

EXTENSIONES DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA

Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ
Javier SALDAÑA SERRANO*

RESUMEN: En opinión de los autores, tres son los principios “clásicos” que deben orientar la regulación jurídica del fenómeno religioso, a saber: la enseñanza religiosa, la asistencia religiosa a personas en situaciones especiales —fuerzas armadas—, y los efectos civiles de los actos religiosos. Para fundamentar estos principios acuden a sentencias del Tribunal Constitucional español, a los acuerdos entre España y la Santa Sede y a otros suscritos con diversas confesiones religiosas distintas a la católica. En resumidas cuentas, el artículo pretende mostrar que los principios informadores del derecho eclesiástico y la igualdad religiosa deben encontrar siempre una aplicación real en los asuntos prácticos.

ABSTRACT: In the authors’ opinion, there are three “classic” principles which should govern the legal regulation of the religious phenomenon, *i. e.*: religious teachings, religious attendance on people in special situations “armed forces” and the civil effects of religious acts. To establish these principles they resort to verdicts returned by the Spanish Constitutional Tribunal, to the agreements between Spain and the Holy See and to others signed with various religious groups outside the Catholic Church. In summary, the article aims to show that the informative principles of ecclesiastical law and religious equality should always be realistically applied to practical matters.

* Javier Saldaña Serrano es profesor investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y visitante académico en la Universidad de los Andes (Chile), invitado por Fondecyt (Proyecto núm. 7990062 de Incentivo a la Cooperación Internacional). Cristóbal Orrego Sánchez es profesor de filosofía jurídica y política de la Universidad de los Andes (Chile). Los autores trabajan en el Proyecto Fondecyt núm. 1990734 titulado “Principios generales del derecho y regulación del fenómeno religioso”. Agradecemos, además, la ayuda complementaria de Fundación Andes en la investigación de este tema, mediante una beca del Programa de Estadías de Investigación 1999, segunda etapa.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El derecho de libertad religiosa no es tan sólo objeto de una reflexión teórica, sino que encuentra un claro reflejo práctico. Contiene o implica una serie de extensiones o dimensiones observables en la vida social a través, entre otras cosas, de puntos de encuentro entre personas de distinto signo religioso o entre diferentes confesiones religiosas. Nosotros centraremos nuestra atención en tres asuntos especialmente complejos, en relación con los cuales pueden observarse, con mayor claridad, las consecuencias teóricas y prácticas de la falta de comprensión de la igualdad y de los principios que deben orientar la regulación jurídica del fenómeno religioso. Estos temas son la educación o enseñanza religiosa, la asistencia religiosa a personas en situaciones especiales —principalmente en las fuerzas armadas— y los efectos civiles que tienen los actos religiosos celebrados por las personas. Naturalmente, son muchos los otros asuntos que pueden entenderse como una extensión del problema de la libertad religiosa: la cuestión de las objeciones de conciencia —frecuentemente basadas en convicciones religiosas—, la cuestión de las normas laborales aplicables a los ministros del culto y otro “personal religioso”, el problema de la autonomía religiosa de las familias y el orden público, los “conflictos” entre sensibilidad religiosa y manifestaciones de opinión o de creación artística contrarios, las relaciones entre las reglas reguladoras de la economía pública (por ejemplo, sobre libertad de empresa, tributación, etcétera) y los bienes e ingresos de grupos religiosos, etcétera. Nosotros nos concentramos en tres temas “clásicos” del derecho eclesiástico del Estado para evidenciar que los planteamientos generales sobre los principios informadores del derecho eclesiástico y especialmente sobre la igualdad religiosa no encuentran siempre una aplicación fácil a los asuntos prácticos más concretos. En esta exposición tendremos en cuenta un elemento de juicio interesante como complemento de lo que normalmente conoce un jurista en nuestro país: algunas sentencias del Tribunal Constitucional español, los acuerdos celebrados entre el Estado español y la Santa Sede (para el caso de la confesión católica) y los que fueron firmados con las confesiones religiosas distintas de la católica.¹

1 Estos acuerdos son los siguientes: Ley 24/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; Ley 25/1992,

II. LA CUESTIÓN DE LA ENSEÑANZA RELIGIOSA

La primera manifestación del derecho de libertad religiosa se encuentra referida a la enseñanza, específicamente a la que han de recibir los menores, tanto en escuelas públicas como privadas. La premisa más importante en esta materia es que dicha educación ha de ir de acuerdo con las convicciones religiosas o morales de los padres o tutores del menor. Este derecho está reconocido en la mayoría de los documentos internacionales protectores de derechos humanos.

El tema, tal y como se ha presentado en las discusiones en los últimos tiempos, parece complejo: ¿se tiene o no derecho a recibir educación de carácter religioso en los centros públicos o privados?; ¿es ésta la única libertad que se encuentra en juego o hay otras más que también entran en colisión?; ¿cabe “proteger” la libertad de conciencia de los niños contra la “formación” que reciben de sus padres?

1. *Problemas recurrentes en materia de enseñanza religiosa*

El tratamiento de las cuestiones anteriores requiere identificar cuatro asuntos básicos:

a) Los padres, cuando eligen el centro educativo donde han de formarse sus hijos: el centro ha de estar de acuerdo con las convicciones que ellos profesen; sin embargo, se discute la clase de educación moral o religiosa que los menores han de recibir y si ésta ha de ser impartida en los centros públicos o sólo en los privados.

b) El profesor y su libertad: en el caso de que el centro tuviera algún ideario, ¿tiene el profesor la obligación de compartirlo o puede adoptar otro distinto? Aquí, como se puede ver, están en juego —de manera contrapuesta— la libertad de cátedra a la que tienen derecho los profesores y el derecho del titular del centro de dotarlo de un ideario propio.

c) El ideario religioso del centro educativo. Aquí la cuestión se centra en saber si los centros públicos o privados están obligados a mantener un ideario, si pueden prescindir de él, si tienen derecho a establecerlo, etcétera.

d) El derecho que poseen las confesiones religiosas para impartir enseñanza y formación a sus miembros y a sus ministros.

A. *El derecho de los padres*

Son básicamente dos las posturas encontradas en el Tribunal Constitucional español en el debate sobre la libertad de enseñanza y la religión. La primera de ellas configura la enseñanza religiosa como un elemento integrador y formador de la personalidad humana, por lo que reconoce a los padres la facultad de *exigir* el tipo de educación que recibirán sus hijos, la cual ha de estar de acuerdo con sus propias convicciones religiosas o morales.²

Con esta interpretación se pretende asimilar la problemática de la enseñanza religiosa a la posición que prescriben algunos documentos internacionales de derechos humanos. Entre éstos, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 26.3 faculta a los padres para elegir la educación que han de recibir sus hijos;³ o el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cul-

2 “Merced al juego de los citados preceptos, los padres podrán satisfacer su derecho reconocido en el artículo 27.3 tanto a través de la educación pública, gracias a una instrucción no orientada ideológicamente por el Estado, como por medio de las escuelas privadas, informadas cada una de ellas por una determinada ideología entre las cuales, en principio, podrá elegir cada ciudadano. Precisamente en función de este derecho fundamental del 27.3 CE, puede encontrar su justificación el derecho a establecer un ideario educativo en los centros docentes privados, punto importante sobre el que volveremos luego. “Con arreglo a diversos tratados, acuerdos y declaraciones internacionales que, según los artículos 10. 2 y 96. 1 de la Constitución, deben utilizarse para interpretar el derecho fundamental del artículo 27.3 de nuestra Constitución al que también ellos hacen referencia, este derecho de los padres se proyecta directa y preferentemente sobre el ámbito de la educación, más que sobre el de la enseñanza, entendida como la transmisión de conocimientos científicos y aquélla como la comunión de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conforme con una determinada ideología. Por lo anterior, la Constitución habla (artículo 27.3) de ‘formación religiosa y moral’; el artículo 26. 3 de la Declaración Universal de 1948 se refiere a la elección del ‘tipo de educación’...”. STC 189/80. Voto particular de D. Francisco Tomás y Valiente núm. 5.

3 Art. 26.3: “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. Hervada, J. y Zumaquero, J. M., *Textos internacionales de derechos humanos*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1992, p. 155.

turales que reconoce el derecho de los padres o tutores del menor para escoger centros educativos donde se dé una educación moral y religiosa que sea coincidente con sus propias convicciones;⁴ o también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 18.4, que en forma textual copia la idea del Pacto anterior⁵ y que se repite en otra serie de documentos internacionales.⁶

Las consecuencias que se deducen son principalmente dos: (i) el reconocimiento del derecho de los padres a elegir para sus hijos o pupilos el tipo de educación religiosa o moral que esté de acuerdo con las con-

4 Art. 13.3. "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". *Ibidem*, p. 553.

5 Art. 18.4. "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". *Ibidem*, p. 568.

6 Entre los otros muchos documentos internacionales de derechos humanos que consignan tal derecho podemos mencionar los siguientes. El Pacto de San José en su artículo 12. 4 establece: "Los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". *Ibidem*, p. 602. Otro texto es la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza aprobada por la Conferencia General de la UNESCO de 14 de diciembre de 1960, la cual en su artículo 5. 1, b señala: "Los Estados partes de la presente Convención convienen en que debe respetar la libertad de los padres o, en su caso de los tutores legales, primero, de elegir para sus hijos establecimientos de enseñanza que no sean mantenidos por los poderes públicos, pero que respeten las normas mínimas que puedan fijar o aprobar las autoridades competentes, y segundo, de dar a sus hijos según las modalidades de aplicación que determine la legislación de cada Estado, la educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones; en que, además no debe obligarse a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones". *Ibidem*, p. 361. Por su parte, el Protocolo adicional número 1 de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales en su artículo 2o. señala: "A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas". *Ibidem*, pp. 276-278. Finalmente la resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 1984 sobre la libertad de enseñanza solicita expresamente a España y a Portugal, ante su entrada en la Comunidad Europea, que sean reconocidos varios principios en materia de enseñanza, entre los que destaca el derecho reconocido a los padres para decidir el tipo de escuela que han de frecuentar sus hijos hasta que ellos puedan decidir por sí mismos. A este fin, el Estado tiene la obligación de prever las necesidades de centros públicos o privados. *Cfr.* Cruz Musoles, M., "El derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos en la legislación española", en varios autores, *Estudio en homenaje al profesor López Alarcón*, Murcia, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1987, p. 385.

vicciones personales que profesen los padres; y (ii) reconocer el derecho que tienen los centros de educación privada para establecer, en el propio centro, un ideario educativo propio.

En sentido contrario a la anterior postura, está aquella otra que entiende que la enseñanza religiosa debe ser incluida dentro de la libertad de enseñanza, entendida esta última como una transmisión de conocimientos científicos.⁷ La vinculación entre la enseñanza religiosa y la libertad de enseñanza supone, además del carácter obligatorio en las escuelas públicas de ésta como materia oficial y de la puesta en igualdad de condiciones con el resto de las otras materias, el reconocimiento a los padres del derecho que les asiste para poder elegir el centro educativo al que deseen que sus hijos asistan. Con esto parece que hay una identificación entre formación religiosa y formación educativa.

En resumen, parece que en ambas posiciones se reconoce el derecho de los padres para poder escoger el centro educativo que esté acorde con sus convicciones religiosas o morales. Este punto no requiere mayor consideración ya que hemos visto que tanto la legislación nacional como los tratados internacionales y el propio Tribunal Constitucional español, aunque con posiciones divididas, reconocen este derecho.⁸

Pero lo complejo, como lo advertíamos, viene más adelante, cuando se hace referencia al derecho que tienen los centros docentes para que en su enseñanza se transmita un ideario religioso y cuando se exige al

7 “En cuanto que la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores la libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 27.1 de la Constitución implica, de una parte, el derecho de crear instituciones educativas (artículo 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (artículo 20.1, c). Del principio de libertad de enseñanza derivan también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27.3). Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador”. STC 189/80. Fundamento jurídico núm. 7.

8 Quizá en el caso mexicano esta situación no resulta ser del todo evidente. Baste simplemente mencionar que a pesar de las reformas a la Constitución en materia religiosa realizadas en 1992, el actual artículo 3o. constitucional sigue determinando el carácter “laico” de la educación impartida por el Estado. “Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación [habla de la impartida por el Estado] será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa”.

profesor hacer suya una ideología que esté de acuerdo con la del centro educativo.⁹

Lo que hay que tener claro es que:

Los poderes públicos del Estado han de adoptar todas aquellas medidas que aseguren no quedará frustrado el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que ellos elijan según sus propias convicciones. Este derecho podrá ejercitarse porque los poderes públicos, en primer lugar, cuidarán que nada lo impida, es decir, que no aparezca impedimento que obstaculice esa libertad de elección. También, y desde un punto de vista positivo, porque dentro de la propia organización del Estado tienen los poderes públicos el deber de proporcionar, en los propios centros de enseñanza de ellos dependientes, el que existan y funcionen esos servicios de enseñanza religiosa y moral a los que puedan acceder los alumnos de estos centros para el caso de que los padres de los alumnos hagan uso del derecho constitucional que se les reconoce.¹⁰

La anterior idea es plenamente compartida tanto por los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede como por el propio Tribunal Constitucional. En el caso de los acuerdos, estos reconocen el derecho de los padres a la elección del centro educativo y describen además la obligación del Estado de impartir enseñanza de religión católica en algunos niveles educacionales para aquellos padres que lo soliciten.¹¹ En el caso

⁹ Cfr. Fraile Clevilles, M. (comp.), *Código constitucional*, Madrid, Trivium, 1983, pp. 435-437; Cfr. también Garrido Falla, M., *Comentarios a la Constitución*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1985, p. 554.

¹⁰ Cfr. Diego Lora, C. de, "La garantía constitucional del artículo 27. 3 de la Constitución española en los centros públicos de enseñanza", en varios autores, *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado*, Madrid, Universidad Complutense-Universidad de Navarra, 1989, pp. 661-675.

¹¹ "I. A la luz del principio de libertad religiosa, la acción educativa respetará el derecho fundamental de los padres sobre la educación moral y religiosa de sus hijos en el ámbito escolar. En todo caso la educación que se imparta en los centros docentes públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana. II. Los planes educativos en los niveles de educación preescolar, de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y Grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades, incluirán la enseñanza de la Religión Católica en todos los Centros de Educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales. Por respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos. Se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla. Las autoridades académicas adoptarán las medidas oportunas para que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no suponga discriminación alguna en la actividad escolar. En los niveles de enseñanza mencionados, las autoridades académicas correspondientes permitirán que la Jerarquía Eclesiástica establezca, en las condiciones concretas que con ella se convenga, otras actividades complementarias

del Tribunal Constitucional, también éste reconoce en forma indirecta tal derecho de los padres y la competencia para que el Estado pueda satisfacerlo impartiendo la enseñanza religiosa siempre que así lo soliciten los padres.¹²

Veamos, pues, cómo el tema de la enseñanza religiosa corresponde propiamente al Estado y más específicamente al gobierno de éste:

El gobierno de la nación española, constitucionalmente y por imperio también de una normativa legislativa de orden superior a las leyes ordinarias en el sistema jurídico nacional vigente, queda comprometido a ofrecer solución a los problemas que en los centros públicos de enseñanza plantea la elección que hagan los padres y tutores de los alumnos a favor de la enseñanza de la Religión y Moral Católicas. Cualquier ciudadano que se decida a favor de esta opción y tenga a su hijo o pupilo como alumno de un centro público de enseñanza, tiene el derecho frente al Estado de poder exigir a éste que cumpla con el deber público de satisfacer gratuitamente tal tipo de enseñanza.¹³

Sin embargo, ante tal situación se presenta un asunto colateral. La dificultad acerca de quién habrá de impartir dicha enseñanza en los centros educativos públicos de educación elemental. La respuesta a esta interrogante nos la da, en el caso de la religión católica, el artículo 3o. de los acuerdos firmados entre el Estado español y la Santa Sede:

de formación y asistencia religiosa”. Instrumento de Ratificación de 4 de Diciembre de 1979 del Acuerdo de 3 de Enero de 1979, entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales. Para un análisis detallado de las normas equivalentes respecto de otras confesiones, *cfr.* Martínez Blanco, A., “Fundamento y caracteres de la enseñanza de la religión evangélica, judía e islámica en centros públicos”, en varios autores, *Acuerdos del Estado Español con Confesiones Religiosas Minoritarias. Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Barcelona, Marcial Pons, 1994 (Madrid, 1996), pp. 723-731.

¹² “Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27. 3). Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de sus propia naturaleza, con independencia de los que se producen por sus articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador”. STC 189/80. Fundamento jurídico núm. 7.

¹³ Giménez y Martínez de Carvajal, J., “El derecho constitucional a la libertad religiosa (doctrina, jurisprudencia y práctica administrativa)”, en varios autores, *Estudios eclesiológicos*, vol. 62, julio-diciembre de 1987, pp. 324 y 325.

...En los centros públicos de educación prescolar, de EGB y de formación profesional de primer grado, la designación de los profesores de enseñanza religiosa, recaerá de preferencia en los profesores de EGB que así lo soliciten. Con la consiguiente facultad de formar parte, a todos los efectos, del claustro de profesores de los respectivos centros.

Para el caso de aquellos centros educativos en los que no se cuenta con personal para impartir dichas clases, la Orden Ministerial de 16 de junio de 1980, sobre Enseñanza de la Religión y Moral Católicas en los Centros Docentes de Educación Prescolar y Educación Básica General, prevé para que se formule una propuesta de la jerarquía católica dirigida al delegado —hoy director— provisional del Ministerio de Educación, quien designará la “persona o personas competentes que resulten idóneas”. Esta jerarquía que hace la propuesta es, en cada caso, el Ordinario Diocesano, como lo pone de manifiesto dicha Orden en sus números 3.3 y 3.7.

De lo anterior se derivan el segundo y tercer problema que habíamos enunciado. Los derechos de las personas encargadas de impartir educación y el ideario del centro educativo donde se ha de dar la enseñanza. ¿Que interés prevalecería en el supuesto de que hubiera contraposición entre ellos?

Para acercarnos al anterior asunto tenemos que hablar necesariamente de dos libertades que tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina del derecho eclesiástico reconocen: la libertad de cátedra y la libertad de enseñanza.

B. *La libertad de cátedra*

La libertad de cátedra pertenece a los profesores tanto de educación superior, incluyendo a las universidades, como de educación básica (en un principio esta libertad era exclusiva de la enseñanza universitaria). La idea con la cual surge la libertad de cátedra, que después será reconocida por el propio Tribunal Constitucional, es la de entender esta libertad frente al Estado o poder público, ante la eventual intervención de éste en la actividad docente del profesor.

La libertad de cátedra se entiende en sentido amplio como la búsqueda de la verdad del conocimiento excluida cualquier imposición estatal. Esta libertad se incluye dentro de la libertad de enseñanza y como toda li-

bertad mantiene ciertos límites que han de ser respetados para su justo ejercicio. Estos límites, según se desprende del criterio constitucional, dependen de los centros educativos donde se ejerza. Establece la sentencia de 13 de febrero de 1981:

La primera de ellas [la libertad de cátedra] se trata de una libertad frente al Estado, o, más generalmente, frente a los poderes públicos, y cuyo contenido se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esta libertad. Tales características vienen determinadas, fundamentalmente por la acción convenida de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente y el nivel o grado educativo al que tal puesto corresponde.¹⁴

Según observamos, la concepción que el Tribunal Constitucional tiene de la libertad de cátedra, es bastante limitada, se restringe al puesto docente y se puede modificar de acuerdo a la naturaleza del centro y dependiendo también del nivel educativo en el que se imparta. Según este criterio (así se encargó de mostrarlo el propio Tribunal), cuando el profesor ejercite esta libertad en los centros públicos, tendrá el derecho de “resistir” cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, precisando con esto la incompatibilidad de esta libertad con la exigencia de una ciencia o una doctrina oficial.

En el caso de los centros educativos privados, el ejercicio de la libertad de cátedra que corresponde al profesor se ve aún más restringido por los límites que le impone el propio centro educativo si tal centro profesa un ideario; pero, si en vez de ser el titular del centro quien limita la libertad de cátedra, es el poder público quien lo hace, tal limitación se equipara a la realizada en los centros públicos.

Concretando: si la transgresión proviene de los poderes públicos sobre los profesores de los centros privados, ésta se equipara a la violación que reciben en los centros públicos. Ahora bien, si esta libertad se ejerce en los centros públicos, habrá que atender a los límites que la naturaleza del puesto y el nivel lo ameriten. Entre otros límites, que mencionaremos más adelante, están los de orden técnico y los de carácter jurídico (orden público y otros).

14 STC 189/80. Fundamento jurídico núm. 9.

En cualquier caso, se le reconoce al profesor, tanto de escuela pública como de escuela privada, la libertad de cátedra en forma más o menos amplia dependiendo del centro del que se trate. Cosa que por otra parte parece bastante lógica, pues uno de los motivos más importantes que debe mover al profesor cuando imparte enseñanza es la búsqueda de la verdad en el conocimiento científico, y ésta debe estar libre de cualquier imposición incompatible con la naturaleza de la verdad que se investiga,¹⁵ provenga ya del poder público o del titular del centro privado. Esta búsqueda de la verdad tampoco debe estar sometida a ninguna imposición de carácter confesional, sin que esto implique la exclusión de una orientación religiosa en el contenido global de la enseñanza que se imparta. En este caso específico, habría que decir igualmente que en la sentencia comentada se observa el principio de derecho eclesiástico del Estado de la “libertad religiosa” y de la aconfesionalidad del Estado.¹⁶ La conveniencia de una amplia libertad de cátedra, con los debidos límites —diversos según se trate de una intervención del Estado o de los titulares del centro educativo—, es compatible con que en algunos puntos clave —especialmente de orden directamente moral y religioso— prevalezca de modo absoluto el derecho preferente de los padres, como se ha visto en el apartado precedente.

Lo anterior nos da la pauta para pasar al otro de los puntos que queremos tratar, el derecho que tienen los titulares de los centros educativos para dotarlos de un ideario propio.

C. El derecho de los titulares de los centros educativos de dotarlos a éstos de un ideario propio

Al “ideario” se le ha definido como “un sistema coherente de ideas o principios generales destinados a engendrar y dirigir un proyecto de

15 Algunas “imposiciones” generales en la investigación de la verdad, admitidas en todas partes, no son más que exigencias naturales del ámbito investigado. Así, por ejemplo, los organismos públicos no financian investigaciones que no siguen metodologías científicas aceptadas por la comunidad científica; o imponen pautas éticas mínimas en las investigaciones que afectan o pueden afectar la vida o la salud humanas; o, en fin, por mencionar otra entre muchas restricciones razonables, pueden exigir requisitos de edad a los participantes en una investigación (por ejemplo, ser mayores de edad y dar su consentimiento libre e informado).

16 *Cfr.* Calvo Álvarez, J., “La presencia de los principios informadores del derecho eclesiástico español en las sentencias del Tribunal Constitucional”, *Tratado de derecho eclesiástico*, Pamplona, Eunsa, 1994, p. 247.

enseñanza”¹⁷ o, también, como “el conjunto de principios básicos y fundamentales que sintetizan la orientación última que define un centro educativo ante los padres, los alumnos, los profesores y ante la sociedad en general”¹⁸.

Este ideario y el derecho que tienen los titulares de dotar a sus centros de un ideario viene reconocido también por la sentencia que antes hemos citado. Se nos dice en el fundamento jurídico núm. 8:

El derecho que el artículo 34 de la LOECE reconoce a los titulares de los centros privados para ‘establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios o declaraciones de la Constitución’, forma parte de la libertad de creación de centros, en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a éstos de un carácter u orientación propios.¹⁹

Este derecho no es sino el reconocimiento de lo que los artículos 22 y 51 de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación permiten a los titulares de los centros privados y que se podría enmarcar en el llamado “pluralismo educativo”, el cual posibilita la existencia de otros centros distintos a los legalmente establecidos.

Sin embargo, un caso especial se presenta cuando chocan la libertad de cátedra del profesor y la libertad del titular del centro educativo. Tal situación había sido anunciada ya por la propia sentencia que comentamos, la que al respecto señala:

Problema bien distinto es el que suscita la posible colisión entre el ejercicio de la libertad de enseñanza por el titular del centro al dotar a éste de un ideario propio, y la libertad de enseñanza que dentro de los límites de dicho ideario, y en desarrollo del artículo 27.1 de la Constitución concede la ley a los profesores de los centros privados.²⁰

17 Moreno, J. M., “Ideario y proyecto educativo en los centros de enseñanza”, *Razón y fe*, núms. 944 y 945, septiembre-octubre de 1976, p. 176.

18 Ortiz Díaz, J., *La libertad de enseñanza*, Málaga, Universidad de Málaga, 1980, p. 203. *Sentencia del Tribunal Constitucional* de 13 de febrero de 1981. Voto particular del ponente magistrado Tomás y Valiente, núm. 8.

19 STC 189/80, fundamento jurídico núm. 8.

20 *Ibidem*, fundamento jurídico núm. 10.

Al respecto, la propia sentencia reconoce al profesor este derecho al incorporarse al centro educativo. Se puede leer lo siguiente:

La existencia de un ideario conocido por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar sus enseñanzas en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre como profesor en el ejercicio de sus actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible por tanto con la libertad del centro, del que forma parte el ideario. La facultad del profesor en los términos que juzgue más adecuados y que con arreglo a un criterio serio y objetivo no resulten contrarios a aquél. La virtualidad limitante del ideario será sin duda mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menos en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios.

A primera vista se podría pensar que el derecho al ideario educativo es un derecho ilimitado, pero no es así. Tiene naturalmente sus propios límites, pero éstos no derivan de su carácter instrumental respecto del derecho de los padres a elegir el tipo de formación y moral que desean para sus hijos, pues no hay esta relación de instrumentalidad necesaria, aunque sí una indudable interacción. Después viene a confirmar su postura en el propio fundamento núm. 8, que señala: “Este precepto sería efectivamente inconstitucional, como el recurrente pretende, si no se señalasen limitaciones al alcance del ideario, pero mediante esa referencia a los principios y declaraciones de la Constitución los establece de forma genérica y no puede ser tachado de inconstitucional”.²¹

Hay otra característica que vale la pena destacar de la libertad de enseñanza: su neutralidad. Los titulares del derecho para elegir las convicciones religiosas e ideológicas que han de comunicarse a los niños son sus padres, no los profesores. Esta libertad se garantiza en la enseñanza pública mediante la neutralidad, dentro de lo posible: ausencia de

21 *Ibidem*, fundamento jurídico núm. 8.

imposición de una ideología determinada o, como hemos dicho, el principio informador del Estado conocido como libertad religiosa.²²

En los centros públicos se impone una enseñanza “neutral”.²³ En los centros privados con ideario se impone al menos un respeto a ese ideario, lo cual no deja de ser una imposición. La neutralidad, dice la sentencia, “es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralizan recíprocamente”.²⁴

D. *El derecho de las confesiones a formar a sus miembros y ministros*

Una última cuestión es el derecho que poseen las confesiones religiosas para poder formar a sus propios agregados o ministros. Quizá el ejemplo más representativo de este derecho de las confesiones sea el de la Iglesia católica, a la que se le reconoce el derecho de establecer con plena autonomía seminarios diocesanos y religiosos, centros de cualquier grado, incluso universidades, facultades, institutos superiores y otros centros de ciencias eclesiásticas para la formación de sacerdotes, religiosos y seglares.

2. *El derecho a la educación como cosa justa*

El derecho de libertad religiosa también ha de verse satisfecho en esta manifestación de enseñanza. En el caso del derecho que tienen los padres a que sus hijos reciban una educación que esté de acuerdo con sus convicciones religiosas, parece que el derecho de libertad religiosa se cumple plenamente. Este derecho de los padres es la cosa debida a ellos como un derecho. El Estado no sólo reconoce esta deuda que tiene con los padres, sino además debe promover su cumplimiento facilitando,

²² Cfr. Ortiz Díaz, J., *op. cit.*, nota 18, p. 458.

²³ Esta idea se observa plenamente en el fundamento jurídico núm. 9 de la sentencia que comentamos al señalar que: “En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales”.

²⁴ *Ibidem*.

en el caso de las escuelas públicas, los medios necesarios para que los menores puedan recibir la enseñanza religiosa de acuerdo con el expreso consentimiento de sus padres.

En el supuesto de las escuelas privadas, podemos deducir también que el Estado se encuentra obligado igualmente a apoyar a los centros privados. Esta ayuda, según creemos, puede hacerse a través del apoyo directo de subvenciones económicas, o, por vía indirecta, a través de beneficios fiscales o reducción de impuestos. Con esto existiría un trato de igual a igual con los centros públicos, y, lo más importante, el derecho sería plenamente observado tanto en las escuelas públicas como en las privadas. El carácter de ambas es indistinto para la protección y fomento de este derecho, ya que lo más importante radica en que los estudiantes que así lo deseen vean satisfecho dicho interés.

Lo debido a los padres es el respeto, reconocimiento y fomento de este derecho. El Estado debe cumplirlo en los centros públicos y en los privados. Este apoyo y fomento es el papel que al Estado corresponde.

En el caso de los profesores y de los titulares de los centros educativos, a ambos se les reconoce este derecho siempre y cuando sea ejercido dentro de los límites debidos y no obstaculice el derecho de otra persona. Ambos derechos se encuentran limitados por el correcto ejercicio del otro. Pero lo que interesa destacar es que el ejercicio del derecho que corresponde a los padres y que también poseen los hijos, al recibir la educación religiosa, no debe implicar la restricción del derecho de otras personas. Se reconoce el derecho de libertad de cátedra que pertenece a los profesores y el derecho que mantiene para sí el titular de centro privado de dotar a éste de un ideario propio.

Finalmente también se le ha de reconocer a las confesiones religiosas el derecho que tienen para formar y educar a sus miembros y a sus ministros. El derecho de libertad religiosa no solamente le es reconocido a las personas, sino que, según vimos, este derecho tiene también como sujeto activo a las confesiones religiosas.

III. ASISTENCIA RELIGIOSA

Una manifestación especial de lo religioso en la vida de las personas la tenemos en aquellos centros que se caracterizan por poseer un régimen especial de sujeción. Nos estamos refiriendo a los miembros de las fuerzas armadas; los internos de las instituciones penitenciarias; los pacien-

tes de los centros hospitalarios y aquellas otras personas acogidas en centros de asistencia social o similares. En general estamos aludiendo a la llamada “asistencia religiosa”, la cual se define en los siguientes términos:

En un sentido amplio suele afirmarse que el Estado presta asistencia religiosa cuando ayuda, participa, fomenta o tutela la satisfacción del interés religioso de los ciudadanos y de las comunidades confesionales a las que pertenecen, cualquiera que fuere la posición adoptada por el Estado respecto del hecho religioso y sin tener en cuenta razones determinadas ni situaciones especiales de los ciudadanos asistidos.²⁵

A nosotros nos interesa algo más particular, que tiene que ver con la actividad del Estado que ha de ir encaminada a establecer las condiciones para que las personas que se encuentran sujetas al régimen especial de sujeción puedan recibir la asistencia espiritual de parte de los ministros de su culto.

Nótese que estamos hablando de dos cosas diferentes: por una parte de una “asistencia espiritual” y por la otra de una “asistencia religiosa”. En la primera, las relaciones de asistencia se establecen entre el fiel y su confesión, generalmente a través de sus ministros. En la segunda, el sujeto obligado es el Estado, pues éste debe crear y facilitar las condiciones para hacer factible la realización de la asistencia espiritual. Ambas relaciones son distintas, unas son relaciones de carácter jurídico y las otras no.²⁶

25 López Alarcón, M., “Asistencia religiosa”, en varios autores, *Derecho eclesiástico del Estado español*, 3a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 369. Cfr. también Molano, E., “La asistencia religiosa en el derecho eclesiástico del Estado español”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 11, 1984, p. 214. Cfr. también Iban, C. I. et al., *Curso de derecho eclesiástico*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1991, p. 433.

26 “La asistencia espiritual se establece entre la confesión y sus miembros en virtud de la cual éstos tienen derecho de recibirla, y aquélla de prestar las atenciones propias de cada confesión y que en las Iglesias cristianas se denomina cura pastoral, asistencia espiritual o cura de almas. Luego entonces, hay que separar las dos especies de relaciones jurídicas asistenciales. Las relaciones de asistencia espiritual se configuran entre el fiel y su confesión e, incluso entre aquél y los respectivos Ministros sagrados, con facultades de los fieles para exigir la prestación de los expresados servicios de asistencia espiritual. La relación jurídica de asistencia religiosa, en la que el Estado es sujeto obligado, nace cuando no puede actuarse debidamente la asistencia espiritual por la razón apuntada del régimen de los mencionados centros públicos que reduce gradualmente la libertad de los internos para recibir asistencia espiritual con la consiguiente lesión de sus derechos de libertad religiosa”. López Alarcón, M., “Asistencia...”, *cit.*, nota anterior, p. 372.

De los diferentes lugares donde se puede llevar a cabo la asistencia religiosa, destacaremos el de las fuerzas armadas. Heredera de una tradición confesional (la católica),²⁷ la legislación española en materia de asistencia religiosa reconocía a las personas sujetas al régimen castrense el derecho que tenían a recibir asistencia de parte de los ministros de su culto. Lo anterior se encontraba de manifiesto con la presencia mayoritaria de clérigos católicos en las fuerzas armadas. Esto viene a ser confirmado por la serie de leyes, acuerdos y reales decretos que en materia de asistencia religiosa se expidieron para los miembros de la religión católica.

Quizá la regulación que condensa y regula en forma más detallada las relaciones entre los católicos sometidos a sujeción y la Iglesia católica son los acuerdos firmados entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, los que en su primer artículo establecen: “La asistencia religiosa-pastoral a los católicos de las Fuerzas Armadas se seguirá ejerciendo por medio del Vicariato General Castrense”.²⁸ En éste mismo

27 “La existencia de un servicio de asistencia religiosa católica en España, tanto en las Fuerzas Armadas, como en establecimientos hospitalarios y penitenciarios, etc., tiene una larga tradición que se remonta a tiempos inmemoriales. A finales del siglo pasado se crearon los Cuerpos de capellanes, tanto del Ejército, como de Prisiones y de Hospitales. Dichos Cuerpos fueron suprimidos en 1931 por la Segunda República, tras la laicidad implantada. Posteriormente fueron restablecidos en 1943, y todavía hoy se encuentran en vigor. Tras la guerra civil, con el régimen instaurado por Franco, calificado de confesional católico, las únicas personas que tenían garantizada la asistencia religiosa en los centros públicos eran precisamente los católicos, ya que la Nación se declaraba asimismo católica, y el modelo de organización de asistencia católica era el de integración orgánica, puesto que los capellanes poseían el *status* de funcionarios públicos. Incluso los actos de culto católicos eran obligatorios en el caso de las Fuerzas Armadas, aunque no se tuviese dicha creencia. Posteriormente con la promulgación de la Ley 44/1967, de 28 de junio, reguladora del ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa, parece iniciarse una nueva etapa de libertad religiosa, desde el momento que se garantiza la profesión y práctica privada y pública de cualquier religión. En aplicación de este principio, el artículo 5.1, dispone que: ‘Las instituciones, entidades o empresas de cualquier índole, públicas o privadas, deberán adoptar, sin perjuicio de la disciplina general y de las disposiciones laborales en vigor, las medidas que permitan a quienes formen parte de las mismas o dependen de ellas cumplir normal y voluntariamente sus deberes religiosos’. Esta disposición garantiza a los ciudadanos el cumplimiento de los deberes religiosos, aunque el modelo de asistencia que se desprende para las personas que no profesen la religión católica es el de libertad de salida, supuesta la autorización oportuna”. Olmos Ortega, M. E., “La asistencia religiosa”, en *Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Salamanca, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 1994, pp. 195 y 196.

28 El artículo segundo del referido Acuerdo desarrolla la estructura de dicho vicariato. Así establece: “El Vicariato Castrense, que es una Diócesis personal, no territorial, constará de: A) Un Arzobispo, Vicario General con su propia Curia que estará integrada por: 1. Un Provicario General, para todas las Fuerzas Armadas, con facultades de Vicario General. 2. Un Secretario General. 3. Un

sentido y dado el desarrollo que en tal materia tiene la Iglesia católica, se ha motivado algo similar con otras confesiones religiosas como son la musulmana, la israelita y la evangelista, principalmente a través de los acuerdos firmados con estas religiones.

Los Estados que reconocen estos derechos se han dado cuenta que el cumplimiento de los deberes que como creyentes tienen las personas, no han de ser limitados u obstaculizados por encontrarse sus titulares en una situación de sujeción. La naturaleza del hombre y las inclinaciones que éste tiene, hacen que se encuentre obligado a cumplir y satisfacer su inclinación de relacionarse con Dios en un diálogo. Este ejercicio sólo será posible cumplirlo cuando existan los medios idóneos para llevarlo a la práctica. Por eso, el papel del Estado, superada la idea de tolerancia, debe ser el de promover el correcto ejercicio de este derecho, creando las condiciones idóneas. No es una simple actitud de abstención, de dejar hacer, lo que ha de mover la actividad estatal, sino la de coadyuvar —de modo externo y subsidiario— al ejercicio justo de la relación que el hombre establece con Dios.

¿Cuáles son, en el caso particular, las actividades que al Estado le es dable hacer?

Desde nuestro punto de vista, la primera actitud que el Estado debe asumir es la de respeto y de reconocimiento. Reconocimiento del derecho de las personas creyentes de cumplir con lo prescrito por su religión como cosa justa que les corresponde, que les pertenece y de la que nadie puede desposeerlas. En una palabra, reconocer la deuda que le es debida a la persona. De este reconocimiento derivan derechos como, por ejemplo, la construcción de lugares propios y adecuados para el culto religioso, la posibilidad para que los ministros de dichas religiones puedan llevar a cabo su labor apostólica o sacerdotal, la facilidad de dotar a estos centros de la infraestructura necesaria para su conservación y preservación, etcétera. Naturalmente, las acciones positivas del Estado —desde la habilitación o incluso construcción de templos hasta la facilitación del acceso a personas ajenas al recinto— han de ser proporcionadas a

Vicesecretario. 4. Un Delegado de Formación Permanente del Clero y 5. Un Delegado de Pastoral. B) Además contará con la cooperación de: 1. Los Vicarios Episcopales correspondientes. 2. Los capellanes castrenses como párrocos personales". *Cfr.* Instrumento de Ratificación de 4 de Diciembre de 1979 del Acuerdo de 3 de Enero de 1979, entre el Estado Español y la Santa Sede sobre la Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos.

las circunstancias: el adecuado funcionamiento y orden del servicio público (las fuerzas armadas), el número de miembros de una religión, las posibilidades de acceso al lugar, etcétera.

Pongamos, ahora, por caso el ejemplo de las confesiones evangélica, judía y musulmana.²⁹ Según nos dice el artículo 8o. de los respectivos acuerdos:

Se reconoce el derecho a todos los militares de confesión evangélica [se puede aplicar esto también al caso de los judíos, etcétera] a participar en las actividades religiosas y ritos propios de las iglesias pertenecientes a la Ferede, en los días y horas de precepto de las diferentes confesiones que la integran, previa la oportuna autorización de sus jefes, que procurarán que aquéllos sean compatibles con las necesidades del servicio, facilitando los lugares y medios adecuados para su desarrollo.³⁰

La redacción anterior aparece en los otros acuerdos con las matizaciones que a cada religión corresponden; por ejemplo, en el caso de la confesión musulmana se les permite a los miembros de esta religión acudir a la mezquita más cercana al centro para llevar a cabo su culto.

En cualquier caso, sea que se construyan lugares para el culto o que se posibilite la salida para ir al lugar de culto más cercano al centro militar, lo más importante es que el Estado reconozca la existencia de este derecho y el deber que tiene la persona de cumplir con sus prescripciones, facilitando para ello, y sólo dentro de los límites de tal derecho, la posibilidad de contar con los medios necesarios para cumplirlo.³¹

29 Para un análisis detallado, *cfr.* Ariza Robles, M. A., “La asistencia religiosa en las fuerzas armadas”, en varios autores, *Acuerdos del Estado Español con Confesiones Religiosas Minoritarias...*, *cit.*, nota 11, pp. 746-759.

30 Art. 8o. de los acuerdos firmados con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas.

31 Por su parte, a los miembros de las Comunidades Israelitas de España (FCI) también les son reconocidos derechos para el ejercicio de su religión. Entre estos derechos están: un estatuto especial para los ministros del culto judío con determinación de los específicos derechos que se derivan del ejercicio de sus ministerios, situación personal en ámbitos como la seguridad social y forma de cumplimiento de sus deberes militares; protección jurídica de los lugares de culto donde se profese tal religión; atribución de efectos civiles al matrimonio celebrado según el rito judío; asistencia religiosa en los centros y establecimientos públicos; enseñanza religiosa en los centros docentes; beneficios fiscales aplicables a determinados bienes y actividades de las comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España con los fines de la conservación y fomento del patrimonio histórico y artístico español de origen judío. Por último y en iguales términos, se establece la regulación jurídica y el reconocimiento de derechos para la comunidad islámica española.

Para el caso que venimos señalando de asistencia religiosa, la doctrina reconoce por lo menos cuatro modelos de asistencia, prevaleciendo en España el de integración, según el cual, los servicios de asistencia religiosa se constituyen en servicios públicos de infraestructura y apoyo a la prestación de asistencia espiritual por los ministros de las respectivas confesiones religiosas. En el modelo más integrador se establecen cuerpos de capellanes con carácter de funcionarios públicos y el Estado interviene en la ordenación, no solamente de la asistencia religiosa, sino también de los servicios religioso-pastorales estableciendo sus contenidos, que pueden exceder de lo meramente espiritual para abarcar aspectos de adoctrinamiento.³² Naturalmente, una integración de esta intensidad sólo es compatible con el derecho de libertad religiosa cuando los contenidos mismos de la asistencia espiritual son definidos y aprobados por las autoridades religiosas respectivas antes de que se integren en documentos o actos oficiales del Estado, y cuando, además, se deja libres a quienes no se adhieren a las confesiones religiosas así presentes —de algún modo mayoritarias o especialmente reconocidas— para rehusar esa asistencia.

El resto de los modelos de asistencia religiosa son:

a) El modelo de *concertación*, donde prevalece la fórmula de convenio entre la institución civil correspondiente y la confesión religiosa acerca de la aportación de los recursos humanos y materiales por una y otra parte, instituyéndose un organismo autónomo con participación de representantes de ambas partes (y no debería faltar la de los internos afectados).

b) El modelo de *libre acceso* al interior de los centros para prestar asistencia espiritual, donde se establecen las condiciones que aseguren el buen orden y régimen interior, bien mediante convenio, bien unilateralmente. Las relaciones del centro con los ministros religiosos se reducirán a la autorización para el libre acceso con prestación de servicios de benevolencia, o mediante el contrato retribuido de naturaleza administrativa, civil o laboral. Mediante esta reglamentación queda asegurada cierta estabilidad en la prestación de los servicios espirituales a los internados en tales centros.

³² Cfr. López Alarcón, M., "Asistencia religiosa", en varios autores, *Derecho eclesiástico del Estado español*, 3a. ed., Pamplona, Eunsa, 1992, pp. 377-380.

c) El modelo de *libre salida* de los internos, donde se prevé que puedan atender sus necesidades de orden religioso fuera del establecimiento. No siempre podrá asegurarse que estamos ante un “régimen de asistencia religiosa” si los internos pueden ser autorizados a salir del centro cuando lo solicitan, pues ello estaría demostrando que no habría régimen de internamiento en centro cerrado con sujeción bastante para justificar la asistencia religiosa. Acaso podría entenderse que la hay cuando se reglamenta la salida señalando los días y horas determinadas para la atención espiritual de los internos fuera del establecimiento.

En el derecho español predomina el modelo de integración para la asistencia religiosa en beneficio de los fieles de la Iglesia católica, subsistiendo los cuerpos de capellanes castrenses, de institutos penitenciarios y beneficencia. La asistencia religiosa para los católicos se ajustará al modelo de concertación. Para los miembros de otros cultos se ha establecido en los acuerdos con la Ferede, con la FCI y con la CIE el modelo de libre acceso, mientras que nada hay regulado para los que no gozan de convenio con el Estado, salvo las normas generales de la Constitución y de la LOLR, por lo que la dirección del respectivo centro habrá de resolver en cada caso de solicitud de asistencia espiritual si concede la salida del solicitante, cuando ello es posible conforme al régimen de establecimiento.

Pero lo más importante y significativo con los ejemplos anteriores es darse cuenta cómo el derecho de libertad religiosa, además de mantener un avance gradual en la legislación española, no únicamente se centra en ser entendido como una simple inmunidad de coacción por parte del poder público. El papel del Estado no se debe centrar únicamente en dicha actividad negativa, sino que debe ir más allá de un simple papel pasivo y asumir una actitud activa o de promoción y fomento de dicho derecho como en los ejemplos que acabamos de exponer. Esta actitud estatal no es una proposición nuestra; ya la Declaración conciliar *Dignitatis humanae* la había determinado.³³

33 Recordemos nuevamente la descripción que el documento conciliar hace de esta actitud estatal: “Es esencialmente obligación de todo poder civil el proteger y promover los derechos inviolables del hombre. Por consiguiente el poder civil debe asumir con eficacia, mediante leyes justas y otros medios adecuados, la tutela de la libertad religiosa de todos los ciudadanos, y crear condiciones propicias para fomentar la vida religiosa, para que los ciudadanos puedan realmente ejercer los derechos y cumplir las obligaciones de su religión y la sociedad misma goce de los bienes de la justicia y de la paz que dimanen de la fidelidad de los hombres a Dios y a su Santa

En este tipo particular de asistencia religiosa, y dependiendo del modelo que se asuma, los principios informadores del derecho eclesiástico encuentran plena vigencia y una mayor actuación en su operación. Son tres los principios que podemos identificar claramente en relación con este tema: el principio de libertad religiosa como principio primario; el de igualdad, como igual consideración de las confesiones religiosas, y el de cooperación, como posibilidad de que el Estado y las confesiones religiosas se coordinen entre sí y cooperen para que las personas puedan ejercer su derecho de libertad religiosa.

IV. EFECTOS CIVILES DE LOS ACTOS RELIGIOSOS CELEBRADOS POR LAS PERSONAS: EL MATRIMONIO RELIGIOSO

La última de las manifestaciones de la libertad religiosa que vamos a destacar es la relativa a los efectos civiles que producen los actos religiosos celebrados por las personas, y específicamente el matrimonio de tipo religioso. ¿Cuál es la incidencia que las convicciones religiosas de las personas tienen en el régimen matrimonial? La respuesta inmediata a esta pregunta es que a las convicciones religiosas de las personas que deciden casarse bajo los parámetros establecidos por su religión han de serles reconocidos efectos civiles. Por mucho que en determinados países (por ejemplo, México y Chile) las autoridades civiles hayan decidido desconocer completamente la realidad del matrimonio religioso, no debemos perder de vista esta respuesta esencial en línea de máxima, es decir, desde el punto de vista de los principios.

Esta respuesta tiene dos razones importantes. La primera es de carácter histórico; la segunda encuentra su fundamento en la propia naturaleza de la persona y del propio derecho. Existe, si se acepta, una tercera razón a este fenómeno que se encuentra dentro del campo de lo teológico o providencial. De esta última nos ocuparemos al final de nuestro análisis.

Hasta 1870 el ordenamiento español solamente conoce una forma y clase de matrimonio: el canónico. Esto hizo que el régimen matrimonial fuera patrimonio exclusivo de la Iglesia. El tema matrimonial por tanto sería regulado

por la Iglesia Católica y sólo a ésta pertenecía su jurisdicción. Con la separación de la Iglesia y el Estado originada por la Reforma Protestante y por los postulados ideológicos y jurídicos franceses que tardíamente llegaron a España, se dio la secularización del matrimonio religioso, y fue con la Constitución de 1869 con la que se quebró por primera vez la tradicional confesionalidad católica del Estado español, produciendo como consecuencia en el orden matrimonial no solamente la aparición del matrimonio civil sino también su imposición como única forma y clase de matrimonio con eficacia jurídica.³⁴

Esta situación ha cambiado en España —parcialmente, pues en definitiva, más allá de las formas de celebración, la ley civil define la esencia del matrimonio—, pero subsiste sin paliativos en países como México y Chile. En todo caso, el asunto de fondo es de principios: ¿qué es el matrimonio?, ¿por qué el papel del poder político sólo es el de reconocimiento del matrimonio y de la protección y defensa de la voluntad personal de los contrayentes?

El matrimonio es, según Hervada, “la unión jurídica plena y total de un varón y una mujer en la virilidad y la feminidad, que comporta una comunidad indisoluble de vida, ordenada a la generación y educación de los hijos y a la mutua ayuda”.³⁵ Bajo esta fórmula se encuentra la concepción clásica del matrimonio. El matrimonio sólo se puede dar entre un hombre y una mujer. Cualquier otra forma de unión entre personas del mismo sexo nunca podría ser calificada legítimamente como tal. El matrimonio se funda en una inclinación natural, contenida y regulada en la ley natural, por la que varón y mujer tienden a una integración o unidad en las naturalezas. Responde el matrimonio, en expresión de Hervada, a la estructura óptica de la persona humana.

Hervada explica con más claridad la figura del matrimonio del siguiente modo:

Primero, todo hombre está constituido como un varón o una mujer; segundo, el varón y la mujer están hechos por naturaleza, el uno para el otro, lo cual, se manifiesta en la mutua y natural atracción entre el varón y la mujer; tercero, esta tendencia comporta una forma específica de unirse, que responde al

³⁴ Navarro Valls, R., “El matrimonio religioso”, en varios autores, *Derecho eclesiástico del Estado español*, 3a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 414.

³⁵ Hervada, J., *Cuatro lecciones de derecho natural*, 3a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 129 y 130.

hecho de que varón y mujer son personas humanas (con unas exigencias de justicia), al hecho de que son diferentes (varón uno, y mujer otra) y a que se unen precisamente como varón y mujer. Esta forma específica de unirse, que responde a la ley natural y a la condición de persona, es lo que llamamos matrimonio. Por lo tanto, el matrimonio es aquella forma de unión sexual entre el varón y la mujer que dimanen de las exigencias morales y jurídicas de la persona humana.³⁶

Así pues, si el hombre y la mujer, motivados por esa inclinación natural deciden realizarla de acuerdo a otra de sus inclinaciones como es relacionarse con Dios a través de la santificación del matrimonio y en forma religiosa, el Estado no tiene más que regular, reconocer y proteger la libertad de los contrayentes y su bien personal, así como el matrimonio mismo. Pero no es cualquier tipo de matrimonio. El poder público no puede regular jurídicamente, ni mucho menos proteger, aquellas uniones de parejas de un mismo sexo, por la simple razón de la antinaturalidad de dicho acto. Si la sociedad ha subsistido es por identificar perfectamente las funciones de cada una de las partes que la integran, y en el caso específico de la procreación de la especie esta función está perfectamente determinada. Cambiarla sería ir en contra de toda la herencia que como sociedad hemos tenido.

Por otra parte, la propia naturaleza humana reconoce que unirse con un ser de sexo idéntico va en contra de las mismas personas que eligen ese comportamiento. Por eso, la estructura del matrimonio sólo se integra por un hombre y una mujer, nunca por dos hombres o dos mujeres.

Nuestra anterior consideración tiene repercusiones importantísimas en la vida social. Si hemos dicho que el matrimonio es una unidad en las naturalezas por las que los dos, varón y mujer, son uno, es válido también afirmar que ambas personas poseedoras de una misma dignidad consienten, sin desprenderse de ella, en formar una nueva dignidad, la que podríamos llamar “dignidad del matrimonio” contra la que no puede atentar nadie porque hacerlo sería violar la dignidad del matrimonio y la de las personas que lo integran. ¿Cómo puede el Estado, u otras personas, atacar dicha dignidad? En el caso del Estado, permitiendo que se consideren como matrimonio las parejas de homosexuales, las cuales no son solamente antinaturales (no están fisiológicamente preparadas para la pro-

36 *Ibidem*, pp. 133 y 134.

creación) sino también antijurídicas; y en el caso de los individuos, fomentando o induciendo a la infidelidad, entre otras cosas.

Entender el matrimonio como lo hemos explicado y advertir las consecuencias perjudiciales que puede traer consigo su violación, nos daría razones suficientes para que el Estado intervenga lo menos posible en esta situación.

En un plano más positivo, el derecho de toda persona a contraer matrimonio viene reconocido por el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,³⁷ consagrado igualmente por el artículo 32 de la Constitución española de 1978³⁸ y por el artículo 2.1.b. de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1981.³⁹ Como puede verse este derecho corresponde a cualquier persona.

El régimen actual del matrimonio civil en España se encuentra regulado básicamente por el libro primero en su título IV del Código Civil, y en forma más específica, el artículo 63 reconoce los plenos efectos legales del matrimonio religioso sin hacer distinción de ninguna confesión.⁴⁰

La idea más importante de esta legitimación de derechos es la del reconocimiento, por parte del ordenamiento jurídico estatal, de las convicciones religiosas de las personas y del respeto a dichas convicciones. Con este respeto y este reconocimiento, el derecho de libertad religiosa queda —igual que en la manifestación anterior de la asistencia religiosa— protegido por la legislación estatal, mas no ya a través de una promoción sino del solo reconocimiento. Las convicciones de las per-

37 Art. 16.1: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. 2. “Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

38 Art. 32.1: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2: La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraer, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. *Constitución española de 1978*.

39 Artículo 2.1: “La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos y no ser obligado a practicar acto de culto ni a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales”. Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980.

40 Art. 63: “La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil”.

sonas no deben ser óbice para impedir que la legislación reconozca efectos jurídicos a sus lazos conyugales, lo mismo para la religión católica que para otras distintas de ésta, como lo hace el artículo 7o. de los acuerdos firmados con las confesiones a las que antes nos hemos referido.

En íntima relación con el reconocimiento de la opción religiosa en el matrimonio está el reconocimiento de la opción religiosa de los padres a la hora de educar a sus hijos, como hemos visto al hablar de la enseñanza. Hay quienes estiman que la posición filosófica-religiosa de los padres no debe ocasionar ninguna limitación al derecho de libertad religiosa del menor. Según estos autores, la inscripción en el registro civil no debe suponer su dependencia a una comunidad religiosa ni tampoco debe limitar posteriormente el derecho para cambiar de religión.⁴¹ Lo ideal sería, según ellos, que la influencia que ejercen los padres sobre los hijos no fuese decisiva para la opción religiosa por la que posteriormente optará el menor.⁴² Ésta es, en términos generales, la posición que guardan estos autores: formar al menor bajo el criterio de la “libre elección”. Esta tesis, llevada a sus consecuencias lógicas, implica alguna forma de intervención estatal para “proteger” a los menores de una influencia excesiva, no-liberal, de sus propios padres. Por cierto, esto atentaría contra todos los derechos humanos relativos a la libertad de enseñanza, tal como se hallan reconocidos en los instrumentos internacionales y en la mayoría de las Constituciones.

Desde nuestro punto de vista, atender a los criterios antes señalados, y en consecuencia formar al menor en una filosofía de libre elección tal como se propone, distorsionaría el derecho de libertad religiosa cuando a la vez se reconoce el derecho de los padres a orientar la vida espiritual-religiosa de sus hijos. Corresponde a los padres orientar y dirigir la educación espiritual o religiosa de los miembros de su familia, entre ellos, por supuesto, la de sus hijos. La anterior idea había sido ya reconocida como tal por la Convención de Derechos del Niño de 1990 y también por la Declaración conciliar *Dignitatis humanae*:

Cada familia, en la medida en que es una sociedad que goza de un derecho propio y primordial, tiene el derecho de ordenar libremente su vida religiosa

41 Cfr. Lanares, P., *La liberté religieuse dans les conventions internationales et dans le droit public général*, Francia, Ambilly-Annemasse, 1964, p. 58.

42 Cfr. Basterra, D., *El derecho de libertad religiosa y su tutela jurídica*, Madrid, Civitas, 1989, p. 150.

doméstica bajo la dirección de los padres. A éstos corresponde el derecho a determinar la forma de educación religiosa que se ha de dar a sus hijos, de acuerdo con su propia convicción religiosa...⁴³

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1990 establece entre sus primeros considerandos lo siguiente: “Convencidos de que la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Y más adelante, en el artículo 5o. señala en forma más precisa la labor de los padres:

Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Finalmente, el artículo 14.2 del citado documento habla en forma más puntual de tal derecho: “Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho (en el inciso anterior se había referido expresamente al derecho de religión del niño) de modo conforme a la evolución de sus facultades”.⁴⁴

Tanto la *Dignitatis humanae* como la Convención sobre los Derechos del Niño, nos muestran que el derecho de los padres a orientar la vida espiritual y religiosa de sus hijos les corresponde a ellos como algo que les es debido, igual que corresponde a los hijos que sean orientados y dirigidos de acuerdo a las convicciones que siguen sus padres. El bien adeudado a los padres es el reconocimiento de este derecho como cosa justa. Por el contrario, la cultura de la “libre elección religiosa” —una cultura que querría imponerse de modo uniforme a todas las familias, en nombre de la libertad— no reconoce como derecho de los padres lo

⁴³ Concilio Vaticano II, “Declaración sobre la libertad religiosa”, AAS, t. I, núm. 5, 1966, p. 933.

⁴⁴ Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1990.

anterior; por el contrario, se deja al menor que potestativamente opte por una creencia religiosa sin reparar sobre la conveniencia o inconveniencia de la misma. Pero no sólo esto es razón para no fomentar la cultura de la libre elección. El menor, por la misma inmadurez mental propia de la edad, no está capacitado para elegir una u otra convicción religiosa. Creemos que por este doble motivo no es posible atender como correcta la posición de la libre elección religiosa por parte de los menores. En realidad, la posición que criticamos equivale a una máscara de la imposición a los menores —so pretexto de protegerlos de las imposiciones de sus padres— de elecciones religiosamente indiferentistas hechas por las autoridades que impulsan una política de este tipo.

Según vemos, la posición de la libre elección religiosa contradice la labor de orientación y dirección propuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño y por la *Dignitatis humanae*. De ahí que las personas que se empeñen, en aras de una falsa libertad, en dejar al menor optar por esa “libre elección”, están negando un derecho esencial a los padres y al propio menor.

En el caso de los creyentes, la orientación que debe recibir el niño ha de estar encaminada a crear en él una concepción real y veraz de lo que es el fenómeno religioso en el que está siendo orientado. Bajo esta perspectiva de orientación y dirección, queda salvaguardada la dignidad del menor que es, al final de cuentas, lo que más importa en el ámbito de la libertad religiosa, ya que no se impone la creencia de los padres ni se deja en la indeterminación al niño. Lo adeudado a los padres es el derecho que tienen ellos para orientar a sus hijos en su vida espiritual, respetando la libertad de sus hijos de manera adaptada al surgimiento y maduración de esa misma libertad. A los niños les sucede exactamente lo mismo, no pueden conocer realmente el significado de lo religioso si son abandonados a un conocimiento simple, tal y como implicaría educarlos en la “libre elección”.

