

CONTROL ADMINISTRATIVO DE LOS LUGARES DE CULTO. LA LICENCIA MUNICIPAL DE APERTURA

Jorge Otaduy

Facultad de Derecho Canónico
Universidad de Navarra
Pamplona

Sumario: 1. Observaciones preliminares. 1.1. *Marco normativo básico*. 1.2. *La autorización como técnica de intervención administrativa*. 1.3. *Licencias para lugares de culto*. 2. El uso religioso como actividad no sujeta a licencia de apertura. Interpretación jurisprudencial. 3. Opiniones doctrinales favorables a la sujeción a licencia de la actividad religiosa. 4. Nueva licencia municipal de apertura y uso de centros de culto en la ley 16/2009, de 22 de julio, de la Generalidad de Cataluña. 4.1. *Motivos de la ley*. 4.2. *Reserva de ley orgánica*. 4.3. *Respeto del contenido esencial del derecho de libertad religiosa*. 4.4. *Retroactividad de la ley*. 4.5. *El Proyecto de Ley de 2011 de modificación de la ley catalana de centro de culto*. 5. La licencia de apertura de centros de culto a la luz de las nuevas tendencias del Derecho administrativo en materia de autorizaciones.

«Es técnicamente imposible cumplir con todos los requisitos legalmente exigidos; por cuya razón un inspector celoso puede paralizar, con un reglamento en la mano, cualquier proceso».

Alejandro NIETO, *La «nueva organización del desgobierno»*, Ariel, Barcelona 1996, 219

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

1.1. *Marco normativo básico*

La intervención administrativa sobre la libre actividad de los particulares encuentra en España apoyo legal en el vigente artículo 84 de la LBRL, según el cual las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos incluso a través del «sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo» (núm. 1, letra b)¹.

1. Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local de 2 de abril. BOE de 3 de abril.

Este criterio de la Ley de 1985 no supuso ninguna novedad porque recogió una realidad vigente desde hacía treinta años y bien consolidada ya por entonces en nuestro Derecho. En efecto, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales introdujo en 1955 un régimen profundamente innovador para su época en materia de intervención de los ayuntamientos en la actividad de los particulares, que ha mantenido su vigencia hasta fecha muy reciente². El artículo 1 consignó los supuestos en los que la intervención podría tener lugar³, y según el artículo 5, sobre los medios para el ejercicio del control de la actividad de los administrados, éste podría llevarse a cabo mediante Ordenanzas, Reglamentos y Bandos de policía y buen gobierno; Ordenes individuales, constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo; y también mediante el sometimiento a previa licencia. El artículo 21, por su parte, se destinó a regular la sujeción a previa licencia, entre otras actividades, las obras de nueva planta, la modificación de estructura o aspecto exterior de las existentes, la primera utilización de los edificios y la modificación objetiva del uso de los mismos; estableció la comprobación del ajuste del acto proyectado a los planes de ordenación urbana, a las condiciones de seguridad, salubridad y estética adecuadas a su emplazamiento⁴.

2. Decreto de 17 de junio 1955. Aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. BOE de 15 julio 1955. Dictado en desarrollo de la Ley de Régimen Local, aprobada por Decreto de 16 de diciembre de 1950.

3. «Los Ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados en los siguientes casos:

1º En el ejercicio de la función de policía, cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas.

2º En materia de subsistencias, además, para asegurar el abasto de los artículos de consumo de primera necesidad, la calidad de los ofrecidos en venta, la fidelidad en el despacho de los que se expendan a peso o medida, la normalidad de los precios y la libre competencia entre los suministradores y vendedores.

3º En el orden del urbanismo, también para velar por el cumplimiento de los planes de ordenación aprobados.

4º En los servicios de particulares destinados al público mediante la utilización especial o privativa de bienes de dominio público, para imponer la prestación de aquéllos debidamente y bajo tarifa.

5º En los demás casos autorizados legalmente y por los motivos y para los fines previstos».

4. F. LÓPEZ MENUDO valora en los siguientes términos el RSCL: «Contiene una regulación de las licencias que ha contribuido meritoriamente a dibujar sus perfiles jurídicos; características tales como el sometimiento de las licencias al principio de igualdad ante la ley, la necesidad de concurrencia de los motivos y los fines que la justifican, congruencia de su contenido con tales requisitos, principio de "neutralidad" de la Administración respecto a las relaciones

Los establecimientos industriales y mercantiles contaban con normas específicas para verificar si los locales e instalaciones reunían las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad y las que, en su caso, estuvieran dispuestas en los planes de urbanismo debidamente aprobados. Ese régimen fue desarrollado y sistematizado mediante el Decreto 2414 de 30 de noviembre 1961, que aprobó el importantísimo y longevo Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, que ha permanecido también en vigor hasta fecha reciente⁵. Para completar los elementos del cuadro normativo referencial del tema de estudio, hay que mencionar la aprobación, veinte años más tarde, de un específico Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas⁶.

En la actualidad, la legislación autonómica ha venido a sustituir –o en su caso a complementar– la mayor parte de las disposiciones citadas. Por otra parte, como trataremos con cierto detalle en la parte final de este trabajo, la Ley de bases de Régimen Local, que figura a la cabeza de esta enumeración normativa, ha resultado profundamente revisada en lo que toca a las medidas de control de las actividades sujetas a libre iniciativa de los particulares, por imperativo del Derecho comunitario relativo a la libertad de establecimiento y prestación de servicios⁷.

1.2. *La autorización como técnica de intervención administrativa*

No es objeto de este trabajo abordar desde la perspectiva de teoría del Derecho administrativo el tema de las autorizaciones o licencias, aunque resulta ineludible hacer alguna referencia que permita situar en su contexto lo que trataremos después a propósito de la actividad de control sobre los lugares de culto.

del sujeto autorizado con terceros y sobre el derecho de propiedad, régimen de transmisibilidad y de revocación, etc. han encontrado oportuna fijación en dicho Reglamento, tan modesto de rango formal como influyente desde el punto de vista práctico, y “didáctico” desde el doctrinal», *Autorización*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, Madrid 1995, 712.

5. Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre. Aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. BOE de 7 de diciembre.

6. Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto. Aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos públicos y actividades recreativas. BOE de 6 de noviembre.

7. La normativa europea fue introducida en España, en el ámbito estatal básico, por medio, principalmente, de las dos leyes siguientes: Ley 17/2009, de 23 de noviembre (Ley Paraguas). Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. BOE 24 noviembre 2009; y Ley 25/2009, de 22 de diciembre (Ley Omnibus). Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (RCL 2009/2256). BOE de 23 diciembre 2009.

Como afirma Santamaría, la licencia es «la figura más clásica de todas las técnicas de ordenación» empleadas por la Administración⁸, si bien se trata de una figura en crisis, como suele señalarse al inicio de las exposiciones generales sobre la materia. Según la teoría tradicional –que se remonta a Ranelletti, cita obligada en este tipo de aproximaciones generales al tema– la autorización estaba ligada a la idea de remoción de límites para el ejercicio de un derecho preexistente y la correspondiente fiscalización previa de la inocuidad de su ejercicio⁹. En la actualidad –desde hace varias décadas, en realidad¹⁰– la licencia administrativa tiende a convertirse en un instrumento al servicio de la política comercial o industrial que pretenden impulsar los poderes públicos¹¹; es decir, en un recurso para la ejecución de la política económica del Gobierno.

También es común en este tipo de aproximaciones generales a la figura destacar la dificultad de establecer una definición universal de la autorización, habida cuenta la variedad del objeto al que se refiere, aunque no faltan intentos para conseguirlo. Según López Menudo, por ejemplo, la autorización «es uno de los diversos medios de intervención de la Administración sobre la actividad de los administrados, que tiene como finalidad controlar preventivamente si el ejercicio de un derecho (...) se ajusta y armoniza con el interés general»¹². Para Laguna de Paz, la autorización, como técnica general del Derecho, consiste en «el control preventivo que

8. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, II, Iustel, Madrid 2004, 260.

9. Vid., por ejemplo, J. L. MEILÁN GIL, *Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (a propósito del régimen jurídico de las centrales lecheras)*, *Revista de Administración Pública* 71 (1973) 80. Una interesante exposición acerca de la crisis del concepto de autorización y la posición actual de la doctrina administrativista sobre el particular puede encontrarse en T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Breves reflexiones sobre la autorización administrativa*, en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2007, 15-23.

10. Villar Palasí identificó los síntomas de esta evolución en los años cincuenta del pasado siglo. Vid. J. L. VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, DEP, Madrid 1965. Citado por T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Breves reflexiones sobre la autorización administrativa*, cit., 16.

11. Un meritorio esfuerzo de reconstrucción de la figura de la autorización como categoría unitaria, en línea con el planteamiento tradicional de remoción de obstáculos para el libre ejercicio del derecho preexistente puede encontrarse en J. C. LAGUNA DE PAZ, *La autorización administrativa: entre la escila del dogmatismo y el Caribdis del relativismo*, en *La autorización administrativa. La Administración electrónica...*, cit., 25-48. Más ampliamente, del mismo autor, *La autorización administrativa*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006.

12. F. LÓPEZ MENUDO, *Autorización*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, Madrid 1995, 712.

un sujeto realiza respecto de la actuación de otro, con el fin de comprobar que reúne las condiciones que permiten entender que dicho comportamiento no dañará sus intereses, o los de aquellos cuya salvaguardia tiene encomendados»¹³.

La razón de ser del control previo que ejerce la Administración responde al potencial dañoso de ciertas actividades o a la intensidad de uso del dominio público que comporta. En el primer caso nos encontramos ante los típicos controles de policía administrativa, que según la invocada concepción clásica –sin entrar ahora en más detalles–, se ordenan a la remoción de los obstáculos establecidos por la norma para el desarrollo de la actividad. La segunda modalidad responde a las autorizaciones demaniales, destinadas a controlar el aprovechamiento del dominio público, cuando un exceso de utilización respecto al que corresponde a todos pudiera impedir el uso común.

Las categorías fundamentales en las que se traducen los intentos de clasificación a los que se somete la figura remite, en primer lugar, a las de tipo reglado o discrecional, según que se base sobre la comprobación de circunstancias previstas en la norma para el ejercicio de la actividad o que se admita un margen de valoración de la oportunidad del desarrollo de la iniciativa. Como cabía suponer, la doctrina relativiza el alcance de la distinción, que no puede entenderse en términos absolutos¹⁴. Es asimismo relevante la diferencia entre las autorizaciones simples y operativas. Mediante las primeras se lleva una actividad de mero control, mientras que las segundas se refieren más bien a la programación o seguimiento de la actividad¹⁵. Es fácil comprender que si cabe hablar de licencias administrativas para el control de lugares de culto, cuya existencia responde al ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, tales intervenciones tendrían la consideración de licencias regladas y de carácter simple.

Hay quienes se esfuerzan en establecer diferencias terminológicas –no reducidas a cuestiones lingüísticas sino como expresión de diversidades conceptuales– en el ámbito de las actuaciones administrativas referidas. Según tales opiniones, la autorización sería un término reservado a las

13. J. C. LAGUNA DE PAZ, *La autorización administrativa*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, 35.

14. Cfr. J. A., SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, II, cit., 264-265.

15. Cfr. F. LÓPEZ MENUDO, *Autorización*, cit., 714.

intervenciones en las que cabe una apreciación discrecional por parte de la Administración, mientras que las licencias y permisos responderían más bien a las actuaciones regladas. «A despecho de tales intentos –concluye Laguna– la verdad es que los términos, en general, son indistintamente utilizados por las normas, aparentemente, sin más criterio que la rutina de su aplicación a unos y otros sectores (...) todos ellos se refieren a la misma técnica de intervención administrativa, para la que –de manera genérica– reservamos la calificación de autorización»¹⁶.

El Derecho administrativo español en materia de control de actividades de libre iniciativa privada responde a una arraigada tradición autoritativa o de control preventivo por parte de la Administración, incluso en el caso de aquéllas que son resultado del ejercicio de derechos fundamentales o libertades públicas. Se comprende que ciertos bienes jurídicos –como la seguridad de las personas, la salud o el medio ambiente– encuentren adecuada protección frente a riesgos ocasionados por ciertas actividades económicas o industriales, pero hay que calibrar al mismo tiempo la tendencia expansiva que, casi por naturaleza, caracteriza a las medidas de fiscalización de la autoridad y que podría llegar a producir –de hecho esta denuncia no es inusual– una auténtica inflación de controles públicos con la consiguiente obstaculización de la actividad económica.

Con todo, conviene añadir, para matizar el argumento, que la actividad de la Administración en un Estado de Derecho se encuentra sujeta al principio de legalidad, lo que a los efectos que aquí interesan significa que todo género de intervención pública que suponga una cierta restricción de derechos ha de ser establecida por ley; y además, ha de resultar medio necesario, eficaz y proporcionado para la obtención del fin perseguido, y no dar lugar, por el contrario, a un entorpecimiento inútil de la iniciativa privada¹⁷.

16. J. C. LAGUNA DE PAZ, *La autorización administrativa*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, 33.

17. El principio *pro libertate*, informador del Derecho administrativo, se encuentra expresamente invocado, a propósito de la materia objeto de estudio, en el artículo 84.2 de la LBRL: «La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue» y en el Artículo 6 del RSCL «1. El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen. 2. Si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual». El contenido de la licencia, en suma, ha de ser el menos restrictivo posible para la libertad individual.

1.3. *Licencias para lugares de culto*

Estas breves consideraciones preliminares de carácter general facilitan el acceso al objeto de este estudio, sobre la licencia municipal de apertura de los lugares de culto. En el origen de la intervención administrativa se encontrará probablemente la preocupación por salvaguardar la seguridad y salubridad de las personas participantes en las actividades religiosas, por lo que se tratará de una típica licencia de policía, pues normalmente en estos casos no se encontrará implicado el problema de un uso intensivo del dominio público.

Asimismo, cabe deducir que la licencia a la que nos referimos –si llegara a estimarse procedente–, sería de carácter reglado. A esta conclusión se llega a la vista del carácter fundamental del derecho de libertad religiosa que está en la base de la actividad cultural, cuyo ejercicio no podría de ningún modo quedar comprometido por la voluntad discrecional de la Administración. Aunque no se discute este principio, sí se ha hecho notar que, a pesar de su solemne proclamación, en la práctica podría resultar poco operativo. En efecto, aunque la Administración se limita, en el caso de las licencias regladas, a comprobar la realización de las circunstancias predeterminadas para conceder la autorización, todo depende de cuántas y cuáles sean éstas; sobre todo, cuando esos requisitos predeterminados se establecen sobre la base de conceptos indeterminados, lo que en el ámbito administrativo es usual por ocuparse de asuntos extremadamente técnicos, que no pueden ser determinados por la ley. En tales supuestos, las licencias regladas podrían llegar a no distinguirse gran cosa en la práctica de las autorizaciones discrecionales¹⁸.

A propósito de los edificios de culto, hay que advertir que no se discute su sujeción al Derecho urbanístico y, por lo tanto, a las licencias municipales que éste contempla. Las licencias urbanísticas –si se me permite decirlo de forma extremadamente sintética– se ordenan al control de la construcción, al uso de las edificaciones y a la división de los terrenos (el ámbito propio del urbanismo). Las licencias de actividad, en cambio, se destinan a la ordenación de la iniciativa económica de los particulares y a la conservación del medio ambiente, entendido éste en un sentido muy amplio. A los lugares de culto no se aplican las licencias municipales de este tipo.

18. En tal sentido J. C. LAGUNA DE PAZ, *La autorización administrativa*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, 139.

El culto religioso no es equiparable a la actividad económica, para la que se prevé esas licencias. Además, el Estado español es aconfesional y no se permite intervenir sobre actividades religiosas, que no son fiscalizables en cuanto tales por los poderes públicos.

A este criterio responden las normas vigentes en España sobre el establecimiento de los lugares de culto. El ineludible control en materia de seguridad constructiva y de salubridad de los templos se practica habitualmente mediante la acumulación de estas medidas de control a las licencias urbanísticas, en concreto a la de primera utilización.

La doctrina eclesiasticista española no ha prestado hasta ahora una gran atención a estos problemas, si se compara con otros mucho más discutidos –o más interesantes– que éste¹⁹. La jurisprudencia, por su parte, sin ser abrumadora, es abundante, por la gran relevancia social del fenómeno del culto y la inevitable conflictividad resultante en la práctica.

En los últimos años han aumentado en España las tensiones sociales y políticas en torno a la autorización de los lugares de culto como consecuencia, suele decirse, del incremento del pluralismo religioso, que se sigue principalmente del aumento de la inmigración. Más allá de la motivación y fundamento del fenómeno, es indudable que se está produciendo un cambio de actitud por parte de algunas Administraciones –la central y algunas autonómicas–, en el sentido de intervenir más intensamente sobre los procesos de implantación geográfica de las confesiones religiosas. Como el control requiere información, han comenzado a elaborarse en el nivel autonómico los llamados «mapas de lugares de culto», para determinar la ubicación exacta de todos los centros religiosos. No son lugares clandestinos y por lo tanto su presencia no era ningún secreto; es más, las confesiones religiosas suelen inscribir en el Registro del Ministerio de Justicia los lugares de culto, aunque ni la Ley Orgánica de libertad religiosa ni el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de entidades religiosas les obliguen a hacerlo²⁰. Por

19. El estudio más completo es el llevado a cabo por M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000.

20. Vid. DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS RELIGIOSOS, *Guía de entidades religiosas de España (Iglesias, Confesiones y Comunidades minoritarias)*, Madrid 1998, elaborada por Joaquín MANTECÓN SANCHO. El autor hace notar que las confesiones religiosas suelen hacer la inscripción de estos lugares «ya que de ello se pueden derivar algunos beneficios o exenciones contributivas», e indicaba que en esa fecha, ya algo lejana, eran 2.672 los lugares de culto

tales motivos, el “mapeado” religioso por parte de la Administración ha sido recibido con extrañeza, si no con reticencia, por parte de algunas confesiones. Es cierto que se trata de una mera recopilación de información, sin conferir a los datos eficacia jurídica adicional de ningún género, pero se teme que pueda tratarse del preámbulo de ulteriores intervenciones²¹.

Mayor relevancia tiene el fenómeno de la revisión del régimen de licencias municipales de lugares de culto que está teniendo lugar en diferentes lugares, invocando un vacío normativo que conduciría –según dicen– a una situación de falta de seguridad para las personas. Estos argumentos han sido ya acogidos por la ley catalana de centros de culto, aprobada en 2009.

El conjunto de la situación descrita hace aconsejable, a mi parecer, un tratamiento sistemático de la materia, que es lo que me propongo realizar seguidamente.

2. EL USO RELIGIOSO COMO ACTIVIDAD NO SUJETA A LICENCIA DE APERTURA. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

El Ordenamiento jurídico español nunca ha considerado que el ejercicio del culto religioso haya de someterse a una licencia municipal específica; se parte del principio de que el culto no es una actividad económica objeto de regulación por parte de los poderes públicos, ni tampoco susceptible de producir efectos perjudiciales en el aspecto medioambiental, de manera que requiera un control de esa naturaleza²².

pertenecientes a todas las entidades religiosas no católicas; ofrecía seguidamente algunos datos sobre la evolución de la inscripción de los lugares de culto a lo largo de los años.

21. El llamado Observatorio del pluralismo religioso en España (http://www.observatorioreligion.es/directorio-lugares-de-culto/explotacion-de-datos/index_1.html), ubicado en el Ministerio de Justicia, mantiene un «Directorio de lugares de culto» que se describe como «una herramienta para la identificación y ubicación espacial de los lugares de culto de las diferentes confesiones religiosas con implantación en el Estado español. Permite hacer búsquedas por municipios, comunidades autónomas y confesiones religiosas. Los resultados se pueden visualizar en el mapa o en listados que se pueden descargar en formato Excel» (consulta 9 de mayo de 2012).

El sitio web de la Departamento de Gobernación y Relaciones Institucionales de la Generalidad de Cataluña (<http://www20.gencat.cat/portal/site/governacio>) ofrece información sobre lugares de culto : Dades sobre llocs de culte per comarques i religions; Mapa de llocs de culte; Mapa de la diversitat religiosa; Mapa dels temples catòlics; Mapa de les Esglésies Evangèliques; Mapa dels llocs de culte islàmics; Mapa dels Salons dels Regne (consulta 9 de mayo de 2012).

22. A. CANO MURCIA considera que el uso religioso es una actividad no sujeta y que no procede «someter el derecho [de libertad religiosa] a límites y requisitos distintos de los se-

A una razón de tipo *material* o sociológica, relativa a las condiciones mismas de la actividad, se añadiría otra de carácter más bien *sustantiva* o jurídica, exigida por la configuración misma de nuestro sistema, que garantiza el derecho de libertad religiosa, tanto en su dimensión individual como colectiva, y se inspira, además, en el principio de laicidad del Estado. El criterio de configuración del Estado español en materia religiosa, en efecto, aboga por una nítida distinción de los ámbitos correspondientes a lo temporal y a lo espiritual. El principio de laicidad reclama de los poderes públicos –en especial de quienes actúan en nombre de la Administración– una exquisita sensibilidad para esquivar todo género de interferencias entre religión y política –en la práctica, sobre todo, entre religión y control administrativo–, con arreglo al principio según el cual las competencias estatales no se extienden a lo religioso en sí, sino exclusivamente a los aspectos sobre los que lo religioso se proyecta en la esfera jurídica civil.

De ahí se sigue que una verdadera cultura jurídica de laicidad –que adopte como eje la idea básica de la distinción de ámbitos– es congruente con un tratamiento específico del fenómeno religioso, que de suyo nada tiene que ver con la concesión a las iglesias de un estatus privilegiado. La laicidad no aboga por una sujeción indiscriminada al “Derecho común”, como suele decirse, de las iglesias y confesiones, ni se caracteriza por el intervencionismo de los poderes públicos sobre la vida religiosa, sino más bien por el respeto de la autonomía del fenómeno religioso y de sus instituciones.

El legislador español ha manifestado hasta ahora una notable sensibilidad en cuanto al control administrativo de los lugares de culto, mediante un sabio equilibrio, según mi parecer, entre las afirmaciones y los silencios; entre la aplicación de las normas, por una parte, y de los principios, por otra; entre lo que es preciso señalar con explícito criterio legal y lo que resulta preferible dejar a la interpretación de la jurisprudencia. La combinación de estos elementos da lugar a un lenguaje plenamente inteligible para el jurista, por más que para el profano pueda parecer impreciso o confuso²³.

ñalados por la ley [orgánica de libertad religiosa]». *El nuevo régimen jurídico de las licencias de apertura: adaptado a la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, La Ley, Madrid 2010, 135-136.

23. La difundida concepción de la licencia como instrumento al servicio de la intervención de los poderes públicos en el ámbito de la iniciativa privada hacía, a los ojos de la propia Administración, que la figura resultara poco apta para incidir sobre la actividad

Es claro que en una sociedad organizada nadie se encuentra por encima de la ley ni puede, por referirnos propiamente al tema que aquí interesa, establecer cualquier tipo de edificio, en cualquier lugar, con cualesquiera características; tampoco las confesiones religiosas, sujetas –como no podría ser de otro modo– a la normativa urbanística y a la de seguridad y salubridad de sus locales. La jurisprudencia del Tribunal Supremo –como en tantos otros aspectos del Derecho urbanístico– ha ejercido una labor relevante en la interpretación de las normas reguladoras en este ámbito de las actividades de las entidades religiosas. También los Tribunales Superiores de Justicia se han sumado, en fecha más reciente, a esta tarea de clarificación jurídica. Las confesiones religiosas no constituyen una zona exenta de regulación sino que se encuentran sujetas, en principio, al régimen urbanístico general.

Así, por ejemplo, ante una reclamación eclesiástica que invocaba determinadas exclusiones normativas a propósito de la construcción de un templo parroquial, el Tribunal Supremo justificó la actuación del ayuntamiento, que procedió a aplicar las normas «en el ejercicio de unas potestades otorgadas precisamente para que las construcciones de toda especie se ajusten al interés público expresado en dicha ordenación, poderes que, en contra de lo alegado, no se oponen ni interfieren los reconocidos a la Iglesia en su esfera propia de actuación a la que se refiere el Concordato, puesto que las limitaciones genéricas para edificar no afectan a la libertad para erigir nuevas parroquias (art. XI) ni tampoco para cuanto se refiere a su organización, distribución interior de sus dependencias según las necesidades parroquiales, etc., sino simplemente, como se ha dicho, al cumplimiento de las limitaciones generales de uso y edificación establecidas por las Leyes y en su virtud por los planes»²⁴.

Si bien el mismo Tribunal complementó su tesis en sentencia posterior consignando que los lugares de culto no se encuentran sujetos a las disposiciones del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y de Actividades Recreativas (RD 2816/1982, de 27 de agosto) ni al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (D 2414/1961, de 30 de noviembre), sin que por ello queden exentos de control:

religiosa. Esta sensibilidad, fruto de un fino sentido jurídico, es la que está siendo lamentablemente “superada” en la actualidad.

24. Sentencia de 29 de enero de 1980 (RJ 1980/286).

«La autonomía municipal –afirma– atribuye a los Ayuntamientos potestades de intervención en la actividad de los ciudadanos (art. 84.1 de la Ley de Bases de Régimen Local y 1 y 5 del Reglamento de Servicios) que pueden llegar al sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. Pero dicha actividad de intervención debe –máxime al tratarse del ejercicio de un derecho como el que aquí se examina– ajustarse cuidadosamente a los principios de igualdad (art. 14 CE), proporcionalidad y *favor libertatis* que explicita el art. 84.2 de la referida Ley de Bases de Régimen Local»²⁵.

Cabría, en consecuencia, un sometimiento de estos edificios al Reglamento de Actividades Molestas, dice, pero de modo excepcional y previa motivación.

El Tribunal Superior de Andalucía (sede Granada), en Sentencia de 10 de febrero de 1997 (RJCA 1997/339) – con apoyo en el Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de julio de 1996 (RJ 1996/5948) –, se refiere, como doctrina pacífica y bien conocida, a las medidas de control aplicables a los de lugares de culto:

«se exige licencia con carácter preceptivo, no sólo en los supuestos de primera utilización de edificios, sino también para la modificación del uso de los mismos, lo que reiteran los núms. 10 y 13 del art. 1.º del Reglamento de Disciplina Urbanística y que implica que cuando el edificio va a ser utilizado por primera vez sea necesaria una licencia y que si con posterioridad a la licencia de primera utilización se produce una modificación objetiva del uso, tal modificación está también sujeta a licencia».

A mayor abundamiento, el Tribunal

«deja abierta la posibilidad de exigencia de licencia incluso cuando se producen ruidos que exijan la adopción de medidas correctoras».

De los argumentos reseñados cabe deducir que el Tribunal Supremo siempre ha entendido que existe en España un régimen preciso de control de los lugares de culto, que es exigente y a la vez respetuoso de la naturaleza fundamental del derecho a cuyo servicio tales lugares se encuentran. Se requiere, en efecto, la observancia de unas condiciones básicas de seguridad acomodadas a las características de los locales y de las actividades

25. Sentencia de 18 de junio de 1992 (RJ 1992/6004).

que se desarrollan, que se consideran distintas de las propias de otro tipo de establecimientos, como cafeterías, bares, pubs, restaurantes o cines. Es razonable suponer la concurrencia de mayores riesgos para la seguridad de las personas en una discoteca, por ejemplo, que en un templo religioso. En el primero suelen producirse reuniones masivas de personas, durante largas horas; se expenden bebidas alcohólicas, la música alcanza volúmenes elevados, puede haber cocinas y otros elementos que generen riesgos de accidentes etc. Poco tiene que ver este panorama con la sosegada celebración litúrgica que reúne en oración, normalmente durante un período de tiempo más bien breve –en la mayoría de los casos no supera los treinta minutos– a un grupo de fieles. Los riesgos para la seguridad de las personas en este último caso quedan de ordinario minimizados. En atención a estas circunstancias se justifica plenamente que el control administrativo de la seguridad y salubridad de estos locales se acumule al trámite de la gestión de las preceptivas licencias urbanísticas, preferentemente la de primera utilización. No se puede negar la congruencia de esta fórmula con el principio de proporcionalidad, que informa por imperativo legal la actividad de la Administración²⁶.

3. OPINIONES DOCTRINALES FAVORABLES A LA SUJECCIÓN A LICENCIA DE LA ACTIVIDAD RELIGIOSA

Según alguna opinión doctrinal²⁷, los lugares de culto deberían estar sujetos a la licencia municipal de apertura de establecimientos con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y en el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (hay que entender que el autor se refiere a las normas de carácter autonómico que sustituyen al RAMINP, ya derogado).

26. Ya he citado con anterioridad los artículos 84.2 LBRL y 6 RSCL, que obligan a someter la intervención pública en la actividad de los ciudadanos a los principios de congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto de la libertad individual. En este sentido, añade LAGUNA DE PAZ que «la exigencia de autorización ha de justificarse debidamente y –además– debe ser objeto de una interpretación restrictiva. En cada caso no puede dejar de hacerse la pregunta de si el sometimiento de la actividad a autorización resulta necesaria y proporcionada», *La autorización administrativa*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, 71.

27. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Libertad religiosa y confesiones...*, cit., 192-216.

En contra de la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo acerca de la inaplicación del RAMINP a los lugares de culto –o, en todo caso, de la excepcionalidad del recurso a ese instrumento–, Rodríguez Blanco estima conveniente que «estos edificios y locales se sometan a la licencia del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, fundamentalmente a causa del ruido»²⁸. No sería suficiente el sometimiento de los lugares de culto a las licencias urbanísticas y a los controles que éstas conllevan en relación al uso y seguridad de los edificios, sino que «parece necesario –insiste– que se apliquen a los lugares de culto las licencias municipales de apertura»²⁹.

Es obvio que los edificios religiosos no pueden incluirse entre las industrias o los establecimientos mercantiles –a los que se destinan las estrictas medidas de control previo de sus actividades– pero, según este autor, «por la concentración de personas que se produce y los ruidos que conlleva el desarrollo de los actos religiosos, parece razonable a estos inmuebles las licencias derivadas del RAMINP»³⁰. No sería óbice, a su parecer, que el culto no se encuentre entre las actividades señaladas en el nomenclátor del Reglamento, porque esa enumeración tendría carácter meramente enunciativo³¹. Redondea su argumento afirmando que también procede la aplicación a los lugares de culto de las medidas de control previstas en el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, por la concentración de personas que tiene lugar en estos centros³².

Como se ve, Rodríguez Blanco no encuentra ninguna dificultad en la aplicación del régimen de los controles previos de la Administración a la actividad de culto porque, a su parecer, las licencias administrativas «no son medidas restrictivas»³³ del ejercicio de los derechos. A su juicio, no debería enfocarse el tema desde la perspectiva de los límites al ejercicio de los derechos porque tales exigencias, que se concretan por lo que aquí interesa en la obligatoria licencia municipal de apertura de los centros de culto, «no tienen nada que ver con los límites del derecho fundamental de libertad religiosa, y no es necesario, por tanto, acudir a ellos para justificar

28. *Ibidem*, 211-212.

29. *Ibidem*, 215.

30. *Ibidem*, 215.

31. *Ibidem*.

32. Cfr. *Ibidem*, 215-216.

33. *Ibidem*, 194.

la necesidad de su acatamiento»³⁴. El planteamiento de la jurisprudencia y de la doctrina, que han recurrido habitualmente a esta categoría jurídica para justificar o no el control administrativo sobre lugares de culto, sería erróneo³⁵.

Rodríguez Blanco funda su parecer sobre el criterio de que una cosa es la limitación del derecho y otra su delimitación. Que exista un derecho a establecer lugares de culto «no quiere decir que la prohibición de construir en determinados sitios (costas, espacios protegidos, zonas monumentales...) vulnere ese derecho; simplemente se trata de actuaciones no amparadas o contempladas en su ámbito de protección. No es una cuestión de límites –concluye– sino de interpretación sistemática de la Constitución»³⁶.

Parece deducirse de esta opinión que la licencia administrativa en cuestión llegaría a formar parte del derecho mismo, tesis que se confirma cuando sostiene, en efecto, que «las licencias de apertura que nos ocupan aparecen como consustanciales al derecho a establecer lugares de culto»³⁷.

A mi juicio, convendría matizar estas afirmaciones.

1º. *Es indiscutible que la libertad religiosa no ampara la facultad de establecer un lugar de culto en cualquier espacio.* Poco más arriba he tenido ocasión de pronunciarme expresamente en este sentido. Ningún autor, que yo sepa, defiende una suerte de “impunidad eclesiástica” de este estilo.

La identificación de los “límites” del derecho –es decir, de aquellas circunstancias con relevancia jurídica que han de ser tenidas en cuenta en cada caso para dar lugar al derecho efectivo–, debe realizarse sin embargo con la debida ponderación, para no alterar su auténtico contenido. El sentido negativo que a veces acompaña a la categoría –la idea de “límite” como “restricción” del legítimo contenido del derecho, aunque inevitablemente necesaria por razón de un interés superior– favorecería una interpretación “libertaria” de los derechos, en el sentido de no admitir fácilmente la vigencia de circunstancias que contribuyan a acotarlo en el

34. *Ibidem*, 193.

35. Cfr. *Ibidem*, 211 y nota 556, relativa al error de planteamiento de la jurisprudencia; al supuestamente equivocado enfoque de la doctrina en esta materia alude principalmente en nota 576.

36. *Ibidem*, 193.

37. *Ibidem*, 216. Reitera en nota 576 que entiende «este tipo de licencias como consustanciales al ejercicio del derecho a establecer lugares de culto, no siendo éste un tema de límites».

espacio que en realidad le corresponde. Un planteamiento de este estilo podría poner en riesgo otros bienes jurídicos estimables (el orden público, en última instancia).

En el caso que nos ocupa, el derecho a establecer lugares de culto podría esgrimir su condición de derecho fundamental como argumento defensivo frente a quienes pretendieran someter a regulación alguna de sus manifestaciones, en particular lo que se refiere al control sobre la seguridad del local. Rodríguez Blanco sale al paso de este peligro, si bien se inclina demasiado, a mi juicio, hacia la vertiente contraria, en una opción “conservadora” que, para garantizar la protección de otros bienes jurídicos en peligro –la seguridad, la salud–, podría llegar a erosionar elementos específicos del derecho de libertad religiosa.

En el tema que tratamos, no cabe partir de una suerte de apriorística presunción de legitimidad de cualquier intervención administrativa condicionante del ejercicio de un derecho fundamental, con el argumento de que toda aparente restricción del derecho es en realidad una contribución necesaria a su correcta delimitación, porque de esta manera se frustra cualquier posibilidad de discusión sobre el asunto. El razonamiento aparente constituye en realidad una petición de principio. Resulta más congruente con la lógica jurídica partir de que las restricciones controvertidas deben analizarse como una injerencia en el ejercicio de las libertades y centrar el análisis en su posible justificación.

Tal es el criterio que sigue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Lentia contra Austria*, que declaró contraria al artículo 10 del Convenio la autorización previa exigida para el establecimiento de canales privados de radio y televisión³⁸. La Corte estimó que los obstáculos que encontraron los demandantes para obtener una licencia de explotación de cadenas de radio y televisión constituyó una injerencia injustificada del Gobierno austriaco en el derecho a comunicar informaciones. De nada le sirvió al Gobierno invocar la responsabilidad del Estado en relación con «la garantía de la objetividad y la imparcialidad de la información, la representación equilibrada de todas las opiniones y la independencia de las personas y órganos responsables de las emisiones» (n. 30). La injerencia gubernamental se estimó desproporcionada en relación con el fin perse-

38. Caso *Informationsverein Lentia y otros contra Austria*, Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (TEDH 1993 56).

guido, porque el Gobierno no justificó una “necesidad imperiosa” para prohibir el establecimiento de esos medios de comunicación ni argumentó sobre la ineficacia de soluciones equivalentes menos restrictivas (*vid.* n. 39). Si este criterio vale para la protección de libertad de expresión a través de medios audiovisuales, actividad que cuenta con unos importantes condicionamientos técnicos que justifican una injerencia más intensa de los poderes públicos, cuánto más habrá de sostenerse en el caso de la libertad religiosa³⁹.

El enfoque del Tribunal Europeo en esta cuestión es congruente, por lo demás, con la doctrina constitucionalista –principalmente alemana– en cuyo seno se forjó la teoría de la restricción y delimitación de los derechos que Rodríguez Blanco invoca en su favor. Una referencia mínimamente detenida a los términos del debate queda fuera del objeto de estas páginas. Baste decir que en la doctrina hay dos posiciones fundamentales –como sintetiza Simón Yarza– que se expresan «en la teoría restringida del supuesto de hecho o ámbito de protección —cuya defensa ha encabezado Müller— y la teoría amplia, defendida por Alexy y mayoritariamente admitida. De acuerdo con la teoría amplia, cualquier ejercicio de la libertad fundamental forma parte del contenido *prima facie* del derecho, de suerte que cualquier restricción de dicho ejercicio ha de justificarse *formal* (legalidad) y *materialmente* (proporcionalidad). La teoría estricta tiende, por el contrario, a estrechar el ámbito de protección, con el consiguiente riesgo de excluir de dicho ámbito numerosas injerencias *indirectas* o *mediatas*, de consecuencias graves incluso⁴⁰».

A tenor de la mencionada interpretación amplia patrocinada por Alexy es difícil no encontrar en el hecho de exigir una licencia de apertura de establecimiento una injerencia en el ámbito protegido por el Derecho. No es una mera definición de sus límites, sino una injerencia en el ámbito protegido *prima facie*. El supuesto de hecho o ámbito de protección del derecho tiende a ser definido por la doctrina más autorizada (Robert Alexy, y la mayoría de la doctrina alemana) de un modo amplio, de modo que

39. Al desarrollo de la tecnología se refiere la sentencia en el número 39: «Gracias a los progresos técnicos de las últimas décadas, las citadas restricciones ya no pueden basarse en consideraciones relativas al número de frecuencias y de canales disponibles (...). Además, éstas han perdido en el caso presente muchas de sus razones de ser con la multiplicación de los programas extranjeros dirigidos al público austriaco».

40. F. SIMÓN YARZA, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Madrid 2012, 182, con cita de F. MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlín, 1990.

aquello que afecta a su ejercicio tiende a verse como una “injerencia” o “restricción”⁴¹.

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos, como hemos tenido ocasión de comprobar en el supuesto anteriormente referido, no duda en calificar la denegación de una licencia para erigir un canal de televisión privado como una “injerencia” en la libertad de expresión (*vid.* n. 27). Y ello a pesar de que el propio artículo 10.1 del Convenio, tras reconocer el derecho la libertad de expresión, afirma que «el presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa».

En este caso parece que hay una injerencia en el derecho, y por tal motivo es preciso atenerse escrupulosamente al principio de proporcionalidad, que requiere la observancia de las siguientes condiciones:

- a) Que la medida sea “idónea”, esto es, apta o apropiada, para alcanzar un fin legítimo.
- b) Que resulte “necesaria”, es decir, que no quepa otra medida igualmente eficaz y menos gravosa para alcanzar el fin perseguido.
- c) Por último, tiene que se presente como “proporcionada en sentido estricto”, es decir, la medida restrictiva ha de prevalecer, en un balance de costes y beneficios, sobre la libertad afectada; o, por decirlo con palabras de Kluth, el control de proporcionalidad se refiere «a la ponderación de si la limitación de la libertad está en una relación justa con la importancia y el significado del fin que legitima esa intervención»⁴².

La cuestión de la que estamos tratando quizá se entienda mejor si se contempla el derecho desde una perspectiva menos conceptual y más realista. El derecho no es una mera deducción lógica que encuentra una determinada formulación normativa, sino que es más bien la cosa justa que corresponde a cada cual en el caso concreto. En la relación jurídica singular se dan circunstancias específicas que modifican o matizan el alcance del derecho genéricamente formulado en el texto legal. El derecho –mejor o peor “delimitado” normativamente– no vive, sin embargo, en

41. Una aproximación general al tema puede encontrarse en R. ALEXI, *La Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid 2007, 239-297 (se trata del capítulo VI de esta obra, ya clásica, que versa sobre *El derecho fundamental y sus restricciones*).

42. W. KLUTH, *Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán*, Cuadernos de Derecho Público 5 (septiembre-diciembre 1998) 232.

esa formulación legal, sino en la realidad de lo justo de cada uno en una relación jurídica singular. La “delimitación” del derecho o la “fijación de los límites” que lo configuran es tarea del caso concreto, que se hace a tenor de las circunstancias particulares que influyen sobre la posición jurídica de las partes.

2º. *El acto de control administrativo no es elemento consustancial del derecho a establecer lugares de culto.*

Coincido con Rodríguez Blanco en el parecer de que el “verdadero” derecho a establecer lugares de culto comporta de suyo la ausencia de lesión de derechos de terceros, de daños al medio ambiente, y de riesgos para la seguridad de las personas. Si se produjera la colisión con estos bienes jurídicos u otros que eventualmente puedan entrar en juego, el derecho a establecer lugares de culto sencillamente no existiría. La falta de obstáculos de esta índole, si se permite hablar así, es consustancial con el derecho. También es necesario –con una necesidad lógica–, que la no concurrencia de esas circunstancias sea verificada en cada caso, y aquí es donde se descubre, justamente, el papel de la Administración en la materia de la que nos ocupamos, que sin duda es necesario.

Debe advertirse, sin embargo, que, en sentido estricto, esa tarea de control no es parte constitutiva del derecho sino un mero requisito para el ejercicio expedito del derecho. Los actos de control de la Administración no pueden considerarse “consustanciales” al derecho al que se refieren sino que advienen como algo adjetivo para que éste pueda efectivamente desplegar sus efectos.

Por otra parte, me parece arriesgada la consecuencia que podría desprenderse de una interpretación estricta de la tesis de este autor –enunciada en repetidas ocasiones–, según la cual no existiría el derecho al culto si el local no reuniera las condiciones de higiene, salubridad y seguridad establecidas en la normativa correspondiente. En el origen de la preocupación se encuentra el arraigado principio de desconfianza hacia los administrados que inspira tanto la normativa cuanto la praxis de la Administración en España. No es infrecuente que los requisitos para el otorgamiento de autorizaciones y licencias se establezcan con un criterio maximalista, que se extiende en realidad más allá de lo “estrictamente necesario”. Sostener que solo mediante la observancia de “todas” las disposiciones reglamentarias se configura el derecho de libertad religiosa en el caso concreto podría ser una exageración de la que se siguiera un abuso.

La ausencia de un extintor no anula el derecho al culto de una comunidad religiosa, por mucho que el inspector de turno encuentre apoyo normativo para su requerimiento. Hay cosas que no se resuelven simplemente con la invocación de una circular.

3º. *La licencia no es instrumento necesario para el ejercicio del control administrativo de los lugares de culto.*

Menos sostenible resulta aún que sea precisamente la licencia –acto de control previo de la actividad de los particulares– la actuación administrativa “consustancial” al derecho a establecer lugares de culto. La comprobación o verificación de que no concurren circunstancias impeditivas del desarrollo de la actividad puede realizarse mediante otros mecanismos previstos por el Derecho administrativo. Incluso si lo que se pretende es en todo caso someter la apertura de centros de culto a control, la Administración podría emplear otros instrumentos, como la comunicación previa, por ejemplo, que permite proteger el interés general y supone una menor carga burocrática para el administrado y para la propia Administración⁴³.

4º. *La elevación de la licencia a elemento consustancial del derecho a establecer lugares de culto no es congruente con la práctica administrativa.*

Elevar la licencia preventiva a elemento consustancial del derecho a establecer lugares de culto supone, aparte cuestiones de índole dogmática, ignorar la praxis administrativa. El acusado uso –y abuso– de la autorización en nuestra cultura administrativa conduce frecuentemente a una verdadera inflación de medidas de control sobre la iniciativa privada, que actúan como verdadero “límite” del derecho, entendido en este caso como medidas restrictivas no justificadas, que entorpecen la actividad económica que las personas tienen derecho a desarrollar (en el caso de los lugares de culto, no es tanto la libertad económica la que está en juego sino la libertad religiosa). Las licencias –sean de carácter sectorial o territorial– tienden a multiplicarse sobre la misma actividad, lo que obliga a una permanente tarea de depuración normativa, si se desea alcanzar un mínimo de eficacia en la gestión de la actividad económica. En este contexto,

43. Sobre las dudas que la inclusión de las nuevas “herramientas” de la declaración responsable y de la declaración previa plantean a la doctrina, así como de la bibliografía que esta comenzando a aparecer sobre la materia puede consultarse M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, *Directiva de Servicios y Administración Local: cuestiones generales de su transposición en Navarra*, Revista Jurídica de Navarra 52 (julio-diciembre 2011) 107-162.

se comprende que los controles administrativos no se establecen con la mentalidad de «acotar cuidadosamente el ámbito del contenido esencial de un derecho», como correspondería si la licencia fuera efectivamente consustancial al mismo derecho, sino de manera bastante menos reflexiva, casi automática, como resultado de una “práctica generalizada” que responde al arraigado principio de la desconfianza de la Administración hacia los administrados.

En suma, me parece más atendible la postura de la jurisprudencia expuesta en el epígrafe anterior que la opinión doctrinal comentada en estas últimas páginas.

4. NUEVA LICENCIA MUNICIPAL DE APERTURA Y USO DE CENTROS DE CULTO EN LA LEY 16/2009, DE 22 DE JULIO, DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

El modelo de no sujeción a licencia de la actividad religiosa que ha funcionado en los términos descritos durante los últimos treinta años no se encontraría adaptado, según algunos, a las circunstancias actuales de la realidad socio-religiosa de España, y no resultaría suficientemente garantista del interés público: en los lugares de culto la seguridad y la salud de las personas se encontraría en riesgo y las molestias a terceros no podrían ser convenientemente atajadas.

4.1. *Motivos de la ley*

En el caso de Cataluña, estas opiniones han cuajado en un nuevo régimen normativo, compuesto de ley y de reglamento⁴⁴. Según el artículo 9 de la citada ley, en efecto, «para iniciar las actividades de un nuevo centro de culto de concurrencia pública debe obtenerse previamente una licencia municipal de apertura y de uso de centros de culto de naturaleza reglada». En la línea de la más pura tradición intervencionista del Derecho administrativo hispano –a la que he aludido ya en otros lugares de este escrito–, se procede a la creación de una nueva licencia para una actividad que hasta ahora gozaba de un sistema de control diverso, en atención a la peculiar

44. Ley 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto. Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de 30 de julio; Decreto 94/2010, de desarrollo de la Ley 16/2009, de los centros de culto. Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de 22 julio de 2010, y corrección de errores en Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de 9 de noviembre de 2010.

naturaleza del elemento religioso, y que ahora viene a asimilarse, de algún modo, al régimen de las actividades comerciales o industriales⁴⁵.

Esta iniciativa normativa pretende justificarse en la transformación social de Cataluña, resultado, se dice, del pluralismo religioso imperante; habríamos pasado de una sociedad cultural y religiosa monocolor a otra distinta, multicultural y plurirreligiosa; la creciente variedad confesional haría obligada la adaptación legislativa en materia de lugares de culto, a la vista de que la demanda de apertura de este tipo de centros es superior y mucho más diversificada de lo que era antaño⁴⁶.

La consideración de estos argumentos desde la perspectiva jurídica aboca a una situación de perplejidad. El mero incremento numérico de los casos que haya de atender la ley no parece exigir la modificación de una norma general. Por otro lado, el aumento de la diversidad confesional de quienes solicitan disponer de lugares de culto tampoco obliga de por sí al cambio del procedimiento que la ley establece para todos. Bastaría la aplicación a todas las confesiones solicitantes del mismo régimen, en virtud del principio de igualdad religiosa.

También fue invocado como motivo de fuste para elaborar el nuevo texto legal el hecho de la diversidad de criterios de las entidades locales a la hora de aplicar a las confesiones religiosas la normativa vigente en materia urbanística⁴⁷. Habría que aclarar, primeramente, si las dispares

45. Entre las publicaciones sobre la ley catalana pueden mencionarse las siguientes: J. GUARDIA HERNÁNDEZ, *La relación entre urbanismo y libertad religiosa en Cataluña: Llei 16/2009 dels centres de culte*, *Ius Canonikum* 101 (2011) 277-328; J. L. LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, *Normativa catalana sobre centres de culte (I)*, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 27 (2011) en www.iustel.com; M. MORENO ANTÓN, *El tratamiento urbanístico de los lugares de culto: a propósito del Proyecto de Ley de Cataluña sobre centros de culto o de reunión con fines religiosos*, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 17 (2008) en www.iustel.com; J. PONCE SOLÉ, *Derecho urbanístico y libertad religiosa en España: aspectos competenciales y materiales. La ley catalana 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto*, en *Ciudades, derecho urbanístico y libertad religiosa. Elementos comparados de Europa y Estados Unidos*, Barcelona 2011; M. M. MARTÍN GARCÍA, *Derecho de libertad religiosa y establecimiento de centros de culto. A propósito de su desarrollo legal en Cataluña*, *Revista Española de Derecho Constitucional* 94 (enero-abril 2012) 239-265.

46. Con estos argumentos arranca el Preámbulo de la Ley: «Cataluña está en un proceso de crecimiento demográfico y urbanístico. Muchos municipios experimentan un progresivo aumento de población y nacen nuevos barrios y zonas de viviendas. Junto con ese hecho, la realidad religiosa de Cataluña es cada día más plural, en parte por el fenómeno de la inmigración, y en ella conviven distintas confesiones, algunas de ellas con una gran diversidad interna. La nueva situación plantea nuevos retos y pide nuevas respuestas».

47. Este es el tenor del párrafo segundo del Preámbulo: «El vacío legal existente hasta ahora sobre los centros de culto ha provocado disparidad de criterios entre los ayunta-

actuaciones municipales pudieran resultar conforme a Derecho al amparo del principio de autonomía local. El uniformismo normativo *ope legis* quizá incremente la seguridad jurídica, pero si el legislador irrumpe en el ámbito competencial de otros poderes públicos carece de legitimidad. Además, la supuesta “diversa interpretación” de las normas vigentes por parte de los funcionarios municipales tampoco es por sí misma motivo consistente para cambiar la ley. Si el distinto criterio respondiera a una interpretación antijurídica de la norma, habría que confiar en la función correctora que corresponde a los tribunales.

A mi juicio, el aumento de la demanda de lugares de culto y la diversidad de las confesiones religiosas solicitantes, si así se constatará de hecho, abogarían por una cuidadosa aplicación del régimen vigente con arreglo al principio de igualdad; es decir, con sujeción a la disciplina urbanística y de las normas de seguridad constructiva. Con tales criterios se encuentran en funcionamiento numerosos templos pertenecientes a la Iglesia católica, así como tantos otros –centenares, quizá miles– que hasta ahora han recibido las licencias establecidas por la ley, se encuentran inscritos muchos de ellos en el Registro de entidades religiosas y abren sus puertas a todo tipo de personas a lo largo del territorio español.

Es inconcebible que un centro religioso de concurrencia pública pueda operar sin la preceptiva autorización municipal, que incluye la comprobación del cumplimiento de las condiciones básicas de seguridad y salubridad. Tal conducta convertiría ese lugar en una instalación clandestina y la autoridad competente habría de proceder a su clausura. A este fin, los entes locales se encuentran dotados de los procedimientos jurídicos pertinentes. Carece de toda lógica que para atajar el problema de los centros clandestinos se establezca un nuevo régimen jurídico que se haga extensivo a edificios que cuentan su existencia por décadas o centurias, que fueron establecidos de acuerdo con la legalidad, que son públicamente conocidos y se encuentran disponibles para todos.

Las dudas acerca de la oportunidad del nuevo régimen no arredraron al legislador catalán que fue adelante con su proyecto. La norma aprobada

mientos a la hora de conceder licencias: desde la aplicación rigurosa de la Ley 10/1990, de 15 de junio, sobre policía del espectáculo, las actividades recreativas y los establecimientos públicos –que no tiene en cuenta los centros de culto–, hasta la ausencia de exigencia de medidas de seguridad, hoy consideradas necesarias. En algunos casos, esta disparidad ha desorientado a los responsables de los centros de culto, algunos de los cuales han pedido la unificación de criterios».

pretende ser una ley general sobre centros de culto que aborde tanto los aspectos urbanísticos como los de seguridad constructiva⁴⁸. Tras el trámite parlamentario, sin embargo, los aspectos urbanísticos se diluyeron en gran parte dejando las cosas prácticamente como estaban. Esta circunstancia ha venido a acentuar la inadecuación de un texto legislativo cuyos efectos se circunscriben, a la postre, a la introducción en el ordenamiento español de una nueva licencia municipal específicamente destinada al control de los centros religiosos. El núcleo de la ley, en efecto, se concentra actualmente en la licencia municipal de apertura y uso de los centros de culto, artículos 8 a 11, a los que hay que añadir la disposición transitoria 3ª, que establece la aplicación retroactiva de la norma a todos los templos existentes no incluidos en el patrimonio cultural catalán⁴⁹.

El legislador –como no podría ser de otra manera– es quien establece o crea esta licencia, si bien añade que será el Gobierno, mediante disposición reglamentaria, quien determine –según la expresión literal del número 2 del artículo 8– las condiciones técnicas y materiales mínimas que hayan de cumplir los mencionados centros en materia de seguridad, salubridad, accesibilidad, protección acústica, aforo, evacuación así como para evitar molestias a terceros.

Esta disposición legal fue recibida con notable aprensión por parte de amplios sectores de la sociedad, pues el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa queda, mediante la remisión al reglamento, a la discrecionalidad del poder ejecutivo de turno.

48. El párrafo sexto del Preámbulo resume los propósitos que persigue la ley: «De acuerdo con ello, la presente ley parte del reconocimiento del derecho fundamental de libertad religiosa y tiene como finalidad facilitar el ejercicio del derecho de libertad de culto, apoyar a los alcaldes a la hora de facilitar el ejercicio de este derecho y velar por unas condiciones adecuadas –y proporcionadas a la actividad– en cuanto a la seguridad, la higiene y la dignidad de los locales de culto. También es una finalidad de la presente ley evitar posibles molestias a terceras personas. A su vez, la Ley evita causar problemas a los centros de culto que ya prestan sus servicios sin dificultades». En el párrafo séptimo, añade: «La aportación de la presente ley a la garantía del ejercicio del derecho de libertad de culto consiste en establecer que los planes de ordenación urbanística municipal prevean suelos con la calificación de sistema de equipamiento comunitario donde se admitan los usos de carácter religioso. La apertura de locales de culto es un derecho por el que deben velar las administraciones».

49. Disposición Transitoria tercera: «Los centros de culto de concurrencia pública existentes en el momento de la aprobación de la presente ley, no incluidos en el inventario al que se refiere la disposición transitoria segunda, deben cumplir las condiciones básicas de seguridad que establezca el reglamento al que se refiere el artículo 8. La adaptación debe hacerse en el plazo de cinco años a partir de la aprobación del reglamento. A tales efectos, los titulares de los centros deben comunicar a los ayuntamientos que cumplen los requisitos mencionados».

Hubo que esperar solamente un año para comprobar que estos recelos no eran infundados, pues en el Decreto de 2010 se dan cita los malos presagios que habían sido insinuados. Se trata, en efecto, de una norma sumamente intervencionista, que regula el régimen de los centros de manera muy detallada y deja en manos de la Administración municipal poderes extraordinarios de control, que dudosamente resultan compatibles, a mi juicio, con la integridad del derecho de libertad religiosa.

En mi opinión, el Decreto debería ser derogado íntegramente, considerando que los inconvenientes que presenta no son de detalle, sino que proceden del planteamiento global del autor de la norma sobre el tema, difícilmente armonizable con la construcción de los derechos fundamentales y sus garantías que diseña la Constitución. El Decreto en su conjunto adolece de vicios de legalidad que reclaman, a mi juicio, su anulación completa.

4.2. *Reserva de ley orgánica*

La propia ley resulta, a mi parecer, de dudosa legitimidad. El artículo 81 de la Constitución española, como es bien sabido, establece que el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas requiere ley orgánica, mientras que el 53 indica que solo por ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (todos los del capítulo II del Título I), que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161. 1, a (recurso de inconstitucionalidad contra las leyes). La doctrina trata de dilucidar qué ha de entenderse por “desarrollo del derecho” y qué por “regulación de su ejercicio”, para reclamar la intervención de la ley orgánica, en el primer caso, o de la ley ordinaria, en el segundo.

La Ley orgánica de libertad religiosa contiene dos referencias explícitas al derecho al culto. El art. 2. 1 b) declara que forma parte del contenido esencial del derecho «practicar el culto»; el art. 2.2 reconoce el derecho de las iglesias «a establecer lugares de culto». En el primer caso se atiende a la dimensión individual y en el segundo a la vertiente colectiva de la libertad religiosa.

A mi parecer, el lugar de la celebración de los ritos religiosos es un elemento necesario para la práctica del derecho al culto⁵⁰. Se trata de una

50. El número 4 de la Observación general nº 22, realizada por el Comité de Derechos Humanos en el 48º período de sesiones, en 1993, sobre el artículo 18 del Pacto Internacional

realidad instrumental pero necesaria e inseparable del ejercicio de esa actividad religiosa, que viene intrínsecamente exigida, en suma, por el derecho mismo a practicar el culto. En este sentido, no me parece exagerado afirmar que el establecimiento del régimen jurídico de los lugares de culto, en sus aspectos esenciales, constituye un desarrollo directo del derecho de libertad religiosa, reservado pues al legislador orgánico. El único límite al libre ejercicio del derecho es el orden público, que en estos casos, por razón de la materia, se referirá a los elementos de la salud y de la seguridad de las personas. El carácter fundamental del derecho obliga en todo caso a una interpretación restrictiva de la aplicación de los mencionados límites.

El legislador español se ha mantenido hasta ahora dentro de este marco de moderación normativa. No se han promulgado leyes para desarrollar específicamente el contenido del derecho «a practicar el culto», mencionado en el art. 2.1,b) de la ley orgánica de libertad religiosa. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, ha prestado una decisiva contribución para interpretar el alcance del límite del orden público con vistas a garantizar la seguridad de las personas. El planteamiento del Ordenamiento español, en suma, podría considerarse más respetuoso de la libertad religiosa que el patrocinado por el legislador catalán mediante el desarrollo por ley autonómica de un aspecto esencialmente vinculado a un derecho fundamental.

4.3. Respeto del contenido esencial del derecho de libertad religiosa

En el supuesto de que la regulación básica de los lugares de culto no se considerara “desarrollo directo” del derecho de libertad religiosa sino mera “regulación de su ejercicio” habría que analizar la normativa resultante desde la perspectiva del artículo 53 de la Constitución, es decir, del respeto del contenido esencial. Se admitiría la hipótesis de la regulación

de derechos civiles y políticos, se destina a reflexionar sobre el sentido preciso del término culto y el conjunto de actividades que ampara: «La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias puede ejercerse “individual o colectivamente, tanto en público como en privado”. La libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades. El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto».

mediante ley ordinaria, siempre que no sufriera menoscabo la integridad del derecho en las dos vertientes reconocidas en la ley orgánica: “la práctica del culto” por las personas y “el establecimiento de los centros” por las iglesias.

En el caso de la normativa catalana objeto de consideración, el estudio de detalle del régimen resultante no pasa, a mi juicio, ese test de legitimidad. No hay congruencia entre las condiciones materiales exigidas a los edificios de culto y el carácter que corresponde al derecho sobre el que aquéllas se proyectan. La desproporción se hace más patente en la medida en que los requisitos técnicos resulten más numerosos y exigentes. Circunstancias como que el espacio disponible para el asiento de las personas no alcance la medida estipulada de 0’60 metros, que el número de extintores no se ajuste al cupo establecido, la inexistencia un baño para discapacitados, o que la calzada a la que se abre el acceso al templo no tenga el ancho prefijado podrían poner en jaque el derecho fundamental de libertad religiosa, si de tales incumplimientos se siguiera el cierre o desalojo de un centro de culto.

Una regulación de estas características difícilmente puede considerarse compatible con el contenido esencial del derecho de libertad religiosa. Se podrá argüir que las condiciones más rigoristas y pormenorizadas no se encuentran en la ley sino en el reglamento. Y ciertamente es así, porque el artículo 8.2 es una norma en blanco para que la Administración disponga a su criterio el régimen jurídico de una materia que afecta inmediatamente al ejercicio de un derecho fundamental. Soy del parecer que tal opción es de suyo contraria al mandato del artículo 53 de la Constitución de respetar en todo caso el contenido esencial del derecho, con anterioridad aún a que el poder ejecutivo haga uso de la facultad reglamentaria recibida. La inseguridad que genera semejante opción del legislador no podría encontrar respaldo jurídico.

La interpretación jurídica es unánime en el sentido de que el riesgo de cualquiera de los bienes constitutivos del orden público, para que legitime el drástico efecto de la restricción de un derecho fundamental, debe ser grave y próximo. No bastaría, por lo tanto, la invocación de una “amenaza remota”, de un “ligero perjuicio”, de una “hipótesis improbable” o de una “molestia o incomodidad leve”.

Así se ha pronunciado de manera constante la jurisprudencia sobre eventuales limitaciones de la práctica del derecho al culto. Citaré algunos ejemplos significativos.

En materia de licencias de apertura de establecimientos, la actividad de la Administración es estrictamente reglada y no puede emplearse la analogía para lograr la limitación de un derecho de los administrados.

«Tal doctrina debe extremarse cuando de la libertad de culto se trata ya que la misma ostenta el rango y la protección debidos a un derecho fundamental (art. 16,1 de la CE y art. 1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 julio de libertad religiosa) y los Tribunales debemos examinar con rigor máximo los supuestos en que se encuentra en juego, para otorgar el amparo judicial que nos exige el art. 4.º de la referida Ley Orgánica»⁵¹.

Añade el Tribunal que

«la libertad religiosa, que consagra el art. 16.1 de la Constitución, es también libertad de culto, en la que se comprenden los derechos a exteriorizar y practicar externamente, tanto individual como comunitariamente las creencias religiosas, abarcando, por tanto, la libertad de reunirse públicamente para manifestar las creencias de quienes profesan un mismo credo –art. 2.1 d) Ley Orgánica 7/1980–»⁵².

Y también que

«la libertad religiosa se vulnera no sólo cuando se condiciona con la práctica de una determinada religión el ejercicio de los derechos de ciudadanía, sino también cuando se mediatiza la libertad de reunirse para desarrollar actividades de culto, siempre que las mismas no incidan en los supuestos que –como único límite de los derechos dimanantes de dichas libertades– se especifican en el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, al perturbar el orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática»⁵³.

La autonomía municipal atribuye a los Ayuntamientos potestades de intervención en la actividad de los ciudadanos que pueden llegar al sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo,

«pero dicha actividad de intervención debe –máxime al tratarse del ejercicio de un derecho como el que aquí se examina– ajustarse cuidadosamente a los principios de igualdad (art. 14 CE), proporcionalidad y “favor libertatis” que explicita el art. 84.2 de la referida Ley de Bases de Régimen Local»⁵⁴.

51. Sentencia Tribunal Supremo 18 de junio de 1992 (RJ 1992/6004).

52. *Ibidem*.

53. *Ibidem*.

54. *Ibidem*.

En Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) entiende la Sala que es lícito cierto control de los lugares de culto, que garantice el orden público, cuya defensa autoriza la normativa al efecto, sobre todo como cuando en el caso de autos, el local no se diseñó específicamente para lugar de culto, pero hay que tener en cuenta también el principio de proporcionalidad que deriva directamente del art. 106.1 CE, y al que ya aludía el art. 6.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955 (sentencias de 28 de mayo de 1991 y 10 de mayo de 1995), que impone,

«estando en juego el principio de libertad religiosa, un exquisito control de las potestades administrativas de forma que permitieran antes de la drástica medida de la clausura, no el simple trámite de audiencia que para las actividades clandestinas viene exigiendo la jurisprudencia, para aquellas actividades necesitadas específicamente de licencia, sino el requerimiento expreso con indicación de las medidas precisas correctoras en relación con esos ruidos, precisamente por estar en juego el ejercicio de un derecho fundamental y aquellas otras necesarias para garantizar el orden público –en el propio concepto a que alude la resolución combatida– que permitieran un adecuado control del mismo, con medidas que efectivamente garanticen el derecho de los vecinos y de los propios participantes en los cultos»⁵⁵.

A la vista de esta doctrina es fácil deducir que un régimen reglamentario como el introducido por el Decreto 94/2010 del Gobierno de Cataluña, prolijo en requisitos y condiciones para la apertura y utilización de los centros de culto y con procedimientos rigurosos de inspección, conducirá casi inevitablemente a situaciones de obstaculización o de impedimento del ejercicio del derecho de la libertad religiosa. En todo caso, contribuirá a la judicialización del régimen jurídico del factor religioso en Cataluña e incrementará la conflictividad social. El mal que justamente se pretendía erradicar con esta norma.

4.4. *Retroactividad de la ley*

Muy discutible resulta asimismo la opción por la aplicación retroactiva de la ley a la totalidad de los lugares de culto existentes, con la única ex-

55. Sentencia de 10 de febrero de 1997 (RJCA 1997/339).

cepción de los templos incluidos en el Inventario del Patrimonio Cultural Catalán.

Esta amplísima retroactividad, que no conoce excepciones, es motivo de sorpresa, ante todo, por lo inusual de tal modo de proceder en la praxis legislativa. No se puede omitir en este punto la referencia al art. 9.3 de la Constitución, que garantiza el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos. El Código Civil (art. 2.3), por su parte, recuerda que la retroactividad de las leyes es la excepción: «Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no disponen lo contrario». La figura de la retroactividad, se reserva, de ordinario, para extender efectos beneficiosos⁵⁶.

La plena retroactividad del nuevo régimen de aplicación a los lugares de culto comporta el desconocimiento absoluto del existente con anterioridad sobre la materia⁵⁷. Téngase en cuenta que las nuevas normas no introducen meras actualizaciones por razones técnicas, sino que establecen *ex novo* un estatuto jurídico específico para los lugares de culto en Cataluña, desconociendo la realidad jurídica anterior.

Sin embargo, no pueden darse por inexistentes determinadas actuaciones de sujetos dotados de titularidad jurídica, realizadas de acuerdo con la legalidad vigente, de las que necesariamente se siguieron situaciones de derechos adquiridos.

Tal es el caso de las autorizaciones de los lugares de culto de las confesiones religiosas que se sujetaron a las normas vigentes para su apertura. No puede obviarse la existencia en España de un preciso régimen jurídico relativo a esta materia, como he tenido ocasión de recordar anteriormente. No son exactas, por eso, las afirmaciones contenidas en la Ley y en el Reglamento catalanes acerca del “vacío legal” que con estas normas se vendría a cubrir⁵⁸. Nada más lejos de la realidad. Los controles urbanísticos y de seguridad e higiene de los lugares de culto por parte de las corporaciones municipales ya existían y se practicaban en todo el territorio español. Si en algún caso no hubiera sido así, habría que achacarlo a la

56. Vid., por ejemplo, Ley 1/1998, de derechos y garantías de los contribuyentes, art. 4.3, sobre retroactividad de las normas tributarias favorables.

57. Sorprenden por eso las afirmaciones del Preámbulo en el sentido de que el propósito de la Ley es «evitar causar problemas a los centros de culto que ya prestan sus servicios sin dificultades» (párrafo sexto); o el cuidado del legislador para que «la regulación de los centros de culto no signifique un perjuicio para las confesiones que disponen de locales que prestan servicios religiosos desde ya hace tiempo con normalidad y sin problemas» (párrafo décimo).

58. Así, por ejemplo, en el Preámbulo, párrafo segundo.

desidia de los gestores municipales, o a la falta de voluntad o de autoridad para hacer cumplir la ley, pero no a que éstos carecieran de los recursos jurídicos necesarios.

4.5. *El Proyecto de Ley de 2011 de modificación de la ley catalana de centro de culto*

La prueba de que las objeciones planteadas a la Ley de centros de culto no van muy descaminadas es que al poco de producirse en 2010 el cambio de Gobierno en Cataluña se presentó un proyecto de Ley para su reforma⁵⁹.

En el preámbulo se subrayan los dos objetivos que se propuso en su día la Ley: prever suelo donde se admita o se asigne el uso religioso, de acuerdo con las necesidades y la disponibilidad de los municipios y regular las condiciones técnicas y materiales mínimas que deben garantizar la seguridad de las personas y las condiciones adecuadas de salubridad de los centros mencionados.

Pues bien, se reconoce que la aplicación de algunas de las disposiciones de la Ley 16/2009, de 22 de julio, ha generado problemas de diversa naturaleza que hacen necesaria su modificación. Se refiere, por una parte a la referencia legal sobre la reserva de suelo para usos de carácter religioso de nueva implantación y a la obligación de adecuar el planeamiento general a las previsiones de la ley en el plazo de 10 años. Se propone, en una palabra, que las dos propuestas estrella de la ley en materia de planeamiento urbanístico decaigan definitivamente. Lo primero porque no cabe atentar contra la autonomía municipal propia de los municipios, a quienes corresponde determinar si existe o no necesidad de suelo en su demarcación para el uso religioso; lo segundo, porque carece de sentido imponer a los ayuntamientos una revisión forzosa de su planeamiento cuando no haya una demanda o necesidad social previa. En resumen, se pretende que las cosas continúen exactamente como estaban con anterioridad a los debates que, iniciados en 2006, condujeron a aprobación de la ley en 2009.

En cuanto a la regulación de las condiciones técnicas y materiales mínimas que deben cumplir los centros de culto para obtener la licencia municipal de apertura, se pretende introducir una previsión según la cual el

59. Puede consultarse el texto del proyecto en *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 147, de 3 de octubre de 2011, 21-23.

cumplimiento de estas condiciones técnicas y materiales debe ser compatible con el respeto de «las características arquitectónicas, culturales, de tradición, históricas y los elementos artísticos de los centros de culto ya existentes».

No está mal que se quieran corregir, con la introducción de semejante cláusula, los efectos más hirientes de unas disposiciones que amenazaban lesionar principios jurídicos fundamentales, como la libertad religiosa. No puede pasarse por alto, sin embargo, que la presente reforma no introduce un verdadero cambio de criterio acerca del principal problema que plantea el vigente régimen catalán sobre lugares de culto, a saber, la implantación de una nueva licencia municipal de actividad, obligatoria para los centros de culto religioso, y la retroactividad de sus normas.

La Ley de modificación, si bien dulcifica las aristas más agresivas de algunas de las normas, consagra los principios y los instrumentos jurídicos introducidos por la ley anterior. Cobrará carta de naturaleza en el ordenamiento catalán, concretamente, la licencia municipal de apertura de centros de culto y asimismo quedará sancionada la retroactividad de la legislación sobre lugares de culto, con el correspondiente desprecio de situaciones jurídicas consolidadas, cuya tutela cabía esperar en un verdadero Estado de Derecho. Al amparo del régimen jurídico anterior a la ley catalana de 2009 y plenamente vigente en el resto de España –legítimo y, a mi parecer, razonable– un gran número de centros de culto religioso han podido desempeñar pacíficamente su función al servicio de los ciudadanos, también en Cataluña. Resulta contrario a toda lógica jurídica que esa situación de derechos adquiridos resulte ahora lisa y llanamente ignorada por la ley.

La legislación catalana reciente sobre lugares de culto nació con un grave vicio de origen, cual es la desmedida pretensión de *uniformismo*. Se ha intentado imponer, en efecto, idénticas soluciones para todos los ayuntamientos, en materia de reserva de suelo, y para todas las confesiones religiosas, en cuanto a las condiciones materiales y técnicas de los centros de culto. Por lo que se refiere a lo primero, pronto se advirtió la inviabilidad del intento, porque los casi mil ayuntamientos catalanes se encuentran, naturalmente, en circunstancias dispares a los efectos de la legislación de referencia. De hecho, las previsiones en materia urbanística –que se presentaron como motivo principal de la nueva Ley– fueron diluyéndose a lo largo de los trabajos parlamentarios, hasta quedar el mandato de reserva de suelo en una mera posibilidad, según las necesidades y la disponibili-

dad de los municipios. En la modificación que ahora se propone desaparece incluso esa última mención del artículo 1.

A la vista de las afirmaciones anteriores, puede afirmarse que el *dirigismo* originario de la Ley se ha corregido en gran parte en lo que afecta a las corporaciones municipales, pero no así en los relativo a las confesiones religiosas, a las que se ha sometido a una férrea unidad de régimen, sin “tener en cuenta” –por emplear la expresión constitucional del artículo 16– las diversidades jurídicas, organizativas, litúrgicas, de tradición o de simple realidad sociológica que existen entre ellas⁶⁰.

La solución preferible en esta materia, a mi juicio, sería volver a la situación anterior: es decir, la exigencia para los lugares de culto solamente de las licencias urbanísticas, que, como es sabido, actúan a la vez como instrumentos de control de las condiciones básicas de seguridad e higiene de esos centros. Sin perjuicio, además, de la aplicación de todos los recursos *a posteriori* de que dispone el ordenamiento para hacer respetar el orden público en supuestos de incumplimiento. Sin embargo, se pretende mantener la licencia municipal de apertura y uso para todos los centros de culto, si bien la modificación legal que ahora se quiere introducir parece ofrecer vías –si se contara con un “Gobierno benévolo”– para sortear en la práctica la efectividad de su control.

5. LA LICENCIA DE APERTURA DE CENTROS DE CULTO A LA LUZ DE LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE AUTORIZACIONES

Puede resultar ilustrativo enmarcar esta tendencia favorable al incremento del control municipal sobre los lugares de culto religioso, como la que se expresa en la ley catalana, dentro del cuadro más amplio de la evolución del Derecho administrativo en materia de autorizaciones.

Ya se ha hecho notar anteriormente que el modelo histórico español para el ejercicio del control administrativo ha sido preferentemente el de carácter preventivo, es decir, la autorización o licencia previa. Y se ha alu-

60. La movilización de los entes locales de Cataluña en contra de las previsiones legales que amenazaban su autonomía fue desde el inicio de los trabajos parlamentarios sumamente vigorosa y, a la postre, han logrado su objetivo de anular los efectos de la ley en esa materia. Las confesiones religiosas, obviamente, no tiene la misma capacidad de presión que la agrupación de las entidades locales.

dido, entre las normas relativas de mayor influencia y tradición en esta materia, al RSCL, que tan decisivamente ha contribuido al arraigo en nuestra Administración de lo que puede denominarse como una verdadera “cultura autorizadora”.

Este modo de proceder apenas resultó afectado por la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, pese a que en el artículo 38 se reconoce «el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado». La referencia a «las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación», del inciso final de la segunda frase del artículo citado no obligaría, según la interpretación mayoritaria de la doctrina, a un cambio drástico en materia de control administrativo de las actividades económicas. Por decirlo suavemente –porque en realidad la interpretación mayoritaria, como digo, iba mucho más allá– la libertad de empresa constitucional no resultaría incompatible con el régimen de controles preventivos sobre la actividad económica, que habrían de considerarse intervenciones legítimas mientras no resultasen desproporcionadas o arbitrarias.

Este pacífico y acomodado *statu quo* ha venido a removerse como consecuencia del influjo del Derecho comunitario, que aboga decididamente por la libertad económica, en el sentido de libertad de prestación de servicios y establecimiento y de libre circulación de personas y de mercancías. Lo que la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido formulando a lo largo de los años ha quedado recogido en norma transversal y vinculante para todos en virtud de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, conocida generalmente como la “Directiva de servicios” o “Directiva Bolkestein”, que pretende impulsar la competitividad y eliminar trabas y limitaciones en el sector de los servicios⁶¹.

Si me entretengo en la exposición de esta realidad, por otra parte tan conocida para quienes se encuentran mínimamente en contacto con el Derecho administrativo, es porque, como los especialistas en esta disciplina no han dejado de advertir, nos encontramos ante una verdadera “revolución” o “cambio de paradigma” en nuestro modelo de Administra-

61. DOL de 27 diciembre 2006, núm. 376. El texto se encuentra plagado, en efecto, de referencias a la doctrina del Tribunal sobre múltiples aspectos particulares ahora recogidos y sistematizados en la norma legal.

ción⁶². En síntesis, se puede decir, con palabras de Muñoz Machado, que la Directiva de 2006, transpuesta en España mediante sendas leyes de 2009⁶³, introduce un cambio esencial del régimen de las autorizaciones administrativas⁶⁴; el principio general es ahora la prohibición de las intervenciones autorizadoras de carácter previo⁶⁵. Según el artículo 9.1 de la Directiva, en efecto, solo se podrá supeditar el acceso a una actividad de servicio a un régimen de autorización con estas condiciones: que la medida no resulte discriminatoria; que se invoque una razón imperiosa de interés general; y que no pueda obtenerse el resultado mediante la aplicación de medidas menos restrictivas (es decir, cuando el control *a posteriori* llegaría demasiado tarde y resultaría ineficaz). Muñoz Machado no tiene inconveniente en calificar este nuevo régimen como un “golpe de timón”, que ordena modificar el rumbo de una Administración preparada preferentemente para el ejercicio del control preventivo y que ahora debe acomodarse a un sistema de controles *a posteriori*, porque los regímenes de autorización preventiva han dejado de ser lícitos con carácter general y solo son admisibles si concurren las circunstancias que la propia norma europea establece⁶⁶. Nos encontramos en suma –concluye Sánchez Armas, con excesiva contundencia quizá– ante la «liquidación del sistema autorizativo clásico»⁶⁷.

Esta referencia a las nuevas tendencias legislativas en el ámbito del Derecho administrativo es pertinente en relación con el tema que nos ocupa, porque pone de relieve que la tesis favorable al establecimiento de una licencia de nueva creación para los lugares de culto es una iniciativa contra corriente, que necesitaría muy buenas razones –mejores que las invocadas– para hallar justificación.

62. Las expresiones son de S. MUÑOZ MACHADO, *Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios*, en Vv. AA., *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de Empresarios, Madrid 2009, 297 y 302.

63. Ley 17/2009, de 23 de noviembre (Ley Paraguas). Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. BOE de 24 de noviembre 2009; y Ley 25/2009, de 22 de diciembre (Ley Omnibus). Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (RCL 2009\2256). BOE de 23 de diciembre 2009.

64. S. MUÑOZ MACHADO, *Ilusiones y conflictos...*, cit., 299.

65. No es el lugar, obviamente, para entrar con detalle en un tema de tanta complejidad y amplitud. Pero estimo que la referencia a esta materia resulta ilustrativa, casi a modo de epílogo, en el trance de concluir este estudio.

66. *Ibid.* 302.

67. T. SÁNCHEZ ARMAS, *El régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios: ¿hacia un nuevo Derecho administrativo?*, en Vv.AA., *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de Empresarios, Madrid 2009, 427.

Podría alegarse que no es congruente proyectar sobre materia religiosa lo que se dispone en relación con el régimen de actividades económicas. Sin embargo, como ya se ha hecho notar, con motivo de la transposición de la Directiva de servicios no nos encontramos ante una mera innovación normativa de carácter sectorial sino ante un cambio de los principios rectores de la materia, llamados a modificar en profundidad la actividad de la Administración.

Por otra lado, si el “redescubrimiento” del principio del *favor libertatis* en materia de autorizaciones administrativas es de aplicación a la libertad económica de manera tan amplia, con mayor motivo habrá de serlo en favor de la libertad religiosa, que goza, por decirlo así, de más alto rango que la primera⁶⁸. Aun estimándose que la libertad de empresa pueda calificarse como derecho fundamental, a tenor del rótulo general del Título I de la Constitución, dentro del que se incluye, sin embargo no forma parte, como la libertad religiosa, de la sección primera del capítulo II del mismo Título, que cuenta con la protección reforzada que establece el número 2 del artículo 53 (recurso de amparo).

Cabe aludir todavía a un argumento que sitúa a la libertad religiosa por encima, no ya de la libertad de empresa sino de todos los demás derechos fundamentales, hasta convertirla en un derecho singular, único; en “la primera de las libertades”, como acostumbran a señalar en el mundo anglosajón. Me refiero a la vigencia de la laicidad como principio de configuración del Estado en relación con el fenómeno religioso, que consagra el criterio de la no intervención de los poderes públicos en esa materia, de reconocimiento de la incompetencia estatal *in re religiosa*, y el respeto de la autonomía de las iglesias y confesiones en su régimen interno. La naturaleza de la religión hace de ese fenómeno una realidad singular, distinguible de los restantes, que le permite acceder a un régimen peculiar –y en cierto sentido suplementario– de protección jurídica. La laicidad, en suma, potencia el derecho de libertad religiosa.

Lo que pudiera parecer una mera formulación de principios teóricos está llamado a configurar, sin embargo, las soluciones jurídicas en materias tan concretas como la que constituye el objeto de este estudio. Baste

68. Un interesante análisis de la incidencia de la Directiva de servicios en el modo de afrontar la cuestión relativa a la interpretación del artículo 38 de la Constitución se encuentra en M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, *Repercusiones de la transposición de la Directiva de servicios en la libertad de empresa*, en Vv.AA., *Retos y oportunidades de la transposición...*, cit., 355-403.

recordar los numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo traídos a consideración en estas páginas que apelan al rango peculiar y a la especialidad del derecho de libertad religiosa para contener la *vis* expansiva de las actividades de control previo ejercido por la Administración. El sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo de los lugares de culto debe ajustarse cuidadosamente, por esa razón, a los principios de igualdad, proporcionalidad y *favor libertatis* que explicita el art. 84.2 de la Ley de Bases de Régimen Local.

Como la doctrina administrativista no deja de recordar con sano realismo, sería ilusorio pensar que el nuevo régimen en materia de control de la actividad económica pueda cumplirse a golpe de Boletín Oficial del Estado, «porque sin reformas organizativas y procedimentales no se realizarán sus exigencias»⁶⁹; ni cabe pensar que «con un simple chasquido de dedos», por decirlo con la eficaz expresión de Muñoz Machado, pueda el legislador «llevar a cabo tan formidable transformación de estructuras, prácticas y formas de acción administrativa seculares»⁷⁰. Ante la ingente tarea que aguarda en esta materia al legislador, al Gobierno y a las propias Administraciones, no me parece sensato proceder a la creación de un nuevo sistema de control preventivo de los centros de culto. Máxime, cuando el legislador podría razonablemente mantener el régimen actual y ahorrarse, incluso, el chasquido de dedos.

69. R. RIVERO ORTEGA, *Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus*, en Vv.AA., *Retos y oportunidades de la transposición...*, cit., 328.

70. S. MUÑOZ MACHADO, *Ilusiones y conflictos...*, cit., 302.

