

LIBERTAD RELIGIOSA Y COVID-19: LAS LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE CULTO¹

[ENG] *Religious freedom and covid-19: limitations on the exercise of the right to religion*

Fecha de recepción: 23 julio 2022 / Fecha de aceptación: 18 diciembre 2022

JAIME ROSSELL
Universidad de Extremadura
(España)
rosgran@unex.es
ORCID: 0000-0002-8485-7663

Abstract: El autor analiza las medidas que para paliar la pandemia del COVID-19 se instauraron en España en los diferentes momentos en los que se decretó el estado de alarma y cómo dichas medidas supusieron de facto una restricción en el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa y de culto por parte de los individuos. Dichas medidas fueron además desarrolladas por las diferentes administraciones públicas y, aunque obtuvieron la plena colaboración por parte de las diferentes confesiones religiosas en la aplicación de las mismas, fueron motivo de protesta de algunos grupos cristianos.

Palabras clave: COVID-19; Libertad religiosa y de culto; límites al ejercicio de los derechos fundamentales.

Abstract: The author analyses the measures implemented in Spain to combat the COVID-19 pandemic at the different times when the state of alarm was decreed and how these measures meant de facto a restriction on the exercise of the fundamental right to freedom of religion and worship on the part of individuals. These measures were also implemented by the different public administrations and, although they obtained the full cooperation of the different religious denominations in their application, they were the cause of protest by some Christian groups.

Keywords: COVID-19; freedom of religion and worship, limits to the exercise of fundamental rights.

¹ Conferencia dictada en el Seminario Internacional “*Identidad religiosa en tiempos de COVID-19: entre restricciones y demandas de libertad*”, organizado por la Profa. Daniela Tarantino en la Universidad de Génova el 6 de abril de 2022.



1. INTRODUCCIÓN

Una vez que han pasado casi dos años desde el comienzo de la pandemia parece que a nadie puede sorprender la afirmación de que el mundo ha dejado de ser aquél que conocimos. Desde la mitad del siglo pasado, las sociedades occidentales no se habían enfrentado a una situación como la actual, de restricción de las libertades ya que después de la II Guerra Mundial, al menos en la mayoría de los países de Europa occidental, la Declaración de Derechos del Hombre de Naciones Unidas significó el banderazo de salida hacia un modelo de sociedad en el que la defensa y garantía de los derechos fundamentales se convirtió en algo incuestionable.

La pandemia que ha originado el COVID-19 ha venido a cambiar todo ello, en gran medida, como consecuencia de la necesidad de responder a un problema sanitario sobre el que no se podía actuar simplemente con conocimientos médicos sino también mediante la adopción de medidas que conllevan la restricción de algunas de las libertades conquistadas, entre ellas la libertad religiosa y de culto. Una libertad que está ligada a la libertad ambulatoria cuando se trata de ejercer ese derecho de manera colectiva y en la esfera pública.

Durante mi intervención trataré de explicar de qué manera, como consecuencia de la pandemia y de las medidas legislativas adoptadas para intentar luchar contra ella, se ha podido restringir o lesionar de forma injustificada o desproporcionada el ejercicio de la primera de las libertades en palabras de Jemolo², la libertad religiosa. Para ello me centraré en las medidas adoptadas en España, no porque haya sido un modelo y ejemplo de gestión de la pandemia, sino porque las mismas han sido adoptadas de igual o similar manera en la mayoría de los países de nuestro entorno.

Nuestra Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad religiosa en el art. 16. y aunque todos los autores van a defender la idea de que estamos ante un derecho fundamental, público y subjetivo³, se trata también de un derecho genérico o “*derecho*

² JEMOLO, A.C., *I problema pratici della libertà*, Milán 1961, p. 131.

³ Baste aquí un ejemplo sin querer en ningún modo ser exhaustivo. Vid., BAENA DEL ALCÁZAR, M., «Problemática y contenido de una auténtica garantía de libertad religiosa individual y de la independencia de la Iglesia ante la Constitución española», en *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad*, ed. AA.VV., Salamanca 1978, p. 57; MARZOA, A., «No confesionalidad e indeferentismo», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 5 (1989), p. 103; IBÁN, I.C., «La libertad religiosa», en *Derecho Eclesiástico*, IVÁN C. IBÁN, PRIETO SANCHÍS, L. y MOTILLA DE LA CALLE, A., Madrid 1997, p. 101.

*matriz que admite ser concretado o proyectado en una serie de derechos derivados distintos según se regulen actividades individuales o colectivas*⁴. En este sentido, no cabe duda de que el derecho a acudir a un lugar de culto o asistir a ceremonias religiosas es parte del contenido de este derecho.

Además, el TC señaló desde sus inicios que *“el derecho a la libertad religiosa del artículo 16.1 garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso ... junto a esta dimensión interna, esta libertad ... incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros*⁵. Ello nos lleva a distinguir dentro del derecho, una dimensión interna que no es posible limitar junto a una dimensión externa que sí podría ser limitada pero únicamente cuando colisione con el orden público protegido por la ley.

Si bien *“la dimensión externa de la libertad religiosa implica “la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”* (STC 46/2001, de 15 de febrero), es necesario subrayar que *“en relación con el tema que nos ocupa, podemos determinar que el ejercicio de la libertad, religiosa, como derecho fundamental y por tanto, especialmente protegido, podrá restringirse; pero los límites se establecerán según lo dispuesto por la ley, acordando las medidas que sean estrictamente necesarias para proteger los derechos fundamentales de los demás, por ejemplo la vida y la integridad física, así como velar por el orden público, uno de cuyos elementos lo constituye la salud pública”*⁶.

No me detendré en los límites al ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa pues ya se ha ocupado de ello anteriormente la Profa. Combalía, pero sí que insistiré en que esa limitación debe responder, de manera razonable y proporcional, a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás en una sociedad

⁴ IBÁN, I.C., «Concreciones y protección de la libertad religiosa», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universitat de les Illes Balears* 14 (1986), p. 242. En el mismo sentido se pronuncia González del Valle. Vid. GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M., *Derecho Eclesiástico Español*, Oviedo 1997⁴, pp. 202-203.

⁵ STC 177/1996, de 11 de noviembre, aunque son jurisprudencia coincidente las STC 24/1982, de 13 de mayo; 19/1985; STC 120/1990, de 27 de junio; y la STC 137/1990, de 19 de julio entre otras muchas.

⁶ RODRIGO LARA, M.B., «La libertad religiosa en España durante la pandemia de COVID-19», en *Revista Española de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 54 (2020), p. 7.



democrática. “Y esa necesidad debe derivar de un peligro cierto para el orden público o cualquiera de sus elementos, pues no cabe la interpretación del orden público en el sentido de cláusula preventiva frente a eventuales riesgos”⁷.

De esta forma, sólo cuando quede probado que el ejercicio de la libertad religiosa o alguna de sus manifestaciones pone en peligro la salud pública y la vida de terceros, se justifica el límite al ejercicio del derecho y la aplicación de la excepción del orden público. Pero esta medida debe estar contenida en la necesaria previsión legal, y ha de obedecer a un fin legítimo y ser una actuación proporcionada a dicho fin, tal y como ha señalado repetidamente nuestra jurisprudencia⁸. El problema es que la idoneidad y la necesidad que hacen falta para determinar que la medida es proporcionada, en el caso de una pandemia, forzosamente hay que interpretarla desde las ciencias de la salud y en este caso la incertidumbre científica y sanitaria que rodea al COVID-19 hace muy difícil esta tarea.

2. MEDIDAS LEGISLATIVAS DE LUCHA CONTRA LA PANDEMIA

En España la primera medida legislativa adoptada para luchar contra la pandemia fue, según establece el art. 116 de la Constitución, la aprobación del RD 463/2020, de 14 de marzo por el que se declaró el estado de alarma y que estuvo en vigor hasta el 21 de junio de 2020. Es importante saber que ni la Constitución ni la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, en relación a la suspensión de derechos en el estado de alarma se refieren a la libertad religiosa aunque sí a la libertad de circulación y el derecho de reunión.

Y el problema es que la suspensión de estos dos derechos puede dificultar e incluso imposibilitar el ejercicio de la libertad de culto. Como señala Gutiérrez del Moral “si el ciudadano no puede acudir al lugar de culto y no puede participar en actividades

⁷ GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J., «Libertad religiosa en época de COVID-19 en España: normativa estatal y normativa autonómica», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 37 (2021), pp. 193-194.

⁸ Vid por todas, las SSTC 8/2015, de 22 de enero; 49/2018, de 10 de mayo; 64/2019, de 9 de mayo y 99/2019, de 18 de julio.

*religiosas en comunidad es evidente que la dimensión externa de la libertad religiosa quedará claramente limitada, tanto la libertad religiosa individual como la colectiva*⁹.

El art. 11 del RD señalaba que *“la asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, se condicionan a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro”*.

Pero si bien la declaración del estado de alarma no contenía, como tal, una prohibición expresa de las ceremonias religiosas, ni siquiera de las ceremonias fúnebres, el artículo 7 del mismo RD, y que regulaba la *“limitación de la libertad de circulación de las personas”*, no incluyó entre las excepciones que permitían la libre circulación la asistencia a Misa u otros servicios religiosos.

Por este motivo, da la sensación de que el legislador abandonó la práctica de los actos de culto a una suerte de indefinición jurídica. Como señala Simón Yarza,

*“por el tenor del artículo 11, la celebración de ceremonias religiosas no sólo no estaba prohibida, sino que se permitía expresamente siempre y cuando se adoptasen —como es lógico— las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Esta autorización, sin embargo, se veía entorpecida por el mismo texto normativo, que no incluyó las ceremonias religiosas entre los servicios esenciales permitidos bajo condiciones, ni tan siquiera en los días fijados como sagrados por el calendario litúrgico”*¹⁰.

Y en este sentido, sí que me parece que se produjo una restricción desproporcionada e injustificada del derecho a la libertad de culto pues como señala Simón Yarza,

“pienso que la libertad de cultos fue tratada desconsideradamente frente a otros servicios... de menor relevancia constitucional. Porque... ¿puede sostenerse con seriedad que es más importante el servicio de prensa, el servicio de estanco o las clínicas veterinarias, que el culto litúrgico, al menos en los días señalados como sagrados por la autoridad religiosa? Piénsese, en este sentido, en lo esencial que es para la vida de tantos cristianos el precepto dominical. Obviamente, tales ceremonias no deberían permitirse en cuanto que supusiesen un peligro inasumible de contagio... por razones de salud pública. (Pero) me cuesta creer, con todo, que

⁹ GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J., «Libertad religiosa en época de COVID-19 en España...», cit. p. 119.

¹⁰ SIMÓN YARZA, F., «Reflexiones sobre la libertad religiosa ante las restricciones impuestas como consecuencia del COVID-19», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional* (coords.) BIGLINO CAMPOS, P Y DURÁN ALBA, F., Zaragoza 2020, p. 4.



*no sea posible admitirlas sujetándolas a severas medidas, análogamente a como ha ocurrido con otros servicios*¹¹ denominados esenciales, y que preveía el art. 7 h. del RD.

Por este motivo, aunque es verdad que no se produjo una suspensión de la libertad religiosa y del derecho al culto, sí existió una restricción de los mismos bajo la justificación de la protección de la salud pública, elemento constitutivo del orden público protegido por la ley. Una restricción que podría incluso ser una medida discriminatoria pues, como veremos después, en cambio sí que se permitía acudir a un local de prensa o a un estanco al ser considerados servicios esenciales.

El 15 de marzo, al amparo del Real Decreto 463/2020, se aprobó la Orden INT/227/2020, en el ámbito de Instituciones Penitenciarias y aunque nada se dice de actividades religiosas todo parecía indicar que muchas de las actividades en los centros penitenciarios serán restringidas, limitadas o incluso suspendidas, también las religiosas.

Unos días más tarde se promulgó la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por la COVID-19. Dictada por el Ministro de Sanidad de acuerdo con las competencias que le atribuía el RD 463/2020, la norma prohibía *“los velatorios en todo tipo de instalaciones, públicas o privadas, así como en los domicilios particulares”*¹², y posponía *“la celebración de cultos religiosos o ceremonias civiles fúnebres hasta la finalización del estado de alarma”* aunque admitía una ceremonia de *“enterramiento o despedida para la cremación de la persona fallecida”*, restringiendo la participación *“a un máximo de tres familiares o allegados, además, en su caso, del ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida del difunto”*, y exigiendo *“la distancia de uno a dos metros entre ellos”*¹³.

También en este punto coincido con Simón Yarza cuando señala que

“se me hace difícil... emitir un juicio seguro acerca de la proporcionalidad de esta medida... la restricción de los servicios fúnebres... acaso estuvo justificada por los riesgos que para la salud comporta el contacto con personas fallecidas a causa del virus... Tampoco en esto puede decirse que la dimensión religiosa y trascendente del

¹¹ *Ibíd.*, p. 5.

¹² Art. 3.

¹³ *Vid.* art. 5.

*hombre haya sido privilegiada frente a otras urgencias materiales. Al contrario, lo radical de la limitación, que no hace ningún género de distinguos entre tipos de fallecidos, y que reduce la presencia de familiares a un número exiguo, merece también, a mi juicio, cuando menos una reflexión*¹⁴.

Lo cierto es que durante ese período también se produjeron una serie de acontecimientos que nos muestran cómo en la práctica el ejercicio del derecho al culto fue restringido desproporcionadamente por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Así ocurrió, por ejemplo, el 10 de abril durante una celebración religiosa en la catedral de Granada en la que estaban presentes menos de veinte feligreses. Policías nacionales irrumpieron y amenazaron con imponerles sanciones si no abandonaban el templo. Pacíficamente, el obispo interrumpió la celebración, instó a la obediencia y continuó la ceremonia con la catedral vacía. A raíz de episodios similares en otros templos¹⁵, la Asociación de Abogados Cristianos interpuso una querrela contra el Ministro de Interior, en base al art. 404 del CP en lo que respecta al delito de prevaricación administrativa, y los arts. 522 y 523 en relación a la prohibición del culto en el marco del artículo 16 de la Constitución.

Pero el Tribunal Supremo, en un ATS de 16 de noviembre de 2020 consideró que *“no puede apreciarse una vulneración de la libertad en tanto en cuanto la excepcionalidad de la situación del estado de alarma conllevó a la adopción de medidas de vigilancia de las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en todo el país, en evitación de reuniones que propiciarán la propagación del virus, con lo que no concurren los elementos de los tipos penales de los artículos 522 y 523 CP en cuanto a que por los medios que se citan (violencia, intimidación, fuerza, apremio ilegítimo, etc) impidan a una persona llevar a cabo actos propios de una confesión religiosa, ya que la restricción de la libertad de circulación ex-RD 463/2020 tenía este fin indicado de evitar que las reuniones permitieran coadyuvar con la extensión de la pandemia en un periodo en el que estaba decretado el estado de alarma.*

*Y aunque el artículo 11 del citado RD 463/2020 que lleva por rúbrica Medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas fijara la posibilidad de asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, resulta evidente que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de todo el país velaron y vigilaron por valorar cada caso y adoptar las medidas de seguridad y contención que la casuística aconsejaba en cada caso*¹⁶.

¹⁴ SIMÓN YARZA, F., «Reflexiones sobre la libertad religiosa ante las restricciones impuestas...», cit. p. 6.

¹⁵ Vid. ROJO ALVAREZ-MANZANEDA, L., «Estado de alarma por motivos sanitarios: COVID-19 y libertad religiosa», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 37 (2021), p 351.

¹⁶ *Ibíd.*



No parece que, en muchos casos, la policía fuese sensible a las necesidades espirituales de los ciudadanos y por tanto al mandato constitucional de hacer real y efectivo el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa¹⁷. La única duda es si, en ese ejercicio de valoración casuística que se hizo a lo largo del territorio español por parte de los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tuvo alguna influencia su posición personal frente al hecho religioso.

En mayo de 2020 comenzó una desescalada en relación con las medidas que se habían adoptado. Daba la sensación de que la pandemia iba remitiendo y por lo tanto el Gobierno, sin consultar con ningún órgano científico, decidió iniciar un plan de transición hacia lo que denominó la “nueva normalidad”. De esta forma se aprobó la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regulaba un proceso de cogobernanza con las Comunidades Autónomas así como las fases previstas en el Plan de desescalada. Dicha Orden tendrá efectos directos en el ejercicio de la libertad de circulación de los ciudadanos y por ende también en la libertad de culto, al producirse una flexibilización de las medidas que estaban en vigor.

La Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, que regulaba la llamada «fase 1» del plan de transición recogía en su art. 8 una relajación de las condiciones en la celebración de velatorios y enterramientos, y permitía en su art. 9 el culto público, que quedaba sometido a un profuso catálogo de restricciones higiénicas que seguirá vigente a lo largo de todo el proceso de desescalada.

También en este punto, Simón Yarza ha mostrado sus dudas acerca de la proporcionalidad de la mayoría de las restricciones impuestas, deteniéndose en dos de ellas.

“Me refiero a la prohibición genérica de «utilizar el exterior de los edificios» y «la vía pública para la celebración de actos de culto» (art. 9.2 letra d) que, aunque sea comprensible para evitar concentraciones sociales inasumibles durante una fase crítica de la pandemia —p. ej., las procesiones de Semana Santa—, redactada de modo tan amplio puede dar lugar a prácticas policiales abusivas; y a la previsión de «limitar al menor tiempo posible la duración de los encuentros o celebraciones» (art. 9.3 letra h). Esta última limitación no pasa de ser una admonición difícilmente

¹⁷ Vid. art. 9.2 de la Constitución española.

controlable, impuesta además sobre una actividad —la adoración litúrgica— que exige, por definición, sosiego y calma”¹⁸.

En la segunda fase de la desescalada se siguieron flexibilizando las medidas impuestas. La Orden SND/414/2020, de 16 de mayo aumentará el aforo permitido para los velatorios y enterramientos¹⁹ y para todo tipo de actos de culto²⁰. En este último caso, se pasaba de un aforo permitido de un tercio a la mitad y se mantenían las distancias de seguridad aunque la lista de condiciones higiénicas y sanitarias prevista para la fase 1 permanecía invariable. Mientras, el art. 10.1 añadía una previsión específica para las ceremonias nupciales, señalando que se admitirán *“en todo tipo de instalaciones, públicas y privadas, ya sea en espacios al aire libre o espacios cerrados, siempre que no se supere el cincuenta por ciento de su aforo, y en todo caso un máximo de cien personas en espacios al aire libre o de cincuenta personas en espacios cerrados”*.

La última medida de flexibilización es la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, prevista para la llamada fase 3. Nuevamente, se ampliaba el número posible de asistentes a los velatorios, enterramientos y ceremonias fúnebres, con las mismas exigencias de respeto de la distancia mínima de seguridad de dos metros, higiene de manos y etiqueta respiratoria²¹. El aforo previsto, con carácter general, para los actos de culto, ascendía al setenta y cinco por ciento de la capacidad de los templos, y el catálogo exhaustivo de restricciones de la fase 1 conservaba su vigencia²².

A finales de septiembre de 2020 la situación de pandemia volvió a empeorar por lo que el 30 de septiembre se adoptó un Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud²³, en el que participaron todas las CCAA, para tomar medidas y dar una respuesta adecuada.

¹⁸ SIMÓN YARZA, F., «Reflexiones sobre la libertad religiosa ante las restricciones impuestas...», cit. pp. 8-9.

¹⁹ Art. 8.

²⁰ Art. 9.

²¹ Vid. art. 8.

²² Vid. art. 9.

²³ Resolución de 30 de septiembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Sanidad, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre la Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud pública para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-Cov-2, de fecha 30 de septiembre de 2020.



En relación con los lugares de culto el aforo máximo disminuye a un 1/3 garantizándose en todo caso la distancia mínima interpersonal de 1,5 metros (art. 1.2. B.3). En el caso de los velatorios, el aforo máximo será de 15 personas en espacios al aire libre o diez en espacios cerrados, sean o no convivientes y la participación en la comitiva para el enterramiento o despedida para la cremación de la persona fallecida se restringirá a un máximo de 15 personas (art. 1.2. B.4).

En este punto, volvemos a no entender la falta de criterio único del legislador, pues, si observamos el aforo en locales comerciales y servicios al público, el aforo será del 50 %; y en hostelería y restauración, juegos y apuestas, es del 50% en espacios interiores y del 60 % en espacios exteriores (art. 1.2. B.5 y 6). Y vuelve a parecer evidente que, aunque las medidas restrictivas pueden estar justificadas en relación con el derecho a la vida y a la salud, lo cierto es que a mi juicio se produce una discriminación religiosa al restringir la capacidad de asistencia a los servicios religiosos frente a la asistencia a otro tipo de negocios seculares²⁴.

Y en el mismo sentido, el auto 283/2020 del Juzgado de los Contencioso-Administrativo núm. 5 de Barcelona, de 24 de agosto, señaló que

“el aforo en las iglesias no puede ser menor que en otras reuniones voluntarias sin relevancia constitucional, pues dichas reuniones están basadas en el derecho fundamental de libertad religiosa, y como tal forman parte de su contenido: Sin perjuicio de que la protección del deporte o de la cultura tengan relevancia constitucional (como principios rectores de la política social y económica), debe recordarse que la libertad religiosa y de culto la tiene mayor, dada su consagración en el artículo 16 como derecho fundamental de especial protección. Estamos, por tanto, ante una medida incoherente y que, además, no se justifica de manera específica. La protección de la libertad religiosa, a falta de otras razones, debe ser, al menos, la misma que la proporcionada a las actividades culturales y deportivas”.

Y del mismo parecer es la Magistrada Galindo Gil cuando emite un voto particular en el auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Contencioso-administrativo, sección 8), 134/2020 de 15 octubre, respecto a la diferente limitación en el aforo de lugares públicos, al estimar que *“la limitación a 1/3 del aforo en lugares de culto, en*

²⁴ En sentido parecido se pronunció con un voto disidente el Juez Kavanaugh, y se adhirieron los jueces Thomas y Gorsuch, en el caso *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Gavin Newson, Governor of California, et al.*, de 29 de mayo de 2020 o el caso *Calvary Chapel Dyaton Valley v. Steve Sisolak, Governor of Nevada, et al.*, de 24 de julio de 2020. Vid. en este sentido SIMÓN YARZA, F., «Reflexiones sobre la libertad religiosa ante las restricciones impuestas...», cit. pp. 12 y ss.

*cuanto carece de motivación, no resulta respetuosa con el principio de proporcionalidad, por lo que lesiona el contenido esencial a la libertad de culto garantizada en el artículo 16 de la Constitución*²⁵.

La situación de pandemia no parecía mejorar por lo que un nuevo estado de alarma fue declarado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. De esta forma en su art. 8 *“se limita la permanencia de personas en lugares de culto mediante la fijación, por parte de la autoridad competente delegada correspondiente, de aforos para las reuniones, celebraciones y encuentros religiosos, atendiendo al riesgo de transmisión que pudiera resultar de los encuentros colectivos. Dicha limitación no podrá afectar en ningún caso al ejercicio privado e individual de la libertad religiosa”*. Serán, por tanto, las autoridades competentes de las CCAA las que a partir de este momento determinarán los aforos en sus territorios ajustándolos a las circunstancias concretas²⁶.

En relación con los lugares de culto y las ceremonias civiles o religiosas, encontramos numerosas similitudes entre las CCAA pues se establece que no podrán superar el 75 % del aforo.

“En lo que respecta a los velatorios y ceremonias fúnebres, sí existen diferencias en cuanto al límite máximo de personas, en instalaciones tanto públicas como privadas. En espacios al aire libre varían de cincuenta personas en Cantabria, a sesenta personas en Galicia, o sesenta y cinco personas en el País Vasco. En el supuesto de espacios cerrados también se producen diferencias, que van desde veinticinco personas en el caso de Cantabria, a treinta personas en el caso de País Vasco y Galicia, precisando en todas ellas que pueden ser o no convivientes.

*En relación con los enterramientos o despedidas para la cremación, también existen diferencias: en el caso de Cantabria se restringe a un máximo de cincuenta personas, en Galicia sesenta y cinco, y en el País Vasco a setenta y cinco –además del ministro de culto o persona asimilada–*²⁷.

²⁵ GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J., «Libertad religiosa en época de COVID-19 en España...», cit. pp. 196-197.

²⁶ Vid. en este sentido el exhaustivo análisis que se realiza en GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J., «Libertad religiosa en época de COVID-19 en España...», cit. pp. 139-188.

²⁷ ROJO ALVAREZ-MANZANEDA, L., «Estado de alarma por motivos sanitarios...», cit. p. 336.



Esta falta de un criterio único y coherente para determinar los aforos máximos de los lugares de culto y las diferentes medidas y soluciones aportadas en cada una de las CCAA ha llevado a algún autor a considerar que aún siendo idóneas y necesarias quizás no eran proporcionales en sentido estricto por no ser equilibradas o ponderadas²⁸.

Pero ese no será el mismo planteamiento de nuestro Tribunal Constitucional que ha señalado en la STC 183/2021, de 27 de octubre que el art. 8 no ha dispuesto un determinado aforo, ni siquiera ha fijado un límite máximo, como ha hecho en otros preceptos (art. 7, por ejemplo), de tal manera que, en su caso, el juicio de proporcionalidad habría que hacerlo respecto de la disposición o acto gubernativo que estableciera un aforo máximo en el ámbito territorial correspondiente. Así, podría darse el supuesto de que la norma autonómica aceptara un aforo del 100 por 100 de asistentes a los actos, por entender que no se apreciaba riesgo de transmisión en aquel territorio autonómico, en cuyo caso, no se habría impuesto límite alguno; o, por el contrario, llegar a una restricción extrema, que no fuera la del 0 por 100, supuesto que, de darse, impediría el ejercicio del derecho, pero fijando un porcentaje muy alto que pudiera resultar desproporcionado, luego de la aplicación del test correspondiente.

En conclusión, si la limitación prevista en el art. 8 lo que hace es simplemente condicionar el establecimiento de aforos de asistencia a actos religiosos y de culto al cumplimiento de un criterio de alcance general como es el del riesgo de transmisión de la pandemia, derivado de aquellos encuentros colectivos, pero sin establecer pautas de cuantificación o porcentajes máximos de asistencia, debemos desestimar la pretensión sin más largo discurso argumentativo; en primer lugar, porque se trata de una impugnación que tiene carácter preventivo, en la medida en que no es esta norma la cuestionable sino la que, en uso de la habilitación conferida, hubiera podido dictar la autoridad autonómica correspondiente estableciendo los aforos máximos para su ámbito territorial. Y, en segundo término, porque, como ha declarado este tribunal, la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca motivo bastante para declarar [su] inconstitucionalidad²⁹.... A mi juicio, desde el punto de vista de la proporcionalidad de

²⁸ Vid. GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J., «Libertad religiosa en época de COVID-19 en España...», cit. p. 196.

²⁹ Vid. en el mismo sentido las SSTC 58/1982, de 27 de julio; 83/2020, de 15 de julio y 170/2020, de 19 de noviembre.

las restricciones de los derechos afectados, la cuestión principal que se plantea es la de una contraposición entre el derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libre circulación y con otros derechos fundamentales e intereses constitucionales que pueden resultar afectados (derecho a la libertad de residencia, derecho a la libertad de reunión y manifestación, derecho a la intimidad, derecho a la libertad religiosa, derecho a la libre empresa y otros).

La conclusión a que debe llegarse comparando todos estos parámetros es la de que el sacrificio de los derechos que se contraponen al derecho a la vida y a la salud en los términos que resultan de los actos impugnados se ajusta a la ley de la proporcionalidad”.

3. PERO ¿CUÁL HA SIDO LA ACTUACIÓN DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS?

Desde mi punto de vista, las confesiones religiosas han colaborado con su actuación desde el primer momento, mostrando una lealtad ejemplar hacia el Gobierno y la Administración.

Ejemplo de ello ha sido la actuación de la Iglesia católica en España. La Conferencia Episcopal Española ya a mediados de marzo de 2020, a través de su Comisión Ejecutiva publicaba una serie de orientaciones y medidas para tener en cuenta ante la emergencia sanitaria, asumiendo las recomendaciones de las autoridades sanitarias³⁰. Y ello a pesar del enfrentamiento entre el Cardenal Omella, Presidente de la Conferencia Episcopal Española, y el Presidente de la Generalitat, Quim Torra, con motivo de la restricción del aforo para el funeral por las víctimas del coronavirus a diez personas. El día 27 de junio, el Cardenal Omella anunció acciones legales contra la Generalitat por una prohibición discriminatoria e injusta y, al día siguiente, Torra abrió un expediente sancionador contra el arzobispado por incumplir la limitación impuesta.

La Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España también ha ido informando a sus miembros cómo luchar contra el COVID-19, adaptándose a las medidas sanitarias establecidas por el Gobierno central al inicio de la pandemia y por los

³⁰ El 13 de marzo de 2020, la Conferencia Episcopal española publicó un documento con el título «Orientaciones ante la situación actual provocada por el COVID-19» que se puede encontrar en [<https://documentos.conferenciaepiscopal.es/flora/servlet/DocumentFileManager?source=ged&document=ged%3AIDOC%3A1230&resolution=MEDIUM&recordId=cee%3ADOCUS%3A1231>, consultado el 15 de marzo de 2022].



Gobiernos autonómicos. Si bien, hizo llegar al Ministro de Sanidad su preocupación sobre algunas restricciones adoptadas por las Comunidades Autónomas como la prohibición de cantar en lugares de culto, al entender que suponía una limitación de la libertad religiosa que no se daba en otros ámbitos lo que era discriminatorio.

La Comisión Islámica de España, cuyo presidente falleció víctima de la pandemia en los primeros días desde la promulgación del estado de alarma, también ha orientado a las comunidades en la lucha contra el coronavirus y la transmisión de la enfermedad al establecer una serie de medidas sobre el rezo colectivo y la asistencia a las mezquitas. De hecho, ha mantenido reuniones con representantes de las CCAA como en el caso de la Directora General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y el responsable de cementerios en el Ayuntamiento de Madrid para tratar el problema de las incineraciones.

De la misma forma ha actuado la Federación de Comunidades Judías de España al publicar en mayo de 2020 un comunicado sobre medidas de seguridad e higiene para prevenir el contagio del COVID-19, e incluso una serie de normas para cumplir, en caso de infección, durante los 14 días de aislamiento preceptivos que se impusieron en los primeros meses de la pandemia.

Pero si bien la actitud de las confesiones religiosas ha sido de una colaboración plena, no parece que haya pasado lo mismo con la Administración. Algunos autores³¹ han puesto de manifiesto cómo a pesar de que la normativa expuesta ha limitado y restringido la libertad de culto, nada han podido intervenir las confesiones religiosas en relación con la adopción de estas medidas.

Y ello a pesar de que la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, órgano consultivo del Gobierno en materia de libertad religiosa y en la que están representadas las confesiones religiosas con acuerdo y aquellas con notorio arraigo, tiene por objeto “*el estudio, seguimiento, informe y la realización de propuestas de todas aquellas materias relacionadas con el desarrollo, impulso y promoción efectiva del derecho de libertad*”

³¹ GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J., «Libertad religiosa en época de COVID-19 en España...», cit. pp. 188-199; en el mismo sentido GARCÍA GARCÍA, R., «Libertad religiosa en tiempos de coronavirus, 18 de junio de 2020», en <http://www.blog.fder.uam.es/2020/06/18/libertad-religiosa-en-tiempo-decoronavirus/> [consultado el 12/3/2022].

religiosa”³² y tiene entre sus funciones la de “conocer e informar los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten a la aplicación de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio”³³, y “emitir informes sobre las normas que incidan en el ejercicio del derecho de libertad religiosa que hayan sido dictadas por las Comunidades Autónomas, que el Gobierno, a través del Ministro de Justicia, someta a su consulta”³⁴.

Parece que, en este caso, el Gobierno a través del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y memoria Democrática y su Subdirección General de Libertad Religiosa decidieron obviar las funciones que este órgano tenía encomendadas y lo que es más importante, olvidaron aplicar el principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas, establecido en el artículo 16.3 de la Constitución, que es la piedra angular de nuestro sistema o modelo de derecho eclesiástico y que hace posible la gestión de la diversidad religiosa existente en nuestro país conforme a lo dispuesto por la LOLR.

Como señala Gutiérrez del Moral,

*“esa falta de comunicación entre confesiones religiosas y Gobierno durante la primera declaración del estado de alarma, y también posteriormente, hace pensar en una falta de confianza de la Administración pública respecto de aquellas... (pues) llama la atención el detalle con el que es redactado el artículo 9 de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo dando instrucciones a las confesiones religiosas sobre cómo llevar a cabo las actividades y ceremonias religiosas. ¿Por qué hemos de pensar que las confesiones religiosas no habrían colaborado ante unas claras indicaciones sanitarias, adaptando sus rituales y ceremonias?”*³⁵.

Este modelo de relaciones, denominado por nuestro TC de “laicidad positiva”, reduce la interferencia de las autoridades religiosas y del clero en el ámbito de la política, pero también reduce la interferencia del Estado en la esfera religiosa. Ello asegura cierto equilibrio en la medida en que se basa en una fórmula de cooperación que garantiza el respeto a la religión; y, en el caso de una sociedad multirreligiosa, el respeto al pluralismo religioso sin imponer un modelo secularizado de sociedad, que reserva al Estado la

³² Art. 2.4 del RD 932/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

³³ Art. 3 b) del RD 932/2013.

³⁴ Art. 3 g) del RD 932/2013.

³⁵ GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J., «Libertad religiosa en época de COVID-19 en España...», cit. p. 190.



definición de los significados morales, los objetivos y los valores últimos y que podría degenerar en una suerte de religión política o laicismo militante.

Y da la sensación de que ha sido intención de este Gobierno, de la Administración, relegar el ejercicio del derecho al culto al estricto ámbito privado. O cuanto menos hacerlo muy difícil de ejercitar por parte de los fieles. Sirvan como muestra los aforos previstos por las diferentes administraciones para la asistencia bien a ceremonias religiosas bien a otro tipo de actos seculares, entre ellos los deportivos. Y ello nos parece un error pues limitar o restringir el ejercicio del derecho de libertad religiosa, del derecho al culto en el espacio público puede generar tensiones que lleven al fracaso en la construcción de sociedades inclusivas.