

**LAS OBJECIONES A LA DECLARACIÓN
DE INCONSTITUCIONALIDAD
DEL RÉGIMEN ESPECIAL
DE RECONOCIMIENTO DE LAS
UNIVERSIDADES CATÓLICAS:
ANÁLISIS DE LOS VOTOS
PARTICULARES A LA STC 131/2013,
DE 5 DE JUNIO**

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CUESTIÓN DE FONDO PLANTEADA EN LA STC 131/2013: LA INVALIDACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE RECONOCIMIENTO DE LAS UNIVERSIDADES CATÓLICAS EN LA LOU. 3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS UTILIZADOS EN LOS VOTOS PARTICULARES. 4. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL

Fecha recepción: 27.11.2015
Fecha aceptación: 09.02.2016

LAS OBJECIONES A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE RECONOCIMIENTO DE LAS UNIVERSIDADES CATÓLICAS: ANÁLISIS DE LOS VOTOS PARTICULARES A LA STC 131/2013, DE 5 DE JUNIO

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU*

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, las cuestiones relacionadas de uno u otro modo con el tratamiento jurídico en nuestro Derecho de eso que comúnmente se conoce como la cuestión religiosa o, si se prefiere, las relaciones Iglesia-Estado, han estado tradicionalmente rodeadas de polémica y han dado origen entre nosotros a encendidos debates no sólo generalmente en la sociedad sino, también, en el ámbito específico de la ciencia jurídica. Las razones por las cuales esto ha sido, y sigue siendo así indefectiblemente, con toda seguridad obedecen al hecho de que se trata de cuestiones que atañen medularmente a la esfera de las ideas y creencias

* Dirección postal: Área de Derecho Eclesiástico del Estado. Facultad de Derecho. Universidad de Málaga. Campus de Teatinos, s/n. 29071 - Málaga Email: jpolo@uma.es

de los individuos, cuestiones, como suele decirse, muy *ideologizadas* —o más propiamente caracterizadas por una fuerte carga o impronta ideológica—, pues uno tiene la sensación de que las discusiones que puedan estar suscitándose hoy entre la doctrina civilista a propósito de, pongamos por caso, el régimen jurídico de la enfiteusis —en el supuesto de que tales discusiones efectivamente se estén produciendo, cosa que francamente ignoro—, difícilmente darán lugar a las a menudo acaloradas controversias que hemos conocido particularmente entre los cultivadores del Derecho Eclesiástico del Estado.

Nada hay de novedoso en lo que acabo de señalar pues este fenómeno es bien conocido y la tensión dialéctica que a él subyace es, amén de universal y en lo esencial común a todos los países de nuestro entorno cultural, de hondas raíces históricas. Muy consciente de ello era el inmortal Cervantes cuando puso en boca de su no menos inmortal caballero aquello de «con la Iglesia hemos topado amigo Sancho» o algo muy parecido, pues como se sabe este tópico literario, tan arraigado por otra parte en nuestro lenguaje coloquial, no aparece exactamente así en el original cervantino. E igualmente lo supo ver, por ejemplo, don Agustín de Argüelles al explicarnos, resignadamente y con indudable realismo, las verdaderas razones por las que una Constitución liberal como lo fue antonomásticamente *la Pepa* dio acogida, sin embargo, a un precepto tan aparentemente inexplicable desde la perspectiva liberal como lo fue en este caso el art. 12 que convertía a España en un Estado perpetuamente confesional e intolerante en materia religiosa: tiempo después, aquel insigne prócer doceañista se lamentaría de que las Cortes gaditanas no hubiesen podido conducirse de otro modo en este asunto, pues bastante tenían ya con emprender la enorme tarea de demolición del Antiguo Régimen y de sustitución de sus caducas estructuras por un sistema político liberal de nuevo cuño en tantas otras facetas de la ordenación jurídica como para tener que enfrentarse, además, «con toda la violencia y furia teológica del clero», que es la gráfica expresión a la que recurrió aquí don Agustín para anticipar las previsibles consecuencias de un hipotético intento de introducir en suelo patrio la libertad de cultos, consciente también de la gran influencia social de la Iglesia católica en nuestro país y de su consiguiente poder y capacidad de presión¹. Mudando lo mudable y seguramente sin esos tintes tan dramáticos, el carácter básicamente conflictivo de las relaciones Iglesia-Estado y su aparentemente inevitable propensión a generar debates enconados y fuertes reacciones emocionales siguen hoy evidenciándose en el foro público y, en ocasiones también, en el terreno de la discusión científica, lo que resulta ya más difícil de

¹ Cit. por J. M. LABOA, «La libertad religiosa en la historia constitucional española», en *Revista de Estudios Políticos*, 30 (1982), págs. 161-62.

justificar habida cuenta de que este último es un ámbito que, a priori, debería ser menos vulnerable a ese tipo de pulsiones y más proclive a la discusión serena, rigurosa y bien argumentada.

A todo ello no constituye excepción el tema que es objeto específico de este comentario, esto es, el del régimen jurídico del reconocimiento en el ordenamiento español de las universidades católicas, pues la sentencia del Tribunal Constitucional que en 2013 dio al traste con el estatuto especial de que gozaban hasta entonces dichos centros, declarando su inconstitucionalidad a causa de su carácter ilegítimamente discriminatorio, refleja en sí misma perfectamente ese cariz polémico, singularmente manifestado tanto en la profusión de votos particulares como, asimismo y como trataré de poner de relieve, en buena parte de los argumentos que tuvieron su eco en esas opiniones disidentes, algunos de ellos no tanto jurídicamente muy discutibles —lo que no tiene nada de particular y es inherente al debate científico— como, directamente, no jurídicos en absoluto —lo que en mi opinión ya resulta menos aceptable—. Esta es en todo caso mi percepción y en las páginas que siguen trataré de fundamentarla con mayor detalle, confío en que de manera en alguna medida convincente aunque eso, como siempre, habrá de juzgarlo el lector a cuyo juicio crítico me someto ahora.

2. LA CUESTIÓN DE FONDO PLANTEADA EN LA STC 131/2013: LA INVALIDACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE RECONOCIMIENTO DE LAS UNIVERSIDADES CATÓLICAS EN LA LOU

La Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica de Universidades de 2001 (en adelante LOU) dedicada al estatuto de las «Universidades de la Iglesia Católica» señala, en su apartado 1, que «la aplicación de esta Ley a las Universidades y otros centros de la Iglesia Católica se ajustará a lo dispuesto en los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede», para después decretar en su apartado 2 que «las Universidades establecidas o que se establezcan en España por la Iglesia Católica con posterioridad al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, quedarán sometidas a lo previsto por esta Ley para las Universidades privadas, *a excepción de la necesidad de Ley de reconocimiento*» (La cursiva es mía).

Con esta última previsión, el legislador universitario concedió carta de naturaleza legal a la tesis que en su día sostuvo sobre este tema el Consejo de Estado en su dictamen de 16 de octubre 1997² y que, asimismo, ha venido recibiendo

² La premisa de la que parte este órgano consultivo en este asunto aparece resumida de la siguiente forma en el Dictamen: «es obvio que «el modo de ejercer estas actividades» y el recono-

el plázet de un sector de la doctrina científica³, a cuyo tenor la mencionada excepción no sería sino una consecuencia necesariamente derivada de lo previsto en el régimen concordatario sobre este punto y, por lo tanto, constituiría en efecto la expresión del precitado ajuste de lo preceptuado en la ley a las disposiciones del Acuerdo con la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales (en adelante AEAC o el Acuerdo); según aquella tesis, la norma acordada es portadora de un reconocimiento general e implícito de las universidades creadas en nuestro país por la Iglesia católica⁴ y ello, al parecer, equivaldría y vendría por

cimiento a efectos civiles de los estudios —únicos aspectos que expresamente se someten a la legislación vigente sobre la materia— no incluye la creación o reconocimiento mismo de la Universidad de que se trate, siendo así, además, que de la propia dicción literal del párrafo primero del artículo X apartado 1 de referencia, cabe razonablemente deducir el reconocimiento a favor de la Iglesia católica de la capacidad para «establecer» Centros Universitarios en general. En otras palabras, la Iglesia Católica podrá, en efecto, crear Centros Universitarios de acuerdo con sus normas propias, siendo así que a efectos civiles el Estado Español, a través de la interpretación de referencia del artículo X, reconoce tales Centros Universitarios». El Consejo de Estado complementa esta argumentación postulando que los restantes aspectos ajenos a aquello que estrictamente constituye el reconocimiento oficial de la Universidad quedan, por el contrario, plenamente sometidos en el AEAC a la legislación general en materia de universidades privadas, y ello a partir del siguiente razonamiento: «en cuanto a estos concretos ámbitos (modo de ejercer las actividades y reconocimiento a efectos civiles de los estudios realizados) [...] quedan las Universidades establecidas por la Iglesia Católica, como se dice, sometidas a la legislación (civil) vigente en cada momento, solución lógica si se tiene en cuenta que se trata de enseñanzas no eclesiásticas que como tales deben impartirse salvaguardando la homogeneidad de estándar, calidad y contenido mínimos exigibles, sin que dicha homogeneidad quede garantizada por la sola circunstancia de la naturaleza del sujeto que toma la iniciativa para la creación de la Universidad misma». Desde estos presupuestos, el Dictamen concluye afirmando que «ello equivale, por tanto, a que, desde un punto de vista estrictamente formal, sea innecesaria la aprobación de una Ley autonómica o estatal para la creación o reconocimiento de una Universidad «establecida» por la Iglesia Católica, sino que se reconoce su existencia misma por virtud del artículo X del Acuerdo citado de 3 de enero de 1979, que constituye con rigor un Tratado Internacional (como lo sostuvo, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 131/1982, de 12 de noviembre) suscrito por dos sujetos de derecho internacional, que como tal forma parte del ordenamiento jurídico interno español y es, por tanto, de obligado cumplimiento». El texto íntegro del Dictamen puede consultarse en '<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1997-3452>'.

³ Así por ejemplo, entre otros, I. MARTÍN MARTÍNEZ, «La enseñanza superior católica ante la Constitución», en VVAA, *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca, 1979, p. 442; M. LÓPEZ ALARCÓN, «La Universidad católica ante el Derecho del Estado», en *Ius Canonicum*, 76 (1998), págs. 422-23; J. OTADUY, «La experiencia de la universidad católica en Europa», en *Ius Canonicum*, 81 (2001), p. 87; J. M. SOUVIRÓN y F. PALENCIA, *La nueva regulación de las Universidades. Comentarios y análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*, Granada, 2002, págs. 172-73.

⁴ El Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, en su art. X.1, dispone que «las Universidades, Colegios Universitarios,

ello a sustituir al reconocimiento *ad casum* mediante ley estatal o autonómica de las universidades privadas contemplado por la ley con carácter general.

En sede doctrinal no han faltado autores que, desde hace años, han —hemos— venido sosteniendo que la tesis que acaba de ser sumariamente descrita resulta abiertamente contraria al principio constitucional de igualdad y que la argumentación que en su día expuso el Consejo de Estado sobre este particular es básicamente equivocada y carece del necesario fundamento desde la perspectiva constitucional⁵.

Así las cosas, poco después de haber entrado en vigor la LOU fue interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra algunos de sus preceptos, entre ellos el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta que establece la precitada excepción aplicable a las universidades católicas en relación con la exigencia de reconocimiento por ley estatal o autonómica que rige con carácter general para las restantes universidades privadas, alegándose la incompatibilidad de esa norma con lo dispuesto por el art. 14 de la Constitución.

Escuelas Universitarias y otros centros universitarios que se establezcan por la Iglesia católica se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercer estas actividades. Para el reconocimiento a efectos civiles de los estudios realizados en dichos Centros se estará a lo que disponga la legislación vigente en la materia en cada momento».

⁵ Esta posición crítica fue ya mantenida en mi libro *El régimen jurídico de las universidades privadas*, Madrid, 1997, así como en el trabajo que lleva por título «La Universidad católica en el sistema educativo español (A propósito del Dictamen del Consejo de Estado de 17 de noviembre de 1997)», en *Derecho y Opinión*, 5 (1997), págs. 373-380 del que también soy autor. Asimismo, en el momento en el que fue dictada la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de junio de 2013 a la que después de referiré y que, en lo sustancial, acoge este planteamiento crítico y decreta la invalidez del precepto legal que había consagrado la especialidad ya mencionada atinente a las universidades católicas, se encontraba en prensa el trabajo en el que más pormenorizadamente he fundamentado todo ese planteamiento y que vería la luz editorial poco tiempo después, a saber, «El estatuto de las universidades católicas en la Ley Orgánica de Universidades», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 158 (2013), págs. 263-285, un artículo en el que se contienen abundantes referencias bibliográficas sobre las posiciones mantenidas en uno u otro sentido en sede doctrinal de entre las que sólo quisiera destacar ahora, también secundando la tesis del carácter ilegítimamente discriminatorio de la excepción finalmente invalidada, la reflejada en uno de los trabajos que particularmente considero más perspicaces y sólidamente fundamentados sobre este asunto como es el de J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Régimen de las universidades privadas», en J. V. GONZÁLEZ GARCÍA (Dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Universidades*, Cizur Menor, 2009. Más recientemente, he incidido de nuevo en toda esta cuestión, incluyendo ya un análisis específico del contenido de la STC 131/2013, en la ponencia que lleva por título «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre enseñanza superior y religión», en VVAA, *Enseñanza superior y religión en el ordenamiento jurídico español. Actas del VII Simposio Internacional de Derecho Concordatario (En prensa)*.

Los recurrentes arguyeron que ese estatuto especial privilegiaba ilegítimamente a la Iglesia católica y no podía fundamentarse en ningún otro precepto de la Constitución, ni tan siquiera en el art. 16.3 en el que, como es notorio, se contempla una mención específica de esta religión, razones por las cuales el precepto legal impugnado había de ser considerado incompatible con el principio de igualdad y no discriminación; adicionalmente, postularon los promotores del recurso que la exención que nos ocupa tampoco podía apoyarse en lo dispuesto en el correspondiente acuerdo concordatario, habida cuenta de que es este un texto de rango jurídico netamente infraconstitucional cuyas previsiones, consecuentemente, se encuentran plenamente sujetas a las exigencias propias del sistema iusfundamental de derechos y libertades⁶.

Transcurridos más de diez años desde la interposición del recurso, el Tribunal Constitucional dictó al fin su sentencia 131/2013, de 5 de junio, en la que, en lo sustancial, se da la razón a los recurrentes en este punto específico y se decreta la inconstitucionalidad, por discriminatorio, del precepto legal que contenía la ya reiteradamente mencionada especialidad aplicable a las universidades católicas; la justificación argumental de esta declaración se contiene concretamente en el Fundamento Jurídico décimo de la sentencia, al que deben por lo tanto entenderse referidas las citas literales que a continuación se exponen en este epígrafe.

En este asunto el punto de partida en la resolución lo constituye la constatación, que manifiesta inicialmente el Tribunal, del hecho de que el Acuerdo con

⁶ En los antecedentes de hecho de la STC 131/2013, el Tribunal se hace eco de todo este alegato y lo resume en los siguientes términos: «se denuncia, por parte de los recurrentes, el establecimiento de un régimen especial de creación de las Universidades de la Iglesia católica sustentado en un tratamiento desigual absolutamente injustificado y cuya característica más notoria es la exención de ley de reconocimiento para dichas Universidades. Esta exención exime a las Universidades favorecidas por la misma de toda comprobación de que cumplen los requisitos establecidos por el legislador para su creación y reconocimiento. Pues bien, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, no se impide que el legislador incorpore eventualmente diferencias de trato, pero sí que su establecimiento o existencia debe justificarse en la persecución de fines lícitos. Así las cosas, no es posible encontrar justificación a dicho trato ni en el artículo 16.3 CE, que se refiere a relaciones de cooperación en materia de libertad religiosa, lo que no es el caso. Tampoco es posible acudir al Acuerdo de 3 de enero de 1979 suscrito entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, pues los tratados internacionales no son parámetro de constitucionalidad sino que, antes bien, están sujetos a la propia Constitución, de tal suerte que, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad de una norma amparada en un tratado que le presta cobertura podría derivar, incluso, en la inconstitucionalidad del propio tratado internacional. Pero es que, ni siquiera una recta interpretación del citado acuerdo permite colegir que las Universidades de la Iglesia puedan quedar eximidas por el legislador del cumplimiento del requisito general del reconocimiento de las Universidades privadas, que por cierto fue la norma y no excepción hasta 1979. Se concluye, en consecuencia, la inexistencia de causa razonable para el trato desigual denunciado y se postula la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta LOU, en su apartado segundo, por vulnerar el artículo 14 CE».

la Santa Sede no formula expresamente una exención del requisito de la ley de reconocimiento en beneficio de las universidades católicas, limitándose la norma concordataria a remitir a la legislación general tanto el modo de ejercer las actividades como, asimismo, el reconocimiento de los estudios realizados en dichos centros eclesiásticos, lo que efectivamente es así. Por ello, la sentencia en primer lugar se ocupa del significado y las consecuencias de dicha remisión al régimen común en materia de universidades privadas, en la hipótesis de que aquella exención no expresamente contemplada por la norma pudiera sin embargo estar implícitamente amparada por el texto acordado.

Confrontado con esa hipótesis a la que habían dado respuesta favorable tanto el Consejo de Estado en su momento como, ahora también, la Abogacía del Estado en su intervención en el presente pleito constitucional, el juez de la Constitución llega a la conclusión de que, por el contrario, la referencia concordataria a las universidades que *se establezcan* por la Iglesia católica no puede en modo alguno concebirse como equivalente a un reconocimiento general e implícito, por parte del Estado, de esos centros, y, en consecuencia, el AEAC no exceptúa la regla general del reconocimiento por ley aplicable en nuestro Derecho a todas las universidades de titularidad privada sin distinción.

Para fundamentar su declaración de inconstitucionalidad el Tribunal expone de entrada la siguiente argumentación: *«esa remisión podría dar a entender que habrá que estar a lo que discrecionalmente disponga el legislador nacional que, en este caso, ha optado por la exención de la ley de reconocimiento a favor de las Universidades de la Iglesia católica. Sin embargo, en lo que ahora importa, no es esa la conclusión a la que ha de llegarse, ya que no es claro que pueda atribuirse al término «establecer» el significado de que implícitamente supone el reconocimiento de las Universidades creadas por la Iglesia católica; creación que, por su parte, emana de la libertad contenida en el artículo 27.6 CE. Y no lo es por cuanto dicho Acuerdo utiliza el término reconocimiento en otros casos, como cuando, con respecto de las Universidades de la Iglesia establecidas en nuestro país en la fecha de la adopción del Acuerdo, indica que «{e}l Estado reconoce la existencia legal de las Universidades de la Iglesia establecidas en España en el momento de entrada en vigor de este Acuerdo, cuyo Régimen Jurídico habrá de acomodarse a la legislación vigente, salvo lo previsto en el artículo XVII.2». Más bien, habrá de concluirse, entonces, en la absoluta neutralidad del Acuerdo en lo referente a la exigencia del reconocimiento de las Universidades de la Iglesia católica, que es cuestión que conforma exclusivamente el legislador interno en los términos ya señalados»⁷.*

⁷ Adviértase en cualquier caso que el argumento al que recurre aquí la sentencia es, visiblemente, de índole meramente formal —caso formalista—, en tanto que atiende a la literalidad de los términos utilizados por el acuerdo con la Santa Sede para poner de relieve que, cuando la

De manera complementaria, la sentencia nos proporciona otra razón por la que la norma impugnada ha de ser tenida por inválida, aduciéndose que el procedimiento que instituyen las correspondientes disposiciones reglamentarias a partir de lo previsto generalmente en la ley implica, indefectiblemente, la promulgación de una ley de reconocimiento de cada universidad que constituye técnicamente un presupuesto insoslayable para que pueda tener lugar la plena aplicación del proceso de reconocimiento, justo en la medida en la que dicho proceso conlleva una segunda fase, la de la autorización administrativa de la puesta en funcionamiento de las actividades de la universidad, que carece de un sentido autónomo pues se encuentra en la vigente normativa causalmente vinculada a la existencia previa de aquella ley. Esta idea es expresada en la resolución del modo que sigue: *«en segundo lugar porque «el modo de ejercer las actividades», que junto con el reconocimiento de efectos civiles a los estudios realizados en este tipo de centros al que pretende constreñirse la remisión al legislador interno, implica desde luego el cumplimiento de los requisitos establecidos sobre el particular. Y es que aunque, como quedó expuesto en la STC 223/2012, de 29 de noviembre, a diferencia de lo que sucede con la ley de creación de Universidades públicas, con un marcado componente fundacional, la ley de reconocimiento de las Universidades privadas carece de carácter constitutivo y «tiene la naturaleza de una autorización, y esta naturaleza no se ve alterada por la intervención del legislador» (FJ 10), la exención de ley de reconocimiento para las Universidades creadas por la Iglesia católica desvirtúa en buena medida el procedimiento administrativo de autorización de comienzo de las actividades del ente universitario. Procedimiento administrativo que no sólo se sustancia a través de la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la propia Ley Orgánica y normas de desarrollo en la materia (singularmente el Real Decreto 557/1991, de 12 de abril, sobre creación y reconocimiento de Universidades y centros universitarios), sino de aquellos contenidos en la propia ley de reconocimiento (art. 4, apartados 4 y 5, LOU)»*⁸.

norma concordataria pretende aludir en otros preceptos al trámite específico del reconocimiento de las universidades, lo hace empleando ese mismo vocablo y no el que contempla el art. X.I del Acuerdo, esto es, el del establecimiento de dichos centros; el Tribunal, apelando implícitamente por tanto, en sentido contrario, a la máxima *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, extrae de ello la conclusión de que, en el supuesto específico del precepto acordado que acaba de citarse, no es ese trámite concreto del reconocimiento por ley al que esta norma se está refiriendo.

⁸ En cierto modo relacionado con este argumento y, de hecho, reiterando expresamente la vinculación entre la ley de reconocimiento y la autorización administrativa de la puesta en funcionamiento, el juez de la Constitución incide además en la importancia de la función que desempeña el reconocimiento por ley en nuestro sistema universitario y, consecuentemente, en el carácter general y no susceptible de ser exceptuado de esta exigencia: *«conviene tener presente que la exigencia de una ley de reconocimiento no es, ni mucho menos, una cuestión baladí, ya que, como ha establecido el propio legislador orgánico, el reconocimiento sirve para garantizar la calidad de la docencia e investigación y, en*

A la vista de estos argumentos el Alto Tribunal llega a la conclusión de que *«resulta de todo ello que esa decisión del legislador entraña una real y efectiva diferencia de trato entre las Universidades privadas en razón de que hayan sido creadas o no por la Iglesia católica»* y, a causa de ello, declara que esa diferencia normativa carece de la necesaria justificación objetiva y razonable que la haría constitucionalmente legítima: *«llegados a este punto resulta que ni del tenor de la norma cuestionada, tomada aisladamente o leída de forma sistemática con el resto de preceptos de la Ley Orgánica de Universidades, ni de la exposición de motivos —primero— de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, que introduce la exención, ni del preámbulo —después— de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, que deja inalterada la citada disposición adicional, es posible encontrar finalidad objetiva y razonable que justifique el establecimiento del tratamiento diferenciado al que se ha hecho referencia entre las distintas Universidades privadas»*.

La declaración de invalidez consecuente con estos razonamientos acaece en los siguientes términos: *«el resultado de la exención establecida por la disposición adicional impugnada, en lo atinente a la ley de reconocimiento, es la introducción de un trato diferenciado entre Universidades privadas pues todas ellas, salvo las establecidas por la Iglesia católica, están sometidas a esa exigencia de ley de reconocimiento, con las implicaciones que acabamos de detallar. Diferencia que carece de la justificación objetiva y razonable que toda diferenciación normativa, por imperativo del artículo 14 CE, debe poseer para ser considerada legítima, lo que conduce a la declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta impugnada en cuanto exime a las Universidades de la Iglesia católica de ley de reconocimiento. Declaración de inconstitucionalidad que queda contraída al inciso final del párrafo primero, del apartado segundo, de la disposición adicional cuarta: “a excepción de la necesidad de Ley de reconocimiento”»*.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS UTILIZADOS EN LOS VOTOS PARTICULARES

De entrada, es preciso advertir que estamos aquí en presencia de una resolución que, en buena medida, resulta excepcional entre nosotros, pues lo cierto es

general, del conjunto del sistema universitario, así como para asegurar que las Universidades disponen de los medios y recursos adecuados para el cumplimiento de las funciones que, en relación con la educación superior, les ha asignado ese mismo legislador orgánico y que se detallan en el artículo 1.2 LOU. Igualmente conforme a dicha ley de reconocimiento ha de ser autorizado el comienzo de las actividades de la universidad por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, tal como disponen el artículo 4.5 en relación con el 4.4 LOU, y, finalmente, la ley de reconocimiento integra, junto a la LOU y las normas que dicten el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, el bloque normativo que, añadido a sus propias normas de organización y funcionamiento, ha de regir este tipo de Universidades» (STC 131/2013, FJ 10).

que sólo en muy contadas ocasiones el Tribunal Constitucional ha invalidado alguno de los aspectos que, a mi juicio constituyendo verdaderos privilegios, residuos de un pasado confesional aún hoy no plenamente superado, conforman el particular estatuto de que goza tanto la Iglesia católica como quienes a ella se adscriben en nuestro vigente ordenamiento jurídico.

Como anticipé, en el supuesto que nos ocupa el vicio de nulidad no es detectado por el juez de la Constitución en la propia normativa de origen acordado sino, más bien, en la legislación unilateral del Estado en esta materia, pero, pese a las dudas que manifiesta sobre ello uno de los magistrados disidentes del fallo de la sentencia⁹, resulta evidente que de haber detectado esa tacha de invalidez iusfundamental ya en el mismo precepto concordatario, sería este último el que tendría que haber sido expulsado de nuestro ordenamiento merced a la depuradora labor del Tribunal Constitucional, pues el acuerdo con la Santa Sede no deja de ser un tratado internacional que, como tal, ostenta el carácter de norma primaria y tiene rango de ley entre nosotros, hallándose en consecuencia plenamente sujeto al control de constitucionalidad¹⁰; desde esta perspectiva y ya en un

⁹ En el voto particular formulado por don Francisco José Hernando Santiago, puede leerse lo que sigue: «Es cierto que el artículo 27.2 c) LOTC atribuye al Tribunal Constitucional competencia para examinar la posible contradicción con la Constitución Española de los tratados internacionales, incluso de los ya celebrados, pero acaso debiera sopesarse, como ha hecho la doctrina, que nuestra Ley Orgánica es anterior a la fecha de entrada en vigor en España, el 27 de enero de 1980, del convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, cuyo artículo 27 dispone que «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado» (FJ 1). Como se aprecia, en este planteamiento parece sugerirse la imposibilidad del control constitucional de los tratados en nuestro ordenamiento derivada de la idea de que el Convenio de Viena pudiera haber modificado lo establecido en la LOTC, una tesis en el mejor de los casos harto problemática y a la que se da respuesta en la nota subsiguiente.

¹⁰ Al lector que no esté muy familiarizado con el ámbito de la doctrina eclesiasticista, esta afirmación podrá tal vez parecerle una obviedad, pero lo cierto es que en ese ámbito no es infrecuente hallar planteamientos que han puesto en cuestión esa idea y han defendido el carácter en alguna medida suprallegal de los acuerdos con la Santa Sede —cuyo contenido, se ha llegado a postular, no podría ser eventualmente alterado por lo dispuesto en una hipotética reforma de la ley orgánica de libertad religiosa— o, incluso, han propugnado directamente que no son esos acuerdos los que deben ser interpretados y aplicados conforme a la Constitución, sino justamente a la inversa, en lo que para mi constituye una tesis desconocedora de las más elementales exigencias que rigen el sistema de fuentes del Derecho en el Estado constitucional. Respecto al primero de los aspectos aludidos, particularmente frecuente entre un sector de la doctrina eclesiasticista es la a mi juicio errónea apelación al contenido del art. 96.1 de la Constitución, para extraer de este la conclusión de que el texto concordatario es sencillamente inmune a los efectos de la reforma legislativa de no mediar el pertinente procedimiento de derogación, modificación o suspensión previsto en el propio tratado internacional, una dudosa pretensión que como por ejemplo ha puesto de relieve Remiro Brotons tiene una fácil contestación: esa norma sólo puede entenderse referida a

plano meramente anecdótico, resulta igualmente destacable que, de haber dado acogida el Tribunal a la tesis de quienes postulaban que la especialidad normativa en cuestión estaba ya implícitamente presente en el acuerdo con la Santa Sede, un acuerdo al que a menudo atribuían algún tipo de superioridad respecto de la ley estatal, en tal caso sería este último el que inevitablemente se habría visto afectado por la declaración de invalidez, de manera que, en última instancia, irónicamente ha sido el rechazo de aquella tesis el que parece haber salvaguardado la vigencia del régimen concordatario en este punto¹¹.

los tratados *válidamente celebrados* —cosa que obviamente no puede predicarse de los que vulneran la Constitución—, no sólo porque así expresamente lo indica su enunciado sino porque, además, sostener lo contrario sería sistemáticamente incompatible con el inequívoco sometimiento de dichos tratados internacionales en nuestro Derecho al control sucesivo de constitucionalidad (cit. por A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional español, I. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos*, Madrid, 2010, p. 310). Así pues, una hipotética nueva ley de libertad religiosa, si al operar el desarrollo directo del derecho fundamental, esto es, si en alguno de sus preceptos de carácter orgánico modificase cualquiera de los aspectos previstos en el régimen concordatario, esa modificación sería perfectamente válida desde la perspectiva constitucional, y de hecho en tal caso habría que sospechar que si la modificación se ha producido es porque previamente el tratado internacional ha entrado en un terreno, el del desarrollo directo del derecho, que constitucionalmente le está vedado pues está reservado en exclusiva a la ley orgánica. Otra cosa, en efecto y como ha puesto de relieve el autor que acaba de citarse, serían las consecuencias que en el plano iusinternacional eso podría tener para el Estado español ante lo que constituiría, ciertamente, un incumplimiento de sus obligaciones contraídas en el tratado, pero eso es ya una cuestión distinta que no afecta a la primacía de la Constitución, y de los preceptos orgánicos dictados en su desarrollo, respecto del acuerdo concordatario a ellos necesariamente subordinado. Me he ocupado más extensamente de toda esta cuestión en mi trabajo «Apuntes sobre la posición de los acuerdos con la Iglesia católica en el sistema constitucional de derechos fundamentales», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 12 (2012), págs. 261-298. También publicado en *Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho español*, Barcelona, 2014.

¹¹ Una cuestión distinta, aunque en cierto modo relacionada con lo que acaba de señalarse, es la que plantea don Andrés Ollero en su voto particular, sugiriendo que el fallo de la sentencia no ha tenido en la debida consideración lo estipulado en la llamada cláusula interpretativa del Acuerdo con la Santa Sede. Según sostiene como premisa este magistrado, «*Mi primera sorpresa deriva de la existencia de un claro epígrafe en el Acuerdo examinado, en el que se atribuye la eventual interpretación de su contenido a las partes que lo suscriben. En efecto, el artículo XVI del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, firmado en Ciudad del Vaticano en 3 de enero de 1979, establece que «La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan». Doy por aceptado que la dirección de nuestras relaciones internacionales es competencia del Gobierno de la Nación, que puede sin duda —como ha hecho con ocasión de tratados europeos— solicitar de este Tribunal una Declaración sobre el alcance constitucional de sus previsiones. Así ha ocurrido también cuando ha solicitado al Consejo de Estado, en varias ocasiones, que dictamine sobre el alcance de la exención de trámite legislativo para la creación de Universidades por la Iglesia Católica*», y, a causa de ello y tras recordar que el Consejo de Estado estimó que la exención en

Tal y como he tenido oportunidad de argumentar algo más pormenorizada-mente en otra sede¹², acaso sea aquel el motivo por el que la sentencia se conduce, podríamos decir, de un modo en extremo cauteloso en su fundamentación que bien podría hacer pensar que lo que en última instancia está tratando de hacer el Tribunal es limitar o, directamente, impedir una posible interpretación extensiva del criterio centralmente empleado en la sentencia para invalidar el privilegio legal en cuestión, tal vez en evitación de ulteriores impugnaciones atinentes a otras disposiciones no sólo legislativas sino también concordatarias en las que igualmente se consagran otros privilegios jurídicos de los que son exclusivos beneficiarios quienes profesan la religión católica: al cabo, lo que afirma la resolución es que no hay nada en nuestro ordenamiento constitucional que justifique el tratamiento privilegiado que nuestra legislación universitaria

disputa sí estaba implícitamente presente ya en el propio texto concordatario, concluye afirmando que «*El Tribunal, sin embargo, parece discutir ahora al Gobierno sus competencias, al proceder —sin previa solicitud— a imponer su propia interpretación del Acuerdo, inaudita parte en lo que a la Iglesia Católica se refiere*». (FJ 3). Pues bien, en mi opinión, el autor de estas consideraciones confunde aquí lo que en rigor son dos planos distintos de la interpretación jurídica, el que atañe al juicio de legalidad que pudiera plantearse respecto al incumplimiento por parte del Estado de dicha cláusula interpretativa, de un lado, y el que es propio del control de constitucionalidad de las normas, de otro. Dejando ahora aparte el dato de que, en la precitada cláusula hermenéutica esa interpretación de común acuerdo se contempla expresamente inspirada en los principios que informan el texto pactado, lo que a la vista de lo que anuncia el Preámbulo acerca de la renuncia a cualquier situación de discriminación o privilegio resulta ya de por sí ciertamente iluminador, parece obvio que el Dictamen del Consejo de Estado no es el resultado de la aplicación de dicha cláusula, pues esto último hubiese requerido de una evaluación conjunta por parte de ambos sujetos firmantes en el seno de la Comisión Mixta Iglesia-Estado. No obstante, aun suponiendo que tal evaluación conjunta se hubiese producido, tanto si la conclusión alcanzada fuese coincidente con la del Consejo de Estado como si no, todo ello estaría desenvolviéndose en el terreno de la mera legalidad, de manera que el Tribunal Constitucional estaría, como de hecho lo está, plenamente habilitado para someter esa eventual interpretación conjunta de la norma acordada, una vez plasmada en el correspondiente precepto de la LOU, al control de constitucionalidad, y no estaría con ello el juez de la Constitución discutiendo sus competencias al Gobierno en modo alguno. Sostener lo contrario, en mi criterio, no se compadece con la vigencia en nuestro ordenamiento del control de constitucionalidad de los tratados. No es el Tribunal Constitucional el que no ha escuchado a la Iglesia, como aquí se sugiere, y en todo caso no tiene obligación de hacerlo pues lo que el TC está aquí aplicando es la Constitución y no el acuerdo concordatario, sino que fue el Gobierno el que no lo hizo al no convocar la mencionada Comisión Mixta para debatir este asunto; al optar el Estado por dar acogida en la ley a un entendimiento del Acuerdo que en esta ocasión era satisfactorio para la Iglesia, no hubo denuncia del incumplimiento estatal de lo dispuesto en la cláusula interpretativa del texto acordado como podría haber sido el caso, pero todo ello, insisto, concierne a un plano hermenéutico diferente a aquel en el que puede y debe situarse el juez de la Constitución.

¹² Cfr. J. R. POLO, «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre enseñanza superior y religión», *loc. cit.*

deparaba a las universidades católicas, ni siquiera la tan frecuente apelación al supuesto significado proporcional del principio de cooperación contemplado en el art. 16.3 y al tratamiento especial que dicho precepto estaría presuntamente dispensando a la Iglesia católica —una apelación como veremos también muy presente en el contenido de los votos particulares—, y es realmente difícil ignorar lo que este criterio de alcance aparentemente general podría suponer de ser llevado en su aplicación efectiva hasta sus últimas consecuencias.

Sea como fuere, lo cierto es que la sentencia declaró en su fallo la inconstitucionalidad del privilegio que la LOU concedía a las universidades católicas respecto a la exención del requisito general de reconocimiento por ley estatal o autonómica, y ello suscitó una reacción adversa en buena parte de los miembros del Tribunal que se tradujo, en efecto, en la formulación de numerosos votos particulares, concretamente los presentados por los magistrados don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Francisco José Hernando Santiago, don Andrés Ollero Tassara y don Juan José González Rivas.

Globalmente considerado, el contenido de estas opiniones disidentes está integrado por dos tipos de argumentos: en primer lugar, aquellos que son reiteración de algunos de los planteamientos que ya expuso en su día el Consejo de Estado así como un cierto sector de la doctrina científica en defensa de la validez del estatuto especial impugnado, y en este sentido, aunque a mi juicio son argumentos muy discutibles como trataré al menos de poner en evidencia, no hay duda de que en todo caso son argumentos netamente jurídicos; en segundo término, algunos de los magistrados adversos al sentido de la sentencia emplean asimismo ciertos razonamientos, los menos en todo caso, cuyo principal problema, a mi modo de ver, no estriba en el hecho de que sean más o menos discutibles o más o menos acertados, lo que tampoco tiene nada de particular y además no deja de ser algo opinable sino, más bien, en el hecho de que a todas luces no son razonamientos jurídicos en absoluto, y eso es algo que resulta, ya sí, ciertamente cuestionable.

Concretamente el voto particular formulado por don Manuel Aragón puede decirse que refleja con bastante fidelidad el sentido de unos argumentos que, en su conjunto y en lo sustancial, son bastante coincidentes y se reiteran, con diversos matices, en la mayor parte de las restantes opiniones disidentes, razón por la cual he optado por vertebrar mi análisis crítico primordialmente en torno al contenido de dicho voto particular, haciendo al hilo de su glosa las pertinentes menciones a los razonamientos también utilizados por los restantes magistrados en sus respectivas exposiciones objetantes.

En el voto formulado por este magistrado—al que se adhiere don Francisco Pérez de los Cobos— el argumento central resulta ser el de que, por un lado, el

alcance real y las consecuencias derivadas de la exención a las universidades católicas del requisito del reconocimiento por ley no es en la práctica de una gran importancia —se habla de una *mínima diferenciación normativa*— ni impide satisfacer los fines que con carácter general persiguen los poderes públicos con su regulación del sistema universitario nacional, y, además, según sostiene este magistrado, estaríamos ante una diferencia de trato que frente a lo que postula la mayoría no carece de justificación objetiva y razonable.

Respecto a lo primero, el autor del voto particular parte de una extraña diferenciación, ajena por completo a lo previsto en el régimen legal, entre lo que aquí se denomina *contenido necesario* de la ley de reconocimiento, el único al que supuestamente afectaría la exención impugnada y que sería aquel contenido orientado a la verificación, por parte de los poderes públicos, de que los promotores de la universidad cuentan con la necesaria solvencia económica y profesional, de un lado, y los otros aquí llamados contenidos eventuales de esa ley de reconocimiento que pudieran establecerse: *«Así, en primer lugar es necesario determinar el alcance real de esa diferencia normativa de trato entre Universidades privadas, que se contrae estrictamente al contenido necesario de la ley de reconocimiento de las Universidades privadas, destinado a constatar que las personas e instituciones privadas que pretenden crear centros para impartir enseñanzas universitarias cuentan para ello con la necesaria solvencia económica y profesional (esto es, con los «medios y recursos adecuados para el cumplimiento por las Universidades de sus funciones», artículos 4.3 y 5.1 LOU), sin extenderse a otros contenidos eventuales que esa ley, estatal o autonómica, según corresponda, pueda establecer (art. 6 LOU). En efecto, de acuerdo con lo previsto en el segundo apartado de la disposición adicional cuarta LOU, en cumplimiento de lo establecido en los artículos X y XVII.2, del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979, a las Universidades establecidas en España por la Iglesia Católica se les exime del requisito del reconocimiento (art. 4.1 LOU), pero en todo lo restante «quedarán sometidas a lo previsto en esta Ley para las Universidades privadas». Ello supone que las Universidades de la Iglesia Católica en España, establecidas de acuerdo con el principio de libertad de creación de centros docentes que garantiza el artículo 27.6 CE, se regirán por lo dispuesto en la propia LOU y por las normas que dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias y por sus propias normas de organización y funcionamiento (art. 6.1 y 5 LOU), normas estas que han de incluir las previsiones derivadas de lo dispuesto en el artículo 2.2 LOU, en relación con el contenido de la autonomía universitaria garantizado por el artículo 27.10 CE. Es decir, excluido el requisito de la ley de reconocimiento en su contenido necesario, las Universidades de la Iglesia Católica quedan sujetas en todo lo restante, como cualquier otra Universidad privada, a las exigencias establecidas por la ley» (FJ 2).*

En realidad, no termino de entender el porqué de esa distinción entre ambos supuestos contenidos de la ley de reconocimiento, más allá de que sea o no una distinción realmente existente en la ley con algún tipo de función selectiva en este terreno —yo entiendo que no lo es—, ya que seguidamente el autor del voto se dispone a demostrar que la exención cuestionada no afecta a la precitada función de verificación estatal debido a que, en la legislación entonces en vigor, existían ya otros cauces mediante los cuales dar cumplimiento a esa constatación de la solvencia de los promotores en garantía de la calidad del sistema universitario, cauces que se reputan ajenos a la ley de reconocimiento, razón por la cual la diferenciación entre aquellos dos tipos de contenidos de esta última se me antoja un tanto irrelevante dentro de ese esquema teórico de justificación.

En todo caso el razonamiento es este: *«Por tanto, que las Universidades de la Iglesia Católica en España queden exentas del requisito formal de la ley de reconocimiento, por decisión del legislador estatal en aplicación del Acuerdo de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español sobre enseñanza y asuntos culturales, no significa, en primer lugar, que no estén sujetas a la exigencia de contar con los medios y recursos adecuados para el cumplimiento de las funciones al servicio de la sociedad que a todas las Universidades, públicas y privadas, impone el artículo 1.2 LOU, y para garantizar la calidad y docencia de la educación (art. 4.3, párrafo primero, LOU), de tal suerte que el comienzo de las actividades de las Universidades será autorizado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma una vez comprobado el cumplimiento de los referidos requisitos (art. 4.4 LOU). En este sentido conviene recordar que, como ya dijimos en la STC 223/2012, de 29 de noviembre, FJ 10, «La ley de reconocimiento no tiene, pues, naturaleza constitutiva, en cuyo caso no podría prescindirse de ella, sino que propiamente tiene la naturaleza de una autorización, y esta naturaleza no se ve alterada por la intervención del legislador. En efecto, es el Gobierno estatal quien establece los requisitos básicos necesarios para la creación y reconocimiento de las Universidades públicas y privadas (art. 3.2 LOU) que, en la actualidad, están regulados en el Real Decreto 557/1991, de 12 de abril, sobre creación y reconocimiento de Universidades y centros universitarios, siendo, en todo caso, necesaria para Universidades públicas y privadas la preceptiva autorización que, para el comienzo de sus actividades, otorgan las Comunidades Autónomas una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos normativamente establecidos (art. 4.4 LOU)».* No puedo, en consecuencia, compartir la afirmación que se contiene en el fundamento jurídico 10 de la sentencia de la que discrepo en cuanto a que la *«la exención de ley de reconocimiento para las Universidades creadas por la Iglesia Católica desvirtúa en buena medida el procedimiento administrativo de autorización de comienzo de las actividades del ente universitario».* No hay tal desvirtuación, en modo alguno. Las Universidades de la Iglesia Católica, exentas del legislador del requisito formal de la ley singular de reconocimiento, carente de naturaleza constitutiva (STC 223/2012, FJ 10), quedan en todo caso

sometidas, como el resto de Universidades privadas, a la exigencia de autorización de comienzo de las actividades por la Comunidad Autónoma una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos referidos a contar con los medios y recursos adecuados para el cumplimiento de las funciones que a todas las Universidades impone el artículo 1.2 LOU y para garantizar la calidad y docencia de la educación (art. 4.4 LOU)» (FJ 2).

El autor del voto se adhiere así en este punto a la tesis que ya sostuvo el Consejo de Estado, que incluso fue algo más explícito sobre este aspecto al mencionar expresamente el precepto concreto del Real Decreto de 1991 que habría que aplicar, concretamente el art. 15¹³, para hacer efectiva esa necesaria función de comprobación pretendidamente limitada a la fase de la autorización administrativa de la puesta en funcionamiento de la Universidad. Sin embargo, como con toda razón se fundamenta en la sentencia, el procedimiento que conjuntamente establecían tanto la ley como el Reglamento en su desarrollo era un procedimiento único, caracterizado por la necesaria verificación de dos trámites —reconocimiento por ley y autorización administrativa de la puesta en funcionamiento— que, desde una perspectiva sistemática, se encontraban causalmente vinculados de manera indisoluble y carecían por completo de un sentido autónomo, de manera que, en rigor, la previa aprobación de la ley de reconocimiento venía constituyendo un presupuesto técnicamente necesario para que pudiese tener lugar la autorización de la puesta en funcionamiento de la universidad; un conocimiento pleno del contenido íntegro del precitado Real Decreto no ofrece dudas a este respecto, y lo cierto es que el Consejo de Estado, en su a mi juicio errónea interpretación de la normativa entonces aplicable, paradójicamente así lo puso en evidencia al apelar de manera ostensiblemente equivocada al referido art. 15 del reglamento, pues era esta una disposición que, claramente, tenía un alcance mucho más restringido que el que pretendía atribuirle ese órgano consultivo y se limitaba a la comprobación de los compromisos adquiridos por los promotores en el trámite del reconocimiento por ley pero cuyo efectivo cumplimiento había de ser verificado en el momento ulterior de la puesta en funcionamiento¹⁴. Así pues, frente a lo que sostiene el firmante del voto,

¹³ Según disponía el apartado segundo de esa disposición, «la puesta en funcionamiento de universidades privadas, una vez reconocidas, será autorizada por la administración competente en un plazo no superior a seis meses, previa comprobación de que se han cumplido los compromisos adquiridos por la entidad titular y han sido homologados por el gobierno los títulos oficiales a expedir por la misma, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.4 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria».

¹⁴ Más ampliamente sobre este aspecto, J. R. POLO, «La Universidad católica en el sistema educativo español (A propósito del Dictamen del Consejo de Estado de 17 de noviembre de 1997)», *loc. cit.*

el desconocimiento de estas premisas en efecto desvirtúa el procedimiento de autorización de la puesta en funcionamiento, e incluso sería tal vez más propio afirmar que de hecho desvirtúa el entero mecanismo del reconocimiento de la universidad privada ordenado precisamente a la satisfacción de los fines que en este terreno persigue la Administración (primordialmente la garantía de la calidad en la prestación del servicio público universitario), pues en ese mecanismo general se contemplaba legal y reglamentariamente un solo cauce jurídico aunque conformado por el doble trámite mencionado —se sigue contemplando así en la normativa actualmente en vigor¹⁵—, dentro del cual el grueso de la actividad administrativa de comprobación se desarrollaba, precisamente, en el marco del expediente que precedía a la tramitación del correspondiente proyecto de ley de reconocimiento, sin que la normativa aplicable contemplase excepción alguna a ese respecto ni por supuesto la posibilidad de utilizar aisladamente las normas directamente concernientes a la segunda fase del procedimiento, la de la autorización de la puesta en marcha de la universidad, para un fin ajeno a aquel específico para el que fueron concebidas¹⁶.

La diferencia de trato que concedía la ley a las universidades católicas no era, pues, ni mucho menos tan nimia e intrascendente como sugiere don Manuel Aragón, y lo que acabo de argüir respecto a la desvirtuación —tal vez mejor desnaturalización— del entero cauce jurídico de reconocimiento en el fondo no es más que un síntoma de todo ello, en el sentido de que el Real Decreto de 1991 concretó el desarrollo directo del derecho fundamental que había realizado previamente la Ley Orgánica de Reforma Universitaria de 1983, y de ahí que ese reglamento contemplase un único procedimiento global de reconocimiento, con dos fases causal e indisolublemente vinculadas y con fines concretos distintos pero complementarios atribuibles a cada una de ellas. Inopinadamente la LOU alteró todo este esquema legal e incorporó una llamativa excepción nada menos que al desarrollo directo del derecho (no se olvide que la propia ley atribuyó formalmente carácter orgánico al precepto portador de la especialidad en bene-

¹⁵ Se trata del Real Decreto 420/2015, de 29 de mayo, de creación, reconocimiento, autorización y acreditación de universidades y centros universitarios.

¹⁶ Así pues, a mi juicio resulta técnicamente inexacta la afirmación que realiza este magistrado en el sentido de que «*la exención de la intermediación legislativa en cuanto al reconocimiento de las Universidades de la Iglesia Católica no significa en modo alguno que estas Universidades puedan desarrollar sus actividades docentes e investigadoras sin someterse al régimen jurídico establecido en la propio LOU y las restantes normas que dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en materia universitaria en el ejercicio de sus respectivas competencias*» (FJ 2); antes bien, aquella exención precisamente impedía la aplicación cabal del único sistema de reconocimiento contemplado reglamentariamente, en los términos ya expuestos.

ficio de las universidades católicas¹⁷), lo que en rigor suponía que, por muy sorprendente que pueda parecer, para el legislador universitario de 2001 la libertad de enseñanza tenía un contenido esencial distinto en función de que se tratase de uno de sus titulares o de todos los demás; considerar esto una mínima diferenciación normativa se antoja, cuando menos, muy discutible.

Por otra parte, entiendo que en nada afecta a lo que acabo de señalar el hecho de que la ley de reconocimiento ostente en efecto esa naturaleza autorizante aunque, eso sí, es precisamente esta circunstancia —acorde por lo demás con el hecho de que la universidad privada no es sino el resultado del ejercicio de un derecho fundamental— la que permite legítimamente dudar de que la exigencia del reconocimiento por ley sea la más adecuada a esa naturaleza, pues seguramente hubiera sido más idóneo, y además menos problemático desde el punto de vista técnico-jurídico, contemplar un mecanismo global en el que el reconocimiento fuese también realizado mediante un mero acto administrativo —tal y como acontece respecto de los centros privados de nivel infrauniversitario—, sin perjuicio de que igualmente hubiese podido establecerse un segundo trámite ligado a la autorización de la puesta en funcionamiento; pero esta ya es otra cuestión distinta.

En cualquier caso, a partir de las propias premisas adoptadas en este voto particular, quizás hubiese sido más lógico comenzar a explicar el alegado carácter constitucionalmente no discriminatorio de la exención y a exponer en qué consiste su justificación objetiva y razonable en el contexto iusfundamental, para después añadir que, según se entiende aquí, la diferencia es de tan escasa importancia que, de hecho, no impide atender también en el caso de las universidades católicas a los fines de control y supervisión perseguidos por los poderes públicos en este terreno y a los que responde la normativa legal y reglamentaria en vigor. Y si considero que haber obrado de este modo hubiese sido más lógico es porque lo verdaderamente esencial desde la óptica del juicio de constitucionalidad es indudablemente lo primero y no lo segundo, ya que si la diferencia normativa se llegase a entender no discriminatoria por estimarse que tiene una justificación que la avala constitucionalmente, en ese caso tanto daría que su alcance efectivo o su trascendencia práctica fuese mayor o menor. Sin embargo, comenzar subrayando el alcance supuestamente nimio de la diferencia normativa, como hace aquí este magistrado, pudiera dar la sensación, acaso equivocada, de que quien formula la objeción de algún modo no está tan firmemente convencido de las bondades de su criterio acerca de la índole no discriminatoria del régimen especial impugnado y necesita por ello dejar claro de entrada que, pese a todo, las

¹⁷ *Cfr.* la Disposición final cuarta de la LOU.

consecuencias de este tratamiento específico son ínfimas y no afectan a la coherencia general del sistema; pues bien, por las razones que he expuesto, a mi modo de ver tales consecuencias no son en absoluto tan intrascendentes como se pretende sugerir, más bien todo lo contrario, y además el modo en el que ulteriormente se trata de justificar la naturaleza constitucionalmente no discriminatoria de la exención resulta llamativamente revelador, en sí mismo, y en alguna medida confirmatorio de que esa percepción subjetiva acerca de las dudas que tal vez pudiera tener el propio autor del voto particular sobre la solidez de su planteamiento posiblemente no sea una percepción muy desenfocada. Veamos seguidamente en qué baso esta afirmación.

Entrando ya supuestamente en el terreno propio y específico del control de constitucionalidad, esto es, el de la determinación del carácter legítimo de la diferencia normativa en cuestión mediante la explicación de su justificación objetiva y razonable en el contexto iusfundamental, don Manuel Aragón comienza señalando que la excepción impugnada ha sido adoptada válidamente por el legislador estatal precisamente en desarrollo de las previsiones contenidas en el correspondiente acuerdo con la Santa Sede, incidiendo en la idea de que, *«en efecto, que en este Acuerdo, que forma parte del ordenamiento interno español al igual que cualquier otro tratado internacional válidamente celebrado y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 96.1 CE), no se establezca de manera expresa una exención del requisito formal de la ley de reconocimiento para las Universidades de la Iglesia Católica, como se señala en la sentencia de la que discrepo, no significa que el legislador estatal no pueda, en una legítima interpretación de las previsiones contenidas en el Acuerdo, eximir a las Universidades de la Iglesia Católica del requisito de la ley de reconocimiento establecido con carácter general para las Universidades privadas (art. 4.1 LOU)»* (FJ 3).

En pretendido apoyo de esa tesis en cuya virtud la exención que nos ocupa estaría ya implícitamente contemplada en el acuerdo concordatario, el firmante del voto sostiene que, de hecho, esa misma exención se encuentra ya expresamente afirmada en el Acuerdo respecto de las universidades de la Iglesia existentes en el momento de su entrada en vigor¹⁸.

¹⁸ *«Esa exención encuentra, desde luego, plena cobertura en el propio Acuerdo de 3 de enero de 1979 respecto de las Universidades de la Iglesia Católica que ya estaban establecidas en España antes de firmarse este Acuerdo, por cuanto su artículo X.2 determina que “El Estado reconoce la existencia legal de las Universidades de la Iglesia establecidas en España en el momento de entrada en vigor de este Acuerdo, cuyo régimen jurídico habrá de acomodarse a la legislación vigente, salvo lo previsto en el artículo XVII.2” (precepto este que establece a su vez que “Quedan asegurados, no obstante, los derechos adquiridos de las Universidades de la Iglesia establecidas en España en el momento de la firma del presente Acuerdo, las cuales, sin embargo, podrán optar por su adaptación a la legislación general sobre Universidades no estatales”)*» (FJ 3).

Pues bien, frente a todo ello, en primer lugar hay que objetar que, en puridad, lo que la norma acordada hace con las universidades de la Iglesia preexistentes no es, simplemente, eximirlas de manera implícita del requisito del reconocimiento por ley estatal o autonómica; si así lo hubiera hecho, ello podría entonces entenderse en efecto parangonable con la exención que el autor del voto estima también implícitamente presente en el Acuerdo respecto de las universidades católicas de nueva creación, pero lo cierto es que lo que realmente hace la disposición concordataria en aquel caso es algo muy distinto, en la medida en la que las universidades de la Iglesia preexistentes son consideradas transitoriamente sujetas de pleno al régimen jurídico por el que venían rigiéndose hasta el momento de la entrada en vigor del Acuerdo con la Santa Sede, en garantía de sus derechos adquiridos¹⁹. El texto acordado incorporó así lo que técnicamente no es sino un régimen de Derecho transitorio que permitió a dichos centros mantener su estatuto previo en tanto no optasen por su adaptación a la legislación general, una eventual adaptación que, obvia decirlo, implicará su pleno sometimiento al régimen de las universidades privadas sin exceptuar ninguno de sus requisitos y condiciones, tampoco el de su reconocimiento por ley, y nada hay en el Acuerdo que permita sostener lo contrario. En definitiva, el Acuerdo con la Santa Sede no exime a las universidades preexistentes del requisito del reconocimiento por ley, sino que las exime del cumplimiento de la legislación general en materia de reconocimiento de universidades privadas permitiendo su sujeción transitoria al estatuto bajo el que venían siendo contempladas, y, por ello, no puede decirse que la norma concordataria considere a las universidades que existían con anterioridad sujetas a la legislación general salvo en lo tocante al trámite del reconocimiento por ley, ya que lo que realmente hace es concebir las excepcional y transitoriamente al margen de la legislación general sobre universidades privadas; es evidente que a consecuencia de esto último quedan al

¹⁹ Según dispone el art. X.2 del AEAC, «el Estado reconoce la existencia legal de las Universidades de la Iglesia establecidas en España en el momento de entrada en vigor de este Acuerdo, cuyo régimen jurídico habrá de acomodarse a la legislación vigente, salvo lo previsto en el artículo XVII.2». Esta última norma establece que «quedan asegurados, no obstante, los derechos adquiridos de las Universidades de la Iglesia establecidas en España en el momento de la firma del presente Acuerdo, las cuales, sin embargo, podrán optar por su adaptación a la legislación general sobre Universidades no estatales». Adicionalmente y siempre en el marco del referido régimen de Derecho transitorio, la Disposición transitoria primera del Acuerdo señala que «el reconocimiento a efectos civiles de los estudios que se cursen en las Universidades de la Iglesia actualmente existentes seguirá rigiéndose, transitoriamente, por la normativa ahora vigente hasta el momento en que, para cada Centro o carrera, se dicten las oportunas disposiciones de reconocimiento, de acuerdo con la legislación general, que no exigirá requisitos superiores a los que se impongan a las Universidades del Estado o de los entes públicos».

margen de todas las exigencias de esa legislación general y entre ellas también, obviamente, del requisito del reconocimiento por ley, pero no lo es menos que esto no tiene nada que ver y no es en modo alguno comparable a la idea del sometimiento de las nuevas universidades católicas a todos los requisitos de la ley estatal menos a uno de ellos, una idea que se dice inherente al sentido del texto de origen pactado en los términos ya expuestos. La comparación que propone en este punto don Manuel Aragón resulta pues, en mi criterio, inadecuada y basada en presupuestos inexactos.

Sentadas estas premisas, que para mi son difícilmente refutables y por lo demás quedan convenientemente fundamentadas en la sentencia, la insistencia en subrayar que el legislador de 2001 se limitó a interpretar lo dispuesto en un tratado internacional válidamente celebrado y en proclamar que esa interpretación es legítima, en tanto compatible con el contenido de este tratado que supuestamente habría incorporado de modo implícito la ya tantas veces mencionada excepción, no deja de revelar una perspectiva de enjuiciamiento que, nuevamente, parece más propia de un control de legalidad que no procede realizar en esta sede, justo en la medida en la que se trata de un argumento que se desenvuelve en el terreno del contraste entre la ley de universidades, de un lado, y el Acuerdo con la Santa Sede —norma también con rango de ley—, de otro. Determinar si el legislador estatal ha interpretado correctamente o no las disposiciones concordatarias desde un punto de vista material no es algo que corresponda hacer al Juez de la Constitución —otra cosa sería la determinación de si la ley estatal ha vulnerado con su regulación alguno de los preceptos constitucionales que rigen las relaciones internormativas en nuestro sistema de fuentes, por ejemplo modificando mediante alguno de sus preceptos no orgánicos lo estipulado en el Acuerdo y por tanto incumpliendo lo previsto en el segundo inciso del art. 96.1 de la *lex normarum*, lo que no acontece en este caso²⁰—, y consecuentemente incluso la afirmación de que la exención que nos ocupa esta ya implícitamente contemplada en la norma concordataria, al margen de que se considere o no acertada —y yo estimo que no lo es²¹— se me antoja irrelevante desde la óptica del control de constitucionalidad de la disposición legal impugnada: parece obvio señalarlo, pero lo cierto es que si el precepto legal cuestiona-

²⁰ Hago aquí mención a los preceptos no orgánicos porque, como ya tuve ocasión de argumentar con anterioridad, a mi modo de ver es claro que el legislador universitario, en el desarrollo directo del derecho fundamental, no está sometido sino a los preceptos de la Constitución y por tanto podría perfectamente modificar lo previsto en el Acuerdo con la Santa Sede sin menoscabo de lo dispuesto en el art. 96.1 CE.

²¹ Una explicación detallada de mi posición sobre este aspecto puede verse en J. R. POLO, «El estatuto de las universidades católicas en la Ley Orgánica de Universidades», *loc. cit.*

do es inconstitucional, teniendo como tiene carácter orgánico, no lo será porque materialmente se oponga al sentido del Acuerdo con la Santa Sede, sino más bien por su incompatibilidad con la Constitución, que es algo muy distinto, y en este sentido lo que adquiere aquí una importancia capital es la refutación, si es que esta ha de producirse, del principal argumento empleado por los recurrentes de la norma para cuestionar su validez, esto es, el de su presunta vulneración del principio de igualdad.

Y es entonces cuando el autor del voto particular se adentra, ahora sí, en el terreno argumentativo que caracteriza al control de constitucionalidad y se dispone a explicarnos la razón por la cual la diferencia de tratamiento normativo que está siendo objeto de valoración no resulta ilegítimamente discriminatoria en el plano iusfundamental y, en consecuencia, no vulnera el principio de igualdad y no discriminación. Partiendo de la idea de que la especialidad en cuestión está asimismo contemplada similarmente por la norma acordada para las universidades preexistentes —una idea basada en una interpretación del texto acordado visiblemente errónea como acabo de argumentar, aunque ello ahora no tenga mayor importancia—, a continuación se postula que *«igualmente resulta una opción legislativa constitucionalmente válida la exención del requisito de la ley de reconocimiento para las Universidades de la Iglesia Católica que se establezcan en España con posterioridad a la firma del Acuerdo de 3 de enero de 1979, toda vez que es al legislador estatal al que le corresponde interpretar los términos concretos del Acuerdo, en el marco del mandato a los poderes públicos, contenido en el artículo 16.3 CE junto a la proclamación de la aconfesionalidad del Estado, de mantener relaciones de cooperación con la Iglesia Católica, en coherencia con la inexcusable toma en consideración de las creencias religiosas que el mismo precepto constitucional exige»* (FJ 3).

El firmante del voto parece así en cierto modo acogerse a una determinada concepción del significado de ese mandato constitucional de cooperación, por lo demás asumida por un extenso sector de la doctrina eclesialista, en cuya virtud la cooperación estatal con las confesiones debe entenderse exigida en estricta correspondencia con su mayor o menor arraigo social en nuestro país, lo que explicaría la mención específica de la Iglesia católica en el precitado art. 16.3 en la medida en la que, siendo esta tradicionalmente la confesión de mayor presencia social entre nosotros, se habría hecho constitucionalmente acreedora a un tratamiento especial —y por supuesto más beneficioso—, eventualmente concretado por la vía de los acuerdos de cooperación suscritos con los poderes públicos.

Esta concepción del mandato de cooperación con las confesiones resulta, a mi juicio, particularmente cuestionable y, de hecho, ha dado origen fundamentalmente entre los cultivadores del Derecho Eclesiástico del Estado a ciertas

nociones e interpretaciones verdaderamente chocantes, tales como la denominada teoría del paradigma extensivo, a las que después me referiré con algún mayor detalle, pero lo que realmente llama aquí la atención es el modo en el que este magistrado pone en relación el significado del mandato de cooperación que estima ha de postularse con el particular objeto de este litigio, exponiendo una argumentación que, en mi opinión, lejos de contribuir a avalar su criterio en este tema más bien paradójicamente permite albergar serias dudas acerca de la solidez jurídica de este último: *«esa especial referencia a la Iglesia Católica (a la que también se remite el Abogado del Estado para defender la constitucionalidad de la exención contenida en el segundo apartado de la disposición adicional cuarta LOU), le ha conducido en el pasado a este Tribunal a considerar constitucional ni más ni menos que la existencia del cuerpo de capellanes castrenses, razonando que «el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades» (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 4). Resulta cuanto menos sorprendente que, ahora, una diferencia de mucha menor entidad que aquélla se repunte inconstitucional» (FJ 3).*

La manera en la que se expone el razonamiento difícilmente pudiera ser más reveladora, pues a mi modo de ver deja en el lector la inequívoca sensación de que, a quien así se pronuncia, lo que verdaderamente le parece sorprendente no es tanto que ahora se declare la inconstitucionalidad de una diferencia normativa comparativamente de menor entidad sino, más bien, que en su día se validase *nada menos* —y es ciertamente significativo lo que manifiesta aquí el uso de esta expresión enfática— que la presencia en nuestras Fuerzas Armadas del cuerpo de capellanes castrenses.

Y si así fuere y esta mi particular percepción no estuviese muy desencaminada, como tal vez lo esté, lo cierto es que no le faltarían motivos para la sorpresa al autor de esta opinión disidente, pues en efecto esa célebre sentencia de 13 de mayo de 1982 constituye seguramente uno de los mejores ejemplos de cómo resulta enormemente difícil, si es que no imposible, compatibilizar el mantenimiento de ciertos regímenes concordatarios privilegiados, herencia de nuestro pasado confesional y a los que se trató de encontrar inicialmente un forzado encaje en el vigente sistema constitucional, de un lado, y la preservación de la vigencia de algunos principios constitucionales como el de igualdad o el de aconfesionalidad, de otro.

Como es sabido, fue precisamente en esta temprana resolución en la que el Juez de la Constitución fijó las bases de la que, desde entonces, constituye su doctrina sobre el significado y alcance del art. 16.3 CE, y lo hizo sentando un criterio general en cuya virtud al Estado le está vedado concurrir en sociedad en

calidad de sujeto de actos o actitudes de signo religioso, dado que los fines religiosos pertenecen a una esfera ajena al ámbito de sus funciones y competencias, y proclamando asimismo la categórica prohibición de incurrir en cualquier tipo de confusión entre las funciones civiles y las religiosas impuesta a los poderes públicos en el Estado aconfesional (en estrecha relación con todo ello, el Tribunal había ya proclamado la vigencia del principio de neutralidad ideológica de las instituciones públicas en la STC 5/1981, FJ 9.º).

A partir de ahí, la sentencia se dispuso a valorar la idoneidad constitucional del llamado sistema de integración orgánica utilizado para llevar a cabo la asistencia religiosa católica en las Fuerzas Armadas, una valoración que, desde las premisas apuntadas, en principio parecería inexorablemente conducente a la declaración de inconstitucionalidad del modelo enjuiciado, pues a todas luces no cabe concebir una mayor confusión de funciones civiles y religiosas que la que representaba por entonces la existencia misma de un cuerpo eclesiástico castrense, integrado por tanto en la Administración militar del Estado y en el que resultaba virtualmente imposible no percibir una concurrencia en la sociedad de los poderes públicos en calidad de sujetos de actos de naturaleza propiamente religiosa (la asistencia religiosa o espiritual proporcionada por funcionarios públicos). Pero no lo vio así, en efecto sorprendentemente, el Tribunal, que lejos de reconocer la inviabilidad del encaje en el nuevo ordenamiento constitucional de semejante institución o de proclamar que esta ya sólo podía explicarse por razones puramente históricas —que no jurídicas—, como un residuo de nuestra pasada confesionalidad, se embarcó en una difícil tarea de justificación que, como cabía esperar, le condujo a incurrir en lo que a mi parecer son algunos graves errores de apreciación en la hermenéutica de los preceptos iusfundamentales implicados.

En este sentido, la STC 24/1982 decretó la constitucionalidad del referido modelo de integración orgánica, y lo hizo apoyando el sentido de su fallo en dos aspectos fundamentales: por un lado, el Tribunal declaró que *«el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades»*; por otro, la sentencia manifiesta que *«no padece el derecho a la libertad religiosa o de culto, toda vez que los ciudadanos miembros de las susodichas Fuerzas son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece; y hay que entender que asimismo tampoco se lesiona el derecho a la igualdad, pues por el mero hecho de la prestación en favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que éstos puedan reclamar fundamentalmente, de suerte que el Estado*

que desoyera los requerimientos en tal sentido hechos incidiría en la eventual violación analizada» (STC 24/1982, FJ 4.º).

De entrada, en esta resolución no se argumentó expresamente que ese modelo no supusiera una confusión de funciones civiles y religiosas, tal vez porque ello no habría podido hacerse sin causar un cierto sonrojo y en todo caso porque es el propio Tribunal el que, como se ha visto, reconoce abiertamente que en ese modelo es el propio Estado el que presta la asistencia religiosa católica, lo que sin la menor duda contradice la prohibición de realizar actos de naturaleza religiosa que pesa sobre los poderes públicos bajo el imperio del principio de aconfesionalidad.

Como es sabido, la libertad ideológica y religiosa en general, y por tanto también sus manifestaciones específicas como es el caso del derecho a recibir asistencia religiosa en particular, constituyen en nuestro ordenamiento constitucional típicamente derechos de libertad en atención a su concreta configuración en la norma iusfundamental, y no son, obvia decirlo, derechos de prestación en sentido estricto, de manera que la llamada función promocional de los derechos humanos contemplada en el art. 9.2 CE —y especificada en el art. 2.3 de la ley de libertad religiosa²²— con la que se busca mejorar las condiciones de ejercicio de los derechos para hacer dicho ejercicio real y efectivo, removiendo las trabas que lo impidan o dificulten, no exige en ningún caso la realización por parte de los poderes públicos de la prestación que constituye el objeto típico del derecho en cuestión. Si el Estado opta por asumir el compromiso de realizar dicha prestación, convirtiendo así al derecho en uno de prestación en sentido estricto en vía de su desarrollo normativo, habrá de hacerlo, necesariamente, con estricto sometimiento a los principios constitucionales, entre ellos al de aconfesionalidad —con especial incidencia en este supuesto por razones obvias una vez que el Tribunal ha fijado su significado esencial— y por supuesto al de igualdad.

El Tribunal evita aquí pronunciarse explícitamente acerca del primero de ellos porque, a tenor de su propia doctrina que prohíbe al Estado concurrir en sociedad en calidad de sujeto de actos de naturaleza religiosa, sería en efecto sencillamente imposible no decretar que el principio de aconfesionalidad ha sido vulnerado con el mantenimiento de ese sistema de integración orgánica en el que, reconocidamente, es el propio Estado el que proporciona la prestación de

²² Según dispone esta norma, «para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

asistencia religiosa católica²³, y de ahí que la sentencia se apoye casi exclusivamente en la noción de que con ese sistema se facilita el ejercicio del derecho, cuando en realidad se va mucho más allá de lo requerido por el art. 9.2 CE al operar la conversión del derecho en uno de prestación en sentido estricto²⁴.

A continuación, para justificar que con ello no se vulnera la igualdad pese a que esa conversión tenga lugar únicamente respecto de unos determinados ciudadanos, los que profesan la religión católica, el Tribunal apela a esa otra idea según la cual la obligación de proporcionar la asistencia católica que asume concordatariamente el Estado no excluye por sí misma el derecho, del que supuestamente gozan los demás ciudadanos, a recibir también esa asistencia por parte de los poderes públicos, eso sí, se aclara, en la medida y proporción adecuadas. El argumento, a mi modo de ver, en el mejor de los casos es puramente voluntarista. En el contexto específico del juicio constitucional de igualdad, el hecho de que una norma reconozca un derecho (el derecho a exigir de los poderes públicos la realización de la prestación que constituye su objeto típico, en este

²³ Y la prueba inequívoca de que esto es así nos la proporciona paradójicamente el propio Estado. La *Fundación Pluralismo y Convivencia*, fundación del sector público estatal creada supuestamente para disminuir las desigualdades entre las confesiones religiosas en materia de financiación, estatutariamente tiene prohibido financiar directamente las actividades propiamente religiosas de las llamadas confesiones minoritarias y restringe formalmente su ámbito de actuación a la financiación de aquellas otras actividades de carácter social, cultural, etc., relacionadas con la actuación de dichas confesiones; pues bien, la justificación de esa restricción la encontramos expresada sin ambages en una de las primeras memorias oficiales de aquella Fundación: financiar directamente actividades de naturaleza religiosa constituiría una vulneración del principio de aconfesionalidad, se nos dice desde la propia Administración pública, aunque al parecer ese criterio no es aplicable, por lo que se ve, a la Iglesia católica, que se beneficia como es sabido de la financiación estatal directa de muchas de sus actividades netamente religiosas —entre ellas la asistencia y la educación religiosas en centros públicos— en nuestro vigente ordenamiento. La contradicción no podría ser más palmaria. Me he ocupado más extensamente de esta cuestión específica en J. R. POLO, «Reflexiones sobre el fundamento constitucional de la financiación pública de las confesiones religiosas», en *Revista General de Derecho Constitucional*, 18 (2014). También publicado en *Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho español*, Barcelona, 2014.

²⁴ Esta a mi juicio errónea interpretación del significado y alcance de la función promocional es en todo caso frecuente entre nosotros también en el terreno de la elaboración científica, y se ha verificado en dicho ámbito comúnmente con el propósito de justificar la pervivencia en el Derecho vigente de ciertas instituciones y privilegios herencia de nuestro más inmediato pasado confesional: como con tino ha señalado I. C. Ibán resumiendo este fenómeno, «buena parte de la doctrina española ha encontrado en la llamada función promocional del Estado el punto de apoyo para justificar la pervivencia de un modelo que privilegia a la Iglesia católica; por vía de ejemplo, si antes la Iglesia tenía ventajas fiscales como una manifestación más de la confesionalidad estatal, ahora vendrían justificadas porque el Estado debe promocionar la libertad religiosa» (I. C. IBÁN, «El concepto de Derecho Eclesiástico», en VVAA, *Derecho Eclesiástico*, Madrid, 1997, p. 75).

caso la asistencia religiosa) que sólo beneficia a los ciudadanos católicos no puede justificarse en la idea de que ese derecho podría ser eventualmente reconocido a otros ciudadanos si así lo solicitasen, pues lo cierto es que, frente a lo que sostiene el Tribunal, en el momento de dictarse la sentencia —como ahora— nuestro ordenamiento jurídico no contemplaba a la libertad religiosa como un derecho de prestación en sentido estricto y, por lo tanto, a tenor de lo estipulado tanto en la Constitución como en la ley de libertad religiosa, lo único que fundadamente podían reclamar los ciudadanos no católicos de la Administración era la adecuada satisfacción de la función promocional de ese derecho mediante la realización de las prestaciones colaterales con las que instrumentalmente se pudiesen mejorar sus condiciones de ejercicio (por ejemplo y en determinadas circunstancias objetivas, a través de los sistemas llamados de libre acceso que, de hecho, serían los contemplados en este terreno en el marco de los ulteriores acuerdos de 1992 con las llamadas confesiones minoritarias²⁵), pero en ningún caso habría podido prosperar la pretensión de que el Estado proporcionase también directamente asistencia religiosa de otras confesiones ni al amparo de la Constitución ni, tampoco, bajo lo establecido en la normativa de desarrollo. A mayor abundamiento hay que subrayar que el privilegio —llamemos a las cosas por su nombre— que representaba la existencia de los cuerpos eclesiásticos castrenses tenía su origen exclusivamente en el acuerdo con la Santa Sede, y teniendo en cuenta que lo que resulta constitucionalmente obligado para los poderes públicos es la cooperación con las confesiones pero no la efectiva suscripción de acuerdos con ellas, queda aún más al descubierto, si cabe, la debilidad del criterio empleado aquí por el Tribunal: técnicamente, en nuestro ordenamiento no existe un derecho de las confesiones a la celebración de dichos pactos con el Estado, siendo esta celebración, en puridad, el resultado de una decisión política y discrecional de la Administración, de manera que, a falta de esa voluntad política de alcanzar el correspondiente acuerdo, los ciudadanos pertenecientes a otras confesiones carecían estrictamente de apoyo legal en el que sustentar esa hipotética reclamación que la sentencia, sin embargo, dice hubiese debido ser atendida por los poderes públicos; dicho en otros términos, la asistencia religiosa proporcionada por el Estado a los fieles de otras confesiones no quedaba entonces excluida por el simple hecho de que esa asistencia se prestase a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas, cierto es, pero quedaba en todo caso jurídicamente excluida —y esto me parece lo verdaderamente relevante desde la óptica del test de constitucionalidad— por el hecho de que no existía en ese momento en nuestro ordenamiento una disposición, general o específicamente consagrada

²⁵ Se trata de los acuerdos suscritos con la FEREDE, la FCI y la CIE (Leyes 24, 25 y 26/1992).

por la vía acordada, por la que los poderes públicos estuviesen también obligados a proporcionar la asistencia religiosa a los ciudadanos pertenecientes a otras religiones distintas a la católica. Si bien se mira, es la propia sentencia la que viene implícitamente a reconocerlo así, pues en vez de proclamar que por el mero hecho de la prestación estatal de asistencia religiosa a los católicos no queda excluida esa misma *prestación estatal* respecto de quienes profesan otros cultos, lo que afirma exactamente, de manera muy significativa, es que lo que por aquel hecho no queda excluida es «la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones», que obviamente es algo muy distinto; y en efecto es así, puesto que esa asistencia acatólica podía entonces demandarse en tanto que integrante del contenido constitucional de la libertad religiosa concretado en su correspondiente ley orgánica, pero, sin embargo, en modo alguno podía reclamarse fundadamente en estos otros supuestos la prestación estatal de dicha asistencia en términos parangonables a los que tenían lugar en el acuerdo con la Santa Sede.

En cualquier caso, quien sabe si consciente de algunos de estos problemas que suscita el sentido del fallo, el Tribunal parece haber querido curarse en salud, si se me permite la expresión coloquial, con ese lacónico «en la medida y proporción adecuadas» con el que condiciona el alcance de la reclamación que en este terreno, según nos dice, podían haber realizado legítimamente quienes profesaban otras religiones, pues bajo aquella fórmula cabría tal vez entender justificada la diferencia de trato pese a que dicha diferencia concierna en este caso al régimen básico de ejercicio del derecho fundamental, distinto para unos u otros ciudadanos precisamente en función de su particular adscripción religiosa. Si así fuese, la sentencia estaría abrazando un entendimiento proporcional de la igualdad en materia de libertad religiosa que, por lo demás, ha tenido un amplio eco especialmente entre un sector de la doctrina científica —se ha hablado abiertamente en este ámbito de la *justicia distributiva*²⁶ o de la *igualdad de proporcionalidad*²⁷— ya desde que, tempranamente, fuese formulada una conocida teoría de los principios informadores del Derecho Eclesiástico español²⁸. Esta concepción,

²⁶ Cfr. E. MOLANO, «El Derecho eclesiástico en la Constitución española», en VVAA, *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Madrid, 1989, p. 304.

²⁷ Cfr. J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, «Posición jurídica de las confesiones religiosas», en VVAA, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1983, p. 279.

²⁸ Como es notorio, esta concepción proporcional —o, si se quiere, sociológicamente proporcional— del principio de igualdad religiosa ha hecho singular fortuna entre un cierto sector de la dogmática eclesiasticista, pero también ha tenido algún eco en otros ámbitos de la doctrina publicista. Sirva ahora como ejemplo el siguiente razonamiento de E. Espín: «las facilidades y ayudas que el Estado pueda proporcionar a las diversas confesiones ha de estar modulada [*sic*] por un criterio proporcional al apoyo respectivo en la población, lo que hace natural que la confesión más

que ha dado lugar entre nosotros a nociones a mi juicio tan extravagantes como la teoría del llamado paradigma extensivo²⁹, resulta particularmente cuestionable desde la óptica del vigente sistema constitucional de derechos fundamentales en el que, si algún significado esencial ha de caracterizar medularmente al principio de igualdad, ese ha de ser precisamente el relacionado con la idea de que el régimen jurídico de reconocimiento y disfrute de los derechos y libertades ha de extraerse radicalmente del ámbito contingente de las mayorías políticas y sociales, dado que si reconocidamente la igualdad exige tratar de modo igual a quienes se encuentran en una situación comparable, en materia de derechos fundamentales no hay duda de que todos los ciudadanos se encuentran de partida en dicha situación; como ha hecho notar Rubio Llorente, frente a la idea, por lo demás acertada, de que la igualdad no es uniformidad ni igualitarismo jurídico, este de los derechos fundamentales es precisamente el único terreno en el que cabe legítimamente reclamar un *entendimiento rigurosamente igualitario* del principio de igualdad³⁰. En definitiva, en materia de libertad religiosa, el carác-

extendida reciba más facilidades, sin que ello pueda tacharse de discriminatorio» (E. ESPÍN, «Los derechos de la esfera personal», en VVAA, *Derecho Constitucional*, I, Valencia, 1997, p. 211).

²⁹ El significado de esa noción se condensa en la siguiente formulación del sentido que se atribuye aquí al principio de igualdad religiosa, al que supuestamente estaría dando acogida nuestra ley de leyes: «de tanta libertad y de tanto reconocimiento jurídico de su especificidad diferencial como goce la Iglesia Católica —en estos momentos la de mayor arraigo y complejidad orgánica en la sociedad española—, de otro tanto pueden gozar el resto de las confesiones» (P. J. VILADRICH, «Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español», en VV. AA., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1983, p. 235). Según ello, como se ve, nada menos que la libertad de las confesiones, y, conforme al imperante principio personalista, por tanto también en última instancia de los individuos que las integran, no depende de su reconocimiento en plenitud por parte de la Constitución en el contexto del régimen común de derechos y libertades como cabría esperar sino, más bien, del ámbito de libertad previamente reconocido por el Estado a la Iglesia católica, al que ulteriormente y por emulación podrán tener acceso los restantes cultos y que constituirá, por así decirlo, el referente máximo al que estos últimos pueden aspirar. Se me ocurren pocas maneras tan resumidamente acertadas de refutar la validez iusfundamental de esta tan peculiar noción como la que ha empleado I. C. Ibán al sentenciar, con toda razón, que en esa formulación, «sustitúyase la expresión Iglesia católica por cualquier otra y nadie estará dispuesto a admitir esos planteamientos» (I. C. IBÁN, «Las confesiones religiosas», en VV. AA., *Curso de Derecho eclesiástico*, Madrid, 1991, p. 223); ciertamente, así me lo parece.

³⁰ Cfr. F. RUBIO LLORENTE, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en VV. AA., *El principio de igualdad en la Constitución española*, I, Madrid, 1991, p. 707; lo ha venido a significar también con todo acierto L. Prieto, al postular que, «en buena lógica, parece que el concepto de minoría religiosa habría de resultar jurídicamente inservible o irrelevante en el marco de un ordenamiento aconfesional, pluralista y respetuoso con la libertad de conciencia; pues si, de un lado, «se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto» (art. 16.1.º C.E.), y, de otro, se proscribiera cualquier género de discriminación por razón de las creencias u

ter mayoritario de una determinada confesión no puede —o no debería— servir de justificación constitucional de los beneficios y privilegios que eventualmente puedan serle concedidos por el ordenamiento jurídico a los individuos que la integran, y así quedó claramente establecido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación general al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 20 de julio de 1993,³¹ que, no se olvide, resulta determinante del contenido constitucionalmente declarado del art. 16 de nuestra Constitución merced a lo dispuesto en el canon hermenéutico consagrado en el art. 10.2 de esta última³².

opiniones (art. 14 C. E.), diríase que profesar una fe mayoritaria, minoritaria o no profesar ninguna, constituye un elemento de imposible relevancia normativa o, lo que es igual, no apto para justificar un tratamiento, privilegiado o represor» (Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, «Las minorías religiosas», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, IX (1993), p. 153; en similar sentido, lo han puesto asimismo de relieve G. Suárez Pertierra y F. Amérigo en los siguientes términos: «la igualdad ante la ley se equipara a la proporcionalidad: lo que se postula no son tratamientos estrictamente paritarios, sino proporcionalmente diferentes. La prohibición de discriminación, por el contrario, se equipara, en principio, al término de paridad, paridad de rato en materia de raza, sexo, religión, etc. Lo que prohíbe, en definitiva, es la diferencia de trato basada en las cuestiones a las que se refiere el artículo 14 de la Constitución» (G. SUÁREZ PERTIERRA y F. AMÉRIGO, «Artículo 14. Igualdad ante la ley», en O. ALZAGA (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978, II*, Madrid, 1997, p. 262); en suma, como resumidamente ha concluido E. García de Enterría, «el reconocimiento constitucional de la libertad religiosa, artículo 16 de la Constitución, elimina la posibilidad de toma en consideración de esta circunstancia [la profesión religiosa] como determinante de discriminación o privilegio (artículo 14 de la Constitución)» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo, II*, Madrid, 1996, p. 26).

³¹ Así en efecto, en el apartado 9 de esta importantísima y esclarecedora Observación general puede leerse que «el hecho de que una religión se reconozca como religión de Estado o de que se establezca como religión oficial o tradicional, o de que sus adeptos representen la mayoría de la población no tendrá como consecuencia ningún menoscabo del disfrute de cualquiera de los derechos consignados en el Pacto, comprendidos los artículos 18 y 27, ni ninguna discriminación contra los adeptos de otras religiones o los no creyentes. En particular, determinadas medidas que discriminan en contra de estos últimos, como las medidas que sólo permiten el acceso a la función pública de los miembros de la religión predominante, o que les conceden privilegios económicos o imponen limitaciones especiales a la práctica de otras creencias, no están en consonancia con la prohibición de discriminación por motivos de religión o de creencias y con la garantía de igual protección en virtud del artículo 26».

³² Es cierto que la doctrina del Tribunal Constitucional suele prestar una incomparablemente mayor atención a las previsiones del Convenio Europeo y a las consiguientes determinaciones de la Corte de Estrasburgo en esta materia pero, como ha puesto de relieve A. Sainz Arnaiz, esta usual falta de atención por parte de nuestra jurisprudencia constitucional a lo declarado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas carece por completo de justificación a partir de lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Carta Magna y debería por tanto ser revisada y corregida, habida cuenta de que las Observaciones de dicho Comité en rigor son tan vinculantes para el Juez

No obstante y volviendo ya directamente al contenido de la STC 131/2013, todo ello no ha sido óbice para que también otros magistrados discrepantes del sentido del fallo hayan recurrido en sus argumentaciones a esa misma noción de la que se ha dado en llamar igualdad de proporcionalidad, al objeto de justificar constitucionalmente el particular tratamiento normativo especial que fue objeto de impugnación en este caso.

Así se aprecia en el planteamiento realizado por don Ramón Rodríguez Arribas en su voto particular, en el que, por otra parte y con el propósito de justificar constitucionalmente la diferencia normativa en cuestión, se apela también a determinados argumentos que, a todas luces, sencillamente no son jurídicos y carecen de relevancia alguna en el contexto del test de igualdad que corresponde llevar a cabo al supremo intérprete de la Constitución, tales como el hecho de que la Iglesia católica fue la creadora de las primeras universidades o el no menos peregrino argumento —dicho sea esto estrictamente desde la óptica del juicio de constitucionalidad— de que las universidades eclesiásticas son las que mantienen en la actualidad el mayor prestigio³³, argumentos en los

de la Constitución en la búsqueda del contenido constitucionalmente declarado de los derechos como lo son las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999, págs. 116-34).

³³ «Esta distinción respecto de la Iglesia católica en cuanto a las demás Universidades privadas y que tiene puro carácter formal, no está carente de fundamento objetivo, contra lo que también se afirma en la sentencia de la mayoría, pues aparte de que absolutamente nadie, fuera del presente recurso, ha protestado por ello, tiene su origen en la doble condición del singular estatus internacional de la Iglesia, del que carece cualquier otra confesión religiosa, u otros eventuales promotores de Universidades privadas, y de la circunstancia, históricamente contrastada, de que precisamente fue aquella la creadora de las primeras Universidades y de las que mantienen el máximo prestigio en la actualidad. No es posible adivinar en qué puede afectar al principio de igualdad una mínima diferencia formal entre quienes son evidentemente desiguales» (FJ 2). Creo haber demostrado ya que la distinción, ni es nimia ni tiene un puro carácter formal como aquí se indica, sino que, antes bien, tiene importantes consecuencias materiales que desnaturalizan el entero esquema legal de reconocimiento, en tanto este establece un régimen común en desarrollo directo del derecho fundamental concernido que no admite excepciones como la impugnada sin grave quebranto de la coherencia interna del sistema de reconocimiento instaurado. Por otra parte, el singular estatus internacional que en efecto se reconoce a la Iglesia en nuestro ordenamiento tiene determinadas consecuencias jurídicas entre nosotros, por ejemplo las que atienden a la naturaleza de los pactos que el Estado suscribe con esta confesión (la propia de los tratados internacionales), pero en modo alguno puede interferir en el normal desenvolvimiento del juicio constitucional de igualdad en materia de reconocimiento y disfrute de los derechos fundamentales, sólo condicionado este último por las normas iusfundamentales que rigen el sistema de derechos y libertades a las que también se encuentran supeditados, obvia decirlo, los tratados internacionales suscritos con la Santa Sede. Por lo demás, honestamente he de decir que se me escapa por completo la relevancia que pueda tener en el mencionado juicio de constitucionalidad el hecho de

que coincide parcialmente el autor de otra de las opiniones disidentes³⁴. Ello aparte, este magistrado recurre en efecto al entendimiento sociológicamente proporcional del principio de igualdad religiosa en la ley de leyes, y lo hace en los siguientes e inequívocos términos: «*Por último, el artículo 16.3 CE cuando, después de establecer que ninguna confesión tendrá carácter estatal, proclama que «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones» no cita expresamente a la Iglesia católica como un ejemplo de confesión, como parece latir en algún pasaje de la sentencia de la que me aparto, si no que ha de ponerse en relación con el mandato a los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de los españoles, mayoritariamente asentadas en dicha institución religiosa, lo que también sirve de objetiva justificación para esa mínima consideración formal que ahora se anula, con innecesario agravio»* (FJ 3). Alguien podría tal vez entender, como así lo ha hecho por ejemplo J. L. Martínez López-Muñiz en su excelente análisis de toda esta cuestión³⁵, que lo que era realmente innecesario es el privilegio legalmente consagrado en favor de las universidades católicas, dada la amplitud con la que nuestra Constitución reconoce y garantiza la libertad de enseñanza en materia universitaria, y esta posición estaría además avalada por lo dispuesto en el Preámbulo del Acuerdo con la Santa Sede en el que, significativamente, la propia Iglesia católica, consciente sin duda de esa gran amplitud y en apariencia plenamente satisfecha por tanto con las posibilidades que el régimen común en esta materia le ofrece para desarrollar libremente sus actividades en este terreno,

que nadie más, fuera del presente recurso, haya cuestionado la validez de la norma —no sabemos si se refiere este magistrado a un cuestionamiento judicial, social, o de alguna otra naturaleza—, como si ello pudiese constituir un argumento de algún peso en la verificación efectiva del control de constitucionalidad, cosa que me permito poner en duda.

³⁴ Se trata del voto formulado por don Francisco José Hernando, en el que puede leerse lo que sigue: «*Si, como recuerda la propia sentencia, la «ley de reconocimiento» no tiene carácter constitutivo sino que posee propiamente la naturaleza de una autorización que «sirve para garantizar la calidad de la docencia e investigación y, en general, del conjunto del sistema universitario, así como para asegurar que las Universidades disponen de los medios y recursos adecuados para el cumplimiento de las funciones que, en relación con la educación superior, les ha asignado el legislador», la consecuencia que debió obtenerse es que la dispensa tiene una justificación objetiva tan notoria como lo es la larga tradición de la Iglesia Católica en el campo de la enseñanza superior —hasta el punto de que la universidad como tal nace en el seno de la Iglesia— que le ha llevado a constituir múltiples Universidades en numerosos países, pudiéndose afirmar que la Iglesia católica es, mundialmente, la institución con mayor dedicación a la educación universitaria. Esta especial cualificación ha sido obviada en la sentencia, que no advierte ninguna diferencia en este campo entre la Iglesia Católica y cualquier particular que pretenda alumbrar una universidad» (FJ 2).*

³⁵ Cfr. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Régimen de las universidades privadas», *loc. cit.*, pág. 1269.

renuncia expresamente a cualquier situación de discriminación o privilegio³⁶. Sea como fuere, lo cierto es que Rodríguez Arribas abraza abierta y decididamente la tesis de la igualdad de proporcionalidad en su versión, por así decirlo, más estricta, hasta el punto de afirmar, como se ha visto, que la Iglesia católica no es mencionada en el art. 16.3 meramente como un ejemplo de confesión sino como la confesión mayoritaria de la sociedad española y, en consecuencia, merecedora de un tratamiento normativo especial y más beneficioso. Sobre ello volveré brevemente al final de estas páginas.

Desde una perspectiva semejante, considera por su parte don Juan José González Rivas en su correspondiente voto particular, apoyándose igualmente en lo dictaminado en la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de mayo de 1982, que la exención legal objeto de impugnación no constituye «*un privilegio constitucionalmente prohibido, porque responde a una justificación objetiva y razonable que, además, tiene apoyo directo en el artículo 16.3 CE, al reconocer que el Estado entable relaciones especiales de cooperación con la Iglesia Católica en atención a las singularidades que la caracterizan y distinguen del resto de confesiones religiosas con las que el Estado colabora. Esta posición de la Iglesia Católica, partiendo del dato histórico de la presencia principal de las Universidades de la Iglesia Católica en la gestación y transmisión del conocimiento, determina la existencia de elementos diferenciales, suficientemente válidos, que introducen una justificación objetiva y razonable del trato legal diferente*» (FJ 1).

En la misma línea, sostiene don Francisco José Hernando en su voto particular que «*Para la sentencia de la que discrepo el legislador estableció una diferencia de trato entre las Universidades privadas que es incompatible con el artículo 14 CE, pues no es posible «encontrar finalidad objetiva y razonable que justifique el establecimiento del tratamiento diferenciado entre las distintas Universidades privadas». A mi juicio, la sentencia no acierta en la elección del término de comparación, pues la norma anulada no contemplaba «un trato diferenciado entre Universidades privadas», como se insiste repetidamente en la sentencia; antes al contrario, lo que se establece es que las Universidades de la Iglesia Católica «se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercer estas actividades» (art. X.1 de Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede). En realidad, lo que la disposición contempla es un trato diferenciado de los promotores de Universidades privadas, de modo que la comparación debió establecerse entre la Iglesia Católica y el resto de personas, físicas o jurídicas, eventualmente promotoras de Universidades privadas*» (FJ 2). No hace falta ser muy

³⁶ Según establece en efecto el Preámbulo del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, «la Iglesia debe coordinar su misión educativa con los principios de libertad civil en materia religiosa y con los derechos de las familias y de todos los alumnos y Maestros, evitando cualquier discriminación o situación privilegiada» (La cursiva es mía).

perspicaz para intuir ya en esta sola argumentación un propósito de trasladar la cuestión a un terreno, el del estatuto de las confesiones en el ordenamiento estatal, en el que pueda esgrimirse el enunciado del art. 16.3 CE como elemento constitucionalmente justificador de la diferencia de trato, y efectivamente a continuación se verá confirmado este objetivo, pero, incluso desde la óptica de ese propósito la distinción planteada por este magistrado se antoja un tanto artificiosa, si es que no acaso directamente innecesaria: las universidades privadas, como categoría legalmente acuñada por nuestro ordenamiento, no son sino el resultado del ejercicio del derecho fundamental consagrado en el art. 27.6 de la Carta Magna, y por lo tanto hablar del establecimiento de un régimen jurídico específico para las universidades católicas viene a ser lo mismo que hacerlo de la instauración de un estatuto especial aplicable en este terreno a la Iglesia católica en el ejercicio de ese derecho fundamental; la distinción entre ambos aspectos, por lo tanto, me parece a esos efectos carente de la funcionalidad con la que aparentemente se formula. Sentado esto, uno de los elementos considerados por este magistrado como de gran relevancia constitucional a la hora de entender justificada la diferencia de tratamiento dispensado a la Iglesia católica —confirmándose así el propósito antes sólo intuido—, es precisamente «*la explicitación en el artículo 16.3 CE del deber de los poderes públicos de mantener relaciones de cooperación con la Iglesia Católica. Así lo pusimos de manifiesto en la STC 24/1982, de 13 de mayo, a propósito de la asistencia religiosa a las fuerzas armadas, quedando esclarecido que no hay situación de privilegio, sino de cooperación con las instituciones públicas del Estado, por el hecho de que se contemple y regule una determinada y singularizada participación de la Iglesia en el ámbito público*» (FJ 2). En efecto parece obvio que por ese solo hecho no hay privilegio, aunque no lo es menos, en mi opinión, que cuando esa regulación singularizada de la posición de la Iglesia atañe a las condiciones más elementales del ejercicio de un derecho fundamental, aquellas que conciernen a su desarrollo directo, y se verifica en términos más beneficiosos que los aplicables a sus restantes sujetos titulares, la cuestión adquiere entonces un cariz bien distinto y resulta muy difícil no percibir en ello una discriminación constitucionalmente ilegítima.

Un similar planteamiento vinculado a esa suerte de concepción sociológicamente proporcional de la igualdad religiosa late perceptiblemente en el trasfondo del voto particular presentado por don Andrés Ollero, en el que también se apela a la *nítida doctrina* —como aquí es calificada— establecida en la sentencia de 1982 en la que el Tribunal Constitucional validó la subsistencia de los cuerpos eclesiásticos castrenses: «*Mi segundo motivo de sorpresa —que justifica alusiones anteriores aparentemente ajenas al caso— deriva del decidido propósito de la sentencia de entender que lo que no hubiera constituido discriminación alguna para las «demás confe-*

siones religiosas» sí cobra tal carácter respecto a las demás Universidades privadas. Es obvio que las confesiones religiosas con significativo reflejo en las creencias de la sociedad española tienen derecho a beneficiarse de la «consiguiente» cooperación de los poderes públicos a que insta el artículo 16.3 CE. No es fácil encontrar en el mismo texto constitucional pasaje alguno que dote de similar derecho a las Universidades privadas. Lo que en el caso contemplado en la sentencia anterior [se refiere a la STC 24/1982] no daba pie a constatar un objetivo y razonable fundamento sobre la existencia de discriminación en favor de la Iglesia Católica se convierte ahora, de modo para mí misterioso, en fundamento de la por tantas vías argumentales sucesivamente perseguida discriminación de unas Universidades privadas ajenas al recurso» (FJ 3). Partiendo de estas premisas, concluye expeditivo este magistrado afirmando lo que sigue: «No me parece quepa duda de que la «cooperación» con la Iglesia Católica, «consiguiente» a su presencia en las creencias de la sociedad española, reconocida en su momento como capaz de justificar la existencia de un cuerpo de funcionarios confesional, habilita con creces para reconocer solvencia para crear Universidades a quien las inventó. Comprendo sin embargo que, desde la seráfica neutralidad propia de un laicismo ingenuamente neutralizador, se considere víctima de inconsciente parcialidad a quien sugiera que la existencia de un expreso mandato constitucional sea fundamento suficientemente objetivo y razonable como para descartar toda discriminación. Algo dejó escrito mi paisano Antonio Machado sobre «el celo sacerdotal de los incrédulos»» (FJ 3).

Dejando ahora al margen las últimas apreciaciones de este magistrado en las que se emplean expresiones que me parecen sencillamente impropias de la argumentación jurídica que corresponde a la sede en la que se realizan³⁷, la adhesión del autor del voto a la concepción sociológicamente proporcional de la igualdad religiosa resulta clara y, en la lógica interna de su planteamiento, plenamente coherente con el sentido de sus objeciones al fallo, en el sentido de que si la cooperación con las confesiones, así como el tratamiento más o menos beneficioso que de ella pudiera derivarse, han de llevarse a cabo con estricta dependencia del mayor o menor arraigo sociológico de estas y ello permitió al Tribunal Cons-

³⁷ Entiendo que también lo son del ámbito de la elaboración científica, pese a lo cual en esta otra sede, y especialmente en el ámbito de la doctrina eclesialista, encontramos ocasionalmente formulaciones semejantes, incluyendo alguna que otra mención al tan traído y llevado «virus del relativismo», una mención que leída en escritos pretendidamente científicos en el mejor de los casos resulta un tanto abochornante; obviamente, a este tipo de planteamientos no se puede responder con un mínimo de seriedad en sede científica, y acaso solo reste objetar frente a ellos, por mantener la discusión en el mismo terreno y siguiendo con el ejemplo apuntado, que tal vez no se trate de un virus sino más bien de una bacteria, dicho sea con el ruego de que se me admita la pequeña nota de humor ya que honestamente creo que tales posiciones no pueden ser tomadas de otro modo.

titucional, en 1982, avalar la constitucionalidad del modelo de integración orgánica con el que se establecía un distinto régimen de ejercicio del derecho a recibir asistencia religiosa para los ciudadanos católicos, entonces el derecho de fundación docente universitaria —y hay que suponer que cualquier otro— debería también poder ver modificado su contenido en función de lo pactado con las confesiones y conforme a la singularidad diferencial de cada una de ellas, sin que todo ello ocasione una ilegítima discriminación ni entre las diversas confesiones religiosas ni tampoco por tanto entre las distintas universidades que, en definitiva, son el resultado del ejercicio de aquel derecho.

En mi opinión y por las razones ya explicitadas, tanto la idea misma de la igualdad de proporcionalidad como el papel que en este tipo de planteamientos se asigna a la regulación concordataria en el desarrollo directo de los derechos fundamentales, resultan ambos particularmente discutibles en nuestro sistema constitucional.

Con todo, en último término el criterio general que aboga por la concepción sociológicamente proporcional del principio de igualdad religiosa y al que, como se ha visto, apelan la mayor parte de los magistrados objetantes en sus respectivos votos particulares, no ha encontrado acogida en la STC 131/2013, aunque es justo reconocer que la sentencia, en la medida en la que no detecta la existencia de la especialidad en el propio texto concordatario sino en la ley, elude la cuestión de fondo que pudiera plantearse a propósito del significado del art. 16.3 como legitimador de un tratamiento jurídico más beneficioso concedido por la vía acordada a unas u otras confesiones en función de su mayor o menor arraigo sociológico y, singularmente, a la Iglesia católica especialmente mencionada en el texto iusfundamental; ni tan siquiera se pronuncia la sentencia, en términos meramente dialécticos como hace a menudo en otras resoluciones, acerca de las consecuencias previsiblemente también invalidantes que hubiese tenido el hecho de que la especialidad estuviese en efecto consagrada en la norma acordada, como pretendía el Consejo de Estado, y por tanto no podemos saber con certeza si, de haberse conducido de ese modo el juez de la Constitución, este hubiese también rechazado la aplicación aquí del referido concepto proporcional del principio de igualdad religiosa como yo entiendo que debería haberlo hecho.

4. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL

Ya desde muy temprano la específica mención constitucional a la Iglesia católica en el art. 16.3 suscitó ciertos celos derivados de la percepción de que, con dicha mención, podría estar dándose amparo a una suerte de confesionalidad

encubierta o podría de algún modo estar prestándose una cobertura formal para entender después constitucionalmente justificado, ya en el terreno del desarrollo legislativo, un tratamiento normativo especial y por supuesto más beneficioso para la confesión que antaño fuese la oficial de la Nación y que ahora, merced a este enunciado iusfundamental, se habría hecho también acreedora a un trato especial en el nuevo régimen político en atención a su condición de religión sociológicamente mayoritaria.

Ese precepto constitucional, en sí mismo, resultaba en efecto ciertamente problemático y sólo algunos autores, entre ellos destacadamente J. A. Souto, han llamado la atención sobre el hecho de que realmente las razones subyacentes a su aprobación no fueron de orden estrictamente jurídico sino que, más bien, atendieron a la necesidad de prestar algún tipo de cobertura, siquiera formal, en el nuevo ordenamiento constitucional a unos acuerdos con la Santa Sede que estaban ya siendo negociados en paralelo al desarrollo del proceso constituyente, y todo ello a modo de contrapartida por el apoyo prestado por la jerarquía eclesiástica al proceso de transición al régimen democrático³⁸. La explicación es, en mi opinión, acertada y profundamente realista, pero lo cierto es que la aprobación final del precepto dejó en el aire algunos interrogantes acerca del significado que eventualmente habría de atribuirse tanto a esa mención específica como, mas ampliamente, a la referencia a la obligación de «tener en cuenta» las creencias religiosas de la sociedad española, una formulación no menos problemática y que, como asimismo ha apuntado con perspicacia el autor que acabo de citar, obliga al Estado a realizar una especie de ejercicio de sociología religiosa cuando menos dudosamente compatible con el significado atribuido por la jurisprudencia.

³⁸ Paradigmática en este sentido la posición de J. A. SOUTO, «Cooperación del Estado con las confesiones religiosas», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 84 (1995), págs. 368 y ss.; con igual perspicacia ha hecho notar L. Prieto Sanchís que, «salvo que adoptemos una perspectiva estrechamente formalista, los Acuerdos no representan ningún desarrollo constitucional; ellos son el fruto de una negociación que no se conecta con ningún modelo previo de Derecho eclesiástico español, sino que se produce al tiempo que se modelo iba tomando forma. En otras palabras: las bases del Derecho eclesiástico español fueron diseñadas en 1978 mediante un complejo proceso legislativo en el que se aúnan decisiones constituyentes unilaterales y transacciones bilaterales» (L. PRIETO SANCHÍS, «El Derecho eclesiástico de la década constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, 66 (1989), p. 95), y, similarmente, ha puesto de relieve F. Rey que «el constituyente no fue totalmente libre en relación con la regulación de [...] la posición privilegiada de la Iglesia católica en nuestro ordenamiento a partir de los Acuerdos internacionales que entraron en vigor más tarde pero que fueron gestados de modo paralelo a la elaboración del propio texto constitucional. Esto ha determinado, en gran medida, que los Acuerdos no hayan sido interpretados a la luz de la Constitución, sino justo al revés» (F. REY, «La decisión del constituyente en materia de conciencia y religión», en A. BARRERO y M. TEROL (Coords.), *La libertad religiosa en el Estado social*, Valencia, 2009, p. 110).

cia constitucional al principio de aconfesionalidad³⁹ —convierte por lo tanto al sujeto de ese mandato en lo que podríamos denominar una suerte de *Estado sociólogo de la religión*—; se trata de un fenómeno que, por otra parte, es en alguna medida extrapolable en términos generales a todas aquellas normas que establecen un régimen especial para la libertad religiosa (o si se quiere para el fenómeno religioso en su proyección civil) y que por ello mismo obligan indefectiblemente a los poderes públicos a pronunciarse acerca de qué es y qué no es la religión o lo religioso⁴⁰, lo que por su parte ha llevado recientemente al Tribunal Supremo del Reino Unido a hablar aquí de que esa necesidad de definir lo que es o lo que no es la religión en determinados preceptos legales obliga al Estado a entrar en disquisiciones que son más propias del ámbito de la teología y que, en principio, le deberían ser ajenas —le convierte, podríamos decir, en un *Estado teólogo*—, poniéndose así en duda que esa actuación de los poderes públicos esté en consonancia con el ámbito propio de sus funciones y competencias en el ordenamiento constitucional⁴¹.

Todas estas cuestiones son sobradamente conocidas y, además, se sitúan actualmente en el epicentro del debate científico en torno a eso que se ha dado en llamar el tratamiento jurídico del factor o del fenómeno religioso en los ordenamientos estatales o, también, de las relaciones Iglesia-Estado.

Tras la aprobación de la Constitución, en un primer momento, por lo general pocos autores propugnaron abiertamente un significado del art. 16.3 que en efecto implicase un régimen privilegiado para la confesión mayoritaria y constitucionalmente dotada de una mención específica, tal y como, de hecho, desde algunos sectores sí se había solicitado ya incluso durante el proceso de elaboración del texto constitucional⁴². Quizás las más que evidentes dificultades para

³⁹ Cfr. J. A. SOUTO, «Veinticinco años de cuestión religiosa y su solución constitucional», en *Revista de Derecho Político*, 58-59 (2003-2004), págs. 184-85.

⁴⁰ Vid. más ampliamente sobre ello J. R. POLO, «El significado constitucional de la libertad religiosa», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 13 (2013). También publicado en *IDEM, Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho español*, Barcelona, 2014.

⁴¹ Se trata de la sentencia de 11 de diciembre de 2013 en el llamado caso *Hodkin (R (on the application of Hodkin and another) (Appellants) v Registrar General of Births, Deaths and Marriages (Respondent))* [2013] UKSC 77). Un incisivo análisis del contenido de la sentencia, en la que por otra parte el Tribunal no lleva ese criterio hasta sus últimas consecuencias jurídicas e incurre paradójicamente, por ello mismo, en algunas consideraciones que en efecto son más propias de la discusión teológica, puede verse, entre otros, en R. SANDBERG, «Defining the Divine», en *Ecclesiastical Law Journal*, 16 (2014), págs. 201-02.

⁴² Harto reveladoras en ese sentido las palabras C. Albiñana, en un momento en el que estaba aún desarrollándose el proceso constituyente, instando este autor a tener en cuenta «la especial y bien ganada consideración que la Iglesia Católica tiene en España tanto por razones históricas,

hacer compatible esa posición con la vigencia del principio de igualdad y no discriminación propiciaron que ello fuese así, aunque lo cierto es que la que hemos dado en llamar concepción sociológicamente proporcional del principio de igualdad religiosa no tardó en abrirse camino entre un amplio sector de la doctrina científica, fundamentalmente a raíz de su temprana formulación en la teoría de los principios informadores del Derecho Eclesiástico español que tan singular fortuna ha hecho entre nosotros, en los términos que ya han quedado sucintamente expuestos.

En los primeros años de andadura del régimen constitucional, y de hecho ya durante el transcurso del proceso constituyente, las críticas planteadas en el ámbito doctrinal en relación con un enunciado constitucional, el del art. 16.3, que en sí mismo aparentemente parecía llevar implícito el germen de la discriminación y del tratamiento más beneficioso a unas u otras confesiones en función de su mayor o menor presencia sociológica entre nosotros y, especialmente, parecía propiciar el tratamiento privilegiado de la religión tradicionalmente mayoritaria en nuestro país —se habló entonces, por ejemplo, de una *confesionalidad encubierta* en el precepto iusfundamental⁴³—, fueron a menudo contestadas tratando aparentemente de restar importancia a la mención especial a la Iglesia a la que, se objetaba, debía atribuirse un carácter testimonial o meramente simbólico como reflejo de la confesionalidad sociológica del pueblo español y a la que, en consecuencia, no debía concebirse en el plano jurídico como portadora de ningún tipo de confesionalidad solapada o encubierta que sirviese eventualmente de amparo a discriminaciones o privilegios en este terreno.

El transcurso del tiempo y los desarrollos legislativos acaecidos desde entonces parecen sin embargo haber desmentido estas refutaciones, y el entendimiento sociológicamente proporcional de la igualdad religiosa que se ha extendido entre la doctrina científica y que ha tenido ocasionalmente algún reflejo en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, sirviendo a menudo para justificar determinados estatutos privilegiados en favor de la Iglesia católica en nuestro ordenamiento, así lo evidencia; el sentido global de los votos particulares que han sido objeto de análisis en estas páginas constituiría, pues, una nueva mues-

como sociológicas, culturales y aún meramente cuantitativas, que de algún modo ha de pesar al plantear cualquier ordenamiento jurídico en materia religiosa, ya sea con rango constitucional, ya sea a nivel orgánico u ordinario» (C. ALBIÑANA, «El régimen jurídico-económico de la Iglesia en España», en VVAA, *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad*, Salamanca, 1978, p. 103).

⁴³ Cfr. D. LLAMAZARES y G. SUÁREZ PERTIERRA, «El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61 (1980), págs. 33-34.

tra de ese tipo de planteamientos y además expresados en términos bastante claros e inequívocos que dejan escaso lugar a la duda acerca del significado, sociológicamente proporcional, que en ellos se atribuye a la igualdad religiosa en nuestra Constitución.

Title:

A critical analysis of the main arguments layed down in the dissenting opinions to the decision of the Spanish Constitutional Court on the legal status of catholic universities (STC 131/2013)

Summary:

1. Introduction. 2. The decision of the Spanish Constitutional Court on the issue of the legal position of catholic universities in Spain's legal system. 3. A critical overview of the dissenting opinions to the STC 131/2013. 4. Final remarks

Resumen:

En este trabajo se estudia el contenido de los numerosos votos particulares formulados a la sentencia del Tribunal Constitucional que, en 2013, decretó la invalidez de régimen especial de reconocimiento concedido a las universidades católicas por la Ley Orgánica de Universidades de 2001. Se realiza un análisis crítico de la perspectiva globalmente adoptada en esos votos y, especialmente, de algunas de las premisas que en ellos se adoptan, como es el caso de la llamada concepción proporcional de la igualdad religiosa, tradicionalmente asumida por un sector de la doctrina científica a partir de lo estipulado en el art. 16.3 CE y ahora también aceptada generalizadamente en el seno de estas opiniones disidentes.

Abstract:

This paper deals with the study of the numerous dissenting opinions present in the decision of the Spanish Constitutional Court that in 2013 invalidated the special legal status granted to the catholic universities in Spain's Law by the 2001 Universities Act. Extensive consideration is here give to the meaning of the main conceptions common to those dissenting opinions, and particularly to the notion of the so called «proportional equality», traditionally developed

by certain scholars with the aim to justify the different legal treatment given in Spain's Law to the different denominations and now also present in most of those above mentioned dissenting opinions.

Palabras Clave:

Universidades privadas; universidades católicas: libertades educativas

Keywords:

Private universities; catholic universities; educational rights

