

JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA, AUDIENCIAS PROVINCIALES Y JUZGADOS

ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
Universidad de Zaragoza

TUTELA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA

Audiencia Nacional (Sala de Apelación). Sentencia núm. 12/2019 de 23 julio. ARP 2019\1515.

La Sala de Apelación de la Audiencia Nacional desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 29 de marzo de 2019, que condenó a los acusados por la comisión de un delito de integración en organización terrorista y de adoctrinamiento pasivo terrorista. La Sala de Apelación confirma que los condenados procedieron a la distribución de documentación yihadista en las redes sociales y que tenían voluntad de partir pronto a Siria, así como que adoctrinaron a dos mujeres con la intención de enviarlas a Siria. No consta la existencia de vulneración del derecho fundamental de libertad religiosa de los acusados.

Fundamentos de Derecho

Segundo. 2.2. La sentencia estima que la conducta llevada a cabo por Silvio es constitutiva de un delito de un delito de adoctrinamiento pasivo, del artículo 575 pfo 2.º CP , el cual además de acudir a páginas de contenidos propios del terrorismo yihadista, guardarlas, difundirlas y autoformase ideológica y doctrinalmente con ellas, había adoptado ya, seriamente la decisión de marcharse a Siria, a fin de unirse a la Yihad combatiente, aun cuando no tuviera

se concretado el momento en que tal decisión se llevaría a efecto; a renglón seguido hace una valoración exhaustiva de la prueba practicada en el sentido.

Cuarto. En lo que se refiere a la posible vulneración del derecho fundamental a la libertad ideología y religiosa (art. 16 CE), así como a la libertad de expresión, debemos rechazar la existencia de cualquier tipo de vulneración, y ello porque, con carácter general debemos partir del principio de que ningún ejercicio de un derecho fundamental es legítimo cuando a través de este se comete un delito. La exposición de motivos de la LO 2/2015 por la que se reforma el Código Penal en materia de terrorismo establece lo siguiente «Las acciones terroristas a las que alude detalladamente la Resolución 2178 constituyen el máximo exponente de las nuevas amenazas que el terrorismo internacional plantea a las sociedades abiertas y que pretenden poner en riesgo los pilares en los que se sustenta el Estado de Derecho y el marco de convivencia de las democracias del mundo entero. *El terrorismo internacional de corte yihadista se caracteriza, precisamente, por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Estas nuevas amenazas deben, por tanto, ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley. Este terrorismo se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población o en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados... Los destinatarios de estos mensajes pueden ser individuos que, tras su radicalización y adoctrinamiento, intenten perpetrar ataques contra los objetivos señalados, incluyendo atentados suicidas*». Se observa como en los textos internacionales, por ejemplo, la Directiva de 15 de marzo de 2017 (LCEur 2017, 533) relativa a la lucha contra el terrorismo, se acuña legalmente el término de «terrorismo yihadista». A los límites que establece el art. 10 del CEDH, debemos añadir lo previsto en el art. 3 de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia 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.» Debemos tener claro que por

inútil e innecesario, que un islamista no es un yihadista y mucho menos un terrorista, y que por ello alguien que se islamiza en modo alguno supone abrazar, justificar, excusar o minimizar acciones terroristas, más de lo que no cabe duda alguna, es que todo terrorista yihadista profesa la fe islámica, y precisamente de la radicalización en esa fe y de la descontextualización e hipérbole ideológica de sus dogmas surge la justificación de la actividad terrorista como solución a la victimización previa.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30.^a). Sentencia núm. 102/2019 de 21 febrero. ARP 2019\725.

Colisión entre los derechos fundamentales de libertad de expresión y libertad religiosa. Dos activistas de Femen se encadenan a la imagen de Cristo crucificado del altar de la Catedral de la Almudena en Madrid, exhibiendo pintadas en su cuerpo y profiriendo gritos en favor del aborto. El juzgado de instancia las absuelve. La Audiencia Provincial, en cambio, sí aprecia que las acusadas son autoras de un delito de profanación. No aprecia, en cambio, que hayan cometido delitos de incitación al odio, ni escarnio, ni de impedir, interrumpir o perturbar los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas, tal como solicitaban los apelantes.

Fundamentos de Derecho

Tercero. La acusación particular sostiene también en su recurso que se habrían cometido los delitos de odio (art. 510 CP), el delito de escarnio del art. 522 CP y el delito de impedir, interrumpir o perturbar los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas (art. 523 CP).

Sin embargo, no solo no se contienen en el relato de hechos probados los elementos de los referidos tipos penales (relato que es inmodificable), sino que la propia apelante defiende un sistema de concursos entre el delito de profanación y cada uno de los anteriores delitos, que en la mayoría de los casos se resuelve apreciando únicamente la profanación.

Alega la recurrente que habría un concurso ideal entre el delito de odio y el de profanación. Ahora bien, lo que la apelante considera como elementos del delito odio no son tales, sino que integran el elemento objetivo del delito de profanación.

Como delito de odio el art. 510 CP castiga en su apdo. a) a quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hos-

tilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

Siendo el relato de hechos inmodificable, y no habiéndose declarado que los actos y expresiones de las acusadas fuesen dirigidas a la humillación, el menosprecio, el insulto o el descrédito de los católicos, ni a promover a terceros a discriminarlos, a odiarlos, a humillarlos, a considerarlos de peor condición y menos aún a actuar de forma violenta contra ellos, no cabe realizar una nueva valoración de la prueba al respecto. Su finalidad era dar relevancia pública a la posición por ellas defendida de considerar el aborto un derecho irrenunciable, ahora bien, como antes se ha expuesto, no puede considerarse amparado en la libertad de expresión cuando tales manifestaciones o expresiones se hacen en lugares destinados al culto de una determinada religión, como en este caso, es la católica, acompañadas de actos físicos claramente ofensivos sobre objetos inequívocamente sagrados para esta como es la Cruz, principal símbolo del cristianismo, de ahí que la conducta llevada a cabo por las acusadas se estime constitutiva de un delito de profanación.

En segundo lugar, se sostiene la existencia de un delito de escarnio en concurso medial con el delito de profanación, o un concurso de leyes entre ambos, que por el principio de absorción se resolvería en favor de este último.

El delito de escarnio se tipifica en el art. 525 CP, que establece que incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.

No cabe duda que la conducta de las acusadas encuentra mejor encaje en el tipo penal de la profanación del art. 524 CP, pues las palabras y expresiones que llevaban escritas y gritaron son una parte del total de la conducta desplegada en ofensa de los sentimientos religiosos, por lo que quedan absorbidas por el hecho más amplio y grave, que es por el que son condenadas.

Por último, se acusa por los delitos de interrupción de actos propios o funciones de una confesión religiosa, tipificados en los art. 522 y 523 CP, lo cual no puede prosperar por cuanto no se expresa en el relato de hechos probados que la actuación de las acusadas hubiese causado la suspensión o interrupción de ceremonias, actos o funciones propias de la religión católica. El relato

únicamente menciona que eran las 9,00 horas de la mañana cuando tuvieron lugar los hechos y que hasta que vino la Policía y pudo romper las cadenas con las que las acusadas se habían encadenado a la celosía enrejada que rodeaba la cruz se cerró la Catedral, pero nada consta respecto a que hubiera ninguna ceremonia o acto o función que se hubiera visto perturbada o interrumpida. Los apelantes pretenden que se considere probado que había algunas personas rezando y que la perturbación de la oración tiene cabida en este delito, pero como antes hemos visto ello exigiría una revaloración de la prueba testifical, que está vedada a este Tribunal, al tratarse de una sentencia absolutoria.

En definitiva, no se estima el motivo de infracción de ley respecto al resto de delitos, que no son el del 524 CP, por los que ha formulado acusación la Asociación de Abogados Cristianos, manteniéndose su absolución.

Juzgado de lo Penal núm. 10 de Sevilla. Sentencia núm. 448/2019 de 9 octubre. JUR 2020\10269.

Las acusadas participaron en una exhibición pública de imágenes irreverentes formando procesión por las calles de Sevilla, además de efectuar proclamas con megáfono en ese mismo sentido. El Juzgado no aprecia la comisión del delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia por motivos referentes a la religión o creencias del artículo 510.1 del código penal, ni del delito contra los sentimientos religiosos del artículo 525.1 del mismo código.

Fundamentos jurídicos

Segundo. Los delitos son los que versa este procedimiento son, principalmente en el artículo 525 del código penal, las ofensas a los sentimientos religiosos y, según la acusación particular, también el delito de odio previsto en el artículo 510.1 del código penal.

En referencia al primer delito, el precepto condena a los que para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias o vejen, también públicamente, a quienes los profesen o practiquen. El citado tipo penal exige, por tanto, los siguientes elementos: La acción típica la realizaría quiénes públicamente (de palabra, por escrito o por cualquier tipo de documento) hicieren escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa, o vejen a

quienes los profesan o practican, y además, se exige un elemento subjetivo del injusto: la acción se realiza para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa.

En el caso de autos, hasta las mismas acusadas, reconocen que la denominada performance en la que participaron puede haber ofendido los sentimientos religiosos de algunos cristianos, pero niegan que la intención de la citada protesta fuera expresa, inequívoca y específicamente esa. El juzgador está igualmente de acuerdo con las propias acusadas y así lo expresa en esta resolución. Lo que hicieron ofendió claramente a muchos católicos, practicantes y devotos, de número indeterminado eso sí e igualmente es de resaltar que también hay católicos, igualmente practicantes y devotos, que no se sintieron expresa y directamente atacados. No fue necesario practicar prueba alguna en el acto del Juicio para acreditar una y otra realidad. Las defensas se afanaron en «minimizar» el número de cristianos afectados negativamente, indagando sobre el número de personas que formaban parte de la asociación que ejerce la acusación particular. Ya se pronunció la audiencia Provincial de Sevilla, sección 4.^a en el auto 37/16 de 15 de enero de 2016, cuando exigió a la acusación particular que prestará fianza, aunque la moduló, manteniendo inalterado el auto del juzgado instructor de fecha 24 de marzo de 2015 que directamente no consideró «perjudicados» a la asociación particular denunciante y ello por el simple hecho de que no son los titulares del bien jurídico protegido. Los hechos acontecen en la ciudad de Sevilla, donde la semana Santa ocupa un lugar preeminente y donde existen numerosas Hermandades y Cofradías, todas ellas aglutinadas en el correspondiente Consejo de Hermandades y Cofradías, que podía haber decidido personarse como acusación particular, pero no lo hizo. En todos los sectores y el religioso no es ajeno a ello, hay partes que tienen posturas más extremas o radicales que otras, y por ello partes que se pueden sentir ofendidas por la cosa más nimia o sentir la misma ofensa por cosas más graves. Las acusadas participaron en una actividad de protesta que puede gustar o no, que puede ser considerada como una mamarrachada o no, que puede ser compartida o no, pero dicha actividad, absolutamente prescindible y gratuita en sus formas para este juzgador, tenía igualmente una finalidad concreta y era la protesta incardinada en el contexto social propio de aquellas fechas, que recordemos es un hecho notorio, que era el intenso debate social sobre el contenido del proyecto sobre la reforma de la regulación del aborto que, impulsado por el Ministerio de Justicia bajo la denominación Ley de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo, se encontraba en ese momento sometido a la fase de informe del Consejo General del Poder Judicial, no habiendo sido todavía emitido.

Para efectuar estas protestas, para ensalzar la feminidad, para poner a la mujer en el sitio que le corresponde y que ciertamente merece, no es necesario, a juicio de este juzgador sacar a la calle una vagina de plástico y si se saca, para ensalzar la feminidad de la manera poco glamurosa que acabo de exponer, tampoco es necesario desde luego hacerlo en una ciudad como Sevilla, dotando a dicha vagina de corona, manto, flores a los pies, andas, penitentes, pseudo banda de música e incluso mujeres de mantilla. Pero la finalidad a juicio del juzgador, no era ofender los sentimientos religiosos, y por tanto carecería del elemento subjetivo, a pesar de emplear elementos que objetivamente pueden servir para ello.

Tercero. El tratamiento de la pugna entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho igualmente reconocido en la constitución a los sentimientos religiosos, a la ideología religiosa, ha sido tratado en numerosas ocasiones. Ejemplo de ello es la sentencia de la audiencia Provincial de Madrid, sección 30 número 102/19 de fecha 21 de febrero de 2019. En dicha sentencia se expone lo siguiente: «STS de 19 de diciembre de 2017 y 4 de diciembre de 2018, que confirmaron las condenas por un delito contra los sentimientos religiosos del art. 523 CP, por actos de interrupción de la misa en iglesias mediante gritos y pasquines en el altar a favor del aborto libre y gratuito, y en contra de la postura de la Iglesia Católica frente a la reforma de la ley de aborto que se estaba tramitando.

La última de las citadas recoge toda la doctrina acerca de la colisión entre libertad de expresión y libertad religiosa, que se estima de interés reproducir:

«Efectivamente, los derechos a la libertad de expresión, reunión y manifestación invocados por el recurrente son derechos fundamentales reconocidos en las convenciones internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También en la Constitución Española. Ahora bien, tales derechos no son derechos absolutos, de modo que pueden entrar en colisión con otros derechos fundamentales, igualmente tutelados de forma intensa. Más en concreto, en el supuesto que ahora nos interesa, su ejercicio no puede implicar el derecho a vulnerar otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad religiosa.

El artículo 10.2 de la Constitución Española señala que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas

materias ratificados por España”. Conforme señala el Tribunal Constitucional (STC Sala 1.ª, n.º 62/1982, de 17 de noviembre), de acuerdo con este precepto, la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España.

Pues bien, el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge los derechos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y expresa que «La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.»

El TEDH se pronunció por primera vez sobre la limitación de la libertad de expresión en la sentencia dictada el 25 de noviembre de 1982, en el llamado caso *Wingrove c. Reino Unido*. En esta sentencia, tras apelar al carácter básico que tiene la libertad de expresión en toda sociedad democrática, remite al artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y entendió que la protección de los sentimientos religiosos, en términos generales, está incluida entre las posibles restricciones legales de la libertad de expresión.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 13 septiembre 2005 en su apartado 23 expone [la transcribe parcialmente].

Pero a continuación señala determinados límites en los apartados 24, 25 y 26: «Tal como reconoce el párrafo 2 del artículo 10, el ejercicio de esta libertad comporta deberes y responsabilidades. Entre ellos, en el contexto de las creencias religiosas, puede legítimamente figurar la obligación de evitar expresiones que son gratuitamente ofensivas al prójimo o profanadoras (ver, por ejemplo, *Otto Preminger-Institut contra Austria*, Sentencia de 20 septiembre 1994, serie A núm. 295-A, ap. 49, y *Murphy contra*, núm. 44179/1998, ap. 67, CEDH 2003-IX). Resulta que en principio se puede considerar necesario sancionar los ataques injuriosos contra los objetos de veneración religiosa.

Al examinar si las restricciones a los derechos y libertades garantizados por el Convenio pueden considerarse “necesarias en una sociedad democrática”, el Tribunal ha declarado en varias ocasiones que los Estados Contratantes gozan de un margen de apreciación cierto pero ilimitado (*Wingrove contra Reino Unido*, Sentencia de 25 noviembre 1996). La falta de una concepción uniforme, entre los países europeos, de las exigencias aferentes a la protección

de los derechos del prójimo tratándose de ataques a convicciones religiosas, amplía el margen de apreciación de los Estados Contratantes, cuando regulan la libertad de expresión en ámbitos susceptibles de ofender las convicciones personales íntimas que dependen de la moral o de la religión (ver *Otto-Preminger-Intitut*, ap. 50; *Wingrove*, ap. 58, y *Murphy* ap. 67).

Un Estado puede legítimamente considerar necesario adoptar medidas que traten de reprimir ciertos comportamientos, incluida la comunicación de informaciones e ideas incompatibles con el respeto de la libertad de prensa, de conciencia y de religión (ver, en el contexto del artículo 9, *Kokkinakis contra Grecia* [TEDH 1993, 21], Sentencia de 25 mayo 1993, serie A, núm. 260-A, y *Otto-Preminger-Intitut*, ap. 47). Sin embargo, corresponde al Tribunal resolver de manera efectiva sobre la compatibilidad de la restricción con el Convenio y lo hace apreciando, en las circunstancias del caso, si la injerencia corresponde a una “necesidad social imperiosa” y si es «proporcionada con la finalidad perseguida” (*Wingrove*, ap. 53, y *Murphy*, ap. 68).»

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 17 de julio de 2018 (*Asunto Mariya Alekhina y otras v. Rusia*). En el párrafo 197 señala: [lo transcribe, y cita más jurisprudencia de este Tribunal].

3. En España, la libertad de expresión es un derecho reconocido en el art. 20 de la Constitución Española pero no es un derecho absoluto, sino que tiene sus límites en los derechos reconocidos en el título I de la misma «los derechos fundamentales» entre los que se encuentra la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades.

La Constitución igualmente garantiza la libertad religiosa y de culto en su el art. 16.1 de la Constitución y el art. 2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, delimita el ámbito de la garantía constitucional. En lo que aquí interesa indica que «La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: [...] Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades», entre otros derechos.

El Tribunal Constitucional en su sentencia del Pleno 177/2015, de 22 de julio, señala (FJ 2.º): «Conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo (RTC 1981, 6), y 12/1982, de 31 de marzo (RTC 1982, 12), y recuerdan, entre otras, las más recientes SSTC 41/2001, de 11 de abril, FJ 4, y 50/2010, de 4 de octubre, se ha subraya-

do repetidamente la “peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión”, en cuanto que garantía para “la formación y existencia de una opinión pública libre”, que la convierte “en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”. Y después de advertir que “la libertad de expresión comprende la libertad de crítica ‘aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática’” (SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4)...» no obstante explica que la libertad de expresión no es «... un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional». Y concluye señalando que «... el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión.»

Tal doctrina, aunque se refiere a la colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, es extrapolable a la libertad religiosa, o más en concreto, a la colisión que puede surgir entre los artículos 20 y 16 de la Constitución [añade lo que establece la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 2/1982, de 29 de enero FJ 5].

Esta sentencia citada vino a condenar, revocando la de 1.ª instancia por los motivos que en dicha sentencia se exponen, que no son extrapolables a este caso al no tratarse de acto de profanación. Igualmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 747/16, de fecha 16 de diciembre de 2016 absolvía por delito contra los sentimientos religiosos, al igual que hizo en Sevilla la audiencia Provincial, con la sentencia 353/04 de fecha 7 de junio de 2004, con ocasión de un fotomontaje de una Virgen concreta de la ciudad. Por su parte el ministerio fiscal invocó la sentencia del Tribunal Supremo, sala 2.ª de fecha 4 de diciembre de 2018 y la sentencia del Tribunal Europeo De Derechos Humanos de fecha 17 de julio de 2018. Todas estas resoluciones mencionadas lo que vienen a manifestar es que no existe un límite claro y preciso en la colisión de los derechos y deberá ser cada cuestión planteada en juicio oral analizada de manera detallada y pormenorizada. Incluso la recomendación número 1805 de la asamblea parlamentaria del Consejo de Europa en el año 2007 titulada «blasfemia, insultos religiosos y discriminación de odio contra personas por motivos religiosos» vino a concluir que no cabe castigar la mera blasfemia ni el mero insulto a la religión, pues solo es posible castigar este tipo de expresiones cuan-

do de modo intencional alteran gravemente el orden público e inciten a actos violentos. Ejemplo claro de que en caso de autos esta en el límite (límite que por la actitud de las acusadas y las personas que las jalean y acompañan es factible que en cualquier momento sobrepasen con las consecuencias penales a ello añadidas), es la propia petición de sobreseimiento que efectuó el ministerio fiscal en esta causa según consta al folio 288. No es una petición de sobreseimiento llamemos de modelo, sino fundamentada y argumentada. Sorprendentemente y quizás debido a principios de unidad de actuación o cualquier otro principio al que se somete el ministerio público que desconocemos en su aplicación, tras la revocación ciertamente dura y expresa por parte de la audiencia Provincial de Sevilla merced al auto 297/17 de fecha 28 de marzo de 2017, el ministerio fiscal en lugar de sostener aquello que había razonado previamente decidió, decimos que por los motivos que no conocemos, proceder a formalizar la acusación.

Tercero [sic]. Respecto a la conducta prevista en el artículo 510 del código penal, no ha habido actividad por parte de la acusación particular que es la que somete a consideración del tribunal este delito, ningún esfuerzo específico para sostener el mismo. El citado precepto castiga el hecho de fomentar y promover o incitar directa o indirectamente al odio y ello no ocurre en el presente caso por la sencilla razón que durante la celebración de la profesión del coño insumiso no se efectuaron por parte de las acusadas arengas ni proclamas de este tipo y es más, la realidad de pensamiento existente en la sociedad antes y después de dicha procesión fue exactamente la misma. El hecho de que tuviera repercusión en medios sociales la citada procesión, se quedó en lo anecdótico pues aquellos que estaban satisfechos con el «trabajo» realizado ya tenían el pensamiento formado y aquellos otros que se enteraron en ese momento o incluso después tampoco consta que haya modificado sus ideas hacia la religión católica. Sí hay que reconocer en este punto que la acusación particular puso de manifiesto una realidad, y es el hecho de que las acusadas defienden a las mujeres, a las cuales deberían defender en su totalidad y sin ningún tipo de exclusión y sin embargo, en el largo listado que ofrecen dentro de sus documentos internos y del que dio lectura la acusación particular vía informe, no aparecen las católicas o cristianas y sí por ejemplo las que profesan otras religiones en las que el papel de la mujer, como mínimo, puede estar cuestionado. Quizás este tipo de colectivos conoce cuál es la realidad del sentimiento cristiano, basado esencialmente en el perdón a diferencia de otras religiones en las que las consecuencias por realizar actos atentatorios contra la libertad religiosa de esa concreta religión serían muchísimo peores, y por ello la religión cristiana es un blanco fácil.

En definitiva, no podemos considerar, por los fundamentos antes expuestos, que la conducta de las acusadas encaje en los tipos penales que han sido objeto de acusación, por lo que, aún no compartiendo ni las formas ni el modo de encauzar sus legítimas protestas, he de absolverlas de los delitos imputados con todos los pronunciamientos favorables a ello inherentes.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª). Sentencia núm. 136/2019 de 17 mayo. JUR 2019\182533.

El Tribunal no aprecia que concurran las circunstancias necesarias para otorgar medidas cautelares que suspendan la resolución del Ayuntamiento de Segovia por la que se aprueba la instalación de una estatua que, según los recurrentes, lesionaba su libertad religiosa.

Fundamentos jurídicos

Primero. Es objeto de impugnación en el recurso jurisdiccional del que dimana la presente pieza de medidas cautelares, el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 20 de diciembre 2018, por el que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto por Doña Inocencia con fecha 23 de noviembre de 2018, contra acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 24 de octubre de 2018, dictado en expediente n.º NUM000, solicitando la suspensión de la ejecución de la resolución tomada absteniéndose el Ayuntamiento de instalar la estatua SEGODEVS AQVAEDVCTI ARTIFEX en la Calle San Juan de Segovia, así como que se abstenga de la utilización oficial del nombre de SEGODEVS en cualquier página web o documento oficial del Ayuntamiento de Segovia o de sus empresas dependientes.

[...]

Que existe un peligro real, no solo el hipotético de incumplimiento de normativa, sino el basado en los hechos acaecidos en Segovia desde septiembre de 2018, como resulta de los documentos aportados y que en contraposición el interés público alegado por el Ayuntamiento de Segovia de dirigir el turismo por la calle San Juan, es una finalidad que carece de rigor y argumentos lógicos por las razones que se invocan en el recurso de apelación.

Y que no se alegó en la solicitud de medidas cautelares que la instalación de la estatua del diablo supusiera un ataque a la libertad religiosa, sino que lo que se alegó es que el nombre de Segodeus, sí ataca a la libertad religiosa, y a

un derecho fundamental, lo cual se mantiene, como un perjuicio que se está causando a los recurrentes, con la promoción de la citada estatua y el hecho de su instalación, sin esperar a la resolución definitiva.

Y que dados los términos del Auto apelado el mismo incurre en error, cuando afirma que era un único argumento expreso el vertido en el escrito de medidas cautelares, ya que se alegaron un gran número de argumentos, a los que se remite y sobre los que el Auto ni siquiera se refiere, ni motiva.

Y que los efectos que el acto producen para el autor sí deben ser objeto de control judicial, ya que de no adoptarse la medida cautelar solicitada se estaría consintiendo y permitiendo un beneficio económico del autor por la cuestión referida a los derechos de autor.

Cuarto. Circunstancias del caso, improcedencia de la medida cautelar por inexistencia de apariencia de buen derecho, *ni periculum in mora*.

[...]

5.º En el supuesto de autos no podemos acudir, como elemento complementario, a los principios determinantes, que la doctrina ha denominado «perjuicio bilateral alternativo»; que impone al órgano jurisdiccional aplicar el principio de proporcionalidad –razonabilidad técnica– ponderando los diversos intereses involucrados.

No podemos acudir ahora a la determinación de cual de los principios involucrados debe priorizarse porque precisamente, esto es lo que constituye el meollo de la cuestión; ya que por una parte (según lo plantean las partes), aparece la libertad religiosa, en su aspecto objetivo de manifestación pública y por otra, el de la laicidad, independencia y aconfesionalidad del estado; lo que nos obliga a mantenernos neutrales en este juicio cautelar y quedarnos en la ponderación del aspecto relativo a la presunción de legalidad, combinándolo con la ausencia de riesgo; porque es precisamente la ponderación de aquellos dos principios, lo que constituye la materia esencial del pleito.

Finalmente tampoco cabe considerar que el Auto apelado carezca de motivación dado que no se incurre en incongruencia por que no se de respuesta pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, ya que el TS ha declarado que, no hay incongruencia omisiva por el hecho de no desbrozar individualizadamente todos y cada uno de los argumentos cuando del contexto general se desprende que si ha habido un análisis de los mismos.

Procediendo por todo ello la desestimación del recurso de apelación, dado que ninguno de los argumentos del recurso de apelación reviste una intensidad suficiente para considerar que el Auto del Juzgado no deba de ser confirmado.

LIBERTAD RELIGIOSA DE CARGOS PÚBLICOS

Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª). Sentencia núm. 289/2019 de 24 julio. RJCA 2019\1029.

El Tribunal anula la modificación del Reglamento Municipal de Protocolo y Ceremonial, y Honores y Distinciones aprobada en sesión plenaria del Ayuntamiento de Huesca, y que establece la prohibición de asistencia a los miembros de la Corporación y el personal del Ayuntamiento a actos confesionales. El Tribunal aprecia que el Ayuntamiento ha incurrido en una extralimitación de facultades del plenario al imponer restricciones a sus miembros individualmente considerados, lo que supone una vulneración de los derechos fundamentales del art. 16.1 y 23.2 de la Constitución. Se procede a la anulación de los artículos del Reglamento que incorporan esas restricciones.

Fundamentos jurídicos

Segundo. La decisión de la Corporación de no acudir, como tal, a actos de carácter confesional.

Se cuestiona por el recurrente que la decisión de la Corporación de no acudir a actos de carácter confesional, vulnera el derecho a la libertad religiosa, por confundir aconfesionalidad, con laicidad y también desprecia las costumbres oscenses, por el hecho de no acudir a los actos confesionales tradicionales, como se imponía en el anterior Reglamento de 2009.

Ante todo hemos de diferenciar el Ayuntamiento como corporación, o entidad local y los miembros de la misma, los concejales y aún con una mayor diferenciación el propio personal que tiene vinculación laboral con el Ayuntamiento que también se cita en el precepto impugnado.

Nos vamos a referir ahora a la primer cuestión. Esto es si el pleno del Ayuntamiento puede como tal, decidir que no va a acudir a actos confesionales. Y entendido desde esta perspectiva, ya adelantamos que la Sala no considera contrario al principio de libertad religiosa del art. 16 de la Constitución esta decisión.

Cuando este Tribunal en Sentencia de 6 de noviembre de 2012 resolvió el recurso interpuesto por una asociación en defensa del Estado laico, contra un Reglamento análogo al presente pero del Ayuntamiento de Zaragoza y con un precepto que precisamente sostenía lo contrario, esto es que la Corporación zaragozana acudiría a los actos solemnes tradicionales y de contenido religioso, consideró que esta decisión no era contraria a ningún precepto constitucional,

precisamente porque «no imponía obligación alguna a los concejales y demás personal de la Corporación a asistir a estos actos religiosos» y por tanto la presencia de ellos era voluntaria. Diferenciáramos con el Reglamento actos oficiales de actos solemnes confesionales, confirmando la obligatoriedad impuesta en el Reglamento, para los miembros de la corporación de acudir a los primeros y no a los segundos, presencia en estos últimos que era voluntaria. Y todo ello porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido que las entidades locales y los organismos públicos, pueden dotarse de símbolos de contenido religioso, basados en la costumbre y en la tradición y con ello no se vulnera el derecho a la libertad religiosa.

Con claridad se pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC 34/2011 de 28 de marzo, en la que considera que nombrar patrona del Colegio de Abogados de Sevilla a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada, no es vulnerar ese derecho a la libertad religiosa.

Efectivamente el Tribunal Constitucional nos recuerda que en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas han de ser ideológicamente neutrales (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9), pero añade que eso no impide que las instituciones pueda adoptar símbolos, señas, siempre que con ello, no se vulnere la imparcialidad que deben de regir con terceros ajenos a esta creencia. Así dice:

«es propio de todo ente o institución adoptar signos de identidad que contribuyan a dotarle de un carácter integrador *ad intra* y reconocible *ad extra*, tales como la denominación –elemento de individualización por excelencia–, pero contingentemente también los emblemas, escudos, banderas, himnos, alegorías, divisas, lemas, conmemoraciones y otros múltiples y de diversa índole, entre los que pueden encontrarse, eventualmente, los patronazgos, en su origen propios de aquellas confesiones cristianas que creen en la intercesión de los santos y a cuya mediación se acogen los miembros de un determinado colectivo.»

Sobre la importancia de estos elementos representativos señalamos en la STC 94/1985, de 29 de julio, que «no puede desconocerse que la materia sensible del símbolo... trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el símbolo [político allí] acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la con-

ciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa Comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada; de aquí la protección dispensada a los símbolos [políticos allí] por los ordenamientos jurídicos» (FJ 7).

Naturalmente, la configuración de estos signos de identidad puede obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de esta, lo que origina que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tengan una connotación religiosa. Esta es la razón por la que símbolos y atributos propios del Cristianismo figuran insertos en nuestro escudo nacional, en los de las banderas de varias Comunidades Autónomas y en los de numerosas provincias, ciudades y poblaciones; asimismo, el nombre de múltiples municipios e instituciones públicas trae causa de personas o hechos vinculados a la religión cristiana; y en variadas festividades, conmemoraciones o actuaciones institucionales resulta reconocible su procedencia religiosa.

Por consiguiente, es obvio que no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE. La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa.

Pues bien si esto es posible para una Corporación, si este Tribunal ya indicó que no era contrario a derecho, que por un Ayuntamiento como el de Zaragoza, se acordase acudir a celebraciones religiosas, solo como tal Corporación, es claro, que en el uso legítimo de la decisión plenaria, un Ayuntamiento puede acordar lo contrario, que no va a acudir a ninguna celebración de carácter confesional. Tan legítimo es decidir que se va a apoyar esas celebraciones confesionales, porque el Consistorio, se siente identificado con ellas, como lo contrario, esto es considerar al Consistorio ajeno a estas celebraciones y por tanto decidir, reiteramos como tal Consistorio, que no se va a acudir a ellas.

Por todo ello hemos de indicar que el art. 13.1, si se manejase exclusivamente en esta decisión, no sería contrario a derecho, ocurre que esto no es así, ni siquiera en este primer párrafo.

Reiteramos el tenor literal del precepto que dice:

«13.1. El Ayuntamiento, incluidos sus cargos de representación y sus empleados públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Constitución respecto a la aconfesionalidad del Estado, no asistirá a ningún

acto que tenga carácter religioso, declinando las invitaciones que se le pudieran hacer para su participación, y no organizará ni programará actos que, en el marco de su actividad institucional, representativa y laboral, tengan carácter confesional.»

Como vemos el precepto no solamente acuerda que el Ayuntamiento, como Corporación, no asistirá a ningún acto religioso, sino que además incluye a sus cargos de representación y a sus empleados públicos y además lo justifica en la principio de aconfesionalidad del estado, pues bien como veremos más adelante, esta decisión no puede vincular a cargos y empleados y además no puede estar justificada en el precepto constitucional, pues ya vimos que tanto constitucional es una decisión, como la contraria.

Por tanto este precepto solo es conforme a derecho en la medida en que se tenga por no puesto el párrafo aludido.

En atención a lo razonado no podemos anular el art. 7.4 y Anexo, que solo establece los actos civiles y solemnes a los que va a acudir como tal.

Tercero. La prohibición de que puedan asistir los miembros de la Corporación y el personal del Ayuntamiento a actos confesionales.

Además de lo dicho en el párrafo primero el art. 13 en su párrafo segundo y tercero indica:

«13.2. Las personas integrantes de la Corporación podrán asistir a esos actos de manera particular, sin que en ningún caso puedan emplear los símbolos que acrediten su condición de miembro de la Corporación ni hacer uso de los privilegios o prerrogativas que pudieran corresponderle por su condición, tales como la ubicación en espacios reservados o preferentes.

13.3. Las personas que tengan vinculación laboral con el Ayuntamiento podrán asistir a esos actos a título particular y en ningún caso en horario laboral, salvo que hayan pedido –y se les haya concedido– el permiso de asuntos propios correspondiente. En consecuencia, aquellas personas que en el desempeño de su actividad laboral municipal utilicen uniformes u otro tipo de símbolo que acrediten su condición, no podrán hacer uso de los mismos cuando asistan a los actos religiosos.»

Los miembros de las Corporaciones Locales son elegidos democráticamente y como tales tienen un derecho/deber a ejercer esa representación instituida personalmente, más allá de la pertenencia a la Corporación y a sus órganos de gobierno. La elección de los ciudadanos recae sobre personas

determinadas y no sobre los partidos que las proponen, con independencia de que las elecciones se articulen en listas cerradas y bloqueadas.

Si no fuera así, y no tuvieran una representación distinta y eficaz, a la del propio consistorio, no se verían completados sus derechos a la participación pública, derivados de principios democráticos a los que se refiere el art. 23.2 de la Constitución en el ejercicio de sus funciones. Por tanto tiene razón el recurrente cuando indica que el Consistorio, no puede negar que los concejales acudan, como tales y en ejercicio de su representación como concejal a los actos confesionales, que consideren adecuados y con el tratamiento y honores que como tales se les disponga. Si a los concejales se les invita a un acto confesional, y es su voluntad acudir, no existe esa disociación que indebidamente establece el Reglamento. Dentro de su función pública también está acudir, como concejal a estos actos y evidentemente a otros distintos y separados de lo que la mayoría del consistorio, considere adecuados. Esta prohibición escapa de las facultades que tiene el plenario, que cuando impone restricciones solo puede obligar a la Corporación y no a sus miembros individualmente considerados.

La STC 101/2004 de 23 de junio, indica al respecto:

«En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 4, la libertad religiosa “garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la personalidad y dignidad individual”, y asimismo, “junto a esta dimensión interna, esta libertad... incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 10, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8)”. Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es “con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales” (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, y, en el mismo sentido las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art 16.2 CE de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.»

La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, demás, «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso «(STC 46/2001, de 15 de febrero), tales como las que se rela-

cionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades».

Si a eso unimos el carácter representativo del concejal miembro de la Corporación, esto es partícipe de la decisión del pueblo en el proceso democrático de elección, debemos preservar aún más su esfera de ejercicio, no solo a su libertad religiosa, sino a todos los derechos fundamentales, que se ven limitados o coartados por el poder público y que impidan que pueda ejercer su función de representación con libertad.

Por todo lo dicho el art. 13.2 y 13.3 del Reglamento vulnera los derechos fundamentales del art. 16.1 y 23.2 de la Constitución y deben ser anulados.

LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS MENORES

Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4.^a). Sentencia núm. 158/2019 de 8 mayo. JUR 2019\211618.

En la sentencia recurrida se resuelve sobre la adopción de medidas relativas a una menor de edad a raíz de la ruptura de la convivencia entre sus progenitores. Otorga el derecho de guardia y custodia a la madre, y el ejercicio conjunto de la patria potestad. El recurrente aduce que los motivos que han inspirado esa sentencia son de carácter religioso, pues el padre es musulmán, y se le ha denegado la guardia y custodia por ese motivo. La Audiencia Provincial desestima el recurso.

Fundamentos jurídicos

Primero. En la sentencia recurrida se resuelve sobre la adopción de medidas relativas a una menor de edad a raíz de la ruptura de la convivencia entre sus progenitores [...]. La sentencia opta por otorgar a la madre la guarda y custodia, sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad, estableciendo un régimen de visitas [determinado, junto con la correspondiente pensión alimenticia].

El recurso de apelación interpuesto por el padre incide en que existe un error en la valoración de la prueba [...]. Entiende la parte que los únicos argumentos que subyacen en la resolución (lo cual se entiende en el sentido de que no figura expresamente indicado en sus razonamientos jurídicos) son de carác-

ter religioso y discriminatorio, de tal manera que considera que ningún hecho objetivo se ha acreditado que permita desestimar su petición de custodia compartida, sino que se atiende solamente a los temores infundados de la adversa. Continúa el apelante afirmando que fue juzgado por ser de origen pakistaní, sin tener en cuenta el arraigo con el que cuenta en España, y que el interrogatorio versó sobre sus creencias, lo cual entiende que no debió permitirse por el Juzgador. No se tuvo en cuenta que tanto la nueva esposa como la hija fruto de una relación anterior son universitarias [...]. Se refiere también a que la sentencia resuelve en sentido contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita y señala amplia reseña jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la libertad religiosa. Termina suplicando que se revoque la sentencia de primera instancia y que se dicte otra estimatoria de su demanda. El Ministerio Fiscal y la otra parte impugnan el recurso e interesan la confirmación de la resolución recurrida.

Segundo. Planteada la cuestión en los términos que anteceden, la primera consideración que cabe realizar es que el recurso de apelación se fundamenta en buena medida en un juicio de intenciones, es decir, en que, pese al tenor literal de los fundamentos jurídicos de la resolución, la «ratio decidendi» no fue la que se desprende del mismo, sino otra que permanece oculta o, como la parte afirma, subyacente. Tras el nuevo examen de las actuaciones, incluida la grabación de la vista, que permite el artículo 456.1 LEC, no cabe sino disentir radicalmente de esta aseveración del recurrente porque expresamente se exponen las razones por las que se considera que el interés de la menor aconseja que no se acceda al régimen de custodia que el padre interesó, sin que se aprecie ningún atisbo de que el Juzgador tenía algún tipo de predisposición contra uno de los litigantes por razón de sus creencias [...]. Es más, la fijación de un amplio régimen de visitas, descrito en el fundamento jurídico de esta resolución, constituye un elemento objetivo que contradice y desvirtúa la tesis del recurrente, pues si realmente existiese la inclinación contraria a sus intereses que se sugiere en su escrito, afectaría sin duda también a dicha cuestión.

Al hilo de lo que se acaba de exponer, conviene recordar el criterio del Tribunal Constitucional, expuesto, por ejemplo, en la sentencia 2002/27345, de 18 de julio: «En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, FJ 9), la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual», y asimismo, «junto a esta dimensión interna, esta libertad... incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con

arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, fundamento jurídico 2; 120/1990, fundamento jurídico 10, y 137/1990, fundamento jurídico 8)». Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es «con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales» (STC 46/2001, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias». La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce además «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso» (STC 46/2001), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980 (RCL 1980, 1680), de Libertad Religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades.»

Por lo que atañe a la dimensión negativa a la que se acaba de hacer referencia surgen dos consideraciones del examen de lo actuado. La primera es que el hecho de que se acompañase a la demanda copia de la declaración prestada por el padre en las Diligencias Previas 253/2017 del Juzgado de Instrucción número 1 de [...] denota sin dejar lugar a dudas que desde el inicio del pleito el litigante no se mostró remiso a informar sobre las creencias que profesa. En segundo lugar, la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene un mecanismo que permite la introducción de la garantía recogida en el artículo 16.2 CE con ocasión de la prueba de interrogatorio de parte; en efecto, el artículo 307.1 LEC prevé que la negativa a contestar por parte de una parte se justifique en un deber de guardar secreto. En cualquier caso, ni se tuvieron por probados hechos por esa circunstancia ni tampoco se impugnaron durante el juicio las preguntas por la razón indicada, siendo de destacar que alguna de las formuladas por la defensa de la apelada fue declarada impertinente.

Tercero. A la hora de valorar si la sentencia se acomoda a la Jurisprudencia se hace preciso destacar, por encima de cualquier otra consideración, que el punto primordial que de la misma se extrae es la prevalencia del interés del menor [transcribe a continuación jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto].

En el caso sometido a revisión esa aproximación a la que se acaba de hacer referencia no se ve facilitada por hechos, que se consideran acreditados y que en el recurso no se desvirtúan tales como que el apelante no comunicó a su hija que iba a contraer nuevo matrimonio en el extranjero y que su intención era

residir con su esposa en España. Ciertamente hubiese resultado fácil a la parte acreditar que dicha persona estaba en disposición de establecer desde el primer momento una relación fluida y enriquecedora con la menor, más allá de meras alegaciones de parte, pero lo cierto es que no ha sido así.

Se cuenta además con el criterio de la psicóloga designada por la parte contraria. Llegados a este punto conviene recordar que en su demanda interesó la práctica de una prueba pericial psicológica practicada por personal adscrito al Juzgado a la que renunció por comparecencia de su defensa ante el órgano judicial (folio 50). Por otra parte, por providencia de 30 de enero de 2018 se denegó la exploración de la menor interesada, sin que se haya hecho uso de la facultad prevista en el artículo 460 LEC. Considera la mencionada profesional que la situación descrita genera notable confusión a la hija común por lo que, aun siendo consciente de los beneficios del régimen de custodia compartida, su criterio técnico opta por la atribución de la guarda y custodia se otorgue a la madre, sin perjuicio de un amplio régimen de visitas. Reconoció que no podía valorarla sin consentimiento del otro progenitor pero que llegó a tomar contacto con sus inquietudes respecto a los posibles cambios, de ahí que sus conclusiones merezcan cierta credibilidad, máxime, si resulta que tampoco han resultado desvirtuadas.

En definitiva, ningún reproche merece la valoración de la prueba que realiza el Juzgador en su sentencia, la cual, a la vista de lo expuesto con anterioridad, se mantiene en esta instancia pues se considera que el recurrente pretende sustituir el criterio razonado y objetivo del Juzgador (sustentado también por el Ministerio Fiscal) por el suyo propio con miras a conseguir la estimación de su pretensión.

AUTONOMÍA DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a).

Sentencia de 24 mayo 2019. JUR 2019\202816.

Colisión entre el derecho a la libertad religiosa, en concreto el derecho de una confesión a disfrutar de plena autonomía y establecer sus propias normas de organización y régimen interno y –por otra parte– el derecho a la protección de datos de una persona que abandona la confesión y requiere la cancelación de sus datos. La sentencia advierte que el tratamiento de datos ha de responder a una finalidad previamente determinada y, en el caso presente, no se aprecia ninguna finalidad que justifique la ampliación del tratamiento a finalidades

distintas a la readmisión. Es cierto que las confesiones religiosas podrán tratar los datos personales relativos a sus asociados o miembros y ex miembros, quedando exceptuadas del requisito del consentimiento expreso y por escrito de los mismos, pero siempre que aquellas actúen en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías y en relación con sus fines, lo cual no se aprecia que concurra en este caso.

Fundamentos de Derecho

Primero. La entidad demandante [Confesión Religiosa Testigos Cristianos de Jehová], impugna la resolución de 15 de marzo de 2018 de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, que confirma en reposición la resolución de 26 de enero de 2018, por la que se estimó en parte la reclamación formulada por doña Delia [...].

El 3 de junio de 2017, doña Delia ejerció derecho de cancelación frente a la Confesión Religiosa Testigos Cristianos de Jehová, que la había abandonado, siendo aceptado dicho abandono por la Confesión Religiosa. Esta entidad religiosa, por escrito de 12 de julio de 2017 denegó parcialmente el derecho de cancelación, al entender que existía un interés legítimo en la conservación de determinados datos personales de los ex miembros, e informaba a la reclamante de que conservaba los siguientes datos relativos a su persona: Nombre de la congregación, nombre de la persona expulsada o desasociada, fecha de nacimiento, sexo, fecha de bautismo y fecha de desasociación.

El 26 de julio de 2017 se presentó reclamación de tutela de derechos por la reclamante en la Agencia Española de Protección de Datos. El 26 de enero de 2018 se dictó resolución por la Agencia, estimando parcialmente la reclamación, acordando que: «Los datos objeto de conservación como el nombre y apellidos de la persona expulsada o desasociada, la fecha de bautismo en la confesión de Testigos de Jehova y la anotación de la fecha de la expulsión o desasociación, solo podrán ser utilizados en el exclusivo supuesto de que medie una nueva petición de ingreso del afectado».

Tercero. La Confesión Religiosa demandante, además de los datos de carácter personal de la denunciante recogidos en la resolución impugnada, el nombre y apellidos de la persona expulsada o desasociada, la fecha de bautismo en la confesión de Testigos de Jehová y la anotación de la fecha de la expulsión o desasociación, pretende conservar los datos de aquella referentes a la fecha de nacimiento, sexo y el nombre de la congregación a la que pertenecía, ampliándose el alcance de la finalidad autorizada.

Se argumenta, en síntesis, por la parte actora, la necesidad de mantener los datos de los ex miembros, por lo siguiente: Conforme a las normas internas de la Confesión recurrente, Estatutos, Reglamento de las Congregaciones de los Testigos de Jehová y el libro «Organizados para hacer la voluntad de Jehová», la citada Confesión Religiosa tiene el derecho de establecer sin más límites que los necesarios para cumplir la Ley y mantener el orden público, se encuentra la que establece que las congregaciones de los testigos de Jehová por todo el mundo, no reconocen que cuando alguien que ya ha sido bautizado válidamente por los Testigos de Jehová vuelva bautizarse de nuevo en esta misma confesión [amplía a continuación los motivos de carácter confesional]. Por las razones expuestas, aduce la parte recurrente, mantener ciertos datos de ex miembros, si bien limitados al mínimo, es indispensable para el cumplimiento de las normas internas de la Confesión Religiosa.

Cuarto. Debemos partir, que nos encontramos ante un procedimiento de tutela de derechos, existiendo una colisión entre el derecho a la libertad religiosa, en concreto el derecho de una confesión religiosa a operar con plena autonomía y establecer sus propias normas de organización y régimen interno, y el derecho a la protección de datos de la reclamante, que requiere la cancelación de sus datos al haber abandonado la Confesión Religiosa.

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, establece en el art. 2.1.a) que: «La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas».

Mientras que el art. 6 de la citada Ley, dispone: «Uno. Las iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y de régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que se regulen las instituciones creadas por aquellas para la realización de sus fines podrán incluir cláusulas de salvaguardia de su identidad religiosa y carácter propio, así como el debido respecto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación».

Respecto a las disposiciones relativas al tratamiento de datos de carácter personal que revelen la religión y creencias, el art. 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), vigente a la sazón, que versa sobre datos especialmente protegidos, fija que: «Solo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado».

Por otro lado, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en el considerando cuarto establece que «el derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. El presente Reglamento respeta todos los derechos fundamentales y observa las libertades y los principios reconocidos en la Carta conforme se consagran en los Tratados, en particular el respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones, la protección de los datos de carácter personal, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, y la diversidad cultural, religiosa y lingüística».

Y el art. 9, relativo al tratamiento de categorías especiales de datos personales, dispone lo siguiente: «1. Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física.

2. El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes:

d) el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa

o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados».

En este sentido, la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, establece al respecto en el art. 9: «1. A los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá el tratamiento de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así proceda.

2. Los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad.

En particular, dicha norma podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte».

De lo expuesto, se deriva que las iglesias, confesiones o congregaciones religiosas podrán tratar los datos personales relativos a sus asociados o miembros y ex miembros, quedando exceptuadas del requisito del consentimiento expreso y por escrito de los mismos. Eso sí, siempre en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías y en relación con sus fines.

Quinto.

[...]

Por tanto, en la normativa sobre protección de datos se mantiene como principio de la legitimación del tratamiento que los datos sean los adecuados, pertinentes y no excesivos, es decir, los mínimos para cumplir la finalidad para las que se conservan. Y los datos autorizados para su conservación en por la Agencia Española de Protección de Datos, como son el nombre y apellidos, la fecha de bautismo y las fechas de desasociación o expulsión de la reclamante, son los pertinentes para dar respuesta a las posibles acciones que pueda llevar a cabo un ex miembro como, entre otras, pretender el reingreso en la confesión religiosa.

Pero es que, en todo caso, ante cualquier petición o acción ante la Congregación Religiosa de un ex miembro, se podrá solicitar del interesado datos adicionales para el caso de su plena identificación y dar su consentimiento dar respuesta a su solicitud.

Por último, respecto a la solicitud de que se declare el derecho al uso para cualquier otra situación diferente a la readmisión del ex miembro, en concreto, para verificar y comprobar la situación de bautismo y pertenencia a la Confesión Religiosa de un miembro actual o ex miembro, de satisfacer los principios religiosos de la Confesión, de pastorear y proteger a los miembros de las congregaciones, así como también de procesar y resolver solicitudes de readmisión de ex miembros, tenemos que reseñar que el tratamiento de datos ha de responder a una finalidad previamente determinada como ha quedado expuesto, y no se concreta ninguna finalidad que justifique la ampliación del tratamiento a finalidades distintas a la readmisión, máxime cuando las razones expuestas se refieren al funcionamiento interno de la Congregación Religiosa, ajeno al derecho fundamental del afectado al uso excepcional de sus datos personales una vez solicitada la baja.

En consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo.

OBJECIONES DE CONCIENCIA

TRATAMIENTOS MÉDICOS

Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª). Sentencia núm. 207/2019 de 25 marzo. JUR 2019\234224.

La paciente rechaza una hemotransfusión. No se le aplica. En consecuencia, no se aprecia vulneración de la lex artis ni de la libertad religiosa del paciente, por lo que no hay responsabilidad del centro hospitalario.

Fundamentos jurídicos

Primero. La sentencia, de la que ahora se conoce en apelación, desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación por responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud en relación con asistencia sanitaria prestada a la demandante tras el parto en el Hospital Insular de Fuerteventura, que se había puesto en relación con un error

de diagnóstico inicial o un retraso en el diagnóstico en lo que se refiere a la detección de la causa de las sucesivas hemorragias post parto relacionadas con que la presencia de restos de placenta en el útero.

[...]

La sentencia [de instancia] dedica el Fundamento Segunda a transcribir las conclusiones más relevantes del informe pericial de parte, de los informes del Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología de Hospital General de Fuerteventura y de la Inspección Sanitaria, así como el resultado de las pruebas de ratificación del informe del Jefe de Servicio, del perito de parte, y declaración de la especialista en Obstetricia y Ginecología que atendió a la paciente, y, en lo que es la valoración de las pruebas concluyó lo siguiente:

«(..) No se ha acreditado que la retención del cotiledón separado de la placenta normal e el tejido uterino implique una asistencia inadecuada al parto, ni que su diagnóstico hasta la intervención de la paciente obedeciera a una mala praxis.

Todo ello sin obviar que actuaciones médicas realizadas para evitar las hemorragias de la paciente quedaron condicionadas por su rechazo a las transfusiones sanguíneas debido a sus creencias religiosas, respetada por los profesionales que la asistieron, sin que por el contrario se haya aportado dato alguno que permita inferir que se haya vulnerado tal derecho de la actora.

En definitiva, la parte recurrente no ha acreditado el negligente funcionamiento de los servicios sanitarios dependientes de la Administración demandada, valorando la pericial y los informes médicos emitidos sobre la actuación médica enjuiciada y su ratificación en fase probatoria en los términos razonados, siendo que lo acontecido una vez diagnosticado fue correctamente tratado, lo que determina que deba desestimarse el recurso al no apreciar que exista la vulneración de la *lex artis*, ni de su derecho a la libertad religiosa.»

Segundo. [...] al recurso se opone la Administración demandada (aquí apelada) en defensa de la valoración judicial de la prueba y de la inviabilidad de poder mantener las conclusiones de la parte en base a publicaciones médicas [que aportó la recurrente] que contemplan otras situaciones, con especial insistencia en el continuo seguimiento de la paciente tras el parto y en las dificultades de afrontar el tratamiento necesario dada su negativa a transfusiones de sangre por convicciones religiosas, al tiempo que rechaza que se le llegase a hacer una histerectomía.

Tercero.

[...]

A propósito de la responsabilidad médico-sanitaria, el Tribunal Supremo ha dicho con reiteración, entre otras sentencia de 24 de mayo de 2.011, con cita

de las de 25 de febrero de 2.009, 20 de junio y 11 de julio de 2.007, que no puede calificarse como una responsabilidad objetiva, que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, sino como «(..) la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales», bien entendido que «(..) de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que esta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles».

Y, en el caso, ni del informe pericial de parte –que introdujo variaciones en el curso del proceso y al que ni siquiera se refiere la parte en apelación a la hora de explicar el error en la valoración de la prueba–, ni de las explicaciones en apelación apoyadas tan solo en una revista médica, es posible concluir responsabilidad en la actuación médica por no haber detectado lo que era un cotiledón supernumerario con acretismo compatible con la descripción en las notas clínicas tras el parto de placenta íntegra y membranas completas.

Cuarto. Lo dicho es suficiente para la desestimación del recurso de apelación [...]

ENSEÑANZA

PROFESORES DE RELIGIÓN

TSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1.^a). Sentencia de 10 octubre 2019. JUR 2019\326768.

[Dicta sentencia en el mismo sentido y con argumentos análogos el mismo Tribuna, Sala y Sección, con fecha de 23 octubre 2019. JUR 2019\313153]

Extinción de la relación laboral de profesora de religión constitutiva de despido improcedente. El Obispado de León retira la idoneidad de una profesora de religión. A juicio del Tribunal, la justificación que ofrece el Obispado

solo incluye conceptos genéricos, sin referirse a comportamientos específicos de la actora que merezcan una calificación desfavorable y, lo que resulta esencial desde el punto de vista del control judicial, no ofrece elementos de juicio que permitan determinar si las expresiones utilizadas configuran valoraciones o criterios de índole moral o religioso habilitantes de la revocación de la misio canonica. Por estos motivos considera que la no renovación del contrato de la profesora ha sido improcedente.

Fundamentos jurídicos

Primero. Frente a la sentencia de instancia que declaró la procedencia del despido de la demandante, se alza esta en suplicación, destinando su recurso tanto a la revisión de los hechos declarados probados como al examen de las normas sustantivas y doctrina jurisprudencial que invoca [...].

Sexto. Argumenta la recurrente que la *missio canónica* solo puede ser retirada por causas de índole religiosa y que, en este caso, ni la administración empleadora ni la sentencia realizan un análisis de las motivaciones del Obispado para adoptar su decisión. Añade que, además, no se le ha atribuido ninguna conducta concreta susceptible de análisis o examen sino únicamente conceptos genéricos.

La administración impugnante alega que tales motivaciones, referidas a un incumplimiento persistente de las condiciones personales de idoneidad, son de tipo religioso y pedagógico y fueron conocidas por la interesada en sendas reuniones habidas en marzo y septiembre de 2017.

No reiteraremos ahora la doctrina de la Sala sobre la materia, que se encuentra desarrollada en la sentencia que transcribe la resolución recurrida y, por tanto, es bien conocida por las partes. Basta recordar que el Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede, sobre enseñanza y asuntos culturales establece en su artículo III que «la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza. Con antelación suficiente, el ordinario diocesano comunicará los nombres de los profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza».

Corresponde, por tanto, a la iglesia, proponer a la administración a las personas que estime adecuadas para impartir clases de religión católica en los centros educativos del sistema público. La vinculación profesional de estos profesores se mantiene, sin embargo, con la autoridad académica, de conformidad con la DA 3.^a de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, cuyo

punto 2 insiste en que «la propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas y se renovará automáticamente cada año. La determinación del contrato, a tiempo completo o a tiempo parcial según lo que requieran las necesidades de los centros, corresponderá a las Administraciones competentes. La remoción, en su caso, se ajustará a derecho».

La relación laboral especial así constituida se regula en el Real Decreto 696/2007, que, ateniéndose, según su exposición de motivos, «a la doctrina del Tribunal Constitucional, reiterada a partir de la Sentencia 38/2007, de 15 de febrero, que considera válida la exigencia de la idoneidad eclesial como requisito de capacidad para el acceso a los puestos de trabajo de profesor de religión en los centros de enseñanza pública, al propio tiempo que exige que esa declaración de idoneidad, o su revocación, sea respetuosa con los derechos fundamentales del trabajador», dispone en su artículo 3.1 que para impartir las enseñanzas de religión será necesario «haber sido propuestos por la Autoridad de la Confesión religiosa para impartir dicha enseñanza y haber obtenido la declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confesión religiosa objeto de la materia educativa, todo ello con carácter previo a su contratación por la Administración competente». Por ello, el artículo 7.b) contempla como causa de extinción del contrato de trabajo la «revocación ajustada a derecho de la acreditación o de la idoneidad para impartir clases de religión por parte de la confesión religiosa que lo otorgó».

A la hora de valorar la conformidad a derecho de cualquier medida extintiva en este ámbito, el Tribunal Constitucional, tanto en la sentencia antes referida como en otras posteriores (así, sentencia 140/2014, de 11 de septiembre), precisa que «el control a realizar no se limita a la actuación de la autoridad educativa, sino que ha de extenderse a la decisión eclesial, y en concreto, «los órganos judiciales competentes habrán de analizar también si la falta de propuesta por parte del ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la idoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa, criterios cuya definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado, o si, por el contrario, se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo. En fin, una vez garantizada la motivación estrictamente «religiosa» de la decisión, el órgano judicial habrá de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo». Este doble ámbito de

control, motivación religiosa o moral y respeto a los derechos fundamentales, es también destacado por el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 23 de septiembre de 2009, rcud 2139/2008, 14 de enero de 2009, rec. 996/2008 y 12 de septiembre de 2017, rcud 2805/2015.

En concreto, esta última resolución destaca que la relación de confianza entre el Obispado y la profesora no excluye en sí mismo el control jurisdiccional de la decisión ni el de sopesar, en su caso, los derechos fundamentales enfrentados. Es así «necesario –imprescindible–, que el órgano judicial realice un control de la decisión extintiva y de la causa alegada para la misma; control que debe excluir que la decisión del Obispado venga motivada por razones ajenas a las que legítimamente pueden dar lugar a la misma», de forma que «ante la impugnación judicial de la extinción del contrato de un profesor de religión y moral católica subsiguiente a la retirada de la *missio canónica*, en general... el órgano judicial está obligado a controlar si la falta de propuesta por parte del ordinario del lugar responde o no a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad sobrevenida de la demandante para impartir la enseñanza de la religión y moral católicas y, especialmente, también para el caso de que hubiesen apreciado que concurre efectivamente una motivación estrictamente «religiosa» en la decisión de la autoridad eclesiástica, deben cumplir la exigencia constitucional de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto, a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo».

Habiéndose realizado esta última ponderación en el fundamento de derecho 5.º en relación al derecho fundamental que la demandante ha expuesto como vulnerado, procede, de acuerdo con lo expuesto, establecer si la falta de propuesta por parte del Obispado de León respondió o no a criterios de índole religiosa o moral determinantes de su inidoneidad sobrevenida, cuya definición, como ya hemos indicado y señala la sentencia del Tribunal Supremo antes referida, «corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado», los cuales, sin embargo, no impiden su necesaria conciliación con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y de las relaciones laborales de los profesores, tal y como señaló el TEDH en su sentencia de 12 de junio de 2014 (TEDH 2014, 35) (149), siendo competencia de «las jurisdicciones nacionales el asegurarse que estas condiciones se cumplen, procediendo a un detenido examen de las circunstancias del caso y a una ponderación circunstanciada de los intereses divergentes en juego» (131 y 132).

El relato fáctico de la sentencia de instancia revela que las causas que, según el Obispado, determinaron la apreciación de inidoneidad fueron, en un primer momento, las contempladas en el Canon 804, párrafo 2 del Código de Derecho Canónico, cuya literalidad es la siguiente: «cuide el Ordinario del lugar de que los profesores que se destinan a la enseñanza de la religión en las escuelas, incluso en las no católicas, destaquen por su recta doctrina, por el testimonio de su vida cristiana y por su aptitud pedagógica». Requerido por la administración para que acreditara tales causas ante lo genérico de la razón alegada, se señalaron «la «contumacia, insubordinación, falta de respeto e incumplimiento reiterado de los requisitos relativos a las condiciones personales de idoneidad» que, según se indicaba, dieron lugar a una reunión en la que se avisó a la actora de tales comportamientos, así como de la «falta de compromiso requerido a todos los profesores de religión católica».

Ni en los términos así empleados, puramente conceptuales, ni en la referencia al precepto canónico, sin otro alcance que el enunciativo, se puede apreciar una mínima descripción de alguna conducta que fuese atribuible a la trabajadora. Tampoco la remisión a la reunión permite una mayor concreción pues la descripción que de su contenido realiza el hecho probado 5.º incurre en la misma indefinición. En todos los casos se hace referencia a conceptos genéricos sin indicar qué específicos comportamientos de la actora merecen su catalogación en cualquiera de ellos y, lo que resulta esencial desde el punto de vista del control judicial, sin ofrecer elementos de juicio que permitan determinar si las expresiones utilizadas configuran valoraciones o criterios de índole moral o religioso habilitantes de la revocación de la *missio canónica*. La «contumacia» indica tenacidad en el mantenimiento del error, la «insubordinación» falta de sujeción a orden, mando o dominio, la «falta de respeto» ausencia de acatamiento, consideración, miramiento o deferencia a alguien y la «falta de compromiso» incumplimiento de la obligación contraída o de la palabra dada. Se trata de conceptos susceptibles de abarcar múltiples facetas del comportamiento humano que exceden del puramente moral o religioso y que, por ejemplo, pueden igualmente circunscribirse a un ámbito exclusivamente disciplinario (relativo esencialmente a la desobediencia) que aquí no se ha seguido por la empleadora, por lo que, a falta de precisiones adicionales, solo por hipótesis o suposición, o atendiendo a consideraciones puramente desiderativas, pueden vincularse ineludiblemente a parámetros de moralidad o religión, únicos que, como hemos visto, pueden justificar, junto a la violación de derechos fundamentales, la declaración de inidoneidad y la extinción de la relación laboral. Por otra parte, el Canon 804, número 2, del Código de Derecho Canónico, establece exclusivamente obligaciones para el «Ordinario del lugar» y alude, en

relación con los profesores de religión católica, a parámetros de actuación, como «recta doctrina», «testimonio de vida cristiana» y «aptitud pedagógica», que tienen la misma generalidad y, por ello, inhabilidad que las anteriores en orden a justificar la conducta empresarial y cuyo incumplimiento en ningún momento se ha atribuido a la actora.

Fuera de estos genéricos términos no se ha promovido actividad probatoria alguna (al menos, su resultado no consta en el relato de hechos probados y no se ha interesado revisión alguna para su inclusión) dirigida a acreditar qué concretas conductas de la demandante pudieran haber justificado su calificación en los términos que hemos visto y el comportamiento subsiguiente del Obispado, permitiendo con ello determinar si este y, con ello, el ulterior despido, se encontraban fundados en criterios de índole moral o religioso. En este sentido, la situación difiere de la contemplada por esta Sala en sus sentencias de 3 de junio de 2015, y 20 de septiembre de 2018, en las que la parte actora sí conocía el hecho determinante de la retirada de la *missio canónica*, vinculada, en ambos casos, a la exteriorización de una convivencia *more uxorio* con persona distinta a su cónyuge. Este grado de precisión fáctica no se alcanza ni de forma tangencial en el caso que nos ocupa, lo que impide, por un lado, un conocimiento cierto e indubitado por parte de la trabajadora de los motivos de su cese, y, por otro, el necesario control judicial de los criterios seguidos para adoptar una decisión en tal sentido. La consecuencia de lo expuesto es la improcedencia del despido por falta de acreditación de las causas que pudieran justificarlo, de conformidad con los artículos 55.4 ET y 108 LRJS y con los efectos previstos en los artículos 56 ET y 110 de la LRJS, siendo responsable la Dirección Provincial de Educación de León de la Junta de Castilla y León, única demandada que ostenta la titularidad de la relación laboral.

DERECHO A LA ELECCIÓN DE CENTRO DE ENSEÑANZA

Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a). Sentencia núm. 203/2019 de 24 mayo. JUR 2019\200027.

La libertad religiosa no ampara la libre elección de colegio, ni que este esté financiado con fondos públicos, si motivos de planificación y presupuestarios lo impiden. Tampoco existe un derecho subjetivo a satisfacer el derecho a la elección de centro se haga a través de un aula mixta, cuando no hay demanda suficiente.

Fundamentos jurídicos

Primero. La escolarización en un centro concertado, en una vía que carece de concierto.

La Sala a la vista del resultado de la Sentencia objeto del recurso, adelanta que ha de estimar el recurso de apelación y anular la Sentencia dictada.

Con independencia de los motivos que se aducen en la Sentencia es lo cierto que si el Colegio [...] de [...], no tiene concertada la enseñanza de 1.º de educación infantil, no es posible acordar la escolarización de un alumno, con fondos públicos, como se acuerda en el fallo de la Sentencia.

Los alumnos pueden ser escolarizados en centros públicos y privados y dentro de estos últimos, centros con unidades educativas concertadas o no. Si las unidades no están concertadas, la educación solo puede ser privada. No es posible la concertación de plazas, fuera del procedimiento concurrente y ordenado del concierto público. Pues de esa forma como se dice en la contestación a la demanda, se hace de imposible concreción la planificación de la acción educativa, soportada en principios de proporcionalidad y de eficiencia, pues es precisamente en la concertación donde se puede hacer efectivo esos principios.

Como ha reiterado este Tribunal es conocida la doctrina de la Sala Tercera Sección Cuarta del Tribunal Supremo fijada, entre otras, en sentencia 7 de febrero 2018, en el fundamento de derecho segundo in fine nos dice con claridad «lo que no puede sostenerse con éxito, en definitiva, es que en el ejercicio del derecho a la educación no resulte de aplicación ni la programación, ni los principios de eficiencia y economía que establece la Ley Orgánica de Educación (artículos 15 y 109), ni que en el nivel de enseñanza examinado no puedan reducirse unidades, respecto de convenios ya aprobados», matiza que se trata de un supuesto donde se había producido una reducción sustancial de solicitantes.

[...]

Por este motivo ya debe estimarse el recurso, sin entrar a debatir, porque tampoco lo hace la Sentencia que haya cualquier otro motivo legal, que permita la estimación del recurso. La propia Sentencia descarta que haya una difícil conciliación, ni el derecho unívoco a la libertad de elección de centro.

Segundo. La libertad de elección de centro y la libertad religiosa.

La libertad de elección de centro, debe de someterse a la existencia de un concierto. La libertad religiosa no se vulnera por adjudicar en la debida aplicación de la normativa un centro público, porque en este se da educación religiosa. El supuesto citado en la Sentencia apelada de este Tribunal (STSJA de 22 de febrero de 2017), es radicalmente distinto y en la misma sentencia se indica. Se trataba de garantizar una educación laica, no religiosa, cuando la Administración educativa, había adjudicado un centro religioso en lugar de un centro público. Y

ya reseñábamos en esa Sentencia que para el supuesto contrario, el que constituye el objeto de esta Sentencia, garantizar educación religiosa a quién así lo quiere la doctrina del Tribunal Supremo (STS 30 de marzo de 2012) es la siguiente:

«No es posible el aumento judicial de la ratio para Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el art. 157.1 a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones.»

Y decíamos en la aludida Sentencia:

«En el caso del Tribunal Supremo se trataba de una decisión que aumentaba la ratio para admitir al alumno en un determinado Centro religioso. Por tanto el derecho que se actúa no es solo el derecho a recibir una educación moral y religiosa concreta, sino de elección del Centro docente. Y como hemos dicho, este derecho nos parece de menor entidad que el de recibir una determinada educación, aunque puedan estar claramente relacionados. En el caso del Tribunal Supremo, no admitir la elección de centro docente no vulnera ese derecho pues la educación religiosa se va a dar en el Centro Público, aunque no con la intensidad y el ideario concreto que los padres solicitan. En este caso permitir la educación en un centro religioso del hijo de los actores, es directamente contrario e incompatible con su derecho a la educación moral y religiosa acorde con sus convicciones.»

Quiere decir que la libertad religiosa no ampara la libre elección de colegio, ni que este esté financiado con fondos públicos, si motivos de planificación y presupuestarios lo impiden como es el caso.

Tercero. Las aulas mixtas.

Tampoco la alegación a la previa existencia de un aula mixta en el Colegio, que desconocemos por lo actuado en el presente procedimiento a qué es debida, permite la estimación del recurso y en absoluto fundamenta la posibilidad de que el menor se escolarice en una vía sin concierto.

La regulación está contenida en la Disposición Adicional Tercera del R. D. 132/2010 de 12 de febrero, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria que dice:

«Disposición adicional tercera. Centros que atiendan a poblaciones de especiales características sociodemográficas: [reproduce el texto literalmente].»

Pues bien lo primero que hemos de indicar, es que la existencia o no de una aula mixta, con evidencia no está supeditada en ningún caso, como aquí ha ocurrido al escaso número de alumnos que solicitan la educación en un centro concertado. Existirá o no este tipo de aula en atención a las especiales características sociodemográficas o escolares de una población, algo que aquí no concurre pues se trata de una población con al menos dos centros escolares. Obligar a que se escolarice el hijo de la recurrente en un aula mixta, escapa con claridad de la necesaria organización y planificación de este tipo de decisión que obligadamente tiene que llevar a cabo la Administración tal y como indica el apartado tercero de la Disposición Adicional referida. En ningún caso en el expediente la autoridad educativa se ha planteado esta decisión y en menor medida para el centro educativo de [...], centro que en ningún momento solicitó, esa forma de prestar la educación. Hemos de reiterar, como se observa con claridad en la regulación citada, que esta forma de prestar la educación debe de ser absolutamente excepcional y cuando las circunstancias de la población, no permiten cumplir la regla general, una unidad por curso en la ecuación infantil.

Cuando la Dirección provincial para cumplir la decisión cautelar del Juzgado amplió a tres cursos el aula mixta que ya existía en el Centro, lo hizo de forma excepcional, pero ello no puede convertir lo que es una decisión obligada por mandato judicial en la regla general. Dicho de otro modo, no existe un derecho subjetivo a satisfacer el derecho a la elección de centro se haga a través de un aula mixta, cuando no hay demanda suficiente, como reiteramos el aula mixta, está prevista para otras circunstancias.

Por todo lo razonado debe de estimarse el recurso.

LUGARES DE CULTO

LICENCIAS ADMINISTRATIVAS

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a). Sentencia núm. 591/2019 de 25 septiembre. JUR 2019\292680.

No cabe equiparar las funciones litúrgicas con actividades recreativas o espectáculos públicos. La propia naturaleza de la actividad litúrgica no es, por sí misma, capaz de producir elevados niveles sonoros, así como impactos o vibraciones. Se supedita la exigencia de todas o algunas de las condiciones de insonorización previstas en la Ordenanza municipal de Protección de la Con-

taminación Acústica y Térmica a que se compruebe la superación de los niveles sonoros permitidos.

Fundamentos jurídicos

Segundo. El Ayuntamiento apela la sentencia [dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que estimaba el recurso interpuesto por la Iglesia de la Resurrección frente a la resolución dictada el 9 de marzo de 2017 por la Gerente de la Agencia de Actividades del Ayuntamiento de Madrid que acordaba la pérdida de efectos de la Declaración Responsable presentada a efectos de modificar la actividad que desarrollan mediante la legalización de un órgano no conectado a sistema de amplificación alguno así como el equipo de reproducción musical al que están conectados los micrófonos y altavoces instalados en el local en cuestión] en base a un único motivo consistente en considerar que se infringe los artículos 2 y 25.2 de la Ordenanza de Protección de la Contaminación Acústica y Térmica del Ayuntamiento de Madrid y que las actividades de culto religioso son susceptibles de ser calificados como emisor acústico en los términos de la Ley 37/2003. Considera al Ayuntamiento que si bien la actividad litúrgica no es equiparable a ningún espectáculo o actividad recreativa, si es susceptible de ser incardinada en los términos del artículo 25.2 de la citada Ordenanza, esto es, como aquella que «por la naturaleza de la actividad desarrollada, se utilicen equipos musicales, megafonía o se emitan cánticos o se baile». Concluye que la sentencia recurrida debe ser revocada confirmándose la actuación administrativa pues la única actuación ha consistido en requerir a la actora que las emisiones de su actividad, en las que de ordinario se usan equipos musicales y se canta, se adapte a la normativa municipal sobre el ruido, adoptando las medidas precisas para evitar que las emisiones de aquella para con el exterior, sobrepasen determinados límites sonoros, lo que ni afecta a la libertad religiosa de la recurrente, ni supone ningún tipo de infracción del ordenamiento jurídico.

La parte apelada se opone a la apelación alegando, en primer lugar, la inadmisión del recurso y en su caso su desestimación. Alega que la sentencia tiene en cuenta que, de forma puntual, en el culto de los domingos por la mañana, la actividad de la Iglesia Evangélica de la Resurrección puede conllevar la emisión de música y canto (no se practica ningún tipo de baile), no habiéndose acreditado que la actividad de la Iglesia haya superado los niveles de ruido permitidos por la Ordenanza. Añade que la equiparación de la actividad de la Iglesia como espectáculo público actividad recreativa, implica la imposición de un límite al derecho fundamental de libertad religiosa.

Cuarto. Ya hemos visto que la sentencia apelada estima el recurso por considerar que la actividad que desarrolla la recurrente no puede ser incluida entre las que tienen carácter recreativo o espectáculo público, sino que debe incluirse en el artículo 25.3 de la Ordenanza de Protección de la Contaminación Acústica y Térmica del Ayuntamiento de Madrid.

El artículo 25 de la Ordenanza a los efectos de su aplicación, contempla varios supuestos. En el apartado 1 previene que «Los locales donde se desarrollen las actividades recreativas y de espectáculos públicos, a los efectos de determinar las condiciones de insonorización que deben cumplir, se clasifican en los siguientes tipos (...)», distinguiendo hasta cuatro tipos.

En el apartado 2, la Ordenanza dispone que «a efectos de lo dispuesto en este artículo, se asimilarán a las anteriores actividades, por su capacidad de producir elevados niveles sonoros, impactos o vibraciones, aquellas tales como academias de canto o baile, estudios de grabación, locales de ensayo o cualquier otro establecimiento en el que, por la propia naturaleza de la actividad desarrollada, se utilicen equipos musicales, megafonía, o en los que se emitan cánticos o se baile».

Y el apartado 3 del referido precepto dispone que «A otros tipos de actividades comerciales, industriales o de servicios en los que la propia naturaleza de la actividad autorizada no conlleve de modo necesario la emisión de música, ni la práctica de canto o baile, pero donde se autoricen equipos de reproducción sonora, si se comprueba la superación de los niveles sonoros permitidos, les serán exigibles todas o algunas de las condiciones de insonorización previstas en los artículos siguientes para el tipo de actividad al que sea asimilable, suficientes para evitar la superación comprobada».

La sentencia apelada estima que este último es el supuesto aplicable a la recurrente, por lo que para establecer las exigencias de insonorización a la actividad de la recurrente, habría sido necesario la acreditación de que se superan los niveles sonoros permitidos y dado que la recurrente ha presentado un informe técnico en el que se indica que no se superan, la Agencia, antes de dictar su resolución, debió comprobar dicha circunstancia y elaborar un informe acreditativo de que exista dicho exceso.

Por su parte el Ayuntamiento considera que es de aplicación el apartado 2 del artículo 25 de la citada Ordenanza.

Pues bien, la Sala comparte plenamente la interpretación realizada por la sentencia apelada. Es evidente que la actividad que desarrolla la recurrente no puede ser incluida entre las que tienen carácter recreativo o de espectáculo público del artículo 25.1 de la Ordenanza. El artículo 3 b) de la Ordenanza señala que a efectos de esta, se entiende por actividades recreativas y de espec-

táculos públicos aquellas definidas y catalogadas como tales en la Ley de la Comunidad de Madrid 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, y normas de desarrollo y el artículo 3 de la citada Ley excluye de la misma las actividades que se realicen en el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, como sería la actividad está amparada en el artículo 16 de la Constitución en el ámbito de la libertad religiosa y de culto que tiene su desarrollo en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. El propio Ayuntamiento en su escrito de apelación admite que la actividad litúrgica no es equiparable a ningún espectáculo público o actividad recreativa.

Tampoco puede incardinar se actividad en la Iglesia Evangélica en el apartado 2 del artículo 25 de la ordenanza pues no cabe considerar que por la propia naturaleza de la actividad de culto se utilicen equipos musicales como megafonía o se emitan cánticos. El que, como señala la parte recurrente, con carácter puntual y en la celebración de los cultos de los domingos que se celebren, la actividad de la Iglesia Evangélica de la Resurrección pueda conllevar la emisión puntual de música y canto, no nos permite asimilar dicha actividad a las incardinarlas en el apartado 2 pues la propia naturaleza de la actividad litúrgica no es, por sí misma, capaz de producir elevados niveles sonoros, así como impactos o vibraciones.

Por ello la actividad de la recurrente hay que incardinarla, como acertadamente hace la sentencia apelada, en el apartado 3 del artículo 25 de la Ordenanza que supedita la exigencia de todas o algunas de las condiciones de insonorización previstas en la Ordenanza, a que se compruebe la superación de los niveles sonoros permitidos, comprobación que no ha realizado el Ayuntamiento.

Por todo ello, el recurso de apelación debe ser desestimado.

SEGURIDAD SOCIAL

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1.ª). Sentencia núm. 2536/2019 de 23 octubre. JUR 2019\334832.

Una monja de clausura del monasterio de clarisas de Córdoba, careciendo de todo tipo de ingresos o asignación económica, solicita la excomunión para cuidar a su padre enfermo y el Obispado de Asidonia-Jerez le concede permiso. Desde ese momento la religiosa sale del convento de clausura y convive con su padre y su madre a expensas de ellos, cuidando a ambos. El Tribu-

nal confirma su derecho a recibir una prestación de la Seguridad Social a favor de familiares, con independencia de su situación según el Derecho canónico.

Fundamentos jurídicos

Segundo. [...] Parece pretender la entidad gestora [la Seguridad Social] que se obligue a la actora a hacer lo que no quiere y a lo que la ley no le obliga: volver a recluirse en el convento para vivir a sus expensas. Y sustenta su argumentación en el carácter provisional y temporal de la exclaustación, lo que sin embargo no consta sea así en el relato fáctico de la sentencia impugnada del que inexcusablemente debemos partir para resolver el recurso, dada la naturaleza extraordinaria y cuasicasacional del mismo (por todas, STC 105/2008, de 15 de septiembre) que impide al tribunal efectuar una nueva y propia valoración del material probatorio aportado a la instancia.

El incontrovertido relato judicial de los hechos probados narra que la actora se exclaustó desde el 10 de marzo de 2010 con la finalidad de atender a su padre enfermo, lo que cumplió hasta la muerte de este el 13 de junio de 2012, prolongando luego la vida extrarreligiosa para cuidar a su madre sin que haya vuelto al convento (HP 3.º) tras el fallecimiento de la misma el 22 de julio de 2016. Con independencia del estatus jurídico que pueda tener –y que lo escueto de los hechos declarados probados impiden conocer– en el ámbito interno de la Iglesia Católica conforme a sus cánones propios, lo cierto es que, en el ámbito estrictamente civil en el que actualmente desarrolla su vida personal, la actora «carece de ingresos propios, ni medios propios de vida» (HP 4.º) ya que según se añade en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, con valor fáctico, «no presta servicios por cuenta ajena, ni por cuenta propia» y «carece de todo tipo de rentas».

En la doctrina de duplicación se viene reconociendo dicha prestación a religiosas que incluso han reingresado en el convento. Así lo decidieron sentencias de diversos tribunales superiores de justicia (Galicia, de fecha 06.07.2012 –RS 1389/2009–; Castilla y León/Valladolid, de fecha 25.04.2012 –RS 608/2012–; Asturias, de fecha 31.03.2016 –RS 297/2016–) en las que se ha reconocido la prestación en favor de familiares a religiosas que tras el cuidado del familiar causante reingresaron en la comunidad religiosa, siendo dadas de alta en el RETA, e incluso en algún caso en que ni siquiera llegó a ser exclaustada sino que atendió al familiar en el mismo convento, habiéndose razonado para ello que el simple hecho de afiliación y alta de la demandante en el RETA, en cuanto impuestas por su cualidad de religiosa, así como la cobertura de sus necesidades de manutención y alojamiento por integrarse en una

comunidad religiosa pero sin rendimiento, beneficio o ingreso económico alguno, no significa que disponga de medios propios de vida.

En el presente caso consideramos que, al igual que en el caso resuelto por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de julio de 2012, «concorre el requisito previsto en el art. 176. 2 d) de la LGSS, consistente en carecer el solicitante de medios propios de vida, pues para su apreciación debe atenderse a la reiterada doctrina jurisprudencial y de suplicación (STS de 9/11/92, Ar. 8791; 18/11/96, Ar. 8626; 9/12/1998, Ar. 10946 SIC y 25/6/1999, Ar. 5785; STSJ de Galicia 17/2/1998, Recurso 1901/1995, 20/11/1997, Recurso 1469/1995, y 12 marzo 1998, AS. 638; 3 marzo, 20 marzo y 27 marzo de 2000, Recursos n.º 353/1999, 2883/1999, 1823/1999; 6 diciembre 2002, recurso de suplicación n.º 968/00), según la cual no constituye esa suficiencia económica propia el hecho de poseer algunos bienes de fortuna o salarios de escasa entidad económica, sobre todo cuando éstos no sobrepasan el módulo del salario mínimo interprofesional que determina a estos efectos el mínimo vital de subsistencia (STS de 9 diciembre de 1998, Ar. 10946), de manera que se halla dentro del campo de acción de la normativa legal quien tiene una mínima capacidad económica con la que pueda participar en la economía de la unidad familiar de manera secundaria y coadyuvante. Añadiendo la Sentencia Tribunal Supremo de 16 mayo 2003, que «la interpretación del precepto ha motivado que esta Sala haya definido ese concepto jurídico indeterminado, en sentencias como las 9 de noviembre de 1992 (recurso 149/1992), 12 de marzo de 1997 (recurso 3459/1996) y especialmente en la de 9 de diciembre de 1998 (Recurso 780/1998) dictada en Sala General, seguida de otras como las de 3, 20 y 27 de marzo de 2000 (recursos 353/1999, 2883/1999 y 1823/1999), con arreglo a las que el requisito de «vivir a expensas» concurre cuando el beneficiario o beneficiarios de la prestación no perciben ingresos equivalentes o superiores al 100% del salario mínimo interprofesional, con independencia de que para otro tipo de prestaciones, y por otras razones, el legislador haya fijado dicho umbral mínimo en el 75 % del salario mínimo interprofesional o en otro cualquiera, en cuyos supuestos será el previsto para cada caso el que habrá que aplicar. Y teniendo en cuenta que la actora carece de todo tipo de ingresos, no ofrece duda que cumple con el requisito indicado».

Por todo ello consideramos que la actora sí reúne el controvertido requisito legal de carecer de medios propios de vida y, no discutiéndose la concurrencia de los demás, resulta acreedora de la pensión que la sentencia del juzgado le reconoce, lo que determina que el recurso deba ser desestimado y la sentencia confirmada, sin que haya lugar a imposición de costas a las entidades ges-

toras recurrentes, por gozar legalmente a estos efectos del beneficio de justicia gratuita (arts. 2.ª de la Ley 1/1996, de 10 de enero, y 235.1 LRJS).

En su virtud, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere el Pueblo español, la Constitución de la Nación Española y las leyes, [falla la desestimación del recurso].

DERECHO DE FAMILIA

ACOGIMIENTO Y KAFALA

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª).
Sentencia núm. 3364/2019 de 26 junio. AS 2019\2037.

El Tribunal considera que la kafala, aun constituida por una autoridad extranjera, debe equipararse al acogimiento familiar a efectos del reconocimiento de prestaciones por maternidad y paternidad.

Fundamentos de Derecho

Primero. La parte demandada, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL interpone recurso de suplicación frente a la sentencia n.º 223/2018 dictada el 23/07/2018 en los autos 408/2018 por el Juzgado de lo Social n.º 32 de Barcelona, por la que se estima la demanda interpuesta por D.ª África frente al INSS y declara el derecho de la actora a que le sea reconocido el percibo de la prestación por maternidad en razón de la «kafala» de la menor Azucena, condenando al INSS a abonarle dicha prestación conforme a una BR mensual de 1530,41 euros y por el período de 104/04/2017 al 30/07/2017, ambos incluidos.

El recurso ha sido impugnado por la representación procesal de la parte actora, que pide su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida.

Segundo. En el único motivo de recurso, formulado al amparo del apartado C) del art. 193 de la LRJS, solicita el recurrente el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, por entender infringido el art. 177 LGSS, al considerar que no debió estimarse la prestación por maternidad porque el criterio del INSS (Criterio 77/2003-04, RJ 25/2012, de 3 de abril) es que la kafala acordada por autoridad marroquí competente, por período superior a un año, que se acredite en documentos debidamente legalizados y traducidos al idioma español, puede equipararse al acogimiento familiar del

derecho español a efectos del reconocimiento de las prestaciones por maternidad y paternidad, Para que dicha equiparación pueda llevarse a cabo con plenas garantías, deberá solicitarse del órgano competente de la administración autonómica que conforme o indique si la kafala puede considerarse válidamente constituida. De acuerdo con este criterio, faltando la declaración de idoneidad emitida por el órgano correspondiente de la administración catalana, entiende que no procede el reconocimiento de la prestación de maternidad.

La impugnante, pide la confirmación de la resolución recurrida porque en nuestra STSJ Cataluña 3 octubre de 2017, se distingue cuando la kafala se constituye en documento privado o bien a través de resolución judicial por tribunal marroquí. En el caso de autos, la trabajadora acudió a DGAIA que se declaró incompetente.

[...]

2.2. *La kafala como situación asimilable al acogimiento en España.*

Mediante la kafala una persona, por lo general, un varón, llamado «kafil», se hace cargo de un menor, denominado «makful», a quien se limita a garantizar su mantenimiento y educación. Es una institución familiar del derecho islámico y de origen religioso que no genera vínculos de filiación como la adopción.

El art. 9.6 CC dispone que «la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la Ley nacional de este».

La menor, Azucena es nacional de Marruecos, y la legislación marroquí (Código de Familia o «Mudawana») en sus arts. 142 y 149 dispone que «la filiación tiene lugar por la procreación del niño por sus padres» y que la «adopción es nula y no comporta ninguno de los efectos de la filiación legítima».

La kafala se regula en Marruecos por la Ley 15/01 de 13 de junio (B. O. 5 septiembre 2002). El art. 2 de la Ley marroquí 15/01, define la kafala como el compromiso de hacerse cargo de la protección, educación y manutención de un niño abandonado del mismo modo que lo haría un padre con su propio hijo. Sin embargo, la kafala no confiere derecho a la filiación ni a la sucesión.

La Dirección General de los Registros y del Notariado sostiene que no se da la correspondencia de efectos entre la figura de la Kafala y la adopción española, en el sentido exigido por el artículo 26.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, pues ni se produce la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el menor y su familia por naturaleza, ni surgen los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza (*vid.* RGDN. 4/2015 de 13 marzo).

En efecto, la kafala constituida ante funcionarios o autoridades marroquíes no puede considerarse una institución equivalente a la adopción española, ya que no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no

implica alteración en el estado civil de éstos y solo alcanza a establecer una obligación personal por la que el «kafil» se hacen cargo del «makful» y ha de atender a sus necesidades y manutención. (Vid RGDN 4/2011, de 29 de marzo).

Por tanto, la kafala no es asimilable a la adopción, pero resulta ser, sin duda, una institución de protección de menores, aunque no produce vínculo de filiación. (art. 34 Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional).

En este sentido, la kafala se equiparará al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español, si concurren los requisitos que se exponen en el art. 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre [los reproduce literalmente a continuación].

[...]

2.3. *Precedentes jurisprudenciales.*

El TS (Sala IV) no ha unificado doctrina en la cuestión de si la kafala es asimilable funcionalmente a la adopción o acogimiento, a efectos de prestaciones de la Seguridad Social, si bien dictó Auto de 10/02/09 RCU 957/08 de inadmisión por falta de contradicción, en que fue objeto de recurso la STSJ 58/2008, de 31 de enero (AS 2008, 959) (Rec 2423/2007), en la que a efectos de la pensión de orfandad, la kafala fue equiparada a la adopción.

Esta Sala, en nuestra STSJ 3 octubre 2018, Rec 3666/2017, en un supuesto de kafala constituida en Argelia, confirma la denegación de las prestaciones familiares por hijo a cargo por razón de no haber sido constituida la misma de forma judicial o administrativa, tal como establece el artículo 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en la que dijimos:

«Por consiguiente, con arreglo a la normativa antes citada sobre adopción internacional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo la kafala constituida por los padres del menor Cipriano sería admisible y podría equipararse al acogimiento del derecho español si en la misma hubiera intervenido una autoridad, judicial o administrativa, que tiene que comprobar que efectivamente se trata de una situación de desamparo, pero esta equiparación no es posible bajo la forma notarial, que ha sido la utilizada en el presente caso, con la simple manifestación de los padres de conferir la tutela de su hijo a la actora, sin comprobación alguna sobre el estado de desamparo en el que pueda encontrarse, lo cual no está permitido en nuestro derecho.»

En nuestra STSJ Cataluña 20 septiembre 2016, Rec 3295/2016, en materia de prestaciones por desempleo (superación de topes máximos en atención a la guarda de un menor en situación de kafala por la beneficiaria de la prestación), esta Sala se limitó a ceñir su competencia a los efectos prejudiciales (art. 4 LRJS), en lo que se refiere a dicha institución.

2.4. *Solución del caso concreto.*

En el caso concreto se discute si la kafala acordada por sentencia de 19/12/2016 dictada por el Juez Encargado de Asuntos de menores del Tribunal de primera Instancia de Tánger respecto de la menor Azucena es asimilable a un acogimiento a los efectos del art. 177 LGSS, para que la demandante D.^a África, pueda lucrar la prestación de maternidad solicitada el 10/05/2017.

La Sala, a la vista de cuanto antecede, concluye que procede desestimar el recurso y confirmar el criterio de la resolución recurrida, por los siguientes motivos:

— La kafala es equiparable a la institución del acogimiento familiar (art. 172 y 173 CC). El art. 173 CC dispone que el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En este sentido se ha pronunciado ya la DGRN (Resolución núm. 4/2011 de 29 de marzo).

— En el caso que nos ocupa, la kafala fue acordada por sentencia de 19/12/2016 dictada por el Juez Encargado de Asuntos de menores del Tribunal de primera Instancia de Tánger en favor de la actora y su esposo, D. Luis Pablo.

— La cuestión de la afectación al orden público, la institución, en sí misma no supone una afectación al orden público español, como ha resuelto la jurisdicción civil por ejemplo Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Valencia de 29/05/17 (vid, f. 107 y ss) y la DGRN, que la considera una institución equiparable al acogimiento familiar.

— El documento en el que consta la institución ante el órgano judicial de Tánger consta traducido (f. 31) y con la debida apostilla (f. 33), sin que ello sea objeto de cuestión por el INSS. Además, cabe recordar que rige el Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 cuyo art. 22 dispone que «Las resoluciones judiciales en materia civil, mercantil y administrativa, comprendidas las que concedan indemnizaciones por daños y perjuicios por responsabilidad civil a las víctimas de infracciones penales, dictadas por órganos jurisdiccionales de alguno de ambos Estados Contratantes, tendrán autoridad de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en el otro Estado, en las condiciones y según las modalidades establecidas por el presente título».

El único motivo de oposición del INSS radica en que no consta que se haya solicitado del órgano competente de la Administración autonómica que confirme o indique si la kafala puede considerarse válidamente constituida.

Sin embargo, si bien es cierto que la Administración autonómica rechaza pronunciarse (f. 106 y 111), sobre tal cuestión, aduciendo que «Desde 11 octubre 2012, el Ministerio de Justicia y de las Libertades de Marruecos emitió Circular n.º 40 S72, dirigida a los fiscales, que no los que han de dar un primer informe favorable para iniciar una kafala, mediante la cual se les solicitaba expresamente que pidiesen a los Jueces de menores, rechazar la tutela a los extranjeros que no residan habitualmente en Marruecos»; en la misma resolución del ICAA se hace constar la Circular de la DGRN de 15 julio de 2006 en que se deniega la condición de adopción a la kafala en España, a la que se equipara al acogimiento familiar, remitiéndose la propia Administración autonómica a dicha circular y denegando su competencia porque no se trata de una adopción sino de acogimiento familiar, y por tanto, según concluye (f. 93) «no procede la intervención de este Instituto para emitir informes de idoneidad».

En conclusión, en el caso de autos la kafala se equipara al acogimiento familiar, pues se cumplen todos los requisitos del art. 34 Ley 54/2007, por lo que producida tal equiparación, la situación de la menor en España es la del acogimiento que recoge el art. 177 LGSS, que por tanto no ha resultado infringido, sin que la Administración de la Seguridad Social pueda exigir a los efectos de obtener la prestación, una declaración de idoneidad que la Administración Autonómica se niega a facilitar por no tratarse de un caso de adopción.