

UNIVERSITAT DE GIRONA

Facultad de Derecho

TRABAJO FIN DE GRADO

Curso 2018 - 2019

Convocatoria de enero

Reflexiones sobre

SEMANA SANTA Y LIBERTAD RELIGIOSA:

*¿Es compatible la contribución pública a la celebración de Semana
Santa con el Derecho Eclesiástico del Estado?*

Presentado por:

Jordi Isach i Roig

Tutorizado por:

María Jesús Gutiérrez del Moral



AGRADECIMIENTOS

No quisiera, sin ser pretencioso, agradecer a todos aquellos que han contribuido de alguna forma u otra a este trabajo.

En primer lugar a mi tutora, María Jesús Gutiérrez del Moral, por su atención, paciencia y ánimos. Así como el estricto seguimiento de mi trabajo.

A todos los autores que colman la bibliografía, y a los magistrados de toda la jurisprudencia utilizada. Por su contribución a la rama del derecho que estudia este trabajo y porque, en palabras de Santo Tomás de Aquino, me han dado acierto al empezar, dirección al progresar y perfección (al menos anhelada) al acabar.

Y por último a aquellos anónimos (todos queridos) que han soportado mis inseguridades, pesadeces y debates, surgidos por este Trabajo Final de Grado.

A TODOS ELLOS GRACIAS

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL	3
<i>2.1 ¿Libertad ideológica, religiosa y de culto, tres distintos derechos o uno mismo?</i>	4
<i>2.2 Contenido del derecho de libertad religiosa</i>	5
<i>2.3 Titularidad del derecho de libertad religiosa</i>	6
<i>2.3.1 Titularidad - Dimensión individual</i>	6
<i>2.3.2 Titularidad - Dimensión colectiva</i>	9
<i>2.4 Límites al derecho fundamental</i>	10
<i>2.4.1 Orden público</i>	11
<i>2.4.1.1 La salvaguardia de la seguridad pública</i>	12
<i>2.4.1.2 La salud pública</i>	13
<i>2.4.1.3 La moralidad pública</i>	14
3. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO	15
<i>3.1. Principio de libertad religiosa</i>	15
<i>3.2. Principio de igualdad religiosa</i>	16
<i>3.3 Principio de aconfesionalidad</i>	18
<i>3.4 Principio de cooperación</i>	20
<i>3.5 Visión global de los principios</i>	21
4. LIBERTAD RELIGIOSA Y FUERZAS ARMADAS	22

4.1 Titularidad de la libertad religiosa en el militar	22
4.1.1 <i>Límite al derecho fundamental: Seguridad</i>	24
4.1.2 <i>Límite al derecho fundamental: Disciplina</i>	25
4.2 Conflictividad entre Libertad religiosa y Estatuto militar	26
4.2.1 <i>La objeción de conciencia en el militar</i>	26
4.2.2 <i>La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas</i>	28
5. PARTICIPACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN LA SEMANA SANTA	30
5.1 <i>El patronazgo de figuras católicas y los hermanamientos con Cofradías y Hermandades</i>	31
5.2 <i>La participación de los militares en procesiones de Semana Santa</i>	35
5.3 <i>Representación institucional en actos de Semana Santa</i>	42
6. IZADO DE BANDERA A MEDIA ASTA	47
6.1 <i>Regulación de la Bandera a media asta</i>	48
6.2 <i>Simbología religiosa en las Instituciones Públicas</i>	50
6.2.1 <i>Puesta de belenes en los centros escolares</i>	50
6.2.2 <i>Patronazgo de figuras católicas en las instituciones públicas</i>	52
6.3 <i>Aplicación de los criterios jurisprudenciales</i>	54
7. INDULTOS DE SEMANA SANTA	58
7.1 <i>Antecedentes históricos</i>	58
7.2 <i>El indulto, el llamado derecho de gracia: configuración jurídica</i>	59

7.3 <i>Análisis de la controversia de los indultos de Semana Santa</i>	61
7.3.1 <i>Consideraciones generales al indulto</i>	61
7.3.2 <i>La controversia con la aconfesionalidad</i>	63
7.3.2.1 <i>Significación y actuación conforme a la fe católica</i>	64
7.3.2.2 <i>Confusión de funciones religiosas y políticas</i>	64
7.3.3 <i>La controversia con la igualdad</i>	65
7.3.3.1 <i>Igualdad del artículo 14 Constitución</i>	66
7.3.3.2 <i>Igualdad religiosa del artículo 16 Constitución</i>	67
7.3.3.3 <i>¿Desigualdad entre las Cofradías y Hermandades?</i>	67
7.4 <i>Propuesta de solución de la controversia</i>	68
CONCLUSIONES	70
BIBLIOGRAFÍA	73
JURISPRUDENCIA	76

1. INTRODUCCIÓN

Del hecho de que en nuestra joven democracia aún cuelga el cartel “en obras”, es algo que todos los españoles tenemos, o estamos tomando, consciencia; pues los últimos sucesos que acontecen en nuestro país dan buen testigo de ello. Cuarenta años no bastan para que toda la intención y resultado histórico, que supuso la redacción de la Constitución en 1978, tome plenos efectos. Con ello queremos decir, que la celebrada Carta Magna tiene en sus objetivos alcanzar una España democrática, social y de derecho plena. Para alcanzar esta noble azaña, que buscaba la convivencia y prosperidad entre españoles, se reconoció la aconfesionalidad del Estado en el artículo 16. Se estipuló así, pues la cuestión religiosa ha sido en nuestra histórica una gran fuente de conflictos. De hecho, se apunta que fue una de las causas que motivaron el alzamiento nacional y terrible final de la II República.

Debido a la declaración de aconfesionalidad, hemos observado cómo el Estado ha reformado la normativa que la contrariaba y se han cambiado hábitos confesionales. Sin embargo, aún nos quedan ciertos reajustes para consolidar la aconfesionalidad, en todos los recodos y actuaciones del Estado. Este trabajo tiene como humilde pretensión, estudiar toda la actuación del Estado con motivo de la Semana Santa, pues lo consideramos como uno de los últimos campos para analizar conforme al Derecho Eclesiástico de Estado.

La voluntad de centrar el estudio del Trabajo de Final de Grado en esta materia, se suscitó al percatarme de la intensa actividad institucional y militar que se da con motivo de la Semana Santa. Todos los años junto a mi familia volvemos a nuestras raíces en Almería, y de allí solemos acercarnos a las ciudades andaluzas más cercanas, para contemplar las célebres procesiones que tienen lugar en el sur de nuestro país. No fue hasta que acudí como leguleyo, estudiante de derecho, que fui consciente del gran despliegue institucional que se da con este momento del año, y no pude evitar cuestionármelo desde mis primarios conocimientos que tenía sobre el Derecho Eclesiástico del Estado.

De ese modo reflexioné sobre la participación de las Fuerzas Armadas en numerosas celebraciones, la presencia de autoridades en las procesiones, la puesta a media asta de la bandera en todos los edificios militares, las subvenciones a Cofradías y Hermandades o la promoción pública de la Semana Santa. Y alerté su compatibilidad con los principios que informan, desde nuestra Constitución, al fenómeno religioso. Entonces, con una primera búsqueda sobre el tema me decidí por la temática de este trabajo.

Conforme a ello, estudiaremos el contenido de la libertad religiosa, los principios constitucionales que informan la actuación del Estado frente al factor religioso, y cómo se ejercita el derecho de libertad religiosa en lo castrense. Una vez armados de todo ese contenido teórico, pretendemos analizar tres supuestos, que, a mi modo de ver, son cuestionables con la actual regulación del fenómeno religioso.

En primer lugar trataré la gran e íntima participación de los militares en múltiples procesiones. Estamos acostumbrados a ver miembros de la Guardia Civil entre los penitentes y costaleros, o podemos comprobar por los medios de televisión como la Legión desembarca en Málaga, da traslado y procesiona al Cristo de la Buena muerte por las calles de la ciudad. Ello significa una gran intimación de lo religioso y castrense que merece que nos detengamos a estudiar.

En segundo lugar, hablaré sobre la posibilidad de que en un Estado como el nuestro, donde ninguna confesión tiene carácter estatal, se pueda disponer la bandera nacional a media asta en señal de luto por la crucifixión de Jesucristo, en cuarteles y demás dependencias militares. Y para finalizar, trataré los numerosos indultos solicitados por Cofradías y Hermandades, que concede el Gobierno en Viernes Santo.

Creo que el análisis de estos tres supuestos, que se antojan conflictivos con el contenido del artículo decimosexto, nos permitirán llegar a una conclusión y, por ello, a una respuesta de la pregunta que titula el estudio: “¿Es compatible la contribución pública a la celebración de Semana Santa con el Derecho Eclesiástico del Estado?”

Para ello, nos centraremos en todos aquellos conceptos y definiciones teóricas que ha dado la doctrina. Asumimos que la doctrina no ha abordado específicamente el fenómeno religioso en la Semana Santa, dándose pocos artículos que aborden en profundidad el tema, sin embargo haremos uso de todas las contribuciones que puedan incidir en nuestro caso o estar relacionadas. Más protagonismo tendrá la jurisprudencia, la cual a moldeado las leyes con los principios informadores. Entonces, a través de doctrina y jurisprudencia daremos una respuesta a nuestros supuestos controvertidos.

2. LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Primero de todo en el presente trabajo contamos con la obligación de conceptualizar de forma clara el derecho de libertad religiosa. Ello es necesario por tal de entender lo que es, que abarca y las necesidades jurídicas que presenta para su respeto, protección y promoción. Y una vez quede claro el concepto podremos trasladarlo a los conflictos que en este trabajo se evaluarán.

Quisiera empezar este punto recordando la sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero de 2001. En ella los magistrados recuerdan que en nuestro ordenamiento jurídico los derechos y libertades públicas tienen un especial protagonismo, y más aquellos derechos que tienen vocación de salvaguardar la libertad más íntima y personal, y que en esa salvaguarda está el derecho de libertad religiosa del artículo 16.1 CE. Esa concepción de la libertad religiosa del tribunal, coincide con las que defienden muchos autores sobre la intimación de la libertad religiosa y la dignidad humana¹, defendiendo que la primera tiene un gran valor para la preservación de la segunda.

Además, en el sentido anterior, varios autores reconocen la libertad religiosa como “la primera de las libertades”. En concreto, PALOMINO LOZANO sostiene que ello se puede entender en un “sentido histórico, lógico y antropológico²”. Desde la perspectiva de este trabajo, interesa especialmente el lógico. Bajo ese sentido la libertad religiosa se entiende primaria, pues en su naturaleza y ejercicio surgen implicados otros derechos y libertades públicas, como es la “libertad de expresión, de asociación, conciencia o reunión³”. Podemos afirmar así, que la libertad religiosa es primaria para el resto de derechos fundamentales y libertades, pues de su efectivo ejercicio, se garantizan un sin fin de derechos y libertades como las que hemos enumerado.

En mi opinión, concebir la libertad religiosa como uno de los derechos que se entroncan en la libertad y dignidad de la persona, más el tener claro que una extensa y efectiva práctica garantiza a su vez el cumplimiento de otros derechos constitucionales, es fundamental para entender la trascendencia de la libertad religiosa, y desde esa concepción, comprender aún más su contenido, el cual empezamos a desgranar.

¹ Prieto Álvarez, T. *Libertad religiosa y espacios públicos*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pág. 29. En esta línea dice “hay derechos más ligados a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (...) parece claro que entre los derechos más directamente vinculados a la dignidad humana no pude dejar de contarse el derecho a la libertad religiosa”.

² Palomino Lozano, R. *Manual breve de Derecho Eclesiástico*, Madrid. 2016, pág. 48. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/34955/> (12 de octubre de 2018).

³ Palomino Lozano, R. *Libertad religiosa individual, Libertad de conciencia*. En *La Libertad religiosa, origen de todas las Libertades*, Buenos Aires, 2008, pág. 20. Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/7862/> (12 de octubre 2018).

2.1¿Libertad ideológica, religiosa y de culto, tres distintos derechos o uno mismo?

El derecho de libertad religiosa lo encontramos reconocido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo decimosexto de la Constitución En él, el constituyente optó por reconocer el derecho fundamental de la siguiente forma: “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades...”. En esta narración observamos como el derecho de libertad religiosa aparece reconocido junto a la ideológica y la de culto. Son muchos los autores que se han cuestionado porqué se optó por esta redacción, y si con ella se reconocen tres derechos autónomos, o por lo contrario son todos uno con un contenido tripartito, de una especie de derecho de libertades. Gran parte de la doctrina, así como la unánime jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han alcanzado la conclusión que, del artículo 16 CE, podemos distinguir claramente dos tipos de libertades y derechos fundamentales, autónomos uno del otro: la libertad religiosa y la libertad ideológica.

En la tarea para distinguir ambos derechos, se ha hecho hincapié en su singularidad, basada en los objetos diferentes, que persigue cada una. Por un lado, el Tribunal Constitucional ha definido el derecho de libertad ideológica, como “la facultad individual de adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne, y a representar o enjuiciar la realidad según sus personales convicciones”⁴. Y por otro ha adoptado la definición de libertad religiosa en el encuentro de su objeto en un “conjunto de creencias y prácticas, tanto individuales como sociales, relativas (religadas) a lo sagrado, en general, y a lo trascendente o divino”⁵.

De la distinción que se nos ofrece, entendemos que el objeto de la libertad ideológica es la formación y auto convencimiento de ideas desde el seno individual, y desde una perspectiva mucho más moral, filosófica, intelectual, lo cual se traduce en un entendimiento en concreto del mundo; y por el contrario, el objeto de la libertad religiosa consiste en la adhesión a unos ideales preexistentes por la confesión a la cual el individuo pertenece, y que además conlleva la práctica de unos ritos o actividades, que la libertad ideológica no suele tener adherida.

Sin embargo, al tercer derecho del art. 16 CE, el derecho de libertad de culto, se le ha negado su autonomía en cuanto que es contenido del de libertad religiosa, puesto que viene a proteger una dimensión externa del derecho de libertad religiosa. Siendo éste, “el derecho a la práctica de las ceremonias y ritos públicos o privados de la religión que uno confiese”⁶. Intuimos que el derecho de culto, aparece en nuestro texto atendiendo a motivos de reconocimiento histórico, puesto que con

⁴ STC 120/1990, de 27 de Junio de 1990, FJ n°10.

⁵ STC 46/2001, de 15 de Febrero de 2001, FJ n°7.

⁶ Martínez de Pisón Cavero, J, *Constitución y libertad religiosa en España*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pág. 293.

anterioridad, tanto en la época pre-constitucional⁷, cómo en la mayoría de episodios históricos de nuestro país, la Religión Católica era la única que tenía ese derecho reconocido, y muchas otras confesiones quedaban en el umbral de la esfera privada, y no gozaban de una reconocida práctica externa.

2.2 Contenido del derecho de libertad religiosa

La libertad religiosa es el derecho subjetivo de la persona de profesar una determinada religión o a cambiarla, o a no profesar ninguna, ya que el derecho de libertad religiosa no es sólo el derecho a la libertad de confesión, como en sus orígenes se planteaba. Entonces el derecho de libertad religiosa, también tiene una vertiente negativa y es la de no profesar ninguna creencia, ni poder ser obligado a ello por parte del Estado ni de terceros, esto es el ateísmo o agnosticismo. Así se configura como un derecho de libertad. Cabe añadir que parte de la doctrina considera que el derecho no se extiende a los no creyentes y que estos deberán ampararse en la libertad ideológica, debido a que los anteriores no profesan creencias religiosas sino de otra índole⁸. Creen que en el agnosticismo o ateísmo no existe una sujeción del individuo a una fe o confesión religiosa, entonces no es religioso y en consecuencia no se ampara en tal derecho.

CALVO ESPIGA⁹ define la libertad religiosa como “la capacidad personal para elegir las propias creencias en materia religiosa”, y entiende el derecho de libertad religiosa, como “la facultad de cada ciudadano para exigir al Estado la garantía jurídica a la hora del ejercicio de su libertad religiosa”. En esta definición, encontramos el derecho a la adhesión individual a una determinada fe, y por esto entendemos el derecho del ciudadano a obtener protección jurídica por parte del Estado.

A su vez, el derecho de libertad religiosa se da tanto a nivel interior como exterior, y esto comprende la exteriorización de esa fe por la práctica religiosa, mediante los actos de culto o comportamientos conforme a los preceptos religiosos. En esa exteriorización se incluye la manifestación pública de las creencias. Y aquí, el derecho se configura como derecho público, pues se trata de la regulación por parte del Estado de un fenómeno social con incidencias civiles, pues lo religioso tiene trascendencia en la sociedad y las relaciones humanas, y sale del claustro interno del individuo.

⁷ Tanto es así que el art. 6 del Fuero de los Españoles, como una pseudo-carta de DDFD del régimen franquista, venía a negar el ejercicio público de otras creencias, con las siguientes palabras: *Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni por el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión Católica.*

⁸ Porras Ramírez, JM^a. *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de Derecho*, Thomson Civitas Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 23 a 24.

⁹ Calvo Espiga, A. *Derecho y factor religioso*, En Derecho, conciencia y libertad religiosa, Editorial Tecnos, Madrid, 2015, pág. 52.

En este sentido se expresa la STC 177/1996¹⁰, cuando dice que la libertad religiosa “garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias, y por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso (...), junto a esta dimensión interna (...) incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”. Desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional deriva la doble dimensión interna y externa del derecho¹¹.

En definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico la libertad religiosa se configura como un derecho a elegir, y sobre esa elección a que sea respetada y garantizada. Además de tener un doble núcleo interno y externo, siendo el externo el que tiene incidencia en la regulación del aspecto religioso desde el Estado.

2.3 Titularidad del derecho de libertad religiosa

Si observamos el artículo 16.1 CE encontramos que la titularidad del derecho de libertad religiosa es de los “individuos” y las “comunidades”. Esa otorgación del derecho en clave colectiva se debe a que la práctica religiosa “en la mayoría de sus expresiones se efectúa desde el colectivo, en las comunidades religiosas”¹². Entonces trataremos la titularidad de la libertad religiosa desde la dimensión individual y colectiva.

Además, debemos entender esa titularidad en su mayor extensión, sin limitación a nacionales y extranjeros. Esto se debe a que la libertad religiosa forma parte indispensable de la dignidad humana, y que ella es “fundamento y justificación de los derechos fundamentales”¹³.

2.3.1 Titularidad - Dimensión individual

La determinación de la titularidad en la esfera individual se traduce en la adjudicación de unos “derechos individuales derivados”¹⁴ de la originaria libertad religiosa de los individuos de profesar, o no hacerlo, una creencia religiosa en concreto, y de actuar conforme a ellas.

¹⁰ STC 177/1996, de 11 de noviembre de 1996, FJ nº9.

¹¹ STC 101/2004, de 2 de junio de 2004, FJ nº 3: La dimensión externa de la libertad religiosa tiene lugar “en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”.

¹² Porrás Ramírez, J M^a, *Derecho de libertad religiosa*, Editorial Tecnos, Madrid, 2014, pág. 35.

¹³ Palomino Lozano, R. *Manual Breve de Derecho Eclesiástico del Estado*, Manual. Autoeditado, Madrid. 2016, pág. 58. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/34955>. Este nos recuerda la importancia que tiene la libertad religiosa para la dignidad de la persona, y que en esa dignidad están los derechos fundamentales como principal baluarte.

¹⁴ Porrás Ramírez, JM^a, *Derecho de libertad religiosa*, Tecnos, Madrid, 2014 pág. 35. Este nos recuerda que la LOLR otorga un seguido de derechos individuales que dibuja la esfera individual de esta, y es por ello que los denomina derechos derivados.

Estos se concretan en el art. 2.1 LOLR. El precepto cierra de forma hermética la esfera individual contemplando un séquito de derechos derivados del principal de libertad religiosa, dándoles total “inmunidad de coacción”. Estos en concreto son:

- La libertad de creencias: esta es el poder de profesar las creencias que libremente escoja el ciudadano, o a no escoger ninguna, optando por el ateísmo o agnosticismo. Y además el derecho de cambiar de religión, y así poder abandonar la que profesaba. En esta contemplamos el derecho derivado más íntimo y directo al propio de libertad religiosa, que es el de profesar una religión.
- Derecho a manifestar libremente las mismas: en esto está incluido el expresar las ideas religiosas de cada uno, o a expresar que no tiene, así como el lado contrario de no verse obligado a expresarlas. En este derecho derivado observamos la garantía de externalizar el sentir religioso de la persona.
- Derecho a practicar actos de culto: éste es el derecho que el art. 16 CE reconoce, pareciendo autónomo, pero que ya hemos señalado que es integrante del de libertad religiosa.
- Derecho a recibir asistencia religiosa: este podríamos definirlo como el derecho a que los ciudadanos gocen de la asistencia religiosa que precisan conforme a sus convicciones religiosas. Entendiendo el concepto asistencia religiosa como aquél conjunto de “actividades y servicios que las confesiones prestan a sus fieles para la satisfacción de sus fines religiosos¹⁵”. Así también, este derecho de forma negativa, como muchos otros, incluye el derecho a no ser obligado a recibir asistencia religiosa.
- El derecho a recibir e impartir enseñanza e información religiosa: en este derecho el legislador hace buenos oídos de las necesidades que tienen muchas confesiones y sus creyentes de extender su credo y recibir de él. Así se asegura el derecho de naturaleza externa de comunicar lo religioso entre ciudadanos, como relación social que son normalmente las comunidades religiosas.
- Derecho a elegir para sí, y para los menores, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. En la coetilla final de este derecho del art. 2 LOLR observamos que es homónimo al art. 27.3 CE, que responsabiliza a los poderes públicos de hacer efectivo ese derecho de elección, siendo este precepto fundamento jurídico para la existencia de este derecho¹⁶.
- El derecho a conmemorar las festividades religiosas: la LORL no concreta ni explica el alcance de este derecho, pero debemos entender que se refiere a que en ese derecho de conmemorar las

¹⁵ Molano, E, *La asistencia religiosa en el Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, nº11, 1984, pág. 214.

¹⁶ Ribes Suriol, AI. *El derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos: sentido y alcances*. Revista de Derecho de la Universidad de Valencia, núm, 1, Valencia, 2002, pág. 1. Artículo recuperado de: <https://bit.ly/2SOPNqg> (12 octubre 2018).

festividades religiosas se garantiza la asistencia a los actos litúrgicos, los cuales suelen acontecer en ellos, y al descanso laboral, para garantizar su participación¹⁷. Aquí observamos que este derecho garantiza al Cristiano a cumplir con la liturgia propia del día de la Natividad, o al Musulmán con la propia del *Eid al-Adha* (Fiesta del cordero).

- El derecho a celebrar los ritos matrimoniales conforma a las creencias: es evidente que la mayoría de religiones configuran el matrimonio como una etapa en la vida religiosa del fiel, y el legislador garantiza el derecho a reconocer los matrimonios efectuados en los distintos ritos (Art. 60 CC¹⁸).
- El derecho a recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos. En esto debemos recordar que este derecho lo deben de tener en especial observancia los entes locales, en cuanto que el art. 25.2.j de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local, les adjudica la competencia en cementerios y servicios funerarios. Con ello queremos decir que en esa gestión no se podrá dar ninguna imposición que dificulte o niegue el recibir sepultura digna, y en clave religiosa, conforme a los ritos de la confesión del causante.
- El derecho a reunirse o manifestarse públicamente y a asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas: en este derecho podemos entender que el legislador otorga a los individuos el acceso a la dimensión colectiva del derecho de libertad religiosa.

De toda la suma de derechos derivados de corte individual que hemos detallado, PORRAS RAMÍREZ los define como derechos de libertad, los cuales viene a asegurar la esfera individual en la cual la persona puede tener un terreno de “dominio de la voluntad¹⁹” conforme a sus convicciones. Y que además eso se traduce en que los ciudadanos ante el Estado y terceros, tienen la garantía de que esa autonomía religiosa individual debe ser respetada. Del conocimiento de la dimensión individual del derecho, entendemos que entorno a la persona se genera una órbita de protección a su libertad religiosa más íntima y a su efectiva exteriorización.

¹⁷ Vid. Seglers Gómez-Quintero, A., *La acomodación de las festividades religiosas y la nueva protección por discriminación indirecta en el orden laboral*, Revista Ius canonicum, núm.88, Navarra, 2004, pág. 650. Artículo recuperado de: <https://bit.ly/2Rjadep> (Visto 12 de octubre de 2018). En su obra entendemos como el derecho de conmemoración de las festividades viene a suponer el reconocimiento del descanso laboral en ellas, por tal de que los fieles de una confesión puedan realizar las actividades propias que se dan el día litúrgico concreto.

¹⁸ En este artículo se reconoce la eficacia civil de los matrimonios celebrados según las confesiones religiosas con acuerdo con el Estado y de las *iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España*.

¹⁹ Porras Ramírez, JM^a, *El derecho de la libertad religiosa*, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 23.

2.3.2 Titularidad - Dimensión colectiva

La Constitución reconoce como titulares plenos del derecho de libertad religiosa a las comunidades. Cuando se habla de comunidades debemos entender estas como religiosas, pues es en ellas donde los individuos se reúnen y conglomeran sus derechos de libertad religiosa para desempeñar de forma conjunta su derecho, que normalmente precisan de esa comunión en grupo para una efectiva realización²⁰. Nuestro ordenamiento jurídico ha asumido jurídicamente estos grupos o colectivos religiosos en la institución jurídica de las confesiones. El legislador ha entendido que son estas las que verdaderamente vertebran y agrupan los intereses religiosos de los individuos, y que en la mayoría de escenarios garantizan las inquietudes y necesidades religiosas de estos. Y que en esa comunión de fieles en una misma confesión, reconoce a esta como sujeto colectivo de libertad religiosa, siendo así la libertad religiosa un derecho de grupo, pues las confesiones en sí mismas son sujetos de esta libertad²¹.

Afirmamos que nuestro ordenamiento prevé al sujeto colectivo en las confesiones, pues como afirma PRIETO: “En el contexto del artículo 16, la garantía de la libertad religiosa de las comunidades representa el fundamento de la posición jurídica de las confesiones”, y que la relevancia que a éstas se les reconoce, la específica regulación normativa, y la cooperación con el Estado que se prevé, es precisamente por ser titulares del derecho fundamental de libertad religiosa; añadiendo además que tienen tanta relevancia las confesiones como sujetos colectivos, que incluso actúan independientemente a los individuos que la conforman, con propia singularidad y personalidad jurídica²².

Enlazando con esa personalidad jurídica con la que termina PRIETO, tenemos que atestiguar que el legislador prevé la personalidad de las confesiones, pues la Constitución al reconocerlas como sujetos de libertad religiosa, les reconoce a su vez una autonomía organizativa y propio funcionamiento; como muy bien hace el art. 6.1 de la LOLP cuando afirma “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”. No queriendo decir eso que esa autonomía implique la no

²⁰ Porrás Ramírez, J M^a. *Derecho de libertad religiosa*. Tecnos, Madrid, 2013, pág. 42 y 43. En este el autor nos revela que son los grupos religiosos “quienes articulan e integran los intereses particulares de sus miembros, actuando como medio para la realización plena de sus derechos”.

²¹ Palomino Lozano, R. *Manual breve de Derecho Eclesiástico*, Manual. Autoeditado, Madrid. 2016, pág. 59. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/34955> (12 octubre 2018). En este el autor nos define el derecho de libertad religiosa como un derecho de grupo en cuanto que las comunidades religiosas como sujeto colectivo son titulares del derecho al margen de la titularidad individual de sus fieles.

²² Prieto Sanchís, L. *Sobre la libertad de conciencia*, en Libertad y Derecho fundamental de Libertad Religiosa, Editoriales de Derecho Reunidas, Arcos de la Frontera (Cádiz), 1989, pág.144.

sujeción al ordenamiento jurídico y no deberse a su respeto²³, razón quizás del porqué para adquirir la personalidad jurídica debe de inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas²⁴.

2.4 Límites al derecho fundamental

En el redactado constitucional observamos cómo tras garantizar la libertad religiosa se reconoce cierta limitación a esta. Esencialmente el límite a este derecho se encuentra en el artículo 16.1 de la CE cuando nos dicta el único límite en el mantenimiento del orden público; y en el artículo 3.1 de la LOLR, que establece como límite el respeto a los derechos y libertades de los demás, la seguridad, la salud y la moral pública, que nombra como partes del orden público.

En esta realidad confirmamos la dinámica general que ningún derecho fundamental es absoluto, ni tampoco son absolutos sus límites, es más estos deben de ser los mínimos y necesarios, en la prevalencia siempre del máximo umbral que pueda alcanzar el ejercicio efectivo del derecho²⁵. El Tribunal Constitucional ha afirmado que estos límites deben ser fijados ya en la Constitución o derivar de ella. Además de que estas limitaciones deben de ser razonables y tener una finalidad. Y en la aplicación de los límites se debe de atribuir siempre un principio de proporcionalidad en la ponderación de los derechos enfrentados²⁶, y exigirse siempre el contenido esencial del derecho restringido por el límite²⁷.

Entonces, aunque se fijen los límites anteriormente ya anotados, siempre que estos imperen deben de aplicarse cuando exista un conflicto entre varios derechos, o deba primar el orden público por encima de la manifestación religiosa en concreto. Y la restricción se debe de materializar siempre tras un

²³ De Pisón Cavero, JM. *Constitución y libertad religiosa en España*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pág. 332. Aquí nos recuerda que el legislador fuerza el reconocimiento de la personalidad jurídica a las confesiones mediante su registro en el RER.

²⁴ Art. 5.1 Ley Orgánica de Libertad Religiosa: “*Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro público, que se crea, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia*”.

²⁵ STC 2/1982, de 29 de enero de 1982, FJ nº6: “la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras del mismo”. Es por ello que hablamos de que se tiene siempre que respetar la máxima efectividad del derecho en cuanto que debe de situarse el límite en el punto donde se haga viable el máximo ejercicio.

²⁶ STC 137/1990, de 12 de julio de 1990, FJ nº 6: A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera (...) indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pueden ceder los derechos fundamentales.

²⁷ STC 110/1984, de 26 de noviembre de 1984, FJ nº2: y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable».

ejercicio reflexivo de proporcionalidad y necesidad, por tal de que la limitación no obstruya innecesariamente el derecho de libertad religiosa, y tenga la imposición del límite siempre un fin legítimo; en nuestro caso salvaguardar la coexistencia con otro derecho fundamental o preservar el orden público.

La doctrina identifica al orden público como un concepto jurídico indeterminado, pues su definición es imprecisa, a pesar que la LOLR nos describe sus tres rasgos. Y además es volátil, pues es un concepto cambiante según las convicciones y moral de una sociedad. Es por ello que en el punto próximo profundizamos sobre su concepto, pues necesitaremos de su conocimiento para dirimir posteriormente su posible operatividad en los casos controvertidos que analizaremos.

2.4.1 Orden público

Éste límite puede encontrar su justificación, en que la efectiva convivencia de todos los derechos fundamentales, y el ejercido por todos los ciudadanos simultáneamente, necesita de una sociedad que goce de cierto nivel de paz y serenidad²⁸. En ese sentido, encontramos como POLO SABAU nos define el concepto de orden público como “la existencia de una situación externa de convivencia pacífica, ausente de altercados o desórdenes en las calles que pudieran poner en riesgo la integridad de personas o bienes²⁹” Quizás el autor se restringe a afirmar que la ausencia del orden público solo pondría en riesgo la integridad de personas y bienes, pero quizás deberíamos extenderlo a la puesta en riesgo de los derechos fundamentales y libertades.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha dibujado su contenido con los siguientes términos: “El orden público nacional está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada³⁰.” De esa definición, a parte de los elementos integrantes del orden público, cabe destacar el remate final de la “época determinada”, con ello el Tribunal Supremo nos avisa del carácter mutable y variable del contenido de orden público según la época en que se aplique; significando esto que no es un concepto rígido y fijo en el tiempo, sino que su entender varía según evoluciona la sociedad, pues es la sociedad el sujeto que condiciona, con su moralidad, principios y valores, las características del orden público.

²⁸ Barrero Ortega, A. *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, Pág. 215: “para un efectivo y pleno disfrute de los derechos fundamentales es imprescindible la base previa de una adecuada plataforma o nivel mínimo de garantía de pacífica convivencia ciudadana”

²⁹ Polo Sabau, JR. *Estudios sobre la Constitución y la Libertad de Creencias*, Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga, Málaga, 2006, pág. 73.

³⁰ STS 381/2003 de 11 de abril de 2003, FJ nº 2.

El Alto Tribunal ha establecido que este límite no podrá tener carácter preventivo³¹: “cuando el art. 16.1 CE garantiza las libertades ideológica, religiosa y de culto «sin más limitación, en sus manifestaciones, que el orden público protegido por la ley», está significando (...) el carácter excepcional del orden público como único límite al ejercicio de los mismos, lo que, jurídicamente, se traduce en la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias. (...), el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. [...] como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para «la seguridad, la salud y la moralidad pública», [...] es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto.”

De esta última valoración del Tribunal Constitucional, extraemos que el límite del orden público siempre debe aplicarse en el caso concreto, es decir, debe operar en las ocasiones donde a raíz del ejercicio de la libertad religiosa, se haya originado un efecto o resultado, que deba de reprimirse y limitarse en la salvaguarda del orden público. Y no puede ser utilizado el orden público, desde los poderes públicos, para limitar un eventual ejercicio de libertad religiosa, por sus posibles y remotas consecuencias. Esto es realmente importante pues tomamos conciencia de que el orden público, como limitación del derecho fundamental, debe operar en el mínimo de casos posibles, pues siempre debe de tomar en seria consideración la limitación del derecho de libertad religiosa³².

2.4.1.1 La salvaguardia de la seguridad pública

El Tribunal Constitucional ha dictado que la seguridad pública³³: “se refiere a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano (...) Dentro de este conjunto de actuaciones hay que situar, incluso de modo predominante, las específicas de las organizaciones instrumentales destinadas a este fin y, en especial, las que corresponden a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, a que se refiere el art. 104 CE (...)”.

De lo anterior podemos entender que el rasgo que define el orden público, por seguridad pública, devendrá en que se podrá limitar la manifestación de la libertad religiosa, cuando esta ponga en peligro el orden ciudadano y la integridad de las personas y bienes, como nos marca el Tribunal Constitucional. Y que además son los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad las que deben de aplicar la

³¹ STC 46/2001, de 15 de febrero de 2001, FJ nº 11.

³² Esto es lo que conocemos como máxima extensión y mínima restricción de todos los derechos fundamentales.

³³ STC 235/2001, de 13 de diciembre de 2000, FJ nº 6.

limitación si es preciso, pues en ellas por mandato del art. 104 CE, recae el deber de: “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”.

Podemos aportar a modo de ejemplo y como límite, fundamentado en seguridad pública, aquellos supuestos en que se limita el uso de prendas con simbología religiosa, cuando impiden o dificultan la identificación de los sujetos.

En esto estamos pensando en la imposibilidad de reconocer a la persona durante la tramitación del Documento Nacional de Identidad. En estos casos, la simbología religiosa entra en conflicto con la salvaguardia de la seguridad pública, cuando la primera conlleva la imposibilidad de confirmar o contrastar la identidad del sujeto en cuestión, ya que desconocer su identidad puede suponer un peligro. En estos supuestos sí tendría lugar la faceta preventiva del orden público³⁴.

2.4.1.2 La salud pública

En relación a la salud pública encontramos el derecho a la protección de la salud en el artículo 43.1 de la CE, así como que compete a los poderes públicos su organización y tutela. Este límite puede entenderse de dos formas³⁵:

- Como la tutela de los derechos y libertades fundamentales de los demás, que comprendería esencialmente el derecho a la vida y a la integridad física de los demás. En ello podemos pensar respecto de la ablación femenina, que se practica en algunas ramas radicalizadas del islam sunní.
- Y la salubridad pública, que haría referencia a las condiciones higiénicas que peligrarían con determinadas manifestaciones religiosas o culturales en las que participen o se encuentren personas y la salud de éstas, conformándose como límite al ejercicio de la libertad religiosa. esto por ejemplo, en la matanza colectiva del ganado, que suelen tener lugar en algunas festividades de varias religiones.

El Tribunal Constitucional, en algunas ocasiones, ya ha establecido jurisprudencia donde impone el límite de la salud pública, frente a determinados ejercicios de libertad religiosa, a pesar de ser jurisprudencia ya antigua, y no sigue actualmente ese criterio, nos sirve para identificar y entender la

³⁴ En ese sentido, en la tramitación del Pasaporte y del Documento Nacional de Identidad el artículo 4.1 c) Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, BOE núm. 166; y el artículo 5.1 b) del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, BOE núm. 307; respectivamente, exigen que para la expedición de los anteriores documentos la presentación de una fotografía del rostro con la cabeza totalmente descubierta y sin gafas de cristales oscuros o otras prendas que impidan o dificulten la identificación del sujeto.

³⁵ Cañameres Arribas, S. *Libertad Religiosa, Simbología y Laicidad del Estado*, Aranzadi, Madrid, 2005, págs. 35 a 36.

salud pública como efecto limitador. Así pues, ejemplo de ello, es como no ha observado vulneración a la libertad religiosa de los testigos de Jehová³⁶, cuando estos se niegan a que se les practique transfusiones de sangre a ellos mismos o a sus familiares, por motivos religiosos. En ello el Tribunal restringe el derecho de libertad religiosa frente a una cuestión de salud pública, como es la vida de aquellas personas que se niegan a recibir una transfusión de sangre³⁷.

2.4.1.3 La moralidad pública

El Tribunal Constitucional ha aceptado la moralidad pública como un “elemento ético común de la vida social”³⁸, que variará según el tiempo y el lugar en que se analice. En la misma sentencia se dan referencias de textos internacionales donde opera como límite a los derechos fundamentales, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 o el Convenio de Roma de 1950.

La doctrina lo entiende como un concepto jurídico indeterminado y el Tribunal Constitucional ha admitido que se trata de un concepto ético, sometido a concepciones filosóficas y morales, no siendo propiamente un concepto exclusivamente jurídico³⁹. El concepto de moral pública puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, si bien tal utilización ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas.

Algunos autores advierten de la desaparición de la moralidad pública como límite del derecho de libertad religiosa. Estos atestiguan que la incorporación a nuestra sociedad de nuevos valores como la multiculturalidad, han hecho que la moralidad pública vaya cayendo en desuso. Es más, atestiguan que son esos nuevos valores, los que pueden propiciar a que se de, una mayor tutela y tolerancia de los distintos ejercicios de libertad religiosa⁴⁰. Siendo esto una buena noticia, en aras de conseguir una mayor ampliación del ejercicio del derecho, y alcanzar así una menor restricción, en un futuro próximo.

³⁶ ATC 369/1984, de 20 de junio de 1984. En esta resolución el Tribunal no admite el recurso de amparo contra una sentencia que absuelve a un Magistrado por delitos de coacción contra la libertad religiosa, pues este magistrado autorizó la transfusión de sangre a un familiar de testigos de Jehová. En el FJ nº3, afirma que la autorización es legítima pues deriva “de los arts. 3 y 5 de la LOLR (...), ya que el derecho garantizado a la libertad religiosa por el art. 16.1 de la Constitución tiene como límite la salud de las personas, según dicho art. 3, y en pro de ella actuó el Magistrado-Juez”.

³⁷ STC 154/2002, de 18 de julio de 2002, FJ nº 13. En este vemos como el Tribunal no observa límite a la libertad religiosa por salud pública, pues entiende que esta “hace referencia a la salud general”, pero si se impone un límite legítimo al preservar el derecho a la salud y vida del menor, de los padres, testigos de Jehová, que se niegan a la transfusión de sangre.

³⁸ STC 62/1982, de 15 de octubre, de 1982, FJ nº 2, FJ nº 3.

³⁹ STC 62/1982, de 15 de octubre de 1982, FJ nº 3.

⁴⁰ Porras Ramírez, JM. *El derecho de libertad religiosa*, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 56.

3. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO ECLESIASTICO

Tal y como afirma MARTÍN DE AGAR, toda rama del derecho para aspirar a ser una como tal, debe de estar “configurada e inspirada por principios informadores propios”⁴¹, los cuales dotan de personalidad, singularidad y funcionalidad a dicha rama.

En el caso que nos ocupa, el Derecho Eclesiástico del Estado, cuenta como rama particularizada de nuestro ordenamiento jurídico, de los siguientes principios informadores: libertad religiosa, igualdad religiosa, aconfesionalidad del Estado y deber de cooperación de éste con las confesiones religiosas. El estudio de estos es de vital importancia, pues su aplicación, en los supuestos controvertidos que observaremos en este trabajo, nos quiará en la conclusión jurídica que obtengamos. Ello es así, pues son, precisamente los principios, la herramienta jurídica por la cual puede reprocharse la conformidad de una norma o acto con la normativa conjunta que regula el derecho de libertad religiosa⁴².

3.1. Principio de libertad religiosa

Que iniciemos con el principio de libertad religiosa, no se debe a meros designios de la aleatoria, sino que lo hacemos puesto que los constituyentes quisieron que éste fuera el que “fundamentara y definiera la actitud que ha de asumir el Estado”⁴³ frente al factor religioso. Con ello queremos decir, que de todos los principios que configuran el derecho eclesiástico estatal, “el básico y central es el de la libertad religiosa”⁴⁴.

Estos es así, puesto que si la libertad religiosa es para los individuos y colectivos el poder ejercerla, como un derecho subjetivo, esto en la libertad como principio, se traduce en que el Estado reconoce que su papel, ante la vida religiosa de los ciudadanos, es el de “respetar, garantizar y tutelar la libertad religiosa de todos ellos, (...) considerándose incompetente para imponer, organizar, dirigir o impedir las opciones y actividades (personales o colectivas) en materia religiosa”⁴⁵.

⁴¹ Martín de Agar, JT. *Los principios del derecho eclesiástico del estado*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIV, Valparaíso (Chile), 2003, pág. 333.

⁴² Op. Cit. Palomino Lozano, R. *Manual breve de Derecho Eclesiástico*, pág.40. El autor habla de los principios como “criterio de depuración de aquellas reglas que resultan incoherentes con el sistema jurídico”.

⁴³ Porras Ramírez, JM. *Derecho de la Libertad Religiosa*, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 67 y 68. En estas páginas el autor apunta que optar por el principio de libertad religiosa, como informador central del cuerpo normativo de la libertad religiosa, es mucho más ventajoso para la dignidad de la persona, y no optar por el de laicidad o confesionalidad (como se hizo en épocas constitucionales anteriores), los cuales “propiciaban un enfrentamiento entre los españoles en torno a la cuestión religiosa”.

⁴⁴ González del Valle, JM^a. *Derecho Eclesiástico Español*, Servicio de publicaciones Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997, pág. 164.

⁴⁵ Op. Cit. Martín de Agar, JT. *Los principios del derecho eclesiástico del estado*, pág. 336.

De lo anterior vemos como este principio reconoce un “ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo”⁴⁶ con su libertad religiosa, frente al Estado. Respecto a esta esfera de *agere licere*, observamos como la jurisprudencia y la doctrina la reconocen como una creación jurídica al socaire del principio de libertad religiosa, y que corresponde a un poder de inmunidad frente a la actuación del Estado⁴⁷. Además esa ausencia de coacción del Estado frente a las creencias de los ciudadanos, provoca que devenga incompetente para hacer opciones religiosas, pues “el Estado se prohíbe cualquier concurrencia junto con los ciudadanos en calidad sujeto de fe⁴⁸”. Con ello el Estado, al no intervenir de las convicciones religiosas de la sociedad, es ajeno a la naturaleza de lo religioso⁴⁹.

Por último, respecto del principio de libertad religiosa, queremos añadir que en él existe la función protectora de la libre formación de la conciencia, de la que nos habla MARTÍNEZ BLANCO⁵⁰, con la cual cumple el Derecho Eclesiástico del Estado. Esto es así puesto que, en el aseguramiento de hacer valer la libre elección, manifestación y vivencia de las creencias religiosas del ciudadano, se contribuye a la libre formación de una conciencia, sin incidencias ni restricciones de ningún tipo por parte del Estado. Lo cual contribuye a la materialización del libre desarrollo de la persona, como derecho fundamental central de todo sistema constitucional democrático.

3.2. Principio de igualdad religiosa

Podemos afirmar que la práctica democrática nos ha llevado a la constatación, que el efectivo ejercicio de los derechos por parte de la ciudadanía sólo se materializa en el terreno de la igualdad, y en el derecho de libertad religiosa, no podría resultar de otra forma.

La doctrina del Tribunal Constitucional nos da distintas perspectivas sobre el alcance de ese principio de igualdad⁵¹. Existiendo dos vertientes, en primer lugar, la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 Constitución), y, en segundo lugar, en la concreción del derecho subjetivo a la igualdad (art. 14 Constitución). En cuanto valor, ello se traduce en que la igualdad es un principio inspirador, el cual marca la senda a seguir, de todas aquellas acciones del Estado de Derecho,

⁴⁶ STC 24/1982, de 13 de mayor de 1982.

⁴⁷ De Pisón Cavero, JM. *Constitución y libertad religiosa en España*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pág. 291. En esto el autor remarca que el *agere licere* se traduce en la no interferencia del Estado en las creencias religiosas del individuo.

⁴⁸ Op. cit., Palomino Lozano, R. *Manual Breve de Derecho Eclesiástico*, pág. 42.

⁴⁹ Viladrich, PJ. *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Eunsa Editorial, Pamplona, 1980, págs. 211 a 316.

⁵⁰ Martínez Blanco, A. *Derecho Eclesiástico del Estado (Vol. I)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, págs. 52 a 53.

⁵¹ VV. AA. Coord. Suárez Pertierra, G. *Derecho eclesiástico del Estado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 124 a 125.

en todos su ámbitos, y con especial trascendencia y sensibilidad en el factor religioso. Y en segundo lugar, en que el valor supremo se materializa como un derecho de la ciudadanía, con el cual pueden hacer valer que su situación jurídica tanto abstracta como material, se sitúe con igualdad en la ley y ante la ley⁵².

Aun así, no podemos confundir la igualdad como un derecho autónomo, sino que este siempre se relaciona con otros derechos⁵³, y en los que nos concierne a nosotros, tenemos que entender el derecho de libertad religiosa bajo la influencia del principio de igualdad. En ese sentido, se exige que el Estado no discrimine por razón de las opciones religiosas a los individuos o colectivos⁵⁴. Siendo esa no discriminación en dos direcciones: que “la libertad religiosa, no puede ser reconocida a unos y negada (o restringida) a otros, según la religión que profesen; y lo mismo en relación con los derechos en general cuyo reconocimiento y disfrute no puede ponerse en dependencia de la adscripción religiosa”⁵⁵. Queda claro así, que la igualdad tiene efecto de permitir que los individuos puedan por igual, valga la redundancia, ejercer su libertad religiosa, o no ver menoscabados otros derechos, en función de su opción religiosa.

De las afirmaciones anteriores podemos llegar a entender que ese trato de igualdad, implique trato por igual, pero este principio no busca uniformizar, en una visión estricta y primitiva de la igualdad. Sino que en el trato de las confesiones y sus fieles, existe el deber del Estado de garantizar que cada fiel de cada confesión pueda desarrollar el derecho de libertad religiosa en toda su amplitud⁵⁶.

Este deber, de dar por igual la oportunidad de desarrollar el credo personal de la persona, exige que neguemos la posibilidad de que, en sustento de la igualdad, se pretenda dar un trato uniforme a las distintas creencias, puesto que todas las confesiones y sus fieles necesitan un trato particularizado en función de la naturaleza y necesidad de su credo, y en ello el Estado debe de otorgar un tratamiento

⁵² Ob. Cit., Palomino Lozano, R. *Manual Breve de Derecho Eclesiástico*, pág. 43.

⁵³ ATC 862/1986, de 29 de noviembre de 1986, FJ nº3. Este viene a decir: “derecho fundamental carente de autonomía propia en cuanto que se da sólo en relación con otros derechos, a los que (...) modula, de acuerdo con la igualdad entendida como valor (...) el art. 1.1 de nuestra Constitución”.

⁵⁴ STC 24/1982 de 13 de mayo de 1982, FJ nº1: “la igualdad genera la obligación de no discriminar a los ciudadanos por razón de sus creencias”.

⁵⁵ Martín de Agar, JT. *Los principios del derecho eclesiástico del estado*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIV, Valparaíso (Chile), 2003, pág. 339.

⁵⁶ STC 24/1982 de 13 de mayo de 1982, FJ nº1. En ello la sentencia remarca que la igualdad significa no discriminación y no trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de su religión o creencias, sino que esta igualdad garantiza el igual disfrute del derecho de libertad religiosa por todos los ciudadanos en su mayor amplitud.

diferenciado en aras de alcanzar la igualdad de las distintas creencias de desarrollar el derecho del art. 16 CE en su mayor amplitud, por igual.

Por ejemplo, si el Estado pusiera las mismas herramientas a un musulmán, para que desarrollara con plenitud el derecho de libertad religiosa, que las que diere a un israelita o evangelista, seguramente no podrían alcanzar todos el mismo grado de realización, pues todos necesitan de un trato distinto, pues tiene necesidades distintas. Si las tratará por igual, haría un ejercicio de uniformidad, el cual llegaría a discriminación. Pues no todas las confesiones podrían alcanzar a un ejercicio igual.

En ello sería de aplicación las palabras del famoso jurista romano Ulpiano: *Suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo). O que “no es de justicia, dar a cada uno lo mismo, sino a cada uno lo suyo, que exige tratar igual las situaciones iguales y de forma desigual las situaciones desiguales”⁵⁷.

3.3 Principio de aconfesionalidad

El principio de aconfesionalidad se reconoce y configura en el artículo 16.3 de la CE, el cual reza que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”. Mediante ese pronunciamiento el constituyente impide que el Estado tenga religión oficial, materializando así “el principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa”⁵⁸.

Para entender mejor lo que alcanza y supone dicha aconfesionalidad podemos hacer el ejercicio inverso de contemplar lo que supone un Estado confesional o uno con Religión de Estado. Podemos definir a los Estados confesionales como aquellos que hacen una “valoración positiva de las creencias religiosas (de una o varias); adopta decisiones políticas basadas en motivos religiosos e, interviene en los asuntos religiosos”⁵⁹. En base a ello podemos afirmar que un Estado, aconfesional como el nuestro, debe abstenerse de realizar comportamientos que constituyan alguna de las realidades anteriores.

Muchos autores afirman, que la declaración de un Estado como laico, es la mejor opción para garantizar el principio de igualdad entre religiones, y la libertad de conciencia. En ese sentido LLAMÁZARES FERNÁNDEZ, nos indica: “la laicidad es la única garantía realmente eficaz de la libertad de conciencia”⁶⁰.

⁵⁷ Ruffini, F. *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Il Molino, Bologna 1992, pág. 502.

⁵⁸ STC 177/1996, de 11 de noviembre de 1996, FJ nº 9.

⁵⁹ Rodríguez García, JA. En *El principio de laicidad: neutralidad religiosa y separación entre el estado y las confesiones religiosas*, dentro de su obra *Libertad Religiosa y terrorismo islamista*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, pág. 73.

⁶⁰ Llamázares Fernández, D. *Laicidad, sistemas de acuerdos y confesiones minoritarias en España*, en *Revista catalana de Dret públic*, nº 33, 2006, pág. 72.

Se identifica que dentro de este principio, cohabitan dos subprincipios: el de neutralidad religiosa del Estado, y la separación entre Estado y confesiones. Conforme a la suma de estos dos principios menores, el Estado debe mantenerse incompetente acerca de los asuntos internos de las confesiones y así como en las elecciones que hagan los ciudadanos de sus creencias, con el fin de garantizar la libertad religiosa⁶¹. Y para ello, las confesiones religiosas deben tener una posición jurídica diferente a la del Estado⁶², pues tienen unos fines religiosos, de los cuales el Estado deberá respetar y no apreciar su legitimidad⁶³ o considerar su contenido.

De lo anterior, si consideramos el término aconfesionalidad seguramente encontramos un sinónimo en el de laicidad, por los conocidos estados laicos como el francés, donde somos conscientes de la fuerte separación que existe entre Estado e Iglesia. Pero en nuestro caso esa aconfesionalidad como principio ha sido descrita por el Tribunal Constitucional en el entendimiento de estas en lo que se conoce como laicidad positiva⁶⁴.

La laicidad, en ese sentido, se aleja del laicismo, corriente mucho más fundamentalista de las relaciones Iglesias Estados, que propicia ignorar el hecho religioso⁶⁵. Por el contrario, la laicidad positiva observa el hecho religioso, como un factor positivo para la sociedad. De esa forma el Estado no se identifica con una determinada confesión, pero sí reconoce su papel⁶⁶, y es por ello que se requiere una “actitud positiva o activa de los poderes públicos en relación con determinadas exigencias del derecho de libertad religiosa”⁶⁷, es decir, la laicidad implica el deber de protección y tutela de la libertad religiosa, por parte de los poderes públicos.

⁶¹ STC 177/1996, de 11 de noviembre de 1996, FJ n°9

⁶² STC 340/1993, de 16 de noviembre de 1993, FJ n°4.d. En ella el Tribunal interpreta la voluntad del constituyente de no otorgar religión oficial al Estado, significando que ello acarrea “*que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica*”.

⁶³ STEDHH, de 3 de noviembre de 2009 (asunto Lautsi contra Italia) recoge: “*El deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier facultad de apreciación por parte de éste en cuanto a la legitimidad de las convicciones religiosas*”.

⁶⁴ Reiterado en las STC 128/2007, de 4 de junio de 2007, STC 34/2011, de 28 de marzo de 2011 y STC 51/2011, de 14 de abril de 2011.

⁶⁵ Ob. cit., Martín de Agar, JT. *Los principios del derecho eclesiástico del estado*, pág. 338. En estas el autor reconoce que el laicismo tiene por mirar con hostilidad al factor religioso del Estado, y en sus propias palabras, afirma que el Estado con esta actitud termina por “proponer sus propios dioses y religión (la Razón, el mismo Estado, el partido o la ideología dominante, etc.)”.

⁶⁶ Porras Ramírez, JM. *Mandato de neutralidad de las instituciones públicas y simbología religiosa*, Revista Española de Derecho constitucional, núm. 94, 2012, pág. 342. Recuperado en <https://bit.ly/2sjaL5f> (4 de noviembre).

⁶⁷ Suárez Pertierra, G. *Laicidad en el Constitucionalismo español*, en coord. Llamazares Fernández, D. *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, pág. 131.

3.4 Principio de cooperación

Del derecho de libertad religiosa, por todo lo que se destila hasta esta parte, podemos intuir que no se constriñe a la posesión de un derecho subjetivo frente al Estado. Si no que genera una esfera objetiva, proyectada hacia los poderes públicos, los cuales deben velar por una efectiva realización de esta libertad⁶⁸. En ello vemos, como el derecho abandona los postulados del Estado liberal originario, donde era un simple escudo de defensa frente al Estado, y en el Estado social y democrático de hoy, este deba de optar por la “cooperación con los individuos y las comunidades para facilitarles el ejercicio pluralista de su libertad”⁶⁹.

Así pues, podemos decir que el principio de cooperación “se configura como una proyección de la cláusula del Estado social y democrático”⁷⁰ del artículo 1 de la Constitución, pues es en este donde el Estado asume la responsabilidad de promocionar el máximo desarrollo de todos los Derechos Fundamentales.

Aun así, los padres constituyentes, ya hacen una buena proyección de ello y recogen el principio de cooperación en el mismo artículo 16 de la Constitución, concretamente en el apartado tercero, el cual establece que los poderes públicos mantendrán relaciones de cooperación con las confesiones. Esa previsión constitucional, se traduce en el artículo 7.1 de la LOLR, cuando se prevén los acuerdos o convenios de cooperación con las iglesias, confesiones y comunidades inscritas, las cuales gocen de notorio arraigo en nuestro país.

Con la previsión de notorio arraigo, las relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas se supeditan y justifican en el número de creyentes que forman parte de una determinada confesión. Lo cual significa que accederán a los acuerdos de cooperación aquellas confesiones con mayor número de adeptos en España. Con ello se “deriva el principio de cooperación al sustrato sociológico”⁷¹, es decir, se condiciona este, a que la confesión que pueda gozar de la cooperación, cuente con un número extenso de fieles en España.

⁶⁸ Alaez Corral, B. *Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar*, Revista Española de Derecho constitucional, núm 67, Madrid, 2003, pág. 103. En este el autor justifica la exigencia de cooperación, por la dimensión objetiva, que obliga a los poderes públicos de “optimizar las condiciones de ejercicio de la libertad” religiosa.

⁶⁹ Carazo Liébana, M^aJ. *El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental*, Revista de Filosofía, Derecho y Política, núm. 14, 2011, pág. 48.

⁷⁰ Valero Heredia, A. *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 2008, pág. 166.

⁷¹ García Maestro, JO. *Iglesia, laicidad y libertad religiosa en la España de hoy*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2010, pág. 38.

Es necesario remarcar, que el deber de cooperación del Estado genera el correlativo derecho, sólo en las confesiones. Es decir, el ciudadano como creyente individual no tiene tal derecho⁷², si no que debe articularlo mediante la confesión.

Por último, respecto de este principio, debemos matizar que el Estado, en el cumplimiento de sus deberes de cooperación con las confesiones, tiene como objetivo, exclusivo, garantizar el libre y efectivo desarrollo del derecho de libertad religiosa de los creyentes que integran las confesiones. Con ello queremos decir, que debe buscar la cooperación, en aras de “contribuir a que se den las condiciones favorables para el ejercicio del derecho, pero no para el acto o hecho religioso en sí”⁷³. Por tanto, solo existirá cooperación ante la demanda de la confesión, pues requiere de ella para la materialización del derecho de libertad religiosa de sus fieles.

3.5 Visión global de los principios

De todo lo dicho, se desprende que no podemos jerarquizar los principios anteriores, pues creo que entre ellos guardan una relación de interdependencia, y se nutren unos a otros desde su contenido. Que no se aprecie orden de prelación entre ellos, permite que, desde su conjunta aplicabilidad, el Estado, en su obra legislativa, ejecutiva y jurisprudencial, pueda fehacientemente respetar, garantizar, tutelar y promocionar el libre desarrollo del derecho de libertad religiosa de toda la ciudadanía.

Si se me permite, con un tono mucho más doméstico, de los principios informadores podemos construir la metáfora de que, para el Estado, el derecho de libertad religiosa es una pelota de pádel con la cual se ve obligado a jugar⁷⁴, respetando las normas del juego, utilizando así las cuatro paredes que se le imponen desde el texto constitucional: libertad e igualdad religiosa, laicidad y cooperación.

⁷² STC 93/1983, de 11 de noviembre de 1983, FJ nº 5 y STC 166/1996, de 28 de octubre de 1996, FJ nº 4.

⁷³ Op. cit., Valero Heredia, A. *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad*, pág. 167.

⁷⁴ Pues no puede ignorar el factor religioso en cuanto expresión social, con indiscutibles incidencias civiles, puesto que el derecho de libertad religiosa es uno de los derechos civiles de primera generación.

4. LIBERTAD RELIGIOSA Y FUERZAS ARMADAS

En este punto, indagaremos sobre el reconocimiento de la libertad religiosa en el estatuto militar, es decir, qué previsiones normativas existen en nuestro ordenamiento, que regulan el ejercicio de esta libertad en el seno de lo castrense.

Es innegable la contribución de lo religioso, y en especial de la Fe Católica, en el origen y formación de la identidad de las Fuerzas Armadas españolas, pues su intimación ha sido intensa en el transcurrir de los años. Ello se debe al relato histórico, el cual, en cuanto a lo militar refiere, se extiende desde la reconquista de la península con una clara voluntad evangelizadora, a la intensa participación de la Monarquía Hispánica en las Guerras Santas, o el empeño de la dinastía de los Habsburgo por la presencia del catolicismo en sus posiciones en Europa, en contra de las reformas protestantes.

A ello se le suma, que la faceta espiritual del individuo toma marcado protagonismo en el seno de las Fuerzas Armadas. Esto es así, pues en las circunstancias críticas o de riesgo, en las que desempeñan su profesión los militares, inducen que éstos se planteen preguntas trascendentales sobre su existencias⁷⁵, llevando así a una conexión con lo espiritual, que acarrea la presencia indiscutible del factor religioso, en el seno de los institutos armados.

Todo ello obliga a que el ámbito militar no pueda impermeabilizarse del Derecho Eclesiástico del Estado, como derecho regulador del factor religioso y la libertad religiosa. Con ello queremos decir, que se debe desarrollar el derecho de libertad religiosa de los militares, y los Poderes Públicos no pueden ausentarse de su protección.

4.1 Titularidad de la libertad religiosa en el militar

Antes de observar el derecho en el estatuto castrense, no debemos olvidar que el precepto de referencia sigue siendo el art. 16 de la Constitución, el cual reza que la titularidad del derecho de libertad religiosa se le atribuye “a los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

En consecuencia, debemos asumir que “todo militar, como parte integrante de la comunidad política, ostenta este derecho con todos sus mecanismos de protección añadidos, pudiendo ejercitar y llevar acabo cualquiera de las manifestaciones que esta libertad comprende”⁷⁶. Además, debe ser así, pues nuestro país toma consciencia, desde la Constitución, de su innegable carácter de Estado Social y

⁷⁵ Martínez-Torrón, Javier; en *prologo de Fuerzas Armadas y factor religioso*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 17.

⁷⁶ Martín Deplón, JL. *Libertad religiosa y Fuerzas Armadas*, Revista Española de Derecho Canónico, Universidad Pontificia de Salamanca, núm. 62, 2005, pág. 589.

Democrático de Derecho, regido por los principios supremos de libertad e igualdad, cosa que obliga la gran consideración que se le deben a los derechos fundamentales, y en especial, el de libertad religiosa⁷⁷. Pues con toda esa lógica anterior debemos evaluar el ejercicio del derecho de libertad religiosa, por parte de nuestros militares.

Corroborando lo dicho, vemos como el artículo 169 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas⁷⁸ dispone que “El militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollen y por esta Ordenanzas”. Entonces en este precepto se reconoce la libertad civil, y se da cuenta de la existencia de limitaciones añadidas. Es en esta cuenta de limitaciones, donde observamos que al militar se le imponen las limitaciones de los demás ciudadanos - *impuestas por ella y por las disposiciones que la desarrollen*⁷⁹ - más las que prevea la Ordenanza de las Fuerzas Armadas. Entonces es en las Reales Ordenanzas, donde identificamos una nueva fuente limitadora del derecho, y en exclusiva para los militares.

Esa limitación se materializa en el artículo 177, el cual reza que “todo militar tiene derecho a la libertad (...) de religión que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, sin otras limitaciones que las legalmente impuestas por razones de disciplina o seguridad”. Por ende, el artículo nos descubre que el militar extenderá el ejercicio de su libertad religiosa hasta alcanzar los límites legítimos de la disciplina o la seguridad. Ello más el límite común de orden público, que recibe desde la Constitución.

La doctrina administrativista, justifica la imposición de estos dos límites para los militares, en base a que éstos se deben a “relación de especial sujeción”⁸⁰ de su estatuto laboral, así como al cometido que tienen las Fuerzas Armadas de velar por el orden y defensa nacional. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado que la especial sujeción no puede tergiversarse para conseguir “un efectivo despojo de los derechos ni siquiera un recorte inmotivado en el ejercicio de los mismos”⁸¹. Por ello, la libertad religiosa es de aplicabilidad absoluta en el militar, y podrán limitarse

⁷⁷ Prieto Sanchís, *El derecho fundamental de libertad religiosa*, en Curso de Derecho Eclesiástico, Madrid, 1991, páginas 299 a 341.

⁷⁸ Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, BOE núm. 33, 13008 a 13028 (2009).

⁷⁹ Nos referimos por tanto, a la Constitución y el art. 3 LOLR, que imponen como límite general a la libertad religiosa el orden público, para todos los individuos.

⁸⁰ García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, página 38 y siguientes.

⁸¹ Martín Deplón, JL. *Libertad religiosa y Fuerzas Armadas*, Revista Española de Derecho Canónico, Universidad Pontificia de Salamanca, núm. 62, 2005, pág. 591.

bajo el criterio general de orden público, y especial de disciplina o seguridad, pero siempre en el uso de un criterio razonable⁸². Analicemos por eso, con un poco más de detalle, los límites castrenses de seguridad y disciplina:

4.1.1 Límite al derecho fundamental: Seguridad

Los artículos 326 y 501 de las Reales Ordenanzas del ejército de tierra y aire respectivamente, configuran la seguridad como un factor limitativo de los derechos fundamentales del militar en “aquellas razones dirigidas a garantizar la integridad del personal, instalaciones, armamento, material y documentación, así como la reserva en las transmisiones e información”.

Se hace referencia pues al concepto de “seguridad pública de la organización militar”⁸³, es decir, esto es el orden público dentro de las instalaciones y actividades militares. Esto quiere decir que cualquier acto que ponga en peligro la seguridad podrá ser limitado en su ejercicio. Ahora bien, ello no podrá dar lugar a una suspensión absoluta o de forma generalizada de la libertad religiosa.

Si recordamos bien, en el límite general de orden público, un elemento, de los tres que lo constituyen, era el de seguridad pública. Dada la gran intimación conceptual, que creemos, que tienen el límite de seguridad pública general con el castrense, podemos hacer un ejercicio de relación y contextualización la general en la castrense. Es decir, si el Tribunal Constitucional ha definido la seguridad pública como “la actividad dirigida a la protección de las personas y bienes (...) y el mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano”⁸⁴; podemos intuir, que en el ámbito castrense, la seguridad se traduce en proteger a los militares y los bienes del ejército, y en mantener la tranquilidad y el orden castrense.

Es más, nos aventuraríamos a decir que el legislador, cuando prevé la seguridad como límite en las Reales Ordenanzas, tiene como objetivo el bien jurídico de seguridad pública general. Pues entendemos, que cree que es necesaria la seguridad en las Fuerzas Armadas, pues sólo con ella pueden cumplir con la misión constitucional, que tienen, de garantizar la seguridad ciudadana⁸⁵. Así la seguridad, como aspecto limitador del derecho de libertad religiosa en lo general, encuentra su proyección, en la seguridad como límite especial para los militares.

⁸² Morales Villanueva, *Los derechos políticos del militar profesional*, en la obra colectiva *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, editada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, páginas 354 y siguientes.

⁸³ Contreras Mazarío, JM^a. *El ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito de las Fuerzas Armadas*, Observatorio del Pluralismo Religioso en España, Madrid, 2015, pág 38.

⁸⁴ STC 18/1981, del 8 de junio de 1981.

⁸⁵ El art. 104.1 de la Constitución encomienda a “Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad (...) como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

4.1.2 Límite al derecho fundamental: Disciplina

Su conceptualización castrense se ilustra en el art. 8 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, el cual la califica de “factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado”. Así mismo, el artículo 28 habla de la disciplina como “la adhesión racional del militar a sus jefes, fruto de la subordinación a valores superiores, garantiza la rectitud de conducta individual y colectiva y asegura el cumplimiento riguroso del deber”.

Bajo este acercamiento a la disciplina militar, podríamos considerar la obediencia desde su más estricta interpretación, y encontrar así una baza donde fundamentar todo límite del derecho de libertad religiosa del militar, en que debe obedecer y reprimir esa libertad. Pero eso sería rotundamente inconstitucional, pues “no puede haber disciplina fuera o al margen de la Constitución y la Ley”⁸⁶. Y recordemos que es la misma Constitución, la que prevé la atribución del derecho a todos los individuos, y de sus principios, la máxima expresión de esta⁸⁷.

Port tanto, no puede haber una prevalencia absoluta de la disciplina sobre el derecho de libertad religiosa. En el sentido anterior, la jurisprudencia ha señalado que sólo la disciplina podrá sobreponerse al efectivo desarrollo de las libertades del militar, en la medida que resulte necesario “para el cumplimiento de la misión o función”⁸⁸, que deba llevar a cabo el militar.

En este sentido, vemos que una correcta aplicación del límite de disciplina, ante un ejercicio concreto de libertad religiosa, acarrea que se constate que se hace en aras de conseguir el buen hacer y fin de la misión, y que este ejercicio no puede entorpecer o poner en peligro el buen final de la misión o función, con la que debe cumplir el militar o regimiento al que pertenece. El Tribunal Constitucional habla que la disciplina, y su aplicación busca perseguir el “interés del servicio y la eficacia e integridad del mismo”⁸⁹.

⁸⁶ Pérez Villalobos, *La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas*, en Revista Española de Derecho Militar, número 78, julio-diciembre 2001, pág. 169.

⁸⁷ En este sentido observamos como la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1989 estableció en sus fundamentos que “la palabra disciplina hace referencia a la observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto, consistiendo, por tanto, y en lo que a las Fuerzas Armadas respecta, en el conjunto de reglas y preceptos a que el militar debe acomodar su conducta”.

⁸⁸ STC 21/1981, de 15 de junio de 1981, FJ nº 5.

⁸⁹ Sentencia nº 123/2016 de TS, Sala Quinta, de lo Militar, 24 de octubre de 2016, en esta el Tribunal encuentra el sentido disciplina de lo castrense en el aseguramiento del buen hacer y cumplimiento preciso de las misiones y funciones que se le encomiendan a todo cuerpo militar.

4.2 Conflictividad entre Libertad religiosa y Estatuto militar

IBAN PÉREZ destaca que “existen tres grandes bloques que deben ser analizados”⁹⁰ en la cuestión Fuerzas Armadas y Libertad religiosa. Estos según el autor son: la objeción de conciencia, la obligatoriedad de realizar determinados actos contrarios a las propias creencias y la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas. Entendemos que si bien el autor, divide los dos primeros, pues dedica un estudio por separado de ambos, podamos unir estos dos en la objeción de conciencia, pues la segunda trata el supuesto donde la objeción de conciencia, por lo que fuere, no opera y el militar debe realizar el acto, al cual pretendía objetar. Veamos, pues, la objeción de conciencia del militar y la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas.

4.2.1 La objeción de conciencia en el militar

En términos generales, podemos definir la objeción de conciencia como “la situación en la cual el ciudadano rechaza el cumplimiento de obligaciones legales o de un contrato, por considerarlas incompatibles con sus propias convicciones”⁹¹. Ante ello, ya de antemano, podemos intuir que esas situaciones son múltiples y variopintas, las cuales van desde el derecho de un farmacéutico⁹² a no proporcionar pastillas abortivas, a la negación de un militar de asistir a un acto religioso. Dada la complejidad de las situaciones, nuestro país, como los países de nuestro entorno, han aceptado que la ley resulta insuficiente para tratar y solucionar todos los casos desde el derecho material, y es por ello, que se ha asumido que el dar una solución recae en la jurisprudencia⁹³, pues solo esta, ante el caso concreto, podrá aplicar el derecho y los principios que le informan, para obtener la situación más ajustada a derecho.

Ya desde un primer momento, entendemos que la objeción de conciencia en lo militar viene a ser la negación de los miembros de las Fuerzas Armadas a realizar actos que contravengan sus propias convicciones, a pesar de contar con el deber con el Ejército y sus funciones. De todas formas, en el terreno militar, la objeción de conciencia por antonomasia, se ha dado en la negación del cumplimiento del servicio militar obligatorio. Aunque ya no sea obligatorio en nuestro país, en los criterios jurisprudenciales que se han elaborado en su debatir, encontramos una conceptualización de la objeción de conciencia. En este sentido, las grandes líneas jurisprudenciales se dan desde el Tribunal de Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado cuando la

⁹⁰ Iban Pérez, IC. *Las Fuerzas Armadas y la libertad religiosa*, Cuadernos de la Facultad de derecho, núm. 7, Universidad de Palma de Mallorca, 1984, pág. 147.

⁹¹ Navarro Valls, R y Martínez Torrón, J. *Conflictos entre conciencia y la ley*. Editorial Iustel, Madrid, 2002, págs. 28 a 31.

⁹² STC 145/2015, de 25 de junio de 2015.

⁹³ Ob. cit. Martínez-Torrón, Javier; *Fuerzas Armadas y factor religioso*, pág. 127.

normativa interna de los países no preveía un cumplimiento de deber alternativo al militar, y el ciudadano se negaba a cumplir el servicio militar por motivos de conciencia.

Fue reveladora la Sentencia Bayatyan V. Armenia⁹⁴. El Tribunal conocía de un supuesto de hecho donde un testigo de Jehová se negaba al servicio militar obligatorio, y ante ello el Estado armenio lo encarceló. En esta resolución la Gran Sala observó atentado al derecho de libertad religiosa del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues el ciudadano se negaba a cumplir con el servicio militar obligatorio, alegando que de hacerlo, iría en contra de sus sentimientos religiosos. En la argumentación jurídica el Tribunal tomaba como criterio el equilibrio entre los intereses del conjunto de la sociedad y el del particular. Es decir, no observaba interés de entidad suficiente en el conjunto de la sociedad en que el ciudadano hiciera el servicio militar obligatorio, y sí dio relevancia al menoscabo de los derechos religiosos del demandante. Entendemos, pues, que la objeción de conciencia operará en los supuestos donde el no realizar los individuos la acción objetada, no repercute un menoscabo en el interés general de la sociedad. Es decir, se debatirá si opera o no, entorno al balanceo del peso del interés social o el particular.

Desde nuestro entorno más próximo, y en relación al servicio militar obligatorio, ante el Tribunal Constitucional se han presentado recursos de amparo de objeciones de conciencia tanto al servicio militar obligatorio, como al cumplimiento de servicios sociales sustitutorios. En estos recursos de amparo, el recurrente pretendía que se le reconociera la objeción de conciencia a la prestación de servicios sociales, por entender, que estos dimanaban del deber de cumplir con el servicio militar, y guardaban con ellas una evidente relación.

Ante ello el Tribunal ha afirmado que “ambos servicios son distintos tanto en su contenido como en la forma de realizarse, careciendo la prestación social substitutoria por su propia finalidad de naturaleza militar”, y en base a ello no aprecia la operatividad de objeción de conciencia a ellos⁹⁵. Defendió tal falta de relación, basándose en que los servicios sociales no encuentran, ni en su organización ni en sus actividades, rasgos que puedan violentar las convicciones personales de quienes se oponen al servicio militar. Es más, apreciaba que los servicios sociales encontraban en su naturaleza elementos como la solidaridad, la ayuda y el altruismo, rasgos que le son propios incluso a la conciencia del que alegaba la objeción por esta⁹⁶.

De la construcción jurídica anterior, destilamos otra herramienta para precisar el alcance de la objeción de conciencia. Esta es la de contraponer la conciencia, en la cual el individuo fomenta su objeción, con la naturaleza del acto al que se niega realizar. Es decir, el Tribunal analiza la naturaleza del acto y

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 7 de julio de 2011.

⁹⁵ STC 160/1987, de 27 de octubre de 1987.

⁹⁶ STC 55/1996, de 28 de Marzo de 1996, FJ nº 7.

corroborar la operatividad de la objeción, en si se da realmente la incompatibilidad del acto con la conciencia. Así reconoce sin mayor problemática la objeción para el servicio militar, pero no la corrobora en los servicios sociales, pues precisamente encuentra convergencia con las convicciones.

Entonces, en la observancia de la objeción de conciencia en el caso concreto, podemos evaluar su viabilidad observando si prevalece el interés de la sociedad o del individuo, la contravención entre la conciencia y el acto objetado. Más si existe imposición legítima a negar la objeción de conciencia por una cuestión de orden público, disciplina o seguridad militar.

4.2.2 La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas

Como ya hemos dicho al inicio del epígrafe, los escenarios en que suele moverse el militar ocasiona su conexión con lo espiritual, y en el planteamiento de cuestiones trascendentales, las cuales, si profesa una religión, necesita de la debida asistencia para resolverlas, y vivir las vivencias de su profesión conforme a ellas. Es por ello que en palabras del Capitán Martín de Eguiluz, datadas en el siglo XVI: “el soldado tiene más necesidades de tener si cabe el tal sacerdote que ningún otro género de gentes por traer de ordinario la muerte alojó, y el ánimo entre los dientes”⁹⁷.

La asistencia religiosa viene a ser el derecho de los militares que, en el desempeño de sus funciones, puedan gozar de la debida asistencia de los ministros de culto de su confesión religiosa⁹⁸. Esta asistencia cuenta sus cimientos en el deber de los Poderes Públicos de promover la libertad religiosa, y buena cuenta de ello hace la Ley Orgánica de Libertad Religiosa en su art. 2.1.b) el cual establece como parte incluyente del derecho, el de recibir asistencia religiosa de la propia confesión. Y seguidamente el art. 2.3 de la misma Ley transfiere a los Poderes Públicos establecer las condiciones necesarias para facilitar su real y efectivo cumplimiento. Y en eso cumple el Estado cuando elabora la previsión de que los militares gocen de asistencia religiosa dentro de las Fuerzas Armadas.

Sin más dilaciones, puesto que la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas no contribuye especialmente en los razonamientos jurídicos de este trabajo, sólo mencionar que el Estado articula ese deber de garantizar la asistencia religiosa de los militares católicos mediante el Acuerdo de 3 de enero 1979 entre el España y la Santa Sede sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el servicios militar de clérigos y religiosos. Respecto de las demás confesiones, aseguraron la asistencia religiosa de sus fieles en las Fuerzas Armadas, mediante el artículo 8 de los respectivos Acuerdos de 1992⁹⁹. Es

⁹⁷ De Eguiluz, M. *Milicia, Discurso y Regla Militar*, Amberes, 1595, pág. 18.

⁹⁸ Ob. cit. Martínez-Torrón, Javier; en *prologo de Fuerzas Armadas y factor religioso*, pág. 23.

⁹⁹ Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España; Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. BOE núm. 272, 38209 a 38217 (1992).

por ello, que para estas confesiones en la Ley 17/1999¹⁰⁰ se contempla el derecho de los militares evangélicos, judíos y musulmanes a recibir asistencia religiosa de su Confesión, particularizando como se hace mediante los respectivos Acuerdos. De esa forma, actualmente, musulmanes, judíos y evangélicos tienen asegurada la asistencia en las Fuerzas Armadas en las mismas condiciones que tienen los católicos¹⁰¹.

Para los fieles de confesiones sin Acuerdo, en la Disposición Final de la ley anterior, se asegura que puedan recibir asistencia, siempre que la confesión este inscrita en el Registro de Entidades Religiosas.

¹⁰⁰ Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. BOE núm. 119, 18751 a 18797 (1999).

¹⁰¹ Moreno Antón, M. *La asistencia religiosa en España, en La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006, págs. 99 a 119.

5. PARTICIPACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN LA SEMANA SANTA

En el presente capítulo, abordamos la presencia de las Fuerzas Armadas en los actos litúrgicos, que celebra la confesión católica, en conmemoración de la Semana Santa. Estos actos tienen una gran relevancia social, cultural y, por supuesto, religiosa en nuestro país. Ello es así, pues ciudadanos, miembros de la Iglesia Católica, militares y representantes de las instituciones concurren año tras años, alrededor de la festividad que conmemora la vida, pasión y muerte de Jesucristo. Ante esta premisa, es innegable que para lo que atañe al Derecho Eclesiástico del Estado, tiene un interés especial cómo confluye toda la actividad institucional y militar que se lleva a cabo. Y con especial atención a las bases y esquemas de la aconfesionalidad del Estado, la libertad e igualdad religiosa y el principio de cooperación.

Es de marcada y arraigada tradición que muchas de las procesiones, y demás actos propios de la Semana Santa, tengan en sus rituales aparejada la participación esencial de las Fuerzas Armadas. En esta participación vemos como las distintas Cofradías y Hermandades solicitan la colaboración de los militares para llevar a cabo las distintas procesiones, pues cuentan en su idiosincrasia con la presencia de éstos¹⁰². Atestiguamos en muchas de ellas, que esa participación de los cuerpos armados, es fruto de la historia y larga intimación de la Religión y el Ejército, que se dio en épocas anteriores donde el Estado era confesional, y que ha perdurado en nuestro tiempo, materializándose ahora en tradición. Esto conlleva que muchas de estas ceremonias deban su celebración e identidad a su confluencia. Es más, muchas de las imágenes religiosas de estas Cofradías y Hermandades ostentan el patronazgo de algún cuerpo militar, e incluso policial¹⁰³.

Si somos testigos de estos actos, corroboramos cómo el despliegue de las cuerpos castrenses en ellos, así como todo el ceremonial que los envuelve, puede convertir el acto procesional en un acto institucional. Una confusión que puede llegarnos a cuestionar si esa intensa participación puede debilitar o contrariar al principio de aconfesionalidad. Con ello queremos decir, que pueda dar lugar a una escena la cual dé a entender una significación del Estado por la confesión católica, en cuanto que militares y representantes políticos, son integrantes del organigrama del Estado.

¹⁰² Tal es así, que el Ministro de Defensa, en contestación de pregunta parlamentaria formulada por el diputado socialista Diego López Garrido, afirmó que en la Semana Santa de 2013, un total de 4.254 militares participaron en distintos actos de la Semana Santa en todo el país. Visto en Medina, F. (2013, 14 de junio). Defensa confiesa: 4.254 militares han participado en los actos religiosos de esta Semana Santa. *El plural.com*. Recuperado de <https://bit.ly/2H65NmA> (11 de noviembre 2018).

¹⁰³ En este sentido vemos cómo Jesús Nazareno del Paso, de la Archicofradía del Paso y la Esperanza de Málaga, es patrón del cuerpo de Intendencia del Ejército de Tierra, pues existe una relación muy íntima entre ambas instituciones desde el siglo XVIII. Así ocurre con la íntima relación entre la Brigada de Paracaidistas y el Cristo de las Ánimas y Ciegos, o el Ejército del aire con Nuestro Padre Jesús de la Misericordia.

De esta realidad innegable, con la que el Estado debe convivir y demostrar inevitablemente una actitud determinada, creemos que pueden existir tres controversias merecedoras de ser analizadas. A saber:

1. la viabilidad de que los cuerpos del ejército puedan contar con el patronazgo de personajes de la imaginería católica, o consten como hermanos de distintas Cofradía y Hermandades;
2. la posibilidad de la participación de las Fuerzas Armadas en las procesiones y demás actos religiosos, y cómo repercute ello en la libertad religiosa del militar;
3. y la compatibilidad del gran despliegue de representantes institucionales con el principio de aconfesionalidad.

Para el estudio de estas tres controversias, tomaremos como referencia los actos que se desarrollan con la participación de la Legión en los actos de la Pontificia y Real Congregación del Santísimo Cristo de la Buena Muerte y Ánimas y Nuestra Señora de la Soledad Coronada de Málaga. Especialmente en Jueves Santo, en donde ya es tradición el desembarco de la Legión en el puerto malagueño, para dar traslado al Cristo de la Buena Muerte, que además es patrón de la Legión.

Creemos que, contemplando este caso, podremos analizar todos los aspectos que pueden ser controvertidos, pues de todos los actos de Semana Santa que acontecen en nuestro país, éste es uno de los más significativos y relevantes en el panorama nacional. Entonces, para ello nos trasladaremos a los actos que se dan cada Jueves Santo en la ciudad malagueña entorno a la Legión y el Cristo de la Buena Muerte. Con el discurrir de éstos, analizaremos detalle por detalle, por tal de conseguir nuestro objetivo. Entendemos que procediendo con este particular método podemos conseguir nuestro objetivo de una forma más clara, práctica y didáctica.

5.1 El patronazgo de figuras católicas y los hermanamientos con Cofradías y Hermandades

Diario EL CONFIDENCIAL DIGITAL de 24 de abril del 2017, titulada: El Cristo de Mena, los legionarios y los “dos tiros” a los antisistema:

*“Como todos los años desde 1928, cuando la Legión Española adoptó al Cristo de la Buena Muerte como patrón de la unidad, esta Semana Santa los legionarios han escoltado al Cristo de Mena en Málaga”.*¹⁰⁴

Como vemos en el recorte de prensa, respecto del caso que analizamos, el Cristo de la Buena Muerte, es patrón desde 1928 de la Legión. Como este caso, encontramos un sin par en todo el territorio, donde la relación que han mantenido las diferentes ramas del ejército con las Cofradías y Hermandades han

¹⁰⁴ Anónimo. (2017, 24 de abril). El Cristo de Mena, los legionarios y los “dos tiros” a los antisistema. *El confidencial digital*. Recuperado de: <https://bit.ly/2FjgBMu> (9 de diciembre 2018) .

dado lugar a que aquellas hayan adoptado por patronos a sus respectivas imágenes religiosas. Es costumbre que sean las Cofradías y Hermandades, que desde su funcionamiento interno se acuerde otorgar el patronazgo de sus imágenes religiosas a cuerpos de las Fuerzas de Seguridad del Estado, o nombrarlos hermanos de la comunidad cofrade.

Respecto a ello, podemos plantearnos una vulneración del principio de aconfesionalidad, puesto que adoptar como patrón una figura religiosa de una determinada confesión o ser hermano cofrade, puede acarrear una intimación innecesaria entre el Estado y lo Religioso.

De todas formas, el ejército, no es ni mucho menos una excepción, en cuanto a la toma de simbología religiosa institucional, y podríamos hablar de una generalización de este fenómeno en todo el Estado. Ejemplo de ello es cómo la Corona de la monarquía española que encabeza el escudo nacional, porta una cruz en lo alto, o la bandera asturiana tiene la Cruz de la Victoria sobre fondo azul. Esta realidad forma parte del relato historiográfico de nuestro país, que tiene al cristianismo como uno de los factores que han motivado y conducido los sucesos de nuestra historia, y con ello a la formación de nuestra identidad¹⁰⁵. Esto conlleva que muchos escudos, banderas o edificios, tengan en su estética, simbología católica¹⁰⁶.

Ante ello creemos, que si nuestro objetivo es evaluar, cómo casa el patronazgo de figuras católicas en el ejército, con el principio de aconfesionalidad del Estado, debemos recordar qué conlleva dicho principio. Lo que nos interesa para el caso, es que la laicidad garantiza que no se dé, bajo ningún concepto, la confusión entre las funciones religiosas y las funciones estatales¹⁰⁷. Significando ello que al Estado se le niega cualquier capacidad para ejercer funciones religiosas, como así por efecto reflejo, se niega la capacidad de las confesiones de asumir responsabilidades estatales¹⁰⁸.

Bajo esa primera consideración debemos reflexionar si el patronazgo del Cristo de Mena en la Legión, conlleva que ésta se signifique por la confesión católica, y actúe conforme a sus postulados. Si fuere así, deberíamos alertar que ese patronazgo implica una elección de fe por parte de la Legión, y que ello sería frontalmente incompatible con el principio de laicidad. O por lo contrario, no existe conflicto con

¹⁰⁵ González-Varas Ibáñez, A. *Simbología religiosa personal e institucional en el entorno militar*, en Fuerzas Armadas y factor religiosa, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 271.

¹⁰⁶ Creemos que es muy significativo el caso de la bandera asturiana. La presencia de la Cruz de la Victoria, se debe a un hecho histórico en la leyenda del rey astur Don Pelayo, cuya victoria en la batalla de Covadonga (722), se ha relatado en el imaginario nacional como el empezar de la reconquista, teniendo ello un alto significado religioso en la época, e histórico y cultural en la nuestra. Ello lleva que actualmente haya la presencia del símbolo católico en la bandera, careciendo ya ella de un sentido religioso, para tener un sentido identitario e histórico en la actualidad.

¹⁰⁷ STC 34/2011, de 3 de junio de 2011, FJ nº 3.

¹⁰⁸ STC 340/1993, de 3 de junio de 1993, FJ nº 4.

el principio de aconfesionalidad, pues el patronazgo es meramente simbólico, fruto de una tradición religiosa del ejército, adquirida en tiempos pasados.

En este sentido, vemos como el Tribunal Constitucional, identifica que los símbolos religiosos que han perdurado en nuestro tiempo tienen una “carga histórica de una comunidad, que muestran una faz integradora que mantiene la conciencia comunitaria”¹⁰⁹, y que eso se ha traducido en que los símbolos históricos tengan un calado religioso. Y que a pesar de esa faceta religiosa, han devenido con el paso del tiempo en un elemento de la integración política del país, pues “cuando una religión es mayoritaria en una sociedad, sus símbolos comparten la historia política cultural de esa religión”¹¹⁰. Entonces siguiendo la lógica anterior, podemos entender que el alto tribunal refiere que un símbolo, y más uno institucional, es espejo de todo el pasado histórico de la comunidad que representa ese símbolo, y que por su trascendencia histórica no cabe vulneración del principio de neutralidad, pues la importancia de lo cultural-histórico se impone a la cuestión de neutralidad. Más si cabe, si la ostentación de ese símbolo religioso no deviene en una significación del Estado con la confesión religiosa.

De la compatibilidad de los patronazgos con la aconfesionalidad, bajo ese razonamiento de trascendencia histórica cultural, añadiríamos, desde una contribución personal, que la viabilidad de la perduración de los patronazgos, debe conservarse en cuanto que se consolidaron con motivo de unos acontecimientos históricos, de los cuales el Estado contemporáneo es heredero incondicional. Es decir, el Estado actual ha recibido el patronazgo de etapas pasadas, y no ha tomado una decisión en la integración de los patronos o el ser hermano de una cofradía.

El hecho de que existan patronos religiosos sobre los cuerpos militares, se debe a que se realizaron en un marco histórico constitucional o político distinto al actual, donde los principios constitucionales o morales del momento se diferenciaban radicalmente de los actuales, esencialmente en la cuestión de confesionalidad. Pero no por ello el Estado actual debe de erradicarlos o ignorarlos, a tenor de un entendimiento más fundamentalista de la aconfesionalidad, tendente al laicismo. Éste debe optar por su respeto y mantenimiento, en cuanto que forman parte de una herencia cultural innegable.

De todas formas, existe otro criterio jurisprudencial, respecto de la viabilidad de los patronazgos, que debemos señalar. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/2004, de 2 de junio de 2004, se resuelve un recurso de amparo interpuesto por un Subinspector de la Policía Nacional de Sevilla. En él se solicita la declaración de nulidad del vínculo que une al Cuerpo Nacional de Policía como Hermano Mayor con la Hermandad de Nuestro Padre Jesús El Rico de Málaga, por vulneración del art. 16.3 de la Constitución. Respecto a ello, el Tribunal resuelve de forma muy escueta, en el fundamento jurídico

¹⁰⁹ STC 94/1985, de 29 de julio de 1985, FJ nº 7.

¹¹⁰ STC 34/2011, de 3 de junio de 2011, FJ nº4.

quinto. En éste se niega la posibilidad de declarar nulo el vínculo de hermandad, en cuanto que tal declaración de hermandad se encuentra en los estatutos de la Cofradía, y nace de su voluntad, entendiéndose que es ajena a la intención del poder público. De todas formas, deja la cuestión abierta, admitiendo la posible impugnación del eventual acto administrativo que acepte la hermandad.

De la incertidumbre, que creemos que acarrea el breve análisis jurisprudencial de la cuestión, entendemos que al hacer referencia a la voluntad de la Cofradía, y alejarla de la del Estado, está haciendo un ejercicio de respeto a la libertad religiosa del colectivo religioso que es la Cofradía. En cuanto que no se entromete en la libertad que tiene de nombrar a un cuerpo policial como hermano cofrade. Y respecto de la posibilidad que da de impugnar la eventual aceptación de la administración, podríamos anotar, sin más voluntad de trascender, que se podría entender como un ejercicio de cooperación con la cofradía, en cuánto que respeta la voluntad de ésta, y contribuye con la aceptación a la consolidación de las relaciones entre ambos sujetos. No pudiendo, eso sí, comportar la aceptación una convergencia en el credo católico de la cofradía.

Entonces, para un mayor entendimiento final, trasladamos la argumentación anterior al caso del Cristo de Mena que estamos tratando. El patronazgo del Cristo de la Buena Muerte sobre la Legión data de la misma época que la creación del mismo cuerpo castrense en la década de los años 20. Ello conlleva, que forma parte de un hecho histórico, extemporáneo a la Carta Magna actual, y que fue constituido en un momento donde no operaban los mismos principios informadores del Derecho Eclesiástico del Estado. Por lo tanto, debe tolerarse y aceptarse el patronazgo en cuanto que forma parte de la identidad, cultura e historia de los sujetos implicados. Es decir, deben respetarse el elemento identitario y cultural que representa, para la propia Legión, la Cofradía, e incluso la misma ciudad de Málaga. Es decir, su trascendencia ya no religiosa, sino cultural, es de tales magnitudes que no cabe censura, con la justificación de salvar la aconfesionalidad. Y ello, junto al hecho que el patronazgo no condiciona a la Legión, y que en sus quehaceres no converge con los dictados de la confesión católica, ni permite que la Cofradía intervenga en la estructura y funcionamiento del cuerpo militar¹¹¹. Si esto ocurriera, sí que el patronazgo quebrantaría la aconfesionalidad del Estado, pues la Legión actuaría como sujeto de fe, prerrogativa que indiscutiblemente no tiene, y además por efecto espejo de la aconfesionalidad, tampoco la cofradía puede, conforme a ella, intervenir en lo no religioso, es decir, en la Legión como Estado. Con ello queremos remarcar que el patronazgo en sí mismo no lesiona la aconfesionalidad, pero sí podría hacerlo, si el Estado a tenor de éste tuviera actitudes confesionales, las cuales sólo puede hacer un sujeto de fe. Un ejemplo, podría ser que a raíz del patronazgo todos los

¹¹¹ En este sentido vemos como el TC avala el patronazgo de figuras religiosas, siempre y cuando no acarree una convergencia con las creencias de la confesión. En la STC 34/2011, donde se discutía el patronazgo de la Inmaculada del Colegio de Abogados de Sevilla, el Tribunal toleró que siguiera así, pues no apreció que tuviese por finalidad la adscripción del Colegio a la Iglesia Católica, sino que entendió que se debía a motivos identitarios e históricos.

legionarios, tuvieran que mostrar devoción por el Cristo de la Buena Muerte, o prestar juramento por él al tomar el cargo de legionario. Ello sería indiscutiblemente controvertido con el principio de aconfesionalidad, además de atentar a la libertad religiosa de los militares.

En definitiva, podemos llegar a la conclusión que la ostentación de patronazgos de figuras religiosas en los ejércitos, y en el conjunto del Estado, no infringe la laicidad que propugna el art. 16.3 de la Constitución. Primero porque se trata de símbolos culturales e históricos, que trascienden de su contenido religioso; y además es viable, si el patronazgo respeta la división entre los asuntos de Iglesia (que corresponden a las Cofradías) y los asuntos políticos (que corresponden al Estado). La cuestión, se centra mucho más en el mantenimiento del patronazgo y la actitud del Estado respecto a él, que la constitución o formalidad del patronazgo en sí.

5.2 La participación de los militares en procesiones de Semana Santa

Diario EL MUNDO de 24 de marzo del 2016, titulada: Espectacular traslado del Cristo de la Buena Muerte por La Legión:

A las 10:30 am ha cruzado la pasarela del buque Contramaestre Casado el primer legionario de todo el destacamento, Tercio Duque de Alba II de Ceuta, que participará este jueves en la procesión del Cristo de la Buena Muerte en Málaga. Las fuerzas legionarias, unos doscientos efectivos, han realizado esta maniobra de desembarco a los sones de cornetas largas y tambores hondos (...)»¹¹².

En esta instantánea se nos narra por parte del rotativo El Mundo, como un gran número de Legionarios desembarcan en la capital de la provincia costasoleña, por tal de contribuir a los diversos actos entorno a la Cofradía de Mena, y sobre todo en el traslado del Cristo de la Buena Muertes. Precisamente, este acto, tiene razón de ser, en el hecho que el Cristo de la cofradía es patrón de la Legión. Si bien hemos visto que es compatible el patronazgo, con la aconfesionalidad estatal, ya hemos dicho en el apartado anterior, que esta compatibilidad decae en el momento que a razón precisamente del patronazgo, el Estado adopta medidas que puedan lesionar su deber de actuación conforme a la laicidad, cooperación (por excesiva), igualdad o libertad religiosa.

Con ello queremos decir, que debemos evaluar si el hecho de que la Legión ponga los medios, para que la cofradía pueda acometer sus actos de culto, acarrea alguna lesión en la libertad religiosa de sus miembros, es decir de los legionarios. Pues de seguro que en el cuerpo legionario, no todos los integrantes tengan adscripción católica y, por tanto, conforme a su derecho de libertad religiosa no quieran asistir a los actos. O al ser católicos, el Estado contribuya a la realización de su derecho de libertad religiosa en su condición de militar, dando efectividad a su asistencia.

¹¹² Pastor, A. (2016, 24 de marzo). Espectacular traslado del Cristo de la Buena Muerte por La Legión. *El Mundo*. Recuperado de: <https://bit.ly/2AFV5NY> (13 setiembre 2018).

Para ello detendremos nuestro análisis, en ese primer legionario que cruza la pasarela, al desembarcar en el puerto de Málaga. Concretamente entorno a la libertad religiosa de éste y, con él, la situación de los doscientos legionarios que le acompañan. Con ello venimos a decir que es partícipe de un acto eminentemente religioso como es el traslado y la procesión del Cristo de la Buena Muerte. Nuestra cuestión aquí es, si acude al acto en el desarrollo de su libertad religiosa, en cuanto que profesa la religión católica, y tiene un sentir con los actos que se van a realizar, o por lo contrario, acude bajo las órdenes de sus superiores y en el cumplimiento de su deber de obediencia y disciplina como miembros de las Fuerzas Armadas. Como hemos visto, son precisamente esos deber de obediencia y disciplina, límites a la libertad religiosa del militar.

Para acometer tal tarea, empezaremos por la participación del militar en el acto, como una garantía de su derecho a asistir, en el desarrollo de su libertad religiosa. Y en el sentido contrario, analizaremos el derecho a no asistir, amparándose en la misma libertad religiosa, y que seguramente nos llevará al ejercicio de la objeción de conciencia.

4.2.1 Derecho del militar a asistir a los actos procesionales

La participación del legionario, así como de todo militar, a un acto de Semana Santa, puede ser perfectamente realizable en cuanto a que constituye efectivo ejercicio de su derecho de libertad religiosa. Para ello debemos recordar el desarrollo del derecho del art. 16 en el estatuto del militar. Así, la participación de los militares en actos religiosos es consecuencia de su libertad religiosa, y como desarrollo de ésta no se puede obstaculizar, en cuanto que es el principio que inflige a los Poderes Públicos un deber de respetar, no intervenir, no restringir y garantizar el derecho en sus más amplias representaciones. De forma que podemos concluir que la participación del legionario, y de todo militar, no contraría los principios informadores del Derecho eclesiástico del Estado, puesto que observaríamos que esa participación se hace precisamente al socaire de aquellos.

Trasladándonos a nuestro supuesto, si el legionario o cualquier militar, quisiera acudir a un acto religioso, por ejemplo de Semana Santa, no encontramos en el régimen castrense ninguna limitación que pudiera vetarle esta participación. Esto es así, pues no hallamos ningún motivo de orden público, ni de disciplina ni de seguridad, por el cual pudiera el Estado, en concreto la Administración Militar, prohibir la participación del legionario en los actos de Semana Santa, aún haciéndolo en su condición de militar, puesto que la amplitud de manifestación del derecho de libertad religiosa que admite y apoya nuestro ordenamiento jurídico, lo hace perfectamente compatible.

Con ello, y encauzando la extensión de ejercicio permitido de cualquier derecho constitucional, encontrando sus limitaciones únicamente en las leyes o en otros derechos constitucionales, cabe recordar que si al militar se le atribuye la titularidad activa del derecho de libertad religiosa en el

ámbito militar, ello supone que como reflejo a esa titularidad activa se traslade a los Poderes Públicos, precisamente, la titularidad pasiva. Y ello mediante imperativo constitucional del artículo 53.1, el cual establece que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”.

Por tanto, el permitir por parte de la Administración Militar la participación del legionario en el traslado del Cristo de la Buena Muerte, si es deseo de éste, estaría de acuerdo con la configuración positiva de la libertad religiosa, que perfila el art. 2.3 LOLR¹¹³, es decir, facilitar a los titulares el acceso a las condiciones necesarias que permitan hacer efectivo el derecho de libertad religiosa de manera plena.

Por otra parte, se debe respetar y garantizar la participación, desde una perspectiva mucho más antropológica. Es natural que el militar quiera asistir a las ceremonias religiosas en su condición, y portando el atuendo castrense, pues la actividad militar plantea a la persona un seguido de inquietudes vitales, las cuales, si cuenta el militar con sentimientos religiosos, las apacigüe y gestione por medio de su credo. Con ello queremos decir, que es de esperar que el militar viva la profesión castrense en convergencia con su vida espiritual. Y en el caso de los católicos, quizás es de suma importancia presentarse ante su confesión, y contribuir a ella, y honrar a las figuras católicas, como militar.

En definitiva, la participación de cualquier miembro de las Fuerzas Armadas en un acto de Semana Santa, en la conjetura anterior, se supone compatible por resultar una clara manifestación exterior del derecho de libertad religiosa del militar.

4.2.2 Derecho del militar a no asistir a los actos procesionales

Ya hemos entendido que es viable la participación del Legionario en el acto de Semana Santa, y la hemos asegurado mediante su libertad religiosa. Pero y ¿si planteamos la escena desde la posición contraria?, es decir, que el Legionario que cruza la pasarela, acude al acto obligado, pues tiene que cumplir con su deber a la disciplina y deber de cumplir órdenes. ¿Sería esa conjetura compatible con los principios inspiradores del derecho eclesiástico, u observamos en ello, precisamente, una situación de atropello a los mismos? De ser así, entenderíamos que la posibilidad de participación de las Fuerzas Armadas, giraría entorno a la voluntariedad de los militares, y sin existir ella, decaería toda viabilidad con nuestro Ordenamiento Jurídico, pues se obligaría a militares a acudir a un acto religioso.

Si una cosa tenemos clara, debido al estudio teórico previo a estas líneas, es que, esa capacidad de negarse a participar de los actos procesionales, se articularía mediante la figura de la objeción de

¹¹³ Contreras Mazarío, JM^a. *El ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito de las Fuerzas Armadas*, Observatorio del Pluralismo Religioso en España, Madrid, 2015, pág. 17.

consciencia. Pues es esta, la que permite a un sujeto a abstenerse de participar o hacer actos contrarios a sus convicciones y consideraciones morales, en este caso, religiosas¹¹⁴.

Por suerte, en este asunto, encontramos varios casos en la jurisprudencia, que tratan la negación a participar en actos religiosos, cuando intervenía una unidad militar. Estudiaremos distintos casos, y de sus directrices jurisprudenciales daremos buena cuenta, para aplicarlas a nuestro planteamiento.

*Sentencia Tribunal Constitucional del 2 de junio del 2004*¹¹⁵

El supuesto de hecho de la Sentencia, centra la casuística en la solicitud de un Policía Nacional a sus órganos superiores. En esta solicita, que siendo él conocedor que año tras año se organizaba una comisión de servicio para acompañar a una Hermandad durante una estación de penitencia, se le dispensara de acudir, por considerar que, de obligarle a estar presente, se lesionaría su derecho a la libertad religiosa, reconocido en el art. 16.1 CE. La solicitud fue resuelta recordando que el Cuerpo Nacional de Policía es Hermano Mayor de la Hermandad, y todos los años una unidad de la Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana participa en el desfile procesional, a fin de garantizar el normal desarrollo del acto. Asimismo, se consideraba que la presencia de dicha unidad en el desfile profesional ha de considerarse como un acto de servicio, y no como una asistencia a un culto religioso, y que los sentimientos religiosos no pueden aducirse en el ámbito laboral a la hora de prestar un servicio, cuya actividad no es ejecutar actos propios de una determinada confesión, sino velar por el orden y seguridad del desarrollo del acto. En consecuencia, no se le otorgó la excusa de asistencia, y tras ello el Policía Nacional acudió forzado a la procesión.

El Tribunal Constitucional resuelve la cuestión desde el planteamiento de la configuración y alcance del derecho subjetivo de libertad religiosa del art. 16 CE. En ello, nos recuerda la doble dimensión de este derecho, una interna y otra externa¹¹⁶. Identifica el caso como un asunto que pertenece en la esfera externa del derecho de libertad religiosa. Concretamente afirma que la externalización, como fenómeno que materializa la salida del claustro interno de la libertad religiosa del sujeto en la convivencia en sociedad, es donde opera el deber de *agere licere* que recae sobre el Estado y que faculta a los ciudadanos a actuar en todos los ámbitos con arreglo a sus propias convicciones¹¹⁷.

¹¹⁴ STC 145/2015, 25 de junio de 2015, la cual reza “La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

¹¹⁵ STC 101/2004 , 2 de junio de 2004.

¹¹⁶ STC 177/1996, de 11 de noviembre de 1996, FJ nº 9.

¹¹⁷ STC 19/1985, de 13 de febrero de 1985, FJ nº 2; STC 120/1990, de 27 de junio de 1990, FJ nº 10, y STC 137/1990, de 19 de julio de 1990, FJ nº 8.

Contando así el Policía Nacional, y todo ciudadano con un terreno de plena inmunidad de coacción del Estado, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso.

Una vez el Tribunal repasa los criterios jurisprudenciales en el respeto del espacio externo de la libertad religiosa, identifica que obligar al policía a acudir al acto religioso, en el cual se negó a participar, supone por parte de sus órganos superiores una falta al deber de crear un campo de no coacción a la libertad religiosa. Al obligarle, se fuerza a que acuda al acto en contra de sus creencias y convicciones.

A esta definitiva afirmación jurisprudencial, con la cual el Constitucional podría solventar el asunto, añade una segunda cuestión, en la cual reflexiona sobre la eventualidad de que esa obligación de participar, a pesar de objetar, hubiera tenido cabida constitucional. En ese sentido afirma que el Policía podía verse obligado a la participación si el servicio que prestara el cuerpo policial fuera eminentemente policial, sin rasgos religiosos algunos, y que se tratara de asegurar el orden público en un acto de asistencia masiva de ciudadanos como es la procesión que nos ocupa. Pero el Tribunal niega tal posibilidad en el caso concreto por ser el Cuerpo Hermano Mayor y por no ser un servicio policial ordinario que tenga por objeto cuidar de la seguridad del desfile procesional. Sino que se trata, más bien, de un servicio especial cuyo principal finalidad no es garantizar el orden público, sino contribuir a realzar la solemnidad de un acto religioso de la confesión católica¹¹⁸.

Esta segunda reflexión es realmente sustanciosa para nuestro estudio, pues en ella podemos observar cómo se plantea la posibilidad, que el derecho de libertad religiosa que alega el recurrente, fuera limitado por dos de los límites que ya conocemos: el de orden público y disciplina; y no pudiera prevalecer la garantía del derecho por encontrar un supuesto válido y proporcionado de prevalencia del límite. Esto es así, pues se da a entender que el recurso no hubiera prosperado si el policía hubiese alegado el art. 16 CE, en una situación donde la unidad acudiera a la procesión a meros objetivos de salvaguardar el orden público (causa limitante del derecho), con lo cual bajo el principio limitante también de disciplina, debería haber cumplido con el servicio exclusivamente policial, que por ser exclusivamente de esa índole y no religioso no pudiera encontrar una excusa por motivos de libertad de conciencia o religiosa.

¹¹⁸ Para ello el mismo Tribunal se fija en los quehaceres que ejecuta la unidad en el acto. Afirma que se trata de un servicio que contribuye a realzar la solemnidad del acto religioso, pues asiste en unidades de caballería, uniformes de gala y armas inusuales como sables o lanzas. FJ nº4.

*Sentencia Tribunal Supremo, Sala Quinta de lo Militar de 12 de junio de 2012*¹¹⁹

Enlazando con la cuestión de la obligación de asistencia a un acto religioso, por único cumplimiento de funciones militares o policiales, traemos a colación esta resolución. En ella no se contempla la objeción de conciencia cuando el acto de servicio tiene como motivo la rendición de honras fúnebres, cuando el ceremonial tiene incidencias religiosas. Aquí, el Tribunal Supremo razonó que la rendición de honores es un acto puramente militar, que se encuentra en el Reglamento de Honores militares¹²⁰. Y que cuando el militar participa en uno, lo hace en contribución de las funciones castrenses, y la salvedad que se den en él ceremonias religiosas es por deseo del fallecido y su familia, y eso no causa una perturbación a la libertad religiosa del militar. Y si fuera así, esta puede limitarse por motivos de disciplina, pues en ella se asegura el cumplimiento del deber castrense de otorga honores fúnebres.

Nos parece curiosa esta resolución, por cómo aplica el efecto limitador de la disciplina limitar, y por cómo el Tribunal pone de telón de fondo el derecho de libertad religiosa del fallecido y los familiares, al hacer mención de ellos. Con ello queremos decir, que la objeción de conciencia en estos casos no opera, primero y esencialmente porque se cumple con un deber únicamente militar y no incorpora directamente al militar en funciones religiosas, y segundo, porque creemos que también prevalece la libertad religiosa del fallecido y los familiares. Y eso es realmente relevante para nuestro supuesto, pues cuando un militar acuda a un acto de Semana Santa exclusivamente para garantizar el orden público, deberá acudir pues sólo cumple con una acción propia de sus funciones, no teniendo papel en el acto religioso. Y, además, se pondría como telón de fondo, en este caso, el hecho de que se garantiza la libertad religiosa de la cofradía y de los fieles que concurren a los actos.

*Sentencia Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1996*¹²¹

En esta se resuelve sobre un recurso de amparo, presentado por un sargento al cual sancionaron por su negativa a formar parte de los actos que homenajeaban a la Virgen de los Desamparados, con motivo de la celebración del quinto centenario de su advocación. El recurrente solicitaba al Alto Tribunal que considerara que el abandono de su puesto en la formación militar era válido y no merecía sanción, por ser ejercicio legítimo de su derecho de libertad religiosa. Concretamente el militar participó del acto en un principio, y se retiró en los momentos, donde se acometían actos religiosos, reincorporándose una vez finalizaron. En su suplico, se razonaba que se vio obligado a ausentarse en los momentos religiosos, pues a pesar de solicitar no asistir, se le denegó esa posibilidad.

¹¹⁹ STS 312/2010, de 11 de noviembre de 2010.

¹²⁰ Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares, BOE núm. 125, 44835 a 44850 (2010).

¹²¹ STC 177/1996, de 11 de noviembre de 1996.

En este proceso, la Administración Militar competente, que trató los hechos, alegaba que era deber del militar no negarse a participar en los actos, pues eran actos eminentemente militares. Ante ello el Tribunal evaluó la naturaleza de dichos actos, sometiendo en tela de juicio si tenían contenido religioso, como sostenía la recurrente, o si, por el contrario, a pesar de haber connotaciones religiosas, las actividades eran puramente militares. De ello se entendió que la actividad que acontecía en la celebración del quinto centenario, eran actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una celebración religiosa. Ante este razonamiento, entendió que, a pesar de ser un acto institucional de las Fuerzas Armadas, su contenido religioso era de tales magnitudes, que no se podía sancionar la actitud del militar, y se debía haber atendido a su solicitud. En definitiva, se debió respetar en sus mas amplias expresiones el derecho de libertad religiosa, y en el caso, comportaba el permitir al militar, como ciudadano, decidir si acude a un acto religioso o no, conforme a su conciencia¹²².

Aplicación de los criterios jurisprudenciales

Si trasladamos los criterios jurisprudenciales vistos al supuesto del Legionario que toma parte de los actos de la Cofradía, podemos concluir que la Administración Militar tiene que velar para que en la formación del pelotón que asiste a los actos litúrgicos, se incluyan a todas aquellas personas que se ofrezcan voluntarias, pues así se garantiza el respeto a la libertad religiosa de todos los militares. De no ser así y si fuera nombrado aleatoriamente, el Legionario designado tiene el derecho a negarse a participar en los actos, y ello lo creemos en base a las siguientes razones.

Primero, **porque se trata de actos eminentemente religiosos**, donde la participación en lo litúrgico es efectivamente religiosa¹²³, y como tales, no puede obligarse al militar a participar de ellos, pues eso es absolutamente restrictivo del derecho de libertad religiosa. Afirmamos que los actos que realizan los militares en la procesión, son absolutamente religiosos, de la misma forma que lo hace la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/2004. En ésta, el Tribunal destaca que la unidad policial está en los actos para sumar en la solemnidad del acto. En nuestro caso vemos como los Legionarios portan la talla de Jesucristo con gran solemnidad y sentir, causando ello una confluencia realmente íntima con la liturgia religiosa.

Esto nos lleva a recordar, que si por el contrario la Legión, y por tanto cualquier unidad militar, no respondiera a la situación anterior de carácter religioso, y se hallara en el acto cumpliendo funciones eminentemente militares, no cabría la objeción de conciencia del militar. Por razones de orden público y disciplina militar debería cumplir con sus deberes profesionales. Esto lo ejemplifica con soltura la

¹²² STC 177/1996, de 11 de noviembre de 1996.

¹²³ STS 12 de junio de 2012, FJ nº 10, en esta parte es donde el Tribunal dirime la oportunidad de objeción de conciencia cuando la unidad militar forma parte integradora de la liturgia, y no está en la escena en cumplimiento de deberes militares de salvaguarda de la seguridad y orden público.

Sentencia que hemos tratado del Tribunal Supremo, donde en el rendir honores fúnebres, a pesar de los actos religiosos que acontecen, el militar cumple con funciones propias de su condición, y no tiene esa intimación con el acto religioso, que sí tienen los Legionarios en el caso que tratamos.

En conclusión, si el militar participa del acto religioso, indentificándose con él, por ejemplo, portando un paso procesional, entonando canciones católicas, etc, sí cabe objeción de conciencia a negarse a participar, y se debe velar por la voluntariedad del acto. Pero si por el contrario se halla en la ceremonia, ajena a esta, y solamente cumple funciones de vigilancia, y garantía del orden público, la objeción de conciencia queda diluida por razones de orden público y disciplina.

Finalmente quisiéramos terminar la cuestión que nos atañe, interiorizando la idea que la participación siempre tiene que ser expresión de manifestación de la libertad religiosa del militar como ciudadano que tiene garantizado su ejercicio en sus más amplias expresiones. Y que ello se traduce, en que sólo habrá efectivo ejercicio de libertad religiosa, si se garantiza que la participación sea voluntaria. Entonces, sería bueno que la Administración Castrense elaborara las listas de los pelotones que asisten a las procesiones, abriendo un turno para que se prestaran voluntarios, pues así se daría el escenario perfecto y seguro de voluntariedad. Y de no resultar suficientes los voluntarios, elaborar listas aleatorias, pero siempre permitiendo los plazos y herramientas, para objetar a la asistencia al acto.

Si la participación se da en esos términos, podremos contar con la satisfacción de que las relaciones Ejército Iglesia ya no permanecen como vestigios de épocas confesionales, sino que esa participación es, a día de hoy, fomento y garantía del derecho fundamental de libertad religiosa de militares y fieles, siendo esto mucho más acorde con nuestros principios constitucionales¹²⁴.

5.3 Representación institucional en actos de Semana Santa

Diario EL MUNDO de 24 de marzo del 2016, titulada: Espectacular traslado del Cristo de la Buena Muerte por La Legión¹²⁵:

Allí, (...), les esperaba la Ministra de Defensa, (...), quien presidió el acto, secundada por sus homólogos Juan Ignacio Zoido (Interior), Rafael Catalá (Justicia) e Íñigo Méndez de Vigo (Educación, Cultura y Deporte), (...). Nunca hubo, de hecho, tanta representación gubernamental

¹²⁴ Iban Pérez, IC, Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, con el título *Las Fuerzas Armadas y la libertad religiosa*, el día 7 de marzo de 1984. Cuadernos de la Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1984. En esta conferencia coincidimos con el autor, en el hecho que las relaciones de las Fuerzas Armadas con lo religioso deben abandonar prácticas confesionales, para ser adaptadas y que se den en términos de libertad religiosa.

¹²⁵ Pastor, A. (2016, 24 de marzo). Espectacular traslado del Cristo de la Buena Muerte por La Legión. *El Mundo*. Recuperado de: <https://bit.ly/2AFV5NY> (13 setiembre 2018).

en este evento. El alcalde, Francisco de la Torre; el presidente de la Diputación de Málaga, (...); el comisario europeo de Acción por el Clima y Energía, (...); la ex ministra socialista, Cristina Garmendia; el presidente del PP andaluz

En este recorte de prensa, observamos cómo la procesión del Cristo de la Buena Muerte del año 2016, contó con la presencia de múltiples autoridades. Es frecuente que acudan a actos religiosos, y es en Semana Santa donde proliferan las ceremonias religiosas por todo nuestro país y, con ellas, nos percatamos de la numerosa asistencia de los representantes públicos a las procesiones. Pero no es la Semana Santa el único caso, en que esto ocurre. En ese sentido, estamos acostumbrados a observar cómo los alcaldes de las poblaciones acuden a la misa en honor al patrón/a de la ciudad o a funerales de autoridades o personajes relevantes de la vida pública. Quizás estos dos últimos ejemplos no suscitan tanta controversia como el que estudiamos.

Es una realidad, que esa asistencia, se critica desde varios sectores de la sociedad. Estos recriminan la asistencia a los eventos religiosos de las autoridades, afirmando, que los representantes públicos ya tienen la oportunidad de ejercer sus derechos civiles fuera del cargo público, y que ejercitar la libertad religiosa revestidos del cargo, viene a contrariar el principio de aconfesionalidad, pues como Estado se deben a la neutralidad. Denuncian así mismo, que la presencia institucional en el acto acarrea una confusión innecesaria entre las funciones religiosas y políticas.

Advertimos, que este debate se ha mantenido en el terreno de lo político, no trascendiendo a sectores jurídicos. Es por ello, que carecemos de literatura jurídica que aborde con exhaustividad, y soporte legal o jurisprudencial, esta controversia. Entonces admitimos que este apartado tomará un cariz mucho más reflexivo y personal entorno a esta cuestión, pudiendo así ser pobre en referencias bibliográficas o jurisprudenciales. Una vez puesto de relieve esto, prosigamos con nuestro propósito.

Es cierto que los Poderes Públicos deben mantener su neutralidad ante las diferentes confesiones religiosas, por tanto, lo que discutimos aquí es sí esta neutralidad obliga a la prohibición de que lo representantes acudan a título institucional a las manifestaciones religiosas. Respecto a esto no debemos olvidar que el mismo precepto 16 de la Constitución, inflige en los Poderes Públicos el deber de considerar las creencias de la sociedad española, y conforme a ello garantizar y fomentar la libertad religiosa. Esa voluntad del constituyente ya nos vaticina la posible compatibilidad de la asistencia con la aconfesionalidad.

Conforme a ello, la presencia de la autoridad pública en un acto religioso puede tener voluntad de reconocimiento de la importancia del acto para la vida civil y cultural de la comunidad. Ello es así, pues el factor religioso es considerado un elemento vertebrador y enriquecedor de la sociedad. Este elemento de reconocimiento de las bondades del factor religioso, forma parte de la construcción del

concepto de laicidad positiva que ha elaborado el Tribunal Constitucional¹²⁶. Es decir, precisamente, la laicidad positiva, busca la garantía de la libertad religiosa de los ciudadanos, y con ella, la presencia del factor religioso en la comunidad civil.

Con ello queremos decir, que ante aquellas voces que se alzan en contra de la asistencia de los representantes públicos en los actos religiosos, por falta a la laicidad, podríamos discrepar con ellas, y afirmar que precisamente se acude al acto en aras de garantizar un correcto escenario, conforme a la laicidad positiva. Pues el sentido positivo de la aconfesionalidad reconoce que lo religioso forme parte de la vida pública, y no puede ser marginado por los Poderes Públicos. En ese sentido, creemos que las autoridades que acuden a los actos, lo hacen en reconocimiento de la importancia del acto, y lo realizan además, en su deber de incentivar el factor religioso, pues en ello se da promoción al libre ejercicio del derecho fundamental.

Para una mayor comprensión, creemos que la presencia de las autoridades se realiza para dar mayor notoriedad a la procesión; y al dar notoriedad y trascendencia pública, se está haciendo un ejercicio de fomento e incentivo del factor religioso. Siendo esta una obligación con sustrato constitucional. Concretamente el que se halla en el artículo 9.2 de la Constitución, y que ya hemos recordado en este trabajo varias veces, concretamente “en facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural y social”. Es decir, la asistencia de los representantes, permite una repercusión de las procesiones en los medios y redes sociales, y a su vez, tiene como consecuencia el fomento de la participación de los ciudadanos a estos actos, pues devienen notorios e incentivan así que se sumen los ciudadanos a ellos.

Además, con la asistencia se promueve otro bien jurídico, a parte de la promoción del derecho fundamental de libertad religiosa. Este bien jurídico a promover es la cultura. Debemos de ser conscientes que en los tiempos actuales, los actos de Semana Santa, adquieren cada vez más un cariz mucho más cultural, y es percibido para el ciudadano como parte del folklore e identidad de nuestro país. Es decir, el carácter cultural de una procesión es indiscutible, pues las “ceremonias sacramentales, la iconografía religiosa, la música son formas de creación, comunicación y conservación cultural de inestimable valor”¹²⁷. Ante ello, la asistencia de las autoridades a una procesión, puede entenderse también como un reconocimiento e incentivo del acto cultural, y que lo efectúa también por mandato constitucional, pues el artículo 44 de la Constitución, prevé la promoción y tutela del acceso de los ciudadanos a la cultura. En ese sentido, se promueve el acceso de los ciudadanos a un acto que siendo religioso, también es cultural.

¹²⁶ STC 46/2001, de 15 de febrero de 2001, FJ n° 4.

¹²⁷ González Moreno, B. *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pág. 257.

Además de nuestro razonamiento, sobre la validez de la asistencia de los representantes, y recordando que la contemplamos como deseable, quisiéramos advertir que apoyar la prohibición a que asistan, quizás sería controvertido con la laicidad positiva. En ese sentido, es innegable que los Poderes Públicos deben permanecer neutros ante las distintas opciones religiosas, pero como muy bien advierte OLLERO, ese deber de neutralidad no puede transformarse en una voluntad neutralizadora¹²⁸. El efecto neutralizador, nace de un entendimiento de aconfesionalidad por laicismo, el cual busca como objetivo político que todo el espacio público, y la vida pública, termine por ser toda ella neutral. Esto es radicalmente opuesto a nuestra conjetura, pues se debe garantizar la práctica religiosa y la persistencia del factor religioso en la sociedad. Y pretender neutralizarlo todo, deviene en sí mismo, un hecho radicalmente lesionador de la libertad religiosa de los individuos y las confesiones en que se agrupan.

4.3.1 Buena práctica institucional cuando se asistencia al acto religioso

Finalizamos añadiendo este epígrafe, pues entendemos que aun siendo válida la participación de los representantes en las procesiones, creemos que no todo tiene cabida. Es decir, el Poder Público debe ser consciente del mensaje que emite, y tiene que ser consciente que la concurrencia de muchos representantes públicos al acto, se puede percibir desde la ciudadanía como una falta al deber de neutralidad. Con ello queremos decir, que quizás para el claustro interno de algunos ciudadanos, es importante constatar que sus representantes son neutros ante el factor religioso, y al atestiguar una intensa asistencia, puedan entender que se confunde lo religioso y lo institucional. Pues no todos los ciudadanos, como es de esperar, conocen todos los términos jurídicos por los cuales hemos abalado la asistencia al acto religioso.

Con ello queremos decir, que hay que ser consciente que la elevada asistencia pueda trasladar una imagen al ciudadano de atropello a la aconfesionalidad. Por ello, es importante que esta sea proporcionada, y tenga por objetivo dar notoriedad al acto, y no institucionalizar en demasía el acto. Para ello creemos que se debe considerar qué cargos acuden, con lo cual solo acudan aquellos indispensables, y no se dé un popurrí de autoridades de distinta índole, como ocurre en el recorte de prensa que empieza este epígrafe.

En este recorte leemos como asiste el comisario europeo de Acción por el Clima y Energía, el presidente del Partido Popular andaluz o una exministra. No creemos que estos representantes deban asistir al acto, y en su participación entendemos que se da un innecesario exceso. A modo de ejemplo, la exministra ya no es autoridad pública, o el comisario europeo, en sus funciones no encuentra relación con las materias del acto procesional. Sí vemos idónea la asistencia de la ministra de defensa -

¹²⁸ Ollero, A. *Un Estado Laico, La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 53.

por la participación de la Legión- o la del ministro de cultura - por ser la procesión un acto cultural-. Con todo esto queremos remarcar que deben asistir aquellos cargos más idóneos, y se debe buscar una concurrencia ajustada, sin pecar de excesivo por la concurrencia de demasiados representantes.

De otra forma, creemos que es importante, que se demuestre una actitud de cierta distancia con el acto religioso, es decir, que se contemple desde una tribuna o desde un emplazamiento, que no de intimación ni contribución innecesaria al acto religioso. Así como que la actitud de los representantes, sea lo más neutra posible, no dando a entender significación por lo que acontece en el acto, pues ello incide en que el ciudadano vea atentado a la aconfesionalidad. Aquí tenemos en consideración aquellos casos donde el representante llega a portar las vestimentas de la Hermandad o la Cofradía, o inclusive el trono o paso que porta la imagen. De hacerlo creemos que sólo tiene cabida si lo hace a título particular, nunca en el desarrollo de sus funciones institucionales, y por ello, debe tener cuidado en su actitud. Quizás debe ausentarse de hacer manifestaciones ante los medios, si acude como un feligrés más. Es importante entonces, que la asistencia no sea percibida por los asistentes como un acto de significación del Estado por la confesión Católica, y de ello debe ser consciente el Poder Público.

En otro sentido, si la asistencia de las autoridades se hace en aras de dar notoriedad al acto, sería bueno que nuestros representantes políticos, en su consideración de los sentimientos religiosos de la sociedad española¹²⁹, también asistieran a actos religiosos de otras confesiones. Y que lo hicieran con la voluntad de normalizar el pluralismo religioso que está ya presente en nuestro país. Pues si sólo se da una asistencia exclusiva a los actos católicos, quizás incrementa esa percepción de falta de aconfesionalidad de nuestras instituciones. Incluso asistiendo a actos de otras confesiones, se incentiva la tolerancia y aprecio a la multiculturalidad y pluralismo religioso.

En esta última aportación, tenemos presente el revuelo que causó la asistencia del alcalde de Cádiz, apodado “El Kichi” a un banquete para celebrar el Ramadán¹³⁰. Las opiniones que recogieron algunos medios de comunicación, denotaban que algunos ciudadanos sólo entendían como viable la asistencia de representantes públicos a actos católicos. En este sentido entendemos que si las autoridades empezaran a frecuentar actos distintos a los católicos, se normalizaría el pluralismo religioso. Y la ciudadanía, entendería la asistencia de los representantes a los actos religiosos, como entiende y comprende la asistencia a otros de otra índole, como la inauguración de una infraestructura o un acto deportivo, rebajando así el dilema de aconfesionalidad.

¹²⁹ Artículo 16.3 de la Constitución Española.

¹³⁰ Anónimo. (2016, 7 de junio). Kichi se postra ante el islam y las redes sociales estallan contra él. *Libertad Digital*. Recuperado de: <https://bit.ly/2CZmqMs> (13 diciembre 2018).

6. IZADO DE BANDERA A MEDIA ASTA

En la Semana Santa española es tradición que todos los cuarteles, unidades y dependencias militares, más sede del Ministerio de Defensa incluida, icen la bandera a media asta el Jueves Santo a las dos de la tarde, para restablecerla a izado completo el Domingo de Resurrección, a las doce y un minuto de la madrugada. Esta tradición secular de los ejércitos, es heredada de la gran trayectoria histórica de nuestros cuerpos armados, en la cual la religión siempre ha tomado un papel relevante. Ejemplo de ello es la reconquista de la Península, la expansión hacia América con una gran misión evangelizadora o la importancia de los Tercios de Flandes para salvaguardar el catolicismo en los territorios europeos de la dinastía de los Habsburgo.

La intención de posar la bandera a media asta es homenajear la muerte de Jesucristo, y celebrar su resurrección con la puesta en alto de la bandera en Domingo de Resurrección, o al menos esa era la intención antaño. Los gobiernos que se han sucedido, han cumplido con el ritual todos los años de nuestra democracia, con excepción de los años 2010 y 2011.

Todos los años se genera un revuelo entorno a esta práctica, de hecho ha llegado a ser objeto de debate parlamentario. Concretamente en 2016 un senador del Grupo Socialista, en sesión de control al Gobierno, formuló una pregunta a la entonces Ministra de Defensa, la popular M^a Dolores de Cospedal. Éste preguntaba qué razones motivaron la orden ministerial de izar la bandera en ese sentido. La Ministra argumentó que se trataba de una tradición castrense, que encontraba su razón en la cultura compartida por muchos españoles, y conforme a ello estaba homologado por los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional¹³¹.

De primeras, resulta llamativo que un Estado, el cual no se adjudica ninguna religión oficial, con motivo de una festividad religiosa, ponga de luto la enseña nacional por la muerte del mesías de la Fe cristiana. Es por ello, que creemos necesario someter este supuesto controvertido, a la luz de todo el contenido que se desprende ex constitutione de la libertad religiosa y, sobretodo, de la necesidad de neutralidad del Estado frente de las creencias religiosas de la sociedad.

Para abordar la problemática, haremos un repaso sobre cómo se regula la puesta en honores de la bandera nacional, con la intención de conocer si existe posibilidad legal de ostentar a media asta la bandera en estos términos. Junto a ello, revisaremos las principales directrices dogmáticas y jurisprudenciales en torno al uso de simbología religiosa por los poderes públicos. Lo trataremos como simbología religiosa, pues entendemos que poner la bandera a media asta, en honor a la crucifixión, la transforma en un símbolo religioso, pues al fin y al cabo, con esta práctica se ritualiza al símbolo

¹³¹ Sesión plenaria del Senado núm. 14, del martes 25 de abril de 2016, de la XII Legislatura. Recuperada de: <https://bit.ly/2Ce8ZXn> (12 diciembre 2018).

nacional más característico. Cosa, que sin pretender hacer un juicio ex ante, resulta al menos cuestionable.

6.1 Regulación de la Bandera a media asta

Para todos los países de nuestro entorno la bandera es el símbolo más significativo y representativo del Estado, y en ese sentido, es utilizada e izada a media asta para honrar la muerte de alguna personalidad relevante o escenificar el luto nacional. Conforme los estudiosos de la vexilología, este particularizado busca representar el duelo de una nación, en el cual no se iza del todo la bandera para dejar sitio a una bandera imaginaria que ondea por encima, la llamada bandera invisible de la muerte.

Dado su alto significado, se opta por regular el uso de la bandera en señal de duelo. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico se ocupa de ello el Reglamento de Honores Militares¹³², promocionado por la Ministra de Defensa Carmen Chacón, el cual actualizaba el primer reglamento democrático a tal efecto, del año 1984.

Desde el preámbulo del Real Decreto, se nos recuerda que los honores militares tienen como función rendir homenaje y manifestar respeto a la Bandera de España, al Rey y a determinadas personalidades, autoridades y mandos militares. Haciéndolo, siempre, en representación de la Nación y en nombre de los poderes del Estado. Dentro de estos honores militares, encontramos los honores fúnebres, como actos solemnes en conmemoración del fallecimiento de una personalidad relevante o con motivo de luto nacional. Dentro del reglamento se contempla el izado a media asta como acto que rinde honores fúnebres, y se prevé preceptivo cuando:

1. Se decrete luto nacional, en el cual permanece a media asta hasta la fecha en que finaliza el luto. También lo contempla para los lutos acordados por los Ejecutivos autonómicos o locales.
2. Cuando miembros de las Fuerzas Armadas fallecen en actos de servicio, que ondea a media asta “*durante dos días en las unidades de origen del o de los fallecidos*”. Se prevé que el Ministerio pueda hacer extensible la puesta de luto en las demás dependencias militares, a razón de la relevancia del suceso.
3. Por la muerte del Rey, miembros de la Familia Real e Infantes de España. Tras la noticia del fallecimiento oficial las unidades deben poner la bandera nacional a media asta, en el tiempo que se decrete por el Gobierno, en el Real Decreto que acuerde el luto nacional.

¹³² Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares, BOE núm. 125, 44835 a 44850 (2010).

Las ocasiones en las que la bandera puede honrar el fallecimiento de alguna personalidad, entendemos que está reservado a los militares fallecidos en acto de servicio y al Rey, Familia Real e Infantes de España. Para la posibilidad de rendir honores fúnebres en otros supuestos, se necesita del Real Decreto que establezca el correspondiente luto nacional. En ese sentido, podemos entender que no cabe, desde la regulación de la bandera, la puesta a media asta por la muerte de Jesucristo, pues sólo cabría si el Gobierno decretase luto nacional por la muerte de Jesucristo, con el correspondiente Real Decreto publicado en el BOE a tal efecto.

Creemos que es firmemente así, pues el Real Decreto de 2010, buscaba simplificar el de 1984¹³³, ya que, éste último preveía los honores en un sinfín de autoridades civiles y militares. Es decir, la lógica del Real Decreto de la Ministra Chacón, era regular las singularidades de la puesta a media asta de la banderas: por la muerte de militares en acto de servicio, el Rey, Familia Real e Infantes, y remitió las condiciones en que se pondría la bandera en señal de duelo, en el Real Decreto que decretara el luto de la Nación para otro caso en concreto.

Además, si analizamos los antecedentes históricos de los sucesivos Reglamentos que han regulado esta materia, nos damos cuenta que el Reglamento de 1984, venía a actualizar a las exigencias constitucionales el Reglamento de la Dictadura de 1963¹³⁴. El Reglamento preconstitucional regulaba los honores militares conforme los postulados de nacionalcatolicismo del régimen¹³⁵. Siendo estos conformes al modelo confesional, el legislador de 1984, reformó el Reglamento de honores al darse cuenta de su incompatibilidad constitucional, y extrajo todos los honores propios del Estado confesional anterior. Con ello queremos acentuar que la puesta a media asta de la bandera por la muerte de Jesucristo no se adecua, al menos, a las exigencias y posibilidades que fija el marco regulatorio al respecto, ya que parece ser una perpetuación de las prácticas confesionales sostenidas y reconocidas legalmente en tiempos pasados.

Sin embargo, el Ejecutivo en marzo de 2018 rechaza esta interpretación y afirma que el Real Decreto no prohíbe que se arríe la bandera a media asta, pues el redactado del Reglamento no cierra la posibilidad a que se icle a media asta en otros supuestos. El ejecutivo ha señalado que “Dicho

¹³³ Real Decreto 834/1984, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares, BOE núm. 107, 12064 a 12072 (1984).

¹³⁴ Decreto 895/1963, de 25 de abril, por el que se aprueba la nueva redacción del Reglamento de Actos y Honores Militares, BOE núm. 107, 7357 a 7371(1963).

¹³⁵ En ese sentido, en su preámbulo se motiva la reforma, entre otras razones, para amoldar los honores a los recientes cambios que efectuó la Iglesia en las liturgias de Semana Santa, y en el Título III se contemplaban los honores especiales, con su Capítulo I destinado a los honores al Santísimo Sacramento e imágenes sagradas. O en el Capítulo Quinto del mismo título, llamado de los honores en fiestas nacionales y religiosas, en donde se prevé una salva de veintidós cañonazos por todas las plazas y buques de guerra, cuando en la Iglesia Metropolitana de Madrid se entone el Aleluya, en Domingo de Resurrección.

reglamento no incorpora prohibición alguna en relación con el uso de la bandera, y es conforme a la tradición, usos y costumbres en las Fuerzas Armadas”¹³⁶. En defensa de esta práctica, el Gobierno recurre al mantenimiento de símbolos religiosos en el acervo institucional, por su corte tradicional. Además, argumenta que el izado de la bandera a media asta “está integrada en la normalidad de los actos de régimen interior que se celebran en las unidades militares”. Para saber si es correcta la lógica anterior, debemos filtrar el supuesto controvertido, en todo aquello referente a la utilización de simbología religiosa en los espacios públicos y desde las instituciones públicas.

6.2 Simbología religiosa en las Instituciones Públicas

Veamos si el planteamiento del Ministerio de Defensa es correcto, y a pesar de no cumplir con el Reglamento de honores, el izado de la bandera a media asta pueda tener cabida, por ser parte de los actos que celebran los militares católicos dentro de los cuarteles por Semana Santa. Así como, por ser tradición secular de los Ejércitos. Para ello, es necesario que recaemos en los criterios jurisprudenciales a tal efecto, para que a partir de casuísticas similares, podamos establecer unos criterios que nos afirmen si se vulnera, o no, la aconfesionalidad estatal o se atenta al derecho de libertad de religión de terceros.

Concretamente analizaremos dos resoluciones jurisprudenciales, las cuales hacen referencia a la utilización y presencia de simbología estática religiosa en las instituciones públicas, y su viabilidad a partir del principio de laicidad positiva que opera en nuestro país.

Antes de todo, apuntar que, si bien es obvio que la enseña nacional, de por sí, no es un símbolo religioso ni mucho menos, la utilización en los términos que hemos planteado, se canaliza a través de ella la manifestación de un acto religioso. Es así al rendirse honor a la muerte de una figura clave para la confesión católica. Entonces creemos que la utilización, en tales circunstancias, hace que pueda hacerse una analogía extensiva en lo que respecta a la simbología religiosa estática.

6.2.1 Puesta de belenes en los centros escolares

Traemos a colación dicho conflicto, al entender que comparte varias notas similares con el que nos ocupa. Primero por ser un acto de conmemoración de una festividad propia de la misma confesión que tratamos, y segundo por ser de carácter temporal y estacional como es la Semana Santa, y contar con un gran arraigo popular y tradicional. Es decir, entendemos que comparten el hecho de que en los belenes se conmemora el nacimiento de Jesucristo, y en el caso que nos ocupa, el fallecimiento. Y que ambos acarrearán la utilización de simbología religiosa estática en un espacio público, por la presencia de la fe católica en la sociedad española y por tradición.

¹³⁶ Nota de prensa del Ministerio de Defensa, del 26 de marzo de 2018. Recuperada de: <https://bit.ly/2GvKIFO> (15 diciembre 2018).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 948/2009, de 30 de octubre

Para este conflicto analizamos un pronunciamiento, en el cual se resolvía un recurso presentado por un docente de un centro educativo público donde se había establecido, con motivo de las navidades, un belén en el vestíbulo de dicho centro, y además se incentivaba la decoración de las aulas con motivos navideños a través de una actividad escolar. El recurrente alegaba que la presencia del belén era un símbolo religioso de las confesiones cristianas, y la decoración navideña de las aulas acarrearía el uso de simbología católica, y que, al tratarse de un centro público, éste se debía a la laicidad de la educación pública y a la aconfesionalidad del Estado. Además de vulnerar, dicha presencia del belén, la libertad religiosa y la igualdad y no discriminación respecto de aquellos alumnos, profesores y padres, que eran de otras confesiones o no contaban con ninguna.

El Tribunal levantino termina por desestimar la pretensión del profesor, y en su argumentación para tal fin, encontramos varias tesis por las cuales se determina que la posición de ese símbolo eminentemente cristiano no viene a vulnerar la aconfesionalidad. En la evaluación de las actividades de decoración de las aulas con motivos navideños, se centra en que esta es organizada por los órganos competentes del centro, dirigida a todos los cursos, y a realizar por los tutores de forma voluntaria. En esto el Tribunal evalúa la voluntariedad de las actividades y se centra en el carácter voluntario, para negar la posibilidad de discriminación o falta de neutralidad del colegio hacia el factor religioso. Pues no obliga a nadie a concurrir en ellas, ya que no impone la presencia de símbolos católicos, sino que permite su utilización y lo incentiva, atendiendo a la realidad del contexto religioso del centro. Así mismo, de la colocación del belén, niega que pueda vulnerar la aconfesionalidad, en cuanto que es posible en la medida que podría ser permitida la colocación de otros elementos que hicieran referencia a otras confesiones religiosas.

De la resolución del tribunal murciano obtenemos que la utilización de simbología, que haga referencia a una confesión en los espacios públicos, no vulnera la aconfesionalidad estatal, ni el derecho de libertad religiosa de los que no profesan la confesión en cuestión, siempre que concurren los siguientes elementos:

1. que la presencia de ese símbolo se realice en aras de garantizar la libertad de religión de los que profesan la confesión de dicho símbolo, y que los demás que cuenten con una distinta pudieran con la misma facilidad disponer de la presencia de sus símbolos;
2. y que la presencia de esos símbolos no atenta a la aconfesionalidad, sino que, es precisamente resultado de esa laicidad positiva el hecho de que los poderes públicos permitan y garanticen la presencia de esos símbolos, en cuanto que articulan y son reflejo del ejercicio del derecho de libertad religiosa de los ciudadanos.

6.2.2 Patronazgo de figuras católicas en las instituciones públicas

Dado nuestro innegable pasado confesional, y el papel protagonista que ha tenido la religión, y concretamente la católica, en la configuración de nuestra identidad cultural, es común que en España los distintos gremios e instituciones cuenten con un patrón de dicha confesión religiosa y, debido a ello, en el seno de lo público se les conmemore. Ejemplo de ello es cómo la Virgen del Pilar es patrona de la Guardia Civil y del conjunto de la Hispanidad, o San Raimundo de Peñafort de los juristas, y existe una orden al mérito en las Ciencias Jurídicas con su nombre, dependiente del Ministerio de Justicia. Y esto, como en nuestro caso, es tema de conflicto en cuanto a la laicidad estatal. Conforme a ello, entendemos que en la respuesta que ha dado la jurisprudencia encontremos una solución a nuestra disyuntiva sobre la conmemoración de la muerte de Jesucristo por parte de las Fuerzas Armadas.

Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2011, de 28 de marzo

Para este asunto analizamos la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2011, de 28 de marzo. En esta sentencia se viene a resolver el recurso de amparo por vulneración del derecho de libertad religiosa y vulneración de la aconfesionalidad del Estado presentado por un abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla. Este alegaba tales vulneraciones a raíz de que los estatutos de colegio profesional en su artículo segundo admitía que si bien el colegio era aconfesional, declaraba a la Santísima Virgen María, en el Misterio de la Concepción Inmaculada, como patrona, debido a la tradición secular del colegio. El recurrente alegaba que el colegio de abogados hispalense, como institución de derecho público, se debía a la neutralidad frente al factor religioso y no podía nombrar patrona a la Virgen como personaje de la Fe cristiana; y que además veía menoscabada su libertad individual a no tener creencias religiosas, ni someterse a sus ritos o culto, como vertiente negativa de la libertad religiosa del artículo 16 CE. Con el sumun de poner en relación estas quejas con la infracción del derecho a la igualdad (artículo 14 CE), en la medida en que se primaban las creencias religiosas de un determinado grupo, en detrimento de quienes mantienen otras o carecen de ellas.

El Tribunal Constitucional en el dirimir de la inconstitucionalidad de la disposición estatutaria, da inicio con la valoración del patronazgo como un signo de identidad e identificación de cualquier institución, como lo son los escudos o banderas. En esto establece que la determinación de estos corresponde a la voluntad del ente y puede deberse a varios factores, entre ellos el cultural e histórico. Es decir, que en la elección de esos símbolos que dotan de identidad al ente, es normal que tengan connotaciones religiosas en cuanto que la cultura e identidad se debe a un resultado eminentemente histórico, en el cual el factor religioso ha sido trascendental, y la confesión de dicho símbolo es y ha sido mayoritaria. En esto el Tribunal viene a decir que el patronazgo es un hecho identitario y como tal es exclusivamente cultural. Y que su connotación religiosa no afecta a la neutralidad del Estado, y que

solo sería así, de converger la institución en su quehacer con los postulados que son propios de la confesión de la cual pertenece el símbolo.

Por tanto, bajo esa premisa se termina por fallar que no contradice, el patronazgo de la Virgen María, la aconfesionalidad del Estado, porque la tradición religiosa es adherente de la cultura de una sociedad donde una confesión es mayoritaria, y que esa realidad histórica, cultural y social se traduce en la realidad institucional de los poderes públicos, y no por eso significa que estos den respaldo o se adhieran a esos postulados religiosos.

Además, el tribunal también trata la cuestión de inconstitucionalidad, en cuanto a la injerencia en la libertad subjetiva del recurrente, por entender que el patronazgo incide en su libertad a no tener creencias. El Tribunal, a groso modo, viene a negar esa posibilidad de menoscabar la integridad de creencias del abogado recurrente, pues entiende que ese patronazgo se da a efectos culturales y de identidad del colegio, y que no exige la participación obligatoria de todos sus colegiados a actos de la confesión del símbolo, ni incide en el ejercicio de la profesión. Entonces, bajo esa realidad, el Tribunal Constitucional niega la injerencia del patronazgo en la esfera religiosa interna del individuo.

Y, por último, en cuanto a la desigualdad de trato y posible vulneración de la igualdad, por mandato del art. 14 CE, el Tribunal Constitucional zanja el asunto determinando que si no se menoscaba la aconfesionalidad, ni la dimensión subjetiva del derecho de libertad religiosa del demandante, no existe margen para hablar de trato desigual, puesto que el patronazgo de la Virgen al colegio no inflige en sus colegiados, ni en el quehacer del colegio, ningún deber ni postulación conforme a la doctrina católica, si no que se relega a lo identitario, por motivos de tradición secular, tal y como reconoce el precepto cuestionado.

De la resolución del Tribunal Constitucional, extraemos que en nuestra realidad social, fruto de una trayectoria histórica donde la religión ha sido protagonista, muchos de los símbolos que conforman nuestra identidad tienen innegables connotaciones religiosas. Y dentro de estos entran los símbolos institucionales, donde lo religioso se vuelve cultural, y la presencia de símbolos religiosos en lo público se debe a algo meramente étnico de la sociedad y no por ello, y esto es muy relevante, la presencia de estos símbolos en lo público no conlleva la necesidad de que el Estado se signifique con la confesión que hay detrás de ellos.

Y por otra parte, la presencia de estos símbolos, en cuanto que son meramente estéticos y culturales, no atentan a la libertad religiosa de los ciudadanos que no profesan dichas convicciones, puesto que esto no se traduce en un quehacer de los poderes públicos, que inflija una obligatoriedad de asistencia al culto de estas confesiones o traduzcan su ejercicio conforme al credo y disciplina de la confesión.

De hacerlo, evidentemente, atestigua el Tribunal Constitucional, entonces sí que aparecería un elemento que atentaría contra la necesaria neutralidad del Estado frente al factor religioso.

De ello, trasladado a nuestro supuesto, podríamos entender que la izada de bandera a media asta es producto de la tradición castrense, y no debiera de entenderse como una vinculación del Estado con la confesión católica. No incidiendo, a su vez, en la esfera privada del que no profesa la fe católica, por tener otra o ninguna, en cuanto que no se convierte en una obligatoriedad de los ciudadanos a concurrir a los actos de culto de la confesión, o suponerle deberes conforme a la disciplina propia de esta.

6.3 Aplicación de los criterios jurisprudenciales

Bien, hasta este punto hemos hecho una retrospectiva de la normativa aplicable, y nos hemos dotado de aquellos criterios jurisprudenciales que puedan evocarnos a una solución jurídica que avale la posibilidad del izado de bandera a media asta en señal de luto por el fallecimiento de Jesucristo.

Respecto de la normativa aplicable, concluimos que, en materia de disposición de la bandera en los espacios militares, no hallamos en la norma la posibilidad de hacerlo a media asta por la muerte de Jesucristo, pues sólo pudiera ser realizable mediante el Decreto de luto nacional a tal efecto. No se hace así, pues se pone a media asta desde los órganos directivos de la dependencia militar o por orden del Ministerio. Y de hacerse mediante decreto de luto nacional, eso sí, que vulnera fehacientemente la aconfesionalidad estatal, pues se trata de una significación innegable de los poderes públicos hacia la confesión católica, e implica que el espacio público no se observe neutro al factor religioso, pues todas las instituciones mostrarían duelo por la muerte de una figura religiosa, dando verdad a su identidad y trascendencia a su muerte, reconociendo y admitiendo así unas creencias religiosas, las cuales el Estado no puede admitir y profesar, por no ser sujeto de fe.

Pero hemos observado que se fundamenta la práctica en la tradición secular, y a tenor de los actos religiosos que efectúan los militares dentro de las dependencias castrenses por Semana Santa. Ello nos lleva a que planteemos la posible viabilidad por dos perspectivas:

1. La permisibilidad de la práctica por ser expresión de la libertad religiosa de militares
2. La posibilidad de ostentar símbolos religiosos en el ámbito público

6.3.1 La permisibilidad de la práctica por ser expresión de la libertad religiosa de militares

El respeto de los poderes públicos, a que los ciudadanos conmemoren las festividades religiosas que les son propias, es una actitud propia de su deber de garantizar el libre desarrollo de los derechos fundamentales de la ciudadanía. Con ello queremos decir, que permitir a los militares de un cuartel

celebrar misa o un acto religioso en conmemoración de la pasión y muerte de Jesucristo, dentro de las dependencias castrenses, es totalmente permisible al socaire de los principios de libertad religiosa, cooperación y aconfesionalidad (en vertiente positiva). De hecho, los militares tienen reconocido el derecho a realizar actos de culto, de formación y reuniones de miembros de las diferentes confesiones legalmente reconocidas, dentro del espacio militar, y se puede autorizar la celebración de exequias de conformidad con los ritos propios¹³⁷.

Es en este argumento en el que se basa el Ministerio y recalca que la puesta a media asta se debe a estos actos litúrgicos que acogen numerosos cuarteles militares. En ese sentido, se debe entender que los militares desde su fe cristiana, izan la bandera a media asta como manifestación de su sentir con la muerte de Jesucristo, y por ello esta práctica debe ser respetada.

Tras los conocimientos que hemos obtenido en este estudio, debemos considerar que este argumento no es del todo sólido. No lo es, pues es el Ministerio el que da órdenes de que se hize la bandera en señal de luto, no son los propios militares de cada edificio castrense los que lo hacen desde su libertad religiosa. Es más, en la sede del Ministerio también se ondea a media asta, y no tenemos conocimiento de rituales religiosos en su interior.

De todas formas, si la bandera se pone por los militares en señal de luto, en ejercicio de su libertad religiosa, no creemos que se pueda permitir en aras de la aconfesionalidad. Creemos que la aconfesionalidad se presenta como límite de la libertad religiosa en este caso, pues recordemos que los principios que informan el Derecho Eclesiástico no son jerárquicos, y en el supuesto concreto se nutren y auto limitan conjuntamente.

Con ello queremos recordar la Sentencia del Tribunal Murciano, la cual trataba el establecimiento de belenes en los colegios públicos. Avalaba esta práctica pues en ella se atendía la realidad religiosa de un sector representativo de alumnos, profesores y padres del centro, que convergían con la fe católica. Con ello se estaba a favor de la realización de la libertad religiosa de ese colectivo. Ese argumento podría forzarse y razonar la viabilidad del izado de la bandera, como un ejercicio de libertad religiosa. Pero no creemos que los magistrados que elaboraron este criterio, optarían por trasladarlo con los mismos efectos al nuestro. Ello es así, pues el belén es un símbolo eminentemente religioso, y también cultural, es decir, de su imagen se desprenden connotaciones religiosas evidentes. Sin embargo la bandera nacional, es puramente civil, y a pesar de su ritualización para fines religiosos, no merece la protección que sí reciben los belenes.

¹³⁷ González-Varas Ibáñez, Alejandro. Simbología religiosa personal e institucional en el entorno militar, en Fuerzas Armadas y factor religioso, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pág. 268.

Y para terminar, no olvidemos, que el hecho de que se ordene desde el Ministerio vulnera claramente la aconfesionalidad del Estado con la significación y preferencia por lo católico, ejerciendo una facultad que solo es ejercitable del que es titular del derecho, en la conmemoración de una festividad religiosa. Recordemos que el Estado no es titular del derecho de libertad religiosa en ningún caso, puesto que se debe a la neutralidad.

6.3.2 La posibilidad de ostentar símbolos religiosos en el ámbito público

El izado a media asta también puede ser considerado una práctica por tradición cultural secular de los Ejércitos. Esta práctica, al igual que el patronazgo de la Virgen de la Inmaculada en el Colegio de Abogados de Sevilla, se debe a la tradición, y como hemos evaluado en ese caso, el hecho de que aparezcan símbolos que pudieren revestir un carácter religioso en los espacios públicos, esto no implica siempre, la presunción de que estos se significan y postulan por la confesión de ese símbolo. Aun siendo así, debemos considerar si las afirmaciones de la Sentencias 34/2011, son trasladables a nuestro caso.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que “es obvio que no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el artículo 16.3 CE. La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión a los postulados religiosos que el signo profesa”¹³⁸.

Ante esta premisa, entendemos que un símbolo religioso desde una institución pública puede tener varios significados: religioso y cultural. Y ante ese doble significado, se debe evaluar si en cada caso, se lesiona el principio de aconfesionalidad, por acarrear el símbolo en una significación institucional a una confesión religiosa, y faltar a la neutralidad. En nuestro supuesto entendemos que el carácter religioso vence al cultural, pues al tratarse la bandera de un símbolo civil, su utilización por parte de un ente público con fines religiosos, y proyecta una imagen innecesaria de significación a la Fe católica. No creemos que sea la base cultural tan fuerte como para que se excluya un desaire a la aconfesionalidad del Estado, es decir, no creemos que el izado a media asta sea merecedor de una protección por su significación cultural.

Además, la bandera es un símbolo integrador e inclusivo de todos los españoles, y su utilización desde los poderes públicos con un significado religioso, vulnera su deber de neutralidad ante el fenómeno religioso. A mayor abundancia, creemos que se traslada al conjunto de la sociedad una escenificación

¹³⁸ STC 34/2011, de 28 de marzo del 2011, FJ nº 4.

religiosa, que permite a muchos ciudadanos no católicos sentir que el Estado tiene una actitud preferente hacia aquellos que lo son, pues se está dando mayor protagonismo y verdad a la Fe católica.

Somos conscientes de que muchas voces nos rebatirían que la bandera, al ser de todos, puede ser utilizada por una confesión, pues es patrimonio común de todos los españoles. Estamos de acuerdo con ello, creemos que la presencia de una bandera española en la Iglesia o que muchas imágenes procesionales porten el escudo o enseña nacional, no vulnera la aconfesionalidad, pero sí lo hace si desde el Estado se hace ese uso religioso de la bandera. Con ello queremos decir, que la realidad histórica religiosa de nuestro país, nos lleva a que el Catolicismo en España intime, para muchos ciudadanos, con la identidad nacional, pero esto no puede ser utilizado para que desde el Estado se hagan usos religiosos de los símbolos de todos. Cosa que sí pueden hacer los ciudadanos, pues son libres de desarrollar su libertad religiosa.

Además, fundamentar esta práctica, por entender que es conforme a las creencias de una gran parte de la sociedad¹³⁹, no puede permitir que el Estado olvide el deber de aconfesionalidad, en cuanto que debe dar oportunidad a la libre concurrencia, en condiciones de igualdad, en el espacio público, de las diferentes convicciones y creencias existentes en una sociedad plural y democrática¹⁴⁰.

Para concluir añadiríamos que, el izado de bandera por muerte de un mesías de una confesión presente en la sociedad española, transgrede también la necesidad de separación de funciones políticas y religiosas, que también se desprende del principio de aconfesionalidad. Entendemos que ritualizar la enseña más representativa del Estado, acarrea un ejercicio de Fe del Estado, y asume la obligación religiosa de estar de duelo por la muerte de Jesucristo, como hacen todos los fieles católicos en Semana Santa. Por tanto, falla al deber de no asumir funciones religiosas.

¹³⁹ STC 34/2011, de 28 de marzo del 2011, FJ nº 4.

¹⁴⁰ STC 177/1996, de 12 de julio de 1996, FJ nº 9.

7. INDULTOS DE SEMANA SANTA

La liturgia de Semana Santa encuentra su punto más espiritual en Viernes Santo, pues es cuando los fieles conmemoran la pasión y crucifixión de Jesucristo, conllevando una gran trascendencia en el credo católico. Por la representatividad de la confesión católica en la sociedad española, el fervor religioso se hace patente en todos los rincones de España. Parece ser, que ese fervor contagia al Estado, pues año tras año converge en ese momento espiritual de los católicos, otorgando los conocidos indultos de Semana Santa. En estos se hace uso del llamado derecho de gracia sobre el conjunto de reos por los que solicitan Cofradías y Hermandades. Es aparentemente sorprendente como, sin excepción alguna, gobiernos de todas las orientaciones políticas, socialistas y populares, han respetado y practicado esta tradición.

7.1 Antecedentes históricos

Los orígenes de los indultos de Viernes de Pasión se enraízan en la fragua de España como unidad política en la Baja Edad Media. Concretamente aparecen en el reinado de Juan II de Castilla, monarca conocido por ser el padre de la celebre reina Isabel la Católica. En 1447 dictó carta real por la cual se aprobaba la llamada “Ley del Perdón del Viernes Santo de la Cruz”, mediante esta se dictaminó que todos los años en Viernes Santo se otorgaría el perdón real a un preso. En concreto en una de las cláusulas se expresa que *todos los perdones que nos hubiéramos de hacer en cada año se guarden para el Viernes Santo de la Cruz*¹⁴¹. Esta tradición se diluyó con los años, pero renació en época de los Habsburgo, los cuales dieron uso de la Ley del monarca Trastámara. Ejemplo de ello es como en el siglo XVIII, en el reinado de Felipe II, se reglamenta el indulto de Viernes Santo, el cual mandaba solicitar a las Chancillerías y Audiencias anualmente dos indultos por delitos calificados como menos graves, para que fueran indultados¹⁴².

Tenemos un segundo suceso histórico, el cual consolida la tradición de otorgar indultos de Viernes Santo a los penados que soliciten las Cofradías, en concreto a la Cofradía de Jesús el Rico. Ocurre en la dinastía de los Borbones y durante el reinado de Carlos III. En 1759 acontece una epidemia de peste que deja a la ciudad de Málaga desolada, ello obligó a cancelar los actos procesionales. Ante ello los presos de la ciudad quisieron portar a hombros la imagen de Jesús el Rico, con la esperanza de que obrase el milagro. Ello les fue denegado, pero éstos se amotinaron y escaparon, tomaron el Cristo y lo procesionaron por los lugares más afectados por la peste. Una vez finalizado su traslado, devolvieron

¹⁴¹ *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Tomo V, Madrid 1805, Título XLII, Ley II “De los indultos y perdones reales”, págs. 525 a 526. Recuperado de: <https://bit.ly/2C6i7xv> (12 diciembre de 2018)

¹⁴² Sánchez Domingo, R. *Sobre el perdón real. El indulto de un condenado por delito menor en la Cofradía de Nuestra Señora de la Soledad de Burgos*, en *Religiosidad popular: Cofradías de penitencia*, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, San Lorenzo del Escorial, 2017, pág. 150. Recuperado en: <https://bit.ly/2CZnhg8> (20 diciembre 2018)

la imagen del Cristo y retornaron a su confinamiento. Ya superada la epidemia, el suceso llegó a oídos de Carlos III, y éste decidió otorgar a la Cofradía del Rico, el privilegio de liberar un preso anualmente durante la Semana Santa¹⁴³. Esta tradición perdura en nuestros tiempos, pues de todas las Cofradías y Hermandades, a las cuales los Gobiernos atienden a sus indultos, siempre figura entre ellas la Cofradía del Rico.

Antes de profundizar sobre la viabilidad de que se sigan otorgando estos indultos, creemos pertinente hacer una pincelada al concepto de indulto, y su funcionamiento en los actos de Semana Santa.

7.2 El indulto, el llamado derecho de gracia: configuración jurídica

La prerrogativa del Ejecutivo de indultar a un reo condenado por sentencia firme, se conoce como el derecho de gracia, y actualmente la Constitución lo recibe de nuestra tradición constitucional¹⁴⁴. En el artículo 62.i figura entre las funciones reales la de ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley. De su regulación nuclear se encarga la Ley, de 18 de junio de 1870, llamada del estableciendo de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto. Vemos cómo el origen de ésta se enmarca en el contexto constitucional de la Carta Magna de 1869, quedando alejada tanto temporalmente como políticamente del texto fundamental actual. En ese periodo el indulto era mucho más recurrente que en la actualidad, tal es así, que el Ministerio de Justicia se le añadía el apelativo de Ministerio de Gracia y Justicia.

La decimonónica ley ha sido actualizada mediante una reforma introducida por la Ley 1/1988¹⁴⁵, y la reciente Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En esta última se añade la obligación del Ejecutivo de remitir semestralmente un informe sobre los indultos concedidos al Congreso de los Diputados.

Así mismo su regulación elemental se encuentra en la Orden de 10 de septiembre de 1993 del Ministerio de Justicia, por la que se dan instrucciones sobre la tramitación de solicitudes de indulto. En el Código Penal se trata en sus artículos 4.3 y 4, y 130.4. También se regula en el art. 6 del Real Decreto 1879/1994, 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales

¹⁴³ Mapelli López, E. *La liberación de un penado en la Semana Santa de Málaga*, en Religiosidad popular en España: actas del Simposium: 1/4-IX-1997, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, San Lorenzo del Escorial, 2017, pág. 670. Recuperado en: <https://bit.ly/2TItNxE> (22 de diciembre).

¹⁴⁴ Todas las Constituciones, desde la Pepa de 1812, hasta nuestros tiempos han recogido la prerrogativa del indulto. Ejemplos son la Constitución de 1812 en artículo 171, la Constitución de 1869 en artículo 74 o la Constitución de 1931 en artículo 102.

¹⁴⁵ Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto. Esta reforma fue controvertida en su momento, puesto que suprimía la necesidad de motivar el indulto. En ello vemos como si bien la sentencia condenatoria debe estar necesariamente motivada, el indulto que deja sin efectos la misma, no tiene porqué estarlo, siendo ello ya de antemano reprochable.

en materias de Justicia e Interior, y los artículos correspondientes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Entonces el indulto es una decisión ejecutiva, que la misma ley tilda de carácter excepcional, y que consiste en la remisión total o parcial de las penas de los condenados por sentencia firme. Este lo otorga el Rey, a propuesta del Ministro de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministro. Parte de la doctrina observa en el indulto una vulneración al elemental del principio democrático de la separación de poderes. Pues es, sin lugar a dudas, una interferencia del poder Ejecutivo en las decisiones adoptadas por el Poder Judicial, pues se dejan sin efectos las condenas por sentencia firme¹⁴⁶.

Conforme a la Ley de Indultos, los sujetos que tienen legitimación activa para solicitarlo son: por una parte, el propio penado, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de ostentar o acreditar su representación, según el artículo 19; también podrán hacerlo, el mismo Tribunal sentenciador, el Tribunal Supremo o la Fiscalía adscrita a los dos tribunales anteriores (artículo 20); el Ejecutivo (artículo 21); e igualmente, las Juntas de tratamiento de los establecimientos penitenciarios, estos son legitimados activos por el artículo 206 Reglamento Penitenciario. Vemos como en el artículo 19, las Hermandades y Cofradías tienen canal legal para presentar los indultos a favor del preso que hayan escogido, pues no requieren de ostentar la representación correspondiente.

El procedimiento a seguir está prefijado en la Ley de Indultos. Para no dilatar indebidamente este inciso teórico, detallaremos las particularidades, de cómo las Cofradías se someten al proceso de solicitar el indulto, y lo haremos siguiendo el testigo que nos presta RODRÍGUEZ LLAMOSÍ¹⁴⁷.

Las Cofradías y Hermandades, con carácter previo a la solicitud, se ponen en contacto con el Centro Penitenciario. Normalmente se dirigen a los centros penitenciarios de su provincia. Ambos analizan las personas que cumplan con los requisitos legales previstos para la concesión del indulto. Estos son tales como: buen comportamiento o que sean reos primarios. Así mismo se tienen en cuenta que hayan sido condenados por delitos menores, nunca de sangre, e incluso que ya gocen del tercer grado. Nos asegura el autor, que no se tiene en cuenta si el preso a beneficiar es católico o no, aún así, nos advierte que nunca ha sido solicitado por un preso musulmán.

¹⁴⁶ Nieva Fenoll, J. *Proceso penal y delitos de corrupción (algunas bases para la reforma estructural en el proceso penal)*. Revista para el Análisis del Derecho, núm. 2, 2013, pág.23. Recuperado de: <https://bit.ly/2VFjpIN> (13 diciembre 2018) El autor lo califica como intromisión ilegítima del poder ejecutivo en el poder judicial.

¹⁴⁷ Rodríguez Llamosí, JR. *El perdón Cristiano en el Derecho Español: los indultos a las Cofradías de penitencia*, en Religiosidad Popular, Cofradías de Penitencia, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, San Lorenzo del Escorial, 2017, págs. 12-13. Recuperado de: <https://bit.ly/2CZnhg8> (18 diciembre 2018)

Una vez elegido el reo, se presenta la solicitud, y la sección de indultos del Ministerio de Justicia es la responsable del estudio. Siendo ésta la que emite informe favorable o desfavorable, para que el Consejo de Ministros resuelva sobre el indulto. En el conocimiento de la solicitud son oídos el Tribunal sentenciador, la Fiscalía y las Instituciones penitenciarias. Inclusive en ocasiones han sido escuchadas las víctimas del delito cometido por el condenado. El Ministerio tiene en consideración la antigüedad de los hechos, el avanzado cumplimiento de las condenas, la satisfacción de las multas e indemnizaciones, así como los antecedentes penales.

Finalmente, el Ministro de Justicia presenta el expediente administrativo del indulto al Consejo de Ministros, este delibera y termina por resolver el indulto. Si es concedido, se hace en nombre de SM el Rey, y se publica en el Boletín Oficial del Estado mediante Real Decreto, en el cual figura el nombre de la persona indultada, el delito o delitos por los que fue condenada y las penas impuestas. RORÍGUEZ LLAMOSÍ, nos asegura que “no hay constancia de casos en los que, una vez indultado un reo, regrese a la cárcel, reinsertándose familiar y socialmente, e incluso, normalmente pasan a formar parte en su mayoría de la Hermandad”. Es tradición que una vez goza de la libertad, la Hermandad se ponga en contacto con el liberado y le ofrezcan participar de la procesión de la Semana Santa del año en curso. Normalmente el ya ex recluso procesiona con el rostro cubierto, o participa como costalero, portando el paso o trono de la cofradía, aunque se han dado casos donde ha querido procesionar con el rostro descubierto.

7.3 Análisis de la controversia de los indultos de Semana Santa

Creemos que, de lo anteriormente narrado, podemos abrir tres puntos críticos. Uno primero referente a la figura del indulto en sí mismo, y dos ya relacionados con los que se dan en Semana Santa, concretamente con su compatibilidad con el principio de aconfesionalidad y el de igualdad.

7.3.1 Consideraciones generales al indulto

Hemos visto que el indulto busca la supresión, por parte del Consejo de Ministros (poder ejecutivo), de una condena impuesta por un Tribunal (poder judicial). Claramente queda al descubierto la interferencia del Poder Ejecutivo sobre el poder judicial, pues con el indulto se anula el ejercicio por excelencia de la potestad jurisdiccional: la aplicación de la ley. Y todo ello orquestado y permitido por el tercer poder constituido: el poder legislativo.

Esto supone un desaire al principio elemental de toda democracia que se precie, la separación montesquiana en tres poderes: judicial, legislativo y ejecutivo. Desde nuestro parecer, si nos trasladamos al razonamiento del pensador ilustrado, entendemos que formuló la teoría de la separación de poderes como propuesta alternativa al absolutismo monárquico de la Francia de finales del siglo XVIII. Conforme a ello, y visto el origen absolutista del indulto, creemos que éste es una

reminiscencia del Antiguo Régimen. Entonces, si el indulto tiene sus orígenes en el entendimiento absolutista de la concentración de poderes en un monarca - *L'État, c'est moi* - entendemos que conceptualmente contraviene las bases fundamentales de la separación de poderes, pues tiene en sus repercusiones la anulación y decaída del ejercicio jurisdiccional del poder judicial, y de forma bastante discrecional.

De todas formas, podríamos entender que el indulto opera como una herramienta jurídica que permite el control y límite del poder judicial por parte del ejecutivo. Y que ello no tiene porqué vulnerar la separación entre los tres poderes, pues es verdad que el poder judicial tiene mecanismos de control y anulación de los actos del legislador y el ejecutivo. Bajo ese criterio, el indulto podría ser deseable, en cuanto que permite un dialogo entre poderes, que busque autolimitarse mutuamente y ponga remedio a un eventual ejercicio despótico, por parte de uno de ellos¹⁴⁸. Ante esa posibilidad, y considerando su regulación actual, creemos que el argumento decae bajo dos consideraciones.

Una primera consideración radica en el hecho de que si el poder judicial controla, interpreta o anula los actos de los otros dos, lo hace por encargo constitucional. Es decir, forma parte de sus competencias atribuidas por el constituyente, y emana de su función de garantizar el cumplimiento y buena aplicación de todo el ordenamiento jurídico, así como el respeto a la jerarquía normativa. Sin embargo, el indulto toma más un cariz discrecional, donde el ejecutivo toma esa posibilidad por carta blanca desde el artículo 62 de la Constitución. Pues el Constituyente remite la regulación íntegra del indulto a la ley, pudiendo el legislador configurarlo como viere. Cosa que no ocurre con el poder judicial, pues su actividad jurisdiccional ya queda encorsetada, desde la Carta Magna, a la necesidad de motivación y razonamiento de las resoluciones judiciales (artículo 120 Constitución Española).

Y una segunda consideración, que a nuestro entender es mucho más grave, consiste en que si bien podría entenderse el indulto como un mecanismo de control al poder judicial, este se hace en desigualdad de condiciones y, lamentablemente, desde una arbitrariedad mucho mayor con la que el poder judicial controla las actuaciones de los otros dos poderes. Con ello queremos decir que, desde la reforma de 1985, el indulto no necesita de la correspondiente motivación. Esta carencia de motivación, no es conforme a los principios de sujeción a derecho de los poderes públicos, pues ello permite un margen de discreción muy elevado en la otorgación de indultos. Con ello pretendemos remarcar, que sólo tendría cabida el indulto, si en su resolución, el Ejecutivo sometiera a las mismas exigencias de motivación y razonamiento, con las cuales debe cumplir todo Tribunal cuando emite sentencia.

¹⁴⁸ El mismo Montesquieu en su famosa obra *El Espíritu de las Leyes* argumentaba que *“todo hombre que tiene poder se inclina a abusar del mismo (...) a él va hasta que encuentra límites. Para que no se pueda abusar del poder hace falta que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”*.

En conclusión, el control entre los tres poderes debería de cumplir con las mismas exigencias para los tres. Y no se puede permitir que la condena del poder judicial, motivada y justificada conforme al ordenamiento jurídico, y elaborada en virtud de un procedimiento con todas las garantías, pueda ser anulada por un acto del ejecutivo sin razonamiento ni motivación alguna. Siendo esa ausencia de motivación un rasgo que quizás nos recuerda a los orígenes históricos del indulto, muy alejados de los principios constitucionales actuales. Más lamentamos que ese cariz arbitrario del indulto, se haya acrecentado mediante una reforma en tiempos de nuestra Constitución, creyendo que sería oportuna una reforma en aras de exigir requisitos al indulto, como se exigen a las sentencias que anulan actos de los otros dos poderes del Estado.

7.3.2 La controversia con la aconfesionalidad

Es altamente significativo que un Estado, el cual no se atribuye una religión de “*carácter estatal*”, otorgue de forma consecutiva numerosos indultos a tenor de la conmemoración de una festividad religiosa. De antemano, ya nos puede parecer un tanto contradictorio. A pesar de ello, hemos visto como la tradición puede ser un aval para que determinados testigos de nuestro pasado confesional y nuestra innegable cultura cristiana, perduren a día de hoy, y no contravengan la laicidad del Estado. Con ello queremos decir, que la práctica de los indultos de Semana Santa tiene reminiscencias de ya hace más de seis siglos atrás, y que pudiera ser entendida como una tradición incorporada a nuestra cultura e identidad, y que se ha ido practicando sin interrupción en el tiempo.

A nuestro modo de entender, esa justificación que podría llegar a avalar esta práctica, sería fruto de un argumento demasiado extensivo y forzado de los criterios jurisprudenciales explicados en las páginas de este estudio. Creemos que es así pues, todos los pronunciamientos que han sustentado viabilidad con la aconfesionalidad por la tradición, lo han hecho para supuestos de simbología institucional. Entendemos que la otorgación de los indultos se extralimita de esa temática, y por eso no son de aplicación los criterios jurisprudenciales a tal efecto.

Aun así, también hemos tratado el deber de cooperación, en la necesidad de facilitar y garantizar el libre desarrollo del derecho de libertad religiosa. Entonces otro argumento, que nos parece también un tanto rebuscado, sería el de que el Gobierno al otorgar los indultos está fomentando y colaborando con la confesión católica, pues son las Cofradías las que solicitan los indultos, a tenor de una festividad religiosa. A pesar de poder entender así, creemos que la otorgación de estos indultos lesionan con tal identidad el principio de aconfesionalidad, que se diluye cualquier argumento por la vía del principio de libertad religiosa, que entendemos que se presenta como débil. Sustentamos la grave falta a la laicidad por parte del Estado, por dos razones. Una, en el hecho de que la otorgación de los indultos puede entenderse como una significación del credo católico, y un actuar conforme a sus postulados. Y

una segunda recae en la confusión de funciones religiosas y políticas, entre Cofradías y Estado. Analicemos de forma separada las dos:

7.3.2.1 Significación y actuación conforme a la fe católica

La fe cristiana afronta y entiende la pasión y muerte de Jesucristo como un momento eucarístico que pone en valor el perdón y el redimir de los pecados, es más, el texto sagrado de los cristianos justifica la muerte del mesías a manos de judíos y romanos, como un remisión divina del pecado capital. Con ello venimos a poner de manifiesto, que tal y como se da el indulto de Semana Santa parece ser que, al tratarse de la anulación de una pena (el perdón de una pena), el Estado converja con los católicos en ese momento espiritual, y actúa conforme a los postulados del credo católico. Ello es así, pues el efecto del indulto se hace coincidir con el Viernes Santo y es solicitado por la confesión con motivo de la festividad religiosa.

Además vemos como el indulto se proyecta como un eminente acto de perdón del Estado hacia el preso, tal y como se hacía en la Pascua judía de liberar un reo, realidad que nos narra la Biblia¹⁴⁹. A más abundamiento, el porqué del Estado para otorgarlos se basa en unas disposiciones de nuestros antiguos monarcas, en un momento profundamente confesional, donde el Monarca era considerado representante de Dios en la Tierra, e impartía precisamente justicia divina, pues su poder era divino¹⁵⁰. Pudiera esto justificarse ahora como tradición, pero creemos que la actuación es profundamente conforme a los postulados cristianos, que destruye la necesaria línea roja entre el Estado y la Iglesia, y no garantiza que el Estado no se comporte como un sujeto de fe.

7.3.2.2 Confusión de funciones religiosas y políticas

A la reprochable actuación del Estado conforme a las creencias religiosas católicas, se le añade que tal y como se da el procedimiento de los indultos y su otorgación, se puede dar una confusión e intromisión de las funciones del Estado hacia las funciones de la Iglesia, e una intromisión de las funciones de la Iglesia en las del Estado. Cosa que queda terminantemente vetada por la aconfesionalidad.

Ello creemos que es así, pues, si la confesión católica tiene como valor fundamental el ejercicio del perdón. Entonces parece ser que el Estado asume esa voluntad de la Iglesia Católica, y con los indultos está efectuando aquél perdón que la Iglesia hace de sus fieles, y especialmente en esa época litúrgica

¹⁴⁹ Nuevo Testamento, Marcos 15, 6: “Ahora bien, durante la fiesta, Pilato ponía en libertad a uno de los prisioneros. El que salía libre era aquél a quien el pueblo pidiera.”.

¹⁵⁰ Ob. Cit. Rodríguez Llamosí, R. *El perdón Cristiano en el Derecho Español: los indultos a las Cofradías de penitencia*, pág. 8

del año. Ello lo vemos especialmente en el paso previo al indulto. En él vemos cómo los centros penitenciarios, que también pueden solicitar indultos, trabajan conjuntamente con las Cofradías para encontrar aquellos presos que puedan obtener el indulto, y que merezcan quizás obtener el perdón. Con ello queremos decir, que si los centros ya tiene legitimación para presentar el indulto, hacerlo con motivo de la Semana Santa, y conjuntamente con la Cofradía parece una corresponsabilidad en las tareas estatales y religiosas, que no vemos del todo deseable¹⁵¹.

Algunas voces negarían esa confusión de funciones, entendiendo que se trata de un fiel reflejo del principio de cooperación. Esgrimirían que las Cofradías necesitan presentar indultos en Semana Santa, pues con ello buscan el perdón de aquellos que han sido condenados. Ello lo harían por libertad religiosa, en cuando que su credo propugna hacer extensivo el don del perdón en toda la vida cristiana, y el Estado otorga los indultos para satisfacer a las asociaciones católicas. Pero creemos que avalar la práctica por la cooperación, sería ignorar que precisamente los principios se autolimitan unos a otros y no existe jerarquía entre ellos. Con ello queremos decir que la aconfesionalidad se impone en esta ocasión como límite a la excesiva cooperación, que suponen los indultos de Semana Santa.

El Tribunal Constitucional ha aceptado esa capacidad de restricción de la cooperación por prevalencia de la laicidad. En concreto ha señalado que cuando el Estado en su deber de cooperación no proporciona instrumentos, si no que se responsabiliza y alcanza por sí mismo objetivos de naturaleza religiosa, no cabe esa cooperación por confundir funciones estatales y religiosas¹⁵². Es más, da prevalencia a la restricción de la cooperación en virtud de la aconfesionalidad, hasta en aquellos casos donde, de la cooperación excesiva, se desencadenan resultados beneficiosos para la sociedad. En nuestro caso el indulto a un reo y la satisfacción de la libertad religiosa de las Cofradías.

7.3.3 La controversia con la igualdad

El indulto también nos pueda plantear un debate en torno a la falta de igualdad. Ello es así pues favorecer el indulto a un preso porque es solicitado por la confesión católica, a pesar de ser una tradición, es de primeras una diferencia de trato, incluso privilegiado, ante aquellos otros reos que solicitan el indulto sin el apoyo de una Cofradía o Hermandad. O una vulneración del principio de

¹⁵¹ STC 340/1993, 16 de noviembre de 1993, FJ nº4: “Al determinar que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», cabe estimar que el constituyente ha querido expresar, además, que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica”. En esto queremos justificar, que el ejercicio mutuo de Cofradías y Centros Penitenciarios de hacer trabajos de elaboración de la solicitud, parece ser que ambos trabajan conjuntamente por un fin religioso.

¹⁵² STC 24/1982, 13 de mayo de 1982, FJ nº 1: “El art. 16.3 de la Constitución (...) impide por ende, como dicen los recurrentes, que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad de los(...) actos de los poderes públicos. Al mismo tiempo, el citado precepto constitucional veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales”.

igualdad religiosa, pues no reciben ese trato otras confesiones, por no existir tradición parecida. Entonces queda claro que debemos someter a consideración la cuestión de la igualdad, desde la previsión constitucional de la igualdad general y la igualdad religiosa.

7.3.3.1 Igualdad del artículo 14 Constitución

La igualdad en nuestro ordenamiento jurídico tiene su origen como valor superior en el artículo 1.1 de la Constitución, es cristalizado como un derecho subjetivo de la persona en el artículo 14, y se insiste en su necesidad para la libertad religiosa del artículo 16 de la Constitución. Así mismo, para que la igualdad sea una realidad en nuestro Estado democrático, se asegura por vía del artículo 9.2 de la Constitución, pues encarga a los poderes públicos la promoción de la igualdad de todos, para que sea real y efectiva.

Todo esto, para lo que nos interesa, viene a significar que nunca puede una persona “ser privilegiada o perjudicada por tener unas u otras (...) creencias laicas o religiosas”¹⁵³. Y se deben evitar escenarios de privilegio o perjuicio en función de la religión, y demás cuestiones halladas en el artículo 14, porque en un Estado social y democrático es un objetivo irrenunciable conseguir establecer iguales condiciones materiales para todos los ciudadanos¹⁵⁴.

Con esa breve consideración de la igualdad, como principio supremo, derecho subjetivo de los ciudadanos y principio del Derecho Eclesiástico, nos basta para poder afirmar que la concesión de los indultos de Semana Santa, son contrarios a la igualdad general y la igualdad religiosa. Pues con ellos se otorgan indultos a varios presos por motivos religiosos. Si bien, no es necesario que el reo sea católico, por medio de la Cofradía, al ser esta una comunidad religiosa de una confesión, se otorga el indulto a razón de motivos religiosos. De esto se entiende que examina el indulto solicitado con el privilegio que lo solicita una asociación de fieles católicos, y por razón de una festividad religiosa.

Con la concesión del indulto en esas circunstancias, evaluamos que la solicitud se diferencia al resto de solicitudes de indulto, pues a ojos del Consejo de Ministros, ya acude con una distinción que le permite que se le dé un trato de favor o privilegio. Este supuesto sería un claro ejemplo de desigualdad en la aplicación de la ley¹⁵⁵, pues toda la regulación de la normativa del derecho de gracia, se aplica de

¹⁵³ Martínez Sampere, E. *Reflexiones constitucionales sobre igualdad religiosa*, en *La libertad religiosa en el Estado social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 169.

¹⁵⁴ Martínez de Pisón Cabrero, J. *Constitución y libertad religiosa en España*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pág. 362.

¹⁵⁵ STC 49/1982, de 14 de julio de 1982: hubo una discusión a principios de nuestra joven democracia, de si la igualdad era solo garantizada ante la ley, significando ello que sólo se podría observar cuando desde el texto legal se faltaba a ella, sin embargo, fue rápidamente zanjado por el Tribunal Constitucional, el cual admitió que la igualdad tiene dos contenidos: la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley.

forma distinta a los reos solicitados por las Cofradías, pues si bien se estudian con exigencias parecidas al resto, ya cuentan con más mérito por provenir la solicitud de una Cofradía, y con más probabilidades de ser concedido.

Esta vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley, tal y como la observamos, la ratifica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ello es así pues asegura que la ley debe ser “aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no se precisen en la norma”¹⁵⁶.

7.3.3.2 Igualdad religiosa del artículo 16 Constitución

Algunas voces defienden la no vulneración de la igualdad religiosa en los indultos de Semana Santa. Se afirma que el hecho de que se concedan indultos a las Cofradías, no impide que si otra confesión presentara una solicitud similar con motivo de una celebración religiosa pudiera ser concedido¹⁵⁷. Ante ello recordar que, de ser así, se vulneraría por igual el principio de aconfesionalidad, como hemos destacado anteriormente. Y en segundo lugar, no quedaría asegurada la concesión del indulto, pues un indulto presentado por otra confesión no gozaría del trato privilegiado, pues no cuenta con la tradición de las Cofradías de Semana Santa. Parece evidente que el sustento del privilegio es la tradición católica de nuestro país, que no tendría otra confesión.

Aun así, de concederse por igual indultos a otras confesiones por respeto y promoción de sus festividades, quizás quedaría salvada la igualdad religiosa, pero no la igualdad general tal como ya se ha explicado, cosa que tampoco abalaría la concesión de estos.

7.3.3.3 ¿Desigualdad entre las Cofradías y Hermandades?

Si ya creemos que ha quedado clara la inviabilidad de los indultos, por la lesión que causan al principio de igualdad e igualdad religiosa, quisiéramos terminar poniendo de relieve un hecho que nos ha parecido interesante y realmente paradójico. Incluso suponiendo los indultos de Semana Santa un error para la igualdad material entre ciudadanos, también en su práctica observamos una especie de desigualdad entre las Cofradías para acceder a los indultos de Semana Santa.

¹⁵⁶ STC 144/1988, de 12 de julio de 1988.

¹⁵⁷ Op. Cit. R, Rodríguez Llamosí. *El perdón Cristiano en el Derecho Español: los indultos a las Cofradías de penitencia*, pág. 15. El autor afirma que si los musulmanes solicitaran indultos por la celebración del Ramadán, la configuración del indulto no impide que pudiera ser concedido. Así mismo recuerda, que han sido concedidos indultos en honor a otras celebraciones como la aprobación de la Constitución republicana o el año Mariano y Jacobeo de 1954, sucesos que acontecieron en épocas ajenas a nuestro periodo constitucional.

Estamos hablando del trato privilegiado que se le da a la Cofradía del Rico en la concesión de los indultos. Esta al gozar del privilegio expreso otorgado por Carlos III, accede años tras año al indulto, tal es así que anualmente se le ha otorgado un indulto durante la friolera de 160 años consecutivos, con excepción de una ausencia en 2017¹⁵⁸. Ello configura una especie de falta de igualdad respecto de otras Cofradías para acceder al indulto. Es decir, si ya las Cofradías acceden con un trato privilegiado a la concesión del indulto, dentro de las mismas, hay una que obtiene de seguro el indulto. Siendo esto una desigualdad dentro de la desigualdad.

7.4 Propuesta de solución de la controversia

Terminamos este apartado con la consciencia de que el indulto de Semana Santa es altamente contrario a los principios que inspiran el Derecho Eclesiástico del Estado, y en particular respecto a aconfesionalidad e igualdad. Sin embargo, no dejamos de ser conscientes de la importancia que tienen, para las Cofradías y sus fieles, los indultos de Semana Santa.

Por otra parte, no podemos negar que la tradición de liberar reos el Viernes Santo tiene sus bonanzas en el hecho de que la mayoría de reos fueron condenados por delitos menores, las pruebas que lo sentenciaron no eran del todo contundentes y se reincorporan con facilidad en la sociedad, y no vuelven tampoco a delinquir. Incluso algunas voces alaban el indulto como un ejercicio de reconciliación del preso con la comunidad. Así mismo, es libre y efectivo desarrollo de la libertad religiosa de Cofradías y Hermandades, pues generan un cambio en la sociedad persiguiendo sus fines espirituales: el perdón.

Hemos tomado nota de ello y, es por eso, que no quisiéramos dar fin a este apartado sin aportar una propuesta, con intención de resolver el debate entre detractores y adeptos a los indultos de penitencia. Vemos como la tradición de liberar un preso se encardina, entre muchas otras razones, en el privilegio de la Cofradía del Rico, y tiene razón de ser en aquellos condenados que salieron del cautiverio, procesionaron al Cristo, y retornaron a cumplir condena. Pues bien, en la perduración de la tradición, y sin negar las raíces católicas de nuestra identidad y cultura, las autoridades competentes podrían reformular la tradición.

Éstas, deberían de dejar de conceder indultos por Viernes Santo, y tramitar así las solicitudes de las Cofradías sin atención a su carácter religioso, ni por motivo de privilegios históricos, resolviendo así la solicitud como un indulto más, y sometiéndolo a los criterios generales. Pero en aras de conservar la tradición, y la voluntad de los fieles, se podrían conceder permisos penitenciarios a aquellos condenados que quisieran formar parte de un cortejo procesional.

¹⁵⁸ Vid. Anónimo. (2018, 14 febrero). La Cofradía malagueña de Jesús El Rico romperá la tradición de más de 160 años de indultar a un preso esta procesión. Antena 3. Recuperado de: <https://bit.ly/2H6JbCt> (12 diciembre 2018).

Creemos que sería un buen ejercicio de promoción y garantía de la libertad religiosa de los que cumplen condena. Y, a su vez, haría buena honra a la tradición, en cuanto que se rememorarían aquellos condenados de Málaga que en 1759 procesionaron al Cristo para que obrara el milagro de sanar a la ciudad de la epidemia de peste, y al terminar retornaron al penal. Si se optara por ello, creíamos que se abogaría por un modelo de adaptación de las tradiciones a las exigencias constitucionales, y se haría en favor de la libertad religiosa. Así como que se evitaría la supresión, y no se podrían reprochar tendencias laicistas, por parte del Estado.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El objetivo de este trabajo era filtrar todas las acciones y comportamientos que tiene el Estado en Semana Santa, conforme a los principios que se desprenden del artículo 14 y 16 de la Carta Magna: libertad religiosa, igualdad religiosa, aconfesionalidad religiosa y cooperación del Estado con las confesiones. Tengo que reconocer que al empezar y al formular el trabajo, tenía el temor de que gran parte de las ceremonias y actos no tuvieran cabida en el precepto constitucional. Ese temor se debía a que, como seguramente muchos españoles sienten, tengo un gran aprecio a nuestras tradiciones, que conforman nuestra identidad y hacen, por lo que respecta a la Semana Santa, que concurramos por las calles de nuestras ciudades a disfrutar juntos de nuestra cultura.

Pues bien, he tomado consciencia, que la configuración de la libertad religiosa que ha dado nuestro ordenamiento jurídico, no tiene porqué reprimir todas aquellas colaboraciones estatales con los actos de Semana Santa, pues tiene también un deber de cooperación y consideración de las creencias religiosas de la sociedad. Ello es así, pues entender la aconfesionalidad del Estado, desde una perspectiva mucho más fundamentalista, tendente al laicismo, también contraviene el artículo 16, y lesiona el derecho de libertad religiosa, como tesoro que custodian los principios informadores del Derecho Eclesiástico del Estado.

SEGUNDA. De todas formas, sí que es verdad que algunas de nuestras tradiciones deben de ser reformuladas y otras abandonadas, atendiendo al texto constitucional y a la realidad sociológica de los españoles. Esto se ha puesto en evidencia con los supuestos que hemos tratado. En mente tengo el izado de bandera y los indultos de penitencia, que, si bien forman parte de nuestras tradiciones, estas deben de ser abandonadas o reformuladas, pues chocan con el principio de aconfesionalidad, y son vestigios innecesarios de la confesionalidad de etapas pasadas. En este sentido, creo que deben de ser abandonadas aquellas donde no quepa reformulación.

TERCERA. El izado de bandera, de los tres supuestos, es el que merece ser erradicado, pues constituye una confusión entre funciones religiosas y estatales, que no benefician a la imagen de neutralidad del Estado. Además, su fundamentación por vía de la tradición y libertad religiosa de los militares decae, bajo los argumentos ya expuestos. Y pone de manifiesto, que la sustentación de simbología o prácticas religiosas en las Instituciones Públicas por vía de la tradición, como un argumento recurrido por los Tribunales, no vale ante todos los supuestos. Siempre hay que tener presente si con el mantenimiento, perdura, de algún modo, la oficialidad de la Iglesia Católica de épocas pasadas. Con ello queremos poner de relieve, que argumentar todo mediante la tradición, puede llevarnos a una confesionalidad en la trastienda de las Instituciones Públicas españolas.

CUARTA. Sin embargo, respecto de los indultos, creo que su abandono podría ser aprovechado y reformular la tradición. Creo que sería plausible, que desde el Estado se diera la opción a los reos, que lo quisieran, de procesionar en Semana Santa, y establecer los debidos mecanismos de colaboración con las Cofradías y Hermandades para que pudieran hacerlo. En ello recordáramos aquellos presos malagueños del siglo XVIII, y, además, se ampliaría el derecho de libertad religiosa de los que cumplen condena.

QUINTA. La reformulación o erradicación de tradiciones frontalmente contrarias, debe de hacerse, pues la sociedad española ha evolucionado y, si bien la gran mayoría se declara católica, cada día abundan más los ciudadanos de otras confesiones o que se declaran sin creencias religiosas, y estos necesitan desarrollar sus opciones religiosas con la misma intensidad que lo hacen los católicos. Significando ello que el Estado debe reprimir aquellos legados que constituyan un privilegio o den más veracidad a los postulados de la Confesión Católica.

SEXTA. Del mismo modo, los poderes públicos tienen que ser conscientes de la gran carga identitaria que tiene nuestro país, y reconocer que el catolicismo ha contribuido a la configuración de nuestra identidad. Con ello se deben de respetar al máximo posible las tradiciones, siempre y cuando no vulneren la aconfesionalidad. Además, se deben de preservar aquellas, por las cuales se ejercita el derecho de libertad religiosa, en ello tengo en consideración el aval que cuenta la participación de las Fuerzas Armadas en procesiones y demás actos. Con esta colaboración de los Ejércitos se mantiene una apreciada tradición, y se da efectividad a la libertad religiosa de militares y ciudadanos católicos.

SÉPTIMA. Quisiéramos también anotar, que si en este trabajo se ha alcanzado un tono demasiado alarmado y reprochador de aquellas acciones del Estado que hemos entendido quebrantadoras de nuestro ordenamiento, se han formulado desde el conocimiento, y teniendo en cuenta, que si aún perduran a día de hoy, es porque como se puso de manifiesto en la introducción, cuarenta años de democracia no son suficientes para abandonar las intensas relaciones entre Estado e Iglesia. Además, somos conscientes que en estos cuarenta años han vivido y aún viven, generaciones que han entendido y vivido su fe con la concurrencia del Estado, y ello requiere de un paso temporal en que todos tomemos consciencia de cuándo procede o no un acto del Estado. Esto nos debería llevar a una cooperación con la confesión católica que sea proporcionada y conviva con tranquilidad con los demás principios informadores: libertad religiosa, igualdad religiosa y aconfesionalidad del Estado.

OCTAVA. Para conseguir los objetivos enumerados, la adaptación de las tradiciones a los principios constitucionales, no creemos que se deba hacer desde un cierre de filas desde la legislación. Es decir, no deben de enumerarse ni prohibirse aquellos actos que no se pueden realizar, desde la ley, pues cada caso presenta un seguido de particularidades que difícilmente el legislador puede indentificar y determinar en todos los casos. De todas formas, hemos visto en este trabajo que el Observatorio del

Pluralismo Religioso en España, adscrito al Ministerio de Justicia, tiene una línea editorial llamada “Guías para la gestión pública de la diversidad religiosa”. Igual que ha publicado guías para la gestión de la diversidad religiosa y el fenómeno religioso en la vía pública, en centros hospitalarios o en cementerios y servicios funerarios, creemos que realizar una guía de apoyo para la gestión de la festividad de la Semana Santa conforme a la Constitución y a la diversidad religiosa, sería realmente interesante como una decálogo de cómo se debe de dar la participación de las instituciones en esta.

NOVENA. Para finalizar, quisiéramos sintetizar nuestra conclusión respondiendo a la pregunta que nos formulábamos con el título. La intensa colaboración del Estado en la Semana Santa española es compatible con nuestra Carta Magna, siempre y cuando se haga en garantía de la libertad religiosa de los sujetos implicados, respetando nuestras tradiciones, sin caer en la perpetuación de actitudes confesionales, encontrando así un equilibrio entre tradición y libertad religiosa.

BIBLIOGRAFÍA

- Alaez Corral, B. *Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar*, Revista Española de Derecho constitucional, núm 67, Madrid, 2003.
- Barrero Ortega, A. *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- Calvo Espiga, A. *Derecho y factor religioso*, En Derecho, conciencia y libertad religiosa, Editorial Tecnos, Madrid, 2015.
- Cañamares Arribas, S. *Libertad Religiosa, Simbología y Laicidad del Estado*, Aranzadi, Madrid, 2005.
- Carazo Liébana, M^aJ. *El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental*, Revista de Filosofía, Derecho y Política, núm. 14, 2011.
- Contreras Mazarío, JM^a. *El ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito de las Fuerzas Armadas*, Observatorio del Pluralismo Religioso en España, Madrid , 2015.
- De Eguíluz, M. *Milicia, Discurso y Regla Militar*, Amberes, 1595.
- De Pisón Cavero, JM. *Constitución y libertad religiosa en España*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002.
- García Macho, JO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.
- García Maestro, JO. *Iglesia, laicidad y libertad religiosa en la España de hoy*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2010.
- González del Valle, JM^a. *Derecho Eclesiástico Español*, Servicio de publicaciones Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997.
- González Moreno, B. *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Civitas Ediciones, Madrid, 2003.
- González-Varas Ibáñez, A. *Simbología religiosa personal e institucional en el entorno militar*, en Fuerzas Armadas y factor religiosa, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

- Iban Pérez, IC. Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, con el título *Las Fuerzas Armadas y la libertad religiosa*, el día 7 de marzo de 1984. Cuadernos de la Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1984.
- Iban Pérez, IC. *Las Fuerzas Armadas y la libertad religiosa*, Cuadernos de la Facultad de derecho, núm. 7, Universidad de Palma de Mallorca, 1984.
- Llamázares Fernández, D. *Laicidad, sistemas de acuerdos y confesiones minoritarias en España*, en Revista catalana de Dret públic, nº 33, 2006.
- Mapelli López, E. *La liberación de un penado en la Semana Santa de Málaga*, en Religiosidad popular en España: actas del Simposium: 1/4-IX-1997, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, San Lorenzo del Escorial, 2017.
- Martín de Agar, JT. *Los principios del derecho eclesiástico del estado*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIV, Valparaíso (Chile), 2003.
- Martín Deplón, JL. *Libertad religiosa y Fuerzas Armadas*, Revista Española de Derecho Canónico, Universidad Pontificia de Salamanca, núm. 62, 2005.
- Martínez Blanco, A. *Derecho Eclesiástico del Estado (Vol. I)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.
- Martínez de Pisón Cabrero, J. *Constitución y libertad religiosa en España*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- Martínez Sampere, E. *Reflexiones constitucionales sobre igualdad religiosa*, en La libertad religiosa en el Estado social, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- Martínez-Torrón, Javier; en *prologo de Fuerzas Armadas y factor religioso*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.
- Molano, E, *La asistencia religiosa en el Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, nº11, 1984.
- Morales Villanueva, *Los derechos políticos del militar profesional*, en la obra colectiva Libertades Públicas y Fuerzas Armadas, editada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985.

- Moreno Antón, M. *La asistencia religiosa en España, en La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006.
- Navarro Valls, R y Martínez Torrón, J. *Conflictos entre conciencia y la ley*. Editorial Iustel, Madrid, 2002.
- Nieva Fenoll, J. *Proceso penal y delitos de corrupción (algunas bases para la reforma estructural en el proceso penal)*. Revista para el Análisis del Derecho, núm. 2, 2013.
- Ollero, A. *Un Estado Laico, La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- Palomino Lozano, R. *Libertad religiosa individual, Libertad de conciencia*. En *La Libertad religiosa, origen de todas las Libertades*, Buenos Aires, 2008.
- Palomino Lozano, R. *Manual Breve de Derecho Eclesiástico del Estado*, Manual. Autoeditado, Madrid. 2016.
- Pérez Villalobos, *La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas*, en *Revista Española de Derecho Militar*, número 78, julio-diciembre 2001.
- Polo Sabau, JR. *Estudios sobre la Constitución y la Libertad de Creencias*, Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga, Málaga, 2006.
- Porrás Ramírez, JM. *Mandato de neutralidad de las instituciones públicas y simbología religiosa*, *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 94, 2012.
- Porrás Ramírez, JM^a, *Derecho de libertad religiosa*, Editorial Tecnos, Madrid, 2014.
- Porrás Ramírez, JMa. *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de Derecho*, Thomson Civitas Aranzadi, Navarra, 2006.
- Prieto Álvarez, T. *Libertad religiosa y espacios públicos*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- Prieto Sanchís, *El derecho fundamental de libertad religiosa*, en *Curso de Derecho Eclesiástico*, Madrid, 1991.
- Prieto Sanchís, L. *Sobre la libertad de conciencia*, en *Libertad y Derecho fundamental de Libertad Religiosa*, Editoriales de Derecho Reunidas, Arcos de la Frontera (Cádiz), 1989, pág.144.

- Ribes Suriol, AI. *El derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos: sentido y alcances*. Revista de Derecho de la Universidad de Valencia, núm, 1, Valencia, 2002.
- Rodríguez García, JA. En *El principio de laicidad: neutralidad religiosa y, separación entre el estado y las confesiones religiosas*, dentro de su obra *Libertad Religiosa y terrorismo islamista*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017.
- Rodríguez Llamosí, JR. *El perdón Cristiano en el Derecho Español: los indultos a las Cofradías de penitencia*, en *Religiosidad Popular, Cofradías de Penitencia*, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, San Lorenzo del Escorial, 2017.
- Ruffini, F. *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Il Molino, Bologna 1992.
- Sánchez Domingo, R. *Sobre el perdón real. El indulto de un condenado por delito menor en la Cofradía de Nuestra Señora de la Soledad de Burgos*, en *Religiosidad popular: Cofradías de penitencia*, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, San Lorenzo del Escorial, 2017.
- Seglers Gómez-Quintero, A., *La acomodación de las festividades religiosas y la nueva protección por discriminación indirecta en el orden laboral*, Revista Ius canonicum, núm.88, Navarra, 2004
- Suárez Pertierra, G. *Laicidad en el Constitucionalismo español*, en coord. Llamazares Fernández, D. *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- Valero Heredia, A. *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 2008.
- Viladrich, PJ. *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Eunsa Editorial, Pamplona, 1980.
- VV. AA. Coord. Suárez Pertierra, G. *Derecho eclesiástico del Estado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 3 de noviembre de 2009.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 7 de julio de 2011.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 18/1981, del 8 de junio de 1981.

- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 21/1981, de 15 de junio de 1981.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 2/1982, de 29 de enero de 1982.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 24/1982, de 13 de mayo de 1982.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 49/1982, de 14 de julio de 1982.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 62/1982, de 15 de octubre, de 1982.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 93/1983, de 11 de noviembre de 1983.
- Auto Tribunal Constitucional núm. 369/1984, de 20 de junio de 1984.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 110/1984, de 26 de noviembre de 1984.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 19/1985, de 13 de febrero de 1985.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 94/1985, de 29 de julio de 1985.
- Auto Tribunal Constitucional núm. 862/1986, de 29 de noviembre de 1986.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 160/1987, de 27 de octubre de 1987.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 144/1988, de 12 de julio de 1988.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 120/1990, de 27 de junio de 1990.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 137/1990, de 19 de julio de 1990.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 340/1993, de 16 de noviembre de 1993.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 55/1996, de 28 de marzo de 1996.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 166/1996, de 28 de octubre de 1996.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 177/1996, de 11 de noviembre de 1996.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 235/2001, de 13 de diciembre de 2000.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 46/2001, de 15 de febrero de 2001.

- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 154/2002, de 18 de julio de 2002.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 101/2004, de 2 de junio de 2004.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 128/2007, de 4 de junio de 2007.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 34/2011, de 28 de marzo de 2011.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 51/2011, de 14 de abril de 2011.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 145/2015, 25 de junio de 2015.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 381/2003 de 11 de abril de 2003.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 312/2010, de 11 de noviembre de 2010.
- Sentencia Tribunal Supremo de 12 de junio de 2012.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 123/2016, de 24 de octubre de 2016.