

# NOVEDADES DE DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO DE 2005

MARÍA ELENA OLMOS ORTEGA  
*Universitat de València*

Las Novedades de Derecho Eclesiástico del Estado referentes al año 2005 están publicadas en el Boletín de la Asociación bajo el nombre de “Reseña de Derecho del Estado sobre el factor religioso”<sup>1</sup>. Siguiendo el esquema publicado, el trabajo se ha sistematizado en Parte General relativa al derecho fundamental de libertad religiosa y su tutela y Parte Especial referida a materias concretas.

## I. PARTE GENERAL

### 1. Principios informadores

Sobre este punto no hay novedades.

### 2. Derecho fundamental de libertad religiosa

En concreto, de este apartado me referiré a dos sentencias del Tribunal Supremo y una del Tribunal Constitucional. En primer lugar, cabe citar la Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 23 de abril de 2005, sobre objeción de conciencia farmacéu-

---

<sup>1</sup>. Realizadas por J. Landete Casas y la que suscribe este trabajo.



tica, desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada. El recurrente interpuso recurso contencioso administrativo contra la Orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 1 de junio de 2001, (por la que se actualiza el contenido del Anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos, productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos y la dispensa con el carácter de existencias mínimas de los Progestágenos y los preservativos), por estimar que dicha disposición vulnera el derecho fundamental a la vida, así como la libertad ideológica y de conciencia. El Tribunal Superior de Justicia inadmite el recurso contencioso administrativo para la protección de derechos fundamentales al carecer el recurrente de legitimación para formular el presente recurso<sup>2</sup>.

La parte recurrente entiende que no cabe discutir su legitimación para interponer el recurso *"pues la norma que se recurre lesiona su derecho a ejercer libremente la profesión de farmacéutico para la cual se ha formado, al negarle el derecho a actuar en conciencia en una materia tan digna de protección como es el derecho a la vida en general y a su libertad ideológica y religiosa en particular"*.

La Sala del Tribunal Supremo, en su fundamento jurídico quinto, *"reconoce que los argumentos utilizados por el recurrente se mueven en el terreno de la especulación acerca de la eventual aplicación distorsionada de la Orden impugnada, que en caso de ser infractora del artículo 15 de la CE, siempre podría ser denunciada, en las circunstancias concretas que están ausentes en este caso, ante los órganos judiciales competentes y subsidiariamente, en vía de amparo constitucional"*, frente a este caso, en que no se ha acreditado la comisión de una acción concreta y lesiva para un nuevo ser, por utilización de una intercepción o contracepción postcoital o de emergencia con el principio activo del levonorgestrel 0,750 mg.

---

<sup>2</sup> Por entender que no queda obligado por el contenido de la referida normativa reglamentaria, pues no es destinatario de la disposición que se impugna, ya que no tiene la condición de titular o cotitular de oficina de farmacia en el territorio autonómico andaluz, ni ejerce cargo de responsabilidad alguna en el almacén farmacéutico de distribución, aunque se encuentra colegiado en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la provincia de Jaén en la modalidad de no ejerciente.



También añade que, en el caso de la objeción de conciencia, *"su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16. 1 de la CE ..., en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la CE), lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos, circunstancia no concurrente en este caso"*.

En segundo lugar, es digna de mención la Sentencia del TS (Sala de lo Penal), de 21 de julio de 2005, sobre la irrelevancia de la cultura y religión islámica del delincuente para justificar una agresión sexual contra la mujer o una circunstancia modificativa de su responsabilidad. El recurrente estima que el Tribunal de primera instancia debería *"haber tomado en consideración que el acusado era una persona que por sus circunstancias socioculturales no comprende que atentar contra la libertad sexual de una mujer constituye delito ... por su cultura y religión ... no comprendía la ilicitud de la acción ... Entiende la parte recurrente que debería haberse aplicado la atenuante de arrebato u obcecación por la fuerte carga emocional y la ofuscación que se producen al recurrente por su cultura musulmana dada su concepción de la mujer al servicio del hombre"*. El Tribunal Supremo acuerda no haber lugar a la admisión del recurso de casación, pues estas alegaciones no tienen una base fáctica que la respalde. Así, dice que: *"Es simplemente una conclusión hipotética sobre la idiosincracia supuestamente predominante en ciertos países, sin respaldo objetivo que lo avale"*. Además, añade que *"en la sociedad española no son asumibles comportamientos que implican el acceso sexual contra la voluntad de otra persona"*.

Y, por último, menciono la Sentencia del TC 296/2005, de 21 de noviembre, por la que se deniega el amparo frente a una sanción penal recaída a consecuencia de la comisión de un delito cometido para garantizar el futuro ejercicio de la libertad religiosa. A los recurrentes, matrimonio de nacionalidad cubana y miembros de la confesión testigos de Jehová, se les acusó de falsificar unos pasaportes con la finalidad de viajar de Madrid a Miami; pero se les absolvió por entender que habían actuado impulsados por el miedo insuperable que en ellos generó las consecuencias que tendría su repatriación a Cuba tras la denegación del asilo que habían solicitado en España. Su conducta se dirigía a evitar que fueran repatriados a Cuba, lugar



donde no les permitiría la práctica de sus creencias como miembros de la confesión religiosa testigos de Jehová<sup>3</sup>.

### 3. Otros derechos fundamentales

No hay noticia de novedades en este epígrafe.

### 4. Tutela

Respecto a la tutela del derecho fundamental de libertad religiosa, conviene destacar los diversos ámbitos de protección.

#### 4.1. Tutela civil

No hay novedades en este apartado.

#### 4.2. Tutela penal

En el ámbito penal, conviene prestar atención a dos Leyes Orgánicas y a una sentencia del Tribunal Constitucional. Así, la Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, suprime, entre otros artículos el 521 bis<sup>4</sup>, sobre asociación ilícita, que penalizaba a quienes facilitaran, promovieran o aseguraran la realización de procesos electorales o consultas populares, careciendo de competencias para ello, por considerar que la conducta que se contemplaba en este tipo penal no presenta las notas exigidas para proceder a su incriminación, pues no tiene la suficiente entidad como para merecer el reproche penal.

Después, la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la LO 6/1985 de 1 de julio del poder judicial, para perseguir extraterri-

---

<sup>3</sup> Recurrída la sentencia absolutoria por el Ministerio fiscal, la Audiencia Provincial de Madrid condenó a los acusados a las penas de prisión y multa por la autoría de un delito de falsedad en documento oficial.

<sup>4</sup> Este artículo estaba incluido dentro del Título XXI: Delitos contra la Constitución, en el capítulo IV titulado "*De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*", en la Sección Primera bajo la rúbrica "*De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución*".



torialmente la práctica de la mutilación genital femenina, establece que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como los delitos relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. Como bien afirma su exposición de motivos *"la mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia que afecta directamente a su integridad como personas ... Los Estados miembros de la Unión Europea ... se han visto enfrentados a un fenómeno de exportación de la práctica de mutilaciones genitales femeninas debido a la inmigración de personas procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor ... La OMS estima que en el mundo hay 130 millones de mujeres víctimas de mutilaciones genitales practicadas en nombre de culturas y tradiciones religiosas ..."*.

Por su parte, la sentencia del TC 237/2005, de 26 de septiembre, otorga el amparo solicitado en causa por delito de genocidio, terrorismo y tortura en Guatemala y declara que ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en concreto la jurisdicción universal de los Tribunales españoles en materia penal.

#### 4.3. Tutela administrativa

En el ámbito administrativo cito la Orden JUS/345/2005, de 7 de febrero, por la que se delegan competencias del Ministro de Justicia y se aprueban las delegaciones de competencia de otros órganos del Ministerio de Justicia, ya que en su número octavo dedicado a la Dirección General de Asuntos Religiosos establece que *"El titular de la Dirección General de Asuntos Religiosos ejercerá por delegación del titular del Departamento las siguientes competencias: la resolución de expedientes de solicitud de inscripción, cancelación o anulación de las inscripciones en el Registro de Entidades Religiosas"*.

También, cabe mencionar el Real Decreto 755/2005, de 24 de junio, por el que se modifica el RD 1416/2004, de 11 de junio, referente a la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, ya que desdobra la Dirección General de Asuntos Internacionales de Terrorismo, Naciones Unidas y Organismos Multilaterales, órgano directivo dependiente de la Secretaría de Estado de Asuntos

Exteriores, en dos: por una parte, *"la Dirección General de Naciones Unidas, Derechos Humanos y Organismos Multilaterales"* y, por otra, *"la Dirección General de Asuntos Internacionales de Terrorismo, No Proliferación y Desarme"*. Además añade que de la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional depende *"la Dirección General de Planificación y Evaluación de Políticas para el Desarrollo"*.

Por otra parte, se han dictado diversas sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) dedicadas a la cuestión del asilo. Así, la Sentencia de 30 de mayo de 2005 declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la recurrente contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo reconoce el derecho de la recurrente a que su solicitud de asilo en España sea admitida a trámite, por cuanto que concurren circunstancias que hacen viable la apreciación solicitada, pues el relato de la interesada describe una persecución por motivos religiosos, protegible a través de la institución del asilo (la recurrente expuso que es católica, por lo que ha sufrido la hostilidad que padecen los cristianos frente a la población musulmana de su país de origen, Nigeria)<sup>5</sup>. También la sentencia de 22 de julio de 2005 estima el recurso interpuesto y ordena la admisión a trámite de la solicitud de asilo del recurrente, por considerar que su relato no es inverosímil, al exponer una persecución basada en razones religiosas y políticas, aduciendo que era sacerdote de la religión yoruba (santería)<sup>6</sup> encuadrable entre las causas que dan lugar al reco-

---

<sup>5</sup> Por el contrario, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2005 desestima el recurso de casación promovido pues los hechos reflejados por el recurrente no reflejan, realmente, un supuesto de persecución religiosa, entendida ésta, afirma su fundamento de derecho cuarto, *"según la Posición Común de 4 de marzo de 1996 definida por el Consejo de la Unión Europea, como el acaecimiento o el temor de acaecimiento de hechos suficientemente graves, por su naturaleza o repetición, que constituyan un atentado grave a los derechos humanos, por ejemplo la vida, la libertad o la integridad física, o que impidan de manera evidente la continuación de la vida de la persona que los ha sufrido en su país de origen. El recurrente no expone una persecución contra él por motivos de raza, religión, nacional, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, únicos que pueden dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado"*.

<sup>6</sup> Explicaba además que *"siempre había practicado esta religión a escondidas, pues al tener unos rituales secretos, está perseguida en Cuba, hasta el punto de que quienes la practican no tienen derecho a participar en nada y no pueden trabajar. Como santero, atendió a unos turistas cubanos residentes en Miami, desconociendo que pertenecían a una asociación en contra de la revolución cubana, y ahí comenzaron sus problemas"*.



nocimiento de la condición de refugiado. Igualmente el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de septiembre de 2005 reconoce el derecho de los recurrentes, nacionales de Ucrania, a que solicitud de asilo en España sea admitida a trámite, pues en su relato de los hechos expusieron que habían sufrido persecución por su condición de rusos de religión cristiana, a cargo de grupos tártaros, relatando con detalles graves amenazas y agresiones, y añadiendo que todo se desarrolló ante la mayor pasividad de las autoridades locales que nada hicieron por impedirla. Por último, la sentencia de 20 de octubre de 2005 reconoce el derecho del recurrente, nacional de Cuba, a que su solicitud de asilo en España sea admitida a trámite, por cuanto narra una persecución de índole personal, por motivos políticos y religiosos, mantenida en el tiempo contra él, por causa de su desafección hacia el régimen gobernante en Cuba y por su pertenencia a la asociación religiosa "Yoruba".

Por otra parte, cabe citar la Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de julio de 2005, sobre marcas comerciales parcialmente coincidentes con denominaciones tradicionalmente religiosas, donde explica en su fundamento jurídico cuarto que, aunque la utilización del término Xacobeo o Jacobeo *"no resulta apropiable en exclusiva, la falta de algún elemento denominativo que le otorgue una distintividad ajena a la propia celebración religiosa y cultural de los sucesivos años santos hace a las marcas solicitadas claramente asociables con las prioritarias, pues puede parecer que tienen el mismo origen institucional, pese a la utilización de elementos gráficos diversos"*<sup>7</sup>.

Por último, conviene mencionar las Sentencias del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 28 de septiembre y 4 de octubre de 2005, sobre concesión de nacionalidad española a extranjeros residentes en España cuando hay dudas sobre su necesario grado de integración en la sociedad española. Ambas estiman el recurso de casación interpuesto. La primera considera que en el presente caso consta acreditado que al recurrente no cabe hacerle reproche alguno en lo que hace a su conducta e integración social y cívica, a pesar de que en 1990 cometió dos delitos por los que fue condenado, aunque tras contraer matrimonio con una ciudadana española *"muestra un comportamiento que es el que exige la sociedad como representativo de un ciuda-*

---

<sup>7</sup> Existen diferencias gráficas porque le añaden el término "año" o el guarismo "99" o ambos.



*dano estándar en tanto que posee una vida familiar estable, tiene un trabajo con el que atiende a las necesidades familiares, goza de un domicilio familiar conocido, paga sus impuestos y tiene una buena fama cívica y religiosa en su entorno*<sup>8</sup>. La segunda considera que la recurrente cumple los requisitos que exige el artículo 22 del Código Civil en cuanto a la residencia y conoce el idioma y está integrada en la sociedad española.

#### 4.4. *Laboral*

No hay noticia de novedades en este epígrafe.

## II. PARTE ESPECIAL

### 1. **Entidades Religiosas**

#### 1.1. *Entidades mayores*

Con ocasión del fallecimiento de su Santidad el Papa Juan Pablo II, el Real Decreto 256/2005, de 2 de abril declaró luto oficial el día 4 de abril, en señal de respeto y condolencia.

#### 1.2. *Entidades menores*

Las novedades en este epígrafe se refieren al tema de fundaciones, donde encontramos el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, que tiene por objeto desarrollar la Ley 50/2003, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Se aplica "A las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado, o principalmente en el territorio de más de una comunidad autónoma, sin perjuicio de su posible actuación en el extranjero". Además, el artículo 2, en su punto 3

---

<sup>8</sup>. Aporta un documento expedido por el cura párroco de la parroquia de la que es feligrés en el que el sacerdote que lo suscribe dice que el recurrente "goza de buena fama cívica y religiosa en esta parroquia".





establece que: "*Lo dispuesto en este reglamento se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación en relación con las fundaciones creadas o fomentadas por éstas*".

Y la sentencia del TC 341/2005, de 21 de diciembre, relativa a las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones, en cuyo comentario me detengo por el interés de sus consideraciones<sup>9</sup>. En su fundamento jurídico tercero recuerda que en la actualidad los aspectos tributarios o el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo se recogen en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre; mientras que el régimen jurídico sustantivo de los entes fundacionales se contiene en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, que incluye preceptos que son de aplicación a todas las fundaciones, sean estatales o autonómicas, bien por regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de fundación, bien por su naturaleza procesal, bien por incorporar normas de derecho civil. En cambio, otros son de aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal.

Igualmente se refiere al artículo 34 de la Constitución que recoge "*el concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general*". Incluso añade que al figurar el derecho de fundación inmediatamente después del derecho a la propiedad y a la herencia "*permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los*

---

<sup>9</sup> La sentencia estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta y un Senadores del Grupo Parlamentario Socialista contra diversos preceptos de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones. Los recurrentes sostienen que en el art. 27. 2 de la Ley concurren tanto un vicio de carácter competencial, por invadir competencias reservadas al Estado, como otro de naturaleza sustantiva, por vulneración de la garantía de la institución de las fundaciones recogida en el artículo 34 de la Constitución. También denuncian la reproducción literal de preceptos de la Ley de 24 de noviembre de 1994, pues ello presupone que el legislador autonómico puede incidir en materias sobre las que carece de todo título competencial.



*límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados.... Del rasgo básico que supone el que las fundaciones tengan un fin de interés general se deriva la exigencia de la intervención administrativa".* Ahora bien, en su fundamento jurídico séptimo, añade que *"de la doctrina constitucional elaborada en esta materia no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el artículo 34 CE la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales"*. Por ello, cuando el art. 27. 2 de la Ley autonómica dispone que *"a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador"*, lo que hace, ante todo, es situar en primer término la voluntad del fundador para decidir sobre el destino del patrimonio de la fundación extinta. Por tanto, esta previsión no puede, por sí sola, merecer reproche alguno de inconstitucionalidad puesto que no perturba la caracterización de las fundaciones como entidades no lucrativas. Realmente lo que los recurrentes imputan al precepto autonómico es que no prohíba expresamente el establecimiento de cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales. Pero su omisión, dice el Tribunal Constitucional *"no puede entenderse que permite al fundador hacer previsiones, para después de la extinción de la fundación que ignoren o contradigan la finalidad de interés general que la Constitución impone como esencia de la naturaleza jurídica de la institución y que, a su vez, se establece también en el Código civil, en la Ley estatal de fundaciones y en la propia Ley autonómica impugnada"*. Por ello, concluye que este art. 27. 2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid no es inconstitucional interpretado en los términos expuestos<sup>10</sup>.

### 1.3. Sectas y otras organizaciones no religiosas

En este apartado menciono la sentencia del TC 240/2005, de 10 de octubre, que desestima el recurso de amparo presentado, por vulnera-

---

<sup>10</sup> Manifiesta su discrepancia con el fallo interpretativo del art. 27. 2 el voto particular que formula la Presidenta por entender que el precepto impugnado es constitucional y cumple las exigencias de satisfacción de fines de interés general, con arreglo a la ley, sin necesidad de fallo interpretativo alguno, pues la sentencia mayoritaria efectúa una apreciación preventiva e innecesaria acerca de la posible contravención del precepto impugnado. Además dice que la *"misión de este Tribunal es velar por la sujeción del poder legislativo a la Constitución, pero es notorio que en el ejercicio de su función de control de la constitucionalidad de las leyes no puede imponer constricciones indebidas al poder legislativo, cuyas opciones ha de respetar, sin hacer las veces de legislador"*.



ción de los derechos fundamentales al juez imparcial, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales y a la presunción de inocencia. En la sentencia se describe cómo los cuatro acusados "*constituyeron y dirigieron el Centro esotérico de investigaciones (CEIS) y a través de él, presentándose como psicólogos y utilizando técnicas de captación y control psicológicos, consiguieron la total adhesión de múltiples personas, que pagaban importantes cantidades de dinero a los dirigentes. Algunos de los adeptos fueron inducidos al ejercicio de la prostitución para generar ingresos para la organización, llegándose a crear una agencia para encauzar tal actividad*".

## 2. Culto religioso

### 2.1. Ministros de culto

En relación con los ministros de culto hemos encontrado diversas disposiciones y sentencias. Así, las sentencias del TS (Sala de lo Social) de 19 y 27 de enero de 2005, sobre jubilación de sacerdotes y religiosos secularizados. Únicamente comento la segunda en cuanto considera que no procede el cobro de cantidad en concepto de gastos de tramitación del expediente de jubilación, o descuentos en su pensión de jubilación, aunque estos expediente requieran el cálculo y liquidación de un pretendido capital coste de renta.

De importancia primordial es la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1<sup>a</sup>) 88/2005, de 18 de abril, que considera constitucional la diferenciación entre sacerdote y religioso o religiosa a efectos de su afiliación en la Seguridad Social, por lo que desestima el recurso de amparo interpuesto por una ex religiosa por considerar lesionado el derecho a la igualdad ante la ley, frente a sentencia que estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, que desestimó la demanda sobre su pensión de jubilación<sup>11</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucio-

---

<sup>11</sup> Estima la demandante que la citada sentencia quebranta el principio de igualdad efectiva, ya que, por el hecho de estar asimilada al régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos, ve disminuidos sus derechos respecto de los sacerdotes, que, al ser asimilados al régimen general no tiene limitación retroactiva de la ficción de cotizaciones que concede el Real Decreto 487/1988.



nal, en su fundamento de derecho quinto, declara que *"el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello ... En efecto, las diferencias de trato que se producen por aplicación de regímenes jurídicos distintos encuentran justificación en el distinto ámbito objetivo y subjetivo que cada uno de ellos regulan y, por tanto, también, en principio, la pertenencia a órdenes normativos distintos constituye, por sí misma, causa justificativa de la diferencia de trato"*. Más adelante, en el fundamento sexto, insiste que *"en el presente caso, la diferenciación efectuada en su día por el legislador entre los sacerdotes y los religiosos y religiosas a efectos de su integración en el sistema de la Seguridad Social aparece justificada por razón de la diferente actividad desarrollada por uno y otros, extremo éste que este Tribunal ha declarado que no es vulnerador del derecho fundamental cuestionado"*.

Por otra parte, el Real Decreto 822/2005, de 8 de julio, regula los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los clérigos de la Iglesia ortodoxa rusa del Patriarcado de Moscú en España. En consecuencia, a los efectos de su inclusión quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena, especificando que la condición de clérigo se acreditará mediante certificación expedida por el Patriarcado de Moscú en España, en la que habrá de constar el carácter de su dedicación estable, exclusiva y remunerada a las funciones de culto o asistencia religiosa.

Y, finalmente cabe citar el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social<sup>12</sup>. Precisamente su Disposición Final tercera titulada

---

<sup>12</sup> Este Real Decreto constituye el desarrollo reglamentario de las prestaciones familiares de la Seguridad Social. Sus beneficiarios serán todos los trabajadores por cuenta ajena. Además, clarifica la naturaleza de esta clase de prestaciones, configurándolas como prestaciones de naturaleza no contributiva, excepto la consideración como período de cotización efectiva del primer año de excedencia, con reserva de puesto de trabajo, que los trabajadores disfruten por razón del cuidado de cada hijo nacido o adoptado, o de un menor en los supuestos de acogimiento permanente o preadoptivo. Además, se amplía esta prestación a los supuestos de excedencia para cuidado de otros familiares.



Modificación del Real Decreto 487/1998, de 27 de marzo, sobre reconocimiento, como cotizados a la Seguridad Social, períodos de actividad sacerdotal a los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia católica secularizados, añade un nuevo artículo a este RD, el 5 titulado Garantía de pensión que dice así:

*"1.- Los titulares de pensiones que se tramiten al amparo de lo dispuesto en este real decreto, si reúnen los requisitos determinantes del derecho al complemento por mínimos y hubieran optado por el abono del capital coste mediante su fraccionamiento en pagos mensuales deducibles de cada mensualidad de pensión, tendrán derecho a percibir, al menos, el importe del 95 por ciento de la cuantía mínima de la correspondiente pensión en la fecha del hecho causante. Esta medida se extenderá a los titulares de pensiones cuyo importe, como consecuencia de la citada deducción mensual, resultara inferior a la cantidad garantizada, siempre que, asimismo, reunieran los requisitos determinantes del derecho al complemento por mínimos.*

*En el supuesto de concurrencia de pensiones, para la aplicación de la garantía establecida en el párrafo anterior, se tendrán en cuenta todas las pensiones percibidas por el beneficiario.*

*2.- La cantidad mensual a deducir de la pensión para el abono del capital coste, en los supuestos regulados en el apartado anterior, será la diferencia entre la cuantía de la pensión, bien en su importe mínimo, bien en el superior que corresponda, y el importe garantizado, aplicándose la deducción a las mensualidades ordinarias de la pensión durante todo el tiempo necesario para la total amortización de la deuda. Una vez fijada la cuantía de dicha deducción, ésta permanecerá invariable, con independencia de las modificaciones que pudiera experimentar el importe de la pensión en sucesivos ejercicios o del reconocimiento de pensiones derivadas.*

*3.- Lo dispuesto en los apartados precedentes se entiende sin perjuicio de otro tipo de retenciones sobre los importes de la pensión que legalmente procedan".*

## 2.2. Asistencia religiosa y actos de culto

A este respecto menciono el Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre, publicado en el BOE en 2005, por el que se aprueba el Protocolo para la recuperación, identificación, traslado e inhumación de



los restos mortales de los miembros de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía, fallecidos en operaciones fuera del territorio nacional, pues en su Anexo octavo titulado Apoyo a las familias, punto 3, dice que *"Para completar las necesidades de apoyo, se establecerá un grupo en el que se integrarán, al menos, un miembro de la unidad de procedencia, un psicólogo, un médico y, a petición de la familia, la asistencia religiosa que desee"*. Además, en su número 5 explica que entre los cometidos de este grupo estará *"prestar asistencia religiosa a requerimiento de la familia"*.

### 3. Régimen fiscal y patrimonial

#### 3.1. Régimen económico, fiscal y financiero

En este punto hemos encontrado la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006. En su exposición de motivos aparece que se prorroga igualmente para el año 2006 el sistema de asignación tributaria a la Iglesia Católica establecido en la disposición adicional vigésima de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, y se incluye el sistema de pagos a cuenta para el año 2006 correspondiente a dicho sistema. También se fija actualizado el límite inferior para financiar actividades de interés social.

En este sentido, la Disposición adicional undécima titulada: *Prórroga del sistema de asignación tributaria a la Iglesia Católica* establece lo siguiente:

*"Uno. En desarrollo de lo previsto en el artículo II del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos, de 3 de enero de 1979, se prorroga el sistema de asignación tributaria a la Iglesia Católica regulado en los apartados uno, dos y tres de la disposición adicional vigésima de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000.*

*Dos. La prórroga tendrá vigencia durante el año 2006, debiendo revisarse el sistema durante este año o acordarse una nueva prórroga"*.

Seguidamente, la Disposición adicional duodécima, bajo la rúbrica: *Pagos a cuenta a la Iglesia Católica en el año 2006*, dice que:

*"Para el año 2006 se fija la cuantía de los pagos a cuenta mensuales a que se refiere el apartado tres de la disposición adicional vigésima de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, en 12.020.242,08 euros".*

Por su parte, la Disposición adicional decimotercera titulada: *Asignación de cantidades a fines sociales*, indica que: *"Para el año 2006, el Estado destinará a subvencionar actividades de interés social, en la forma que reglamentariamente se establezca, el 0,5239 por ciento de la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, determinada en la forma prevista en el apartado dos de la disposición adicional vigésima de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, correspondiente a los contribuyentes que manifiesten expresamente su voluntad en tal sentido. El resultado de la aplicación de este sistema no podrá ser inferior a 123.605.418 euros. Cuando no se alcance esta cifra, el Estado aportará la diferencia".*

A propósito de esta Ley quisiera destacar dos datos o cuestiones que no están presentes en la misma: primera, la disposición adicional duodécima anteriormente citada no menciona, como era habitual, que se elevan a definitivas las cantidades entregadas a cuenta en el año 2005. Segunda, a diferencia del año anterior, no se contempla la provisión de fondos para proyectos de carácter cultural, educativo y de integración social de las Confesiones minoritarias con notorio arraigo.

### 3.2. Patrimonio religioso

Sobre esta cuestión ha habido varias sentencias del Tribunal Supremo de distintas Salas. Así, de la Sala de lo Contencioso Administrativo hemos encontrado tres sobre nuestra materia. Así, la sentencia de 16 de febrero de 2005, sobre adecuación al Plan General de Ordenación Urbana de un estudio de detalle relacionado con la construcción de un tanatorio promovido por la asociación religiosa *Mater Misericordiae*; y la sentencia de 7 de junio de 2005, sobre licencias urbanísticas parroquiales y demolición de las obras amparadas en una licencia nula, por sobrepasar la norma urbanística reguladora de la distancia mínima de separación entre edificios colindantes. Y, por último, la de 9 de junio de 2005 que inadmite el recurso de casación



interpuesto por la Congregación de Religiosas del Sagrado Corazón contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Barcelona en la cual se anulan las liquidaciones giradas a la Congregación religiosa por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, y resuelve el tratamiento que, a efectos impugnatorios, ha de darse a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1998, en los procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia corresponda a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo<sup>13</sup>.

Por otra parte, conviene mencionar la sentencia del TS (Sala de lo Penal), de 10 de marzo de 2005, sobre robo de objetos artísticos religiosos. Y la sentencia del TS (Sala de lo Civil) 390/2005, de 19 de mayo, que declara que no ha lugar a la pretensión deducida frente a reclamación por el Obispado de Jaén contra el Ayuntamiento de Baeza, para el reconocimiento de derechos de condominio sobre fincas recibidas por legado y adquisición de las fincas por usucapión a favor del Ayuntamiento.

Incluso se ha publicado el Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre que, en su artículo cuarto. Dos, modifica la redacción de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 15 del Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre el patrimonio de la Seguridad Social. Así indica: "*1. La enajenación de bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social requerirá la previa autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales cuando su valor económico, según tasación pericial, no exceda de 20 millones de euros y la del Consejo de Ministros en los demás casos. 2. En el expediente de enajenación deberá incluirse la tasación pericial del inmueble que a tal efecto se haya efectuado. En todos los casos el precio de venta del inmueble deberá ser igual o superior a dicha tasación. 3. La enajenación de bienes inmuebles se realizará mediante subasta pública. No obstante, previa autorización del Consejo de Ministros o del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales según el valor del*

---

<sup>13</sup>. Así, en su fundamento de derecho quinto, explica que la Disposición Transitoria Primera preceptúa que continuarán tramitándose ante dichas Salas hasta su conclusión, en el sentido de aplicar reiterada doctrina por virtud de la cual "el régimen de recursos es el establecido en ella para las sentencias dictadas en segunda instancia contra las que no cabe recurso de casación, pues éste sólo procede ... contra las recaídas en única instancia, y dicha previsión ... es igualmente aplicable al recurso de casación para la unificación de doctrina, de conformidad con lo previsto en el art. 96. 1 y 2 de la vigente Ley de esta Jurisdicción, que sólo prevé dicho recurso contra las sentencias dictadas en única instancia".



*inmueble señalado en el apartado 1, la enajenación podrá llevarse a cabo mediante adjudicación directa en los siguientes supuestos: a) Cuando el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona de derecho público o privado del sector público. ... b) Cuando el adquirente sea una entidad de carácter asistencial sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública, o bien se trate de una iglesia, confesión o comunidad religiosa legalmente reconocida...".*

#### **4. Enseñanza**

Como viene siendo habitual la cuestión de la enseñanza es objeto de diversas novedades legislativas y jurisprudenciales.

##### *4.1. Ordenación general*

En este ámbito cabe citar la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y la cultura de la paz, donde en su exposición de motivos explica que: *"En el marco de la Década Internacional para la Cultura de Paz (2001-2010) proclamada por las Naciones Unidas, esta ley, reconociendo el papel absolutamente decisivo que juega la educación como motor de evolución de una sociedad, pretende ser un punto de partida para sustituir la cultura de la violencia que ha definido el siglo XX por una cultura de paz que tiene que caracterizar al nuevo siglo.*

La cultura de paz la forman todos los valores, comportamientos, actitudes, prácticas, sentimientos, creencias, que acaban conformando la paz.

Esta cultura de paz se tiene que implantar a través de potenciar la educación para la paz, la no-violencia y los derechos humanos, a través de la promoción de la investigación para la paz, a través de la eliminación de la intolerancia, a través de la promoción del diálogo y de la no-violencia como práctica a generalizar en la gestión y transformación de los conflictos.

*Esta ley –amparándose en el punto a.2 del Programa de Acción sobre una Cultura de la Paz, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1999– establece una serie de medidas destinadas al ámbito educativo y de la investigación, con el objeto de establecer la cultura de paz y no-violencia en nuestra sociedad".*

También es digno de mención el Real Decreto 56/2005, de 21 de enero, por el que se regulan los estudios universitarios oficiales de



posgrado, pues su Disposición adicional quinta referida a las Universidades de la Iglesia Católica establece que: "*Los estudios oficiales de Posgrado y la obtención y expedición de los títulos oficiales de Máster y de Doctor previstos en este real decreto se ajustarán en las universidades de la Iglesia Católica a lo dispuesto en los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede, de conformidad con la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.*

*El pleno reconocimiento de efectos civiles previsto en los mencionados acuerdos para los estudios y enseñanzas de Posgrado requerirá la aplicación de lo dispuesto en la normativa vigente sobre evaluación de la calidad y acreditación de las enseñanzas oficiales".*

Posteriormente, cabe citar el Real Decreto 1509/2005, de 16 de diciembre, por el que se modifican el Real Decreto 55/2005, de 21 de enero, por el que se establece la estructura de las enseñanzas universitarias y se regulan los estudios universitarios oficiales de grado y el Real Decreto 56/2005, de 21 de enero, por el que se regulan los estudios universitarios oficiales de posgrado.

#### 4.2. Enseñanza religiosa

En primer lugar, quisiera destacar la Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de enero de 2005, por la que se desestima la impugnación del Real Decreto 832/2003, de 27 de junio, por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes del Bachillerato, en concreto lo referente a la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión.

El recurso contencioso administrativo fue interpuesto por la Junta de Extremadura contra la Administración General del Estado<sup>14</sup>. Los

---

<sup>14</sup> La sentencia, tras dejar constancia del contenido de la disposición adicional primera de dicho Real Decreto así como del Anexo, explica que la Junta de Extremadura en su demanda denuncia que la disposición impugnada incurre en vicio de ilegalidad, que concreta en la vulneración de los artículos 16. 2 y; 27. 3 y 5; 149. 1 y 30 de la Constitución; artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero por el que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Extremadura; artículo 18 y Disposición Adicional Primera, apartado 2.c) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, de Regulación del Derecho a la Educación y artículos 2.2.b) y c), 3.1.c) y 8 de la Ley 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación. En base a ello sostiene que las normas reglamentarias impugnadas vulneran las competencias de la Junta de Extremadura e incurren en un exceso en las competencias que a la Administración General del Estado le atribuyen la Constitución, la LODE y la Ley Orgánica de Calidad de la Educación.



concretos excesos que se le imputan al Gobierno son cuatro y se señalan en el fundamento jurídico tercero: el primero, en relación a la obligación de elegir entre una versión confesional o no confesional porque significa *"imponer a los alumnos o a sus padres la obligación de declarar respecto de su ideología, su religión o sus creencias"*. El segundo, de la *"falta de cobertura del derecho que podrían invocar numerosos padres a que sus hijos sean educados con total ajenidad a las religiones de una u otra clase"*. El tercero, en cuanto el contenido de dicha enseñanza en su versión no confesional excede en mucho en el concepto de mínimos pues no deja a la Comunidad Autónoma margen alguno para ejercer sus competencias educativas. Critica igualmente *"que el área es configurada desde la perspectiva del hecho religioso y deja sin contenido real el concepto "no confesional" al que alude, además de poner en manos exclusivas del Estado la orientación de la vertiente no confesional del área"*. El cuarto, respecto a la versión confesional, pues conduce a que la *"determinación del currículo de la opción confesional sea competencia de las autoridades religiosas, con lo que se convierte a éstas en autoridades educativas; y la consecuencia final que se extrae y denuncia, ... es que la autoridad educativa de Extremadura deberá tolerar que se preste la enseñanza sin un mínimo de control"*.

Ese control del que quedaría despojada la Junta de Extremadura lo refiere literalmente a lo siguiente: *"de aquello que se enseña, o de si lo que se enseña guarda un mínimo de respeto a los valores y derechos que nuestra Constitución establece, sin analizar previamente si esas enseñanzas inducen al fundamentalismo religioso, cualquiera que sea su índole, a la exclusión del otro, al racismo, al fomento o la justificación de la violencia; en definitiva, sin un mínimo de intervención o de control de lo que se enseña a los alumnos durante un importantísimo número de horas lectivas, sin poder tan siquiera opinar o discrepar de aquello respecto de lo cual se adoctrina (no otra cosa es la enseñanza religiosa, sino la enseñanza de la doctrina de un determinado dios) diariamente a los alumnos en los centros de enseñanza"*.

La sentencia, considera que la vulneración del artículo 16. 2 de la Constitución carece de justificación, pues el procedimiento de opción es válido constitucionalmente según se pronunció en la sentencia de la Sección tercera de 14 de abril de 1998. Además, *"la opción no confesional de la asigntura Sociedad, Cultura y Religión tampoco se puede equiparar a una declaración de ideología, religión o creencias, porque sólo se trata de una manifestación de preferencia, entre las alternativas*



*ofrecidas por el sistema educativo y en el plano puramente académico, sobre una de las materias que ha de ser objeto de estudio y actividad". Incluso añade "que la obligación que el art. 27. 3 de la CE impone a los poderes públicos, de garantizar el derecho a recibir una formación religiosa y moral según las propias convicciones, comporta la necesidad de ofrecer esa formación a la totalidad de la ciudadanía y hace inevitable la manifestación de la aceptación o no de esa oferta por parte de sus destinatarios".*

Más adelante, en su fundamento jurídico quinto dice que *"en lo que hace al fenómeno o hecho religioso debe diferenciarse entre una perspectiva valorativa y otra académica o intelectual; o, lo que es lo mismo, entre lo que puede ser la apología de una determinada fe religiosa - o el adoctrinamiento en sus principios - y lo que puede ser el estudio de las religiones como materia académica. Lo primero en el sistema público de enseñanza pugnaría ciertamente con el pluralismo y la libertad religiosa ..., pero lo segundo encarna una opción política a nivel legislativo o de gobierno que ... no puede reputarse inconstitucional .*

El apartado que el anexo I del Real Decreto 823/2003 dedica a la asignatura ..., en su opción no confesional, permite comprobar que el currículo sobre ella aborda el fenómeno religioso en un plano puramente intelectual o académico, resalta las facetas o dimensiones de dicha específica visión (histórica, cultural, científica, etc.) y preconiza tanto el estudio de las filosofías o doctrinas que afirman el hecho religioso como el análisis de las que lo niegan.

También revela que entre los contenidos figuran como materias de estudio una pluralidad de posiciones filosóficas o políticas de signo valorativo diverso frente a la religión (teísmo, agnosticismo, fideísmo y ateísmo; y religión civil, laicismo y ateísmo como política de Estado).

*Por lo cual, no hay base para entender que ese currículo no respete la neutralidad y el pluralismo que constitucionalmente resultan obligados. Sin perjuicio ... de la discrepancia que, en un plano diferente al de la legalidad, pueda merecer la opción de modelo educativo que exterioriza la regulación reglamentaria que aquí es objeto de controversia".*

En su fundamento sexto explica, contestando al exceso tercero, que *"cualquier disciplina académica o intelectual ... carece de un contenido preciso que permita sujetarla a un contorno infranqueable que*



*haga imposible ulteriores desarrollos a partir de un inicial enunciado. Y así acontece en el caso enunciado, ya que el currículo que configura el Anexo I del Real Decreto 832/2003, desde el esquema inicial que significa, siempre permitirá alternativas diferentes en cuanto a la extensión, el método o la perspectiva con que han de ser tratados los diferentes elementos que componen dicha esquema".*

Y, por lo que se refiere al cuarto de los excesos, debe indicarse dos cuestiones: *"La primera es que no puede partirse del prejuicio de que una determinada fe religiosa necesariamente haya de traducirse, por parte de sus miembros y en relación a los otros ciudadanos que no comparten esa misma creencia, en actitudes o conductas externas contrarias a la libertad de opinión y acción que a esos otros garantiza la Constitución.*

*La segunda es que, con independencia del procedimiento que haya de ser seguido para la designación del profesorado y la elaboración del currículo de la opción confesional, esta circunstancia no elimina en dicho profesorado y currículo la responsabilidad y necesidad de infundir en la actividad docente el respeto a los valores constitucionales, ni la posibilidad de la autoridad académica –estatal o autonómica– de utilizar los mecanismos legalmente previstos para hacer efectiva esa responsabilidad y necesidad que resultan ineludibles. La Constitución es vinculante para todos sin excepciones (art. 9.1), y los acuerdos o tratados internacionales en que sea parte España han de entenderse celebrados de conformidad con lo establecido en nuestra Norma Fundamental".* Por todo lo razonado desestima el recurso por ser esta disposición conforme a derecho.

También se han dictado dos Autos del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 y 21 de abril de 2005, por los que se suspende la tramitación de sendos recursos contencioso-administrativos contra los Reales Decretos 829 y 831/2003, relativos a la ordenación general de las enseñanzas comunes de la Educación Infantil y de la Educación Secundaria Obligatoria, hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva los conflictos de competencia pendientes.

Ambos recursos fueron interpuestos por la Federación de Trabajadores de la Enseñanza de la Unión General de Trabajadores (FETE - UGT) por considerar esos Reales Decretos contrarios al ordenamiento jurídico, al haberse excedido el Estado en el desarrollo reglamentario. Dado que el Gobierno de la Generalitat de Catalunya promovió con-



flicto positivo de competencia ante el Tribunal Constitucional se suspende el pronunciamiento del Tribunal Supremo hasta que el Tribunal Constitucional resuelva la cuestión.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite dos cuestiones de inconstitucionalidad de fecha 5 de julio de 2005, números 3633 y 4465-2005, planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en relación con la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, y de los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito el 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede, por posible vulneración de los artículos 9.3, 14, 16.3, 20.1, 23.2, 24.1, 28.2 y 103.3 de la Constitución.

#### 4.3. *Profesorado*

La temática del Profesorado, en especial del Profesorado de religión, y en concreto de la naturaleza jurídica de su relación como su salario, ha sido especialmente tratado durante 2005.

Así, conviene comentar en primer lugar las Sentencias del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 25 de enero, 25 de enero y 2 de febrero, sobre régimen laboral de los Profesores de Religión católica en centros públicos.

Las dos sentencias de 25 de enero, así como la de 2 de febrero, son recursos interpuestos por la Administración, representada por el Abogado del Estado, contra sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja que estiman que los actores durante los períodos que han prestado servicios para el Ministerio de Educación y Ciencia como Profesores de religión y moral católica en centros públicos docentes de la Rioja; lo han hecho en condición de funcionarios interinos, en igualdad de derechos que los Profesores que imparten las enseñanzas de otras asignaturas de carácter obligatorio; reconociéndoles, por tanto, el derecho a percibir las diferencias retributivas entre lo percibido por su actividad y lo que les hubiera correspondido como Profesores interinos de sus mismos niveles educativos durante los períodos que prestaron servicios.

La primera realiza, en su fundamento jurídico segundo, una sucinta exposición del régimen jurídico de los Profesores de Religión



desde la Constitución hasta el momento actual. Seguidamente, en su fundamento tercero recoge los criterios de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en diversos recursos para unificación de doctrina, poniendo de relieve que *"se trata de una relación laboral que no tiene carácter indefinido, que es una relación a término que surge con una designación de vigencia anual y que lleva a la extinción del vínculo por cumplimiento del término si el contrato no es renovado, que la renovación no tiene carácter automático ... El profesor de religión se sujeta al reglamento de régimen interior ... corresponde a la autoridad educativa la concesión de permisos ... determinación de horario de clase ... no existiendo sustento para exigir a la autoridad eclesiástica la razonada justificación de la no renovación, pues los contratos expiran al término de cada Curso escolar, desvinculando a las partes sin necesidad de motivación y la propuesta en contra no requiere una resolución motivada para la no contratación, sino que basta la propuesta a la Administración de una persona distinta a la que hasta el curso anterior había sido nombrada"*. Más adelante, en su fundamento jurídico quinto, afirma que *"la relación jurídica de los Profesores de religión no entraña la condición de funcionario interino, como erróneamente formula la Sala de instancia, ya que su específico cometido profesional no constituye el contenido de ninguna plaza de la plantilla funcional de la Administración demandada"*.

Por su parte, la segunda de 25 de enero, así como la de 2 de febrero, en su fundamento de derecho segundo, explican los razonamientos de la Sala de Logroño por entender *"que la negativa a reconocer la relación de servicio que les une a la Administración, es decir, la de funcionarios interinos, entraña una discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución para los profesores de Religión en centros públicos ... respecto de los profesores de otras disciplinas ... Para llegar a esa conclusión se fijan en que su nombramiento es efectuado por la Administración ... y en que forman parte del claustro de profesores en igualdad de condiciones con los demás. ... Por todo ello dicen que, en ocasiones, el Ministerio de Educación y Ciencia se ve en la necesidad de contratar a esas personas para desempeñar una función pública ... pues es obligatorio para el MEC la inclusión de la enseñanza de la religión y moral católicas en todos los centros educativos de manera continua y permanente, y al no poder cubrirse esta necesidad con personal docente de plantilla del Cuerpo de Profesores, ha de acudir al nombramiento y contratación de personas ... idóneas en la enseñanza de la expresada asignatura"*.





Seguidamente, en su fundamento segundo, exponen los motivos por los que el Abogado del Estado considera que debe anularse esta sentencia por ser contraria al ordenamiento jurídico. Niega que exista la discriminación inconstitucional *"porque no puede haberla cuando se trata de desigual modo situaciones que en sí mismas no son diferentes"*. Posteriormente, el Tribunal Supremo aclara en ambas sentencias que lo que aquí se decide es exclusivamente si los demandantes merecían la calificación de funcionarios interinos; a lo que firma que la jurisprudencia de la Sala de lo Social se ha pronunciado en reiteradas ocasiones subrayando que la naturaleza jurídica es laboral y no funcional; igualmente lo ha dicho el artículo 93 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre que añadió un párrafo a la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.

También merecen destacarse las Sentencias del TS (Sala de lo Social), de 19 de abril, y 19 de septiembre de 2005, que aclaran la naturaleza jurídica de la relación laboral de los Profesores de Religión Católica<sup>15</sup>. Así, en la de 19 de abril, en su fundamento de derecho quinto, se afirma que *"la enseñanza de la religión católica en los centros docentes estatales se financia y se gestiona por la Administración educativa, pero se presta en realidad por cuenta de la Iglesia Católica, con lo que estamos ante una posición empresarial compleja, que podría definirse como una interposición en el contrato de trabajo por ministerio de la ley, pues a la Administración educativa le corresponde la contratación, organización y retribución de la prestación de trabajo, pero la dirección de esa prestación en orden a los contenidos docentes y las decisiones sobre designación y cese del personal corresponden a la Iglesia Católica, aunque formalmente esas decisiones se adopten por la autoridad administrativa. Es cierto que la doctrina de la Sala ha reconocido la condición empresarial exclusiva a la Administración educativa y así la sentencia de 31 de mayo de 2000 ... pone de manifiesto que el*

---

<sup>15</sup> La primera declara la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado al Obispado de Tenerife y la inadecuación del procedimiento de despido que se ha seguido, cuando se reclama contra una falta de contratación para un curso escolar que se atribuye a motivos contrarios a la libertad sindical. Decreta asimismo la nulidad de actuaciones hasta el momento anterior a la admisión de la demanda. Por su parte, la segunda desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 1 de octubre de 2003, pues sólo se impugna el carácter especial de la relación, añadiendo una denuncia genérica de los artículos 9, 14, 16, 18, 20, 23, 24, 27 y 103 de la Constitución española, que no está fundamentada.





*verdadero empleador de los profesores de religión es el Ministerio de Educación y Cultura - o la Administración educativa competente - por ser el destinatario de los servicios que le presta ese personal ... Pero la doctrina de esta sentencia ... ha de matizarse en el sentido de que la misma puede aplicarse a los aspectos de la relación - retribución, condiciones de trabajo, etc. - que no trascienden al contenido religioso propiamente dicho de la relación, ni a los aspectos relativos a la contratación y cese del personal, cuando este último se adopta a iniciativa de la Iglesia Católica".*

Por su parte la segunda sentencia<sup>16</sup>, en su fundamento de derecho tercero, reitera la doctrina de esta Sala *"que ha establecido que el contrato que vincula a los profesores de Religión Católica con la Administración educativa es un contrato a término, que se funda en el carácter materialmente especial de esa relación ... es una relación que, mediante normas de rango legal (el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español de 3 de enero de 1979 y la disposición adicional 2ª de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo, en la redacción de la Ley 50/1988) tiene una configuración especial, dentro de la que resalta precisamente el que se trata de un contrato temporal al margen de los supuestos que autoriza el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores"*.

Además, conviene mencionar las sentencias del TS (Sala de lo Social), de 19 de enero y 16 de junio de 2005, relativas a la equiparación salarial de los Profesores de Religión y Moral Católica a los Profesores interinos. Ambas estiman el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto en el caso de la primera por la representación de la Consejería de Cultura y Educación de la Generalidad Valenciana contra la sentencia dictada el 7 de octubre de 2003 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y, en el supuesto segundo por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Ministerio de Educación y Cultural contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 13 de junio de 2003. Y en sus fundamentos jurídicos señalan que la equiparación económica de los profesores de religión y moral católica a la retribu-

<sup>16</sup> En que si ha sido demandado el Obispado, el demandante alega falta de contratación por la pertenencia y participación activa del actor en la Asociación de Profesores de Religión, por la labor informativa desarrollada y por su disconformidad con la "denominada aportación a los gastos de la Delegación Diocesana de Tenerife",

ción por hora de clase impartida por los profesores interinos que señala el Convenio de 20 de mayo de 1993 no es aplicable salvo que por acto de la Administración o por sentencia firme se hubiera reconocido dicha retribución, dado que habrá de llevarse a efecto en los plazos y términos previstos en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social así como en el Convenio suscrito entre la Conferencia Episcopal y el Gobierno de 26 de febrero de 1999.

También encontramos la Sentencia del TS (Sala de lo Social), de 8 de marzo de 2005, sobre las horas lectivas de los Profesores de Religión Católica en la Comunidad de Madrid. Esta sentencia, desestimatoria del recurso de casación interpuesto por la representación de USIT<sup>17</sup>, contra la sentencia de 14 de enero de 2004, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en procedimiento seguido a instancias de USIT-EP contra Comunidad de Madrid, Arzobispado de Madrid, Obispado de Alcalá de Henares y Obispado de Getafe sobre conflicto colectivo, se refiere a la interpretación de que la clase de religión se diera en dos períodos lectivos semanales, tal como señalaba el Convenio General de Cooperación entre la Comunidad de Madrid y la Provincia Eclesiástica de Madrid. El recurrente entendía que la Comunidad de Madrid estaba diciendo que habrían de ser dos horas de clase semanales, y no en dos sesiones semanales que sumarían menos de dos horas de clase reales como había establecido la Comunidad que sólo sumaban en unos casos hora y media o sólo una hora lectiva. Esta sentencia, en su fundamento de derecho segundo, interpreta que los períodos lectivos no equivalen a horas efectivas de docencia de la enseñanza de Religión y Moral católica en base a las Ordenes de 29 de junio de 1994<sup>18</sup>, y por tanto "*sí que consideran hora lectiva la que corresponde a los períodos de recreo*", al igual que considera "*también períodos lectivos los dedicados a Jefaturas de Departamento, Tutorías o de enseñanza compartida con otros profesores*".

Incluso se ha dictado un Auto del TS (Sala de lo Social), de 14 de junio de 2005, sobre remuneración de los Profesores de Religión Católica a cargo de la Administración del Estado. Este Auto declara la

---

<sup>17</sup> Unión Sindical Independiente de Trabajadores - Empleados Públicos.

<sup>18</sup> Por las que se aprobaron las Instrucciones que regulan la organización y funcionamiento de los Centros de Educación Infantil, Primaria y Secundaria.

inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del Ministerio de Educación y Ciencia contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, pues la solución contenida en la sentencia recurrida es *"acorde con la doctrina de esta Sala en relación con la atribución a la Administración del Estado responsable en materia educativa de la condición de empleador respecto de los profesores de religión y moral católicas que imparten la docencia en centros públicos"*, dado que aunque la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene atribuida la competencia en materia de enseñanza, el concreto traspaso de los medios y servicios del profesorado de religión en ese nivel todavía no ha tenido lugar. Por ello, es el Ministerio de Educación el que ha de hacerse cargo de la retribución de los profesores, en tanto no se lleven a cabo esas transferencias a las Comunidades Autónomas.

Es más, cabe citar la Sentencia del TS (Sala de lo Social), de 2 de noviembre de 2005, sobre derecho a la indemnización del a. 49. 1, c) del Estatuto de los Trabajadores de los Profesores de Religión Católica a la finalización del contrato. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto<sup>19</sup>, y en su fundamento de derecho tercero se apoya en la sentencia de esa misma Sala de 16 de junio de 2004, señalando a modo de resumen que *"siendo la vigencia del contrato coincidente con el curso escolar, finalizado éste se extingue el contrato, a todos los efectos, de suerte que si el interesado es propuesto y nombrado para impartir la enseñanza en el curso siguiente, necesariamente habrá que entender que nace una nueva*

---

<sup>19</sup> La Unión Sindical independiente de trabajadores - empleados públicos (USIT - EP) interpuso demanda de conflicto colectivo, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, contra la Comunidad de Madrid, pretendiendo que se declarara la nulidad de la cláusula novena de los contratos de duración determinada y coincidentes con el curso escolar a tiempo completo o parcial celebrados al amparo de la DA2<sup>a</sup> de la LOGSE, suscritos entre los profesores de religión afectados por el presente procedimiento, así como a percibir la indemnización legal establecida de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio para el curso escolar 2003/04, por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato. En sentencia de 26 de octubre de 2004 se estima la demanda, y posteriormente la Comunidad Autónoma de Madrid interpone recurso de casación denunciando infringido el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con la DA2<sup>a</sup> de la LOGSE, por entender que la indemnización prevista en este artículo 49 únicamente procede cuando el contrato no sea renovado para el curso siguiente, pero no en el supuesto contrario.



*relación laboral, absolutamente desvinculada de la anterior ya fenecida y, siendo esto así, la aplicación al caso de la regla del artículo 49.1. c) debe ser incondicionada, haciendo a los trabajadores acreedores a la indemnización que reclaman, con independencia de su posible relación futura con la Administración docente", añadiendo más adelante que "la indemnización prevista en el Estatuto de los Trabajadores tiene como finalidad compensar al trabajador del perjuicio que le ocasiona la extinción de su contrato, cuya duración temporal está legalmente autorizada y, en su importe hay que entender comprendida la imposibilidad de percepción alguna en concepto de antigüedad, que tampoco sería procedente en caso de nombramiento para otros cursos escolares".*

Por último hago referencia a la sentencia núm. 161/2005, de la Sala Primera de Tribunal Constitucional de 20 de junio, desestimatoria del recurso de amparo solicitado relativo a los derechos fundamentales a la libertad de cátedra y a la libertad de expresión. El caso contempla el despido del Decano por desobedecer el requerimiento del Rector, del envío del número preparado para la publicación de la revista "Karcaj" de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad SEK de Segovia, para ejercer el derecho de veto que corresponde a quien es responsable de la publicación.

#### 4.4. *Títulos académicos*

A este respecto, conviene citar la sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de julio de 2005, sobre homologación del grado de Bachiller en Teología como Licenciatura a efectos de ingreso en el Cuerpo de Profesores de Secundaria. Esta sentencia estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional sobre ingreso en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria. Al recurrente se le declaró excluido del nombramiento como funcionario en prácticas porque, según la Administración, no reunía el requisito exigido *"fotocopia compulsada del título exigido para el ingreso en el cuerpo o certificación académica original o fotocopia compulsada de la misma, que acredite haber realizado todos los estudios para la obtención del título"*. Se requería *"estar en posesión o en condiciones de obtener el título de Doctor, Ingeniero, Arquitecto, Licenciado o equivalente a efectos de docencia"*. El interesado presentó el título de Bachiller en Teología en la Universidad de Navarra, pero no estaba



diligenciado por la competente autoridad de la Iglesia Católica en España y sometido al diligenciamiento previo del Ministerio de Educación y Ciencia, en virtud de lo establecido en el Real Decreto 3/1995, de 13 de enero, por el que se da cumplimiento al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales. Para el Tribunal Supremo lo importante es que dentro del plazo de presentación de instancias cumplía los requisitos de titulación necesarios, pues el valor de los diligenciamientos es sólo declarativo y no constitutivo.

## 5. Matrimonio

Este año 2005 la cuestión del matrimonio ha cobrado especial protagonismo, dadas las repercusiones sociales y jurídicas de algunas novedades legislativas en este campo.

A este respecto, resulta interesante la Sentencia del TS (Sala de lo Civil), de 23 de marzo de 2005<sup>20</sup>, por la que se aclara el alcance del control de homologación civil de una sentencia de nulidad canónica. En su fundamento de derecho primero se precisa *"que el examen de fondo a que obliga el requisito del respeto o no contradicción con el orden público de la sentencia cuyo reconocimiento se pretende, solamente se extiende a constatar si las declaraciones de la sentencia dictadas conforme al Derecho canónico no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal, ... esto es, si no contradicen el orden público interno integrado por principios no sólo jurídicos públicos y privados, sino también por políticos, económicos, morales e incluso religiosos y hasta supranacionales ..., en definitiva por los principios constitucionales y rectores del matrimonio según el derecho interno del foro". "Si se entiende que el control de homologación no se proyecta sobre el derecho sustantivo aplicado ... no podría cuestionar la causa de nulidad aplicada que incide en un elemento esencial coincidente en ambos ordenamientos como es el consentimiento. Y si el problema se enfoca, como es necesario, en el plano del orden público matrimonial es más que dudoso que se*

---

<sup>20</sup> En esta Sentencia se estima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de octubre de 2001, casando y anulando dicha sentencia y dictando otra por la que se reconocen efectos civiles a la sentencia de nulidad dictada por el Tribunal Eclesiástico del Obispado de Getafe de 30 de julio de 1997.

*dé la contradicción que declara el Tribunal de instancia, pues no se advierte en qué medida resulta así perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español ... En el plano del derecho interno, el compromiso o aceptación de la indisolubilidad del matrimonio no le impide promover su disolución ejercitando la acción personal de divorcio que tendrá, si prospera, plenos efectos civiles. Todo lo cual conduce a dar la eficacia civil ... ya que lo contrario supondría negar virtualidad a los Acuerdos vigentes con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 ... Pero sobre todo, porque en la Constitución española se proclama la indisolubilidad del matrimonio que serviría de base para dar eficacia a la sentencia canónica reseñada, prescindiendo si el derecho canónico permita o no tal indisolubilidad; y sin que se pueda tampoco tener en cuenta en que el cónyuge solicitante haya tenido una vida matrimonial más o menos larga, ni tampoco a la edad de los hijos matrimoniales. Y además hay que decir la posibilidad de otorgar reconocimiento a las sentencias de nulidad matrimonial o a las dispensas pontificas de matrimonio rato de matrimonios que ya han sido disueltos por precedentes sentencias civiles de divorcio, situación que se da en este caso, no ha sido rechazada por esta Sala".*

También cabe mencionar el Auto del TC (Pleno) 203/2005, de 10 de mayo, por el que se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad relativa a la denegación de la pensión de viudedad al conviviente *more uxorio*. El Tribunal Constitucional considera que la denegación de la pensión de viudedad a pareja de hecho no produce vulneración alguna del derecho constitucional a la igualdad, dado que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no pueden ser consideradas situaciones jurídicas equivalentes. Así afirma "*no son necesariamente incompatibles con el art. 39. 1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales*". Tampoco considera que se lesione el libre desarrollo de la personalidad, en su conexión con la libertad ideológica y religiosa y el principio de aconfesionalidad del Estado. Pues, como afirma en su fundamento jurídico tercero, "*el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica y religiosa garantizada constitucionalmente no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubre el riesgo de fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho ... , toda vez que el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido o coartado porque la ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho una pensión de viudedad*".



El 31 de mayo el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, pronunció un Auto por el que se acuerda otorgar el exequátur de una sentencia de divorcio pronunciada en Francia. El supuesto es el siguiente: los contrayentes eran español –el varón– y francesa –la mujer– contrajeron matrimonio civil en Francia el día 15 de julio de 1964. Tres días después los mismos esposos contrajeron matrimonio canónico en Francia, que fue inscrito en el Registro Civil español. En su fundamento de derecho tercero se afirma lo siguiente. *"No puede desconocerse que los esposos ... celebraron dos veces su matrimonio, en Francia, en forma civil y canónica ... Esta Sala ha venido siguiendo el criterio, sentado en casos similares, que dicha circunstancia no ha de impedir que la disolución del vínculo decretado por la sentencia de divorcio alcance a los efectos civiles del segundo matrimonio celebrado en forma canónica, cuando, como es el caso, la proximidad de las fechas de celebración de uno y otro y, en su caso, la legislación a la sazón vigente en el ordenamiento interno al tiempo de su celebración, permita afirmar cabalmente la existencia de un negocio jurídico bajo diferentes formas de celebración ...; todo ello sin perjuicio de que, a la hora de llevar a cabo los actos de ejecución impropia de la sentencia, particularmente su inscripción en el Registro Civil proceda hacer las cancelaciones o anotaciones pertinentes, con el fin de organizar la mecánica registral"*.

Igualmente, menciono la Resolución de 29 de junio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra el acuerdo dictado por el Juez Encargado del Registro Civil Central, en las actuaciones sobre matrimonio de español celebrado en el extranjero. Se desestima el recurso y se confirma el acuerdo del juez Encargado del Registro Civil Central de denegación de inscripción de matrimonio celebrado en Caracas por una mujer, nacida en España, de nacionalidad española y domiciliada en Valladolid; con un varón, nacido en España, de nacionalidad venezolana y domiciliado en Valladolid; pues en la documentación obrante en el expediente se desprendía que el contrayente se casó, cuanto todavía era español, con una española, matrimonio que debía estar inscrito en el Registro Civil español correspondiente, siendo necesaria la constancia de la disolución de ese matrimonio.

También es destacable la Resolución de 30 de junio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez Encargado del Registro Civil de Salamanca, en expediente sobre capacidad natural para pres-



tar el consentimiento matrimonial. El recurso lo entablaron los padres solicitando la no autorización del matrimonio por incapacidad de ella, en base a la previa incapacitación judicial de la misma. En los fundamentos de derecho se recuerda que la incapacitación, limitada en el presente caso a los actos de carácter patrimonial, impide su extensión al matrimonio. Además, advierte que la sentencia de incapacitación no podrá incluir aquellos actos jurídicos que tienen carácter personalísimo en nuestro Derecho, caso del matrimonio, pues *"ha sido voluntad del legislador tomar como parámetro para apreciar la aptitud para acceder al matrimonio de una persona el de su capacidad natural para prestar de forma consciente el consentimiento matrimonial"*. En su virtud, se desestimó el recurso, pues el dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento ha sido favorable, a pesar de los trastornos de personalidad que se le observan, ya que *"tales limitaciones no le impiden conocer las responsabilidades que conlleva una relación afectiva, pudiendo discernir correctamente las implicaciones que supone una relación matrimonial y todas sus consecuencias"*.

Expuesto lo anterior, sin duda, la norma sobre matrimonio que más repercusión ha tenido es la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, añadiendo un segundo párrafo al artículo 44 con la siguiente redacción: *"El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo"*. En consecuencia, se da nueva redacción a diversos artículos del Código Civil: 66 y 67, primer párrafo del artículo 154, párrafo 2º del artículo 164, apartado 4 del artículo 175, apartado 2 del artículo 178, etc. Por tanto, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones; todas las referencias al marido y a la mujer se sustituyen por la mención a los cónyuges o a los consortes. Además se añade que todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo.

Como es sabido, se opusieron a esta reforma de hondo calado, aparte de particulares, entidades y asociaciones familiares, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el Consejo de Estado, el Consejo General del Poder Judicial e incluso la misma Asociación Española de Canonistas.





Es más, un dato significativo, nada común hasta este momento, ha sido que las principales Confesiones religiosas de nuestro país: Iglesia Católica, Entidades Religiosas Evangélicas, Comunidades Judías e Iglesia Ortodoxa Griega, presentaron un comunicado de prensa conjunto, expresando que *"el matrimonio monógamo heterosexual forma parte de la tradición judeo - cristiana y de otras Confesiones religiosas y en su estructura básica ha sido y es una institución fundamental en la historia de las sociedades de nuestro entorno cultural"*, por lo que las Iglesias y Confesiones religiosas firmantes *"piden que no se modifique la estructura del matrimonio"*.

Esta Ley encuentra su fundamento, según señala su Preámbulo, en los valores de una sociedad libre, pluralista y abierta, concretamente, en pro de la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad, la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social.

Con su entrada en vigor se ha desvirtuado el matrimonio, institución natural entre hombre y mujer, pues han desaparecido las dos notas tipificadoras del matrimonio: la heterosexualidad y la fecundidad. ¿Qué pasará con la unidad?

Por otra parte, conviene recordar que el Tribunal Constitucional, por providencia de 25 de octubre de 2005, ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra esta Ley.

Pocos días después se publicó la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la conocida como "divorcio express". Esta Ley, nos dice su Exposición de Motivos, *"persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad ... justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge ... se pretende evitar ... un doble procedimiento, para lo cual se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de*



*hecho o judicial, con un importante ahorro de coste a las partes, tanto económico como, sobre todo, personales".*

Incluso la ley prevé que las partes en cualquier momento puedan pedir al Juez *"la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio"*. Con esta ley también se pretende reforzar *"la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad"*, pudiendo acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida.

En consecuencia, la separación no constituye la antesala necesaria del divorcio. Tanto la separación como el divorcio se decretará judicialmente, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1º. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2º. A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación o el divorcio.

Por otra parte, la ley modifica el artículo 68 del Código Civil, quedando redactado de la siguiente forma: *"Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo"*.

Asimismo me parece conveniente mencionar la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, dictada como consecuencia de la modificación del Código civil que permite contraer matrimonio a personas del mismo sexo. Esta extensa Resolución – Circular aclara si la permisión de la ley española se aplica también cuando uno o ambos contrayentes sean de naciona-



lidad extranjera. Tras recordar que *"la capacidad matrimonial se ha de regir, conforme al derecho conflictual español, por la ley personal del individuo, esto es, la determinada por su nacionalidad"*, recoge en primer lugar una serie de supuestos de validez del matrimonio entre español/a y extranjero/a del mismo sexo con arreglo al criterio del estatuto personal y, en segundo lugar, los supuestos de matrimonios entre españoles y extranjeros del mismo sexo en que las normas de conflicto conduzcan a una ley material aplicable que no admita tales clases de matrimonio. A este respecto la Resolución – Circular recuerda que la aplicación de la ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español, por lo que en su lugar se ha de aplicar la ley española como *"lex fori"*. Estos últimos casos son los siguientes: *"leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, no reconociendo capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto"*; *"leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, en particular respecto de las leyes que limitan el derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán"*; *"leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre transsexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto sexo legal por no reconocer el cambio de sexo declarado judicialmente en España"*; *"leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre niños"*; y *"leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos"*. Además indica que no se debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio no producirá efectos. *"Son las autoridades extranjeras las que deben decidir si el matrimonio contraído en España entre personas del mismo sexo surte efectos en tal país extranjero o no los surte por resultar contrario a su orden público internacional"*<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup>. Posteriormente la Resolución se refiere al principio constitucional de igualdad y su alcance respecto de los extranjeros residentes en España, considerando que el derecho a contraer matrimonio, al estar contemplado dentro de los derechos y deberes de los ciudadanos, puede ser admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. Después examina la consideración que ha de merecer el requisito de la diversidad de sexos desde la perspectiva de su calificación respecto de la institución matrimonial, pues existe una laguna legal en nuestro derecho internacional privado, lo que supone la necesidad de ofrecer una solución, cual es *"la de acudir a la aplicación de la ley material española"*, permitiendo, por tanto el matrimonio entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mis-



Seguidamente la Resolución Circular recuerda la competencia de la autoridad española para celebrar el matrimonio, que requiere como elemento determinante del reconocimiento de competencia que el domicilio de alguno de los contrayentes esté fijado en España o en la respectiva Demarcación consular. En este punto quisiera llamar la atención en lo siguiente: esta Resolución también hace referencia a la instrucción del expediente matrimonial previo de los matrimonios religiosos evangélicos y hebraicos<sup>22</sup>. Así dice: *"Para el matrimonio en forma civil, evangélica y hebraica, en dicho expediente se deben acreditar, al menos estos extremos: a) las "menciones de identidad" de los contrayentes; b) los requisitos de capacidad nupcial legalmente exigidos, que son, básicamente, la edad, la no concurrencia de impedimentos matrimoniales, y el sexo; c) que no concurre ningún otro "obstáculo legal" para la celebración del matrimonio ... lo que, en la práctica, incluye también la autenticidad "anticipada" del consentimiento matrimonial, al objeto de evitar la celebración de "matrimonios de complacencia"... El instructor oye reservada y separadamente a los contrayentes y dicta un "auto" que autoriza o deniega la celebración del matrimonio.*

En el caso de matrimonio a celebrar en España en forma civil, hebraica o evangélica, es necesario instruir el expediente matrimonial previo ante autoridades civiles españolas ... Tales autoridades son las siguientes:

- a) Autoridades civiles en España. El instructor puede ser el juez Encargado del Registro Civil, el Alcalde o Concejel del municipio donde se celebre el matrimonio, u otro funciona-

---

mo sexo, aunque su legislación nacional no permita o reconozca la validez de tales matrimonios; basándose en una serie de argumentos, tales como la analogía con la figura de las parejas de hecho homosexuales reconocidas por un amplio número de leyes autonómicas españolas; la proximidad "*forum ius*"; el principio del "*favor matrimonii*"; la consideración del "*ius nubendi*"; en conexión con la prohibición de toda discriminación por razón de orientación sexual; la vinculación del ejercicio efectivo del derecho al matrimonio con el principio del libre desarrollo de la personalidad y finalmente la solución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la ley del divorcio de 1932 que permitía el divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no lo reconocían.

<sup>23</sup> No hace referencia a los matrimonios religiosos islámicos pues no existe la obligatoriedad de la instrucción del expediente matrimonial previo. Ahora bien, yo cuestiono ¿están obligados los ministros religiosos, pastor o rábino, a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, a pesar de que su ordenamiento confesional se lo prohíba?

rio designado reglamentariamente. Pero para que el expediente matrimonial pueda instruirse ante autoridades civiles españolas en España, es preciso que alguno de los contrayentes tenga su domicilio en España y, en concreto, en la demarcación que corresponde al instructor del expediente matrimonial ... Si ninguno de los contrayentes tiene domicilio en España, no existe autoridad competente para instruir el expediente matrimonial previo y el matrimonio no puede celebrarse en España ...

- b) *Funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el extranjero. Esta opción sólo es posible en el caso de contrayentes domiciliados en el extranjero. Finalizado con éxito el expediente, los cónyuges pueden solicitar una delegación en favor de una autoridad civil española ante la que se desea prestar el consentimiento, como un Alcalde o Juez español ...".*

Mas adelante se refiere a los requisitos especiales de los matrimonios mixtos (matrimonios celebrados en el extranjero entre español/a y extranjero/a o entre españoles) entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero ante autoridad española. Estos requisitos son tres: "al menos uno de los contrayentes ha de ser nacional español"; "al menos uno de los contrayentes debe estar domiciliado en la demarcación consular correspondiente"; y "el Estado receptor del Cónsul no debe oponerse a que éste celebre matrimonios en su territorio", pues "la competencia reconocida en general a los Cónsules de España en el extranjero para autorizar el matrimonio civil de cualquier español ... cesa cuando se oponen a esta actividad de funcionario del Registro Civil las leyes y reglamentos del Estado receptor, conforme resulta del art. 5, f) del Convenio de Viena de Relaciones Consulares, ratificado por España. Luego añade la Resolución: "No obstante, los inconvenientes derivados de las limitaciones competenciales de los Cónsules españoles en el extranjero pueden obviarse mediante el mecanismo de la delegación que permite el artículo 57, n. 2 del Código civil ... sí tiene competencia para instruir, como Encargado del Registro Civil del domicilio del promotor, ... el expediente previo para la celebración del matrimonio, de tal modo que la prestación del consentimiento, por delegación del instructor, se realice ante el Encargado en España de otro Registro Civil".

Por último, la Resolución examina la cuestión de la situación jurídica en que se encuentran los matrimonios entre personas del mismo

sexo celebrados por ciudadanos españoles con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005 en países extranjeros que a la fecha de su celebración permitían dichos matrimonios (Holanda, Bélgica y Canadá), reconociendo dichos matrimonios, apoyándose en el principio del "*favor matrimonii*", la consideración del "*ius connubii*" y el reconocimiento de efectos al matrimonio putativo. Por el contrario, no se extiende el "*reconocimiento como tales matrimonios a figuras jurídicas ... que no tengan la consideración de matrimonio*", reconduciéndose a las figuras de parejas de hecho o uniones estables de pareja.

También cabe citar la sentencia 611/2005, de 12 de septiembre, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), que no estima la pretensión indemnizatoria por la ruptura unilateral de una unión de hecho, al no poder hablar de empobrecimiento de la parte actora, afirmando en su fundamento jurídico segundo que "*con carácter general se afirma que la ruptura de la unión de hecho no implica el deber de indemnizar los perjuicios derivados de la misma, ya que los convivientes han aceptado crear una unión al margen del matrimonio legalmente establecido, que sí crea derechos y obligaciones durante su vigencia así como al término de la misma*". Sentado lo anterior, en su fundamento jurídico tercero proclama que "*la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio ... Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias*".

Por ello debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio.

Ahora bien, todo lo anterior, no debe excluirse cuando proceda la aplicación del derecho resarcitorio, para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado, en los supuestos de una disolución de una unión de hecho.



*En otras palabras, determinar si, en los casos de ruptura de una unión de hecho, sea por consenso o por decisión unilateral, se puede derivar una compensación o una indemnización".*

En base a todo ello se concluye que en el presente caso "ni por la técnica del enriquecimiento injusto –que se admite como base genérica para determinar una indemnización en una disolución de una unión de hecho–, ni por la fuerza expansiva del derecho que permite la aplicación del artículo 97 del Código Civil –que no se admite como tal base genérica–, puede estimarse la pretensión indemnizatoria de la parte actora". Al fallo se unen dos votos particulares.

Por otra parte, se ha publicado la Resolución de 20 de septiembre de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez Encargado del Registro Civil de Melilla, en el expediente sobre autorización de matrimonio civil de español y marroquí vinculados por un matrimonio coránico celebrado en Marruecos. Se desestima el recurso y se confirma el auto apelado por considerar "que el matrimonio pretendido no puede ser autorizado por no haberse acreditado la ausencia del impedimento de vínculo matrimonial, sin que las posibles dudas sobre la validez o no del matrimonio marroquí para el ordenamiento español pueda desvirtuar tal conclusión, ya que aquel, en la medida en que goza de las presunciones propias del principio de "favor matrimonii", impide tener por probada la libertad de estado de los contrayentes. A esto se une, además, el desconocimiento recíproco entre los interesados de sus datos personales (fecha de cumpleaños, edad) y las contradicciones en sus respectivas declaraciones en cuanto al tiempo que hace que se conocen o regalos que se han hecho. Todo lo cual hace pensar ... que lo que se pretende es servirse del matrimonio con fines migratorios no propios de esta institución".

Y, finalmente, cabe citar el Auto del TS (Sala de lo Civil), de 11 de octubre de 2005, relativo a la competencia de los Tribunales por el exequatur de resoluciones extranjeras en materia matrimonial. Este Auto declara la incompetencia de esta Sala para la tramitación de la demanda de exequatur de la sentencia dictada por el Tribunal Religioso Islámico de Damasco, República Arabe Siria, por la que se decretaba la separación entre la demandante y su marido, por no ser competente para su conocimiento el TS, dado que, según las actuales normas, la competencia corresponde a los Juzgados de Primera Instancia correspondientes.

