

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

AGUSTÍN MOTILLA

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cuestiones de extranjería: obtención de asilo o de la nacionalidad española. 3. Derecho de asociación; inscripción en el Registro de Asociaciones. 4. Libertad de información y derecho al honor. 5. Cuestiones penales en materia de religión o creencias. 6. Cuestiones de naturaleza civil: responsabilidad extracontractual. 7. Efectos del matrimonio. 8. La enseñanza de la asignatura de Religión Católica en la escuela. 9. Conciertos educativos; la educación diferenciada por razón del sexo. 10. Derecho laboral; en especial, el estatuto jurídico de los profesores de Religión. 11. Régimen de la Seguridad Social de los ministros de culto evangélicos.

1. INTRODUCCIÓN

Las democracias contemporáneas someten a los poderes públicos –y, por supuesto, entre ellos a los jueces– a una doble vinculación: a la constitución, cuya formulación se encuentra dominada por el enunciado de principios y valores que inspiran y, a la vez, limitan la creación del Derecho positivo; y a la ley, emanada por los órganos representantes de la soberanía popular. La diversa naturaleza de las normas contenidas en una u otra fuente se proyecta directamente sobre los medios de interpretación aplicables a cada supuesto. En las leyes, concebidas como reglas jurídicas, suele predominar la técnica, más o menos mecánica, de la subsunción. La naturaleza de cláusulas generales de la mayor parte de los preceptos constitucionales, que formulan valores y no reglas jurídicas, impone un nuevo tipo de interpretación: la ponderación, a través del equilibrio entre los distintos principios e intereses constitucionales en discordia, que mutuamente se autolimitan. En palabras de Zagrebelsky, «la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no

pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación ... El “balanceo” entre los bienes jurídicos dirigido por el principio de la proporcionalidad ... entra en este enfoque»¹.

Las nuevas coordenadas en que se mueve la aplicación del Derecho, la necesaria articulación de esas dos fuentes, la constitución y la ley, potencia la importancia de los jueces en las tareas de resolución de los conflictos jurídicos que se planteen. La interpretación de la ley conforme a los principios y valores de la constitución, utilizando criterios ponderativos, requiere un margen de discrecionalidad indudablemente superior a las técnicas utilizadas en las tareas de subsunción aplicables en las reglas jurídicas.

El ámbito en el que se desarrolla el comentario de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dominado por la interpretación y proyección al caso concreto del derecho de libertad ideológica y religiosa, participa en esa amplitud del juez a la hora de resolver el supuesto; de esa prudencia en la ponderación de los derechos fundamentales y valores constitucionales. Al fin y al cabo aquéllos, como pretensiones subjetivas que nuestra Constitución formula por encima de las leyes, también comparten la naturaleza abierta de los principios constitucionales, la cual otorga a los jueces un amplio margen de interpretación, derivado de su labor de ponderación, en la aplicación de los derechos constitucionales.

Tal vez por estas razones –la preeminencia de los derechos constitucionales sobre la ley y la discrecionalidad de los jueces en su tarea de asegurarles la efectividad– el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional cuya función es la de unificar la interpretación del ordenamiento jurídico, viene exceptuando las causas en que se invocan derechos fundamentales de la limitación, ínsita al recurso de casación, de vedar el juicio o el replanteamiento de los hechos considerados como probados por las instancias judiciales anteriores. Como afirma la Sentencia de 6 de marzo del 2013, «cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales ... esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados, sin limitarse a considerar, como ocurre cuando el recurso de casación se desenvuelve en el plano de la legalidad ordinaria, si las conclusiones *de facto* [sobre los hechos] obtenidas por el tribunal de instancia, además de no infringir las normas que integran el régimen de la prueba, simplemente soportan la aplicación de un test de razonabilidad» (fundamento jurídico 4.^o).

¹ G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mite* (existe una traducción al español de M. Gascón, *El Derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid 1995. La cita se toma de la pág. 125. *Vid.*, en general, el epígrafe «Jurisprudencia frente a scientia juris. *El pluralismo de los principios*», pp. 122-126).

Como ya decíamos en anteriores crónicas, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo constituye tanto un elemento de extremo interés para todo especialista preocupado por el conocimiento del «Derecho viviente», el aplicado en la realidad, como, a la vez, es un buen termómetro a fin de comprobar las materias donde se centran los conflictos de intereses *inter partes* respecto al objeto de la disciplina de la que se trata, la regulación e interpretación jurídica de los problemas relacionados con la religión o la ideología de las personas o de los grupos. En este plano de la sociología jurídica, vuelve a evidenciarse, a lo largo de la lectura de las resoluciones del Supremo, el pluralismo religioso de la sociedad española. No sólo en referencia a la inmigración, especialmente la procedente de países islámicos, reflejada en conflictos relacionados con la extranjería. También se relatan supuestos de hecho de personas pertenecientes a grupos religiosos minoritarios. En concreto, a la utilización de religiones esotéricas con fines delictivos, como el *vudú* con la finalidad de coaccionar a mujeres nigerianas a las que se les obliga a prostituirse en España. Amén del rosario continuo de casos relacionados con el terrorismo *yihadista*, uno de los problemas más acuciantes al que se enfrentan los Estados en este siglo XXI.

A diferencia de otros años, en el arco de tiempo que cubre la presente crónica –el año 2017– la mayor parte de las decisiones del Tribunal Supremo no son innovadoras en la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico; la práctica totalidad de las sentencias estudiadas que tratan, directa o indirectamente, sobre el fenómeno religioso se limitan a resolver los supuestos planteados en la casación siguiendo la doctrina sentada en otras anteriores del Tribunal. Son, por tanto, meros epígonos de razonamientos o argumentaciones que ya se han consolidado como doctrina legal (lo cual no es óbice para que sí posean interés por la singularidad de los supuestos de hecho, o por afirmar nuevas motivaciones que corroboran la *ratio decidendi* de las resoluciones anteriores). Excepción a la regla la constituyen las Sentencias de 6 de abril, en la que se hacen unas interesantes consideraciones sobre las consecuencias penales de los matrimonios simulados; la de 4 de abril, sobre un supuesto de discriminación laboral en un colegio católico; y, especialmente por su trascendencia, la de 13 de noviembre, en la que el Supremo anula una disposición del reglamento de 2015 que extiende a los ministros de culto evangélicos la posibilidad de cotizar por periodos anteriores al año 1999 –fecha en la que se les incorporó al Régimen General de la Seguridad Social– considerando que se da una violación del principio de igualdad respecto a la regulación establecida sobre el clero católico.

Seguiremos, en la medida de lo posible, la clasificación por temas utilizada en las anteriores diez crónicas de las que he sido autor por encargo del *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*.

2. CUESTIONES DE EXTRANJERÍA: OBTENCIÓN DE ASILO O DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Como solemos hacer en las crónicas jurisprudenciales en las que hemos de referirnos a las peticiones de **asilo** alegando motivos ideológicos o religiosos, se relatará, al menos sintéticamente, el peculiar procedimiento y los motivos por los que, según la legislación internacional, comunitaria y nacional, se ha de conceder el asilo. Considero que ello ilustrará al lector sobre las coordenadas legales en las que se desenvuelven el conocimiento y el fallo del Tribunal Supremo.

En los recursos de casación ante el Tribunal Supremo de causas relativas a la petición de las personas del asilo en España, el alto Tribunal resuelve sobre la admisión a trámite de las mismas por parte del Ministerio del Interior cuando han sido rechazadas por este órgano administrativo y su resolución ha sido confirmada por la Audiencia Nacional estimando que no existen datos que fundamenten la verosimilitud del relato fáctico que realizan los solicitantes. La cuestión gira alrededor de la prueba de la existencia de indicios de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, la pertenencia a un determinado grupo, u opiniones políticas, que permitan reconocer la condición de refugiado, tal y como exige el artículo 1. A de la Convención de Ginebra. Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la admisión a trámite exige la verificación de dos condiciones: un requisito positivo consistente en la descripción de la persecución, y uno negativo, la no manifiesta falsedad del relato. No hace falta requerir la presentación de pruebas fehacientes de los hechos, sólo una apariencia de verdad.

En todo caso, y en lo que respecta a la persecución por motivos religiosos, el Tribunal, al igual que la Audiencia Nacional, suele contrastar y enjuiciar el relato de hechos de la demanda con informes de diversas procedencias pero solventes para el órgano jurisdiccional: ya sean de organizaciones privadas como Amnistía Internacional, agencias de las Naciones Unidas como ACNUR, los informes anuales sobre la libertad religiosa en el mundo del Departamento de Estado del Gobierno norteamericano, datos suministrados por los Estados donde supuestamente se ha producido la persecución, etc.

En el arco temporal de la crónica se recibe un caso de supuesta persecución por motivos religiosos en un país en el que, desgraciadamente, suelen ser frecuentes las violaciones a los derechos individuales y colectivos causadas por el clima de guerra interreligiosa entre las comunidades cristianas y musulmanas: Nigeria, singularmente el norte de ese Estado. Un nacional de ese país pidió asilo en España, el cual fue denegado por resolu-

ción del Ministerio del Interior al no constar la persecución que sustente el asilo por razones humanitarias. El recurrente había atropellado a un menor de edad en su país y, por ello, se encontraba en situación de busca y captura por parte de la policía. Según el demandante de asilo, el hecho se ve envuelto en una auténtica venganza por motivos religiosos: el niño es musulmán y él cristiano; la persecución de la policía nigeriana, que apoya a los musulmanes, se fundamenta en la situación de discriminación y violencia que sufre la minoría cristiana. Más que el hecho del accidente de tráfico, el recurrente explica el que hubiera abandonado el país en la persecución religiosa que sufre como miembro de una confesión hostigada por la religión mayoritaria.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de mayo de 2017², se hace eco de los motivos aducidos por la Audiencia Nacional para confirmar la resolución del Ministerio del Interior. La base fáctica del relato del solicitante de asilo es genérica, falta de credibilidad y sin apoyo en informes o documentos. El motivo de la huida es un incidente de tráfico y no una persecución religiosa; no se sustenta en los informes de ACNUR o de otra organización internacional. Además, el recurrente residió siete años en Marruecos, país exento de persecuciones religiosas. No se dan, por tanto, los presupuestos mínimos para que pueda tramitarse el asilo en España por razones humanitarias al no demostrarse el peligro para la vida o la integridad física del solicitante del asilo o de su familia.

La siguiente Sentencia del Supremo que se inscribe en este epígrafe se dicta en atención a la demanda de la **nacionalidad** española por residencia. Una de las condiciones que debe concurrir para que un extranjero obtenga ésta es que se constate su «efectiva integración en la sociedad española» (art. 22.4 del Código Civil). Baste señalar la indeterminación que rodea a tal concepto jurídico y, de ahí, la importancia de la doctrina sentada por el Tribunal –citada ya en anteriores crónicas– para guiar a la Administración en la apreciación y resolución de los expedientes de concesión de la nacionalidad española. En términos generales el Supremo ha definido este requisito legal como «la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, y el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como del arraigo familiar»³. Elementos que sirven de prueba de tal integración son el dominio de la lengua, o el conocimiento de nuestra cultura y tradiciones incluso religiosas –aunque no

² N.º 832/2017.

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

su práctica, que pertenece a la esfera íntima de las creencias personales que el Estado garantiza y respeta—. En sentido negativo, son prueba de la no integración la militancia en organizaciones integristas islámicas. O el efectivo ejercicio de la poligamia.

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

Pues bien. Por Auto de 24 de mayo de 2017 el Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación de un senegalés contra la resolución de la Audiencia Nacional que confirmaba la decisión de la Dirección General de Registros y del Notariado denegatoria de la nacionalidad española por residencia. El motivo: que en el certificado sobre el estado civil del sujeto expedido en Senegal consta su opción por la poligamia en el matrimonio. El Supremo reitera que el recurrente lleva largo tiempo en España y debía conocer que la «poligamia constituye un serio obstáculo a la integración en tanto comporta la falta de asunción de los valores en los que se asienta la sociedad», singularmente la dignidad de la mujer y la no discriminación por razón de sexo (fundamento jurídico 4.º). La peculiaridad del caso es que el recurrente alega que el certificado de Senegal es erróneo, ya que él no es consciente de haber optado por la poligamia matrimonial, y que ha renunciado a ella; de hecho, lleva casado dieciséis años con la misma mujer. El Supremo reafirma que la casación no es procedimiento en donde pueda plantearse nueva prueba y, no constando la renuncia del actor a la poligamia, rechaza el recurso.

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

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

3. DERECHO DE ASOCIACIÓN; INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE ASOCIACIONES

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2017⁶ resuelve el recurso de casación interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra la decisión de la Audiencia Nacional que anula la Resolución denegatoria de inscripción en el Registro de Asociaciones solicitada por la «*Associació Santvicentina de Serveis*». La Administración justifica la denegación en que tal entidad es la continuadora de la «*Cofradia Sant-Vicenc. Associació D'Enterrament Sant Vicenc*» y ésta consta ya inscrita en el Registro estatal de Entidades Religiosas como ente asociativo de la Iglesia Católica. La «*Associació Santvicentina de Serveis*» tiene, por tanto, naturaleza religiosa y está excluida, a tenor del artículo 1.3 de la Ley orgánica reguladora del derecho de asociación (LODA), del Registro de Asociaciones comunes. Incluso llega a afirmar la Generalitat que la pretendida asociación civil se constituye en fraude de ley —se supone que para evitar el control de la autoridad eclesiástica, en el caso la autorización del Obispo de Vic—, por lo que su pretendida transformación ha de ser rechazada.

En realidad, el problema no se plantea en torno al fondo del asunto, sino a la aplicación del silencio positivo de tres meses que cifra la LODA para la resolución de las peticiones de inscripción en el Registro. La parte recurrente alega tener derecho a ella al haber transcurrido dicho plazo desde su solicitud; en contra, la Generalitat argumenta que, siendo la verdadera naturaleza de la entidad religiosa, contestó dentro del plazo de seis meses que señala para que se produzca el silencio positivo la regulación específica de las asociaciones religiosas, conforme al Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre.

Situada la cuestión en el cómputo temporal aplicable para que se produzca el silencio positivo, la postura del Tribunal Supremo es clara: la resolución de la Consejería de Justicia de la Generalitat de Cataluña se notificó a la parte solicitante una vez habían transcurrido tres meses desde la fecha de la solicitud de inscripción —plazo aplicable tanto si se trata de una nueva inscripción como de la transformación de una entidad en civil a través de la reforma de sus estatutos—, por lo cual, y a tenor de la normativa establecida en la LODA, procede considerar admitida la petición por aplicación del silencio positivo. Pasado el plazo señalado sin notificación expresa de la Administración, y sin que concurren excepciones al silencio positivo, la Resolución posterior de la Dirección deviene ilegal, al denegar un derecho —la inscripción— ya adquirido por la parte peticionaria por silencio positivo. Lo cual no desdice que pudiera haber sido

⁶ N.º 1053/2017.

rechazado el acceso al Registro de Asociaciones por la naturaleza religiosa de la entidad, pero siempre que la Administración lo hubiere resuelto y comunicado a la parte solicitante dentro del plazo de tres meses habilitado para ello en la Ley. Procede, por tanto, desestimar el recurso de casación presentado por la Generalitat.

4. LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DERECHO AL HONOR

Un año más debemos reseñar en esta crónica un apartado dedicado al relato de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que surge en la ponderación de dos derechos que, con frecuencia, colisionan en la sociedad contemporánea: la libertad de información y el derecho al honor de las personas.

La fijación de los límites de la libertad de prensa constituye un motivo de discusión frecuente en nuestra sociedad. En este epígrafe expondremos una sentencia del Supremo que trata de la ponderación entre la referida libertad, de la que son titulares los periodistas en el ejercicio de su profesión, y el derecho al honor de las personas reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución española y desarrollado en la Ley orgánica 1/1982. El elemento de conexión con nuestra materia, que hace que la resolución del alto Tribunal tenga interés para el Derecho eclesiástico, fueron las referencias de la información divulgada a las creencias y prácticas religiosas de una persona relacionada con una fundación pretendidamente católica y sospechosa de ilegalidades, estimando el individuo reclamante que su derecho al honor había sido vulnerado. En las resoluciones de los casos el Tribunal recuerda la doctrina sentada por esta misma instancia jurisdiccional y por el Constitucional, cuya síntesis paso a exponer.

En principio, cabe afirmar la preponderancia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor personal, como garantía de una opinión pública libre. Ahora bien. La información debe cumplir tres requisitos básicos: ha de tener interés general y relevancia pública; ser veraz, es decir, que el periodista ejerza su misión siguiendo una razonable diligencia profesional según la cual la noticia sea contrastada de acuerdo con las pautas profesionales; y no contener afirmaciones ultrajantes u ofensivas. En torno a la veracidad de la noticia, caben dentro de esta condición los denominados «reportajes neutrales»: son aquellos en que el medio de difusión recaba opiniones y datos de terceros –no ostensiblemente falsas– sin expresar valoración alguna; dicho medio de comunicación sirve de cauce a la transmisión de las opiniones. Si faltara alguna de estas condiciones debe prevalecer el derecho al honor personal.

El supuesto que se plantea y decide en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017⁷ se enclava en uno de esos «reportajes» emitidos en los programas de televisión «Espejo Público», de la cadena Antena 3, y «Nada es Igual», de Telecinco. En ellos una mujer declara que su hermana sustrajo todo el dinero que tenía su madre para dárselo a la Vidente de El Escorial y a la Fundación, constituida alrededor de esta persona y de los supuestos milagros y apariciones de la Virgen, dejando en la pobreza a la madre. La hermana interpone una demanda por violación de su derecho al honor, reclamando una indemnización por daños y perjuicios. La Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso de apelación y absuelve a las entidades condenadas en primera instancia.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución del tribunal *a quo*. El asunto del que trataba el reportaje tiene un indudable interés informativo, debido a la controversia social que existe en torno a tales visiones y apariciones, así como a la persona de la Vidente y el entramado de asociaciones y fundaciones creado en su entorno para la recaudación de fondos. Por otro lado, añade el Supremo, los programas se centraban en dar una visión crítica del fenómeno, ante las denuncias de las familias que consideran los pretendidos milagros un montaje para enriquecerse; en ese contexto, las declaraciones sobre la hermana se dirigen contra las prácticas de tales asociaciones y fundaciones, que supuestamente captaron la voluntad de la recurrente –víctima en tales manejos– por métodos sectarios; no tuvieron la finalidad de herir su reputación. Por todo lo cual debe prevalecer la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor.

5. CUESTIONES PENALES EN MATERIA DE RELIGIÓN O CREENCIAS

De nuevo hemos de reseñar en estas páginas dos supuestos relacionados con la utilización de la religión para justificar actos de violencia contra las personas o contra los patrimonios⁸. En ambos las creencias o convicciones se

⁷ N.º 255/2017.

⁸ Se excluye del comentario la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2017 (n.º 131/2017). En ella se condena por un delito de estafa a un grupo de personas que crearon una Empresa dedicada a la captación de capital para su posterior inversión especulativa; la relación con el fenómeno religioso estriba en que algunos de sus delegados de zona eran miembros dirigentes de los Testigos de Jehová y utilizaron su posición para conseguir de los feligreses fondos, abusando de la confianza de éstos. Asimismo, es tangencial a la resolución del caso el hecho de que la víctima de un supuesto delito de agresión sexual lleve *burka* en el juicio. En el supuesto de hecho que se plantea en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017 (n.º 209/2017), el padre, de nacionalidad marroquí, es absuelto de ese delito por la Audiencia Provincial debido a la falta de pruebas de su comisión. Entre otras razones porque la hija se negó a testificar contra su

identifican más con religiones minoritarias profesadas por personas que proceden de la inmigración, que con el cristianismo como *mainstream* que ha conformado nuestra cultura y tradiciones.

El primer caso se trata de un supuesto que ya fue contemplado por el Tribunal Supremo en la crónica del año pasado: personas condenadas por un delito de tráfico ilegal de mujeres y prostitución. Introdúcen clandestinamente en España a mujeres de su país engañándolas con hipotéticos trabajos o prometiéndoles financiar sus estudios para luego dedicarlas a la prostitución. Además de amenazarlas con la muerte y la de su familia si acudían a la policía o no entregaban las ganancias, utilizaban un tipo de coacción basado en sus creencias: se las sometía a un rito vudú por el cual se les quitaba pelo de la cabeza, vello del pubis y uñas para, así, controlar su alma. Si no obedecían, harían que muriesen o se volvieran locas.

El Auto del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2017⁹ confirma la condena de la Audiencia de Madrid a tres mujeres que reclutaban en Nigeria a compatriotas suyas para dedicarlas a la prostitución mediante el engaño de promesas de empleo o estudio. Entre otros medios de coacción, se señala la práctica de rituales de vudú, propios del contexto cultural y religioso en el que nacieron las víctimas, para que obedecieran en todo sus mandatos. En el domicilio de una de las condenadas se encontraron frascos y objetos de realización de tales ritos. El Auto señala la importancia de este medio de coacción de las mujeres nigerianas, reiterando lo afirmado en la Sentencia del Supremo de 20 de diciembre de 2015: «el temor a denunciar a quienes las mantenían amenazadas a través de un rito tribal (vudú) que en personas de ese origen, con independencia de su credo religioso, representa algo más que un juego que solo sería capaz de condicionar temperamentos extremadamente débiles y propensos en exceso a la credulidad. Lo que en el mundo occidental carecería de aptitud para amedrentar al hombre medio, tiene otro significado en esas culturas» (fundamento jurídico 2.º).

No cabe duda que, desgraciadamente, el peligro, potencial y real, del terrorismo islámico se ha convertido en una de las grandes amenazas para las fuerzas de seguridad de los Estados occidentales. Es importante subrayar el

progenitor. En casación el Tribunal dilucida si la menor lo hizo con libre consentimiento. De contrario, se alega que el hecho de llevar *burka* en el juicio es una manifestación de la coacción que ejerce sobre ella su padre. El Supremo niega esta conclusión: «El que la joven se presentara al acto del juicio con *burka*, mientras que cuando ocurrieron los hechos solo usara *hiyab* (así lo acreditó la testifical), puede ser demostrativo de una cierta evolución en su inteligencia de la religión que procesa (*sic*), pero no servir de base para sustentar un juicio ponderativo de falta de madurez» (fundamento jurídico 4.º).

⁹ N.º 1305/2017.

fundamento y la esencia religiosa de este terrorismo, que justifica la exposición y comentario de las resoluciones jurisprudenciales en la presente crónica: la ideología de *Al Qaeda*, el *Daesh* y otros grupos terroristas es la de hacer la guerra contra el sionismo, el cristianismo y, en general, contra occidente y sus valores, que se consideran perjudiciales para los musulmanes¹⁰, y deben ser sustituidos por los del Estado islámico. El discurso es religioso, aunque tiene una indudable vertiente política –en el Islam, donde no se ha dado el proceso de secularización de los países cristianos, ambos aspectos se identifican–. Es cierto que otros factores, como la discriminación económica y social de los musulmanes en occidente o su marginación política, pueden crear el caldo de cultivo donde nacen los futuros *yihadistas*. Ahora bien. Las verdaderas motivaciones son religiosas: la imposición universal del Islam –y de la cosmovisión que implica– como única y verdadera religión.

Es también conocido el frecuente uso de *Internet* por parte de individuos y organizaciones que legitiman la violencia y la *yihad* contra intereses, bienes o personas, para la captación de adeptos y la divulgación de sus mensajes. La cuestión plantea el tema, clave en las sociedades democrático-pluralistas, de los límites de la libertad de expresión. Tema controvertido en el que nuestra jurisprudencia, siguiendo la doctrina marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recuerda el amplio margen por el que, dada la necesaria tutela del pluralismo y de las libertades públicas, se ha de dejar a las ideas o expresiones incluso contrastantes con el orden establecido. Permítaseme recordar los fundamentos de tal doctrina a través de la cita de sentencias significativas del Tribunal Supremo.

La Sentencia de 12 de abril de 2011, expuesta en la crónica del 2012¹¹, sobre la difusión de ideas genocidas, es sumamente clarificadora de la posición del alto Tribunal: «aunque sean frontalmente rechazables los contenidos negativos de tales ideas o doctrinas discriminatorias, no necesariamente la respuesta se configura como penal, quedando reservada la sanción penal para los ataques más graves, considerando el resultado de la lesión y el peligro creado para los bienes jurídicos protegidos» (fundamento jurídico 1.º). El derecho a la libertad de expresión en un sistema democrático, que tutela también las ideas fuera del sistema político, dentro del límite del respeto a los demás, y la concepción del Derecho penal como última *ratio* del Estado de Derecho, llevan a considerar que la provocación representa una actuación delictiva, tanto respec-

¹⁰ *Boko haram*, el nombre del grupo que opera en Nigeria, significa literalmente «la educación occidental es pecado». Lo cual no excluye que también atenten contra los Estados islámicos, a los que acusan de haber traicionado el espíritu del Islam.

¹¹ *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII (2012), págs. 924-925.

to al genocidio como a la discriminación, si constituye una incitación indirecta a ejecutar actos contra grupos o personas por su adscripción racial, religiosa u otra condición personal, o cuando exista el peligro de generar un clima de hostilidad que se concrete en esos actos de violencia u odio. Desde este punto de vista, no es suficiente difundir ideas genocidas o xenófobas. Ha de incitarse a ello, en el sentido señalado, creando un peligro, real, abstracto o incluso potencial, de los bienes jurídicos protegidos.

En estas coordenadas se resuelven las sentencias del Supremo que han resuelto casos sobre el enaltecimiento del *yihadismo* o el adoctrinamiento terrorista.

En los casos planteados por las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo¹² y 5 de julio de 2017¹³ se confirma la condena que impuso la Audiencia Nacional por los delitos de enaltecimiento y adoctrinamiento terrorista a varios sujetos que publican en las redes sociales videos y documentos de propaganda a favor del *Daesh*, incluso de ejecuciones perpretadas por este grupo terrorista, incluyendo comentarios de alabanza de tales hechos y de humillación de las víctimas, con la finalidad de imponer la ley islámica en occidente y en los países árabes a través del terror. Frente a lo alegado de contrario en el sentido de que tales conductas han de quedar protegidas en los derechos a la libertad de expresión y de información, el alto Tribunal afirma categóricamente que propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, acciones que ponen en riesgo a las personas, o el sistema de libertades, no pueden quedar amparadas por los derechos mencionados. También rechaza los recursos y confirma las sentencias del tribunal *a quo* en sendas resoluciones en las que se condena por los delitos, más graves, de integración en organización terrorista (en la Sentencia de 26 de abril de 2017¹⁴ queda demostrado que el sujeto constituyó un grupo *yihadista* en España que colaboraba, a través de la financiación y el reclutamiento de personas, con *Al Qaeda*, utilizando para ello las redes sociales) y de captación y adoctrinamiento de personas con fines terroristas (en el caso planteado en la Sentencia de 5 de octubre de 2017¹⁵, el condenado reclutaba mujeres a las que convencía para viajar a Siria e incorporarse al *Daesh*).

Por el contrario, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017¹⁶ se estima el recurso de casación al considerar que un mero comentario en *Facebook* donde opina que le gusta una página *web* del Estado Islámico

¹² N.º 221/2017.

¹³ N.º 512/2017.

¹⁴ N.º 297/2017. El condenado estuvo prisionero en Guantánamo después de ser capturado en Afganistán. Fue trasladado a España durante la Presidencia de Obama.

¹⁵ N.º 655/2017.

¹⁶ N.º 734/2017.

y guardar en su móvil textos e imágenes de propaganda *yihadista*, no es suficiente prueba para condenar por el delito de adoctrinamiento terrorista; no son constitutivos de ese delito si no se pasa a la acción captando personas o incitando a la violencia.

En el supuesto planteado en la Sentencia de 19 de diciembre de 2017¹⁷ el Tribunal dilucida sobre la interpretación y aplicación de un delito contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos; el contemplado en el artículo 523 del Código que castiga los actos que perturban las manifestaciones o ceremonias de las confesiones religiosas¹⁸. Los hechos que se consideran probados son los siguientes. En la misa de las 12 de un domingo y a los diez minutos de comenzar, unas treinta personas, entre las cuales están los acusados, irrumpen por el pasillo central de la iglesia portando pancartas en contra de la postura de la Iglesia sobre el aborto y gritando frases como «aborto libre y gratuito» y «quítad vuestros rosarios de nuestros ovarios». Interrumpida la ceremonia, un grupo de feligreses forma una cadena humana que hace retroceder a los manifestantes hacia la salida, sin que se produjeran peleas o algún maltrato físico. Una vez fuera, se cerraron las puertas y se reanudó la misa.

El Supremo confirma la resolución de la Audiencia que condena a los acusados a un año de prisión. Considera que se han dado todos los elementos integrantes del tipo penal descrito en el 523: los autores penetraron en un lugar de culto; lo hacen sabiendo que se celebra el acto más importante del catolicismo, la Eucaristía, y en la misa mayor de un domingo; interrumpieron la misa por un tiempo relevante, diez minutos; y lo hicieron formando tumulto, manifestado a través de los gritos y las pancartas. Los recurrentes alegan dos motivos por los que, entienden, no es aplicable el tipo delictivo. El primero evidencia una crasa falta de conocimientos jurídicos y de la realidad sociológica: la Iglesia católica no es una confesión inscrita en el registro alguno. El Supremo recuerda el estatuto especial que tiene en nuestro país, que hace que no requiera inscripción alguna: antes del período constitucional era reconocida sin esa necesidad en el Concordato de 1953; situación que hoy permanece invariada a través de la mención del artículo 16.3 y el régimen establecido en el Acuerdo de asuntos jurídicos con la Santa Sede de 1979. Independientemente de lo evidente de este hecho, yo añadiría la paradoja que se produciría si, por este subterfugio, quedarán desprotegidos

¹⁷ N.º 835/2017.

¹⁸ «El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar».

los actos y ceremonias de la confesión mayoritaria en España. En segundo lugar, se invoca el derecho a la libertad de expresión. También sobre esta alegación el Tribunal reafirma algo de evidencia notoria: que los derechos fundamentales no son absolutos; se encuentran limitados por otros derechos. En el caso, continúa la argumentación del Supremo, no puede invocarse la libertad de expresión para suprimir el derecho de libertad religiosa que ejercían los fieles católicos en un acto central para sus creencias como es la misa. A veces, no siempre, la aplicación del Derecho coincide con el sentido común.

6. CUESTIONES DE NATURALEZA CIVIL: RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Un particular, voluntario en la organización de los festejos de Semana Santa en una iglesia del pueblo madrileño de San Martín de Valdeiglesias, se cae de una superficie de madera elevada dos metros del suelo, como resultado de lo cual sufre varias lesiones. Reclama a la parroquia la cantidad de 43.395,09 € en concepto de indemnización por daños. Entiende que existió una falta de diligencia de la demandada, al no dotar a dicha estructura de madera de medidas de seguridad. En primera instancia se le da la razón al demandante: se deberían haber instalado barandillas y suelo deslizante para evitar los accidentes. La Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 6 de marzo de 2015, acoge en apelación los argumentos de los representantes de la iglesia demandada y absuelve a ésta. La tarima elevada tenía la función de servir de peana para colocar una imagen religiosa; no era un lugar de estancia o tránsito de feligreses. Además la parte demandante, que realizaba labores de limpieza de la superficie, se cayó por un descuido: no percibió el vacío a sus espaldas. No existe, concluye la Audiencia, falta alguna de diligencia de la iglesia demandada; la actora asumió el riesgo que entrañaba subirse a tal peana. El Auto del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2017 hace suyos los argumentos de la Audiencia y, no encontrando fundados los motivos para la casación, inadmite el recurso y confirma la Sentencia de instancia.

7. EFECTOS DEL MATRIMONIO

Como es bien sabido, uno de los efectos del matrimonio es el derecho a percibir la pensión de viudedad del cónyuge legítimo. Tal derecho se ha planteado respecto a las uniones étnicas sin efectos para el Derecho del

Estado, como, por ejemplo, el matrimonio gitano. A partir del reconocimiento del mismo en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Muñoz Díaz v. España*, de 8 de diciembre de 2009, se vienen prodigando las demandas con iguales o parecidas pretensiones. Tuvi-mos ocasión de exponer y comentar la resolución de una de dichas demandas años atrás, en la crónica correspondiente al año 2015¹⁹. Este año se trae a colación un caso similar.

En el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2017 se dilucida si una mujer unida por el rito gitano en el año 1988 tiene derecho a recibir la pensión de viudedad de su marido premuerto. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en Sentencia de fecha 28 de abril de 2016, rechazó la pretensión por no probar la existencia de un vínculo matrimonial reconocido. El recurso de casación ante la Sala se sustancia alegando la contradicción con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Muñoz Díaz*. El Supremo niega que exista tal contradicción en el sentido, exigido por la ley jurisdiccional, de que las sentencias tengan pronunciamientos diferentes ante objetos sustancialmente iguales. No existe identidad fáctica. En *Muñoz Díaz* el Tribunal de Estrasburgo consideró que existió discriminación al tratar el Estado en todo a la pareja unida por matrimonio gitano como una familia matrimonial –concediéndoles el Libro de Familia, las ayudas económicas de aquellas numerosas, la asistencia sanitaria, etc.–, para, después, negar a la mujer la pensión de viudedad, en una época en que estaban obligados a contraer matrimonio canónico. En el caso objeto de controversia las partes pudieron acceder con facilidad al matrimonio civil. Tampoco existió la buena fe de la actora, presente en *Muñoz Díaz* al creer que las autoridades españolas habían reconocido la unión. En el supuesto que se enjuicia la propia demandante se identifica como pareja de hecho no casada, figurando como soltera en el Libro de Familia; además, ningún dato confirma que las autoridades reconocieran esa unión.

Un supuesto que, aunque sin relación directa con el fenómeno religioso, sí tiene, a mi modo de ver, interés jurídico es el contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017²⁰. Se dilucida si existe derecho a la pensión de viudedad de una mujer que lleva menos de un año casada con el causante de la misma. Según la legislación vigente²¹,

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2015, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXII (2016), pp. 1151-1152.

²⁰ N.º 1657/2017.

²¹ Artículo 38.1 del Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, según redacción dada por la disposición final 3.ª de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado.

para devengar derecho a la pensión tiene que haber transcurrido un año desde la celebración del matrimonio hasta el fallecimiento, o convivir como pareja de hecho un tiempo que, sumado al del matrimonio, supere los dos años. Sustentándolo en la falta de cumplimiento del requisito temporal que exige la ley, tanto el Tribunal Económico Central como la Audiencia Nacional rechazaron la solicitud.

La peculiaridad del caso consistía en que la mujer había estado casada con anterioridad con el fallecido –no se dice si por matrimonio canónico o civil– por más de veinte años –de 1985 a 2009–; más tarde se divorciaron, aunque la mujer le cuidó durante su última enfermedad. ¿Es o no relevante el matrimonio precedente entre el causante y la beneficiaria a efectos de generar el derecho a la pensión de viudedad?, se pregunta el Supremo. La finalidad de la ley es evitar matrimonios contraídos con el fraudulento propósito de devengar la pensión. El hecho de que la recurrente hubiera estado casada con el causante durante veinticuatro años antes del nuevo matrimonio constituye, concluye el Tribunal, una singularidad que escapa al esquema establecido por el legislador y del que, en justicia, cabe deducir el derecho de la mujer a la pensión de viudedad.

Concluyo este apartado citando la Sentencia de 6 de abril de 2017²², dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, pero cuyas interesantísimas reflexiones aportan mucho a la comprensión de la categoría de la nulidad civil. En sustancia, el Tribunal plantea las consecuencias penales de un matrimonio simulado. Comenzaremos por el relato de los hechos probados.

Una mujer dominicana pero con DNI español contrae matrimonio canónico con un compatriota a fin de legalizar la situación del varón en España y, luego, conseguir permisos de residencia para una hija y su padre por el cauce del reagrupamiento familiar. El matrimonio se inscribe en el Registro Civil. Aunque, como quedó demostrado, cada uno sigue residiendo en domicilios separados junto con sus respectivas parejas y descendientes. El propósito de la mujer fue ayudar a un amigo a organizar su vida en España; no cobró dinero o recibió favor alguno en contraprestación. La Audiencia Provincial de Barcelona, estimando que se ha producido un matrimonio fraudulento, pero sin que constara la declaración de nulidad del mismo, condena a ambos por los delitos de falsedad de documento y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En este caso el Supremo casa y anula la Sentencia de instancia, dictando otra absoluta.

²² N.º 261/2017.

El Tribunal basa su decisión en dos argumentos principales. En primer lugar, afirma, no todo negocio nulo civilmente encuentra su correspondencia en el delito de falsedad penal; los efectos civiles de la nulidad no siempre tienen su reflejo penal. Y, en segundo lugar, la nulidad del matrimonio ha de ser declarada antes por parte de la jurisdicción civil. Hasta que ésta no se verifique, existe la apariencia de matrimonio y produce efectos. Las actuaciones posteriores que se produzcan bajo esta apariencia no son sancionables; ni tampoco el incumplimiento de las obligaciones y deberes de los cónyuges –como el de la convivencia–, los cuales, al no ser exigibles, han devenido en meros ideales éticos o sociales, pero no jurídicos. Falta, pues, el presupuesto ontológico del posible ilícito penal: la sentencia de nulidad civil. Supone una extralimitación de la jurisdicción penal que ésta la declarase o, como en el caso, que la de por implícita al calificar el matrimonio de inexistente.

Me ha parecido esclarecedora la crítica que hace la Sentencia a la distinción entre actos nulos e inexistentes, cuestión controvertida donde las haya. El Tribunal juzga equívoca «la utilización alternativa al término de “nulidad”, el de “inexistencia”; que en modo alguno equivale a falta de realidad, sino que integra una categoría cuestionada, proveniente de la doctrina francesa, que ante la jurisprudencia que afirmaba el carácter taxativo de las causas de nulidad, construyó artificiosamente un concepto diverso que cobijara defectos negociales necesariamente relevantes, pero que la ley no los contemplaba. En cualquier caso inútil, pues no da lugar a consecuencia diversa alguna de la nulidad radical o absoluta. En la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 993/1999, de 25 de noviembre, con motivo de analizar la validez de un matrimonio civil celebrado en el extranjero, se califica de “deletérea distinción” la concurrente entre actos jurídicos inexistentes y nulos» (fundamento jurídico 2.º).

Faltando el presupuesto de la declaración de nulidad, es evidente que los condenados no incurrieron en un delito de falsedad en documento, porque el matrimonio celebrado existe, al menos aparentemente, y produce efectos. Tampoco ve el Supremo que concurren los elementos constitutivos de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: el varón dominicano ya residía en España; ni consta como hecho probado que su hija y su padre tuvieran la intención de quedarse permanentemente en nuestro país. Además, excluye la punibilidad el hecho de que la mujer actuó con un fin humanitario y sin pretender lucrarse del matrimonio.

El matrimonio simulado, concluye el fallo del Tribunal, puede constituir un ilícito administrativo si existiera ánimo de lucro, pero no tiene, de por sí, consecuencias penales.

8. LA ENSEÑANZA DE LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN CATÓLICA EN LA ESCUELA

La Sentencia de 21 de febrero de 2017²³ resuelve el recurso –tramitado por el cauce especial de protección de los derechos fundamentales–, del Principado de Asturias contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad que había acogido parcialmente la demanda de nulidad, por supuesta violación del derecho de libertad religiosa (art. 16 Constitución española) y discriminación (art. 14 del mismo texto legal) en que incurrirían aquellos artículos en donde se regula la asignatura de Religión Católica en primer curso de bachillerato del Decreto 43/2015, de 10 de junio. La resolución reitera en todos sus extremos, en lógica con la unidad de la doctrina, lo declarado en la Sentencia del Tribunal de 22 de noviembre de 2016, la cual, por su importancia, exponemos a continuación.

Estas decisiones del Supremo son las primeras que se pronuncian sobre el nuevo sistema que deriva de la aplicación de la Ley orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE) en una comunidad autónoma. La Religión Católica aparece, conforme a lo dispuesto en la LOMCE, en el bloque de doce «materias específicas», pudiendo el alumnado elegir un mínimo de dos y un máximo de tres de ellas. La representación procesal del demandante de la nulidad argumenta que el hecho de que no exista una asignatura alternativa y complementaria a la Religión, con igual carga lectiva, vulnera el derecho fundamental a no ser discriminado por motivos religiosos. Por otro lado, argumenta que la regulación del Decreto incumple el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales con la Santa sede, en tanto que la Religión no es equiparada a las asignaturas fundamentales.

El Supremo acoge los motivos alegados por el recurrente, por lo que anula la Sentencia de instancia. En el Decreto impugnado la asignatura de Religión Católica es de oferta obligatoria, de libre elección y evaluable, al igual que las otras once materias específicas entre las cuales pueden escoger los que no deseen cursar la Religión. «Quienquiera que quiera optar por la asignatura de religión puede hacerlo del mismo modo que puede hacerlo no escoger tal asignatura quien no desee cursarla, respetándose así tanto el artículo 14 como el 16 de la Constitución. Tanto unos alumnos como otros se encontrarán en idéntica situación a la hora de ser calificadas las materias elegidas pertenecientes al bloque de asignaturas específicas. Todos serán evaluados en igualdad de las asignaturas específicas» (fundamento jurídico 4.º de la Sentencia de 22 de no-

²³ N.º 296/2017.

viembre de 2016). Sobre la otra alegación del recurrente, la no equiparación con las asignaturas fundamentales de la Religión, el Tribunal no se pronuncia: la interpretación del concepto «condiciones equiparables» es una cuestión de legalidad ordinaria y, por tanto, extraña al cauce especial del proceso para la protección de los derechos fundamentales.

9. CONCIERTOS EDUCATIVOS; LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR RAZÓN DEL SEXO

La materia de los conciertos educativos, en la que existe una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo derivada de la alta litigiosidad que suscita la interpretación administrativa de la normativa legal, no suele ser objeto de recepción y comentario en esta reseña jurisprudencial; somos fieles al criterio de excluir aquéllas cuya resolución aplica el Derecho común sin que adquiera relevancia alguna el factor ideológico o religioso, aunque las entidades demandantes suelen ser colegios e instituciones de ideario católico²⁴. Una excepción al respecto ha sido la de tratar en la crónica la denegación de conciertos a los colegios, generalmente de inspiración católica, que llevan a cabo una educación diferenciada por el sexo de los alumnos. El motivo es la relevancia del asunto respecto a derechos tan esenciales en nuestra materia como la libertad ideológica y religiosa, o la no discriminación por estas circunstancias o por el género de las personas. Hagamos una breve referencia a la doctrina sentada por el Supremo sobre el particular.

En la Sentencia de 26 de junio de 2006 ya se pronunció respecto al concierto de tres colegios pertenecientes a la entidad Fomento de Centros de Enseñanza, S. A., vinculada a la Prelatura personal del Opus Dei. En la resolución mencionada afirmó, frente a la alegación de contrario de la violación del artículo 14 de la Constitución española por producirse una discriminación por razón de sexo, que la enseñanza separada en los centros privados no es en sí discriminatoria, y cita en apoyo de esta afirmación el artículo 2.a. de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 14 de diciembre

²⁴ Sólo indicar, por lo que respecta a las decisiones del Tribunal Supremo publicadas en el año 2017, que se reafirma la doctrina de rechazar, como criterios que excluyen los conciertos, los hechos de la falta de consignación presupuestaria de la Administración [Sentencia de 21 de marzo (n.º 482/2017)], o el que existan vacantes en los colegios públicos aunque se pruebe el aumento de la demanda de plazas en el concertado [Sentencia de 24 de mayo (n.º 915/2017)]. Sí estaría justificada la denegación del concierto en el caso de la disminución sustancial del número de alumnos, con la consiguiente ausencia de necesidades en la escolarización [Sentencia de 11 julio (n.º 1214/2017)].

de 1960, en el que se puntualizan que no serán constitutivos de discriminación los sistemas de enseñanza separada, siempre que se ofrezcan condiciones similares a niños y niñas en el acceso a la enseñanza, dispongan de un personal cualificado y locales y programas equivalentes. Descartada la discriminación, la Sentencia considera la separación como una opción legítima que enriquece la libertad de decisión de los padres; la única condición es que a éstos también se les permita elegir, en el entorno gratuito de la enseñanza, otros centros mixtos. «Que la enseñanza obligatoria que se imparte en los centros públicos sea mixta no significa que deba serlo también en todos los centros educativos. Especialmente, cuando la Constitución reconoce a los padres el derecho de elegir la educación que desean para sus hijos, garantiza la libertad de creación de centros docentes y a partir de las previsiones de sus artículos 16 y 27, la LODE ampara el derecho de los titulares de los centros privados a definir su carácter» (fundamento jurídico 8.^o). Ahora bien, ¿es lícita la financiación pública de estos centros vía conciertos educativos? En las fechas que se firmaron, las normas sobre conciertos y, en concreto, el Real Decreto 366/96, de 14 de marzo, por el que se regula el régimen de elección de centros educativos, no incluía el sexo entre las causas de no discriminación de los alumnos. Si bien es cierto que la vigente Ley Orgánica de Educación, en su artículo 84.3, sí incluye el sexo entre los motivos por los que no se podrá discriminar a los alumnos en la admisión a los centros públicos y concertados.

La aplicación del entonces vigente marco educativo a los conciertos de los colegios de Fomento en Cantabria –en los niveles de educación infantil, primaria y secundaria obligatoria– es lo que se plantea en la Sentencia de 23 de julio de 2012²⁵, que resuelve el recurso de casación interpuesto por la entidad titular de los centros contra resolución denegatoria del Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad Autónoma. Para el Supremo la legislación vigente establece la coeducación como única fórmula que permite la financiación con recursos públicos –*ex* artículo 84 y disposición adicional 5.^a de la Ley Orgánica 2/2006, de educación (LOE)–, por lo cual la admisión de alumnos en los colegios concertados se realizará sin tener en cuenta el sexo del alumno. No obstante, lo que se le denegó a los colegios de Fomento fue la prórroga de los conciertos, no el establecimiento de nuevos convenios; la parte recurrente argumenta que, en buena lógica, la prórroga se debe conceder si las instituciones educativas siguen cumpliendo las condiciones requeridas en el momento de la concesión de los conciertos. El régimen de la coeducación exigido por la LOE se debe aplicar a los nuevos que se suscriban, no a los ya en vigor. El Supremo, con-

²⁵ Siguen los razonamientos jurídicos y el fallo de esta Sentencia las de 24 de julio y 9 de octubre, de 2012.

firmando la Sentencia del Superior de Cantabria, alega la aplicación del Real Decreto 2377/1985, el cual no establece en su artículo 42.2 una remisión estática a los requisitos que determinaron la aprobación del concierto, sino una remisión dinámica a las condiciones exigidas a la fecha de la renovación. Consecuentemente, concluye la Sentencia, la renovación no es posible en los centros concertados que discriminan por razón de sexo.

Observamos, pues, que para el Supremo, descartado que la educación diferenciada vulnere en sí la no discriminación proclamada en el artículo 14 de la Constitución española y, por tanto, siendo legítima en sí, depende del legislador ordinario el que constituya o no una causa para denegar el concierto educativo. La Sentencia de 4 de mayo de 2017²⁶ estudia el recurso de casación de la Junta de Andalucía contra la resolución de fecha 24 de septiembre de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad en la que, además de rechazar la pretensión de la representación procesal de la Administración de interponer ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad contra la norma aplicable, reconoce el derecho de los demandantes, el centro privado *Altair* de Sevilla, a acogerse al régimen de conciertos educativos a pesar de no impartir una educación mixta. El Supremo acoge en su integridad los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Andalucía. Según la doctrina sentada por la alta instancia jurisdiccional, apoyándose en los convenios y en los textos de organismos internacionales, la educación diferenciada no es discriminatoria si se imparte con las adecuadas garantías de calidad; no existe causa, pues, para plantear el recurso de inconstitucionalidad. Hay que acudir, por consiguiente, a los requisitos establecidos por la ley para determinar si se excluye o no el concierto; en el caso planteado es de aplicación la nueva redacción que otorga la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, al artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación, por la cual la educación diferenciada por sexos deja de constituir un supuesto por el cual pueda denegarse el concierto. Habiendo rechazado la Administración éste exclusivamente por tal razón y constando la disposición del Colegio para facilitar la integración y las necesidades de escolarización que cumple el centro, la denegación es contraria a Derecho, atendiendo a la legislación aplicable en el momento de la petición del concierto. Por lo que procede a rechazar el recurso. A la Sentencia se acompaña el voto particular de una magistrada en el que discrepa de la mayoría; considera que el Tribunal Superior sí debió suspender su fallo y plantear el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

²⁶ N.º 749/2017. Otras Sentencia del Tribunal Supremo concordantes con ésta son la pronunciada en la misma fecha, el 4 de mayo (n.º 753/2017), la de 8 de mayo de 2017 (n.º 2844/2017) y 11 de julio de 2017 (n.º 1225/2017).

10. DERECHO LABORAL; EN ESPECIAL, EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN

La lucha contra la **discriminación** de las personas por su condición social o personal ha sido y es uno de los principales cometidos de las organizaciones internacionales creadas después de la II Guerra mundial. Es considerado como un pilar esencial en la instauración de un orden mundial basado en la paz, la convivencia y el respeto a los derechos humanos. El ámbito laboral es especialmente proclive a que se produzcan situaciones discriminatorias. En la Unión Europea el Consejo, en uso de las atribuciones conferidas para luchar contra la discriminación en los tratados constitutivos de la organización, ha emanado diversas Directivas en materia de empleo y formación²⁷. En el ordenamiento español, el artículo 14 de la Constitución española consagra conjuntamente la regla de la igualdad y la prohibición de la discriminación. En materia laboral el Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho de éstos a no ser discriminados, directa o indirectamente, para el empleo, mencionando, entre otras circunstancias personales o sociales, su religión o convicciones (artículo 4.2.c.). Desarrollando los cauces y supuestos en que se concreta la lucha contra la discriminación, a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social se han traspuesto las Directivas comunitarias citadas. Siguiendo lo dispuesto en éstas, el artículo 28.1 de la Ley define la *discriminación directa* como la situación en la que una persona es tratada de una manera menos favorable que otra en posición análoga por razón de sus condiciones personales, entre las que se encuentra sus opciones sexuales o familiares.

Este es el marco legal que tiene en cuenta la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de abril de 2017²⁸. La procedencia de su exposición y comentario en esta crónica resulta clara: se trata de un Colegio –El Salvador Maristas de Bilbao– cuyo titular es una congregación religiosa –los Hermanos Maristas de la Enseñanza–, que, siguiendo el ideario católico que lo inspira y conocida la posición contraria del Magisterio de la Iglesia a la utilización de la técnicas de fecundación *in vitro* en los tratamientos de fertilidad, despidió a una profesora de educación infantil y primaria que se hallaba sometida a uno de esos tratamientos. La profesora había sufrido una enfermedad

²⁷ *Vid.*, entre otras, la 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, sobre discriminación racial y étnica, la 2000/78/CE, de 27 de noviembre del mismo año, referida a las diferencias de trato en razón de la religión o las convicciones de las personas, y la 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, sobre discriminación sexual en el acceso a los bienes y servicios.

²⁸ N.º 286/2017.

uterina que la incapacitada para tener hijos, lo cual causó la baja laboral por ansiedad. Una vez decidió utilizar los sistemas de fecundación artificial para quedarse embarazada, hecho que era conocido por la Dirección del Colegio, y justo antes de procederse a implantar los óvulos fecundados, recibe una carta de aquélla comunicándole su despido por razones económicas. No habiendo sido declarado tal despido como improcedente en las instancias anteriores, recurre en casación al Supremo alegando la discriminación que sufre como mujer no embarazada pero en proceso de fecundación *in vitro*. El Supremo estima aplicable al caso toda la doctrina jurisprudencial de los tribunales internacionales, comunitarios y nacionales, y los convenios internacionales de los que es parte España, en torno a la protección de la mujer embarazada en el ámbito laboral: se produce una discriminación de ésta cuando se adoptan decisiones que le perjudican por razón de su estado, o de la decisión de someterse al tratamiento de fecundación. Es la empresa la que debe probar que el despido no tuvo como causa tal motivo. Refiriéndose al caso, la alegación del Colegio de constituir un despido por razones económicas, ya que la educación infantil era deficitaria, no se sostiene si tenemos en cuenta el superávit general que arroja el conjunto de todas las enseñanzas. Luego, concluye el alto Tribunal, fue un despido discriminatorio y, por tanto, nulo.

En lo que respecta al estatuto laboral de los **profesores de Religión Católica**, es sin duda un tema central en la jurisprudencia del Supremo que cubre la crónica la del despido –o la no renovación del contrato de trabajo– de los mismos. Sobre la misma se ha establecido una consolidada jurisprudencia tanto por parte del Tribunal Supremo como del Constitucional. Una vez más, creo conveniente ilustrar al lector recordándola sucintamente.

La cuestión se plantea en una primera resolución dictada el 14 de enero de 2009, a la que siguen otras que, ante los mismos hechos, se resuelven reiterando la doctrina sentada en aquélla²⁹. El Tribunal Supremo resuelve el supuesto planteado teniendo presente la legislación vigente; principalmente la disposición adicional 3.^a de la Ley orgánica 2/2006, de Educación y el Real Decreto 696/2006, de 1 de junio, de regulación de la relación laboral de los profesores de Religión, que prescriben, como modalidad de la extinción del contrato de trabajo, la «revocación ajustada a Derecho de la acreditación o de la idoneidad». Para cuya interpretación acude a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2007, reiterada en otras más del mismo Tribunal. Desde esta perspectiva, la Sentencia del Supremo de 14 de enero centra lúcida-

²⁹ Pueden citarse las de 20 de enero, 30 de enero, 2 de febrero, 16 de abril, 6 de junio, 6 de octubre, y 23 de noviembre (en esta fecha se dictan dos Sentencias), todas del año 2009.

mente la cuestión debatida: «lo relevante [afirma en su fundamento jurídico 4.º]... no son los concretos indicios de lesión de los derechos fundamentales esgrimidos por el trabajador [sustancialmente la violación del derecho a la libertad sindical], sino si el carácter temporal del contrato de trabajo puede excluir por completo el control de una eventual vulneración de los mismos..., o si, aun reconociendo que la renovación del contrato es facultativa, se ha de proporcionar una justificación suficiente de que la decisión adoptada de exclusión de la lista de habilitados es ajena al ejercicio de los derechos fundamentales del profesor de religión afectado». Sobre lo cual ya declaró el Tribunal Constitucional que debe existir un control judicial del motivo de la no renovación de la declaración eclesialística de idoneidad del obispado, y que tal decisión debe sustentarse en razones de índole religiosas o morales y compatible con los derechos fundamentales del trabajador. «No le es dable [afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2009] a la competente autoridad eclesialística prescindir sin más y a su libre albedrío del profesor que vino siendo propuesto y contratado en años anteriores, cuando esto comporte una manifiesta violación de los derechos fundamentales» (fundamento jurídico 4.º). En el caso enjuiciado, el Obispado omitió toda explicación justificativa de su decisión de no incluir en la lista a los profesores, por lo cual impide, a tenor de lo dispuesto por el Constitucional, que los tribunales puedan comprobar la legalidad y la constitucionalidad de los actos de la autoridad eclesialística.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2017³⁰ se estudia la procedencia de la extinción del contrato de un profesor de Religión Católica por retirada de la *missio canonica*. Los hechos son los siguientes.

Un profesor que imparte clases de Religión desde el año 2007 en un colegio público contrae matrimonio civil tras obtener el divorcio de su primera mujer, con la que se encontraba unido canónicamente. Conocida la situación del profesor y antes de retirarle la *missio canonica*, en el año 2010 mantiene una reunión con el Vicario General de la Diócesis en la que éste le aconseja obtener la nulidad eclesialística. Interpone la demanda de nulidad matrimonial pero, al serle desestimada en primera instancia, decide no recurrir. Para el curso 2011/2012 el Obispado comunica a la Junta de Castilla y León la revocación del nombre del profesor para ese año escolar. La Junta requiere al Obispado que especifique la causa, a fin de no vulnerar los derechos del trabajador. La Diócesis justifica la exclusión de la lista de profesores de Religión en que su situación de divorciado y casado civilmente entraña, a tenor de los cánones 804.2 y 805 del Código de Derecho Canónico, llevar una vida incompatible con la

³⁰ N.º 667/2017.

doctrina y la moral católicas y que, tras el apercibimiento de la necesidad de regularizar su situación, el excluido se negó a ello. La Administración, ante la falta de la propuesta eclesiástica, comunicó al profesor la revocación de su contrato y, consiguientemente, el fin de la prestación de sus servicios. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estima la apelación de la Junta al entender que el despido es conforme con el Real Decreto 696/2007, existe una causa religiosa –no se da, por tanto, desviación de poder– y el profesor la conocía. Esa causa también era conocida por la comunidad y afectaba a la credibilidad de la docencia que impartía.

El recurso de casación lo fundamenta el que fuera profesor de Religión en la vulneración de los derechos fundamentales proclamados en los artículos 14, 16, 18, 32 y 27.3 de la Constitución española, alegando, como Sentencia de contraste, la 51/2011, de 14 de abril, del Tribunal Constitucional. Recordemos que en ella se anulan las sentencias de las instancias anteriores, ordenando retrotraer las actuaciones, en el caso de una profesora de Almería casada por lo civil con un divorciado, al no motivarse la decisión eclesiástica de exclusión. El Supremo considera, en el mismo sentido que la Sentencia del Tribunal Superior, que el control de la retirada de la *missio canonica* se ha verificado dentro de la legalidad; esto es, se ha realizado por motivos estrictamente religiosos y no ajenos a éstos. En el caso, concluye el Tribunal Supremo, el estatus matrimonial del recurrente constituye una causa de inidoneidad sobrevenida para enseñar la Religión Católica, basada en unos motivos religiosos que han sido adecuadamente expresados en la decisión de la autoridad eclesiástica. Todo lo cual lleva a que se desestime el recurso de casación³¹.

11. RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS MINISTROS DE CULTO EVANGÉLICOS

Es la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2017³² la que, a nuestro entender, más trascendencia tiene –por su alcance e implicaciones– a lo largo del año de jurisprudencia que se ha contemplado. En ella se resuelve el recurso interpuesto por la Federación evangélica firmante de los Acuerdos

³¹ Sobre esta misma materia trata el Auto del Tribunal Supremo de fecha 22 de marzo de 2017; en él se confirma, inadmitiendo el recurso de casación, la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía de 31 de marzo de 2016. En ella se estima ajustada a Derecho la retirada por parte de la Diócesis de Granada de la Declaración eclesiástica de idoneidad de un profesor de Religión Católica detenido, por orden judicial, como presunto autor de abusos sexuales a menores.

³² N.º1712/2017.

de 1992 (FEREDE) contra el Real Decreto 839/2015, de 21 de septiembre, por el cual se permite el reconocimiento como periodos cotizados, mediante el ingreso en la Tesorería de la Seguridad Social del capital y del coste, a aquellos anteriores a la inclusión de los ministros de culto evangélicos en el Régimen General de la Seguridad Social –el cual se produjo tras la promulgación del Real Decreto 369/1999–. En concreto, los representantes de FEREDE impugnan las condiciones que establece el Real Decreto 839/2015 en su disposición adicional 2.ª para que los pastores evangélicos puedan acogerse a la cotización de periodos anteriores y, así, devengar el derecho a la pensión o mejorar las prestaciones de la misma: que el 1 de mayo de 1999 estuvieran dados de alta en el Régimen General; que hubieran cumplido cincuenta años en esa fecha; que hayan realizado una actividad pastoral quince años antes; y que las cantidades a ingresar sean hechas efectivas por la iglesia a la que prestaron servicios. Además, en los casos de prestación por incapacidad permanente o muerte se limita el periodo de reconocimiento al mínimo para devengar una pensión –naturalmente en la cuantía más baja de ésta–. Justifican la impugnación en la vulneración del principio de igualdad (art. 14 Constitución española), derivada de la discriminación que se produce frente al régimen establecido por la Administración para el clero católico, o a aquellos sacerdotes o religiosos secularizados antes de su inclusión en el régimen de la Seguridad Social, donde no se contemplan tales requisitos y limitaciones. La Sentencia de contraste alegada es la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Manzanas Martín v. España*, de 3 de abril de 2012.

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