

LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO «FINES RELIGIOSOS» Y LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

María J. ROCA
Universidad de Vigo

SUMARIO: 1. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA. 2. APUNTES DE DERECHO COMPARADO: 2.1. *En el Derecho alemán*; 2.2. *En el Derecho italiano*. 3. REPLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS TEÓRICOS IMPLICADOS: 3.1. *Relevancia jurídica del criterio subjetivo del destinatario de la norma*; 3.2. *Límites de la discrecionalidad administrativa*: 3.2.1. Aspectos en los que hay acuerdo; 3.2.2. Aspectos controvertidos: 3.2.2.1. El interés público, ¿concepto jurídico indeterminado?; 3.2.2.2. La discrecionalidad técnica; 3.3. *Huida de la interpretación jurisprudencial por modificación de la norma*. 4. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

1. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA

Tanto el TS¹ como el TC² han pronunciado en los últimos años sentencias en las que se viene a confirmar, en vía judicial, la línea

¹ La Sala Tercera del Tribunal ha dictado sentencia, de 1 de marzo de 1994, por la que desestima el recurso de aplicación interpuesto por la fundación «Patronato Social Escolar de Obreras», contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 1990 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sobre denegación de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. La sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de junio de 1996, señala en su fundamento jurídico 3.º que la inscripción, por ser constitutiva, «debe ir precedida de una función calificadora que garantice no sólo los términos formales, sino también el cumplimiento de los concernientes al sentido real, material o de fondo de la entidad solicitante». Sobre el tema del carácter constitutivo de la inscripción en el Registro, puede verse M. E. OLMOS ORTEGA, «El Registro de entidades religiosas», en *Revista Española de Derecho Canónico*, 124 (1988), p. 102; I. ALDANONDO, «El Registro de entidades religiosas (Algunas observaciones críticas sobre su problemática registral)», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1991,

interpretativa del concepto «fines religiosos» marcada por la Administración. En un trabajo anterior³ nos hemos ocupado del estudio de las resoluciones de la Dirección General de Asuntos Religiosos (en adelante, DGAR) y de las escasas sentencias que se habían pronunciado acerca de lo que ha de entenderse en el Derecho español por «fines religiosos». Concluíamos entonces que, puesto que los pronunciamientos judiciales recaídos hasta el momento no siempre habían sido dic-

pp. 37 ss.; J. CAMARASA CARRILLO, *La personalidad jurídica de las entidades religiosas en España*, Madrid, 1995, pp. 30 ss y pp. 109 ss.; A. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, *La constitucionalidad de la calificación de los fines religiosos*, comunicación presentada al Congreso celebrado en Granada (mayo 1997) sobre el tema «La libertad religiosa ante la justicia constitucional». Se manifiesta a favor del carácter declarativo y no constitutivo, J. M. DE PRADA, «La personalidad de las entidades religiosas y sus requisitos», en *Anuario de Derecho Civil* (1981), pp. 725 ss. Para un resumen general de los problemas relativos a la inscripción, cfr.: R. M. MARTÍNEZ DE CODES, «The contemporary form of Registering religious Entities in Spain», en *Brigham Young University Law Review*, 1998, n. 2, pp. 369 ss.

² En la sentencia de la Sala Segunda del TC núm. 106/1996, de 12 de junio, subyace igualmente una equiparación de los fines religiosos al fin de culto, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 183 (1996), pp. 131-131. «En segundo término cabe observar que las resoluciones judiciales impugnadas en el presente caso tampoco han tenido presente otro dato relevante, a saber: que si la titular del Hospital de San Rafael de Granada es, ciertamente, una entidad de carácter religioso, la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, no es menos cierto que la relación laboral de la actora se había concertado por el centro hospitalario y no con aquélla. Esto es, con una empresa dependiente de la primera, cuya finalidad públicamente no es la difusión de un ideario religioso, sino la asistencial o sanitaria. Por ello, aunque en este caso el centro hospitalario cumpla su función social con una finalidad caritativa y, de este modo, exista una vinculación de aquél con el ideario de la entidad titular de la empresa, preciso es admitir, sin embargo, que dicho ideario no puede operar de igual modo en el ámbito de las relaciones laborales de uno y otro sujeto.»

«La doctrina sentada en este Tribunal, en efecto, puede ser aplicable a la entidad titular, en cuanto portadora de una ideología, respecto de los trabajadores vinculados por contrato laboral con ella. Pero no puede entenderse que lo sea también respecto a aquellos trabajadores que prestan sus servicios en una empresa que, aun siendo instrumental o subordinada a aquélla, posee una finalidad y desarrolla una actividad social que es distinta. Pues lo relevante en un supuesto como el presente no es el propósito o la motivación subjetiva de la entidad titular –que ciertamente ha podido crear una empresa al servicio de su ideario–, sino el público reconocimiento de la función social que presta el centro donde se presta el trabajo, que en este caso es hospitalaria. Lo que implica, en definitiva, que no puede extenderse de forma incondicionada al centro sanitario el ideario propio de la entidad titular del hospital como que dicho centro se halla al servicio de una finalidad caritativa.»

³ M. J. ROCA, «Aproximación al concepto de fines religiosos», en *Revista de Administración Pública*, 132 (1993), pp. 445 ss.

tados en el ámbito de la específica función jurídica que el concepto «fines religiosos» tiene en la adquisición de personalidad jurídica de las entidades religiosas, no podía considerarse definitivo el *status quaestionis*.

Pues bien, puesto que los Tribunales Supremo y Constitucional han resuelto los conflictos planteados, confirmando el criterio de la DGAR, según el cual el concurso del fin de enseñanza o de actividades de beneficencia impide que los fines de la entidad puedan ser calificados de religiosos, nos disponemos a escribir nuevamente sobre el tema, sobre la base de los fundamentos de las sentencias y de las críticas doctrinales que se han venido emitiendo desde aquel trabajo.

Los pronunciamientos judiciales fundamentan su decisión en dos argumentos:

1. La Administración debe entrar a examinar si los fines de la entidad solicitante son fines religiosos, sin que baste el requisito formal de la presentación del certificado correspondiente expedido por la autoridad de la confesión a la que pertenece la entidad que solicita acceder al Registro.

2. Cuando la actividad a través de la cual la entidad solicitante pretende alcanzar los fines religiosos no es el culto, sino que se trata de una actividad de otro tipo (asistencial o educativa, por ejemplo), entonces resulta imposible que los fines subjetivos puedan ser relevantes jurídicamente. Los fines subjetivos no son entendidos por la jurisprudencia como fines psicológicos de una persona concreta, sino en el sentido de fines de la persona jurídica titular.

En nuestra doctrina, quienes han adoptado una posición crítica frente al criterio interpretativo de la Administración y de los tribunales han aportado los siguientes argumentos:

1. Con base en una sentencia del Tribunal Supremo, se aduce que la DGAR no tiene competencia para entrar a juzgar sobre el fondo del asunto, debiendo limitarse a un reconocimiento formal: si la entidad solicitante presenta o no la certificación de la autoridad competente de la confesión dentro de la cual nace⁴.

2. De la interpretación sistemática de los acuerdos se deduce que

⁴ C. DE DIEGO LORA, *Hacia la plena vigencia de los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede (en la perspectiva de su décimo aniversario)*, Pamplona, 1989, pp. 21-23.

el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos, al apuntar unas actividades especialmente adecuadas para cumplir los fines religiosos de las entidades⁵, está considerando religiosas a las entidades que cita, con independencia de la actividad que realicen⁶. De la exégesis de la normativa aplicable se concluye que la DGAR ha llegado a exigir un «tercer requisito» para que un ente adquiera la condición de ente eclesiástico civilmente reconocido: que realice una actividad exclusivamente religiosa⁷.

3. «Los fines religiosos, contrariamente a lo que parece expresar el Tribunal Constitucional, no son algo meramente subjetivo, sino que tienen una vertiente objetiva, institucional (hasta el punto de que se plasman en los estatutos de las asociaciones y fundaciones, así como en el derecho particular de los institutos de vida consagrada) y cabe, por tanto, un juicio de adecuación de las actividades (que actúan como medios) a los fines»⁸.

Si éstas son las posturas doctrinales que critican de modo más claro y directo la interpretación administrativa y judicial del concepto «fines religiosos», no faltan, naturalmente, quienes la defienden⁹ y quienes, sin defender ni denostar el resultado (denegación de la inscripción a entidades benéficas y educativas), critican la aplicación de la teoría de

⁵ J. M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, *Fines y actividades de las entidades de las confesiones religiosas. Reflexiones a propósito de una Sentencia del Tribunal Constitucional*, comunicación presentada al Congreso celebrado en Granada (mayo 1997) sobre el tema «La libertad religiosa ante la jurisprudencia constitucional», p. 4 del texto mecanografiado.

⁶ D. GARCÍA HERVÁS y C. GARCIMARTÍN MONTERO, *La interpretación del concepto «fines religiosos» en la práctica administrativa y judicial española*, comunicación presentada al Congreso celebrado en Granada (mayo 1997) sobre el tema «La libertad religiosa ante la jurisprudencia constitucional», p. 8.

⁷ *Ibidem*.

⁸ J. M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, *Fines y actividades de las entidades de las confesiones religiosas...*, p. 4 del texto mecanografiado.

⁹ J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico del Estado*, 4.ª ed., Oviedo, 1997, p. 188, se ha manifestado en contra de la solución propuesta en mi anterior trabajo sobre el concepto de fines religiosos argumentando que una editorial, una entidad bancaria o una entidad educativa deben tener el reconocimiento que el régimen general otorgue a tales entidades, sin que deban considerarse entidades religiosas. A su juicio, el fin religioso es el fin de culto. En mi opinión, de la objeción aducida por este autor no se deduce que el único fin religioso haya de ser necesariamente el fin de culto. Sí plantea, en cambio, el problema de cuál debe ser la postura que se adopte en este caso concreto de tensión entre los dos polos del Derecho: el subjetivo y el objetivo.

los conceptos jurídicos indeterminados para fijar el alcance jurídico del concepto «fines religiosos».

Como es sabido, la delimitación del significado preciso de un concepto jurídico, según la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, se obtiene del significado que dicho concepto tiene en el uso común del lenguaje y de su específica función jurídica. Pues bien, Motilla, por ejemplo, estima que el Estado falta a la laicidad si asume de algún modo lo que en el lenguaje común se entiende por religión, puesto que los poderes públicos acogerían como un criterio de inscripción en el Registro un concepto cargado de ideología. La solución que propone para determinar el concepto de religión es recurrir a los textos internacionales, tal como se prevé en el artículo 10.2 de la Constitución¹⁰. En mi opinión, la crítica de este autor sobre la aplicación de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados no es del todo coherente con otro escrito suyo anterior, donde recurre a la aplicación de esta técnica en materia de libertad religiosa¹¹. No obstante, tiene la ventaja de evitar, mediante el recurso a los textos internacionales, lo que Vázquez García-Peñuela ha calificado de verdadera aporía: «si se estima que corresponde exclusivamente al Estado señalar qué fines son religiosos y cuáles no lo son, el Estado, indudablemente, no dejaría de estar pronunciándose sobre una cuestión de innegable substancia religiosa y, por ello mismo, incurriría en una especie de “regalismo democrático” contrario a la laicidad. Si, por el contrario, se entiende que, en atención a la materia de que se trata, la actitud estatal debe ser la de abstenerse de decidir sobre la religiosidad de los fines y hacer suyas las posiciones que al respecto mantengan las confesiones religiosas, nos veríamos abocados ante una suerte de “confesionalismo social” que supondría, igualmente, una quiebra de la laicidad»¹². La solución propuesta por Vázquez García-Peñuela a la cuestión de si debe establecerse o no una equiparación entre fines religiosos y fin de culto es el recurso a la vía pacticia.

¹⁰ A. MOTILLA, «Reconocimiento administrativo de la capacidad de pactar acuerdos de cooperación con el Estado, (El supuesto de la confesión religiosa Testigos cristianos de Jehová), y II», en *Actualidad Administrativa*, 15 (1995), p. 212, nota 21.

¹¹ A. MOTILLA, *Sectas y Derecho en España*, Madrid, 1990, p. 160.

¹² J. M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, *Fines y actividades de las entidades de las confesiones religiosas...*, p. 3 del texto mecanografiado.

Siguiendo la propuesta de Motilla, conviene tener en cuenta que la declaración contra la discriminación y la intolerancia religiosa de 1981, en su artículo 6.º, contiene una enumeración ejemplificativa:

«... el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes:
b) fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas»¹³.

Es decir, recurriendo a los textos internacionales, las entidades que se dediquen a actividades benéficas, que según la praxis reiterada de la DGAR no pueden incluirse dentro de los fines religiosos, deberían ser reconocidas como entidades religiosas¹⁴. Ahora bien, ni el recurso a la vía pacticia, ni el recurso a los textos internacionales en la interpretación del concepto fines religiosos, resuelven del todo la situación conflictiva ahora existente. Una cierta vía pacticia es ya el requisito de la certificación de los fines religiosos por parte de la confesión dentro de la cual nace la entidad. La obligación de tener en cuenta los tratados internacionales firmados por España, prescrita en el artículo 10.2 de la CE, ya existía cuando se adoptaron las resoluciones denegatorias. Además de que lo mencionado en los textos internacionales se refiere a la religión en general, no a los «fines religiosos» en particular. Es decir, si se desea que la vinculación de la DGAR al criterio de las confesiones o a los textos internacionales produzca un efecto distinto, parece que la única solución viable sería una modificación de la actual normativa vigente. Para el supuesto de que se acometiese tal modificación resulta de interés plantearse algunas cuestiones.

En primer término, conviene conocer qué entienden por «fines religiosos» otros ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito cultural, para ello expondremos la situación en el Derecho alemán (2.1) y en el Derecho italiano (2.2). En segundo término, intentaremos abordar las cuestiones que suscita, dentro del ámbito administrativo, el que la Administración tenga en cuenta el criterio subjetivo a la hora de apli-

¹³ Cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «La protección internacional de la libertad religiosa», en VV.AA., *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona, 1994, pp. 156 ss.

¹⁴ M. E. BUQUERAS, «Estado social de Derecho y actividades de las confesiones en materia de beneficencia», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, pp. 309 ss., sostiene la opinión contraria.

car la norma (3.1), la incidencia del estado actual de la discusión sobre los límites de la discrecionalidad administrativa en la fijación del concepto «fines religiosos» (3.2) y la posibilidad de que la Administración modifique mediante un cambio de la norma la actual doctrina jurisprudencial (4).

2. APUNTES DE DERECHO COMPARADO

En la medida en que el Derecho alemán –como se verá– no permite la formulación de la pregunta acerca de cuál sea el concepto de «fines religiosos» en los mismos términos en que se plantea en Derecho español, en este breve comentario nos proponemos responder a la cuestión siguiente: ¿Las actividades de tipo educativo o asistencial desarrolladas por las confesiones están protegidas por el derecho de libertad religiosa en otros países de ámbito cultural semejante al nuestro?

2.1 En el Derecho alemán

El Derecho alemán se caracteriza en esta materia por tres aspectos: en primer término, la interpretación amplia del concepto de religión¹⁵; en segundo lugar, la equiparación entre religión e ideología en cuanto a su protección jurídica en el artículo 4.º de la Ley Fundamental de Bonn¹⁶ y, por último, la inexistencia de un Registro especial de entidades religiosas.

Según la jurisprudencia constitucional, el núcleo garantizado por la libertad religiosa e ideológica no puede ser interpretado restrictivamente, sino que debe interpretarse extensivamente, de modo que comprenda todas las áreas culturales del mundo. Es decir, el área de protección jurídica del artículo 4.º, párrafo 1, apartado 2, va más allá del concepto de religión en sentido occidental¹⁷. En este sentido, la doc-

¹⁵ J. LISTL, «Glaubens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit», en J. LISTL/D. PIRSON, *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2.ª ed. vol. 1, Berlín, 1994, pp. 439 ss.

¹⁶ H. v. MANGOLDT, F. KLEIN y C. STARCK, *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 1, 3.ª ed., München, 1985, p. 430.

¹⁷ J. MÜLLER-VOLBEHR, «Die Jugendreligionen und die Grenzen der Religionsfreiheit», en *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, 19 (1985), p. 115.

trina alemana entiende que el concepto de religión es indescriptible como expresión de su pluralismo y para la mejor realización de la garantía de libertad de forma de vida, decisión y conducta. Por ello, como ha destacado el Tribunal Constitucional Federal, debe ser interpretado de modo extensivo, frente a su sentido histórico. Bajo la consideración de que no estaría justificado interpretar la libertad de culto de modo más restrictivo que la libertad de fe o de confesión, sostiene el Tribunal Constitucional Federal que no sólo las actividades y ejercicios de culto, como la observancia de determinadas costumbres como el servicio religioso, las colectas eclesiásticas, la oración, la recepción de sacramentos, las banderas o estandartes eclesiásticos y el repique de campanas, sino también la educación religiosa, las celebraciones religiosas libres o ateas, así como otras expresiones de la vida ideológica y religiosa¹⁸, incluidas las actividades religioso-caritativas¹⁹.

Del carácter neutral del Estado²⁰ en materia religiosa se sigue que el Estado tiene vedado inmiscuirse en la determinación del contenido de la libertad de fe y de confesión. Menos aún puede el Estado determinar por sí mismo lo que en un supuesto concreto debe contemplarse como ejercicio de la religión y de la ideología. El Estado, que no dispone de base ideológica o religiosa alguna como propia, está en este punto vinculado al entendimiento que cada comunidad ideológica y religiosa tiene de sí misma. El Estado lesionaría –como ha subrayado el Tribunal Constitucional Federal– el derecho a la autonomía en sus propios asuntos que la Ley Fundamental de Bonn garantiza a las comunidades ideológicas y religiosas, si, desde la doctrina de una determinada confesión o ideología, no considerara como ejercicio de la re-

¹⁸ *BVerfGE*, vol. 24, núm. 236, p. 246, «Nicht nur kultische Handlungen und Ausübung sowie Beachtung religiöser Gebräuche wie Gottesdienst, Sammlung kirchlicher Kollekten, Empfang der Sakramente, Prozession, Zeigen von Kirchenfahnen, Glockengeläute, sondern auch religiöse Erziehung, freireligiöse und atheistische Feiern sowie andere Äusserungen des religiösen und weltanschaulichen Lebens».

¹⁹ «Mit Einschluss religiös-karitativer Sammlungen», U. SCHEUNER, «Die Religionsfreiheit im Grundgesetz», en E. FRIESENHAN y U. SCHEUNER (eds.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, I, zum Staatskirchenrecht, Berlín, 1974, p. 45; *idem* «Zum Schutz der karitativen Tätigkeit nach Art. 4 GG», en *Schriften zum Staatskirchenrecht*, Berlín, 1973, pp. 55 ss.

²⁰ M. J. ROCA, «La neutralidad del Estado: Fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 48 (1996), pp. 251 ss.

ligión una determinada práctica. Ello conduce a considerar, por ejemplo, que la actividad asistencial forma parte de los derechos fundamentales de las confesiones ²¹.

Ahora bien, ello no debe inducir a pensar que los poderes públicos alemanes se abstienen de adoptar cualquier toma de postura en cuestiones relacionadas con las libertades protegidas en el artículo 4.º de la Ley Fundamental de Bonn. Dos son los ámbitos en los que estos pronunciamientos han sido más controvertidos: por una parte, las advertencias del Gobierno sobre el peligro de las sectas ²² y, por otra parte, las decisiones judiciales cuando un individuo invoca razones religiosas para justificar una conducta contraria a la ley ²³.

El Tribunal Administrativo Federal, al juzgar las condiciones materiales para que una toma de posición estatal en materia de sectas sea legítima, distingue dos casos: a) Las medidas públicas de protección contra la influencia de una comunidad religiosa o ideológica requieren un peligro o, al menos, un peligro encubierto para los bienes jurídicos que se pretende proteger. b) Las manifestaciones críticas, que no son todavía una medida de protección, pueden ser ajustadas a derecho, incluso en el supuesto en que no haya esa situación de peligro. Es decir, el Estado puede entrar a valorar las doctrinas de una confesión religiosa o una ideología, según los criterios referidos al caso concreto, siempre y cuando esas doctrinas sean contrarias a los derechos fundamentales ²⁴.

²¹ A. v. CAMPENHAUSEN y J. E. CHRISTOPH, «Staatliche Krankenhausfinanzierung als Erfüllung grundrechtlicher Ansprüche», en *Deutsches Verwaltungsblatt* (1985), pp. 266-269. Cfr. también, W. LEISNER, «Das kirchliche Krankenhaus im Staatskirchenrecht der Bundesrepublik, Deutschland», en *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, 17 (1983), pp. 9 ss. H. J. POTTMEYER, «Das kirchliche Krankenhaus-Zeugnis kirchliche Diakonie und ihres Auftrags», en *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, 17 (1983), pp. 62 ss. En castellano, W. RUEFNER, «La garantía de existencia de clínicas de la Iglesia y de instituciones caritativas y el aseguramiento de su carácter confesional», en VV.AA., *Constitución y Acuerdos Iglesia-Estado*, Madrid, 1988, pp. 269 ss.

²² Cfr. R. SCHOLZ, «'Neue Jugendreligionen' und Äußerungen zur Förderung 'sektenkritischer' Organisationen», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (1994), pp. 127 ss.

²³ Sobre el tema cfr., M. HERDEGEN, *Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts*, Berlín y otras, 1989.

²⁴ Tomado de la sentencia de Tribunal Administrativo Federal, publicada en *Neue Juristische Wochenschrift* (1989), pp. 2272 ss. Ver también decisiones judiciales de rango inferior en *Die öffentliche Verwaltung* (1989), pp. 169 ss. S. MUCKEL, «Staatliche Warnungen vor sog. Jugendsekten», en *Juristische Arbeitsblätter*, núm. 4 (1995), pp. 344-345.

Los Tribunales alemanes se han ocupado en reiteradas ocasiones de la necesidad de pronunciarse sobre si un determinado comportamiento, que está motivado en razones religiosas o ideológicas, entra o no dentro del ámbito de protección del artículo 4.º de la Ley Fundamental de Bonn. Más concretamente, la pregunta se centra en saber si las autoridades estatales deben atenerse en este caso al criterio del individuo (o la comunidad religiosa) que, invocando la motivación religiosa de su conducta, aspira a las garantías del artículo 4 de la Ley Fundamental de Bonn. Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal, desde su primera jurisprudencia, ha mantenido que el criterio propio no es el único parámetro jurídico para la interpretación de este derecho fundamental. Se ha de comprobar que, por el comportamiento externo, se trata efectivamente de una creencia religiosa. Los órganos del Estado –y en último término los tribunales– no gozan, sin embargo, de un poder arbitrario de decisión. En su jurisprudencia más reciente el Tribunal Constitucional Federal²⁵ se ha referido a la realidad de la vida actual, a la tradición cultural, así como a la opinión tanto general como de la ciencia dedicada a la religión, para la calificación de una comunidad como confesión religiosa.

En el Derecho alemán existe, ciertamente, un registro de asociaciones, pero no un registro especial de entes religiosos. Ello no obsta para que las asociaciones eclesíásticas gocen de un *status* especial, derivado del artículo 140 de la LFB, que declara en vigor el artículo 137.3, lin. 1, de la Constitución de Weimar. Una determinada asociación es titular del llamado *Selbstbestimmungsrecht*²⁶ (derecho de autonomía) cuando tiene como fin propio asumir y cumplir una parte de la tarea propia de las iglesias en el mundo²⁷, y cuando ha sido reconocida por una iglesia como integrada dentro de ella. La determinación de un fin eclesíástico exclusivamente no es suficiente. Una asociación –o en general, un ente– es beneficiaria del *status* especial que implica el derecho de autonomía de las iglesias garantizado en la Cons-

²⁵ *BVerfGE*, vol. 83, núm. 341, p. 353.

²⁶ W. BOCK, *Dar für alle geltende Gesetz und die Kirchliche Selbstbestimmung*, Tübingen, 1996, pp. 170 ss., contiene una valoración de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho de autonomía de las Iglesias.

²⁷ «Ein Stück des Auftrags der Kirche in dieser Welt wahrzunehmen und zu erfüllen», en palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de ref. *BVerfGE*, vol. 46, núm. 73, pp. 85 y s.

titución sólo de modo derivado; no es titular de este derecho originariamente. Decisivo para ello es si la iglesia, en la actividad desarrollada por la asociación, ve una contribución al cumplimiento de su propia tarea. En caso contrario, podrían invocar el derecho de autonomía de las iglesias asociaciones que, ciertamente, persiguen un fin eclesiástico, como por ejemplo la caridad, pero que en otros ámbitos combaten la doctrina de la iglesia de modo decisivo. Para las iglesias constituiría un peligro a su doctrina el que existieran personas jurídicas con apariencia de proximidad a esa iglesia –y se beneficiaran del amplio goce de las libertades constitucionales a ellas reconocidas–, a la vez que rechazan una parte esencial de su doctrina. Pero decidir cuáles de tales asociaciones eclesiásticas están integradas o no dentro de la iglesia es una competencia de la iglesia correspondiente ²⁸.

En suma, en el Derecho alemán, se da una declaración de incompetencia por parte del Estado para juzgar acerca de lo que se entiende por religioso. Sin embargo, ni en el ámbito colectivo, –cuando una religión o ideología va en contra de los derechos fundamentales protegidos en la Ley Fundamental de Bonn–, ni en el ámbito personal –cuando se pretende el incumplimiento de una ley, alegando motivos religiosos– se deja plenamente al criterio propio. Se da, en cambio, una remisión al criterio de las confesiones con respecto a sus entes, en virtud del derecho de autonomía de las Iglesias en sus propios asuntos. Esta posición del Estado, no obstante, tiene como base un ordenamiento jurídico en el que no existe un registro de entidades religiosas ni se da una distinción entre religión e ideología en cuanto a su protección jurídica en el artículo 4 de la Ley Fundamental.

2.2 En el Derecho italiano

En el ordenamiento jurídico de la República de Italia tiene lugar, como en el español, una calificación administrativa (mediante decreto del Ministerio del Interior) de la finalidad religiosa de las entidades

²⁸ S. MUCKEL, «Kirchliche Vereine in der ståtlichen Rechtsordnung», en J. LISTL-D. PIRSON (eds.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, I, 2.^a ed., Berlín, 1994, pp. 833-834.

confesionales y se han planteado, ya desde antiguo, problemas similares a los que ahora ocupan a la doctrina y jurisprudencia española²⁹.

En el sistema italiano, el reconocimiento de entes confesionales no está sometido a un régimen jurídico único, aplicable a todas las confesiones. Por el contrario, los acuerdos del Estado italiano con las confesiones prevén ciertas particularidades, que luego son tenidas en cuenta en la normativa unilateral del Estado que desarrolla esas normas pacticias³⁰. Por lo que se refiere a las entidades surgidas en el seno de la Iglesia católica, la finalidad religiosa se presupone para todos los entes que forman parte de la constitución jerárquica de la Iglesia, en los institutos religiosos y en los seminarios (art. 2.1 de la Ley número 222), en cambio, el fin religioso o de culto ha de comprobarse en cada caso por el Estado, para el reconocimiento civil de las demás personas jurídicas, de las fundaciones en general y para todas las entidades que no tengan personalidad jurídica en el ámbito canónico³¹.

Ahora bien, aunque la normativa italiana enuncie la finalidad religiosa en términos de *fine di religione o di culto*, lo cual induce a pensar en una identificación entre ambos, ello no significa que no haya supuestos en los que sigue sin haber una nítida diferencia entre fines religiosos y no religiosos. A los efectos de la ley civil, vienen considerándose fines religiosos tanto las actividades de culto como aquellas que están directamente referidas al culto, a la atención pastoral, a la formación del clero o de los religiosos, a los fines misioneros, a la catequesis y a la educación cristiana, mientras que son consideradas actividades distintas de las religiosas o de culto las actividades de beneficencia o asistenciales, la formación y la cultura en general y, en todo caso, las actividades comerciales o con fin de lucro (art. 16 de la Ley núm. 222). El fin religioso o de culto está sujeto a comprobación en sede de reconocimiento, puesto que hay que verificar que tal fin

²⁹ C. CARDIA, «Finalità e attività degli enti ecclesiastici», en VV.AA., *Il nuovo regime giuridico degli enti e dei beni ecclesiastici*, Milano, 1993, pp. 119 ss., ofrece un resumen muy ilustrativo del devenir histórico de la finalidad religiosa de los entes eclesiásticos en el Derecho italiano.

³⁰ C. CARDIA, *Finalità e attività...*, pp. 130 ss., analiza la finalidad religiosa o de culto en las entidades de las confesiones israelita, adventista, pentecostal y baptista.

³¹ El texto de esta ley núm. 222, de 20 de mayo de 1985, puede verse en S. BERLINGÒ y G. CASUSCELLI, *Codice del Diritto ecclesiastico*, 3.ª ed., Milano, 1993, pp. 255 ss. Sobre el tema, cfr. P. PICOZZA, *L'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto*, Milano, 1992, p. 71.

sea constitutivo y esencial en el ente, incluso aunque esté unido a la finalidad de carácter caritativo prevista en el Derecho canónico³².

Así, por ejemplo, una hermandad (*confraternità*) adquiere una personalidad jurídica privada, dentro del Derecho común, pero no puede llegar a ser una entidad eclesiástica en el Derecho italiano porque se caracteriza por un fin exclusivo o prevalente de beneficencia y no por la finalidad de culto, condición *sine qua non* para adquirir la condición de entidad religiosa³³. Igualmente, constituyen un supuesto no del todo claro las fundaciones. En el punto específico del fin de culto, parece arbitrario referirse al fin de las fundaciones en el ámbito canónico, ya que en tal ámbito, se emplea una noción demasiado amplia y omni-comprehensiva del fin propio de los entes morales de naturaleza fundacional³⁴.

El acto administrativo de reconocimiento de un ente religioso en el Derecho italiano se considera que tiene naturaleza constitutiva y no declarativa³⁵. Pero ello deja abierto el problema ulterior del carácter reglado o discrecional del acto de reconocimiento. En la doctrina italiana se encuentran autores para quienes la decisión de la autoridad administrativa no debe considerarse limitada exclusivamente a la comprobación formal de los requisitos previstos por la ley, sino que con-

³² G. ROSSI, *Enti e beni ecclesiastici dopo el concordato. I nuovi adempimenti degli enti non commerciali con finalità religiosa*, Milano, 1987, p. 11.; G. LO CASTRO, «Problemi di qualificazione di enti di origine ecclesiastica svolgenti attività di assistenza ospedaliera», en *Riv. trim. dir. pubbl.* (1978), p. 1487, cit. por S. BERLINGÓ, *Enti e beni religiosi in Italia*, Bologna, 1992, 68. En cambio, otros autores estiman que los fines caritativos son fines religiosos, así G. LEZIROLI, *Il riconoscimento degli enti ecclesiastici*, Milano, 1990, pp. 42-43. Cfr. también la referencia al Derecho italiano de J. M. VÁZQUEZ GARCÍA-PÉÑUELA, «Posición jurídica de las confesiones religiosas y de sus entidades en el ordenamiento jurídico español», en VV.AA., *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona, 1994, p. 590.

³³ G. FELICIANI y A. ROCCELLA, «Il regime delle confraternite alla luce di un recente parere del Consiglio di Stato», en *Archivio Giuridico*, vol. 213 (1993), p. 226. «una confraternità rivestita della personalità giuridica privata di diritto comune, e caratterizzata da un fine esclusivo o prevalente, quello di beneficenza, diverso da quello di culto, che è la condicio sine qua non (...) per conseguire la qualità di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto» (Consiglio di Stato, Sezione I, parere 16 de ottobre 1991, núm. 1903).

³⁴ G. LO CASTRO, «Riflessioni sull'individuazione delle fondazioni di culto nel diritto italiano», en *Il Diritto ecclesiastico* (1965), p. 329.

³⁵ M. S. GIANNINI, *Istituzioni de diritto amministrativo*, Milano, 1981, pp. 319 ss., citado por P. PICOZZA, *L'ente ecclesiastico...*, p. 104. Ver también C. CARDIA, *Finalità e attività degli enti...*, pp. 125.

tiene además un *elemento de giudizio*³⁶, que no está exhaustivamente regulado por el Derecho, sino que responde a reglas de experiencia y a valoraciones económicas o similares³⁷.

El dato de que la legislación italiana adopte un criterio restrictivo del concepto de fines religiosos, no obsta a la plena libertad de la Iglesia católica para desarrollar su misión pastoral, educativa y caritativa (art. 2.º del Acuerdo de Villa Madama), ni impide que los entes eclesiásticos civilmente reconocidos puedan desarrollar actividades distintas de la religión o el culto, en las condiciones previstas en el artículo 7.3.2 del mismo Acuerdo de 18 de febrero de 1984; lo que sí excluye es que el criterio de individuación de un ente se deduzca de los criterios del propio ente³⁸, a pesar de que en los comienzos de la discusión doctrinal sobre este punto en Italia no faltasen autores, como Del Giudice, que propusieran como criterios a tener en cuenta los estatutos y reglas fundacionales, las tradiciones y las costumbres locales³⁹.

A modo de resumen cabe anotar que en el Derecho italiano, el «fin religioso» parece identificarse en principio con el fin de culto, pero como, al mismo tiempo, la propia ley reconoce la posibilidad de que el fin de culto esté unido a actividades de carácter caritativo, ello conduce a que la finalidad religiosa haya de comprobarse en cada caso por la autoridad administrativa correspondiente, cuando una entidad pretende acceder al reconocimiento de ente eclesiástico. Hasta este

³⁶ T. MAURO, voz «Enti ecclesiastici» (dir. eccl.), en *Enc. Dir.*, Milano, 1965, vol. XIV, p. 1020. A favor de una reducción de la competencia administrativa a los aspectos extrínsecos y formales del acto de reconocimiento se pronuncian A. VITALE, *Corso di Diritto ecclesiastico*, 6.ª ed., Milano, 1992, pp. 292 ss., y G. LEZIROLI, *Il riconoscimento...*, pp. 13, 109 ss. 181 ss.

³⁷ F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 3.ª, Milano, 1990, pp. 204-205.

³⁸ «I criteri di individuazione di un ente non vanno mai desunti, per la contraddizione che nol consente, dall'ente stesso, a meno che questo non venga assunto dal legislatore come parametro; si cabe altrimenti in un circolo vizioso», G. LO CASTRO, *Riflessioni sull'individuazione...*, p. 329.

³⁹ G. FELICIANI y A. ROCCELLA, *Il regime delle confraternite...*, p. 229, «sempre (...) avendo presenti le tavole di fondazione e le regole statutarie, nonché le tradizioni e le consuetudine locali, siano da considerare istituzioni di beneficenza le confraternite che (...) abbiano erogato la maggior parte delle loro rendite per opere di beneficenza, e, viceversa, quali enti di culto quelle che tale maggior parte delle rendite l'abbiano erogata per fini di culto, debba fare per determinate opere di beneficenza», citando a Del Giudice.

punto la normativa italiana es muy similar a la española. Donde se aprecia una divergencia importante es en el dato de que no hay un régimen jurídico uniforme para todas las confesiones, sino diversificado sobre la base de los distintos acuerdos con el Estado (*intese*).

Como conclusión de esta primera aproximación a la regulación jurídica de los «fines religiosos» dentro de los dos ordenamientos vecinos tomados como ejemplo y en los que existen coordinadas constitucionales parecidas, cabe anotar que ni la existencia de un registro de entidades religiosas viene exigida para una mejor protección del carácter propio de los entes eclesiásticos, ni la existencia de una diversidad de regímenes jurídicos según las distintas confesiones o la fijación de lo que se consideran fines religiosos a los efectos de la aplicación de una ley es contraria a la neutralidad del Estado.

3. REPLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS TEÓRICOS IMPLICADOS

3.1 Relevancia jurídica del criterio subjetivo del destinatario de la norma

La actual situación conflictiva en este aspecto concreto de la aplicación del Derecho español puede decirse que tiene como causa el que la Administración no acoge el criterio subjetivo de las confesiones, teniendo éstas creada una expectativa de que así debería ser, al exigirse para la inscripción en el RER que sea expedida una certificación de los fines religiosos por parte de la autoridad correspondiente⁴⁰. Así, la Administración entiende que ha de «apreciar la perfecta correspondencia entre la declaración y la realidad, pues, en otro caso, abandonar a la libre iniciativa de cualquier ciudadano la posibilidad de sus- traerse al régimen jurídico general y atribuirse unos derechos que la

⁴⁰ Así lo establece el Real Decreto sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, de 9 de enero de 1981 (*BOE* de 31 de enero), artículo 3.º, letra c): «El cumplimiento de este requisito (se refiere a los “fines religiosos”) deberá acreditarse mediante la oportuna certificación del órgano superior en España de las respectivas Iglesias o Confesiones.» Esto, por lo que se refiere a las entidades asociativas, por lo que se refiere a las fundaciones, M. M. MARTÍN, *Las Fundaciones religiosas en el Derecho español. Especial referencia al Derecho autonómico*, Almería, 1995, pp. 194 ss.

ley contempla para situaciones que deben estar claramente definidas»⁴¹.

Antes de abordar las cuestiones teóricas que plantea la relevancia del criterio subjetivo⁴² del destinatario de la norma, conviene anotar que en otro tipo de registros públicos, por ejemplo el registro de entidades deportivas, también concede relevancia al criterio subjetivo de las entidades que pretenden acceder al registro. Así lo ha confirmado el Tribunal Supremo. En una sentencia⁴³ relativa a una asociación con fines mixtos (en este caso, deportivos y no deportivos)⁴⁴, la propia asociación tiene derecho a elegir si desea ser inscrita en el registro

⁴¹ Resolución denegatoria de inscripción a la Iglesia Fenika imperial de Tebas en Acuario, de 21 de febrero de 1986.

⁴² Es necesario distinguir la referencia al criterio subjetivo de la referencia al criterio propio. El criterio propio será siempre subjetivo, pero el subjetivo no siempre será propio. Nota: aquí subjetivo es entendido como el criterio de un sujeto, por contraposición al criterio abstracto y generalizado del ordenamiento. No se usan los términos objetivo y subjetivo en un sentido filosófico. La referencia a un criterio subjetivo que no es el propio siempre es menos problemática que la referencia al criterio propio. En el reconocimiento de entes eclesiásticos se da en el ordenamiento la referencia a un criterio subjetivo (el de la confesión) pero no la referencia a un criterio propio (el de la entidad que desea acceder al registro). Identificación entre criterio subjetivo y criterio propio se da, en cambio, en el reconocimiento de nuevas confesiones.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 20 de marzo de 1991 (ref. Ar. 2294). La sección primera de la Audiencia Nacional había dictado una sentencia el 24 de enero de 1990, estimando el recurso interpuesto por la presentación procesal de la Asociación Española de Wako contra la resolución del Ministerio de Interior denegatoria, por silencio administrativo, de la solicitud de inscripción en el Registro de Asociaciones. El fallo de la Audiencia Nacional declaraba el derecho de la entidad recurrente a su inscripción registral. El Tribunal Supremo, en respuesta al recurso de apelación interpuesto, confirmó la decisión de la Audiencia Nacional. El fundamento jurídico quinto de la sentencia de la Audiencia Nacional, aceptado por el Tribunal Supremo, declaraba: «los particulares pueden constituir asociaciones deportivas con personalidad jurídica no sometidas al régimen de la Ley 13/1980, como establece el propio Tribunal Constitucional, además de que la propia recurrente define su asociación como, según el artículo 2 de sus Estatutos, una asociación no exclusiva ni principalmente deportiva en sentido físico, extendiendo su campo de acción a los aspectos culturales del deporte».

⁴⁴ La asociación recurrente, constituida en Madrid, el 6 de febrero de 1989, tiene como fines el desarrollo del Karate-Do, Boxeo Americano, Kick-Boxin, Semi-Leigh, Full Contac, Karate y Artes Marciales en general, así como el estudio, conocimiento y desarrollo de las técnicas y filosofía del mismo en general, la comunicación o difusión de las mismas en el campo del mejoramiento personal y psicofísico.

especial de asociaciones deportivas o, por el contrario, prefiere ser inscrita en el registro general de asociaciones ⁴⁵.

Ciertamente, la relevancia de factores subjetivos en el Derecho parece paradójica, puesto que un elemento irrenunciable del ordenamiento jurídico es su validez intersubjetiva. Esto significa que el contenido y la aplicación del Derecho, no pueden depender de las concepciones subjetivas de aquellos que son precisamente sus destinatarios. No sólo la igualdad jurídica ante la ley sino la lógica más elemental exigen que la determinación de aquello que es justo sea independiente de las ideas subjetivas de quienes están sometidos al Derecho ⁴⁶. La generalización y abstracción típicas de una prescripción jurídica –que le permiten ser aplicable a múltiples situaciones y sujetos– hacen a la norma, de algún modo, indiferente respecto a las diferencias de las cosas y las motivaciones de las personas. Sólo así resulta posible la seguridad jurídica y la igualdad. En suma, lo que es Derecho no varía en función de la persona que sea destinatario de la norma.

Pero frente a esto, que se ha dado en llamar «polo objetivo» del Derecho, se sitúa, en una relación de tensión que Larenz no dudó en calificar como una de las antinomias clásicas del Derecho ⁴⁷, el «polo subjetivo»: las normas en su mayoría precisan que sean tenidas en cuenta las circunstancias peculiares del caso concreto. Tanto el polo subjetivo como el objetivo son igualmente originarios e igualmente esenciales al Derecho y no pueden separarse del todo ⁴⁸.

En el plano teórico, la interpretación del Derecho a través de la

⁴⁵ Fundamento jurídico quinto: «tampoco de la Ley 13/1980, sobre las asociaciones deportivas, puede desprenderse que la actividad asociativa, como señala el Ministerio Fiscal, tenga que enmarcarse, de modo necesario y excluyente, dentro de la estructura institucional allí contemplada».

⁴⁶ Sobre este tema, véase, por todos, la monografía de M. MORLOK, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, Tübingen, 1993.

⁴⁷ Citado por M. MORLOK, *Selbstverständnis...*, p. 10, nota 36.

⁴⁸ M. MORLOK, *Selbstverständnis...*, p. 12; M. MARTÍN GONZÁLEZ, «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», en *Revista de Administración Pública*, 54 (1967), p. 107, lo expresa anotando que para cumplir su función el Derecho ha de armonizar la satisfacción de dos exigencias esencialmente contradictorias: garantizar la seguridad en las relaciones jurídicas (para ello ha de ser rígido y estable) y adaptarse a las exigencias de la vida social (para ello ha de ser flexible y evolutivo).

persona, como sostienen autores como Lo Castro ⁴⁹, ofrece, a mi juicio, un punto de apoyo para la toma en consideración del criterio subjetivo. Descendiendo del nivel teórico del Derecho al nivel del Derecho positivo, Morlok ha señalado como fundamento constitucional del llamado «polo subjetivo» del Derecho la dignidad humana ⁵⁰ –puesto que el Estado está en función del hombre y no al contrario– y los derechos fundamentales, que hacen obligatoria para el ordenamiento jurídico la perspectiva del individuo ⁵¹.

Pero cuanto venimos diciendo, aun siendo de gran importancia para la relevancia de los criterios subjetivos en el ámbito objetivo del Derecho, todavía no apunta las vías concretas a través de las cuales el criterio propio es garantizado. Sin duda, las posibilidades que se presentan al legislador frente al criterio subjetivo del destinatario de la norma son tres: la primera es reconocer al destinatario la facultad de que se produzcan o no los efectos jurídicos previstos en la norma según su propio criterio. Así, en el caso de la inscripción en el Registro de asociaciones deportivas, quedaba a la decisión de la propia asociación, el inscribirse en el registro especial destinado a tales entidades o en el genérico de asociaciones. En el extremo contrario se sitúa la segunda: prohibir cualquier tipo de relevancia del criterio subjetivo del destinatario de la norma. La tercera opción posible para el legislador es tomar en cuenta el criterio del destinatario en la propia redacción del precepto jurídico, en la descripción del supuesto de hecho, como una de las premisas que el operador jurídico deberá tener en cuenta a la hora de valorarlo o como una condición, entre otras, a la que se atribuye después una determinada consecuencia jurídica ⁵².

Aunque en la doctrina alemana se establece una minuciosa diferenciación entre los diversos supuestos en los que el criterio subjetivo

⁴⁹ G. LO CASTRO, *Il mistero del Diritto. I. Del Diritto e della sua conoscenza*, Torino, 1997, pp. 121 ss. No significa esto que este autor sostenga, a nivel teórico, que la interpretación de la norma haya de depender de la voluntad de su destinatario. Al contrario, este autor sostiene que la tutela de las exigencias del individuo no puede remontrarse a la voluntad libre del hombre [G. LO CASTRO, «Conocimiento e interpretación del Derecho», en *Ius Canonicum* (1995), pp. 397-398].

⁵⁰ M. MORLOK, *Selbstverständnis...*, pp. 282 ss.

⁵¹ M. MORLOK, *Selbstverständnis...*, p. 290.

⁵² Eso no significa que sea el único criterio de decisión, sino sólo que relativiza el conjunto de las otras premisas (M. MORLOK, *Selbstverständnis...*, 1993, p. 53-54).

es utilizado por el legislador⁵³, estimamos que no interesa aquí analizarlos, puesto que tales diferencias en cuanto a los modos de acceso del criterio subjetivo a la norma, dentro de la tercera opción mencionada, no implican grandes diferencias en cuanto a los efectos jurídicos.

En definitiva, el acceso del criterio subjetivo a la norma, cuando ni es acogido plenamente ni es prohibido por el legislador (opción primera y opción segunda antes descritas), depende en su eficacia de cómo sean entendidos los límites de la discrecionalidad administrativa y del alcance que se reconozca a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. A ello dedicaremos nuestra atención en los próximos apartados.

3.2 Los límites de la discrecionalidad administrativa

La discusión acerca de los límites de la discrecionalidad administrativa no sólo ha absorbido importantes esfuerzos por parte un amplio sector de la doctrina dedicada al Derecho público español, sino que además ha suscitado grandes pasiones⁵⁴. No es posible entrar aquí a analizar minuciosamente cuanto ha sido escrito sobre el tema. El objetivo y los límites de este trabajo tienen un alcance mucho más determinado. No obstante, la materia de nuestro estudio no puede desconocer el estado actual de la cuestión acerca de la discrecionalidad administrativa, pues se trata, en último extremo, de la interpretación por parte de la Administración, y de su posterior revisión por los tribunales, del concepto jurídico indeterminado «fines religiosos». Así pues, pasamos a resumir con la mayor brevedad posible los puntos en los que hay amplio acuerdo (3.2.1) y aquellos otros en los que subsisten las controversias con más o menos fuerza (3.2.2), en la medida en que afectan al tema que aquí nos ocupa.

⁵³ M. MORLOK, *Selbstverständnis...*, 1993, p. 60.

⁵⁴ Quizá los ejemplos más claros en este sentido sean los escritos de L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar, dos funciones constitucionalmente distintas y complementarias*, Madrid, 1994, y T. R. FERNÁNDEZ, «De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 80 (1993), pp. 577 ss. Cfr. la valoración de esta discusión que hace M. ATIENZA, «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», en *Revista Española de Derecho Administrativo* (1995), pp. 5 ss. Una buena recensión al libro de Parejo, a cargo de L. MÍGUEZ MACHO, puede verse en *Revista de Administración Pública*, 133 (1994), pp. 611-617.

3.2.1 Aspectos en los que hay acuerdo

Aunque con diversidad de matices acerca de cómo debe ser definida la discrecionalidad⁵⁵, cabe anotar que hay acuerdo en que la atribución de una facultad discrecional a la Administración supone el reconocimiento de un margen de decisión⁵⁶; esta atribución no ha de ser concedida necesariamente mediante una determinada expresión formal⁵⁷. A la vez, el artículo 24.1 de la Constitución Española implica la justiciabilidad plena de la discrecionalidad. Naturalmente, el control judicial de la discrecionalidad debe limitarse a los límites jurídicos de ésta. No sería una verdadera garantía reconocer al juez la facultad de sustituir a la Administración en sus apreciaciones políticas. Ello supondría una suplantación de distintas esferas de poder y de responsabilidad⁵⁸. Pero siempre que sea posible hacer la censura jurídica en nombre del Derecho a una determinada acción administrativa, el juez estará actuando en su ámbito constitucional propio⁵⁹.

¿Cuáles son los límites de esa censura jurídica? Hay acuerdo sus-

⁵⁵ Discrecionalidad significa derecho a adoptar la decisión última por parte del ejecutivo (C. STARCK, *Der demokratische Verfassungsstaat*, Tübingen, 1995, p. 130, «Ermessen bedeutet Letztentscheidungsrecht der Executive»). En otra sede: discrecionalidad significa una *competencia específica para concretar el Derecho* en el marco de una finalidad predeterminada (C. STARCK, *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden, 1994, p. 223, «Ermessen bedeutet eine besondere *Zuständigkeit zur Rechtskonkretisierung*, im Rahmen einer vorgegebenen Zweckbestimmung»). Por su parte, M. BULLINGER, «Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, Entwicklung, funktionen Gerichtskontrolle», en *Juristenzeitung* (1984), p. 1001, entiende la discrecionalidad como el ámbito de conformación (*Gestaltungsspielraum*) que atribuye a la Administración pública cuando su conducta no está prevista plenamente con carácter previo ni por la ley ni puede ser controlada plenamente por un Tribunal.

⁵⁶ J. IGARTUA SALAVERRÍA, «Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 92 (1996), p. 544, distingue dos tipos de discrecionalidad: una interpretativa (cuando las disposiciones jurídicas vienen expresadas con lenguaje indeterminado) y otra estratégica (cuando las disposiciones jurídicas no prescriben cuál de entre los medios conducentes a un fin ha de adoptarse. Naturalmente, el problema se traslada aquí a saber cuándo estamos ante una discrecionalidad estratégica y cuándo ante una discrecionalidad interpretativa).

⁵⁷ J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Principio de legalidad...*, p. 545, sostiene que la discrecionalidad administrativa existe independientemente de las características del lenguaje legal.

⁵⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989, p. 61.

⁵⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva...*, pp. 61-62.

tancial en toda la doctrina, con la correspondiente confirmación en la jurisprudencia, en que los argumentos de la motivación del acto administrativo y la valoración del supuesto de hecho en la toma de decisión son revisables por los tribunales, incluso aunque se trate del ejercicio de potestades discrecionales⁶⁰.

En cambio, no son revisables los criterios de oportunidad (*Zweckmäßigkeit*)⁶¹. En contra de este criterio se sitúa T. R. Fernández, para quien la legalidad y la oportunidad no se pueden separar radicalmente, aunque a ésta (oportunidad) se le disfraza en ocasiones de discrecionalidad técnica⁶². De la discrecionalidad técnica nos ocuparemos más adelante (3.2.2.2).

Para un amplio sector de la doctrina, del ámbito de la discrecionalidad se excluyen los conceptos jurídicos indeterminados⁶³. La distinción más simple entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados es que la ley establece que existe discrecionalidad, cuando la autoridad administrativa puede elegir entre varias decisiones, de ma-

⁶⁰ F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, p. 257, señala que los motivos son, pues, la «base legal» del acto, los elementos de hecho y de Derecho que le sirven de fundamento y que son independientes de la voluntad de su autor. Especialmente significativa al respecto resulta la STS de 1 de diciembre de 1986: «El genio expansivo del Estado de Derecho ha determinado el alumbramiento de técnicas que permiten que el control jurisdiccional, tan ampliamente dibujado por el artículo 106.1 de la Constitución, se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas. Nuestra jurisprudencia ha acogido los logros doctrinales producidos al respecto, aplicándolos reiteradamente:

»A. En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes, que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración. B. Y en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho artículo 1.4 del Código Civil –que al informar todo ordenamiento jurídico son la atmósfera en la que respiramos jurídicamente– y, por tanto, también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, imponen que la actuación de ésta se ajuste a las exigencias de dichos principios, la Administración no está sometida sólo a la ley, sino también al derecho, artículo 103.1 de la Constitución» (cita tomada de T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 50).

⁶¹ F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos...*, p. 257, advierte que la incompetencia para juzgar la oportunidad de los actos no puede amparar actos que se funden en una apreciación inexacta de los hechos.

⁶² T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad...*, p. 37.

⁶³ F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos...*, p. 234.

nera que, en la voluntad del legislador, cualquiera de ellas es jurídicamente admisible y tiene el mismo valor.

Existe un concepto jurídico indeterminado cuando sólo una decisión es jurídicamente admisible⁶⁴. La interpretación que la autoridad administrativa haga de un concepto jurídico indeterminado está, pues, también sometida a control judicial⁶⁵. El control judicial de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, por amplio que sea el halo del concepto, es siempre posible. En la medida en que esos conceptos proceden de las leyes o de la Constitución, ese control es siempre una cuestión jurídica. De modo que rehusar el control judicial, por principio, del uso de tales conceptos indeterminados equivale a convertirlos en ilimitados y, por tanto, dejar al solo arbitrio de la Administración los supuestos de hecho o la extensión de las potestades que la ley ha querido determinadas y limitadas; es pues, inaplicar manifiestamente la ley que los ha formulado⁶⁶.

Conviene advertir, por una parte, que incluso quienes sostienen el máximo control de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados admiten que ha habido aplicaciones excesivas de esta teoría, casos en los que el juez ha sustituido, lisa y llanamente a los órganos políticos o técnicos⁶⁷. Por otra parte, esta regla general del control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados requiere ser matizada. Así, se ha distinguido entre los supuestos en que el concepto jurídico indeterminado sea un concepto de valor y aquellos otros en que se trate de un concepto de experiencia⁶⁸. En el segundo caso, el control judicial sería pleno, en el primer caso, tendría algunos límites.

⁶⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1995, p. 126.

⁶⁵ F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos...*, p. 257.

⁶⁶ Sobre la imposibilidad de introducir aquí el argumento del origen democrático (directo o indirecto) o no democrático de quienes adopten la decisión, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces...*, pp. 133-134.

⁶⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva...*, p. 63.

⁶⁸ A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Madrid, 1985, pp. 258 ss. En la doctrina alemana, un buen resumen de la jurisprudencia constitucional desde las sentencias que declaran que los conceptos jurídicos indeterminados tienen un solo significado correcto hasta aquellas otras en que se relativiza de la única solución correcta, cuando se trata de conceptos que encierran valoraciones y pronósticos, puede verse en C. H. ULE, «Rechtsstaat und Verwaltung», en *Verwaltungsarchiv*, vol. 76 (1985), pp. 16 ss.

Los conceptos que implican juicios de valor, que pueden ser técnicos («impacto ambiental») o políticos («interés público», «utilidad pública») proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción en favor de su juicio, que se entiende realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos y de criterios políticos que, en la práctica, sólo negativamente, cuando el error o la arbitrariedad pueden ser positivamente demostrados, pueden ser controlados por el juez. Ésta es una forma simple de explicar la doctrina del margen de apreciación del que se beneficia la valoración administrativa de estos conceptos de valor, margen que otorga una cierta presunción de acierto dentro del halo del concepto, pero aunque no llega a excluir la entrada del juez en su control directo (el problema sigue siendo una cuestión jurídica), sí limita la posibilidad de una apreciación inmediata y propia por el juez de su efectividad y prima la ventaja posicional de la Administración respecto a la corrección de su apreciación. La posibilidad de control judicial está siempre abierta, pues, para verificar si esa posición inicial de objetividad en la apreciación administrativa puede o no mantenerse, lo cual deberá ejercerse normalmente a través de un control de los límites o de los excesos, siempre, por supuesto, posibles y que la prueba puede poner de manifiesto y acreditar ⁶⁹.

Pero si desde las posturas doctrinales más claras en favor de la única solución correcta de los conceptos jurídicos indeterminados, y por tanto del control pleno por parte de los tribunales, se aprecian matices –que se han cometido excesos, que los conceptos de valor y de experiencia no gozan de la misma posición ante la eventual revisión judicial –, no es posible desconocer los argumentos de quienes afirman que no está tan claro que exista siempre una diferencia *a radice* entre conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa ⁷⁰. Así, la existencia de conceptos jurídicos indeterminados que implican juicios de valor pone en tela de juicio uno de los criterios –que la discrecionalidad actuaría el plano volitivo y los conceptos jurídicos indeterminados en el plano cognoscitivo ⁷¹– para distinguir los conceptos jurí-

⁶⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces...*, pp. 129-130.

⁷⁰ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994, pp. 116-117.

⁷¹ «La diferencia esencial entre una cosa y otra radica en que mientras los conceptos

dicos indeterminados de la discrecionalidad administrativa. Igualmente resulta cuestionable la distinción según la cual la discrecionalidad afecta a la consecuencia mientras que los conceptos jurídicos indeterminados afectan al supuesto de hecho⁷². Como ha sido puesto de manifiesto, en último extremo no existe tal pretendida diferencia clara: todo dependerá de cómo haya sido formulado el texto de la ley, si con un concepto jurídico indeterminado en la parte de la proposición jurídica que describe el supuesto de hecho –y que en realidad abre una discrecionalidad en la valoración– o directamente con una facultad discrecional en la parte de la proposición que expresa la consecuencia jurídica aplicable al supuesto de hecho⁷³.

El concepto jurídico «fines religiosos» aparece en la descripción del supuesto de hecho como uno de los requisitos que la DGAR ha de tener en cuenta al aplicar la consecuencia jurídica (inscripción o negación de inscripción de una entidad en el registro). Estaríamos, pues, ante un caso de control judicial pleno de la interpretación realizada por la Administración. Pero por tratarse de un concepto de valor, la interpretación administrativa gozaría de una cierta presunción en favor de su juicio.

Que el concepto de «fines religiosos» es un concepto de valor pa-

jurídicos indeterminados operan siempre en el plano cognitivo (...) la discrecionalidad nunca se da en rigor en dicho plano actuando más bien en el volitivo, es decir, consisten justamente en la remisión de la decisión a la Administración, de modo que la voluntad de ésta queda esencialmente libre» (PAREJO, en L. PAREJO ALFONSO, A. JIMÉNEZ BLANCO y L. ORTEGA, *Manual de Derecho administrativo*, Barcelona, 3.ª ed., 1994, p. 403). También diferencia entre proceso cognitivo de juicio o de comprobación y proceso volitivo o de valoración, como fundamento de binomio competencia reglada / competencia discrecional, señalando que no puede haber discrecionalidad más que cuando hay que valorar, no cuando hay simple comprobación, M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995, p. 41.

⁷² «La discrecionalidad afecta a la consecuencia jurídica en el sentido de que la Administración puede elegir entre distintas opciones para la concreción de un supuesto de hecho legal (...). Por contra, los conceptos jurídicos indeterminados afectan al supuesto de hecho, el cual requiere o necesita la precisión jurídica». S. GONZÁLEZ VARAS, «El control judicial de la discrecionalidad a la luz del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otras enseñanzas procesales de Derecho comunitario para el proceso administrativo español», en *Revista de Administración Pública*, 135 (1993), p. 89.

⁷³ C. STARCK, *Praxis der Verfassungsauslegung...*, p. 224; *Ídem*, «Rechtsvergleichender Generalbericht», en M. BULLINGER (ed.), *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Baden-Baden, 1986, p. 29.

rece una cuestión clara. Se trata de un concepto similar a «buena fe» o «debida diligencia», que son ejemplos clásicos de conceptos de valor.

Se presentan como más problemáticas las consecuencias que se derivan del hecho de que el concepto «fines religiosos» tiene una estrecha conexión con el concepto de «interés general»⁷⁴. De los fines de interés general se hace depender en nuestra Constitución el derecho de asociación⁷⁵. Pues bien, el «interés general» no está del todo claro que deba interpretarse según la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, como se verá más adelante.

Así pues, si se atiende exclusivamente a la distinción entre descripción del supuesto de hecho y consecuencia jurídica de la proposición normativa, quedaría plenamente sometido al control judicial; ese control es más limitado si se tiene en cuenta que se trata de un concepto de valor y –más aún– si se le considera como una modalidad del concepto de interés general.

Las sentencias que se han pronunciado sobre el caso, sin hacer referencia directa a esta distinción, parece que se sitúan más bien en la línea de considerarlo plenamente revisable, por el tenor de los términos en los que se pronuncian⁷⁶. No es necesario aclarar que el hecho de que las resoluciones judiciales coincidan con las resoluciones administrativas no se debe a que el tribunal se considere incompetente para revisar y eventualmente sustituir la decisión administrativa, sino a que, después de revisarla, su interpretación es coincidente.

3.2.2 Aspectos controvertidos

En mi opinión, la doctrina española, que ha acogido en gran medida la doctrina alemana de los conceptos jurídicos indeterminados, se ha hecho menos eco de las críticas a esa teoría en el seno de la propia doctrina alemana⁷⁷ que de sus defensores, quizá porque la jurisprudencia

⁷⁴ M. M. MARTÍN, *Las fundaciones religiosas...*, p. 195.

⁷⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Constitución, Fundaciones y Sociedad civil», en R. DE LORENZO GARCÍA y M. A. CABRA DE LUNA (coords.), *Las Fundaciones y la sociedad civil*, Madrid, 1992, p. 32.

⁷⁶ M. J. ROCA, *Aproximación...*, pp. 463-466.

⁷⁷ Por ejemplo, que el control judicial de las decisiones discrecionales de la Administración se presenta como problemático desde el punto de vista de la separación de poderes (C. STARCK, *Der demokratische Verfassungsstaat*, Tübingen, 1995, p. 130). En

dencia mayoritaria es todavía la que acoge la teoría de la única solución correcta de los conceptos jurídicos indeterminados. Naturalmente, en la doctrina alemana también hay teorías no acogidas entre la nuestra, al menos hasta donde puedo conocer, que reducen la discrecionalidad hasta llegar a negarla prácticamente. Así, por ejemplo, la llamada *intendiertes Ermessen*. Con esta expresión se designa la necesidad de reducir la discrecionalidad a cero, en un caso concreto (nunca con carácter general) y dentro de un ámbito de discrecionalidad garantizado a la Administración por el legislador⁷⁸. Esta reducción de la discrecionalidad a cero sólo puede darse en los casos de discrecionalidad en la decisión, no en los supuestos de discrecionalidad para elegir entre varias posibilidades⁷⁹ y se justifica, fundamentalmente, atendiendo al fin de la norma administrativa y a los bienes jurídicos que están en juego en cada decisión⁸⁰. No obstante, la tendencia actual en el vecino país es la de reclamar para la Administración la discrecionalidad que poco a poco ha ido perdiendo, con objeto de que pueda desempeñar adecuadamente las tareas que constitucionalmente tiene encomendadas⁸¹. Por esta razón, no se abordará aquí la influencia de la reducción a cero de la discrecionalidad en la interpretación del concepto «fines religiosos», pasándose a analizar su relación con el interés público y con la discrecionalidad técnica, como ya habíamos anunciado.

nuestro Derecho, acentúa el papel de la organización –de la división de poderes que reserva a la Administración y a los tribunales un núcleo competencial propio– para la defensa de la libertad, S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de Jurisdicción*, Madrid, 1989, pp. 116-117.

⁷⁸ K. E. HAIN, V. SCHLETTE y T. SCHMITZ, «Ermessen und Ermessensreduktion –ein Problem im Schnittpunkt von Verfassungs- und Verwaltungsrecht», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 122 (1997), p. 39.

⁷⁹ K. E. HAIN, V. SCHLETTE y T. SCHMITZ, *Ermessen und Ermessensreduktion...*, p. 42.

⁸⁰ Por lo que se refiere a la reducción de la discrecionalidad en el ámbito del Derecho administrativo policial, juega un papel importante el fin de la protección de la «seguridad pública» y ciertamente aquellos bienes que están protegidos fuera de la norma habilitante. Por lo que se refiere a la administración prestacional, también aquí el fin de la norma habilitante está referido a bienes jurídicos relevantes. Queda abierto, sin embargo, qué bienes jurídicos y de qué manera conducen a la reducción de la discrecionalidad (K. E. HAIN, V. SCHLETTE y T. SCHMITZ, *Ermessen und Ermessensreduktion...*, p. 44).

⁸¹ W. BROHM, «Ermessen und Beurteilungsspielraum im Grundrechtsbereich», en *Juristenzeitung*, (1995), p. 371, reclama la necesidad de la discrecionalidad para el cumplimiento de determinadas tareas.

3.2.2.1 El interés público, ¿concepto jurídico indeterminado?

Frente a quienes sostienen que el interés público o general es un concepto jurídico indeterminado⁸² –y por tanto que sólo admite una única solución correcta revisable por los tribunales– se han aportado argumentos que muestran, a mi modo de ver, con acierto la incorrección que tal caracterización supone, pues anula la posición constitucional de la Administración, negándole el ámbito competencial que la propia Carta Magna (art. 103.1) le reconoce⁸³.

Si el «interés público» o general no debe ser considerado un concepto jurídico indeterminado, y el concepto «fines religiosos» tiene una estrecha relación con él, ¿cómo afecta esto al problema de la interpretación del concepto «fines religiosos»?

A mi juicio, la conexión del concepto «fines religiosos» con el interés general no llega hasta el punto de que la Administración pueda considerarse competente para apreciarlos con el mismo margen de acción que si se tratase de una competencia discrecional. Es decir, los «fines religiosos» son un concepto de valor, sobre cuya delimitación la Administración no tiene las mismas competencias que para definir lo que sea en cada caso de interés general o público. De otro modo, el Estado dejaría de ser neutral en materia religiosa.

3.2.2.2 La «discrecionalidad técnica»

Se viene llamando «discrecionalidad técnica» a aquella actuación administrativa que tiene un componente técnico acusado, que implica una apreciación o juicio técnico⁸⁴ (ejemplo: puntuación en una oposición para ocupar un puesto de funcionario). En tales casos, el control judicial es menor, limitándose a los elementos reglados del acto y a la eventual existencia de desviaciones de poder. Ir más allá supondría invadir un ámbito de competencias que es propio de la Administra-

⁸² F. SAINZ MORENO, «Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 8 (1976), p. 63 ss.; *Ídem.*, «Sobre el interés público y la legalidad administrativa», en *Revista de Administración Pública*, 82 (1977), p. 439 ss.

⁸³ M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa...*, p. 251.

⁸⁴ T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad...*, pp. 34-35.

ción⁸⁵. Pero desgraciadamente este planteamiento no se acepta en todas las sentencias de modo coherente y uniforme⁸⁶ y la doctrina oscila entre quienes adoptan una postura de máximo control de las decisiones administrativas, afirmando que en «todas las actuaciones administrativas que terminan en una denegación o en un otorgamiento de un derecho subjetivo a un ciudadano, no existe el más mínimo ámbito o reducto propio de la apreciación libre por parte de la Administración que esté protegido por una supuesta discrecionalidad técnica (...). *Todas las ponderaciones administrativas sobre el interés público, las cir-*

⁸⁵ El Tribunal Constitucional afirma que el control judicial puede encontrar en algunos casos límites determinados y «así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre cuestiones de legalidad» (sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de mayo de 1983), sobre esta sentencia puede verse T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad...*, p. 36 y la bibliografía allí citada. Igualmente, este Tribunal en su sentencia 97/1993, de 22 de marzo, recogiendo la doctrina de la discrecionalidad técnica, sentada en la sentencia del Tribunal Constitucional 39/1983, subraya que la revisión judicial no alcanza lo que propiamente es discrecionalidad técnica. «Otra cosa más que un control de legalidad supondría la superposición del juicio discrecional del Tribunal sobre el del órgano técnico.» No obstante, cabe el control judicial «para la comprobación del fundamento fáctico del juicio técnico». Es decir, cabe un control de la discrecionalidad a través de los «hechos determinantes». El Tribunal Constitucional, en su sentencia 353/1993, de 29 de noviembre, reafirma que el control jurisdiccional está excluido de la discrecionalidad técnica, pero al mismo tiempo precisa que procede la fiscalización cuando se acredite que el órgano administrativo calificador «ha incurrido en error grave o manifiesto fundado en malicia o en desconocimiento inexcusable de la materia juzgada y, en consecuencia, fuera apreciable en su actuación atisbo de arbitrariedad o desviación de poder». El mismo Tribunal, en su sentencia 34/1995, de 6 de febrero, nuevamente sobre discrecionalidad técnica, matiza que el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho (art. 103) y el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3) tiene en los supuestos de discrecionalidad técnica una excepción justificada por «una presunción de certeza o de razonabilidad administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación». Esta presunción, por ser *iuris tantum*, puede ser atacada. El control jurisdiccional sobre el fondo del asunto es posible, por lo tanto, si se acredita la existencia de infracción del ordenamiento jurídico o que el órgano calificador ha procedido de modo irrazonable, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado [J. A. TARDÍO PATO, «La función calificador de los alumnos universitarios y su control jurisdiccional», en *Revista de Administración Pública*, 139 (1996), p. 391 ss.].

⁸⁶ T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad...*, pp. 34-35.

*cunstances del caso, etcétera, están sometidas al control pleno e integral por parte de los jueces de lo contencioso administrativo»*⁸⁷.

Desde la perspectiva doctrinal, según la cual la laicidad del Estado no permite a los poderes públicos la determinación del concepto «fines religiosos» mediante la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados porque ello supondría asumir un concepto cargado de ideología, cabría pensar que la vía jurídica adecuada es la de la «discrecionalidad técnica». Se trataría de un juicio técnico que debe realizar el correspondiente organismo con los conocimientos específicos en la materia. Ciertamente, aunque hasta el momento el instrumento del que se sirven la Administración y los tribunales para la fijación del concepto es la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, no faltan argumentos para pensar que podría tratarse de un supuesto de discrecionalidad técnica, habida cuenta de que la DGAR se sirve para sus decisiones de los dictámenes de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa⁸⁸. Pero en todo caso, si se pretendiera definir el concepto de «fines religiosos» mediante la vía de la «discrecionalidad técnica» —en lugar de la vía de los conceptos jurídicos indeterminados, como se viene haciendo hasta ahora— habría que modificar la normativa vigente, atribuyendo a las comisiones técnicas (Comisión Asesora de Libertad Religiosa y/o Consejo Europeo de las Iglesias) facultades decisorias que ahora no tienen⁸⁹.

⁸⁷ Así, A. GALLEGO ANABITARTE, quien fundamenta esta tesis en el artículo 106,1 de la CE y en los principios immanentes a un Estado de Derecho que somete la actuación administrativa «a la ley y al Derecho», citado por M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa...*, pp.192-193. En cambio, Beltrán de Felipe piensa que la simple apelación a los artículos 103.1 y 106.1 de la CE no son suficientes para avalar tal planteamiento (*Ibidem.*, p. 195).

⁸⁸ El artículo 4.1 del Real Decreto sobre organización y funcionamiento del RER, de 9 de enero de 1981, establece que «examinada la petición de inscripción, el Ministro de Justicia acordará lo procedente, previo informe, cuando lo solicite de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa». Es claro, pues, que el informe de la Comisión en este caso no es preceptivo ni vinculante. Sobre este órgano consultivo de la Administración, pueden consultarse J. A. SOUTO, «La Comisión Asesora de Libertad Religiosa» en *Revista de Derecho Político*, 14 (1982), pp. 42 ss., y J. M. CONTRERAS MAZARIO, «La Comisión Asesora de Libertad Religiosa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 19 (1987), p. 131 ss.

⁸⁹ Sobre los gremios técnicos que actúan como sustitutivos más que como órganos consultivos de la Administración en el Derecho alemán, cfr. el sugerente estudio de W. BROHM, «Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (1988), pp. 794 ss.

De la doctrina sobre la discrecionalidad técnica ⁹⁰ no puede extraerse una posición pacífica y unánimemente admitida. Por ello, no parece que desde esta aportación de la doctrina administrativista pueda contribuirse a clarificar la interpretación más correcta del concepto «fines religiosos». Sin embargo, en mi opinión, aunque todavía no estén del todo claros en nuestro Derecho los límites de la discrecionalidad técnica, esta vía no deja de constituir una solución intermedia entre la asunción del criterio del destinatario por parte de la Administración y la atribución de plena competencia de decisión a los órganos del Estado (Administración y poder judicial) sobre qué sean «fines religiosos». Ello no obedece a que el Estado carezca de competencia en el orden civil para hacerlo, ya que la calificación de la materia como discrecionalidad técnica es una manifestación, a mi juicio, de que goza de esa competencia. Se trata de que, siendo competente, emplee la técnica jurídica más adecuada para dar solución a las solicitudes de inscripción dentro de las coordenadas de nuestro Derecho: neutralidad, libertad religiosa.

3.3 Huida de la interpretación jurisprudencial mediante modificación de la norma reglamentaria

Quizá convenga advertir que el problema se plantea en estos términos –posibilidad de cambiar la norma reglamentaria aplicable– porque la interpretación de las autoridades administrativas ha sido confirmada por los tribunales, con excepción de la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1987 ⁹¹, hasta don-

⁹⁰ Sobre discrecionalidad técnica, al hilo de los supuestos concretos en los que se plantea esta cuestión, cfr., J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planteamiento urbanístico*. Madrid, 1993. J. M. PEÑARRUBIA IZA, «El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar (La STC 97/1993, de 22 de marzo)», en *Revista de Administración Pública*, 133 (1994), pp. 287 ss.; J. A. TARDÍO PATO, *La función calificadora...*, pp. 373 ss.; E. COCA VITA, «También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los tribunales», en *Revista de Administración Pública*, 108, (1985), pp. 205 ss. Se pronuncia a favor de que no se sustituyan los juicios de la comisión juzgadora por los de los Tribunales, A. NIETO, «Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria», en *Revista de Administración Pública*, 44, pp. 147 ss.

⁹¹ *La Ley* (1988-1991), pp. 263 ss., «La función del Estado en materia de asociaciones religiosas es de simple reconocimiento formal a través de una inscripción que, en cuanto constitutiva de la personalidad jurídica, sólo produce efectos jurídicos desde su

de mi conocimiento alcanza. Si no hubiera pronunciamientos judiciales, la cuestión a resolver sería si tiene valor normativo de costumbre el llamado «precedente administrativo» en la práctica reiterada por la Administración para la aplicación de una norma. García de Enterría, siguiendo a De Castro, afirma que nuestro Derecho sólo admite la costumbre *extra legem*, no la *secundum legem*. «Cuando existe una ley que ha de aplicarse, los sujetos se ordenan directamente a ella, sin tener que pasar por la versión que de la misma da uno de esos sujetos, la Administración; mucho más el argumento es aplicable respecto de los tribunales, a los que sería absurdo entender vinculados por esa práctica administrativa»⁹².

Pero en el estado actual de cosas, el problema se sitúa en la posibilidad o no de que se modifique el actual Real Decreto, introduciendo una definición de lo que a efectos del RER se entenderá por «fines religiosos», incluyendo las actividades caritativas o de beneficencia, si así se estima oportuno. ¿Resulta ello el legítimo ejercicio de las competencias del Gobierno o se trata más bien de una fuga o huida del control judicial por parte de la Administración?⁹³

Pues bien, para responder a esta cuestión conviene tener presente que «la potestad reglamentaria y, por tanto, la discrecionalidad en la elaboración de disposiciones de carácter general por las Administraciones competentes para ello gozan de un refrendo constitucional expreso (art. 97 CE), tienen una plasmación positiva distinta y su fiscalización jurisdiccional se rige por pautas sensiblemente diversas (legitimación, efectos de las sentencias, etcétera)»⁹⁴. Así, aunque la

fecha, pero sin que pueda ir en modo alguno más lejos de la constatación de los aspectos formales encaminados a garantizar su individuación para su denominación, domicilio, fines, y régimen de funcionamiento; únicamente cuando tal individuación no resulte debidamente perfilada, podrá denegarse la inscripción registral, conforme a lo establecido en el artículo 4.º, párrafo 2, del Real Decreto 142/1981, de 9 de enero».

⁹² E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 6.ª ed., Madrid, 1993, p. 69.

⁹³ Entre las formas de huida del control por parte de la Administración se han señalado, además de los actos legislativos de la Administración, los actos políticos o de gobierno y la regulación de diferentes instituciones públicas mediante el recurso al Derecho privado, cfr., C. PADROS REIG y J. ROCA SEGARRA, «La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Administración Pública*, 136 (1995), p. 271.

⁹⁴ M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa...*, p. 187.

doctrina iuspublicista viene afirmando que las técnicas de control de ambos tipos de potestades (discrecional y reglamentaria) son las mismas⁹⁵, la potestad reglamentaria es indudablemente más amplia⁹⁶. Esta potestad tiene unos titulares a menudo distintos de la mera discrecionalidad, pues en principio no está atribuida a los órganos administrativos sino al Gobierno, y además porque el radio de acción que el legislador (o la Constitución) deja a la Administración para elaborar normas generales suele ser mayor que el disponible para la toma de decisiones concretas (al menos en los reglamentos independientes u organizativos y, a menudo, también en los reglamentos ejecutivos)⁹⁷.

En suma, la actual interpretación de la DGAR (confirmada por los tribunales) del concepto «fines religiosos», según la cual las actividades caritativas o de beneficencia no son compatibles con los fines religiosos, puede ser modificada, cambiando el texto del actual Real Decreto, mediante una definición que admita expresamente que los «fines religiosos» son compatibles con las actividades caritativas de la entidad. Ello no debe interpretarse como una huida del control judicial, sino como el ejercicio de las competencias que el poder ejecutivo tiene atribuidas.

4. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

La referencia comparativa al ordenamiento alemán pone de manifiesto que el carácter propio de los entes eclesiásticos no requiere necesariamente de la existencia de un registro especial para una mejor adecuación entre el reconocimiento civil de los entes y los criterios de las confesiones. Es decir, la falta de registro no impide que las actividades caritativas o asistenciales llevadas a cabo por las confesiones se desarrollen bajo el marco de protección del derecho de libertad

⁹⁵ M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa...*, pp. 188-189, citando en sentido contrario F. CAAMAÑO, *El control de constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias*, Madrid, 1994, p. 130.

⁹⁶ Sobre la irreductibilidad entre el poder reglamentario y el poder de dictar actos administrativos (sean reglados o discrecionales), cfr., E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, 1993, pp. 173 ss.

⁹⁷ M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa...*, p. 188.

religiosa. Por otra parte, la referencia al Derecho italiano nos muestra como un Estado neutral (o laico) puede definir lo que se consideran «fines religiosos» a efectos de la aplicación de una ley del Estado, sin que ello ponga en cuestión su laicidad. Naturalmente, tal definición no prejuzga lo que cada confesión religiosa entiende como fines religiosos dentro de su propio ordenamiento.

La comparación con el sistema alemán lleva a cuestionarse el sentido que puede tener seguir manteniendo en el sistema español un Registro de Entidades Religiosas. A tenor del régimen español vigente, una entidad religiosa no está obligada a inscribirse en este registro especial, puede también adquirir personalidad jurídica accediendo al registro común de asociaciones y –tratándose de entidades sin fin de lucro– gozar de los beneficios fiscales previstos por la ley⁹⁸. Así pues, las iglesias no tienen la garantía de que cualquier entidad de ellas dependiente sólo adquirirá personalidad civil, con la conformidad de la autoridad eclesiástica correspondiente. La finalidad del Registro especial no es, por tanto, otorgar esta garantía a las confesiones. ¿Qué finalidad pretende el Estado con este Registro? No parece que después de la Constitución pueda seguir manteniéndose que se trata, como lo fue en sus orígenes, de un «registro específicamente policial»⁹⁹. Más bien parece que la finalidad de tal Registro hoy será la de ofrecer seguridad jurídica, dando constancia y fijeza a situaciones o circunstancias que, de no ser reconocidas, dificultarían las relaciones jurídicas en general. Precisamente por ello, ha de haber, a mi juicio, sintonía entre lo que socialmente se consideran entidades religiosas y las que jurídicamente tienen este reconocimiento. En otro caso, queda cuestionada la necesidad de seguir manteniendo un Registro que no pretende garantizar ni puede controlar.

El actual estado de la cuestión en cuanto a los límites de la discrecionalidad ha incidido del siguiente modo en el resultado interpre-

⁹⁸ J. CAMARASA, *Régimen tributario de entidades religiosas y de entidades sin fines lucrativos*, Madrid, 1998; F. de Luis DÍAZ DE MONASTERIO-GUREN, *Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos*, Madrid, 1998; R. BENEYTO BERENGUER, *Fundaciones sociales de la Iglesia católica. Conflicto Iglesia-Estado*, Valencia, 1997, pp. 291 ss.

⁹⁹ M. MONTORO PUERTO, «Apuntes para la estructura de una Administración registral», en AA. VV., *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*, vol. I, Madrid, 1972, p. 281.

tativo del concepto «fines religiosos». Ha afectado en el sentido favorable al máximo control judicial –la teoría de la única solución correcta, sin excepción ni matizaciones–, de modo que ha quedado avalada por la jurisprudencia la menor vinculación de la Administración al criterio subjetivo al que la propia norma remite. ¿Habría sido la situación distinta si se hubiesen aplicado las precisiones de la limitación de la única solución correcta o de la llamada discrecionalidad técnica a la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados?

Seguramente no –si creyendo no tener margen de valoración alguno, la DGAR decidió así, ello no supone que si hubiera pensado que lo tenía hubiera actuado de otro modo–, pero lo que sí cabría es reconocer la posibilidad de interpretar el concepto de otro modo en el futuro, interpretación para la que hay sobrados argumentos. Parece confirmarse en el actual estado de la cuestión que el problema de la interpretación de la norma permanece íntegro incluso después de cualquier acto interpretativo, y no puede ser considerado jamás definitivamente cerrado¹⁰⁰. Si en la interpretación del concepto «fines religiosos» –tal como ahora viene haciéndose en la jurisprudencia, aplicando la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados– se atiende a su estrecha relación con los intereses generales y a su condición de concepto de valor, la Administración podría considerar a los fines asistenciales incluidos dentro de los fines religiosos, a pesar de las sentencias que se han pronunciado con posterioridad, puesto que la valoración de este concepto entraría dentro de sus competencias y los tribunales sólo podrían revisarla en el caso de una manifiesta desviación de poder o apreciación inadecuada de los hechos.

Cabe preguntarse cuál de las vías posibles resulta más conveniente: la atribución de la competencia de decisión a un organismo técnico (Comisión Asesora de Libertad Religiosa) –en tal caso, los eventuales conflictos que pudieran surgir serían resueltos de acuerdo con los criterios de la discrecionalidad técnica– o, por el contrario, la definición del concepto «fines religiosos» en el propio texto de la norma, de modo que continúe siendo la DGAR quien decida la adecuación de los fines de la entidad a la nueva definición. Ambas soluciones re-

¹⁰⁰ G. LO CASTRO, *Conocimiento e interpretación...*, p. 399.

quieren una modificación del actual Real Decreto. La ventaja que ofrecería la vía de la discrecionalidad técnica (el que se tenga en cuenta el juicio de expertos en la materia) no parece que quede del todo asegurada teniendo en cuenta el estado actual de la cuestión en torno al control de la discrecionalidad técnica. Parece preferible una definición normativa del concepto de fines religiosos.