

LIBERTAD RELIGIOSA Y FUERZAS ARMADAS

I. OBJETO DEL TRABAJO

Dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho como en el que nos encontramos, basado en principios tales como libertad, igualdad o el pluralismo político, como reza el artículo primero de nuestra Carta Magna, debe destacarse especialmente por su importancia el derecho fundamental a la libertad religiosa¹, ideológica y de culto, constitucionalmente reconocida en el artículo 16. Según este precepto, la titularidad de esta libertad publica viene atribuida “a los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley²”.

No cabe duda, por consiguiente, que todo militar profesional como parte integrante de la comunidad política ostenta este derecho con todos sus mecanismos de protección añadidos, pudiendo ejercitar y llevar a cabo cualquiera de las manifestaciones que esta libertad comprende. Así,

1 La relación entre la libertad religiosa y la declaración programática del artículo primero de nuestra Carta Magna ha sido puesta de manifiesto por múltiples autores, entre los que destacan, Prieto Sanchís, *El derecho fundamental de libertad religiosa*, en “Curso de Derecho Eclesiástico”, Madrid, 1991, páginas 299-341; Llamazares Fernández, *Libertad religiosa y de culto*, en “Los derechos fundamentales y las libertades públicas. XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado”, Madrid, 1992, páginas 341-363; López Castillo, *Acerca del derecho de libertad religiosa*, en “REDC”, 56(1999), páginas 75-104; Alonso de Antonio, *El derecho a la libertad religiosa en la Constitución española de 1978*, en “RFDUC”, 2(1980), páginas 223-256; Ciáurriz, M. J., *Libertad religiosa y concepción de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, en “IC”, XXIV(1984), páginas 883-902; Suárez Pertierra, *Derechos y libertades fundamentales. Comentario introductorio al capítulo II* en “Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978”, II, Madrid, 1984, páginas 263-27 y Mantecón, J., *derecho fundamental de libertad religiosa. Textos comentarios y bibliografía*, Eunsa, Pamplona, 1996.

2 En este sentido, véase el estudio de Martín Retortillo, *Libertad religiosa y orden público. (Un estudio de jurisprudencia)*, Madrid, 1970 Combalía, Z., *Los límites del derecho de libertad religiosa*, en “Tratado de Derecho eclesiástico”, Pamplona, 1994, páginas 471-510 y Rodríguez García y Pardo Prieto, *La moral pública como límite de la libertad ideológica y religiosa. Estudio jurisprudencial*, en “LRyCJC”, 1998, páginas 743-759.

el artículo 150 de la Ley 17/1999, de Régimen de Personal Militar, establece que “El régimen de derechos, libertades y deberes de los militares profesionales es el establecido en la Constitución, en las disposiciones de desarrollo de la misma y, según lo previsto en la Ley Orgánica por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas”. En conexión con el anterior, el artículo 169 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas dispone que “El militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollen y por esta Ordenanzas”.

El ejercicio de la libertad religiosa por parte de un militar profesional implicará, sin perjuicio del conjunto de garantías con las que este derecho viene revestido, que en ningún momento esta circunstancia pueda conllevar una eventual discriminación por razón de religión, opción expresamente prohibida por el artículo 14 de la Carta Magna que recoge el principio, básico para el análisis de cualquier derecho fundamental, de igualdad ante la ley e igualmente plasmado en el artículo 185 de las Reales Ordenanzas, a cuyo tenor establece que “En las Fuerzas Armadas ninguno de sus miembros será objeto de discriminación por razón de sexo, raza, nacimiento, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social”.

Del mismo modo, tampoco cabe ninguna duda de las especialidades que presenta la organización militar frente al resto de la sociedad al estar estructurada esta como una “institución disciplinada, jerarquizada y unida”, tal y como prevé el artículo 10 de las Reales Ordenanzas ya citadas. Por ello, no es de extrañar que el ejercicio de los derechos fundamentales en la persona del militar profesional esté caracterizado por la existencia de limitaciones o incluso negaciones en cuanto a la cristalización de los mismos.

Así, todo militar profesional en cuanto “individuo” ostenta la titularidad legítima del derecho a la libertad religiosa, pero en cuanto que militar el contenido del mismo no lo podrá desarrollar con la misma ausencia de trabas que lo pueda hacer cualquier ciudadano. Las mismas Reales Ordenanzas dan buena cuenta de lo anterior al establecer en su artículo 177 que “todo militar tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, sin otras limitaciones que las legalmente impuestas por razones de disciplina o seguridad”³.

3 Corrales Elizondo, *Consideración sobre un posible estatuto general de derechos y obligaciones del militar profesional en el marco de la Ley 17/1999, de 18 de mayo*, en Normativa regula-

De conformidad con el tenor literal de este precepto vemos como las limitaciones han pasado de la esfera del orden público para situarse en el ámbito de la disciplina o de la propia seguridad, a lo cual debemos unir dos consideraciones.

La primera nos llevaría al concepto manejado por la doctrina administrativista de “relación de especial sujeción”. Coincido con García Macho⁴ en el carácter etéreo y difuminado que tiene tanto el contenido conceptual como los límites de ésta, antigüedad que, por otro lado, también ha sido puesta de manifiesto por nuestra jurisprudencia. Poco a poco se va abriendo la vía, a través de la jurisprudencia constitucional –Sentencia de 234/1991, de 10 de diciembre en relación con el Auto 375/1983, de 30 de julio– por la cual debe admitirse que la existencia de estas relaciones de especial sujeción –en lo que atañe al presente trabajo, las Fuerzas Armadas– no implica de ningún modo un efectivo despojo de los derechos ni siquiera un recorte inmotivado en el ejercicio de los mismos. Por ello, la libertad religiosa es plenamente aplicable a todo militar profesional y las limitaciones que pueda plantearse a su ejercicio deberán basarse en criterios razonables tales como el orden público, la disciplina o la seguridad.⁵

Por ello, el criterio que pueda limitar el ejercicio efectivo del derecho no será otro que la razonabilidad y la coherencia, factores ambos que podrán justificar y motivar una eventual traba al libre desarrollo de las garantías de esta libertad pública. La limitación, por ello, de la libertad religiosa al militar puede entenderse justificada en tanto que es una intervención prevista en la ley y puede tener carácter necesario en el marco de una sociedad democrática. Cumple con la expectativa del principio de legalidad, el cual exige no sólo la previsión legal sino también la existencia en nuestro ordenamiento de unas medidas adecuadas de protección contra cualquier interferencia arbitraria por parte de las autoridades en un sentido material y sustantivo.⁶

dora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares. III jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa. Ministerio de Defensa. Subsecretaría de Defensa. Madrid. Abril 2001, páginas 18 a 32, donde analiza, entre otras cuestiones, la posible inconstitucionalidad del artículo 177 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, pero, sin embargo, no entra a desarrollar los límites de la libertad religiosa.

4 García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, página 38 y siguientes.

5 Estas limitaciones han sido tradicionalmente admitidas en todos los ordenamientos de nuestro entorno, en este sentido, así lo indica Morales Villanueva, en *Los derechos políticos del militar profesional*, en la obra colectiva “Libertades Públicas y Fuerzas Armadas”, editada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid 1985, páginas 354 y siguientes.

6 Estas argumentaciones respecto a las limitaciones de los derechos fundamentales son las manejadas fundamentalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en sentencias

La segunda de las estimaciones nos lleva a afirmar que en el seno de las funciones propias de las Fuerzas Armadas y en el transcurso de sus cotidianos quehaceres se pueden plantear ciertos conflictos en los que el principio de libertad religiosa y la aconfesionalidad del Estado adquieren verdadero protagonismo. En este contexto se sitúan las celebraciones de actos militares en los cuales pueden imbricarse otros actos de cariz religioso. En algunas ocasiones, dentro del acto militar habrá otro de carácter religioso claramente diferenciado; en otros casos, será más difícil determinar donde empieza uno y otro.

Planteados, por tanto, los anteriores presupuestos, el objeto del presente trabajo se centra en el tratamiento jurídico de todos aquellos actos y ceremonias de carácter militar en las cuales pueden incluirse actos y ceremonias de tinte religioso. ¿Estamos ante un mero acto de servicio frente al cual el militar no puede negarse a acudir? ¿Es una manifestación religiosa a la que me puedo negar a ir esgrimiendo mi derecho constitucional? ¿Cabe la voluntariedad para acudir a estas ceremonias? En el caso de que, fruto de la negativa a participar en estos actos, haya sido sancionado, ¿Cuales son las vías que el Ordenamiento me abre para que mi derecho fundamental sea reconocido?

II. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA LIBERTAD RELIGIOSA

1. *Fundamento de la misma*

Si bien de modo muy breve, se debe hacer referencia al fundamento de la libertad religiosa como uno de los derechos fundamentales de capital importancia en nuestro sistema constitucional. Partiendo de la base de que nos encontramos ante una libertad encasillable entre los llamados derechos humanos⁷, en tanto que derivan directamente de estatuto ontológico del hombre y sin perjuicio de la dialéctica doctrinal⁸ mantenida

de 26 de octubre de 200, de 27 de junio de 2000, de 6 de abril de 2000, de 14 de diciembre de 1999, de 18 de febrero de 1999 o de 1 de julio de 1997 reconocen que toda interferencia en el libre desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas debe hallarse debidamente justificada. Dicha justificación deberá ser objetiva y razonable, valorando la necesidad social o la urgencia de que dicha intervención exista

⁷ Mantecón, *La libertad religiosa como derecho humano*, en "Tratado de Derecho eclesiástico", Pamplona, 1994, páginas 85-140

⁸ Jordán, *El derecho de libertad religiosa en la doctrina española*, en "IC", XXXIII (1993), páginas 47-60 o Gotj Ordeñana, *Los derechos fundamentales en la doctrina de Francisco de Vitoria*, en "ADEE", XIII (1997), páginas 51-74, Véase con carácter genérico el recorrido doctrinal

entre el iusnaturalismo histórico y el iuspositivismo acerca de cuales son los pilares sobre los que debe asentarse la libertad analizada –y dejando de lado los múltiples aspectos sociológicos y políticos por los que se ve afectada esta libertad– es diáfano que el fundamento constitucional se sitúa en dos preceptos⁹.

El primero de ellos, el artículo 1.1. al establecer que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” y el segundo, el artículo 10.2 al prever expresamente que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.¹⁰

Es importante significar como el Concilio Vaticano II en el número 2 de la Declaración sobre libertad religiosa reconoció que «el derecho a la libertad religiosa está realmente fundado en la dignidad misma de la persona humana tal como se la conoce por la palabra revelada por Dios y por la misma razón. Por consiguiente, el derecho a la libertad religiosa no se funda en la disposición subjetiva de la persona, sino en su misma naturaleza»¹¹. Esta es la visión más lejana del fundamento del derecho que venimos analizando, mientras que la perspectiva más cercana, más inmediata, viene constituida por la necesidad de garantizar mediante vías de protección adecuadas la absoluta virtualidad del ejercicio de este derecho. Ahonda en el yo, en la realidad subjetiva y más íntima de cada persona que intenta buscar su explicación individual al fenómeno religioso y, de ello, se deriva la necesidad de suprimir y superar todo obstáculo que impida o dificulte dicha búsqueda, permitiéndole, por ejemplo, la libre participación en los actos cultos de la religión que profesa o, por el contrario, no obligándole a acudir a los mismos.

Ahora bien, para que se puedan manejar estas dos perspectivas con total comodidad, el requisito básico de inexcusable cumplimiento no es

expuesto por González Moreno, en “*El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución española*”, publicado en “REDC”, 22 (2002), páginas 123-145.

9 Motilla, A. *Breves reflexiones en torno a la importancia social y política del derecho de libertad religiosa*, en “RDP”, número 114, 1988, páginas 109 a 120.

10 Véase, en este sentido, la diferente terminología utilizada en las distintas constituciones de países nuestro entorno para hacer referencia al fundamento de los derechos fundamentales, tal y como lo recoge Ruiz Jiménez, en los comentarios que hace del artículo 10.1 de la Carta Magna. (ALZAGA, O. *Comentarios a la Constitución*. Volumen II, Editorial Civitas, Madrid 1984)

11 Declaración “*Dignitatis Humanae*”, en Documentos del Vaticano II, B.A.C. (Biblioteca de Autores Cristianos). Editorial Católica S.A, Madrid, 1973.

otro que el principio de libertad se asiente con plena efectividad en el seno de una sociedad netamente democrática.¹²

Estamos, por tanto, ante un derecho fundamental, razón de ser del resto, ya que por su fundamento, está íntimamente vinculado e intrincado con la dignidad humana, lo que le hace un derecho personalísimo¹³ e inalienable. Es, en definitiva, una de las manifestaciones de la libertad de pensamiento –junto con la libertad ideológica, de religión y de conciencia¹⁴– entendida como la capacidad de la persona de elegir, escoger, elaborar, seleccionar y defender por sí mismo las respuestas que considera acertadas a todas las cuestiones que la vida plantea, incluyendo el ser capaz de ajustar su conducta a la respuesta escogida y, por ende, de comunicarlas y trasladarlas al resto de la comunidad política en la que se incluye.

2. *Antecedentes normativos*

Los principios fundamentales configuradores de la libertad religiosa, tal y como hoy es entendida, son fruto de la evolución constitucional iniciada con la Constitución de Bayona de 1808 y que llega hasta la actual plasmación normativa del artículo 16. En efecto, en el Texto constitucional de principios del siglo XIX no se concebía en sentido estricto la libertad religiosa, ideológica y de cultos, sino que se imponía que, según el artículo primero, “la religión católica, apostólica, romana, en España y en todas las posesiones españolas, será la religión del Rey de la Nación, y no se permitirá ninguna otra”. Pese al espíritu liberal que inspiró la labor de las Cortes de Cádiz, que se extendió desde 1810 a 1814, la Constitución de Cádiz siguió sin abrir la puerta a la libertad de cultos, manteniéndose

12 Así, Martín de Agar, *Tolerancia y libertad*, en “Escritos en Honor de Javier Hervada”, Pamplona, 1999, páginas 931-939.

13 González del Valle, *La regulación legal de la libertad religiosa como derecho de la persona*, en “Derecho Eclesiástico del Estado Español”, 2a ed., Pamplona, 1983, páginas 263-277

14 También catalogada como derecho a la formación de conciencia, tal y como lo considera Martín Sánchez, *El derecho a la formación de la conciencia y sus garantías constitucionales en el ordenamiento jurídico español*, Derecho Eclesiástico (II-99), 450-544. El principio de libertad religiosa se divide en dos vertientes: la primera, la externa donde tiene cabida la libertad de cultos, con trascendencia hacia terceros; la segunda, la interna, donde se encuadra la libertad de conciencia o derecho a actuar conforme las propias creencias. (García Hervás, *Consideraciones sobre el derecho de libertad religiosa, ideológica y de conciencia*, en “Tapia”, 73(1993), páginas 23-25, Salcedo, J. R., *Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia*, en “LRyCJC”, 1998, páginas 799-808 López Castillo, *Libertad de conciencia y de religión*, en “REDC”, 63(2001), páginas 11-42, y Rodríguez, O. y Rossell, J., *Libertad ideológica y libertades afines en el modelo constitucional*, en “II Congreso de estudiantes”, Jerez, 1995, páginas 13-43.)

una religión de Estado, la católica. Así, el artículo 12 de aquella disponía que “la religión de la nación española es, y será perpetuamente, la Católica Apostólica y Romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”

En la Constitución de 1837 permanece la misma postura confesional del Estado al prever en su artículo 11 que “la nación se obliga a mantener el culto y ministros de la religión católica, que es la que profesan los españoles”. Similares términos son los usados en la redacción del también artículo 11 de la Constitución de 1845, al establecer que “la religión de la nación española es la Católica Apostólica y Romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros”. En 1851 se firma el Concordato Santa Sede-España, en cuyo artículo primero reconocía que “la Religión Católica, Apostólica, Romana, que, con exclusión de cualquier otro culto, continúa siendo la única de la nación española, se conservará siempre en los dominios de S.M. Católica, con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la Ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados Cánones”.

Pero es con la Constitución de 1869 con la que se reconoce por primera vez en nuestra historia constitucional, si bien tímidamente, el principio de libertad de cultos. Reviste una peculiaridad digna de significación cual es que la garantía en el ejercicio y profesión de una religión distinta de la católica venía reconociendo, primeramente, a los extranjeros residentes en España, aunque esta protección se extendía en el supuesto de que “algunos españoles profesasen otra religión que la católica” y todo ello “sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho”. De cualquier modo, el régimen confesional del Estado seguía nuevamente reconocido, ahora en el artículo 21, al recoger que “la nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la Religión Católica”.

La Constitución de 1876, en su artículo 11, establecía que “la religión Católica, Apostólica y Romana es la del Estado. La nación se obliga a mantener el culto y sus ministros”. Una vez reafirmada la confesionalidad del Estado, el constituyente volvía a hacer un guiño a la libertad ideológica y de cultos al admitir que “nadie será molestado en territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su culto respectivo, salvo el respeto debido a la moralidad cristiana”, pero este escaso reconocimiento venía limitado en el apartado tercero del precepto analizado puesto que, en una de las esferas más importantes de la libertad religiosa como son las manifestaciones públicas de los distintos credos profesados, se prohibían “otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado”.

Con la instauración de la II República y la promulgación de la Constitución de 1931, se proclama, por primera vez, algunas de las manifestaciones más patentes de la libertad religiosa. Así, el artículo 27 establece que “la libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública”. Se diferenciaba a la hora del ejercicio de los diferentes cultos el hecho de que se pudiesen practicar pública o privadamente. Este último supuesto estaba abierto a todas las confesiones, mientras que “las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno”. Finalizaba este precepto disponiendo que “nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas”.

Con el Fuero de los españoles de 1945, se vuelve a restringir la libertad de cultos y se restablece la confesionalidad del Estado. El artículo 6 es indicativo de ello al disponer que “la profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial”. Curiosamente, al igual que ocurre con la Constitución Republicana, se sigue haciendo referencia a la profesión pública y privada de los diversos cultos. Desde el punto de vista de lo primero, se sancionaba que “no se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la religión Católica”, mientras que desde el punto de vista de lo segundo, se mantiene el derecho a que nadie sea molestado “por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto”.

En íntima conexión con el anterior instrumento normativo debemos destacar tanto el contenido del artículo primero del Concordato del Vaticano con España, datado el 26 octubre 1953, en el que expresamente establecía que “la Religión Católica, Apostólica, Romana sigue siendo la única de la Nación española y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la Ley Divina y el Derecho Canónico”, como la Disposición Adicional primera de la Ley Orgánica del Estado de 1966 que modificaba la redacción del artículo 6 del Fuero de los Españoles y que supone, de manera novedosa, la asunción por parte del Estado de la debida protección que debe darse al principio de libertad religiosa, la cual “será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público”¹⁵.

Fruto de esta evolución, se consagra definitivamente en nuestro texto constitucional en el artículo 16, con la redacción ya indicada, engro-

15 Véase respecto a los antecedentes de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa a Barcia Martín, *Derecho de libertad religiosa en España después de la Constitución*, en “Anuario de Filosofía del Derecho”, (1987), páginas 433-448 y Olmos Ortega y Vento Torres, *La libertad religiosa tras un decenio de Constitución*, en “REDC”, 46(1989), páginas 235-253.

sando, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 53 del mismo, uno de los llamados derechos fundamentales¹⁶, que podrán ser tutelados a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, tal y como queda dispuesto en la Ley Orgánica reguladora del mismo en su artículo 41.

3. *Concepto y regulación vigente*

Con la base, ya comentada, del principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Carta Magna, la libertad religiosa viene regulada en el artículo 16 de la Constitución Española al establecer que:

“1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencia

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. 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.”

En desarrollo de este precepto, de clara inspiración germana¹⁷, se promulgó la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, y por mor del artículo 10.2 de la Constitución este derecho debe interpretarse a la luz de ciertos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Así, el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁸, de 10 de diciembre de 1948, el cual establece que “toda

16 En relación con la consagración constitucional y su desarrollo posterior, véase a Calvo Otero, *Reflexión crítica acerca de la libertad religiosa e ideológica en la Constitución española de 1978*, en “Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa”, Madrid, 1989, páginas 117-128; Iban, I. C., *La libertad religiosa como derecho fundamental*, en “Anuario de Derechos Humanos”, volumen 3, 1984-1985, páginas 163-174 y Ciáurriz, M. J., *El régimen de la libertad religiosa en el ordenamiento español*, en “DE”, volumen I, 1995, páginas 354-382.

17 Así, el artículo 4 de la Ley Fundamental de Bonn establece que “••/. *La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de profesión religiosa e ideológica son inviolables. 2. El libre ejercicio del culto está garantizado. 3. Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a servir con las armas en la guerra. La regulación se hará por ley federal.*” (Cascajo Castro y García Alvarez, *Constituciones Extranjeras Contemporáneas*. Editorial Tecnos, 2a edición, Madrid 1991, página 169)

18 En la votación celebrada el día 10 de diciembre de 1948 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el artículo 18 arriba reseñado no fue objeto de ningún voto negativo por parte de ningún país y sí de algunas abstenciones por países como las extintas URSS y Yugoslavia.

persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”, el artículo 9 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 12 de la Convención Americana o, también llamado, Pacto de San José de Costa Rica.

También merece ser destacado en este contexto la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981.

III. LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DEL MILITAR PROFESIONAL

1. Titularidad

La titularidad del derecho subjetivo que venimos analizando puede recaer, sin duda, en el militar profesional. Está incluido en el llamado “estatuto personal del militar profesional”, entendido como el conjunto de derechos y deberes que conforman la relación de servicios de la totalidad de los miembros de las Fuerzas Armadas¹⁹. En este sentido, el artículo 150 de la Ley 17/1999²⁰, de Régimen de Personal Militar, establece que todos aquellos que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación gozarán de los derechos reconocidos por la “Constitución, en las disposiciones de desarrollo de la misma y, según lo previsto en la Ley Orgánica por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional²¹ y

Véase al respecto, Verdoot, A. “Declaración Universal de los Derechos Humanos. Nacimiento y significación”, Bilbao, Mensajero, 1969, páginas 172 a 180.

19 Mozo Seoane, *Reflexiones sobre los derechos y deberes del militar profesional*, en Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares. III jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa. Ministerio de Defensa. Subsecretaría de Defensa. Madrid. Abril.2001, páginas 33 a 44. Vid. Peñarrubia Iza, “Presupuestos constitucionales de la Función Militar”, en Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, páginas 169 a 176.

20 La Ley 17/1989 de régimen de personal militar no recogía en su articulado ningún precepto en el cual se reconociera de “modo particularizado” el régimen de derechos y obligaciones del personal militar profesional. Véase en este sentido, Fernández Segado, *El nuevo régimen jurídico de los militares profesionales: La Ley 17/1999, de 18 de mayo* en REDM, número 79, julio-diciembre 1999, páginas 11a 51, especialmente página 43.

21 El artículo 26 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y organización militar establece que “ las obligaciones, normas de

la organización militar, en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas”.

La titularidad pasiva, por su lado, recae en los poderes públicos, en la Administración Militar, por imperativo constitucional del artículo 53.1 al establecer que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”, concretando en materia de derechos fundamentales lo que el artículo 9 de la Carta Magna dispone al respecto, es decir que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

2. Contenido

Según Torres del Moral²², en relación con el contenido de la libertad religiosa, el artículo 16 de la Carta Magna insta un Estado aconfesional al reconocer que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”, lo cual no obsta que desconozca el hecho religioso, ya que lo reconoce y lo protege, distinguiendo como aspectos destacables los siguientes:

- a) La libertad religiosa del sujeto estrictamente individual.
- b) La libertad de culto, derivada del anterior y de sujeto tanto individual como colectivo o comunitario,
- c) Las garantías de la libertad religiosa:
 - c.1) el derecho a no declarar sobre la religión profesada.
 - c.2) la prohibición de conferir carácter estatal a ninguna religión.
 - c.3) la cooperación de los poderes públicos con las confesiones religiosas.

Desde el prisma legislativo podemos concluir que la libertad religiosa engloba y comprende las siguientes manifestaciones:

- a) El derecho a profesar una religión o a no profesar ninguna.
- b) El derecho a practicar los actos de cultos inherentes a la creencia religiosa.
- c) El derecho a mantener en la vida social un comportamiento de acuerdo con la religión profesada.

conducta, deberes y derechos específicos de los miembros de las Fuerzas Armadas [...] se determinan en las Reales Ordenanzas, regla moral de la institución militar”

22 Torres del Moral, *Principios de Derecho Constitucional Español (volumen I)*, Átomo ediciones, segunda edición, Madrid 1991, página 257.

- d) El derecho a todo tipo de propaganda o proselitismo de la ideología que profesa y, por ello, de todos aquellos actos dirigidos a esa finalidad.
- e) El derecho a no ser discriminado por los Poderes Públicos a ser discriminado por razón de la creencia religiosa.
- f) El derecho a no ser obligado a declarar sobre las propias convicciones religiosas.

Evidentemente no es difícil imaginar situaciones dentro del binomio libertad religiosa y militar profesional que podrían ajustar perfectamente en todos los supuestos antes descrito, pero el verdadero punto de partida de la libertad religiosa y su aplicabilidad en el seno del personal perteneciente a las Fuerzas Armadas es que la construcción jerárquica de las mismas y la presencia de ella en las relaciones entre los distintos miembros de los Ejércitos pueden afectar, de un modo u otro, a la cristalización de la libertad religiosa como un verdadero derecho fundamental.

Así, el Estado tiene la obligación de desplegar todas aquellas herramientas que fuesen necesarias para impedir que una relación de subordinación militar pueda afectar a la libertad de conciencia en el sentido de restringirla. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa ha plasmado en diversas ocasiones esta idea. Entre otros pronunciamientos, en la Sentencia de 24 de febrero de 1998, Asunto Larissis y otros contra Grecia, el Tribunal reconoce que lo que entre civiles no pasa de ser una mera discusión sobre un motivo religioso, en el ámbito castrense puede ser catalogado como una manera un tanto sibilina de presionar o coaccionar, una medida de presión que intenta ocultar un intento de abuso de poder, apoyándose en una situación jerárquica superior, de ahí la obligación estatal de proteger los derechos y las libertades de los que están subordinados respecto de sus Mandos militares²³.

Como ya se ha recogido anteriormente, el derecho que venimos analizando adquiere su consagración constitucional vigente en el artículo

23 Peñarubia Iza, *Las principales decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el personal militar*, en REDM, número 79, enero-junio 2002, páginas 29 a 60, en concreto página 54 y 55 donde plasma la doctrina del TEDH en esta decisión de 24 de febrero de 1998, en desarrollo de diversos preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tales como los artículos 7 (principio de legalidad), 9 (libertad de conciencia y de religión) y 50. Mas recientemente, la Sentencia de 6 de febrero de 2003, en el asunto AKBULUT contra Turquía ha ratificado los mismo términos. En relación con la doctrina en virtud de la cual se afirma que las particularidades de la vida militar afectan frontalmente a las situaciones del personal que integran las Fuerzas Armadas y, en concreto, la estructura jerarquizada de las mismas, véase Alcantarilla Hidalgo, *La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares: libertad religiosa y aconfesionalidad estatal*, REDM, número 70, año 1997, páginas 13 y siguientes.

16 de nuestra Carta Magna y viene desarrollado por el legislador mediante Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio –en adelante LOLR²⁴–, sin perjuicio de diversos pronunciamientos de la Jurisprudencia Constitucional²⁵, los cuales han matizado las distintas manifestaciones que comprende y el alcance del mismo y habiendo sido concretados estos extremos por diversas posiciones doctrinales, cuyas formulaciones científicas, por su extensión, no entraré a analizar. Así, por lo que respecta al contenido, dos son las dimensiones con las que nos encontramos²⁶: la interna y la externa.

Respecto a la primera, la libertad religiosa, como derecho fundamental de carácter subjetivo, no hace más que garantizar al individuo, cuya titularidad ostenta, la existencia de un claustro íntimo de creencias, de un

24 Verdaderamente no es la primera vez que se regula la libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español, ya que como consecuencia de las transformaciones promovidas por el Concilio Vaticano II y el reconocimiento expreso de la libertad religiosa en la Declaración “Dignitatis humanae” se recogerá esta libertad fundamental, como ya se ha indicado, en la Ley orgánica del Estado de 26 de junio de 1967 si bien es cierto que esta libertad no era absoluta puesto que convivía en el mismo plano normativo con el principio de confesionalidad del Estado.

25 Véase, en este sentido, *La evolución jurisprudencial respecto al ejercicio del derecho de libertad religiosa*, en ADEE, por Álvarez Prieto y Álvarez Moreno, página 123 y siguientes, VOL. XVII, año 2001. , Souto, J. A., *Libertad ideológica y religiosa en la Jurisprudencia Constitucional*, en “EMPL”, Madrid, 1989, páginas 511-532, Martín Sánchez, *El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, en “IC”, XXXIII(1993), páginas 61-96, Navarro Valls, *Justicia constitucional y factor religioso*, en “LRyCJC”, 1998, páginas 25-38, Rossell, J., *El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en “ADEE”, XV(1999), páginas 87-128 y López Castillo, *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002.

26 El hecho de que la libertad religiosa no se agota en la dimensión interna, que implica una determinada postura intelectual y subjetiva de la persona, y que da un paso hacia la dimensión externa de “ager *licere*” ha sido comúnmente aceptado por la mayoría de la doctrina patria, así se presentan como básicas las aportaciones de Iban, I. C., en *Contenido del Derecho de libertad religiosa en el Derecho español*, en “La Ley”, (1983-3), páginas 1.038-1.042, *El contenido de la libertad religiosa*, en “ADEE”, volumen I, 1985, páginas 353-362 y en *Concreciones y protecciones de la libertad religiosa*, en “Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mallorca”, número 14, 1986, páginas 69-82. No menos importante lo expuesto por Ciáurriz, M. J., en *Los derechos individuales y colectivos reconocidos en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, en “DE”, I, 1984, páginas 815-852; en *Libertad religiosa y concepción de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, en “IC”, XXIV, 1984, páginas 883-902 y en *El contenido del derecho fundamental de libertad religiosa*, en “Tratado de Derecho eclesiástico”, Pamplona, 1994, páginas 429-468. También es digno de reseña Giménez y Martínez de Carvajal. *El derecho constitucional a la libertad religiosa*, en “Estudios Eclesiásticos”, 62, 1987, páginas 317-332; Vicente Cantín, *Naturaleza, contenido y extensión del derecho de libertad religiosa*, Madrid, 1990; Perales, Alonso, Gutiérrez-Segú y Ciáurriz, M. J., *El derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español (Contenido del derecho fundamental)*, en “RDP”, 41, 1996, páginas 37-96 y López Alarcón, *Contenido especial del derecho de libertad religiosa*, en “LRyCJC”, 1998, páginas 573-586.

espacio de autodeterminación²⁷ intelectual ante el fenómeno religioso, fenómeno, que por otro lado, afecta e incide directamente en la propia personalidad del individuo y en su dignidad, aspectos que constituyen verdadero fundamento del orden político y de la paz social, tal y como recoge el artículo 10 de la Constitución.

Respecto a la dimensión externa, la libertad religiosa se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y una esfera de “*ager licere*”, es decir, la facultad del titular del derecho para actuar de conformidad con sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros, aspectos éstos reconocidos por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así, el fundamento jurídico décimo de la STC 120/1990 o el fundamento jurídico octavo de la STC 137/1990. Del mismo modo, la STC 46/2001 reconoce que esta vertiente de la libertad religiosa se traduce en el ejercicio “*inmune a toda coacción de los poderes públicos de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso*”.

Desde esta óptica, se advierten distintas manifestaciones de esta libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa:

- a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.
- b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales, tal y como de manifiesto, entre otros pronunciamientos, el Tribunal Constitucional las sentencias 19/1985 y 63/1994. En este apartado se encuadraría el derecho de los militares profesionales a recibir asistencia religiosa en sus Unidades. Centros y Organismos. El propio Vaticano II los reconoce en los siguientes términos “la libertad para que todos puedan beneficiarse de la asistencia religiosa en cualquier lugar en que se encuentren, sobre todo, ..., en los cuarteles militares...”²⁸

27 Término utilizado por primera vez por Colliard, C.A., en su obra *Libertes publiques*, 6ª edición, París, Dalloz, 1982, página 19.

28 Declaración “*Dignitatis Humanae*”, *Op. Cit.*

En la plasmación concreta de este derecho fundamental, aplicado al ámbito castrense, de conformidad con los artículos 234 y siguientes de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, artículos 432 de las de la Armada y 289 y siguientes para el Ejército del Aire, podemos destacar las siguientes manifestaciones, si bien casi todas ellas no están jurídicamente articuladas como libertades del militar sino como obligaciones de los Mandos para con sus subordinados:

- a) Facilitarán el cumplimiento de los deberes religiosos, proporcionando, sin perturbar el régimen de vida de las Unidades, Centros u Organismos, el tiempo necesario para la asistencia a los actos de culto y procurarán proporcionar, en el propio ámbito militar, lugares y medio adecuados para el desarrollo de las actividades religiosas. Las reuniones y actos de culto de las diferentes religiones se registrarán por la normativa referente a las reuniones en recintos militares, pudiendo, incluso, llegar a ser periódicas con la debida autorización.
- b) Prestarán a los miembros del Servicio de Asistencia Religiosa todo el apoyo que necesiten y harán respetar el secreto de todo aquello que no puedan revelar debido al ejercicio de su ministerio. Obviamente, se reconoce el derecho a la asistencia religiosa por parte de los miembros de aquel servicio²⁹.
- c) No podrán ser obligados a declarar sobre su ideología, religión o creencias, pero pueden ser preguntados a los solos efectos de facilitar la organización de la asistencia religiosa, aunque se podrán abstener de contestar.
- d) Podrá, por último, autorizarse la organización de exequias propias de la confesión del finado, en caso de fallecimiento.

29 Respecto a la asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas, véase, Martínez Fernández, *La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos*, en REDC, 30,1980, páginas 451-468; Giráldez, A., *Consideraciones sobre la reforma del régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*, en IC, XXII, 1982, páginas 165-185; Contreras Mazarío, *La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el Derecho Comparado*, en "Libertades públicas y Fuerzas Armadas", Madrid, 1985, páginas 555-567; *La asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas en la Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional*, en ADEE, VI, 1990, páginas 49-86; Iban, I. C., *Asistencia religiosa y fuerzas armadas*, en "Libertades públicas y Fuerzas Armadas", Madrid, 1985, páginas 513-554; Santiago Prieto, *El servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas*, en REDC, 48, 1991, páginas 663-696; Martí, J. M., *Presupuestos y regulación actual de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*, en ADEE, X, 1994, páginas 259-304; *Aspectos comunes y específicos de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas*, en REDM, 67, 1996, páginas 137-174 y Babé, L., *La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, en "LRyCJC", 1998, páginas 351-362.

Por otro lado y en la misma línea, el artículo 16 en su apartado tercero establece que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”. Aquí se está consagrando el principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa, que impide de modo tajante cualquier tipo de confusión entre el plano estatal y el plano religioso, que veda, por tanto, cualquier intersección entre ambas esferas y que garantiza la convivencia pacífica y los fundamentos de una sociedad democrática y que no permite que los valores religiosos se puedan erigir en parámetros que midan la legitimidad o la justicia de las normas y actos de los poderes públicos³⁰. La neutralidad estatal en materia religiosa es, por ello, fundamento de una sociedad plural y libre, caracteres estos contenidos en el artículo 1.1 de nuestra Carta Magna.³¹

Así las cosas, la aconfesionalidad del Estado, constitucionalmente remarcada, implica la más absoluta de las neutralidades del mismo respecto del fenómeno religioso. La sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996 reconoce que la neutralidad estatal en materia religiosa tendrá como consecuencia la eficaz garantía de “la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática”. Es bastante descriptiva la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional, en Sentencia 24/1982, al decir la aconfesionalidad del Estado obliga a éste a prohibirse “a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o actitudes de signo religioso”.

3. *Análisis de la sentencia 177/1996 del Tribunal Constitucional*³²

Desde la perspectiva de las relaciones que se plantean entre la libertad religiosa y las Fuerzas Armadas, la jurisprudencia constitucional sólo

30 STC 24/1982 y 340/1993.

31 Esta concepción no impide que se puedan tener en cuenta por el Estado las creencias religiosas de la sociedad española y se puedan mantener relaciones de cooperación con la Iglesia Católica. Así, en este sentido, véase Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre del mismo año y publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE núm. 300) de 15 de diciembre. Del mismo modo, contamos con el Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos, publicado en el mismo Boletín que el Acuerdo antes indicado.

32 En la STC 101/2004, de 2 de junio de 2004, se resuelve un recurso de amparo interpuesto por un Subinspector de la Policía Nacional de Sevilla el cual era conecedor que anualmente se disponía de una comisión de servicio para participar en una profesión en Málaga con la Hermandad Sacramental de Nuestro Padre Jesús. Él había hecho saber por escrito al Inspector Jefe que, en caso de que le tocara dicha comisión, quedara dispensado en virtud de la libertad religiosa que

nos brinda dos sentencias en las que, resolviendo sendos recursos de amparo, se establece la doctrina del supremo intérprete constitucional.³³

La primera de ella la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996 en la que se resuelve el recurso de amparo interpuesto por un militar que fue sancionado por abandonar la formación en un acto religioso en el que se rendía homenaje a la Virgen de los Desamparados, toda vez que, previamente, había solicitado por escrito la autorización para no acudir a la indicada parada militar y dicha solicitud nunca había sido atendida. Aunque nada impide a las Fuerzas Armadas el poder llevar a cabo celebraciones de tinte religioso, no es menos cierto que, en todo momento, se debe respetar primeramente el principio de voluntariedad para asistir o no a estos actos. Nos hallamos ante una decisión meramente subjetiva, personal y apoyada en criterios de conciencia, frente a la cual la Administración Militar no debe hacer otra cosa mas que poner en práctica el mandato de neutralidad absoluta en materia religiosa que, constitucionalmente viene diseñado en el artículo 16.3 de nuestra Carta Magna.³⁴

le era predicable. El escrito fue rechazado argumentando que se estaba ante un acto de servicio y no ante un acto religioso. El Tribunal Constitucional otorga el amparo utilizando fundamentos ya usados, en su día, en la STS 177/1996, que a continuación se analizará.

Aún así, es necesario, a mi criterio, realizar las siguientes estimaciones. La primera es que los miembros de la Policía Nacional no tienen ningún precepto legal que contenga una limitación frente a la libertad religiosa, como sí tienen los miembros de las Fuerzas Armadas en los artículos ya referidos. En segundo lugar, en el ámbito castrense sí está previsto en escrito motivado renunciando al servicio en el que se celebre un acto religioso, quedando dispensado al efecto. En el caso concreto, el Inspector Jefe rechazó de plano el escrito de dispensación, mientras que tanto las Reales Ordenanzas particulares de cada Ejército como la Orden Ministerial que desarrolla este aspecto contienen un mandato imperativo de dispensar al que, previamente al nombramiento, haya invocado su derecho a la libertad religiosa.

Marcadas estas dos diferencias de notable significación, no es del todo correcto la aplicación, sin más, que hace el TC de los argumentos de su Sentencia 177/1996. El amparo le es otorgado al recurrente puesto que se le reconoce "*su derecho a no participar, si ése es su deseo, en actos de contenido religioso*". Con posterioridad volveré sobre esta Sentencia.

33 Obviando la Sentencia del Pleno de 13 de mayo de 1982, en la cual se desestima el recurso de inconstitucionalidad promovido por un grupo de Diputados, contra el punto cuarto del art. 9 L 48/1981, 24 de diciembre, sobre clasificación de mandos y regulación de ascenso en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra. El Tribunal Constitucional entendió 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 lo contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades. También, dentro de nuestra jurisprudencia constitucional, cabría mencionar las Sentencias de 28 de noviembre de 1994, 28 de marzo de 1996 y de 23 de mayo de 1996 en relación con el derecho fundamental a la objeción de conciencia.

34 Jiménez Villarejo, *Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española*, en REDM, número 77, Enero-Julio 2001, página 445.

¿Cuáles son los criterios que maneja la estudiada resolución respecto al principio de libertad religiosa? En la colisión que se produce entre la orden dada por los superiores para acudir al desfile y el ejercicio efectivo del derecho fundamental, el Tribunal Constitucional parte de una serie de premisas básicas, a saber:

- a) Desde un prisma negativo, la solicitud del recurrente en amparo no se centraba en la defensa a ultranza de su libertad para realizar actos de culto de acuerdo con la fe escogida y sin injerencia o intervención alguna del Estado, véase de los poderes públicos o, por otro lado, de terceras personas, ni tampoco reaccionaba frente a un acto que le exigía declarar sobre su credo religioso o que le obligaba a realizar una conducta contraria al mismo.³⁵
- b) Desde un prisma positivo, en cambio, el recurrente sí que buscaba hacer valer la vertiente negativa de la libertad frente a la orden militar de acudir a un acto militar de claro tinte religioso, el cual lo consideraba un acto ilegítimo de intromisión en su esfera íntima de creencias, y por el que un poder público, quebrantando el artículo 16.3. “/e *habría obligado a participar en un acto, que estima de culto, en contra de su voluntad y convicciones personales*”.
- c) En apoyo de lo anterior, el derecho a la libertad religiosa del artículo 16.1 protege y garantiza con efectividad la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, “*un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual*”. Pero, junto a esta dimensión interna, como ya se ha reseñado más arriba, esta libertad incluye al mismo tiempo una dimensión externa de “*agere Ucere*” que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros³⁶.
- d) Por último, cuando el párrafo tercero del artículo 16 establece que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”, se está dando eficaz cristalización a un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que impide, sin duda, cualquier tipo de intersección entre las funciones religiosas y estatales, de tal modo que éstos ámbitos deben desarrollarse, en principio, de modo autónomo, sin que quepan zonas intermedias en las que se

35 Estas manifestaciones ya habían venidos siendo reconocidas por otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional: sentencias 19/1985 y 63/1994.

36 Aspectos también consolidados en las Sentencias 19/1985, fundamento jurídico 2º; 120/1990, fundamento jurídico 10º y 137/1990, fundamento jurídico 8º.

pueda confundir dónde empieza lo estatal y donde comienza el factor religioso.

¿Cómo aplica el Tribunal Constitucional estas bases dogmáticas al caso concreto?

- a) En su razonamiento jurídico el Tribunal Constitucional parte de una idea básica: no estamos ante un acto de naturaleza religiosa con participación militar, sino de un acto militar destinado a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa: *“El recurrente formaba parte de una Compañía de Honores Militares que fue destinada al Acuartelamiento de San Juan de la Ribera Norte (Valencia) para participar en unos actos convocados y organizados por la autoridad militar y de inequívoco contenido religioso, pues, su exclusiva finalidad era la de celebrar el V Centenario de la Advocación de la Virgen de los Desamparados.”*³⁷
- b) ¿Cuándo surge el verdadero conflicto entre la libertad religiosa y el valor de la disciplina en los Ejércitos? Cuando el recurrente tiene conocimiento de que, en dicho acto, se iba a realizar una parada militar de homenaje a la Virgen, instante en el que solicitó por escrito quedar exento de prestar ese servicio, a pesar de lo cual se le ordenó por el Mando Militar el cumplimiento del mismo.

Esta afirmación debe ser, sin embargo, rechazada. En efecto, el art. 16,3 CE no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia ni desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal, a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16,3 CE. En consecuencia, aun cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedeció a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser rele-

37 En la sentencia objeto de impugnación del Tribunal Militar Territorial 2º, se argumentaba para la justificación de la licitud de la mencionada orden, que, a diferencia de otros actos que integran la celebración de esa festividad, la parada militar no puede calificarse como un acto religioso o de culto, puesto que la unidad que rinde honores lo hace en representación de las Fuerzas Armadas y, por tanto, al margen de las convicciones ideológicas o religiosas de cada uno de sus componentes a título individual.

vado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa.

En definitiva, la actitud de los poderes públicos ante un fenómeno religioso militar debe fundamentarse en dos principios fundamentales. El primero, que vendría conformado por el derecho a la libertad religiosa y el ámbito de autonomía que implica, que contará con plena inmunidad frente a una posible coacción por parte del Estado o frente a la presión de distintos los distintos grupos sociales o, mas concretamente, frente a la presión que puede suponer una orden militar de acudir obligatoriamente a una ceremonia religiosa incluida en un acto castrense. El segundo, el principio de igualdad, proclamado en los artículos 9 y 14 de la Constitución, y de los cuales se infiere que no se puede establecer ningún tipo de trato discriminatorio por razón de las creencias religiosas. Una actitud religiosa nunca podrá fundamentar una diferencia de trato jurídico. Ello implica que deberá respetarse las diferentes opciones religiosas que puedan profesar los militares profesionales, incluyéndose en este ámbito de garantía la no profesión de ninguna fe religiosa. Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo, “la igualdad genera la obligación de no discriminar a los ciudadanos por razón de sus creencias”.

La posición del Estado debe articularse, por tanto, en un doble sentido³⁸: por un lado, en cuanto a garante jurídico del hecho religioso o la libertad religiosa de los militares a través de la inmunidad de coacción y, por otro lado, en cuanto a la actividad de fomento de dicho fenómeno o dicha libertad. No es una actuación meramente pasiva la que debe tener el Estado frente al ejercicio de la libertad religiosa en el seno de las Fuerzas Armadas, sino que su posición debe ser activa, en el sentido de promover las acciones pertinentes tendentes al respeto debido a la libertad indicada. No estamos ante una libertad formal, sino ante un verdadero derecho, sustancial y ejercitable por tanto, debiendo ser buscada la plena efectividad en el ejercicio del derecho y no que el mismo sea hipotético o irreal.

Por todo lo anterior, el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa en el seno de las Fuerzas Armadas³⁹ no implica de ningún modo

38 Hervada J., *Pensamientos sobre la sociedad plural y dimensión religiosa*, Vetera et nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991) I, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1991, página 188.

39 El origen histórico de la Asistencia religiosa a los Ejércitos se sitúa en el “Breve de Inocencio X Cum sicut maiestatis tuae” del año 1664, mediante el cual la indicada asistencia quedaba enmarcada como un verdadero privilegio pontificio al Monarca español. Posteriormente, se recogió en las Reales Ordenanzas de Carlos III, concretamente en el Tratado II, en el que se establecía que los distintos coroneles podrían nombrar a los capellanes. Por lo que atañe a la *evolución bis-*

una lesión constitucional del artículo 16, sino que hace efectivo el derecho al culto de los individuos que las forman. La virtualidad de esa asistencia religiosa implica que un individuo puede realizar actos de culto o no llevarlos a cabo, y dentro de los primeros, no sólo cultos de religión católica sino de otras confesiones reconocidas, en la medida y en la proporción adecuadas.

4. *Igualitarismo e igualdad*

Hoy por hoy las diversas manifestaciones que comprende la propia libertad religiosa son aplicables a todos los miembros de las Fuerzas Armadas sea cual sea la religión profesada o, incluso, aun cuando no profesen ninguna. No es menos cierto que, tradicionalmente, en España la religión mayoritariamente practicada ha sido la católica, pero este hecho no excluye de modo alguno que el contenido de la libertad analizada sea aplicable a quienes sigan otros dictámenes religiosos.

El respeto a las religiones minoritarias y la aplicación de las garantías contenidas en la libertad religiosa es un principio universalmente aceptado. En relación con término “religión”, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Manoussakis versus Grecia* en septiembre de 1996 reconoció que no es competencia del Estado determinar lo que es una religión y la que no es, para constituir una religión, basta con que “un grupo de creyentes se apoyen a sí mismos con sinceridad”, y, por ello, toda acción del Poder Ejecutivo –aunque parezca no dañosa en un primer momento– que quebrante las libertades predicables de toda fe minoritaria supone, en definitiva, “un arma letal” contra la propia libertad religiosa. Esta visión coincide con las directrices de la política del Consejo de Europa, como se enuncia claramente en un estudio llevado a cabo por su Directorio de Derechos Humanos, según el cual, el término “religión” es “inapropiado”, dado que “la protección del derecho a la libertad de religión no está restringida a las religiones más difundidas y reconocidas de forma general, sino que también se aplica a fes virtualmente desconocidas. Religión se entiende por tanto en el sentido más amplio de la palabra”.

tórica de los capellanes castrenses y a su organización institucional, puede consultarse; Ruiz García, *Los primeros Vicarios castrenses en España*, en REDC, 31, 1975, páginas 105-121, Royo Mejía, *El clero castrense español (1940-1990): cincuenta años de evolución canónica y militar*, en “Hispania Sacra”, 46, 1993, páginas 341-378, *La figura del capellán en el periodo de consolidación de la pastoral castrense española (siglos. XVII-XVIII): los breves pontificios*, en “Burgense”, 36, 1995, páginas 471-508 y, por último, García Hernán, *La asistencia religiosa en la Armada de Lepanto*, en “Anthologica Annu”, 43, 1996, páginas 213-263.

Nos situamos de este modo en la distinción entre igualitarismo e igualdad en referencia a la libertad religiosa. El primero de los términos supone la aceptación por el Estado de la existencia de diversas confesiones religiosas a las cuales se les debe otorgar el mismo status jurídico y no discriminar, así, a una confesión religiosa en detrimento o a favor de otra. El concepto de igualdad, por su lado, implica que no se debe llevar a cabo ningún comportamiento discriminatorio por parte del Estado por el hecho de que un militar profesional profese una religión respecto de aquel que no lo hace. No se podrá, por consiguiente, limitar, sustituir o coaccionar a nadie con motivo de su profesión o no de unas creencias religiosas. Esta última idea encuentra su apoyatura jurídica en el propio artículo 14 de la Carta Magna y en el artículo 10 de la Declaración Universal de los derechos humanos.

A mayor abundamiento y siguiendo a Viladrich⁴⁰, debe quedar proscriba cualquier “acepción privilegiada, distinción, restricción o exclusión que basada en motivos religiosos tenga por objeto a por resultado la supresión o el menoscabo de la igualdad de la titularidad y de ejercicio del derecho de libertad religiosa, del resto de los derechos fundamentales y libertades públicas en el orden político, económico, social, cultural o en cualquier otro orden de la vida pública”.

Así, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 17/1999, distingue entre militares evangélicos, judíos y musulmanes y los demás militares profesionales afines a religiones no previstas anteriormente.

El apartado cuarto extiende la libertad de culto a los miembros de las religiones evangélicas, judaica y musulmana, de conformidad con los Acuerdos de Cooperación establecidos entre España y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

El apartado siguiente, en cambio, prevé la misma extensión establecida en el apartado anterior pero condicionada a que la religión profesada se encuentre inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, en los términos previstos en el Ordenamiento. Esta inscripción es requisito imprescindible para adquirir la personalidad jurídica, lo cual así viene prescrito en el artículo 5 de la LOLR, “ Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro público, que se crea, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia.”⁴¹

40 Viladrich P.J., *Principios informadores del derecho eclesiástico español*, en DE, 2ª edición, Pamplona, EUNSA, 1983, página 182.

41 Véanse el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero (BOE núm. 27, de 31 de enero: corrección de errores en BOE núm. 40, de 16 de febrero), sobre organización y funcionamiento del

Cabe destacar, en este sentido, que los Mandos de los diferentes Ejércitos tienen la obligación reconocida en las Reales Ordenanzas particulares de que “cuando coexistan fieles de distintas iglesias, confesiones o comunidades religiosas cuidarán de la armonía en sus relaciones”, tal y como prevén los artículos 234, 432 y 289 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, Armada y Ejército del Aire, respectivamente.

5. *Disciplina y libertad religiosa*

Evidentemente, el respetuoso cumplimiento de la libertad religiosa prevista en el artículo 16 de la Carta Magna incide de modo directo en el valor de la disciplina, como pilar fundamental de las Fuerzas Armadas. Así, del mismo modo que lo hace la profesora Pérez Villalobos⁴², se puede aseverar que no puede haber disciplina fuera o al margen de la Constitución y la Ley, la disciplina “no se circunscribe a la obediencia sino que se extiende a la consideración del deber de lealtad hacia la ley que vincula a todo militar. Podemos citar, en este sentido, además del artículo 177 de las Reales Ordenanzas ya citado, el artículo 11 donde se reconoce que la disciplina tiene su “expresión colectiva en el acatamiento de la Constitución, a la que la institución militar está subordinada”⁴³, o cuando el artículo 26 impone a todo militar la obligación de “conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en la Constitución”, la no obligación, que establece el artículo 34 de las Reales Ordenanzas, de cumplir una orden que entrañe la ejecución de un delito contra la Constitución⁴⁴ y la obligación del Mando de no ordenar actos que pudieran constituir delito, según el artículo 84.

Registro de Entidades Religiosas, y la Resolución de 11 de marzo de 1982, de la Dirección General de Asuntos Religiosos (BOE núm.76, de 30 de marzo), sobre inscripción de Entidades de la Iglesia Católica en el Registro anterior.

42 Pérez Villalobos, “*La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas*”, en REDM, número 78, julio-diciembre 2001, página 169.

43 La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1989 estableció en sus fundamentos que “la palabra disciplina hace referencia a la observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto, consistiendo, por tanto, y en lo que a las Fuerzas Armadas respecta, en el conjunto de reglas y preceptos a que el militar debe acomodar su conducta”.

44 En concreto, habría que recordar el artículo 522 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el nuevo Código Penal y a cuyo tenor establece que: Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:

1º) Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.

2º) Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen.

Esta regla de actuación en el ejercicio del Mando también está recogida en las Ordenanzas particulares de los tres Ejércitos. Por parte de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, en cuanto a lo previsto por el artículo 13 “el militar que ejerza el mando lo hará de acuerdo con cuanto señalan la Constitución, el ordenamiento jurídico del Estado, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y las del Ejército. El artículo 20 de las Reales Ordenanzas de la Armada y el artículo 14 de las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire mantienen prácticamente el mismo tenor literal que el anterior. Y más concretamente, por lo que respecta a la asistencia religiosa dentro de las propias Fuerzas Armadas, las Reales Ordenanzas particulares de los tres Ejércitos establecen que los Mandos “respetarán y protegerán el derecho a la libertad religiosa de sus subordinados, en los términos previstos en la Constitución y por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa”. Así lo recogen los artículos 234 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, 432 para la Armada y 289 para el Ejército del Aire.

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA RELACIÓN ENTRE ACTOS MILITARES Y CEREMONIAS RELIGIOSAS

La problemática de la libertad religiosa y las Fuerzas Armadas debe centrarse en la existencia de determinadas ceremonias solemnes de carácter militar en las cuales se incluyen actos religiosos, planteándose el conflicto entre la libertad religiosa, predicable para todo militar, y la orden para acudir a estas ceremonias en las que se mezclan aspectos estrictamente castrenses con un marcado cariz religioso.

1. Antecedentes

El Reglamento de Honores, cuyo precedente normativo se sitúa en el Decreto 895/1962, de 25 de abril, aprobado por Real Decreto 834/1984, de 11 de abril, ya previo la participación castrense en estos actos en su artículo segundo al establecer que “Al Santísimo Sacramento se le tributarán los honores especiales previstos en este Reglamento”.

El citado instrumento fue desarrollado por la Orden Ministerial 100/1994, de 14 de octubre y, actualmente, el punto de partida lo encontramos en la Disposición Final cuarta de la Ley 17/1999, en virtud de la cual se regula el Servicio de Asistencia Religiosa, y que encabeza el apartado primero estableciendo que “ El Gobierno garantizará la asistencia

religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas en los términos previstos en el ordenamiento”.

Los antecedentes normativos⁴⁵ deben situarse en la Ley 44/1967, Ley orgánica del Estado, en la que se proclama la libertad religiosa y cuyo artículo 5.2. establecía que “ en las Fuerzas Armadas no se impondrá la asistencia religiosa a los actos de culto, salvo que se trate de actos de servicio, a quienes hagan constar su acatolicidad al ingresar en aquéllas”. En desarrollo de este precepto se dictaron las “Normas para la aplicación de la Ley 44/1967 sobre el ejercicio de libertad religiosa en las Fuerzas Armadas”, promulgadas en el año 1973 y en las que se clasificaban los actos religiosos en servicios de armas (Jura de Bandera), servicios de carácter militar (festividad de un Santo Patrón) y actos especialmente religiosos (misa). La obligatoriedad de asistencia era exigida para los dos primeros supuestos, mientras que, previa constatación de la acatolicidad, en el tercer caso se podía estar exento de acudir y participar.

Obviamente, a la luz de lo expuesto, los márgenes en los que se movía el ejercicio de la libertad religiosa eran ciertamente estrechos, ya que, por un lado, era bastante difusa la distinción entre los servicios de armas y los servicios de carácter militar y, por otro, la única causa de exención, la acatolicidad era exigida “en el momento de ingresar” en las Fuerzas Armadas, factores estos por los cuales el ejercicio de la libertad religiosa era meramente ilusorio.

Se pueden citar, llegado este punto, las conclusiones que hace GIRALDEZ⁴⁶ respecto a la aplicación de la Ley 44/1967 y sus normas complementarias en el seno de la Institución castrense:

- a) La obligatoriedad de los actos de culto para los católicos.
- b) La no previsión de un cambio de adscripción religiosa durante el servicio en las Fuerzas Armadas, al tener que hacer constar la tanta veces mencionada acatolicidad en el momento de incorporarse al Ejército.

45 Vid. Morán M. G, *Evolución. Análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*”, en REDM, número 58, julio-diciembre, páginas 101 a 139. Véase, igualmente, Martí Sánchez, op.cit. páginas 137 a 174, en este trabajo el autor hace un recorrido normativo por la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, si bien al amparo de la Ley de Personal anterior, la Ley 17/1989. En relación con las confesiones no católicas, el autor reconoce que es necesario pasar del campo de la discrecionalidad de la Administración a una verdadera reglamentación si se quiere construir un verdadero modelo de asistencia religiosa.

46 Giraldez Deiro, *Consideraciones sobre la reforma del régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*, en “I.C.”, 1982, página 173.

- c) La distinción entre la clase de tropa y los mandos
- d) La obligatoriedad de participación en los actos militares que conllevaran actos religiosos católicos, como expresión de la confesionalidad estatal.
- e) El privilegio aplicable a los sacerdotes católicos de la exención del servicio militar, a diferencia de los ministros de culto de otras confesiones.

2. Régimen jurídico actual: La Orden Ministerial 100/1994

Debemos comenzar con la previsión del artículo 177 de las Reales Ordenanzas de las Fueras Armadas, que establece que “Todo militar tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, sin otras limitaciones que las legalmente impuestas por razones de disciplina o seguridad”. En estrecha relación con este precepto, las Reales Ordenanzas particulares de los tres Ejércitos recogen la posibilidad de quedar dispensado de asistir a una ceremonia de tinte religioso, ya que no se profesa la correspondiente religión, siempre que se haga con la debida antelación y siempre que, previamente, se haya advertido de esta circunstancia a aquellos que vayan a participar en aquella.⁴⁷

¿Cuál es el contenido de la Orden Ministerial 100/1994, de 14 de octubre? Esta Orden Ministerial, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1994, tiene su razón de ser en la resolución de todas las dudas que suscitaba la existencia de un acto de carácter religioso en otro de claro cariz castrense. Así, en el preámbulo de la disposición analizada se establecía que “La experiencia recogida en la aplicación de las anteriores disposiciones, aconseja precisar en una normativa común a los tres Ejércitos lo relativo a este tipo de actos.”

Con esta Orden quedan completamente superadas las disposiciones contenidas en la Instrucción General 178/9 de 23 de junio de 1979, que regulaban el ejercicio de la libertad religiosa. En ella se partía de la diferenciación entre actos de servicio de carácter o naturaleza exclusivamente militar y actos de carácter militar pero en los cuales se incluían actos religiosos. En los primeros, al no estar previsto la celebración de ningún acto

47 Así, el artículo 423 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, aprobadas por Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre; el artículo 595 de las Reales Ordenanzas de la Armada, aprobadas por Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo y el artículo 461 de las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire, aprobadas por Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero.

de tinte religioso, era obligatoria la asistencia de todo el personal militar asignado, si bien dejaba abierta la posible exención de comparecer, siempre y cuando se perteneciera a una confesión religiosa que considerara sagrado ese día concreto. En los segundos había posibilidad de dispensa en algunos supuestos que analizaré en comparación con el régimen actual.⁴⁸

El artículo 416 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra establece que “Las principales ceremonias militares se realizarán con motivo de los actos de juramento y honores a la bandera de España y su entrega a Unidades; paradas y desfiles, honores a las autoridades; tomas de posesión de mando, entrega de despachos, títulos o diplomas e imposición de condecoraciones; honras fúnebres y homenaje a los que dieron su vida por la Patria; festividades de los Santos Patronos y otras conmemoraciones relevantes de carácter nacional o castrense”⁴⁹. Este precepto y sus concordantes establecen, bajo mi punto de vista, verdaderos actos militares de los cuales nadie quedará dispensado de acudir por motivos religiosos, todo ello sin perjuicio de las modulaciones que pueda llevar a cabo la Orden Ministerial. Es, por ello, un buen punto de partida para poder distinguir actos estrictamente militares, actos estrictamente religiosos y, los más controvertidos, actos en los que se pueden combinar ambos elementos: el castrense y el religioso.

Esta Orden parte de la diferenciación de distintos actos de naturaleza militar en los cuales se “podrán” incluir ceremonias religiosas. Por ello, distingue los siguientes:

*1. Juramento o promesa ante la Bandera*⁵⁰

Las referencias que la Orden Ministerial se hacen al militar de reemplazo deben ser, obviamente, rechazadas debido a la desaparición del servicio militar y la configuración de nuestras Fuerzas Armadas como un Ejército formado únicamente por personal profesional. Toda la normativa que en los apartados precedentes ha sido citada no obliga de ningún modo a establecer una ceremonia religiosa con ocasión de un acto castrense, es más se habla de “se podrá celebrar”, lo cual implica que estamos ante una posible actuación discrecional de la Administración Militar.

48 Muñoz Alonso, *Derecho Administrativo Militar*, Madrid 1989, páginas 368 a 370.

49 Precepto concordante con los artículos 588 de las Reales Ordenanzas de la Armada y con el artículo 454 del Ejército de Aire.

50 Véase la Orden Ministerial 169/1999, de 24 de junio, por el que se regula el procedimiento para solicitar o ejercer el derecho de juramento o promesa de los españoles ante la Bandera de España.

No existe, por consiguiente, ninguna obligación de celebrar estos actos religiosos.

El juramento o promesa ante la Bandera de España, regulado en el artículo 3 de la Ley 17/1999, de Régimen de Persona Militar, se conceptúa como requisito “sine qua non” para poder adquirir la condición de militar de carrera, de complemento o de Tropa o marinería profesional. La fórmula de juramento o promesa conjuga perfectamente el derecho fundamental a la libertad religiosa con el carácter preceptivo que un acto de estas características debe tener. Frente a la cuestión de jurar o prometer, se establece una respuesta totalmente aséptica, como es “Sí, lo hacemos”, que auna en un solo grito el sentimiento de una formación, dándole cada miembro de la misma el sentido que en su fuero interno quiera otorgarle, de conformidad o no con su profesión de fe hacia alguna religión o la ausencia de la misma.

En el acto militar, a continuación de la toma del Juramento o Promesa, el capellán se situará junto al Jefe de la Unidad y pronunciará una invocación con arreglo a la fórmula recogida en las Reales Ordenanzas de los Ejércitos, terminada la cual se situará de nuevo en el lugar que tenga asignado. Al ser designado en la propia dicción de la Orden Ministerial este acto como “acto militar”, la consecuencia es clara: no se podrá abandonar la formación esgrimiendo el ejercicio de la libertad religiosa, hay obligatoriedad de acudir y permanecer en la debida forma.

El artículo 20 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas califica el juramento ante la Bandera como “deber esencial del militar, con el que se contrae el compromiso de defender a la Patria aun a costa de la propia vida”. La expresión “juramento” debe ser ampliado al de “juramento o promesa”, por acción del mayor rango normativo de la Ley de Personal Militar. Mientras que la redacción originaria de la fórmula, llevada a cabo por el artículo único de la Ley 79/1980, de 24 de diciembre, sólo contenía el verbo jurar, tanto el artículo 63 de la Ley 17/1989, de Personal Militar como el artículo 40.2 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, reguladora del Servicio Militar, ya pasaban a recoger en la fórmula la disyuntiva de jurar o prometer.⁵¹

La Instrucción General 178/9 diferenciaba dentro del Juramento de Bandera dos aspectos. El primero, que era el acto militar en sí mismo, en el cual era obligatoria la asistencia de todos los Cuadros de Mando, mientras que los miembros de las Clases de Tropa y Marinería no católicos

⁵¹ El artículo 63 de la Ley 17/1989 establecía que será requisito indispensable “prestar juramento o promesa” y el artículo 40.2 de la Ley del Servicio Militar contemplaba que los soldados y marineros “prestarán juramento o promesa”.

estaban dispensados. El segundo, el juramento, se caracterizaba porque los creyentes no católicos y los no creyentes prestarían su juramento o promesa en un acto particular independiente del general.

La fórmula de juramento o promesa fue establecida por la Ley 17/1999 en su Disposición Final Sexta, modificando de este modo lo recogido en el artículo 428 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, artículo 600 de las Reales Ordenanzas de la Armada y el artículo 466 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Aire.⁵²

Previamente al acto de juramento de Bandera se podrá oficiar Misa por el capellán castrense⁵³ o concelebrada con otros sacerdotes y a la cual asistirán voluntariamente el personal militar e invitados que lo deseen. Por tanto, a esta celebración meramente religiosa no habrá obligación de acudir, pero en cumplimiento de lo previsto en el artículo 423 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra y concordantes” se hará advertencia de que aquellos que no profesen la correspondiente religión quedarán dispensados de acudir al acto religioso”.

¿Pero que ocurre con otras confesiones religiosas que no sea la católica? El mismo artículo primero establece que “Los actos religiosos de otras Iglesias, Confesiones o Comunidades Religiosas que, en su caso, puedan celebrarse, se regularán de conformidad con lo previsto en los correspondientes Acuerdos de cooperación con el Estado”.

2. Entrega de Bandera a una Unidad

De conformidad con la Instrucción General 178/9, en este tipo de actos, debían asistir todo el personal designado, pero si en el acto estuviese incluida la celebración de la Santa Misa, los componentes de Tropa y Marinería no católicos quedaban dispensados de acudir, no así los Cuadros de Mando, cuya asistencia era obligatoria. Hay que hacer notar que la característica a concurrir para estar exento de acudir al acto religioso no era el profesar otra religión, sino el no ser católico y, además, ser soldado o marinero. El resto, desde Cabos y Cabos 1º hasta los cuadros de

52 “¡Soldados! ¿Juráis por Dios o prometéis por vuestra conciencia y honor guardar la Constitución como norma fundamental del Estado, con lealtad al Rey, y si preciso fuera, entregar vuestra vida en defensa de España?”. A lo que se contestará: ¡Sí, lo hacemos!”

53 La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, establece que los poderes públicos facilitarán la asistencia religiosa en los establecimientos militares. La disposición final séptima de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional prevé que el Gobierno garantizará la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas mediante la creación del Servicio de Asistencia Religiosa y la aprobación de las normas sobre el régimen de personal del mismo. La mencionada creación se lleva a cabo por la Disposición Adicional 1a del Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, desarrollado por la Orden Ministerial 4/2001, de 4 de enero.

mando profesionales y los pertenecientes a la Escala de Complemento debían acudir.

La normativa actual contempla que en el acto de entrega de Bandera a una Unidad se incluirá, como es tradicional, la bendición de la misma. Para ello el capellán designado se desplazará desde donde se encuentre situado hasta la Bandera y la bendecirá conforme a la fórmula que recoge el ritual correspondiente, reincorporándose posteriormente a su lugar. No cabe duda, a mi entender, que estamos ante un acto estrictamente militar y, por ello, ante las consecuencias que acarrea.

3. Actos de entrega de Despachos y Títulos

En las entregas de Despachos o Títulos, en los que se adquiere la condición de militar de carrera o de militar de empleo, se podrá incluir una intervención del capellán en oración de acción de gracias. Igualmente estamos ante un acto militar ya que a través del mismo se adquiere la condición de militar de carrera o de complemento, quedando, por ello, corroborado el carácter esencialmente militar. Además, la ceremonia religiosa de oración de acción de gracias “se podrá incluir”.

4. Actos de Homenaje a los que dieron su vida por España

En los actos de homenaje a los que dieron su vida por España se pronunciará una oración en memoria y homenaje a cuantos a lo largo de la historia entregaron su vida por la Patria. Como parte integrante, y fundamental, de todo acontecimiento militar, en esta clase de actos no cabrá argüir el ejercicio de la libertad religiosa para no acudir o para abandonar la formación.

5. Entierros

En los actos oficiales que se celebren en ocasión de entierros, además de los honores fúnebres de Ordenanza, se podrá incluir la Santa Misa u otro acto católico de oración o, en su caso, un acto de culto con arreglo a la confesión religiosa que proceda.

Por tratarse de actos de protocolo en los que se interviene en representación del Estado o de las Fuerzas Armadas, la asistencia a los mismos tiene la consideración de acto de servicio. Primera y única vez que se usa el término “acto de servicio” en la Orden Ministerial que venimos analizando. Cabe, por ello, traer a colación la definición no penal que viene prevista en el artículo 15 del Código Penal Militar, a cuyo tenor establece que “A los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio todos los que tengan relación con las funciones que correspondan a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legal-

mente les corresponde". Por lo anterior, en tanto que acto de servicio, la obligatoriedad de acudir no presenta ninguna duda.

6. Celebraciones de las Festividades de los Santos Patronos

En la normativa anterior, y en relación con este tipo de actos, se diferenciaba entre que estas celebraciones se llevaran a cabo fuera o dentro del Acuartelamiento. En el primero de los supuestos, se seguía manteniendo la dispensa para los soldados o marineros no católicos, mientras que en el segundo, estos mismo soldados o marineros no católicos tenían la obligación de reincorporarse a los actos una vez finalizadas las celebraciones religiosas.

Hoy en día, en las Festividades de los Santos Patronos se celebrará la ceremonia religiosa que, de conformidad con el Jefe de la Unidad, considere más adecuada el capellán. A esta ceremonia asistirán voluntariamente el personal de la Unidad e invitados que lo deseen.

Pero en este mismo apartado se prevé la celebración del correspondiente acto militar en el cual" se podrá incluir una intervención del capellán a fin de resaltar su significado". La conclusión es la que ya hemos repetido: en el primero de los supuestos, la propia Orden ya consagra la voluntariedad de acudir, mientras que en el segundo de los casos, al estar tratando de un acto militar, no habrá voluntariedad de acudir o no.

7. Otras ceremonias militares significativas

Las restantes ceremonias militares significativas podrán ir precedidas de los actos religiosos que tradicionalmente se vinieran celebrando, teniendo en cuenta que la asistencia a los mismos tendrá carácter voluntario.

8. Celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense

Con motivo de celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense, las autoridades militares podrán designar, en representación institucional, comisiones, escoltas o piquetes adecuados al acto. Para el nombramiento de los mismos, se respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y la voluntariedad en la asistencia a los actos.

Ciertamente en los siete primeros números de esta Orden Ministerial no se plantean, básicamente, ninguna duda acerca de la obligatoriedad o no de acudir a actos religiosos y a la consideración o no de acto militar. Los problemas surgen a raíz del apartado octavo. Parece bastante claro que si se está actuando en representación institucional de las Fuerzas

Armadas en una determinada celebración de cariz religioso estamos, verdaderamente, ante un acto de servicio, pudiendo llegar incluso a ser un acto de servicio de armas. En ambos supuestos, la obligatoriedad de acudir es tajante.⁵⁴

Ahora bien, como consecuencia de este acto militar, de servicio o de armas, se pueden rendir honores militares a imágenes sagradas, con lo cual estaríamos combinando en el mismo acto unos aspectos esencialmente militares con unos aspectos religiosos. En tanto que es acto de servicio, la obligatoriedad es diáfana, en tanto que acto religioso, el derecho a no acudir en el ejercicio de la libertad religiosa no es menos clara. La manera de resolver este posible conflicto viene recogida en la misma Orden al prever que “para el nombramiento” se respetará la libertad religiosa y la voluntariedad para acudir a esta clase de actos. Por ello, una vez que se ha sido nombrado para formar parte de estos piquetes o escoltas ya no se puede solicitar la exención de acudir basada en motivos de conciencia, puesto que el efectivo ejercicio de la libertad religiosa se ha podido llevar a cabo en un momento anterior, en el momento del nombramiento.

La Instrucción General, ya referenciada, distinguía del mismo modo la posible participación de miembros de las Fuerzas Armadas en actos de carácter estrictamente religioso, si bien con un gran peso de la tradición presente en los mismos. Siguiendo la línea en esa Instrucción diseñada, en estos actos la presencia de los Cuadros de Mando seguía siendo obligatoria, mientras que soldados y marineros quedaban dispensados en el caso de que no fueran católicos. Así ocurría en los Honores al Santísimo, procesiones, entierros, funerales y otros de naturaleza análoga.

Curiosamente, se preveía la celebración de actos “exclusivamente religiosos” en los cuales la asistencia era voluntaria “tanto para los católicos como para los no católicos”.

⁵⁴ Véase en este sentido la argumentación planteada por la Sala 5a del Tribunal Supremo en dos de sus Sentencias: la primera, de 14 de julio de 1994, en la cual el estar integrado en una Compañía de Honores es considerado con un acto de servicio y, por consiguiente, no se concedió la dispensa por motivos religiosos; la segunda, de 23 de febrero de 1994, en que, a pesar de ser casada la Sentencia de instancia en la que se consideraba que el hecho de ser sancionado por querer abandonar una formación durante una misa de campaña constituía una sanción ilegítima, el Voto Particular del Presidente de la Sala se basa en el derecho a no ser obligado a participar en actos de culto y en que “cuando un ciudadano –militar o no– solicita el reconocimiento y la efectividad de un derecho fundamental su tono no tiene que ser suplicante. Es lógico y admisible que sea firme, puesto que está cimentado en la dignidad de la persona que el artículo 10.1 de la Constitución declara fundamento del orden político y de la paz social y, si se trata de un militar, en la dignidad del mismo que, paralelamente, proclama el artículo 171 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas”.

El hecho de dispensar de asistir a estas celebraciones, que venimos analizando, quedaba supeditado a una declaración individual, expresa y por escrito sobre la religión profesada o, en su defecto, sobre la no profesión de ninguna creencia religiosa.

V. CONCLUSIONES

1. El derecho a la libertad religiosa es aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas con las mismas garantías y con la misma efectividad que a cualquier ciudadano.

2. En el ámbito castrense, podemos encontrar con determinados actos o ceremonias en las que pueden coexistir, en mayor o menor medida, elementos militares y elemento religiosos. Así, podemos diferenciar:

2.1. *Actos estrictamente militares en los cuales no hay ningún elemento religioso.* No plantean problema desde el punto de vista del derecho analizado, por ejemplo, el izado de Bandera.

2.2 *Actos militares en los que se prevé una ceremonia religiosa, con anterioridad, en la que será voluntaria la asistencia.* Al no formar parte, en sentido estricto, del acto militar, no hay obligatoriedad de acudir; por ejemplo, la celebración de la Santa Misa antes de que dé comienzo el acto de Jura de Bandera.

2.3 *Actos militares en los que se prevé una ceremonia religiosa durante el mismo.* Al formar parte del propio acto militar adquiere la consideración de acto de servicio, está afectado a las funciones de los Ejércitos y, por ello, nadie puede estar exento de abandonar el acto militar esgrimiendo motivos religiosos; por ejemplo, el acto de homenaje a los que dieron su vida por España.

Aquí se puede plantear la duda acerca de ciertas ceremonias religiosas que serían más conveniente que no formaran parte del acto estrictamente militar. Por ejemplo, en algunos casos se sigue celebrando Misa dentro del propio acto de Jura de Bandera. Bajo mi punto de vista, por razones de carácter religioso, sí estaría legitimada la posibilidad de abandonar la formación en el momento del comienzo de la ceremonia religiosa. Ello condicionado en una doble dirección. Por un lado, el Mando debe advertir de la celebración religiosa y, por otro lado, todos aquellos que no deseen acudir a la celebración de la Misa por motivos de conciencia deberán hacerlo saber al Mando en cuestión. De cualquiera de las maneras, en mi opinión, un buen modo de evitar supuestos de fricción es

llevar a cabo la celebración religiosa con anterioridad a la militar. Así, se logrará evitar posibles conflictos, se garantizará plenamente el ejercicio de la libertad religiosa y se ganará vistosidad en el acto.

2.4 Actos estrictamente religiosos, pero en los cuales se designan piquetes o escoltas en representación institucional de las Fuerzas Armadas. Aquí hay que distinguir dos momentos: antes del nombramiento de los consabidos piquetes y después de su designación. La importancia de cada momento estriba en que antes del nombramiento hay obligación del Mando de poner en conocimiento de los posibles participantes que el acto al cual van a acudir tiene claros tintes religiosos y, por ello, hay voluntariedad de concurrir al mismo. Es en este momento, y no en otro, cuando se debe ejercitar el derecho a la libertad religiosa, manifestando su voluntad de no acudir al mismo, ya que una vez hecho el nombramiento, el formar parte de ese piquete o escolta y el acudir a la ceremonia religiosa que sea se transforma en un verdadero acto de servicio, llegando incluso a poder ser un acto de servicio de armas y, como consecuencia, no habrá ninguna posibilidad de eximirse de acudir al mismo por motivos religiosos; por ejemplo, la ceremonias en las cuales una piquete militar escolta a una imagen sagrada.

2.5 Actos exclusivamente religiosos sin ninguna connotación militar. Aquí tampoco se plantea ningún problema.

Por ello, en los dos casos más conflictivos en lo que atañe al binomio libertad religiosa y Fuerzas Armadas, la soluciones que, a mi criterio, deben ser propuestas son las siguientes. Para los casos previstos en el apartado 2.3., es decir aquellos supuestos en los cuales se inserta un acto de contenido religioso dentro de un acto esencialmente militar, la solución vendría dada, desde un enfoque propio del principio de oportunidad, con la separación de uno y otro acto. Así, la celebración religiosa podrá ser previa al acto militar, dejando salvado el libre ejercicio de la libertad religiosa tanto para aquellos que quieren acudir, como para aquellos que no deseen hacerlo.

Por otro lado, en los supuestos comprendidos en el apartado 2.4, los casos en los que las Fuerzas Armadas ejercen su representación institucional en actos de tinte religioso, la solución, ahora enfocada desde el prisma de la legalidad, partiría de la validez de la renuncia a participar en estos actos por anticipado. Así, el ejercicio de la libertad religiosa está localizado en un momento concreto, cual es la designación para el piquete o la formación que vaya a ejercer la citada representación. No se ha de olvidar que las Fuerzas Armadas es una institución esencialmente jerarquizada y sometida al criterio de la disciplina. La renuncia a participar en estos actos en el momento de la designación facilita la acción del

Mando a la hora de designar otros miembros que no encuentren en su foro interno ninguna cortapisa de conciencia para participar en el acto en cuestión.

3. Todas las garantías y manifestaciones que le son propias a la libertad religiosa se aplican a todos los militares, sea cual sea la religión profesada o aún cuando no se profese ningún credo religioso. Sin perjuicio de que la voluntariedad a asistir a los actos arriba indicados es uno de los aspectos fundamentales en las relaciones libertad religiosa-función militar, no es menos cierto que se mantienen otros aspectos no menos importantes como son, por ejemplo, la no discriminación de ningún militar por motivos religiosos, el garantizar y favorecer en la medida de lo posible los actos de cultos propios de su religión, el derecho a no declarar públicamente sus ideas religiosas,...

4. Por último, también adquiere cierta transcendencia la colisión entre una orden militar y el ejercicio de la libertad religiosa. Sin duda alguna, la orden no será legítima desde el momento en que su ejecución conlleve la comisión de un delito contra la libertad religiosa –fundamentalmente el artículo 522 del Código Penal Común–, o vaya en contra de lo reconocido en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa o la Orden Ministerial tantas veces referenciada.

En definitiva, el conflicto entre el ejercicio de la libertad religiosa y la función militar vendrá definido por la clasificación, en términos generales, de tres tipos de actos. En dos ellos, los estrictamente militares y los estrictamente religiosos, no se plantea cuestión alguna, en tanto en cuanto la obligatoriedad o voluntariedad en el cumplimiento de los mismos estará matizada por su propia esencia. Así, el religioso será esencialmente voluntario en aras del ejercicio legítimo de un derecho fundamental como es la libertad religiosa. En cambio, el acto estrictamente militar será esencialmente obligatorio en tanto que es el fruto de una organización como la militar donde la disciplina y la responsabilidad no sólo a la hora de mandar sino a la hora de obedecer son los pilares básicos sobre los que se asienta.

Los actos de naturaleza mixta, es decir, aquellos en los que en mayor o menor medida quedan imbricados aspectos militares y religiosos, serán obligatorios o facultativos teniendo en cuenta dos principios rectores: el ejercicio de la libertad religiosa y la disciplina como factor de cohesión de las Fuerzas Armadas. Al ser de naturaleza mixta, se debe tener en cuenta que el acto es potencialmente religioso hasta que se convierte en militar. Por ello, en la primera fase, el militar podrá ejercer su derecho constitucional y negarse a participar en él por motivos de conciencia. Pero en la segunda fase, una vez que el acto ha devenido en militar la obli-

gatoriedad de cumplimiento será la que corresponde a una acto de estas características.

La transición de un acto potencialmente religioso a un acto efectivamente militar deberá respetar los límites tanto de la libertad religiosa como los propios del ejercicio del mando. Así, en la primera fase, la libertad religiosa actúa y opera desde el momento en que el militar puede y debe negarse a participar en aquel acto para el que ha sido designado, arguyendo motivos de conciencia propios de la libertad analizada. Pero, en la segunda fase, es decir cuando la designación es efectiva, ya no tiene cabida alegar un pretendido derecho a la libertad religiosa cuando ya se ha podido ejercitar con la suficiente antelación al acto. Obviamente, deberán marcarse unos requisitos, en este caso de naturaleza reglamentaria –las Reales Ordenanzas particulares de los tres Ejércitos tienen el rango normativo de Real Decreto– que permitan la separación de uno y otro acto.

No debe permitirse y de ahí que tenga sus mecanismos de protección, la orden militar de acudir a un acto esencialmente religiosos puesto que quebraría de raíz la libertad religiosa constitucionalmente reconocida y, por ende, sería ¡¡legítima en su formulación. Pero ello no obsta para que se pueda, en aras de la eficacia y operatividad de las Fuerzas Armadas, ejercer libremente este derecho en el momento previo a la designación, siempre y cuando se haya tenido conocimiento con anterioridad de la participación de las Fuerzas Armadas en un acto religioso.

Por ello, y para concluir, no estamos ante un verdadero problema jurídico, ya que no tiene por qué haber ningún conflicto entre el ejercicio de la libertad religiosa y la función militar. Bien sea por el camino del principio de oportunidad y la prudencia en el ejercicio del mando –que impida cualquier ruptura frontal con el derecho ejercitado– bien sea por el camino de la legalidad, vigente, que permite el mecanismo adecuado para poder compatibilizar ambos términos del binomio analizado, lo cierto es que, en conclusión, no estamos ante un verdadero conflicto en derecho.

José Luis Martín Delpón