la debilidad legal del área de religión de la Ley de Calidad» *vid.* Diario *EL PAIS* edición del lunes 21 de abril de 2003. Pág. 28.

⁵⁷ BOE núm 307 de 24.12.2002.

⁵⁸ Se trata sin duda de una pieza informativa en la que, aunque el objetivo es la descripción de un hecho noticioso (la sentencia), el periodista introduce elementos valorativos. Sobre el tratamiento jurídico de la mezcla de la libertad de expresión e información en una misma pieza periodística *vid* FERREIRO GALGUERA, J. *Los límites a la libertad de expresión...* cit. págs 28-31.

cosas, porque la LOCE no regula expresamente (lo harán seguramente las normas de desarrollo) la fórmula de opción entre la asignatura confesional y la no confesional.

Aunque, en el momento de escribir estas líneas, el artículo 3.1 del RD 2438/1994 está en vigor, los proyectos de Reales Decretos que, en desarrollo de la LOCE, regulan las enseñanzas comunes de la enseñanza primaria, secundaria obligatoria y bachillerato incluyen la derogación de dicho precepto.

1. ASPECTOS GENERALES RELATIVOS A LA ENSEÑANZA RELIGIOSA EN LA LOCE

En este epígrafe nos referiremos en líneas generales a los cambios que propone la LOCE⁵⁹ respecto a la asignatura de religión. A continuación, nos fijaremos en los preceptos sobre los que necesariamente se ha de apoyar la normativa que desarrolle de forma expresa la libertad de opción respecto a la asignatura de religión por parte del padres, tutores y alumnos, así como su relación con el derecho general a no declarar las creencias.

La propuesta que la LOCE ofrece respecto a la enseñanza de la religión guarda una indudable analogía con un Proyecto de Real Decreto presentado en 1999 por el entonces Ministro de Educación y Cultura, Mariano Rajoy. Pensado para entrar en vigor el curso 2000-2001, ofrecía este proyecto un bloque común denominado «Educación en Valores» formado por dos asignaturas entre las que tenían que escoger los estudiantes: «Enseñanza Religiosa» y «Valores Cívicos»⁶⁰, ambas evaluables y obligatorias en el curriculum.

⁵⁹ Para una visión más amplia de las incidencias de la LOCE respecto a la asignatura confesional y su alternativa vid. OLMOS ORTEGA M.^a E «Sociedad, cultura y religión: nueva área de conocimiento propuesta por la Ley de Calidad de la Educación» en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* iustel (<http://www.iustel.com>)

⁶⁰ Según el proyecto entre los principales dicha opción debía integrar en el nivel de Enseñanza Secundaria «los contenidos de un módulo con la denominación 'Sociedad, Cultura y Religión'. Entre otros contenidos principales de la asignatura Valores Cívicos figuraban los siguientes: «El propio cuerpo. Hábitos de higiene y su valor social» (en Educación Infantil, segundo ciclo) «El cuidado de la vida. El medio ambiente» (Educación Primaria) «Dignidad humana y solidaridad en el judaísmo, cristianismo e islamismo» (Primer ciclo de la ESO) «Humanismo, Reforma y Contrareforma» (Segundo ciclo ESO). «La razón y la fe. Teísmo, agnosticismo, fideísmo y ateísmo» (Bachillerato y FP grado medio). Son varios de los principales contenidos a los que no tendrían acceso los que hubieren optado por la rama confesional «Enseñanza de Religión».

Sin duda uno de los objetivos de este Proyecto fue intentar solucionar los problemas que plantea el art. II del Acuerdo de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede, según el cual la enseñanza de la religión católica en los centros públicos se ha de impartir «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales».

Dicha equiparación, aunque obligatoria por imperativo de una norma pacticia con rango de Tratado internacional, resulta difícil desde un punto de vista lógico⁶¹. El mencionado proyecto de Real Decreto no llegó a ver la luz, aunque no hay duda de que ha tenido un indudable ascendiente sobre la LOCE.

A la luz del texto de la LOCE no hay duda de que otorga una extrema importancia a la religión tanto en su vertiente confesional (la enseñanza de las doctrinas) como en el plano sociológico (el hecho religioso como realidad social). Su Disposición Adicional II⁶² establece un área cuya denominación no es nueva pero sí la forma en la que se plantea. Se trata del área o asignatura denominada «Sociedad, cultura y religión» que comprenderá de dos opciones, una de carácter confesional y otra no confesional. «Ambas opciones serán de oferta obligatoria para los centros, debiendo elegir los alumnos una de ellas».⁶³

Relevante es que dicha asignatura figure como materia ordinaria o común, esto es, dentro del conjunto de áreas que deben cursarse tanto en Educación Primaria⁶⁴, como en Educación Secundaria obligatoria⁶⁵ y

⁶¹ Aunque una de las fórmulas de intentar conseguir la equiparación de la enseñanza de la religión con el resto de disciplinas fundamentales ha sido otorgarle el carácter de obligatoria y evaluable, difícilmente se puede equiparar una enseñanza confesional con las demás asignaturas (matemáticas, física, etc.) cuando difieren de estas en dos cuestiones basilares: los profesores y el contenido. Efectivamente, la asignatura confesional la imparten personas que no son seleccionadas, como lo son los profesores funcionarios de las restantes materias, "de acuerdo con los principios constitucionales de mérito y capacidad" (art. 103 Constitución). Por lo que se refiere al contenido, la enseñanza de la religión se trata de una materia no científica, por lo que sus programas y los libros de texto son elaborados por las autoridades religiosas. No así las demás asignaturas fundamentales que tienen carácter científico, siendo los poderes públicos los encargados de fijar los programas y libros de texto. Por esa razón consideramos que el término equiparables hay que entenderlo en su sentido estricto, esto es, diferente al término identidad. Ser equiparables no es ser idénticos. En ese mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1998 (Fundamento Jurídico 5.º).

⁶² Debemos tener en cuenta que dicha Disposición Adicional, tal como establece la Disposición Final 10.ª de la misma ley, no tiene rango de derecho fundamental.

⁶³ Disposición Adicional II. 1

⁶⁴ Art. 16

⁶⁵ Art. 23.

Bachillerato⁶⁶. Por tanto, todo centro docente, sea público, privado, o concertado, debe ofertarla y el alumno debe cursar alguna de las dos opciones, pues forma parte de las asignaturas curriculares de su expediente.

Dichas opciones coinciden, en el rango (ambas son asignaturas ordinarias), pero difieren en la configuración del contenido y el carácter del profesorado. Veamos pues los rasgos diferenciales de estas dos alternativas obligatorias.

a) Opción confesional: enseñanza religiosa

La LOCE garantiza a los alumnos el derecho a escoger la enseñanza religiosa de alguna de las confesiones que hayan suscrito Acuerdos de cooperación con el Estado. Lo que quiere decir que las asignaturas confesionales religiosas entre las que puede escoger el discente son: enseñanza religiosa católica, musulmana, judía o evangélica .

Con carácter general la LOCE establece que la enseñanza de la Religión se debe ajustar a los Acuerdos que el Estado haya suscrito, tanto con la Iglesia Católica como con las otras confesiones⁶⁷. Con carácter particular, se proclama que, tal como establecen dichos Acuerdos, la determinación del currículo⁶⁸, así como las decisiones sobre aprobación, utilización y supervisión de los libros de texto y materiales didácticos corresponde a las autoridades religiosas respectivas.

Respecto al profesorado, establece la ley que aquellos profesores de religión de los centros públicos que no sean funcionarios, estarán vinculados por contratos laborales «de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial» y recibirán la retribución que corresponda a los profesores interinos de el nivel educativo en el que impartan su enseñanza⁶⁹.

⁶⁶ Art. 35.

⁶⁷ «La enseñanza confesional de la Religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros suscritos, o que pudieran suscribirse, con otras confesiones religiosas” párrafo II de la Disposición Adicional II.

⁶⁸ La propia norma ofrece una definición legal de currículo: “el conjunto de objetivos, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada uno de los niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo” (art. 8.1).

⁶⁹ Disposición Adicional II, párrafo 4.º

b) Opción no confesional: «El hecho religioso».

A diferencia de lo que ocurre con la asignatura de religión, respecto a la opción no confesional, lo mismo que con el resto de asignaturas ordinarias, la ley establece que los elementos básicos del currículo han de ser fijados por el Gobierno, una vez que hayan sido consultadas las Comunidades Autónomas⁷⁰ y sea sometidas al dictamen del Consejo Escolar del Estado⁷¹.

Se prevé que la asignatura «hecho religioso» se pueda impartir a partir del curso de 2004-5 en todos los niveles excepto en 3.º, 4.º, 5.º y 6.º de Primaria y en 3.º y 4.º de la ESO, en los que se impartirá a partir del curso 2005-2006.

Según los borradores de los anexos de los Reales Decretos, la opción no confesional a impartir en los niveles de Primaria, ESO y Bachillerato debe encuadrar el hecho religioso en su dimensión histórica, cultural, humanística, científica y moral, sin olvidar aspectos como el valor literario de sus fuentes escritas y el valor artístico del patrimonio de las confesiones.

También incluirá esta asignatura el estudio de filosofías o doctrinas que niegan el hecho religioso, así como las relaciones entre la política, la ética, el Estado y la religión o la presencia del hecho religioso en la Constitución española⁷².

Por lo que se refiere a la evaluación, la LOCE establece que las dos opciones, la confesional y la no confesional, son evaluables⁷³, ya sea por los profesores de religión propuestos por la confesión o por profesores de la alternativa relativa al hecho religioso, sobre los cuales nada dice la ley. Como es lógico, la calificación constará en el expediente académico del alumno como la de cualquier otra asignatura ordinaria⁷⁴.

⁷⁰ Según la Disposición Adicional I «El Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, aprobará el calendario de aplicación de esta Ley, que tendrá un ámbito temporal de cinco años, a partir de la entrada en vigor de la misma...»

⁷¹ Los proyectos de reales decretos fueron presentados al público por la Ministra de Educación y Cultura, Pilar del Castillo, el 8 de febrero de 2003.

⁷² Además del área Sociedad, Cultura y Religión, en 4º de la ESO se incluye la asignatura de Ética que se impartirá 1 hora a la semana.

⁷³ Actualmente, según el art. 3.4 del RD 1438/1994 las actividades de estudio alternativas, aunque son obligatorias para los que no opten por seguir la enseñanza religiosa, no son objeto de evaluación y no tienen constancia en los expedientes académicos de los alumnos.

⁷⁴ Si bien habría de respetarse, como veremos más adelante, el secreto respecto a la opción elegida.

Ahora bien, dicha calificación no constará a efectos de promoción de curso, o de obtención de becas ni contará en la Prueba de General de Bachillerato, necesaria para la obtención del título de Bachiller, cuyas condiciones básicas todavía están pendientes de fijación por el Gobierno⁷⁵.

2. LA OPCIÓN SOBRE LA ENSEÑANZA RELIGIOSA EN LA LOCE.

Abordamos en este punto, la manifestación de la elección de la asignatura confesional y su relación con el derecho a no revelar las creencias. Para ello, analizamos la primera parte de la relación —la expresión de la opción por la enseñanza religiosa en la LOCE— desde un triple punto de vista: la oferta de dicha enseñanza (el centro), los demandantes de la misma (los alumnos y los padres) y el modo en que se materializa.

A) La enseñanza religiosa ofertada por los distintos centros

Los dos primeros dos puntos guardan entre sí una estrecha relación. Tal como está redactada la ley, el margen de elección que tienen los padres o alumnos respecto a la enseñanza religiosa o la opción no confesional vendrá modulado por el tipo de centro desde el que se produzca la oferta. Por ello, vamos a ver como la oferta de enseñanza religiosa variará en función de que se trate de que se trata de centros que tengan o no carácter propio de naturaleza confesional, y dentro de ésta categoría también observaremos diferencias según sea el titular de dicho centro.

1. Centros sin «carácter propio» confesional (públicos o privados).

Dentro de este grupo hemos de situar tanto a los centros docentes públicos, que están presididos por el principio de neutralidad ideológica, y los centros privados, sean o no concertados, que aunque tengan «carácter propio» no sea de naturaleza confesional⁷⁶.

⁷⁵ Vid. arts. 15 y 19 del proyecto de Real Decreto por el que se establece la ordenación y las enseñanzas comunes de bachillerato.

⁷⁶ Respecto al «carácter propio» *vid.* Art. 73.1 de la LOCE:

«Los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos, respetando, en todo caso, los principios constitucionales y los derechos reconocidos a profesores, padres y alumnos». 2. e.

El contenido de este párrafo coincide básicamente con los párrafos 1 y 2 del artículo 52 la LODE. Las únicas diferencias son terminológicas: en vez de «establecer el carácter propio» el 52.1 de la LODE (derogado por la LOCE) hablaba de «definir su carác-

De acuerdo con la LOCE, tanto los centros públicos como los privados, sean concertados o no, deberán ofertar la asignatura obligatoria «Sociedad, Cultura y Religión» en sus dos variantes, esto es, deberán ofertar tanto la opción no confesional, «hecho religioso» y como la opción confesional. La primera no presenta problemas respecto al contenido, que será determinado por los poderes públicos. Pero, respecto a la enseñanza de la religión en estos centros sin carácter propio, hemos de diferenciar si se trata o no de centros públicos.

Si se trata de centros públicos habrán de ofertar la enseñanza religiosa de las cuatro confesiones que han suscrito Acuerdos con el Estado español: católica, musulmana, judía y protestante⁷⁷.

Si, se trata de un centro privado o concertado con «carácter propio» pero no confesional, también deberá de ofertar la religión católica, pero en cuanto a las otras tres confesiones, no tienen obligación de impartirlas. Como según los Acuerdos que firmaron con el Estado, sólo se garantiza su enseñanza en centros concertados cuando dicha enseñanza «no entre en contradicción con el carácter propio del centro», puede colegirse que, puesto que el colegio es laico, imponer estas enseñanzas equivaldría a contradecir el carácter propio del centro.

Por lo tanto, los centros privados o concertados pero no confesionales, respecto a la opción confesional sólo están obligados a impartir la enseñanza de la religión católica, pues el Acuerdo con la Iglesia católica obliga a impartir esta asignatura en todos los centros. Al contrario de lo que ocurre en los Convenios con FERREDE, FCIE y CIE, en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales

ter propio»; Además, el 73. 1 de la LOCE completa el derecho a establecer el carácter propio con una referencia al respeto a «los principios constitucionales y los derechos reconocidos a profesores, padres y alumnos». En este sentido, el 52.2 de LODE, en vigor, matiza que la enseñanza en los centros con carácter propio debe ser impartida con «pleno respeto a la libertad de conciencia». La diferencia más notable, como veremos más adelante, se encuentra en el último párrafo de ambos preceptos.

⁷⁷ la Disposición Adicional II establece que la enseñanza religiosa «se ajustará» a los Acuerdos suscritos por el Estado. En el Acuerdo con la Iglesia católica sobre Enseñanza y Asuntos Culturales se establece que la enseñanza de esa religión ha de figurar «en todos los centros» (A.II). Respecto a los Acuerdos de 1992 con FERREDE, FCI, CIE garantizan la enseñanza de religiosa de estas confesiones en los centros docentes públicos y concertados, siempre que, en cuanto a estos últimos, el ejercicio de aquel derecho no entre en contradicción con el carácter propio del centro.»

de 1979 se establece la obligatoriedad de impartir la clase de religión católica en todos los centros docentes, sin supeditar dicha imposición a esa especie de «cláusula de contradicción ideológica» que exime de dicha obligación a los centros cuando supondría una contradicción con su carácter propio.

2. Centros con «carácter propio» confesional (privados o concertados).

Obviamente los centros con ideario han de ser necesariamente privados o concertados. La LOCE prevé que en estos centros, como en todos los demás, la asignatura Sociedad, Cultura y Religión será obligatoria, tanto en la opción no confesional como en la confesional. Pero, respecto a la opción confesional ¿que tipo de enseñanza religiosa deben ofrecer, según la LOCE? ¿Han de ofertar la asignatura de religión de otra confesión distinta a la del centro?

La respuesta vendrá determinada por la combinación de dos variantes: el carácter concertado o no del centro y la titularidad del mismo. En otras palabras, habida cuenta que la LOCE en la Disposición Adicional II establece que la enseñanza religiosa ha de ajustarse a lo establecido en los Acuerdos suscritos por el Estado, observamos que de la conjunción de la LOCE y de los Acuerdos surgen varias posibilidades.

- a) Los centros de la Iglesia católica, ya sean privados o concertados, sólo estarán obligados a ofertar la enseñanza de la religión católica. La enseñanza de las otras confesiones que hayan firmado Acuerdo con el Estado no resultan obligatorias, pues podría entrar en contradicción con «el carácter propio» del centro, cuya ideario es católico⁷⁸.
- b) Los centros, privados o concertados, cuya titularidad sea una iglesia evangélica, musulmana o judía integrada en los Acuerdos con FEREDE, FCI y CI, además de impartir su propia religión estarían obligadas a impartir la religión católica (impuesta por el Acuerdo de 1979 a todos los centros, sin establecer la «cláusula de contradicción ideológica»), pero no las

⁷⁸ Recordar que el artículo 10 de los convenidos con FEREDE, FCI y CI, sólo garantizan el derecho a recibir enseñanza de religiosa de estas confesiones «en los centros docentes (...) privados concertados» (en este caso un centro concertado católico) si dicha enseñanza (la de la religión minoritaria) «no entre en contradicción con el carácter propio del centro». Y cabe interpretar que hay dicha contradicción porque se trata de confesiones distintas.

otras dos confesiones minoritarias con Acuerdo porque ello podría contradecir el «carácter propio» del centro.

- c) Por último, respecto a los centros privados cuyo titular sea una confesión no integrada en ninguno de los Acuerdos existentes (ejemplo, un colegio de los Testigos de Jehová), respecto a la oferta confesional, estos centros podrían lógicamente impartir la asignatura su propia religión⁷⁹, aunque según la LOCE no estaría incluida dentro de la opción confesional de la asignatura obligatoria «Sociedad, Cultura y Religión». En el marco de la misma, si estaría obligada a impartir la religión católica (por imperativo del art. II del Acuerdo sobre Enseñanza). Parece un contrasentido, que en los colegios privados de confesiones que no han suscrito acuerdos, la asignatura de religión ni sea obligatoria, ni sea evaluable mientras que si lo sea la asignatura de religión católica.

No obstante, dichos colegios se verán exentos de impartir asignaturas de religión de las otras confesiones no católicas que hayan firmado acuerdo con el Estado, por las mismas razones relativas a la «cláusula de contradicción» con el carácter propio, expuestas en dichos convenios.

Por lo que se refiere a la alternativa no confesional, reiteramos que es obligatoria en todos los centros, independientemente de si tienen o no «carácter propio», de si reciben o no financiación del erario público y de quien sea su titular.

B) Los sujetos que ejercitan la opción por la enseñanza religiosa.

Como hemos indicado más arriba, todo apunta a que, tal como prevén los decretos de desarrollo de la LOCE, el artículo 3.1 del RD 2438/1994, regulador de esta cuestión, quedará en un futuro próximo derogado. Empero, no creemos que sea temerario aventurar que la nueva normativa incluirá no sólo la titularidad del derecho de opción a los padres (en el marco del más genérico derecho de los padres «para que sus hijos reciban la formación moral y religiosa más acorde que esté de acuerdo con sus convicciones» —art. 27.3 CE—) sino también a los hijos, si son mayores de edad.

⁷⁹ Facultad derivada del genérico «derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a ...) divulgar y propagar su propio credo» (art. 1.2 LOLR).

En este punto, hemos de introducir un matiz respecto a la última frase del art. 73.2 de la LOCE⁸⁰. Este precepto, después de imponer, a los titulares del centro el deber de poner en conocimiento de los distintos miembros de la comunidad educativa (entre ellos, obviamente, los padres) el carácter propio del centro⁸¹, añade una presunción no prevista por la LODE: «La elección del centro por las familias y alumnos comportará la aceptación del carácter propio de éste».

Parece lógico que si los padres eligen un centro confesional deseen que sus hijos reciban la enseñanza religiosa propia del mismo. Pero, cabe la posibilidad de que la opción de los padres esté fundamentada en la calidad de la enseñanza que dicho centro ofrece o en otro motivo ajeno a los valores religiosos, y que, por lo mismo, no deseen que sus hijos reciban clase de religión sino la opción no confesional sobre el hecho religioso. Por paradójico que parezca, negar esta posibilidad sería poner bridas extralegales al ejercicio de la libertad por parte de los progenitores. Por esa razón, entendemos que, la elección del centro, por parte de las familias o alumnos, no puede ser interpretado ni como una voluntad tácita de esos familiares o alumnos de profesara esas creencias, ni como una manifestación implícita de querer recibir dicha enseñanza religiosa. La primera interpretación vulneraría la prohibición del 27.3 C.E.

Respecto a los segundo, entendemos que el respeto al derecho de los padres (o alumnos mayores de edad) a elegir libremente en el marco de la escuela la asignatura religiosa más acorde con sus convicciones no implica que la inscripción en un centro pueda ser interpretado el centro como una voluntad tácita do optar por la enseñanza de religión, por muy coherente que parezca. Se trata de un derecho delicado y con profundas raíces en esferas de la intimidad vedadas incluso al ordenamiento jurídico. La garantía de este derecho pasa pues por estar a la voluntad manifestada libre e inequívocamente por los padres (tutores o alumnos mayores de edad) y no a la voluntad deducida.

A nuestro juicio, la exégesis del último párrafo del 73.2 de la LOCE más respetuosa con la libertad religiosa sería suponer que la elección del centro exige, como es normal, el respeto de las creencias del mismo, en el marco del respeto a los derechos fundamentales que debe inspirar la conducta de ciudadanos, personas jurídicas y poderes públicos.

⁸⁰ Art. 73.2: «El carácter propio del centro deberá ser puesto en conocimiento de los distintos miembros de la comunidad educativa por el titular del centro. La elección del centro por las familias y alumnos comportará la aceptación del carácter propio de éste».

⁸¹ Contenido que coincide con lo previsto por el art. 22 de la LODE.

C) Forma y momento de manifestar dicha opción

Como hemos apuntado, nada dice la Ley Orgánica de Calidad de la Educación sobre el cómo y el cuando se ha de ejercitar este derecho. Sin embargo, a la luz de los criterios jurisprudenciales más arriba expuesto podemos indicar que en el futuro desarrollo reglamentario, en la línea de lo que dispone la norma vigente (art. 3.1 RD 2438/94), insistirá en dos aspectos:

- A) Eliminar cualquier atisbo de carácter imperativo en la formula utilizada por el centro docente para inquirir a los padres o familiares sobre la opción relativa a la asignatura «Sociedad, Cultura y Religión» que desean para su hijos.
- B) Considerar que es suficiente realizar dicha declaración con la primera adscripción del alumno al centro, sin perjuicio de que pueda revocarse y modificarse en cualquier momento.

Una última consideración relativa al derecho de no declarar las creencias. Tal como hemos expresado más arriba, la LOCE establece que las dos opciones de la asignatura «Sociedad, cultura y religión», habrán de ser evaluables y por tanto que constar en el expediente académico del alumno.

En este punto, y a en la línea de lo afirmado por el Tribunal Supremo, aunque «la elección de una [asignatura de] religión no supone de modo absoluto e incontestable la profesión de la misma» no es menos cierto que «la preferencia por unos determinados estudios permiten suponer unas creencias y convicciones». Por ello, y con objeto de respetar al máximo el derecho constitucional de no declarar las creencias, nos parece oportuno que la normativa de desarrollo incluyese que las notas obtenidas en esta asignatura figuraran en el expediente del alumno como calificaciones del área Sociedad, Cultura y Religión, sin especificar la opción elegida⁸².

⁸² En este mismo sentido, OLMOS ORTEGA M^ºE «Sociedad, cultura y religión... cit. pág. 4