

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

AGUSTÍN MOTILLA
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cuestiones de extranjería: poligamia y adquisición de la nacionalidad española. 3. Derecho de libertad religiosa: el pañuelo islámico en las relaciones laborales. 4. Cuestiones penales en materia de religión o creencias. 5. Enseñanza de la asignatura de Religión Católica. 6. Conciertos educativos; la educación diferenciada por razón de sexo. 7. El estatuto jurídico de los profesores de Religión. 8. Poligamia y pensión de viudedad. Clases pasivas del Estado. 9. Derecho a la pensión de viudedad de las uniones gitanas. 10. Derecho a la pensión de los ministros de culto evangélicos.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de las crónicas que hemos realizado exponiendo y valorando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de ideología y religión, constatamos la creciente presencia que tienen los problemas que plantea el pluralismo religioso –o, utilizando un término de moda entre la sociología jurídica, la multiculturalidad– en España. Pues bien. En nuestros días podemos afirmar que lo que constituía una mera tendencia en otros años, hoy se refleja en que se comenten un considerable número de sentencias referidas a colectivos o personas pertenecientes a confesiones acatólicas, singularmente de fe islámica. De ahí que pueda hablarse, si tenemos en cuenta las procedencias de los musulmanes, del creciente empuje de un Derecho eclesiástico de la inmigración. Los ámbitos en que la conflictividad se plantea –proyectada en las resoluciones del Supremo– son de los más diversos; desde el derecho a llevar vestimentas religiosas como expresión de su fe o de su cultura, hasta los problemas penales consecuencia de la radicalidad que adoptan algunos de sus grupos, pasando por las siempre presentes controversias en materia de extranjería (solicitudes de nacionalidad, peticiones de asilo, etc.), o el reco-

nocimiento de ciertos efectos atenuados de una práctica rechazada, en principio, por el orden público: la poligamia.

En el ámbito señalado de los problemas que plantea la adaptación en el ordenamiento jurídico español de instituciones religiosas alejadas de nuestra cultura e idiosincrasia, quisiera subrayar que, por primera vez, el Supremo se ocupa de la cuestión del uso del pañuelo islámico en el ámbito de las relaciones laborales: dos trabajadoras del sector agrícola, que desempeñan labores de manipulación de alimentos, incumplen las normas de uniforme impuestas por la empresa, que consideran incompatibles con el ejercicio del derecho a manifestar sus convicciones a través de la vestimenta. Hecho por el cual son despedidas. Los tribunales, incluido el Supremo, confirman la decisión del empresario, que fundamentó el despido en razones de higiene alimentaria. No se plantea, sin embargo, la conciliación de las exigencias de esta índole con los derechos fundamentales de las empleadas, mediante, por ejemplo, la utilización de los mecanismos de la «acomodación razonable» presentes en otros ordenamientos –como el norteamericano– o en la jurisprudencia más moderna del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También constituye un precedente que sentará doctrina la importante Sentencia de 24 de enero de 2018, que reconoce el derecho de todas las esposas de una relación poligámica a compartir la pensión de viudedad del marido marroquí fallecido, en el régimen de las clases pasivas del Estado, y por aplicación analógica del Convenio de 1979 entre España y Marruecos en materia de Seguridad Social. La decisión consolida la tendencia de nuestra jurisprudencia, en línea con las resoluciones de otros ordenamientos europeos, a reconocer ciertos efectos derivados o secundarios –a fin de beneficiar a las mujeres o los hijos– en relaciones matrimoniales, como la polígama, que chocan frontalmente contra el orden público nacional.

¿Quiere esto decir que declina la presencia de la Iglesia católica, o de colectivos o grupos próximos a ella, por lo menos en cuanto a las controversias falladas por el Tribunal Supremo tras el correspondiente recurso de casación?

Es cierto que se constata, desde ya algunos años, que han desaparecido de las crónicas jurisprudenciales los supuestos referidos a la eficacia del matrimonio canónico o de las resoluciones eclesiásticas de nulidad o disolución éstos. Los motivos pueden ser variados: desde la disminución de las causas canónicas de tal especie, hasta la firmeza de la doctrina ya sentada por los tribunales superiores, que lleva a que los casos sean definitivamente resueltos en las instancias anteriores.

Dicho lo cual ha de subrayarse la continuidad de cuestiones relacionadas con la Iglesia católica que se han convertido en «temas estrella», esto es, habituales de nuestros comentarios: el de la enseñanza de la Religión Católica, el

estatuto laboral de los profesores de esa asignatura, o el del régimen de los centros educativos concertados. En alguno de ellos, como en el de las clases de Religión, el Tribunal Supremo traza una doctrina nueva sobre aspectos que no se habían contemplado con anterioridad; como el desarrollado en la *ratio iuris* de las Sentencias de 20 y 21 de marzo de 2018 acerca de la disminución de las horas semanales dedicadas a impartir tal disciplina decretada por las Consejerías de Educación de ciertas Comunidades Autónomas. En los otros casos –el estatuto de los profesores de Religión o el derecho a la financiación pública de los centros privados que optan por una educación diferenciada por razón de sexo–, el contenido de las sentencias del alto Tribunal se limita a resolver los supuestos planteados en la casación siguiendo la doctrina sentada en otras decisiones anteriores. Son, por tanto, meros epígonos de razonamientos o argumentaciones que ya se han consolidado como doctrina legal –lo cual no es óbice para que sí posean interés por la singularidad de los supuestos de hecho, o por afirmar nuevas motivaciones que corroboran la *ratio decidendi* de las resoluciones anteriores–¹.

2. CUESTIONES DE EXTRANJERÍA: POLIGAMIA Y ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

En contraposición a la flexible admisión de posibles efectos derivados o tangenciales de la poligamia a favor de la mujer o de los hijos –tal y como se mencionó en la introducción del escrito–, nuestra jurisprudencia se muestra constante al rechazar, aplicando la cláusula del orden público internacional, su eficacia en materia de la adquisición de la nacionalidad española. En la presente crónica encontramos otro ejemplo de ello: la Sentencia de 14 de diciembre de 2017², que reitera una doctrina consolidada. Trataremos en las próximas líneas de exponer una breve síntesis de esa doctrina, necesaria, entendemos, para comprender el fallo de la resolución.

Una de las condiciones que debe concurrir para que un extranjero obtenga la nacionalidad española es que se constate su «efectiva integración en la socie-

¹ En todo caso, se ha preferido excluir la exposición de aquellas sentencias que ni por la *species facti* ni por las consideraciones de Derecho consideramos que tengan interés alguno en la materia propia objeto de examen en la crónica. Bien por repetir argumentos anteriores –así, respecto al uso de *Internet* por individuos u organizaciones que legitiman la *yihad* islámica–; o porque no se funden en razones que tengan que ver con el Derecho Eclesiástico del Estado –tal es el supuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2018 (n.º 267/2018) sobre la concesión de la medalla de oro al mérito policial, con carácter honorífico, a Nuestra Señora Santísima del Amor–.

² N.º 1982/2017.

dad española» (art. 22.4 del Código Civil). Baste señalar la indeterminación que rodea a tal concepto jurídico y, de ahí, la importancia de los pronunciamientos del Tribunal Supremo para guiar a la Administración en la apreciación y resolución de los expedientes de concesión de ésta. En términos generales el Tribunal ha definido el requisito legal como «la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, y el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como del arraigo familiar»³. Elementos que sirven de prueba de tal integración son el dominio de la lengua, o el conocimiento de nuestra cultura y tradiciones incluso religiosas –aunque no su práctica, que pertenece a la esfera íntima de las creencias personales que el Estado garantiza y respeta–. En sentido negativo, son prueba de la no integración la militancia en organizaciones integristas islámicas. O el efectivo ejercicio de la poligamia.

Recordemos, en relación con la poligamia, que el Tribunal Supremo la considera como una práctica contraria al orden público español. La posibilidad de que el varón comparta el vínculo matrimonial con varias mujeres es calificada como acto que no es «simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye un límite infranqueable al Derecho extranjero», puesto que supone la desigualdad entre el hombre y la mujer y el sometimiento de ésta a los primeros. Prueba de ello es que constituye un delito tipificado en el artículo 217 del Código Penal⁴. Por lo que es ajustado a Derecho la apreciación de la Administración de que la situación de poligamia efectivamente mantenida por el aspirante a la nacionalidad es suficiente prueba de su no integración en la sociedad española⁵. Los requisitos para obtener la nacionalidad deben ser y son más exigentes que en permitir la mera residencia de la persona –acto en el que no se tiene en cuenta, en principio y conforme a nuestra legislación, la poligamia del varón–, ya que con la primera se adquieren los derechos políticos al sufragio activo y pasivo, de los que no es titular el mero residente.

Pues bien. La Sentencia de 14 de diciembre de 2017 aplica esta doctrina a un supuesto en el que hay indicios de una situación poligámica: un varón tiene hijos alternativamente con dos mujeres distintas en un corto periodo de tiempo. Lo que consideraron los tribunales *a quo* como prueba de la poligamia, la cual no ha sido desvirtuada de contrario. De ahí que el Supremo confirme las reso-

³ Auto del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2011 (fundamento jurídico 1.º).

⁴ Así se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2011 (fundamento jurídico 1.º), siguiendo lo declarado en las Sentencias de 14 de julio de 2004 y 19 de junio de 2008.

⁵ Otras Sentencia del Supremo se pronuncian en el mismo sentido; pueden citarse las de 26 de febrero de 2010, 10 de octubre del 2011 y 14 de marzo de 2013.

luciones denegatorias de la nacionalidad solicitada por el extranjero estimando que éste vive en una situación de poligamia que demuestra la falta de integración en la sociedad española, en el sentido de no armonizar su vida con los principios y valores sociales y culturales.

3. DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA: EL PAÑUELO ISLÁMICO EN LAS RELACIONES LABORALES

Como ya poníamos de relieve en la introducción del escrito, nuestra anual búsqueda suele obtener frutos, cada vez más abundantes, en lo que venimos denominando el «Derecho eclesiástico de la inmigración». Especialmente respecto a la eficacia y repercusión en el ordenamiento español de ciertos actos o conductas permitidos por el Derecho islámico.

Sin embargo, pocos son los pronunciamientos que se han prodigado en torno a un asunto conflictivo, donde los haya, de la inmigración islámica: el uso del pañuelo islámico o *hiyab*. En su utilización en el espacio público solo contamos con una decisión, derivada de la expulsión de los estrados que decretó el presidente de un tribunal contra una abogada justificándolo en este hecho: llevar la cabeza cubierta. Aunque, desgraciadamente, la Sentencia de 2 de noviembre de 2010, como tuvimos ocasión de exponer en el relato jurisprudencial de ese año, no entró en el fondo del asunto desestimando la cuestión por una mera cuestión procesal⁶.

El año 2018 encontramos, por primera vez, dos decisiones del Tribunal Supremo sobre el uso del *hiyab* por motivos religiosos en las relaciones laborales: los Autos de fechas 20 de marzo y 29 de mayo, que resuelven supuestos idénticos. Las demandantes son sendas empleadas musulmanas que trabajan, como peones, para una Empresa dedicada al cultivo del champiñón en La Rioja. El trabajo requiere llevar una bata y un gorro, ambas prendas suministradas por la Compañía, a fin de no contaminar los champiñones que se manipulan. El hecho de llevar el pañuelo islámico hace que la tela salga del gorro y cubra el cuello; sí se autoriza, por contra, cuando el pañuelo se recoge dentro del gorro. Se les permite durante un tiempo llevar el *hiyab*, pero, tras la advertencia de un agente de la Empresa Certificadora, se les conmina por escrito a que cumplan estrictamente con las normas de uniforme completo y prescindan del pañuelo. Las trabajadoras siguen llevando el *hiyab* al trabajo, lo cual cau-

⁶ También relacionada con vestimentas religiosas del Islam –religioso o cultural– puede traer-se a colación la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013 sobre la prohibición del *burqa* en los espacios públicos decretada por algunos ayuntamientos.

sa, primero, la sanción de suspensión de empleo y sueldo por quince días; y, más tarde, el despido, justificado en la desobediencia reiterada a cumplir las órdenes de la Dirección. Las empleadas recurren a los tribunales alegando la vulneración de su derecho a la libertad religiosa que se produce al impedirles llevar el pañuelo.

El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en Sentencia de 22 de junio de 2017, rechaza la demanda de una de ellas solicitando se declarara despido improcedente: la decisión de la Empresa no fue tomada por razones religiosas sino por motivos de higiene alimentaria, cuya inobservancia pudo contaminar los champiñones manipulados. La reiterada negativa de la actora a acatar las legítimas órdenes del empresario justifica la decisión del despido. El recurso de casación se pretende fundamentar en el supuesto contraste entre esta decisión y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 9 de septiembre de 2002, en el que se declaran improcedentes las sanciones y el despido de un conductor de autobús de la EMT de Palma de Mallorca que llevaba la *kippá* o gorro ritual judío. El Tribunal Supremo, en el Auto de 20 de marzo de 2018, rechaza de plano la similitud entre las resoluciones: en el caso del conductor de Palma el uso del gorro, permitido durante un largo periodo de tiempo, no ocasionaba daño o perjuicio alguno a la imagen de la Empresa. Por lo que se inadmite a trámite el recurso. Decisión que coincide con la adoptada en el Auto de 29 de mayo, también inadmitiendo el recurso por falta de contradicción entre la Sentencia recaída en el caso y aquella de contraste.

Como ya pusiéramos de relieve en la Introducción, llama la atención que no se le exigiera a la Empresa haber realizado un mínimo intento de «acomodación razonable» de las exigencias religiosas de las empleadas dentro de las exigencias impuestas por la Dirección –fácil, por otro lado, en el caso: bastaba permitir un gorro más amplio que cubriera totalmente los *hiyabs* de las trabajadoras–. Esa sería, en nuestra opinión, una aproximación a la resolución del conflicto más sensible con el respeto de los derechos fundamentales.

4. CUESTIONES PENALES EN MATERIA DE RELIGIÓN O CREENCIAS.

El uso de *Internet* por parte de individuos y organizaciones que legitiman la violencia y la *yihad* contra intereses, bienes o personas, para la captación de adeptos y la divulgación de sus mensajes es un problema de rabiosa actualidad que afecta de manera especial, mas no exclusiva, a los países occidentales. La cuestión plantea el tema, clave en las sociedades democrático-pluralistas, de

los límites de la libertad de expresión. Tema controvertido en el que nuestra jurisprudencia, siguiendo la doctrina marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recuerda el amplio margen por el que, dada la necesaria tutela del pluralismo y de las libertades públicas, se ha de dejar a las ideas o expresiones incluso contrastantes con el orden establecido. Y sobre el cual se ha pronunciado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo, tal y como expusimos en las crónicas de otros años. En el arco de tiempo que cubre la información suministrada en estas páginas encontramos algunas Sentencias del alto Tribunal que no aportan argumentos de los cuales se deriven cambios significativos respecto de lo seguido en anteriores resoluciones. De ahí que se haya estimado pertinente simplemente citarlas⁷ para que el lector conozca de su existencia, sin realizar exposición o comentario alguno que, entiendo, alargaría innecesariamente el escrito.

También aparecieron en crónicas publicadas en esta misma Revista el relato de procesos penales abiertos a clérigos, o a personal contratado por alguna parroquia, acusados de abusos sexuales a menores sobre los que el Supremo se pronunciara al revisar las sentencias de las instancias previas. Más que en la condena penal de los infames y execrables hechos que resultaron probados nos deteníamos, por su mayor interés jurídico para la disciplina del Derecho Eclesiástico, en la responsabilidad civil subsidiaria a la que se condenaba a los órganos de la Iglesia de los que dependían los acusados: bien la diócesis, en el caso de los delitos cometidos por un clérigo adscrito a una parroquia⁸, o la parroquia, en el supuesto de un cocinero contratado por ella para un campamento de verano⁹. Durante el año 2018 el Supremo se ha pronunciado sobre dos casos en que se imputaba a sendos sacerdotes un delito continuado de abusos sexuales a menores, sin que en la resolución aparezcan referencias a la responsabilidad civil subsidiaria de la Iglesia. En todo caso, y justificándolo en el sujeto acusado en el proceso penal –ministros de culto de la Iglesia que supuestamente cometieron los ilícitos penales en el desarrollo de su ministerio, con prevalimiento, dada su posición superior– relataremos, aunque sea brevemente, los supuestos de hecho y fundamentos de Derecho de las resoluciones del Tribunal.

La Sentencia de 3 de abril de 2018¹⁰ resuelve el recurso interpuesto por un sacerdote que ejercía su ministerio en una iglesia de Córdoba. La Audien-

⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2018 (n.º 13/2018) y de 15 de febrero de 2018 (n.º 79/2018).

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2007.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011.

¹⁰ N.º 153/2018.

cia Provincial le condenó por un delito continuado de abusos sexuales a una menor, de trece años, que le ayudaba como monaguillo en las celebraciones litúrgicas, dada las buenas relaciones que mantenía el clérigo con los padres de la niña. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia de instancia, al estimar que ni se ha vulnerado su presunción de inocencia ya que existe suficiente actividad probatoria que le incrimina, ni su derecho a un proceso con suficientes garantías.

En la Sentencia de 24 de abril de 2018¹¹ es la supuesta víctima de los abusos la que recurre contra la decisión de la Audiencia Provincial de Granada que absuelve al sacerdote titular de una parroquia de los mismos delitos –abusos sexuales continuados con prevalimiento– dada la inconsistencia del relato de los hechos; la decisión de la Audiencia también condena al querellante a pagar las costas del pleito. Los hechos que se declaran probados son los siguientes. El denunciante fue monaguillo de la parroquia y desarrolló una intensa relación de confianza con el párroco. No obstante, en el año 2004 decide escribir al Papa Francisco narrándole los actos de contenido sexual a los que supuestamente le sometió el párroco entre los años 2004 a 2007, subrayando las nefastas consecuencias psicológicas que le causaron. La carta hace que se inicie una investigación interna en el seno de la Diócesis, que deriva en que en el año 2014 tanto el ya mayor de edad que los sufrió –según su testimonio– como el Arzobispado de Granada denunciaron los hechos ante la Policía. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia de la Audiencia, aunque levanta la condena en costas al actor; considera que su relato, aunque no resultara probado, no puede ser calificado de falso.

La Sentencia del Supremo de 4 de diciembre de 2018¹² resuelve un caso cuya *species facti* resulta casi idéntica al contemplado en la decisión de 19 de diciembre de 2017, comentada en la crónica del Anuario de ese año. Las similitudes son, sin duda, sospechosas de la coordinación y planificación de los grupos que perpetraron los actos. En los supuestos planteados se dilucida sobre la interpretación y aplicación de un delito contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos; el contemplado en el artículo 523 del Código, que castiga los actos que perturban las manifestaciones o ceremonias de las confesiones religiosas¹³. Los hechos que se consideran probados en la resolu-

¹¹ N.º 192/2018.

¹² N.º 620/2018.

¹³ «El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar».

ción de 2018 son los siguientes. En la misa del domingo de una iglesia de Gerona, y al poco de comenzar la ceremonia, unas quince personas, entre las cuales se encontraba el acusado, se levantan de los bancos de manera concertada, arrojan pasquines a favor del aborto gritando consignas en contra de la postura de la Iglesia y exhiben una pancarta en el altar con el rótulo «fuera rosarios de nuestros ovarios». Paralizaron la misa durante unos minutos y, luego, abandonaron el templo.

El Supremo confirma la resolución de la Audiencia de Gerona que condena al único acusado que fue identificado a seis meses de prisión. Siguiendo la doctrina sentada por la Sentencia de 19 de diciembre de 2017, considera que se han dado todos los elementos integrantes del tipo penal descrito en el 523: los autores penetraron en un lugar de culto; lo hacen sabiendo que se celebra el acto más importante del catolicismo, la Eucaristía, y en la misa mayor de un domingo; interrumpieron la misa por un tiempo relevante; y lo hicieron formando tumulto, manifestado a través de los gritos y las pancartas. El recurrente alega el derecho a la libertad de expresión, que estima vulnerado con la condena penal. El Tribunal, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Constitucional y de esa misma instancia, reafirma algo de evidencia notoria: que los derechos fundamentales no son absolutos; se encuentran limitados por otros derechos. Es verdad, razona el Supremo, que, en principio, los actos realizados se amparan en la libertad de expresión. Pero han de manifestarse a través de medios no lesivos con otros derechos fundamentales, como el de libertad religiosa y de culto. En el caso, no puede invocarse la libertad de expresión para suprimir el derecho de libertad religiosa que ejercían los fieles católicos en un acto central para sus creencias como es la misa. De ahí que la condena de la Audiencia no se funde en su ideología pro-abortista, o en las críticas a la Iglesia; sí en el modo en que se manifestó, vulnerando el derecho a celebrar el culto de otras personas –derecho que es penalmente protegido por el tipo penal definido en el artículo 523 del Código–.

5. ENSEÑANZA DE LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN CATÓLICA

No podía faltar en la crónica jurisprudencial de las resoluciones del Tribunal Supremo en materia de ideología y religión un epígrafe dedicado a la asignatura de Religión Católica impartida en los niveles de enseñanza no universitaria. A lo largo de la etapa constitucional el régimen jurídico de esta disciplina y de las actividades alternativas que deben realizar los alumnos que no opten por ella tiene el honor –triste– de haberse convertido en el asunto de las rela-

ciones Iglesia-Estado que más jurisprudencia ha suscitado. Sin duda contribuiría a rebajar la conflictividad –y los recursos ante los tribunales– un pacto entre los principales partidos nacionales a fin de dotar de estabilidad a las ya variables regulaciones legales en esta materia que se han dado desde la vigencia de la actual Constitución, las cuales, por desgracia, se han visto excesivamente movidas por intereses políticos e ideológicos. También, como tendremos ocasión de comprobar a continuación, surgen problemas en la aplicación que de ella hacen las Comunidades Autónomas, a veces yendo más allá de sus competencias modificando normas del Estado central o tratados internacionales, como los Acuerdos con la Santa Sede.

Al marco competencial de las Comunidades Autónomas en torno a la regulación de la asignatura de Religión Católica se refieren una serie de sentencias del Tribunal Supremo publicadas en el arco temporal del que nos ocupamos. La cuestión debatida se bifurca en dos aspectos regulados en la normativa autonómica: la reducción de la carga lectiva de la asignatura en la ESO y el Bachillerato; y la supresión de la disciplina de Religión en el 2.º curso del último nivel educativo mencionado, esto es, el Bachillerato.

Ambos aspectos giran en torno a la interpretación que se le dé al artículo II del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales con la Santa Sede; en concreto, a la obligatoriedad de incluir en los planes educativos de todos los niveles la Religión Católica en todos los centros «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales»¹⁴. El significado de esta última expresión ha causado graves problemas interpretativos; fundamental en su determinación se ha mostrado la interpretación integradora de nuestra jurisprudencia. Hagamos un breve repaso de ella para situar al lector frente a los diversos problemas que ha suscitado y cómo han sido resueltos por la doctrina de los tribunales.

Es evidente que la asignatura de Religión Católica se concibe en el Acuerdo como una disciplina *sui generis* comparada con el resto de las materias de los planes de estudio: es optativa; el profesorado que la habrá de impartir es seleccionado por la jerarquía de la Iglesia, quien, además, determinará los contenidos formativos... Sin embargo, el propio texto del Acuerdo, como vimos, prescribe que la Religión Católica sea impartida «en condiciones equiparables a las demás asignaturas fundamentales». ¿Cómo pueden equipararse, es decir, hacerse iguales o equivalentes, realidades tan distantes? ¿De qué

¹⁴ Así se puso de relieve en los Autos del Tribunal Supremo de 18 de enero, 19 del mismo mes y 9 de julio de 2018 en los que se declara el interés casacional y, por consiguiente, se admite a trámite la impugnación de los Decretos de las Consejerías de Educación de Baleares, Castilla y León, y Extremadura en los sentidos señalados. Para el Supremo, la cuestión gira en torno a «qué interpretación ha de darse al artículo II del Acuerdo con la Santa Sede».

modo el Estado ha de intentar acercar el tratamiento de una disciplina, de la que no controla docentes ni contenidos, respecto al resto de las asignaturas del plan de estudio?

La doctrina de nuestro Tribunal Supremo lo ha expresado de manera clara: «condiciones equiparables» no suponen «condiciones idénticas, a modo de trato milimétrico igual, ya que es aceptable una regulación que atienda las diferencias, y por tanto distinta, como es el caso en el que se tengan que tener en cuenta mandatos diversos, que salvaguarden y preserven la libertad de opción entre unos y otros y la no discriminación en cuanto a los efectos de tales opciones»¹⁵.

La imposibilidad de la estricta equiparación, que es como tratar de resolver la cuadratura del círculo, no conduce, sin embargo, a concluir que la previsión normativa del Acuerdo carece de toda eficacia jurídica. En nuestra historia constitucional la tendencia a la equiparación ha operado como una línea de fuerza reflejada en múltiples aspectos de la regulación de la asignatura: la existencia de una disciplina alternativa a la Religión, el valor de las notas con las que se califique el resultado académico de los alumnos, la ubicación de la misma dentro del horario escolar, el hecho que sea evaluada del mismo modo que las otras materias, haciéndose constar la calificación en el expediente académico del alumno...

En una serie de Sentencias se estudia la impugnación de diversos colectivos¹⁶ de los Decretos de las Consejerías de Educación de determinadas Comunidades Autónomas¹⁷ en las que se fija, entre otras cuestiones, la carga lectiva de las asignaturas en ESO y Bachillerato. Entre las Sentencias destacan, por el desarrollo argumental –que fija la doctrina posterior–, las de 20 y 21 de marzo de 2018¹⁸.

Las cuestiones debatidas son, como ya se dijo, dos.

En primer lugar, la reducción de la carga lectiva de Religión en los niveles de ESO y 1.º de Bachillerato, que pasa de tener dos o una hora y media semanal, a una hora. Los Tribunales Superiores de Justicia consideraron que no se puede negar la competencia de las Comunidades para establecer el horario de las asignaturas y, en su caso, reducirlo. Pero siempre guardando relación con el de otras asignaturas fundamentales; el hecho que la carga mínima de éstas sea de dos horas semanales quiebra la equiparación establecida en el Acuerdo, por lo que procede anular los preceptos de los Decretos autonómicos en ese aspecto. El

¹⁵ Sentencias de 26 de enero de 1998, 14 de abril de 1998 y 20 de julio de 2012.

¹⁶ Sindicatos, asociaciones de padres o de profesores de Religión, diócesis...

¹⁷ Islas Baleares, Extremadura, Castilla y León y el Principado de Asturias.

¹⁸ N.º 458/2018 y 472/2018, respectivamente. En el mismo sentido, *vid.*, también, las de 22 de mayo (n.º 840/2018), y 11 de julio de 2018 (n.º 1189/2018).

Tribunal Supremo casa las Sentencias de los tribunales *a quo*. Parte, para ello, de la interpretación del artículo II del Acuerdo sobre Enseñanza. Las «condiciones equiparables a las asignaturas fundamentales» de Religión Católica requieren tres factores, según la integración que han realizado el legislador y los tribunales de justicia de este concepto jurídico indeterminado: que sea de obligatoria oferta en ESO y Bachillerato; que sea superada para pasar de curso; y que compute para becas o la nota de acceso a la Universidad –aspecto que rige desde la modificación que realiza la Ley Orgánica 8/2013, para la Mejora de la Calidad de la Enseñanza (LOMCE) de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación (LOE)–. ¿*Quid* respecto a la carga lectiva? No parece que la fijada en los Decretos autonómicos sea irrelevante o, «al menos, no se ha demostrado que en ese tiempo sea imposible desarrollar un programa didáctico coherente y completo de enseñanza de la Religión católica que, al fin y al cabo, es de lo que se discute. Esta es la cuestión clave pero sobre ella no dice nada la Sentencia y tampoco ha explicado la Asociación recurrente en la instancia que no se pueda hacer. No se trata, en efecto, de si una asignatura o materia se enseña durante más o menos horas sino de si las que se le asignan en la programación o en el currículo escolar son las necesarias para impartirla adecuadamente. Nos parece que es aquí donde está la clave y se trata de un criterio válido para juzgar si las horas previstas para cualquier asignatura son las suficientes para desarrollar sus contenidos, ya sean troncales, específicas o de libre configuración. Pues bien, sobre esto nada concreto se dice.» (fundamento jurídico 4.º de la Sentencia de 21 de marzo). El Tribunal pone como ejemplo el que la Orden del Ministerio de Educación 136/2015, aplicable en Ceuta, Melilla y en la educación a distancia, también le otorga una hora por semana, por lo que habría que juzgarlo suficiente. Lo cual lleva a afirmar que los Decretos impugnados no discriminan a los alumnos que escogieron Religión Católica¹⁹.

En segundo lugar, la no inclusión de la Religión como asignatura optativa –a escoger entre varias– en segundo de Bachillerato. Según el Supremo, el artículo 34.4 de la LOE y el Real Decreto de desarrollo 1155/2014 dejan claro que los alumnos de ese curso elegirán un mínimo de dos y un máximo de tres materias, entre las que se encuentra Religión; aunque en función del régimen y de la programación de la oferta educativa de cada Administración y de los centros

¹⁹ Nótese, dicho a pie de página, que las decisiones del Supremo no tuvieron en cuenta –por lo menos no la citan–, la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/1997, de 29 de septiembre, en cuyo fallo el Tribunal obligó a la Universidad Autónoma de Madrid a elevar los créditos de la asignatura Doctrina y Moral Católica y su Pedagogía, impartida en las Escuelas de Magisterio –hoy Facultades de Ciencias de la Educación–, a fin de aproximarla a los créditos asignados a otras asignaturas fundamentales.

docentes. Puede prescindirse de Religión, pero si se hace deben explicarse –a juicio del Tribunal– los motivos. Lo cual no se justificó en los Decretos autonómicos impugnados. De ahí que, en este punto, sí confirme las Sentencias de instancia y obligue a su inclusión –salvo que se esgriman, como hemos dicho, razones derivadas de la programación de la oferta educativa–.

6. CONCIERTOS EDUCATIVOS; LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR RAZÓN DE SEXO

La materia de los conciertos educativos, en la que existe una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo derivada de la alta litigiosidad que suscita la interpretación administrativa de la normativa legal y la existencia, en nuestro sistema educativo, de numerosos colegios de ideario católico, no suele ser objeto de recepción y comentario en esta reseña jurisprudencial; somos fieles al criterio de excluir aquéllas sentencias cuya resolución aplica el Derecho común sin que adquiera relevancia alguna el factor ideológico o religioso, aunque las entidades demandantes suelen ser colegios e instituciones de ideario católico. Una excepción al respecto ha sido la de tratar en la crónica la denegación de conciertos a los colegios, generalmente de inspiración católica, que llevan a cabo una educación diferenciada por el sexo de los alumnos. El motivo es la relevancia del asunto respecto a derechos tan esenciales en nuestra materia como la libertad ideológica y religiosa, o la no discriminación por estas circunstancias o por el género de las personas.

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo rechaza el argumento de que la educación diferenciada vulnere la no discriminación proclamada en el artículo 14 de la Constitución española. Siendo legítima en sí, depende del legislador ordinario el que constituya o no una causa para denegar el concierto educativo. Un ejemplo de la posición del Tribunal al respecto es la Sentencia de 4 de mayo de 2017²⁰. En ella se estudia el recurso de casación de la Junta de Andalucía contra la resolución de fecha 24 de septiembre de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad en la que, además de rechazar la pretensión de la representación procesal de la Administración de interponer ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad contra la norma aplicable, reconoce el derecho de los demandantes, el centro privado *Altair* de Sevilla, a acogerse al régimen de conciertos educativos a pesar de no impartir

²⁰ Otras Sentencias del Tribunal Supremo concordantes con ésta son la pronunciada en la misma fecha, el 4 de mayo, la de 8 de mayo de 2017 y 11 de julio de 2017.

una educación mixta. El Supremo acoge en su integridad los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Andalucía. Reiterando la doctrina afirmada en otras muchas decisiones anteriores, que se sustenta en los convenios y en los textos de organismos internacionales ratificados por España, la educación diferenciada no es discriminatoria si se imparte con las adecuadas garantías de calidad; no existe causa, pues, para plantear el recurso de inconstitucionalidad. Hay que acudir, por consiguiente, a los requisitos establecidos por la ley para determinar si se excluye o no el concierto; en el caso planteado es de aplicación la nueva redacción que otorga la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, al artículo 84.3 de la LOE, por la cual la educación diferenciada por sexos deja de constituir un supuesto por el cual pueda denegarse el concierto. Habiendo rechazado la Administración éste exclusivamente por tal razón y constando la disposición del Colegio para facilitar la integración y las necesidades de escolarización que cumple el centro, la denegación es contraria a Derecho, atendiendo a la legislación aplicable en el momento de la petición del concierto. Por lo que procede rechazar el recurso.

En todo caso, el Tribunal Constitucional sí ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto resolviendo un recurso de inconstitucionalidad planteado por diputados del Partido Socialista contra la LOMCE. La Sentencia 31/2018, de 14 de mayo, afirma²¹, fundamentándolo en los convenios y tratados internacionales, y en igual sentido que la jurisprudencia del Supremo, que la educación diferenciada por sexos no es discriminatoria sino una diferenciación jurídica que responde a un método pedagógico que considera esta opción más eficaz que otras. Forma parte, pues, del derecho de los centros privados a establecer un ideario propio, dentro de los principios constitucionales.

Con el aval del Constitucional, el Supremo vuelve a resolver los recursos de casación interpuestos por las Administraciones educativas autonómicas que denegaron el concierto –y, por lo tanto, la financiación– a colegios de ideario católico que no escolarizan a alumnos de ambos sexos. Tomemos como ejemplo una de las resoluciones: la Sentencia de 19 de junio de 2018²². En ella la Junta de Andalucía recurre contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 28 de enero de 2016, en la cual se anula la Orden de la Administración denegando el concierto en el curso 2013-2014 al Colegio Ribamar. El Tribunal Supremo afirma que, no constituyendo una discriminación *per se* la educación

²¹ Baste una breve referencia de ella, dado que, con seguridad, será expuesta y comentada ampliamente en la Sección dedicada al Tribunal Constitucional que anualmente elabora el profesor de Castilla-La Mancha Santiago Catalá para esta misma Revista.

²² N.º 1339/2018. En parecidos términos, *vid.* las Sentencias de 5 de octubre de 2018 (n.º 1472/2018 y 1474/2018).

diferenciada –a la luz de los tratados internacionales y la jurisprudencia del Constitucional–, procede aplicar la legislación vigente en ese momento. Esto es, la LOMCE, que otorga una nueva redacción a la LOE por la cual se excluye como requisito para la financiación el que se escolarice a alumnos de los dos sexos. La Orden de la Junta de excluirles del concierto por esa razón no se apoyó en el marco jurídico en vigor, que establece el régimen de las ayudas públicas dentro del principio de igualdad en el sentido de no diferenciar el trato dependiendo de los distintos modelos pedagógicos. Por lo que este tipo de centros deben tener acceso a los conciertos –siempre, claro está, que cumplan los requisitos legales– en iguales condiciones que otros colegios. El Tribunal rechaza, por todo lo expuesto, el recurso de la Junta de Andalucía, confirmando la Sentencia del Superior de Justicia.

7. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN.

Nuevamente hay que hacer alusión a la jurisprudencia del Supremo en lo que constituye un tema central en las decisiones de éste, interpretando e integrando una regulación jurídica incompleta y deficiente cuya conflictividad ha acabado con mucha frecuencia ante los tribunales.

Durante el arco temporal que cubre la crónica las sentencias del Supremo versan sobre una materia ya resuelta en anteriores resoluciones: la de la reducción de la jornada de trabajo de los docentes de Religión, derivada de exigencias de la planificación escolar. Recordemos, aunque sea en sus líneas esenciales, la doctrina del Tribunal.

La especialidad de la relación, y el hecho de que sean contratados para cada año escolar, hace que no puedan considerarse modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de los profesores de Religión las variaciones en sus horarios y jornada laboral, decretadas por la Administración educativa competente para adaptarlas a las necesidades de los centros en función del número de alumnos que escogen la disciplina, incluso cuando la reducción de la jornada asimismo implique una minoración del salario que recibe el docente de la asignatura²³.

En el supuesto que contempla la Sentencia de 29 de mayo de 2018²⁴, un profesor de Religión Católica en varios colegios del Principado de Asturias y con contrato indefinido con la Administración educativa, reclama lo que consi-

²³ Así, *vid.*, Sentencias de 19 de julio de 2011, 21 de mayo de 2012 y 25 de marzo de 2014.

²⁴ N.º 558/2018.

dera una modificación sustancial de su contrato de trabajo al reducirse su jornada, durante el curso 2015/2016, a parcial –de 18 horas semanales–. La Consejería de Educación justifica el cambio en la disminución del número de horas lectivas asignadas a Religión Católica con base en el Decreto 82/2014 aprobado por el Principado. El Tribunal *a quo* funda la decisión en la doctrina afirmada por el Supremo para rechazar el recurso: no es una modificación sustancial del contrato, dada la especialidad de éste, si la Administración educativa realiza la reducción justificándolo en la reducción de las horas lectivas conforme a la planificación educativa.

El recurso de amparo ante el Tribunal Supremo se sustenta en la supuesta discrepancia de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias con otra del Tribunal Superior de Andalucía de fecha 18 de febrero de 2010. El Supremo rechaza el recurso al estimar la falta de contradicción entre las resoluciones. En la de Andalucía resultó probado que la Junta no motivó la modificación; en la de Asturias se fundamenta en la plantilla orgánica por curso y en la planificación educativa, dada la reducción de horas de las clases de Religión. Y, reiterando la doctrina del alto Tribunal, señala que la citada reducción de horas por necesidades del plan de estudios a la que se somete al profesor de Religión no constituye una modificación sustancial de sus condiciones laborales, dada la especialidad de su situación.

8. POLIGAMIA Y PENSIÓN DE VIUDEDAD. CLASES PASIVAS DEL ESTADO

La Ley de 19 de abril de 1961 sobre régimen jurídico en la provincia de Sahara respetaba el estatuto personal islámico de los naturales de la provincia. Se admitía, por lo tanto, el matrimonio polígamo entre ellos, cuando para el resto de los españoles el principio de la monogamia del matrimonio era considerado un elemento esencial de las uniones matrimoniales en España; aspecto que, igualmente, trascendía a considerar contrario al orden público interno los matrimonios polígamos de extranjeros. Antes de la promulgación de la Ley, el Protocolo final del Concordato de 1953 garantizaba el respeto al *status quo* en los territorios de soberanía española en África.

El supuesto del reconocimiento de las pensiones de viudedad a favor de las mujeres casadas en matrimonios polígamos con soldados marroquíes que militaron en las Fuerzas especiales de África –operando en el Sahara español– del Ejército había sido objeto de Sentencias contradictorias en la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Por citar un

ejemplo, la Sentencia de 23 de febrero de 2017 reconoció el derecho a la pensión de la segunda mujer de un soldado por la práctica del Ministerio de Defensa de haberlo concedido hasta entonces. Sin embargo, la de 2 de marzo del mismo año la deniega porque la primera mujer venía disfrutando de la pensión y el segundo matrimonio no puede ser reconocido por el ordenamiento ya que atenta contra el orden público interno. A ambas Sentencias le acompaña el voto particular de varios magistrados que argumentan a favor del reconocimiento de la pensión y el reparto equitativo entre las mujeres, considerando el estatuto particular que la Ley de 1961 concedía a los habitantes del Sahara, el Convenio de 1979 con Marruecos –al que más adelante nos referiremos–, y la aplicación del orden público atenuado.

Por Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2017²⁵ se admitió la casación de una de las Sentencias denegatorias; la que resuelve el caso de un súbdito marroquí que sirvió como soldado de la Comisión Mixta de Ingenieros de la Policía Territorial del Sahara durante diez años, a cuya primera mujer ya se le había concedido derecho a la pensión de viudedad, pero no a la segunda. El Auto de admisión especifica las cuestiones de interés en esta instancia y sobre las que se pronunciará el Tribunal: si la poligamia impide, por la invocación del orden público, el reconocimiento del derecho a la pensión; si es de aplicación en Convenio con Marruecos; y, si existe ese derecho, el importe de la pensión de viudedad.

La Sentencia de 24 de enero de 2018²⁶ resuelve la contradicción de las sentencias de las instancias inferiores. En la decisión casacional cobra un papel protagonista el Convenio sobre el régimen de la Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979, en cuyo artículo 23 se determina que la pensión de viudedad se distribuirá por partes iguales entre las beneficiarias conforme a la legislación marroquí. Para el alto Tribunal, la firma por España del Convenio significa que el Estado reconoce efectos atenuados a la poligamia de los matrimonios entre marroquíes, y lo hace a través de un tratado internacional. Reconocimiento que también ha de extenderse al caso de las clases pasivas del Estado; el concepto de «cónyuge legítimo», interpretado a la luz del artículo 14 de la Constitución, sitúa en la misma posición a los trabajadores normales y a los funcionarios del Estado. El Convenio con Marruecos se erige, pues, en el criterio de interpretación de la legislación sobre clases pasivas. Siguiendo lo regulado en su artículo 23, todas las esposas que contrajeron matrimonio conforme a la legislación marroquí son «cónyuges legítimos» y benefi-

²⁵ En el mismo sentido, *vid.*, Auto de 8 de enero de 2018.

²⁶ N.º 121/2018.

ciarias de la pensión que corresponde, en este caso, a las clases pasivas del Estado. Y ha de repartirse por igual entre las viudas que estuvieran simultáneamente casadas con el causante de la pensión. La aplicación del orden público a los matrimonios polígamos –concluye el Tribunal– no impide que puedan desplegarse ciertos efectos derivados; en concreto, el reconocimiento de la pensión de viudedad en el supuesto de las clases pasivas. Las mujeres legítimas conforme a la legislación marroquí se repartirán, de acuerdo al Convenio de 1979, la pensión en partes iguales. Se estima, pues, el recurso de casación, decretando el derecho de la segunda mujer a cobrar una parte de la pensión igual que la que disfrutaba la primera mujer, derecho que se retrotrae al momento del fallecimiento del cónyuge.

Al fallo del Supremo se acompaña el voto particular de dos magistrados en el que se hace un llamamiento a la aplicación estricta del orden público, lo cual, a su juicio, llevaría a no expandir lo regulado en el Convenio con Marruecos, que reconoce los efectos indirectos de la poligamia, más allá de su esfera de aplicación. El régimen de las clases pasivas del Estado exige que se aplique solo la ley española y el concepto restrictivo del orden público, que rechaza situaciones contrarias a nuestra cultura y a la dignidad de la mujer como es la de la poligamia. La Sentencia acordada, por la mayoría y de la que discrepan –concluye el voto particular– abre una brecha contra un elemento de nuestra identidad, de consecuencias imprevisibles dado el contexto de la alta inmigración islámica.

9. DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD DE LAS UNIONES GITANAS

Como es bien sabido, uno de los efectos del matrimonio es el derecho a percibir la pensión de viudedad del cónyuge legítimo. Tal derecho se ha planteado respecto a las uniones étnicas sin efectos para el Derecho del Estado, como, por ejemplo, el matrimonio gitano. A partir del reconocimiento de éste en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Muñoz Díaz v. España*, de 8 de diciembre de 2009, se vienen prodigando las demandas con iguales o parecidas pretensiones. Comencemos precisando el sentido de los pronunciamientos del Supremo a tal respecto.

En la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 12 de marzo de 2015 se dilucidaba si una mujer unida por el rito gitano en el año 1980 tiene derecho a recibir la pensión de viudedad de su marido premuerto. Tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia de Ca-

taluña –por Sentencia de 7 de mayo de 2014– rechazaron la pretensión de la demandante por varias razones: la petición fue extemporánea, y no se probó ni el vínculo matrimonial ni la convivencia ininterrumpida de más de seis años. El recurso de casación ante la Sala se sustanció alegando la contradicción de las resoluciones judiciales con, por una parte, la célebre y ya citada Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Muñoz Díaz v. España* y, de otra, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de septiembre de 2010, que declaró el derecho a recibir pensión de viudedad en una relación *more uxorio* de siete años de duración. El Tribunal niega que exista tal contradicción –en el sentido que exige la ley jurisdiccional de que las sentencias tengan pronunciamientos diferentes ante objetos sustancialmente iguales–. Por un lado, en *Muñoz Díaz* el Tribunal de Estrasburgo consideró que existió discriminación al tratar el Estado en todo a la pareja unida por matrimonio gitano como una familia matrimonial –concediéndoles el libro de familia, las ayudas económicas de aquellas numerosas, la asistencia sanitaria, etc.–, para, después, negar a la mujer la pensión de viudedad, en una época en que estaban obligados a contraer matrimonio canónico; en el caso objeto de controversia no existe dato alguno que lleve a deducir que las autoridades reconocieron esa unión. Por otro, y como señala la Sentencia del tribunal *a quo*, no existió prueba de la convivencia de hecho durante más de seis años. A mayor abundamiento, en el otorgamiento de las «pensiones excepcionales» el artículo 173.3 de la Ley general de la Seguridad Social exige que se soliciten en un plazo determinado; plazo improrrogable que actúa como presupuesto para acceder a la prestación. Lo cual no se cumplió en el supuesto que se plantea. Es, por tanto, pertinente –concluye el Supremo– rechazar el recurso de casación y confirmar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²⁷.

En el arco de tiempo que cubre la crónica jurisprudencial encontramos dos decisiones de la Sala de lo Social en torno a supuestos de uniones étnicas.

En el Auto de 17 de enero de 2018 se inadmite la casación planteada por una mujer de raza gitana a la que se le denegó la pensión de viudedad al fallecer su pareja, tras una convivencia de veintinueve años de la que nacieron dos hijos. La unión no fue registrada. Se solicita que se declare la nulidad de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de julio de 2017 –que confirmó la procedencia de la denegación también acordada en primera instancia–, alegando, una vez más, la supuesta contradicción con *Muñoz Díaz v. España*, ya que el matrimonio fue formalizado por el rito gitano. Nuevamen-

²⁷ El Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2017 resolvió en similares términos el caso de una mujer unida por el rito gitano en el año 1988 que solicitó la pensión de viudedad de su marido premuerto.

te el Tribunal considera que no existe la pretendida identidad de objetos y diversidad de decisiones. En el caso planteado las partes no estaban obligadas a contraer matrimonio canónico –siguiendo el sistema matrimonial de matrimonio civil subsidiario vigente en el supuesto de Muñoz Díaz–. Por otro lado, aunque no se discute el derecho de las parejas de hecho a causar pensión, según la legislación vigente es condición *sine qua non* cumplir el requisito de tener formalizada tal unión a través de la inscripción en los registros *ad hoc* al menos dos años antes del fallecimiento, hecho que no se produjo en el supuesto objeto del recurso de casación.

La Sentencia de 25 de enero de 2018²⁸ resuelve un caso similar, aunque esta vez el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en Sentencia de 13 de octubre de 2016, reconoce el derecho a la pensión de la pareja unida por el rito gitano y no formalizada en registro público alguno, considerando que existe semejanza con *Muñoz Díaz* y para no discriminar las uniones de esa etnia. El Instituto Nacional de la Seguridad Social recurre en casación invocando, como Sentencia de contraste, la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de marzo de 2013.

El Supremo recuerda, una vez más, la doctrina sentada tanto por ese Tribunal como por el Constitucional: para que se devengue el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho se requiere, además del requisito material de la convivencia por más de seis años antes del fallecimiento, el formal *ad solemnitatem* de la inscripción en los correspondientes registros o la prueba a través de documentos públicos, teniendo éste carácter constitutivo del derecho a la pensión. Por otro lado, considera inaplicable el precedente de *Muñoz Díaz*: ni se reconoció el supuesto matrimonio en el Libro de Familia –aparecían como solteros– ni existió la buena fe –no se creían casados a los efectos del Derecho español–. Lo cual reconduce el título de la pensión no al matrimonio, sino a su situación como pareja de hecho.

En realidad, concluye el alto Tribunal, lo que se pide en la demanda es equiparar la inscripción en un registro público al rito gitano, alegando, de no proceder así, que se produce una discriminación racial. El Supremo no acepta el argumento. La Ley, que exige claramente la naturaleza constitutiva de la inscripción a efectos de generar el derecho a la pensión, es neutral desde el punto de vista racial. El principio de igualdad no consagra el derecho subjetivo a un trato desigual; es más, si fuera así se podría producir una discriminación ideológica respecto a las parejas de hecho que rechazan el matrimonio por creencias o convicciones. «Proteger a los gitanos –concluye– no puede llevar a

²⁸ N.º 58/2018.

excepcionarles de la aplicación de la ley» (fundamento jurídico 3.º). Por lo que procede estimar el recurso del Instituto Nacional de la Seguridad Social y denegar el derecho a la pensión de viudedad.

A la Sentencia de la Sala se acompaña el voto particular de dos magistrados en el que se defiende que el hecho de obligar la inscripción a las uniones gitanas constituye una discriminación indirecta a un grupo étnico. Atendiendo a las creencias del pueblo gitano, su unión ritual es un auténtico matrimonio; el requisito legal de la inscripción es contrario a sus creencias²⁹. Supone, pues, una condición que enerva el uso y las tradiciones propias. Por lo que se hace un llamamiento a realizar una interpretación flexible de la norma a fin de tener en cuenta la especificidad de esta etnia.

10. DERECHO A LA PENSIÓN DE LOS MINISTROS DE CULTO EVANGÉLICOS

En la crónica del año pasado exponíamos, en sus elementos esenciales, una resolución del Tribunal Supremo que sienta doctrina, de la cual traen causa dos resoluciones del año 2018.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2017 resolvía el recurso interpuesto por la Federación evangélica firmante de los Acuerdos de 1992 (FEREDE) contra el Real Decreto 839/2015, de 21 de septiembre, por el cual se permite el reconocimiento como periodos cotizados, mediante el ingreso en la Tesorería de la Seguridad Social del capital y del coste, a aquellos anteriores a la inclusión de los ministros de culto evangélicos en el Régimen General de la Seguridad Social –el cual se produjo tras la promulgación del Real Decreto 369/1999–. En concreto, los representantes de FEREDE impugnan las condiciones que establece el Real Decreto 839/2015 en su disposición adicional 2.ª para que los pastores evangélicos puedan acogerse a la cotización de periodos anteriores y, así, devengar el derecho a la pensión o mejorar las prestaciones de la misma: que el 1 de mayo de 1999 estuvieran dados de alta en el Régimen General; que hubieran cumplido cincuenta años en esa fecha; que hayan realizado una actividad pastoral quince años antes; y que las cantidades a ingresar sean hechas efectivas por la iglesia a la que prestaron servicios. Además, en los casos de prestación por incapacidad permanente o muerte se limita el periodo de reconocimiento al mínimo para devengar una pensión –natural-

²⁹ Aunque en la argumentación que se hace no quede justificado, al entender de quien esto escribe, que la inscripción en un registro público vaya en contra de algún «precepto» esencial de la «ley gitana».

mente en la cuantía más baja de ésta—. Justifican la impugnación en la vulneración del principio de igualdad (art. 14 Constitución española), derivada de la discriminación que se produce frente al régimen establecido por la Administración para el clero católico, o a aquellos sacerdotes o religiosos secularizados antes de su inclusión en el régimen de la Seguridad Social, donde no se contemplan tales requisitos y limitaciones. La Sentencia de contraste alegada es la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Manzanas Martín v. España*, de 3 de abril de 2012.

El Tribunal Supremo da la razón a la Federación recurrente. El principio de igualdad obliga a un trato similar ante parecidas circunstancias de hecho y, por el contrario, proscribire la diferencia de trato no justificada en la Constitución. En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque el fallo contempla un supuesto distinto, se concluye afirmando, por elevación, que no hay razones que justifiquen una regulación más beneficiosa a favor del clero católico respecto de los pastores evangélicos. La obligación del Estado es, pues, reconocer a éstos las mismas condiciones que a los ministros de culto católicos en la posibilidad de completar las anualidades que falten para tener los periodos mínimos de cotización a fin de devengar el derecho a la pensión, o para mejorar las prestaciones. Las condiciones y limitaciones que introduce la disposición adicional 2.^a son discriminatorias, atendiendo a la regulación del clero católico. Por todo lo cual la Sentencia declara la nulidad de dicha disposición del Real Decreto 839/2015 e, implícitamente, indica a la Administración su obligación de establecer un régimen a favor de los pastores evangélicos similar al vigente respecto al clero católico, o a los sacerdotes y religiosos secularizados.

Pues bien. La Sentencia de 24 de abril de 2018³⁰ aplica a un supuesto concreto la doctrina sentada de la total equiparación a los clérigos católicos de las condiciones de los ministros de culto evangélicos jubilados antes de que se incorporara el colectivo al Régimen General de la Seguridad Social. El relato fáctico es el siguiente. La mujer de un pastor con plena dedicación a su ministerio desde el año 1958 a 1990 en la Iglesia Evangélica de España solicita la pensión de viudedad, que le deniega la Seguridad Social al no estar el colectivo de su marido dado de alta en aquellas fechas. Tanto el Juzgado de lo Social de Barcelona como el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dan la razón a la demandante, confirmando el derecho de la viuda a obtener la pensión mediante el ingreso de ciertas cotizaciones mensuales.

El Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto teniendo en cuenta lo afirmado en la Sentencia de 13 de noviembre de 2017; esto es, y en sustancia,

³⁰ N.º 430/2018.

el tratamiento necesariamente igualitario entre los clérigos católicos y los pastores evangélicos. El que éstos se incorporen quince años después de los Acuerdos de 1992 y, por tanto, no tengan derecho a una pensión aquellos que no pudieron cotizar, no puede suponer –argumenta el Tribunal– un régimen distinto y más desfavorable a los ministros evangélicos respecto a los católicos. La aplicación del régimen del clero católico lleva a ratificar las decisiones de las instancias anteriores, y a confirmar el derecho de la viuda a cobrar una pensión, condicionado, claro está, al ingreso de las cuotas correspondientes para obtener ésta –que serán las correspondientes a quince años, igual a las exigidas a los sacerdotes de la Iglesia romana secularizados antes de la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social–.

En el supuesto resuelto por Sentencia de 19 de junio de 2018³¹ otro pastor evangélico, que había cotizado de 1989 a 2004 como trabajador por cuenta ajena para la Iglesia Evangélica Española, pide que se incremente su pensión –hasta obtener el cien por cien de la misma– debido al tiempo que, según él, sirvió como pastor –de 1969 a 1989– por la referida equiparación con la situación del clero católico. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia 21 de septiembre de 2016, rechaza la pretensión al no considerar suficientemente probada su condición de ministro de culto de esa Iglesia en el periodo de tiempo anterior a que el demandante fuera trabajador por cuenta ajena. La prueba presentada, un certificado de la Asamblea General de la Iglesia, era, a juicio del Tribunal Superior, insuficiente por no venir acompañado de la conformidad de la Comisión Permanente de la FEREDE, tal y como exige el art. 3.1 del Acuerdo aprobado por Ley 24/1992. El Tribunal Supremo rechaza, asimismo, el recurso basado en la supuesta contradicción del fallo expuesto con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Manzanas Martín v. España*, de 3 de abril de 2012. En el mismo sentido que la Sentencia impugnada, el Supremo estima que no quedó probado que con anterioridad a su inclusión al Régimen General de la Seguridad Social el recurrente desempeñara las funciones de pastor; por lo que falta la premisa básica para aplicar la doctrina del Tribunal de Estrasburgo.

³¹ N.º 647/2018.