

LEY Y JURISPRUDENCIA

GLORIA M. MORAN
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO

- I. *El nuevo sistema jurídico de Derecho Eclesiástico en España:*
 1. Consideraciones previas.
 2. Sus fuentes. La ley.
 3. Función de la jurisprudencia.
- II. *Ley, jurisprudencia y sistemas jurídicos:*
 1. Valor de la ley y de la jurisprudencia en los sistemas jurídicos anglosajones y continentales: análisis comparativo.
 2. Una referencia peculiar y de interés comparativo: ley y jurisprudencia norteamericanas sobre las cláusulas religiosas de la primera Enmienda.
- III. *La jurisprudencia en el actual Derecho Eclesiástico del Estado español:*
 1. Aplicación judicial de la ley: la tutela del derecho de libertad religiosa.
 2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre libertad religiosa: análisis evolutivo.
 - 2.1. Hasta la Ley de Libertad Religiosa, de 28 de junio de 1967.
 - 2.2. De la Ley de Libertad Religiosa de 1967 a la de 5 de junio de 1980.
 - 2.3. Jurisprudencia posterior a 1980.
 3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
 - 3.1. Contenido.
 - 3.2. Valor interpretativo.
- IV. *Conclusiones.*

I. EL NUEVO SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO EN ESPAÑA

1. *Consideraciones previas*

Como bien ha dicho PEDRO LOMBARDÍA, en un sentido amplio el Derecho Eclesiástico español ha existido siempre, y la legislación estatal sobre materia religiosa ha sido muy abundante, como lógica consecuencia de la importancia de la Iglesia católica de la vida social y jurídica española¹.

El nuevo Derecho Eclesiástico español es fruto de la «reforma política» iniciada en 1977, aunque enclava sus raíces en el régimen de 1936 a 1977. Este período está caracterizado por la confesionalidad católica del Estado², que llevó aparejada la limitada competencia legislativa estatal en materia eclesiástica, tal y como se desprendía del II Principio Fundamental del Movimiento Nacional (Ley de 17 mayo 1958): «La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única y verdadera fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación.» También había sido fijada bilateralmente por el Concordato de 1953, donde el Estado se comprometía «a no legislar sobre materias mixtas o sobre aquellas que pueden interesar de algún modo a la Iglesia, sin previo acuerdo con la Santa Sede» (n. 10).

Cuando las materias eclesiásticas eran legisladas por la Iglesia católica, la jurisprudencia canónica tenía también un determinado ámbito de eficacia dentro del ordenamiento estatal, esto es, «el que establezca el Concordato con la Santa Sede», tal y como afirma el artículo 32 de la Ley Orgánica del Estado (1967).

Un buen ejemplo lo constituyó la legislación matrimonial en el Derecho español³, al reconocer expresamente la potestad de la Iglesia católica

¹ LOMBARDÍA, «Precedentes del Derecho Eclesiástico español», en *Derecho Eclesiástico del Estado español* (2.ª ed.), Pamplona 1983, pág. 111.

² *Fuero de los españoles* (1945), arts. 1 y 6; *Ley de Sucesión* (1947), art. 1.

³ Artículo 75 (*Código civil*), según redacción de la Ley de 24 de abril de 1958: «El

sobre el matrimonio de los católicos, y de ahí no sólo la aplicación de la legislación, sino también la jurisdicción canónica, lo que fue reafirmado por el propio Concordato y por el Código civil ⁴.

Como vemos, ley y jurisprudencia canónicas tuvieron un destacado papel en el Derecho Eclesiástico del Estado español, en el período 1936-1977. La legislación estatal propiamente dicha no hacía sino reafirmar esta competencia. Sin embargo, las pautas de evolución vendrán dadas por dos hechos jurídicos, cuya repercusión en la legislación y jurisprudencia estatales, al menos en el plano teórico, es bien conocida.

En primer lugar, el establecimiento, por la Ley Orgánica del Estado (artículos 59 a 66), del recurso de contrafuero, desarrollado por la Ley de 5 abril 1968, concediendo a la jurisprudencia un papel destacadísimo: el control de la constitucionalidad de las leyes ⁵.

Además, como consecuencia de la Declaración *Dignitatis Humanae* del Concilio Vaticano II, el Estado tiene que asumir la protección de la libertad religiosa, pues en virtud del Principio II del Movimiento Nacional se exigía el acatamiento a la doctrina de la Iglesia, y esto determina la necesidad de reformar la legislación española en conformidad con el principio de libertad religiosa. Así, el artículo 6 del Fuero de los Españoles afirmará, tras la modificación, que «el Estado asumirá la protección de la libertad religiosa que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público». De este modo, el Estado establece la primera garantía formal del derecho de libertad religiosa con relativa amplitud.

La tutela jurídica en materia religiosa por parte del Estado será el pilar donde se asiente el Derecho Eclesiástico estatal. Y he aquí la gran diferencia que media entre el viejo y el nuevo Derecho Eclesiástico español, dejando de ser una tutela orientada hacia el principio de confesionalidad, para convertirse en la tutela estatal del principio de libertad religiosa, lo que, en lógica congruencia, determina un planteamiento polarmente diverso de una y otra situación político-jurídica. Esta nueva situación se manifiesta en el superior nivel legislativo en la Constitución de 1978.

matrimonio canónico en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia católica.»

⁴ Artículo 24 del *Concordato* de 1953: «El Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al privilegio paulino» (núm. 1).

El artículo 80 del *Código civil* (redacción de 1958) se expresa en términos semejantes, dejando constancia que el conocimiento de estas causas corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica conforme al procedimiento canónico.

⁵ Según reconoce mayoritariamente la doctrina, el recurso de contrafuero se equiparará al control de constitucionalidad de las leyes.

2. Fuentes del Derecho Eclesiástico español. La ley

El nuevo Derecho Eclesiástico español tiene su fuente primordial en la Constitución de 1978. En ella se establece la tutela jurídica de la libertad religiosa, en su consideración individual y colectiva. Pero, además, esta tutela sólo devendría eficaz si se realiza a través de toda la legislación estatal, pues, en definitiva, todo el Derecho Eclesiástico adquiere auténtica importancia doctrinal y práctica si se integra unitaria y sistemáticamente en el Ordenamiento jurídico de ese Estado y cuando, asimismo, repercuten en él los problemas de aplicación concreta de las normas que debate la jurisprudencia. Por ello, hemos de tener presente que parte de la normativa vigente surgió bajo el régimen anterior, haciéndose necesario su reexamen —o su modificación, parcial o total— a la luz de los nuevos valores y principios constitucionales⁶.

La afirmación de que la política y el Derecho mantienen inescindibles relaciones constituye un conocido tópico de las ciencias sociales. La conexión entre ambas es la misma, o al menos es derivada de la que existe entre el poder y la norma. El poder permite la vigencia formal y real de la norma positiva y el Derecho como cauce normativo hace posible, a su vez, la actividad política⁷.

Como indica el Prof. DE CASTRO, el fin inmediato e instrumental del Derecho consiste en realizar prácticamente el ideal de vida de la dirección política del Estado⁸, y prueba de ello lo fue el Derecho Eclesiástico español del régimen de 1936-1977, como lo es el nuevo Derecho Eclesiástico español del presente Estado democrático. Y si la dirección política del régimen de 1936 en materia religiosa se orientaba al acatamiento de la doctrina de la Iglesia católica, instrumentalizada a través del principio de confesionalidad, la orientación política del presente sistema democrático cifra su objetivo, desde la perspectiva eclesial, en la protección de la libertad religiosa.

Las fuentes del Derecho Eclesiástico español son, genéricamente, las mismas señaladas en el propio Ordenamiento. Tal y como reconoce el artículo 1 del Código civil son: la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Pero, además de la ley, como norma impuesta unilateralmente por el Estado, son también fuentes del Derecho Eclesiástico los Acuerdos con otros Estados, así como con Confesiones religiosas, e incluso, los ordenamientos jurídicos de Confesiones religiosas que tienen reconocida o atribuida relevancia jurídica en el ordenamiento estatal (obviamente, el orde-

⁶ LOMBARDÍA, *Fuentes del Derecho Eclesiástico español*, ob. cit., págs. 137 y sig.

⁷ Véase al respecto MARÍN PÉREZ, *La política del Derecho*, Barcelona 1963, págs. 62 y siguientes.

⁸ Cfr. DE CASTRO, *Derecho civil de España. Parte General*, tomo I, libro preliminar, *Introducción al Derecho civil* (3.ª ed.), Madrid 1955, págs. 44 y sig.

namiento canónico mantiene en este punto unas relaciones particularizadas, tanto por su expresa referencia constitucional a la Iglesia católica, como por los Acuerdos de rango internacional, así como las remisiones del propio Código civil).

Por tanto, la ley como fuente del Derecho Eclesiástico español presenta, al menos, cuatro vertientes: la ley estatal propiamente dicha, la norma internacional proveniente del acto de suscripción de Declaraciones y Convenios multilaterales, las normas de carácter bilateral suscritas con otros Estados o con Confesiones religiosas y, en fin, la ley canónica —y, en hipótesis, la de otro ordenamiento confesional—, por la relevancia del ordenamiento canónico en el ordenamiento español no en atención a la confesionalidad del pasado, sino justamente por su radicación en la realidad social española.

Todas ellas están asumidas por el Estado solamente en la medida en que éste les confiera validez normativa.

3. *La función de la jurisprudencia*

La jurisprudencia no es, al menos desde la formulación legal, una fuente autónoma del Derecho español. Quiero esto decir que la labor judicial queda excluida del proceso de creación de la ley.

Por otra parte, el Derecho positivo español no ofrece una noción precisa de jurisprudencia⁹. Jurisprudencia y doctrina legal, como resultado de la actividad judicial, no tienen, a menudo, contornos delimitativos definidos en la práctica.

Sin duda, al poder judicial se le atribuye tradicionalmente la capacidad intrínseca de interpretar y aplicar la ley, y que nuestro Código civil recoge en su artículo 1, núm. 6, de ahí que no resulte difícil reconocer que la jurisprudencia en el sistema jurídico español —como en los sistemas de corte continental— tiene una función específica, como hemos dicho, de interpretación y aplicación de la ley.

Se resuelven de este modo dos de los problemas de insoslayable planteamiento:

- 1) la justificación de la validez de las normas jurídicas; y
- 2) la relación entre teoría y práctica del Derecho¹⁰.

Por ello, el Derecho como *ars iuris* (*ars de bono et aequo* en la bella y certera expresión de CELSO), y como asumió el Derecho romano, ad-

⁹ Cfr. LALAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona 1969, pág. 48. También, cfr. FRANCESCHELLI, «La giurisprudenza come fonte del diritto e la *Doctrina legal del Tribunal Supremo* spagnolo», en *Rivista di Diritto civile*, XXVIII (1982), p. II, págs. 298 y sigs.

¹⁰ Como brillantemente expone Díez-PICAZO en su prólogo a la obra de LALAGUNA citada, pág. 12.

quiere su pleno sentido en la labor jurisprudencial. Si la doctrina legal de los Tribunales tiene un valor técnico, la doctrina jurisprudencial tiene un valor de realización de lo justo¹¹; he aquí su validez como actividad creadora, prudencial, valorativa, aunque no precisamente normativa. Además, aunque la actividad judicial ha de someterse a la propia ley, como única restricción a su independencia genérica, esta misma independencia es la que le permite interpretar y aplicar la ley a la que se somete.

Como bien indica DÍEZ-PICAZO, el Derecho es algo acabado y formulado, no es un *datum* que hay que aplicar, es un *quaesitum*, es un juicio sobre la corrección o regularidad de una pretensión¹², y aquí reside la función virtual de la jurisprudencia, como parte integrante del Derecho, su función correctora y compensadora de la ley, aunque la realidad la restrinja con frecuencia a la *interpretatio legis*, y no a su originaria función como *interpretatio iuris*.

La jurisprudencia en materia eclesiástica tendrá, pues, que interpretar y aplicar la ley relativa a cuestiones religiosas cuyo origen podrá ser estatal, internacional, bilateral o confesional de una confesión religiosa reconocida, siempre desde una perspectiva correctora y compensadora de la ley.

Conviene, asimismo, tener presente una cuestión que trataremos más adelante, de modo directo y que garantiza la real eficacia de todo el sistema normativo, esto es, la tutela judicial del derecho al ejercicio de libertad religiosa, eje, en definitiva, de toda la jurisprudencia en materia eclesiástica.

II. LEY, JURISPRUDENCIA Y SISTEMAS JURÍDICOS

1. Valor de la ley y la jurisprudencia en los sistemas anglosajones y continentales: análisis comparativo

El *ius civile* romano nace de normas consuetudinarias simples y rígidas, llegando a identificarse con la propia jurisprudencia: *ius civile ... in sola prudentium interpretatione consistit*¹³.

Y el período clásico constituye la etapa más floreciente de la jurisprudencia romana.

La jurisprudencia romana se identificó con el Derecho en sus expresiones más vivas y concretas, como sutilmente escribe LALAGUNA¹⁴. En el

¹¹ Sobre la distinción entre doctrina legal y jurisprudencial nos remitimos a MARÍN PÉREZ, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1974, pág. 52; LALAGUNA, *ob. cit.*, páginas 59 y sigs.; DE CASTRO, *ob. cit.*, págs. 569 y sigs.

¹² Cfr. DÍEZ-PICAZO, *cit.*, págs. 14 y sig.

¹³ Véase MARÍN PÉREZ, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1974, páginas 111 y sigs.

¹⁴ Cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 20.

aspecto teórico, esto es, en la fijación de «lo justo» como objeto del Derecho; y en el aspecto práctico o de realización efectiva de «lo justo»¹⁵.

En la actualidad, conocimiento teórico y práctico llegan a contraponerse como actividades distintas. Incluso en el ámbito de la jurisprudencia se distingue entre jurisprudencia teórica, como ciencia jurídica, y práctica, como ejercicio de la función judicial¹⁶. Ello conduce a dos contradicciones, una terminológica y otra funcional.

La primera es originada por el significado mismo de *Jurisprudence* o *Jurisprudenz*, en terminología inglesa o alemana, que se identifica con ciencia del Derecho; mientras que, en la perspectiva de los países latinos, la jurisprudencia viene determinada por la actividad de interpretación y aplicación de la ley.

La segunda contraposición proviene de la distinción entre jurisprudencia y doctrina legal. Si los sistemas jurídicos continental y anglosajón tienen un origen común, el Derecho romano, la pregunta es inevitable: ¿por qué, entonces, su radical distinción? Esta es la respuesta que tiene general acogida: el Derecho inglés se asentó en el Derecho consuetudinario y enfatizó la labor jurisprudencial de los juristas romanos clásicos y, en cambio, el Derecho continental se centró en la labor codificadora del período justiniano y desarrolló las técnicas de los comentaristas y glosadores hasta la construcción sistemática del Derecho, donde la importancia del Derecho canónico debe ser siempre valorada, tanto en las modificaciones normativas e institucionales, como en las construcciones doctrinales. Y si el Derecho anglosajón bebió de las fuentes consuetudinarias, el continental lo hizo del Derecho escrito. Así, el primero, como lógica consecuencia, sobrevalorará y girará en torno a la labor del Juez, de la jurisprudencia; y el segundo se centrará en la labor del legislador, en la ley. En cierto modo, el título de esta Ponencia puede muy bien enunciar dos sistemas jurídicos, el continental identificado por la ley, como prototipo del sistema, y el anglosajón, identificado por la jurisprudencia. Sin embargo, en un examen más detenido, el valor de la jurisprudencia en ambos sistemas no es tan diverso. La jurisprudencia anglosajona, con su propia actividad, consigue fijar y dar fuerza y eficacia a la costumbre, mientras que el valor de la jurisprudencia continental reside en dar elasticidad a derechos demasiados rígidos por derivar de su carácter de normas escritas¹⁷.

¹⁵ Véase ALVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid 1966, páginas 73 y sigs.; BIONDI, «Obbietto e metodi della scienza giuridica romana», en *Scritti giuridici*, I, Milano 1965, págs. 99 y sigs.; D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona 1968, páginas 15 y sigs.; GARCÍA GARRIDO, «Jurisprudencia romana y actualidad de los estudios románicos», en *Boletín da Faculdade de Dereito*, vol. XL, Coimbra 1964, páginas 58 y sig.

¹⁶ Cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 211.

¹⁷ Cfr. LATORRE, *Introducción al Derecho*, Barcelona 1968, pág. 80.

En ambos, la jurisprudencia ejerce una función compensadora, correctora. Pero aún hay más, la jurisprudencia continental es el medio por el que la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho adquieren «contornos precisos, eficacia concreta y consistencia real»¹⁸. Y es, por ello, en la jurisprudencia donde teoría y práctica se aúnan.

No obstante, subsiste bien definida la distinción entre jurisprudencia anglosajona como fuente del Derecho, y jurisprudencia continental, que no tiene formal y técnicamente condición de fuente. Al respecto, en todo caso, no conviene olvidar que si la jurisprudencia anglosajona aparece como fuente de definición de derechos subjetivos y fuente de producción del Derecho objetivo¹⁹, la jurisprudencia continental es requisito para la propia eficacia de las fuentes²⁰.

Respecto a la segunda de las contraposiciones ya apuntadas, la distinción entre jurisprudencia y doctrina legal, permítaseme hacer algunas precisiones.

Si bien es cierto que jurisprudencia alude al saber filosófico, o mejor, prudencial del Derecho y la doctrina legal al saber técnico, no es menos cierto que nuestra legislación confunde ambas con frecuencia (sirva de ejemplo la Ley de Bases para la reforma del Código civil de 17 marzo 1973 en su Exposición de Motivos), confusión que ha sido calificada como «anacrónica y acientífica»²¹. Sin embargo, estimo que tal equívoco es, a veces, justificable en razón de su dificultad de distinguirlas en la práctica, al no poderse deslindar dentro de la actividad interpretativa que los Jueces deben hacer respecto de la ley. Y, por ello, la doctrina legal se encuentra necesariamente en la frontera de las actividades legislativa y judicial, dependiendo su existencia tanto de la ley como de la jurisprudencia²².

Son precisamente estas dificultades surgidas de la pretensión de distinguir con nitidez entre lo teórico y lo práctico o entre lo normativo y lo prudencial, lo que nos conduce a las distintas tendencias hacia las que la

¹⁸ Cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 26.

Y como también CARNELUTTI afirma: «Le giurisprudenze... ha nella prassi del diritto un valore che integra quello della legge e, in ogni caso, supera quello della dottrina..., è questa aderenza della giurisprudenza alla vita, senza confronto maggiore di quella della dottrina, che le conferisce una particolare autorità.» (En *Trattato del processo civile*, Napoli 1959, página 147.)

¹⁹ Sobre un estudio detallado de la jurisprudencia anglosajona y *Common Law* inglés, DE COSSIO y CORRAL, «La concepción anglosajona del Derecho», en *Revista de Derecho Privado* (1947), págs. 230 y sigs.; CLARKE, *Outlines of Central Government Including The Judicial System of England* (13.ª ed.), London 1961; CURZON, *Jurisprudence*, Plymouth 1979 (con interesante reseña bibliográfica); DAVID, *Le Droit anglais* (2.ª ed.), París 1969; POUND, *El espíritu del «Common Law»* (trad. española de PUIG BRUTAU), Barcelona s. f.; SANTA PINTER, *Sistema de Derecho anglosajón. Análisis esquemático*, Buenos Aires 1956.

²⁰ Cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 94.

²¹ En este sentido, MARÍN PÉREZ, *ob. últ. cit.*, pág. 70.

²² Nos remitimos a la formulación rigurosa que hace DE CASTRO, *ob. cit.*, págs. 569 y sigs.; al análisis de HERZOG, *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne*, Toulouse, 1942, págs. 227 y sig., y también LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 50 y sigs.

jurisprudencia como ciencia del Derecho se ha orientado, y que no siempre está condicionada únicamente por el sistema jurídico de donde provenga.

En efecto, podemos constatar que se han desarrollado tendencias de diversa índole, con independencia del sistema básico que las sustenta. Así, por ejemplo, la *jurisprudencia de equidad* proveniente de la estructura dualista (*Common Law* y *Equity*) del Derecho inglés, con un origen romano innegable, y que también tiene su importancia en los Derechos continentales e incluso en el español²³.

O también la *jurisprudencia conceptualista* de origen pandectístico, caracterizada por su interpretación lógica y sistemática, tal y como la desarrollaron los juristas medievales, o incluso la Escuela histórica²⁴. O la *jurisprudencia de intereses* que recoge la herencia de IHERING respecto al reconocimiento de los derechos como intereses jurídicamente protegidos, y en ella adquirirá carácter preponderante la valoración integral de los intereses en juego²⁵. La *jurisprudencia realista* o sociológica, como algunos la califican, de origen netamente norteamericano, y basada en su pragmatismo jurídico, concediendo al factor humano un carácter preeminente, y que ha encontrado amplio eco en los Derechos escandinavos²⁶. Y acaso, de un modo u otro, debe ser tenida en cuenta en el Derecho español si se atiende a la influencia de la «realidad social» en la aplicación de las normas, tal como prevé el Código civil (art. 3). O, finalmente, la *jurisprudencia experimental*, que, como jurisprudencia de corte realista, pretende dar cabida a nuevos métodos de captación de hechos, y predicción científica de la conducta humana²⁷.

²³ Véase CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de equidad en las letras españolas* (discurso de 23 de mayo de 1949 leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación); MIAJA DE LA MUELA, «La equidad en las decisiones de los Tribunales internacionales», en *Anales de la Universidad de La Laguna* (1968-1969), La Laguna 1970, págs. 5 y sigs.

²⁴ Véase LEGAZ, «La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1957), págs. 2 y sigs.

²⁵ Véase HECK, *Gesetzesanslegung und Interessensjurisprudenz*, Tubingen 1932 (reimpresión, Berlín-Zurich 1968).

²⁶ Véase sobre el realismo americano: CARDOZO, *The Nature of The Judicial Process*, 1921; HOLMES, *Collected Legal Papers* (ed. Laski), 1920; LLEWELLYN, «Some Realism about Realism», en 44 *Harvard L. R.*, 1.222 (1931); POUND, *Jurisprudence*, 1959; PATARO, «Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico», en *Rivista di Filosofia del Diritto* (1971), I, págs. 108 y sigs.; RUMBLE, *American Legal Realism* (1968); STONE, «Pound and Sociological Jurisprudence», en 78 *Harvard L. R.*, 1.578 (1965); TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962; TWINING, *Llewellyn and The Realist Movement* (1973).

Sobre el realismo escandinavo: LUNDSTEDT, *Legal Thinking Revised* (1962); OLIVECRONA, *Law as Fact* (1971); ROSS, *On Law and Justice* (1958).

²⁷ Véase SCHUBERT, «Judicial Analysis and Voting Behaviour», en *Law and Contemporary Problems*, vol. XXVIII, 1 (1963).

2. *Una referencia peculiar y de interés comparativo:
ley y jurisprudencia norteamericanas sobre las cláusulas
religiosas de la primera Enmienda*

Consideramos que el caso norteamericano debe ser puesto especialmente de relieve por sus peculiaridades:

1) Porque siendo un Derecho de sistema anglosajón cuenta con una ley escrita suprema, su Constitución, la más antigua del mundo occidental, de casi doscientos años, que, en cambio, el Derecho inglés no tiene. Por ello, hay una cierta acomodación a las pautas de los Derechos continentales.

2) Por la protección constitucional que, al igual que la Constitución española y la mayoría de las Constituciones continentales, en términos muy semejantes garantizan y tutelan específicamente el derecho de libertad religiosa.

3) Por la propia tradición jurisprudencial anglosajona, cuyo interés orientamos en nuestro caso hacia la protección del derecho de libertad religiosa.

Bajo este presupuesto, el ejemplo norteamericano es especialmente revelador en materia de ley y jurisprudencia eclesiástica, porque como los sistemas continentales posee un Derecho escrito que día a día adquiere mayor preponderancia, sobre todo en la legislación estatal, y porque, además, ha venido desarrollando una jurisprudencia federal y estatal de larguísima tradición en materia de libertad religiosa. Es, pues, el más claro ejemplo de aproximación entre ambos sistemas jurídicos (continental y anglosajón), y de cuyo análisis sin duda podemos extraer consecuencias útiles o, al menos, aclaratorias.

No es éste el momento apropiado para desarrollar de modo exhaustivo el tema, pero baste decir que anualmente el Tribunal Supremo viene aceptando unos 10 o 15 casos sobre inconstitucionalidad legislativa en materia de libertad religiosa, y son infinidad los casos resueltos en materia religiosa por los Tribunales federales inferiores, así como por los estatales, lo que pone de manifiesto la importancia que la cuestión tiene en E.U.A. en cuanto afecta al derecho de las personas.

Y si, por una parte, la doctrina tradicional del Tribunal Supremo en esta materia es habitualmente separacionista —como consecuencia de una determinada interpretación de la primera Enmienda y de la filosofía de JEFFERSON y MADISON principalmente— también es verdad que tal postura se ha suavizado en bastantes ocasiones, hasta el extremo de admitirse una cierta colaboración, más allá de la pretendida «neutralidad benevolente» entre Iglesia y Estado. Y parece, al menos en cuanto a la labor del Tribunal Supremo, que tendrá una cierta continuidad a tenor de los

recientes cambios operados en el propio Tribunal, a causa de la dimisión de Burger como Presidente y la designación por el Presidente Reagan de Rehnquist para ocupar la Presidencia del Supremo y Scalia como nuevo Magistrado, ambos partidarios de esta aproximación Iglesia-Estado²⁸.

III. LA JURISPRUDENCIA EN EL ACTUAL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO ESPAÑOL

1. *Aplicación judicial de la ley: la tutela del derecho de libertad religiosa*

Indudablemente la Constitución de 1978 ofrece un sistema de protección jurídica de la libertad religiosa, desde una perspectiva estatal no confesional, más elaborado y amplio que las Leyes Fundamentales tras la reforma de 1967, donde subsistía la confesionalidad del Estado. Protección que se hace efectiva judicialmente a través de los recursos de inconstitucionalidad y amparo, ante la jurisdicción constitucional, y ante la jurisdicción ordinaria para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en materia penal, civil y contencioso-administrativa, cuyos procesos gozarán de preferencia y sumariedad tal y como dispone la propia Constitución (art. 53, 2).

La prevalencia de la ley constitucional frente a cualquier otra supone no sólo que el recurso de inconstitucionalidad pueda plantearse en virtud de la legislación estatal ordinaria, sino también a tenor de los Tratados internacionales y bilaterales (art. 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) que incluyen los Acuerdos de las Confesiones religiosas con el Estado español. Toda esta protección constitucional, que se hace efectiva en sus garantías jurídicas a través del poder judicial, otorga a éste una amplísima facultad de *interpretar y aplicar* la ley, cobrando el valor de la jurisprudencia su pleno sentido como *correctora o compensadora* de la ley.

Pero si intentamos dar un paso más en la aproximación de la teoría y la práctica jurisprudencial, tendremos que examinar si la función jurisprudencial como correctora de la ley, que en el plano teórico es no sólo conveniente sino necesario dentro de un sistema político de separación de poderes, tiene en la práctica una real correspondencia y eficacia. Para esto se hace imprescindible un somero, al menos, repaso evolutivo de la jurisprudencia española en materia eclesiástica.

Ahora bien, si hemos de hacer una valoración comparativa y evolutiva de la jurisprudencia sobre el Derecho Eclesiástico del Estado español —en

²⁸ Nos remitimos para su estudio a MORÁN, *La protección jurídica de la libertad religiosa en U.S.A.* (de próxima aparición).

sus relaciones con las leyes de aplicación correspondientes—, considero igualmente necesario hacer algunas precisiones:

1) Restringiré su análisis valorativo a las cuestiones relativas a libertad religiosa, para poder captar la evolución jurisprudencial desde una legislación que mantenía la confesionalidad católica del Estado, hasta una legislación que afirma el derecho de libertad religiosa desde una postura constitucionalmente aconfesional.

2) El análisis estará centrado en la evolución de la ley y la acogida interpretativa de la jurisprudencia, para así poder examinar su pretendida función correctora y compensadora de la ley.

3) No se debe eludir u olvidar el proceso desencadenador de estos hechos, es decir, el cambio social que ha posibilitado el cambio político y que, a su vez, provoca el cambio de la legislación positiva, con la natural influencia en el cambio jurisprudencial, cuestionándonos también la viabilidad del estudio acerca de si el propio cambio de la sociedad ha influido directamente o no sobre el cambio de la jurisprudencia, en el sentido de que ésta perciba por sí misma —anticipándose incluso a la ley— la realidad social y ejerza su actividad en congruencia.

2. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre libertad religiosa: análisis evolutivo*

2.1. *Hasta la Ley de Libertad Religiosa, de 28 junio 1967*

En materia religiosa, el Estado había reconocido la potestad de la Iglesia católica, por lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de este período restringirá su ámbito a cuestiones que atenten contra el orden público. En especial la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo resolverá hasta 1967 cuestiones de tres tipos interconexiónados:

1) Ejercicios de culto religioso acatólico público contraviniendo el artículo 6 del Fuero de los Españoles en su originaria redacción, que restringe al «ejercicio privado» la práctica religiosa acatólica:

«La profesión y práctica de la religión católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial.

Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la religión católica.» [Fuero de los Españoles, artículo 6 (redacc. original de 17 julio 1945).]

2) Proselitismo acatólico, considerado por la jurisprudencia de este período como ejercicio público de la religión y, por tanto, sancionable.

3) Atentación contra la unidad espiritual de España preconizada en el artículo 33 del Fuero de los Españoles y, a su vez, encauzada por vía de delito contra el orden público, según el artículo 2 de la Ley de Orden Público de 30 julio 1959, al señalar que «son actos contrarios al orden público los que atenten contra la unidad espiritual de España».

La jurisprudencia de este período redujo el ejercicio de culto público y el proselitismo acatólicos al tipo 3), esto es, a la atentación de la unidad espiritual de España y, por tanto, devenía delito contra el orden público.

Especial relevancia han tenido en este período las sanciones, por las causas mencionadas, a los testigos de Jehová²⁹.

La jurisprudencia de esta etapa se encuentra ante la tensión de dos extremos. Por una parte, su sometimiento a una ley que le concede un estrechísimo margen de interpretación; y, por otra, su virtual función correctora de esa ley. Pero si su acción correctora se amplía se corre el riesgo de una solapada rebeldía, o no sometimiento a esa ley. Y así parece evidente que la función correctora de la ley está limitada por el propio sometimiento a la misma, y así resulta que la interpretación jurisprudencial dada en este período es unidireccional: la protección y defensa de la unidad espiritual de España o, lo que es lo mismo, protección y defensa de la confesionalidad católica³⁰.

2.2. *De la Ley de Libertad Religiosa de 1967 a la Ley de Libertad Religiosa de 5 julio 1980*

Los cambios que la doctrina de la Iglesia católica presentará en su formulación, en el Concilio Vaticano II, sobre el reconocimiento del derecho de libertad religiosa, determinarán, como hemos recordado, la nueva redacción del artículo 6 del Fuero de los Españoles y la promulgación de la Ley de Libertad Religiosa de 1967. Con ello se opera un trascendente cambio legislativo, aun manteniéndose la confesionalidad católica del Estado³¹. La libertad religiosa es un derecho de todos los ciudadanos españoles tutelado por el Estado. Por tanto, la pregunta subsiguiente será: ¿ha recogido tal cambio la jurisprudencia?

²⁹ Sirvan como ejemplo las sentencias siguientes: sentencia de 12 de mayo de 1964 (Aranzadi, 2.578), sentencia de 27 de junio de 1964 (Aranzadi, 3.893), sentencia de 10 de octubre de 1964 (Aranzadi, 4.192), sentencia de 27 de octubre de 1964 (Aranzadi, 940), sentencia de 6 de noviembre de 1964 (Aranzadi, 942), sentencia de 21 de diciembre de 1964 (Aranzadi, 1.071).

³⁰ Para un estudio más detallado de la jurisprudencia de este período nos remitimos a MARTÍN-RETORTILLO, *Libertad religiosa y orden público (Un estudio de jurisprudencia)*, Madrid 1970.

³¹ Sobre libertad religiosa y confesionalidad estatal en España, véase SUÁREZ PERTIERRA, *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico español*, Vitoria 1978.

Por una parte, se modificó el artículo 6 del Fuero de los Españoles, pero no el artículo 33, lo que podría dar lugar a una cierta contradicción en la interpretación jurisprudencial sobre «derecho de libertad religiosa» y «atención a la unidad espiritual nacional». Por otra, se planteaba necesariamente la cuestión acerca de la irretroactividad de artículo 6 del Fuero de los Españoles.

Respecto a la jurisprudencia interpretativa de los artículos 6 y 33 del Fuero de los Españoles, la postura adoptada será la de la protección de la unidad espiritual nacional, la protección de la confesionalidad católica del Estado, frente al de protección directa y plena de la libertad religiosa, al aplicar el principio de irretroactividad del artículo 6 del Fuero de los Españoles. Buenos ejemplos son la sentencia de 6 octubre 1967, donde se afirma por el Tribunal que: «... no es aceptable el argumento del principio de libertad religiosa que el demandante aduce... porque la modificación última del artículo 6 del Fuero de los Españoles es inaplicable... por su irretroactividad...»³².

Posteriormente, otra sentencia de 5 junio 1968 confirma este criterio jurisprudencial³³ del principio de irretroactividad en materia de libertad religiosa, lo que sorprende frente a la regla tradicional de la eficacia retroactiva de las leyes que favorece al reo (en Derecho penal) o al sancionado (en Derecho administrativo)³⁴.

Observamos que si la ley mantiene una postura conciliatoria teórica entre confesionalidad y libertad religiosa, la jurisprudencia encuentra mayores dificultades prácticas, que fuerzan a una dialéctica entre ambos principios (confesionalidad y libertad religiosa) que la jurisprudencia del Tribunal Supremo resuelve, en un principio, a favor del primero, esto es, el de confesionalidad. Pero, poco a poco, los años siguientes hasta 1975 forzarán modificaciones de la precedente postura jurisprudencial, en parte como consecuencia inmediata de los cambios operados en la propia sociedad española.

La década de los años setenta se caracterizará, hasta la reforma política de 1975-1978, por una jurisprudencia que, paulatinamente, suavizará el tratamiento de las Confesiones acatólicas en sus actividades proselitistas; un ejemplo puede ser la sentencia de 29 febrero 1972 del Tribunal Supremo en su Sala 4 (Contencioso-Administrativa), donde resuelve a favor de un testigo de Jehová sancionado por actividades proselitistas con una multa por la Dirección General de Seguridad el 23 noviembre 1966 y desestimado el recurso de alzada interpuesto en fecha de 11 febrero 1967 (antes, como vemos, de la publicación de la Ley de Libertad Religiosa), el argumento de la Corte se centra en el carácter circunstancial de tales acti-

³² Aranzadi, 4.529.

³³ Aranzadi, 3.112.

³⁴ Nos remitimos a MARTÍN-RETORTILLO, *ob. cit.*, págs. 77 y sigs.

vidades, se aplica la Ley de 28 junio 1967 (libertad religiosa) en sus artículos 1 y 2, y textualmente admite que: «se excluye la inclusión de tal conducta en la Ley de Orden Público»³⁵. Es destacable también que la sentencia hace hincapié en los cambios operados en la legislación española sobre libertad religiosa.

También el principio de irretroactividad que veíamos aplicado por la jurisprudencia posterior a 1967 resulta transformado en la aplicación retroactiva de la legislación. Así, por ejemplo, la sentencia de 24 abril 1973 de la Sala 4 del Supremo reconoce la reforma incorporada al texto de la Ley Orgánica del Estado de 10 enero 1967, que garantiza la tutela jurídica de la libertad religiosa y admite textualmente que «es claro y evidente el efecto retroactivo de la misma»³⁶. La jurisprudencia de esta etapa no es sino un claro reflejo de una sociedad, una política y una legislación en un proceso transicional.

Los años de la reforma política mostrarán una jurisprudencia en materia de libertad religiosa oscilante, caracterizada por una protección tradicional hacia la Iglesia católica, pero, a la vez, por una incipiente protección de la libertad religiosa. Hay, además, en estos años a veces un manifiesto temor en los Jueces, motivado por el potencial desprestigio que pueda afectar a la Iglesia católica, o incluso la falta de respeto por determinadas prácticas o actos realizados por miembros de otras Confesiones, entre los que se incluye nuevamente el proselitismo. Dos ejemplos son explícitos en este punto: la sentencia de 24 febrero 1977 de la Sala Contencioso-Administrativa y la sentencia de 12 mayo del mismo año, que consideran lesivas para la Iglesia católica las actividades practicadas por otras Confesiones y sectas para ganar «adictos». La primera de las sentencias reconoce que las publicaciones de este tipo «con comentarios directamente dirigidos contra el Vaticano y el Año Santo Romano, en desprestigio de la Iglesia católica, lo cual no está permitido en nuestra legislación positiva, que proclama el debido respeto a la Religión católica, que es la de la Nación»³⁷.

En definitiva, es un período caracterizado por las dificultades que plantea la postura conciliatoria entre confesionalidad y libertad religiosa, que si la ley no las acusa en demasía, sí lo hace la jurisprudencia.

2.3. *Jurisprudencia posterior a 1980*

La última etapa jurisprudencial se caracterizará por la reforma constitucional, clave para su entendimiento. Los Acuerdos de 3 enero 1979 entre la Santa Sede y el Estado español y la Ley de Libertad Religiosa

³⁵ Aranzadi, 1.141.

³⁶ Aranzadi, 1.864.

³⁷ Aranzadi, 739, y Aranzadi, 551 (sentencia de 11 de febrero de 1977).

de 1980 (5 julio) serán la nueva «Ley» a la que la «jurisprudencia» tendrá que someterse y habrá de interpretar y aplicar.

La diferencia de bases teóricas es muy grande si tenemos en cuenta la limitada interpretación que la jurisprudencia podía realizar ante el acatamiento a la confesionalidad estatal del período 1936-1977, frente a la actual amplitud interpretativa que ofrece el derecho de libertad religiosa, derecho con un reconocimiento constitucional individual y colectivo. Además, hay que tener en cuenta la amplitud de su contenido, que incluye: *a)* la libertad del culto; *b)* la libertad de conciencia; *c)* libertad de enseñanza y proselitismo; *d)* derecho de reunión, manifestación y asociación religiosa; *e)* y la objeción de conciencia³⁸.

Como sabemos, la tutela del derecho de libertad religiosa podrá ser recabada por cualquier ciudadano ante los Tribunales ordinarios³⁹, civiles, penales y contencioso-administrativos.

Desde 1980 y hasta la actualidad la jurisprudencia más extensa y que con mayor claridad y precisión recoge esta protección del derecho de libertad religiosa es la de los Tribunales penales: en concreto, la del Tribunal Supremo (Sección Penal).

Tengamos en cuenta que la Ley penal reformada por Ley Orgánica 8/1983, de 25 junio, modificó la antigua Sección III, capítulo II, Título I del Código penal, «Delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado y las demás Confesiones», pasando a ser «Delitos contra la libertad de conciencia».

La sentencia de 19 febrero 1982 es un claro exponente de la situación previa a la citada reforma del Código penal, por lo que las dificultades de la labor jurisprudencial se centraban en lo siguiente: 1) la legislación penal aplicable será la de la antigua Sección III, que se acomodaba en su contenido a las exigencias de la Ley de Libertad Religiosa de 1967 y no, desde luego, a la actual protección constitucional y ordinaria de la Ley de Libertad Religiosa de 1980. Sin embargo, ésta es, en 1982, la legislación vigente. 2) Por otra parte, las dificultades de interpretación de expresiones como «confesión reconocida legalmente» o «sentimientos religiosos legalmente tutelados», que la antigua Sección III presentaba en su articulado, hacían especialmente delicada la tarea jurisprudencial.

En la sentencia citada se rechaza el recurso interpuesto por el procesado por un delito de escarnio contra la religión católica, y en sus fundamentos jurídicos se salvan las dificultades mencionadas, en base al reconocimiento por la Constitución en su artículo 16 del notorio arraigo de la Religión católica con la precisión de que la infracción es por «escarnio a la Religión católica o de Confesión reconocida legalmente».

³⁸ Véase IBAN y PRIETO SANCHÍS, *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Madrid 1985, páginas 95 y sigs.

³⁹ Artículo 53, 2, de la Constitución de 1978.

En la sentencia de 15 julio 1982 se resuelve un supuesto de actos de profanación de los «sentimientos religiosos legalmente tutelados», según el artículo 208 del Código penal que no ha sido afectado por la reforma de 1983 (excepto en la pena), por lo que la interpretación de esta expresión se acomoda al cambio constitucional del Derecho Eclesiástico español, y que se percibe con nitidez en la frase «una clara y gravísima ofensa a los sentimientos de cualquier católico, para que *su* Dios...», donde el Juez adquiere una posición aconfesional de respeto al «sentimiento religioso», utilizando la tercera persona: «Su Dios»⁴⁰.

Cronológicamente posterior, la sentencia de 25 enero 1983 —y, por tanto, también anterior a la reforma del Código penal— hace mención expresa de la Ley Orgánica de 5 julio 1980 sobre Libertad Religiosa, siendo reconocido de este modo por el Tribunal el carácter de sujeto pasivo de delito de escarnio de una Confesión religiosa «a la Religión católica o cualquier otra de las reconocidas, conforme a la normativa de la Ley Orgánica de 5 julio 1980...»⁴¹.

La sentencia de 11 julio 1983 presenta un caso de escándalo público, donde se hace referencia expresa a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. En ella se establece el límite de la libertad de expresión partiendo del artículo 20, 4, de la Constitución («Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos contenidos en este Título...»), para determinarlo en torno a la moralidad pública al afirmar que «se acredita que la defensa de la moralidad pública como manifestación de la normal interrelación sexual de los seres humanos, no es un sentimiento retrógrado, residuo de creencias religiosas ya superadas, de una determinada confesión, sino concepto ético juridificado». (...) Fundado en estos antecedentes, el legislador posconstitucional español ha podido, al regular la Ley Orgánica de 5 julio 1980, de Libertad Religiosa (art. 3, 1), señalar como límite a esa libertad

«la protección de los derechos de los demás al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática»⁴².

⁴⁰ Aranzadi, 4.670. En este mismo sentido la sentencia posterior de 10 de diciembre de 1982 (Aranzadi, 7.399).

La redacción del artículo 208 del Código penal, que no resulta modificado por la reforma, es el siguiente: «El que ejecutare actos de profanación en ofensa de los *sentimientos religiosos legalmente tutelados* será castigado con la pena...»

⁴¹ Aranzadi, 48. Redacción del Código penal anterior a la reforma de 1983: artículo 209: «El que de palabra o por escrito hiciese escarnio de *la religión católica o de confesión reconocida legalmente*, o ultrajare públicamente sus dogmas, ritos o ceremonias, será castigado con la pena de prisión menor si realizare el hecho en actos de culto, o en lugar destinado a celebrarlos, y con arresto mayor en los demás casos.»

⁴² Aranzadi, 4.143.

Finalmente, tras la reforma de 25 junio 1983 del Código penal, destacamos una sentencia de 14 febrero 1984, que recoge el cambio del bien jurídico protegido, no ya la Religión católica o cualquiera otra reconocida legalmente, sino «la libertad de conciencia», por lo que se refiere no a «la ofensa a la Religión católica u otras Confesiones reconocidas legalmente», sino a «la ofensa a los sentimientos religiosos de los adeptos a una determinada Confesión»⁴³, con expresa referencia a la legislación constitucional y ordinaria vigente sobre el derecho de libertad religiosa.

En materia civil destacaremos una sentencia sobre la distinción entre las jurisdicciones canónica y civil. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 diciembre 1982 establece que «los organismos jurisdiccionales del Estado no se limitan a prestar un mero auxilio judicial ejecutando en sentido estricto las resoluciones de la jurisdicción canónica, sino... resolviendo con jurisdicción propia los diversos problemas que cada situación matrimonial plantea en particular, para lo que habrán de servirse de las disposiciones del ordenamiento jurídico estatal, actuando con independencia de criterio y en proceso dotado de sustantividad».

Además, se aclara expresamente que «el ámbito de conocimiento y decisión del Juez civil para dar efectividad a las resoluciones pronunciadas por los Tribunales eclesiásticos, que, «si bien no alcanza a revisar el primordial efecto desvinculatorio de la resolución canónica..., sí reviste plenitud de facultades..., por lo que atañe a los aspectos de carácter secundario»; y afirma, en consecuencia, que tal solución «es asimismo la obligada con arreglo a los principios de aconfesionalidad y de exclusividad jurisdiccional inspiradores de la Constitución de 1978»⁴⁴.

En estos ejemplos citados podemos ver reflejado el esfuerzo de la jurisprudencia por amoldar a la Constitución y la legislación posterior, la legislación surgida en el anterior sistema jurídico pero no derogada, y por ello deberá ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales, lo que constituye un loable esfuerzo de la jurisprudencia de este período, aunque por otra parte sea una jurisprudencia oscilante, e incluso insegura en un principio, por las propias dificultades de la tarea conciliatoria, pero que a medida que la ley ordinaria se va adecuando a la Constitución de 1978, adquiere firmeza y fijeza en sus criterios.

3. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

3.1. *Contenido*

La jurisdicción constitucional ofrece a través de los recursos de amparo e inconstitucionalidad una amplia protección al derecho de libertad re-

⁴³ Aranzadi, 776.

⁴⁴ Aranzadi, 7.988.

ligiosa. Entre las sentencias dictadas hemos seleccionado las más significativas, a nuestro entender, en materia de asistencia a las fuerzas armadas, educativa, matrimonial y laboral, que pueden reflejar claramente las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional.

En la sentencia de 13 mayo 1982 sobre un recurso de inconstitucionalidad, donde los recurrentes consideran que el mantenimiento de un Cuerpo eclesiástico castrense es incompatible, según Ley 48/1981, de 24 diciembre (art. 9, 4), con el principio constitucional de que «ninguna Confesión tendrá carácter estatal» (art. 16, 3, de la Constitución de 1978), el Tribunal rechazó el recurso por estimar que la prestación de asistencia religiosa católica por parte del Estado: 1) ni determina inconstitucionalidad, ya que tan sólo se posibilita la efectividad del derecho al culto; 2) ni se atenta contra el derecho de libertad religiosa, pues los miembros de las Fuerzas Armadas son libres para aceptar o rechazar tal prestación; 3) ni tampoco atenta contra el principio de igualdad, ya que no se excluye la asistencia religiosa por otras Confesiones, además de la católica⁴⁵.

Queda, en cambio, sin resolverse si el mantenimiento del Cuerpo eclesiástico castrense —que por otra parte no es mencionado por los Acuerdos de 1979— es incompatible o no con el principio constitucional de la aconfesionalidad estatal⁴⁶.

En materia educativa destacaremos dos sentencias del Tribunal Constitucional. La primera de 13 febrero 1981, relativa a un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 5/1980, de 19 julio, que regula el Estatuto de Centros Escolares, impugnando los artículos 15, 18 y 24 de dicha Ley, al entender los recurrentes que se plantea un conflicto entre el ámbito de libertad religiosa del centro determinado en su ideario y el del profesor respecto a la libertad de cátedra, «por lo que puede invadir y limitar la libertad ideológica y religiosa de los profesores y su derecho a la producción, creación e investigación literaria, artística, científica y técnica y la comunicación de sus resultados; puede invadir y limitar también los derechos de los padres reconocidos en la Constitución y la libertad ideológica de los alumnos». Más que el contenido en sí mismo de la sentencia, nos interesa primero la cuestión sobre «la sentencia interpretativa» solicitada por los recurrentes, que el Tribunal Constitucional resuelve reservándose la posibilidad de dictar sentencias de tal naturaleza por propia iniciativa y no a instancia de los recurrentes, y afirma, por ello, que se trata de un medio «de muy delicado y difícil uso» que de ninguna manera «puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes».

La sentencia fija los márgenes de una serie de conceptos, como «libertad de enseñanza» y «sus manifestaciones», determinando en éstas qué ha

⁴⁵ S.T.C. 24/1982 (B.O.E. núm. 137, 9 de junio de 1982).

⁴⁶ Véase Souto PAZ, «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *A.D.E.E.*, volumen 1 (1975), págs. 467 y sig.

de entenderse por ideario del centro y por libertad de cátedra, para, con ello, establecer su interrelación, precisando que no se obliga de modo alguno al profesor «ni a convertirse en apologista del mismo ni a transformar la enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su deber»⁴⁷.

La segunda sentencia sobre educación es de 15 octubre 1982, relativa a la solicitud de recurso de amparo contra la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (29 octubre 1981) que condenó al recurrente por delito de escándalo público. Sentencia que cuestiona la moral pública como límite a la libertad de expresión⁴⁸. Sostiene el recurrente que el concepto de moral reflejado en el Código penal es el propio de la Religión católica, a lo que la sentencia responde en un doble sentido: *a*) que la interpretación de las normas preconstitucionales ha de ceñirse a la Constitución cualquiera que fuese el concepto de moral pública tenido en cuenta por el legislador anterior; *b*) que el límite establecido por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 junio 1980 (art. 3, 1) al ejercicio del derecho de libertad religiosa es la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública. Determina la sentencia que el concepto de moral pública puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución, invocando para ello el artículo 10, 2:

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España»⁴⁹.

En el ámbito matrimonial, las sentencias del Tribunal Constitucional que recogemos circunscriben su interés a la determinación de la exclusividad de la jurisdicción estatal, sobre la eficacia civil de sentencias eclesiásticas.

La sentencia de 26 enero 1981 es relativa a la ejecución por un Juez civil de una sentencia del Tribunal de la Rota, de 20 febrero 1979, que modifica la sentencia civil anterior, que había sido confirmada por la Audiencia Provincial, sobre el régimen de custodia y visita de los hijos. El recurrente invoca, a través del recurso de amparo, la inconstitucionalidad de los Tribunales eclesiásticos en cuestiones civiles, por estimar que se infringen los artículos 14 y 16 de la Constitución (principios de libertad religiosa e igualdad).

⁴⁷ S.T.C. 5/1981 (B.O.E. núm. 47, 24 de febrero de 1981).

⁴⁸ Véase, *supra*, nota 41. Sentencia similar por el tipo delictivo resuelta por la Sala penal del Tribunal Supremo.

⁴⁹ S.T.C. 62/1982 (B.O.E. núm. 276, 17 de noviembre de 1982).

El Tribunal no considera aplicable la inconstitucionalidad en base a los artículos 14 y 16 de la Constitución, «pues en el área intraeclesial y ordenado a fines espirituales, con fuerza en el fuero interno para los creyentes, lo que resuelven los Tribunales canónicos no puede tacharse en modo alguno de improcedente». En cambio, mantiene la infracción del artículo 24, 1, de la Constitución:

«Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.»

Por ello, la sentencia declara que los Tribunales civiles «han actuado como meros ejecutores de la sentencia canónica en la cuestión referente a los hijos. No han ejercido la potestad jurisdiccional que por imperativo del artículo 117, 3, de la Constitución española y en el orden civil, tal como dice el artículo 51 de la L.E.Civil, les corresponde, dando lugar con ello a la violación de un derecho constitucionalizado: el derecho a la justicia o derecho a la tutela jurisdiccional, que se califica por la nota de efectividad, todo ello en el artículo 24, 1, de la Constitución española»⁵⁰.

La sentencia no invoca los Acuerdos de 3 enero 1979, aunque en ellos se establecen los principios de aconfesionalidad estatal y la exclusividad de la jurisdicción estatal, por no haber entrado todavía en vigor.

En cambio, sí serán aplicados en la sentencia de 12 noviembre 1982, en concreto el artículo VIII, 2, del Acuerdo sobre asuntos jurídicos:

«las causas que estén pendientes ante los Tribunales eclesiásticos al entrar en vigor el presente Acuerdo seguirán tramitándose ante ellos y las sentencias tendrán efectos civiles, a tenor de lo dispuesto en el artículo XXIV del Concordato de 1953».

Además, resultan de interés para nuestro análisis las precisiones de la sentencia en torno al rango legislativo de los Acuerdos de 1979, afirmando que «no podemos menos de constatar que este Acuerdo del Estado español y la Santa Sede tiene rango de Tratado internacional y, por tanto, como aprecia el Fiscal, se inserta en la clasificación del artículo 94 de la Constitución española, sin que, respecto a él, se haya institucionalmente denunciado estipulaciones contrarias a la propia Constitución ni procedido conforme al artículo 95 de la misma y, una vez publicado oficialmente el Tratado, forma parte del ordenamiento interno. Este Tribunal no debe, sin haber sido previamente requerido por los órganos constitucionales previstos, entrar en la supuesta contradicción cuando ningún órgano judicial ha planteado cuestión constitucional ni la han solicitado las partes». Al igual que la sentencia anterior, estima el artículo 24, 1, de la Constitución. Por

⁵⁰ S.T.C. 1/1981 (B.O.E. núm. 47, 24 de febrero de 1981).

ello, ante la solicitud de recurso de amparo contra la denegación del Juez civil de ejecución de una sentencia eclesiástica, el Tribunal Constitucional entiende que «si el reconocimiento a los católicos de someter sus relaciones matrimoniales a los Tribunales eclesiásticos aparece reconocido en la legislación aplicable y si, por otra parte, la obligación de reconocer los efectos civiles de las correspondientes resoluciones aparece también declarada, la negativa a proceder de esta suerte, por parte de un órgano del Estado, cuando se dan las circunstancias exigidas por dicha legislación, debe ser remediada...»⁵¹.

Finalmente, queremos recoger en este análisis una reciente sentencia de 13 de febrero de 1985 sobre la petición de recurso de amparo de una adventista, que se negaba a trabajar desde la puesta de sol del viernes a la puesta del sábado, alegando motivos religiosos, por lo que fue objeto de despido laboral declarada por el Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 2 de diciembre de 1983.

El Tribunal Constitucional rechaza el recurso sobre la base de que «se trata de un problema de conciencia de la recurrente... que no se conjuga con las normas del contrato preexistente y con validez no discutida», por lo que, en todo caso, no puede invocarse el derecho de libertad religiosa «por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas». Y aun reconociendo que la empresa «no ha posibilitado el cumplimiento de sus deberes religiosos» a la recurrente, se atiene al artículo 37, 1, del Estatuto de los Trabajadores, que regula el descanso laboral dominical, como norma dispositiva sujeta a convenio colectivo, o incluso admite además la posibilidad de que el propio contrato de trabajo establezca sobre la cuestión un acuerdo distinto. Concluye la sentencia con un estudio sobre el origen histórico del descanso dominical que corrobora tal práctica⁵².

3.2. *Valor interpretativo*

La Ley constitucional, por sus propias características, deja un mayor margen de indeterminación, de libertad, al Juez constitucional, que una ley ordinaria, minuciosa de por sí, deja en los supuestos regulados al Juez ordinario. De este modo, la jurisprudencia constitucional, por la propia materia objeto de juicio y por la forma de conocimiento jurídico que gobierna el acto de jurisdicción, tiene unas especiales connotaciones creativas y valorativas al ofrecer «un punto de vista sobre la justicia»; una valoración propia, en definitiva, un acto creador del Derecho. Por ello, aun sin

⁵¹ S.T.C. 66/1982 (B.O.E. núm. 396, 10 de diciembre de 1982). Con posterioridad, la sentencia 93/1983, de 8 de noviembre (B.O.E. núm. 288, 2 de diciembre de 1983), reitera la postura interpretativa sostenida en la sentencia anterior.

⁵² S.T.C. 19/1985, de 13 de febrero (B.J.C., 1985-47, R.A.-294).

ser, en el ordenamiento jurídico español, la jurisprudencia fuente del Derecho, la jurisprudencia constitucional, tal vez más que la ordinaria, es fuente de derechos individuales y colectivos, por su misma esencia, pues de lo contrario la jurisprudencia constitucional atentaría contra la estructura del orden jurídico constitucional.

Por tanto, la jurisprudencia constitucional para la ciencia jurídica española y también para la ciencia eclesiasticista habrá de tener un carácter esencialmente creador, manifestado en el criterio interpretativo empleado, que da base a la decisión justa para la realidad enjuiciada.

IV. CONCLUSIONES

1. Ley y jurisprudencia en el nuevo Derecho Eclesiástico español tienen su eje de operatividad básica en la protección del derecho de libertad religiosa. La ley estatal —constitucional y ordinaria— y las normas internacionales —multilaterales y bilaterales— suscritas por el Estado español, son las fuentes primarias de su ordenamiento jurídico. La jurisprudencia interpreta, aplica, corrige e individualiza la ley; le garantiza y precisa su eficacia.

Estos principios han de ser conocidos y estudiados por el eclesiasticista, convirtiéndose en una exigencia para su labor.

2. La jurisprudencia anglosajona es fuente de definición de derechos subjetivos y fuente de producción del derecho objetivo. La jurisprudencia continental contribuye a dar elasticidad al derecho escrito, sin ser fuente formal en sentido estricto (al no estar fijada expresamente esta función por ley positiva). No obstante, como hemos señalado, se muestra esencial en la concreción de derechos subjetivos, y, por tanto, estimo que es verdadera fuente de tales derechos.

En ambos sistemas, anglosajón y continental, el derecho de libertad religiosa es un derecho tutelado legal y jurisprudencialmente por el Estado. Sin embargo, es preciso evitar una consideración aislada de ambas modalidades, y su interrelación es enriquecedora para el ordenamiento español.

Por una parte, si ley y jurisprudencia españolas, en rango ordinario, se acomodan a pautas netamente continentales, y ley y jurisprudencia norteamericanas, a las anglosajonas, en cambio, ley y jurisprudencia constitucionales ofrecen unas grandes semejanzas, tanto por la aconfesionalidad estatal como por la amplia tutela del derecho de libertad religiosa declarados en ambos textos constitucionales. Por otra, el control de esta constitucionalidad, verificado en EE.UU. por el propio Tribunal Supremo y en España por el Tribunal Constitucional, supone la aplicación de un similar sistema de garantías, que origina o posibilita el tratamiento comparado de

su jurisprudencia, que en ambos casos se somete a la ley escrita de carácter constitucional, no impidiendo ésta que se le confíe al Alto Tribunal la función creadora, y no sólo interpretadora de los derechos subjetivos.

3. A la luz del análisis de ambas jurisprudencias, ordinaria y constitucional, del Derecho Eclesiástico español, podemos concluir afirmando que ambas desempeñan una función semejante, interpretar y aplicar la ley, junto a su común carácter corrector de ésta. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se somete más restrictivamente al texto de la ley, fijando técnicamente la doctrina legal; en cambio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo hace con mayor libertad valorativa, ampliando sus márgenes hasta elaborar una auténtica interpretación del espíritu de la ley, de su fuente inspiradora. Por ello, si la jurisprudencia ordinaria realiza el Derecho a través de una concreción de la ley, la jurisprudencia constitucional realiza el Derecho, y además crea el Derecho (recuperando parcialmente la virtual función de la jurisprudencia romana) al hacer uso del valor prudencial en cada caso, no sólo desde una perspectiva interpretativa del Derecho positivo, sino de ciencia del Derecho, como arte de lo justo.

4. Si bien la función de la ley y de la jurisprudencia se ordenan a la fijación y tutela de los derechos de las personas, el peculiar carácter del derecho de libertad religiosa impone una más atenta consideración jurisprudencial, dado que ni la Ley constitucional ni la ordinaria pueden individualizar los supuestos con la misma precisión con que lo hacen en los de contenido patrimonial o de relaciones públicas. Esto es lo que he intentado —no sé si lo he logrado— resaltar en esta Ponencia.