

NUEVO RETO PARA LA ESCUELA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA Y FENÓMENO MIGRATORIO

Remedio SÁNCHEZ FÉRRIZ
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU ELECCIÓN.—II. UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL. A) *Marco constitucional de las libertades implicadas.* a) Marco constitucional, en particular, de la libertad religiosa. b) Marco constitucional, en particular, de las libertades de enseñanza. c) Breve referencia al artículo 10 CE. d) Breve referencia al artículo 9 CE.—III. BREVE APROXIMACIÓN A LA INSUFICIENCIA DEL ACTUAL DESARROLLO LEGISLATIVO. A) *La falta de convicción y de fe en la eficacia del artículo 27,2 CE que se refleja en los vaivenes de las políticas educativas.* B) *La LOLR, Ley 7/1980, de 7 de julio.* C) *¿Límites a la libertad religiosa o simple delimitación de su naturaleza y de su ámbito?*—IV. EL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPAL REFERENTE EN LA CUESTIÓN PLANTEADA. DECISIONES DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL MÁS RECIENTE: UNA LECTURA CRÍTICA. A) *La Sentencia 141/2000, de 29 de mayo.* B) *Valoración crítica de la sentencia 141/2000.* C) *La Sentencia 46/2001.* a) La decisión mayoritaria del TC. b) Voto particular a la sentencia 46/2001.—V. APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A LA NUEVA REALIDAD SOCIAL. A) *Libertad y libertades a la luz del artículo 10 de la Constitución.* a) Libre desarrollo de la personalidad. b) El orden político y la paz social.—VI. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: UNA IMPORTANTE NOVEDAD DE LA LEY 8/2000. LA DEMOCRACIA BELIGERANTE EN EL SISTEMA EDUCATIVO

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU ELECCIÓN

La libertad de creencias religiosas es la «aspiración más elevada del hombre» según la Declaración Universal. Pero, obviamente, ésta no deja de ser la manifestación de una convicción que ha de dotarse de contenido jurídico.

Por ello, deben precisarse lo más posible las diversas facetas de la libertad religiosa y, sobre todo, la diversa significación jurídica de las mismas por que sólo por esta vía podemos observar la evolución real de su regulación normativa y, lo que es más importante, podremos determinar su protección y delimitar los ámbitos en los que esta libertad básica pudiera entrar en conflicto con otras libertades y principios constitucionales de no menor consideración. Este enfoque, además, nos puede acercar a la propuesta de soluciones para problemas que, aun hoy, y tal vez con mayor virulencia que nunca por efecto del fenómeno de la inmigración, se nos siguen planteando.

Por lo que se refiere al primer aspecto, del interés que el tema puede ofrecer a la ciudadanía española y a quienes más directamente se ocupan de estas cuestiones en la vida cotidiana, es indudable que el principal problema que España tiene hoy planteado es el de la inmigración o, mejor, el de la resolución de los conflictos sociales y jurídicos que la misma generará de no mediar decididas políticas de integración y socialización.

En efecto, hasta hoy nuestros estudios giraban en torno a la libertad religiosa y a las libertades en general, pero siempre contemplando como sujeto al pueblo español y, a lo sumo, a sus tradicionales diferencias algo más acusadas o «visibles» en el régimen democrático que hoy disfrutamos, por efecto del libre ejercicio de las libertades. En el caso de la convivencia entre diversas creencias religiosas, la inquietud doctrinal y los casos que han tenido que resolver nuestros Tribunales se ocupaban, como mucho, de cuestiones planteadas por confesiones cristianas sin perjuicio de algún caso aislado más bien referido a sectas o *parasectas*.

Hoy, los problemas se nos plantean ya con la inmediatez de una realidad que empieza a ser acuciante a partir de una desbordante presencia de inmigrantes con las más diversas creencias religiosas. En la Ley de extranjería, como no podía ser de otro modo, no se hallan previstas soluciones para la multiplicidad de supuestos prácticos que en un futuro inmediato habrían de planteársenos ni, desde luego, es competencia del reciente reglamento que la desarrolla dar solución a problemas de primer orden y de naturaleza constitucional de los que en países vecinos se han tenido que ocupar ya los Tribunales Constitucionales como en otra sede expongo extensamente¹.

¹ ELÍAS MÉNDEZ, C. y SÁNCHEZ FÉRRIZ, R. *Nuevo reto para la escuela (libertad religiosa y fenómeno migratorio). Experiencias comparadas*. Valencia, C.I.P.C.– Generalitat Valenciana, 2002

Pero si todo ello se nos planteaba con inmediatez hace pocos meses, cuando empecé a reflexionar sobre estas cuestiones, los sucesos del 11 de septiembre en que actos terroristas de gran envergadura quedaron vinculados a creencias religiosas, y sus aún impredecibles consecuencias, nos obligan doblemente a una reflexión profunda y aún más urgente y, sobre todo, avalan la necesidad de un cambio de enfoque en el estudio de los derechos humanos que ya he venido propugnando en diversos actos públicos académicos aunque no haya tenido ocasión, aún, de materializarlos por escrito.

Esta es para mí, pues, una ocasión excepcional para dejar constancia de este enfoque que expondré aun a sabiendas de sus riesgos y del que a mí misma me compete al defender lo que, solo aparentemente, podrá considerarse *poco progresista*. Lo sea o no, según el criterio de cada lector, sí resultará indiscutible, en cambio, que el desarrollo que me propongo llevar a cabo es respetuoso con los principios constitucionales y, más aún, incontestable si atendemos a una interpretación constitucional que busque la integración de los diversos elementos básicos del régimen: libertad, naturalmente, pero para consolidar el orden político y fomentar la paz social; igualdad, por supuesto, en derechos pero también en deberes según un equitativo criterio de proporcionalidad.

II. UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL

A partir de estos planteamientos, es, creo, desde el Derecho Constitucional desde el que se puede dar, y en el que se debe buscar, una respuesta unitaria y coherente a un problema que, sin duda, adquiere interés desde otras muchas disciplinas (Derecho Eclesiástico del Estado, Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Sociología, Pedagogía, etc.). Pero que, sin perjuicio de otros perfiles más cotidianos, de los que no en vano se han ocupado los respectivos especialistas, no puede ignorarse su enfoque unitario y fundamental desde el momento en que en él van a confluír diversos derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos expresamente por nuestra Constitución, como después apuntaré, y cuyas recíprocas interferencias sólo deben ser analizadas desde los principios constitucionales que los informan.

Tal vez el mejor ejemplo lo pueda ofrecer el contraste entre la libertad religiosa-ideológica de los padres y el «interés del menor». Si un enfoque civilista pudiera resultar excesivamente riguroso en perjuicio del niño, no menores serían las consecuencias de una solución adoptada desde una Teoría de los Derechos Fundamentales que desconociera otros

valores y bienes jurídicos, en este caso referidos al menor, también protegidos por la Constitución. De ahí la necesidad de insistir en el enfoque constitucional en su más amplio sentido y comprendiendo, por ello, no sólo los dictados constitucionales y su necesaria interpretación integrada sino, también y sobre todo, la configuración del Estado Español como Estado social y democrático de Derecho.

La extraordinaria novedad de semejante forma estatal ha podido llevar a la doctrina española a interesarse, como lo ha hecho en forma exhaustiva y profunda, por la declaración de los derechos y las libertades. Tal es, en efecto, la principal manifestación de nuestro democrático Estado pero su consolidación y permanencia requieren, ya en forma urgente, una interpretación global de dicho sistema de derechos que, una vez superada la fase de defensa y exposición de todos y cada uno de ellos, permita reivindicar también y exponer algunos elementos del sistema hasta ahora ocultos. Ello exige un esfuerzo doctrinal por construir nuestra teoría de los derechos constitucionales en forma estructurada para poder advertir en ella elementos que, sin ser propiamente derechos subjetivos (únicos en que la doctrina ha reparado hasta ahora), contribuyen, sin embargo, y de forma muy decisiva, a la clarificación y reforzamiento de todos ellos y del sistema que con los mismos se ha de construir.

A) Marco constitucional de la libertad religiosa y de las libertades de enseñanza

Es sabido que la Constitución española de 1978 selecciona en la Tabla de derechos del Título I algunos que considera fundamentales y para los que establece específicas medidas de protección y, en cierto modo, de «superlegalidad». La sección primera del capítulo II de dicho Título reconoce, en efecto, una serie de derechos que gozan de un estatuto especial que les distingue de los restantes del mismo capítulo en la medida en que se hallan afectos por la rigidez especial que el artículo 168 les otorga, y por la reserva reforzada de ley orgánica prevista por el artículo 81; son susceptibles, asimismo, de ser protegidos por el recurso de amparo constitucional².

² Aunque este es un aspecto en el que no suelo incidir normalmente por creer que esta especial y extraordinaria garantía jurisdiccional (ante el TC) tiene un carácter mucho más residual (y por consiguiente mucho menos medular) del que nuestra doctrina le ha atribuido y, por lo demás, constituye un medio de protección excepcional y más alejado en el

La cuestión resulta de extraordinario interés porque, si a nadie se le oculta la preferencia de cualquier derecho fundamental respecto de otros derechos de carácter patrimonial o de otros intereses también protegidos por la Constitución, no resulta tan meridiana la preferencia constitucional cuando se trata de posibles conflictos entre derechos fundamentales del mismo rango o, incluso (y sobre todo para los supuestos en que ahora habré de detenerme), de conflictos como los que la reivindicación de la libertad religiosa plantea cuando diversos sujetos han de convivir sosteniendo creencias religiosas bien diferentes.

Por ello, plantear y subrayar la extraordinaria importancia que nuestro constituyente ha atribuido a la libertad religiosa no resuelve nada respecto de sus eventuales conflictos o interferencias con otros derechos que igualmente se hallan ubicados en la sección primera del capítulo II revestidos del mismo estatuto de protección especial. Menos aún, cuando de lo que se trata es de ubicar el ejercicio de la libertad religiosa en un marco tan complejo como es el sistema educativo diseñado por la Constitución, y referido a situaciones en que lo más usual es que las decisiones sobre el ejercicio de la libertad religiosa vengan tomadas por sujetos distintos a los propios titulares de dicha libertad en razón de la minoría de edad de éstos.

Sin perjuicio del interés que el legislador ha mostrado por el problema y de la cautela con que se han querido resguardar también los intereses institucionales en cada caso implicados (ya se refieran a la Iglesia Católica o a otras Confesiones presentes en la sociedad española), es obvio que en estos años el cambio de siglo y de milenio nos han llegado con realidades muy complejas y sólo imaginadas hasta ahora por la literatura de ficción o por noticias siempre procedentes de otros países. Urge por ello, a mi juicio, precisar todo lo posible el marco constitucional que no queda reducido tan sólo a los preceptos que directamente reconocen los derechos y libertades que quedan implicados en las nuevas realidades

tiempo y en el espacio (por ser subsidiario de la protección de la jurisdicción ordinaria y hallarse concentrado en un órgano centralizado) del ciudadano incluso en lo que se refiere a la percepción y comprensión que del mismo se tiene. Hasta tal punto lo considero así que ya en varias ocasiones he sostenido que probablemente haya resultado disfuncional el excesivo interés otorgado doctrinalmente al mismo en la medida en que en parte ello podría justificar el que a fecha de hoy sigamos careciendo de una visión sistemática y coherente de nuestros derechos por la que algunos abogamos.

sociales sino también a los valores y principios constitucionales que han de inspirar el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Así, junto a los artículos 16, 27 y 20.1.c) y 20.4³, han de considerarse como elementos del marco normativo previsto por el propio texto constitucional, su artículo 1.2, el 10 en sus dos párrafos y, por lo que después se dirá, también el artículo 9.1 y 3. La consideración de las respectivas normas autonómicas, en concreto los Estatutos, me parece accesoria por no decir que irrelevante para la cuestión planteada, no sólo por tratarse de derechos fundamentales cuya exclusiva competencia de regulación se reserva al Estado (art. 149.1.1 CE)⁴ sino porque el establecimiento de un marco constitucional suficientemente claro será de utilidad para todos los operadores jurídicos y políticos en su ejecución.

a) MARCO CONSTITUCIONAL, EN PARTICULAR, DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

El artículo 16 de la Constitución dispone lo siguiente:

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

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

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. *Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española* y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

Del artículo 16 destacaría ahora, tan sólo, la radicalidad con que se reconoce una libertad que se distingue sobre las demás por su proximidad al núcleo más duro (más inviolable) del ser humano y que constituye el eje del sistema de derechos tal como personalmente lo concibo⁵; no

³ 1. El artículo 20 CE dispone: «Se reconocen y protegen los derechos: [...] c) A la libertad de cátedra [...] 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

⁴ SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., «Los derechos constitucionales y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana», *Estudio sobre el Estatuto Valenciano* (coord. por FERRANDO BADÍA), Consell Valencia de Cultura, 1993, tomo IV (coord. por SÁNCHEZ FÉRRIZ, R.): *Derechos constitucionales y sistema de relaciones*, p. 1 a 129.

⁵ En mi *Estudio sobre las libertades*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, intento una primera aproximación a la construcción de un sistema de derechos constitucionales. Una más extensa explicación se encuentra en las páginas 198 a 200, de las que cito ahora

en vano, la libertad religiosa es la primera en ser reivindicada en el primer constitucionalismo e incluso antes por los más significados forjadores de la Teoría del Estado hasta el punto, podría afirmarse, de que el Estado Liberal se gesta y consolida con la tolerancia religiosa⁶. El artículo 16 reconoce, pues, a la libertad religiosa e ideológica en forma amplia sin más restricción, «en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». La cuestión, así, se traslada a la determinación de lo que hoy debemos entender por *orden público protegido por la ley*. Sobre ello volveremos *infra*.

b) MARCO CONSTITUCIONAL, EN PARTICULAR, DE LAS LIBERTADES DE ENSEÑANZA

Por su parte, el artículo 27 reza como sigue:

- «1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales [...]
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca [...].»

un párrafo: «La dignidad, como valor o eje en torno al cual gira el sistema global. La igualdad, como principio que lo dota de credibilidad; si se nos permite un último ejemplo en el gráfico de los círculos concéntricos, diremos que la dignidad es el punto central y la igualdad un velo que cubriría todo el gráfico, porque ha de estar presente en todos y cada uno de los elementos del sistema, así como en las relaciones interiores al mismo que puedan mantener entre sí tales elementos.»

⁶ Cfr. mi libro *Introducción al Estado Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993. También mi trabajo «Libertad religiosa y ciudadanía en las constituciones españolas del siglo XIX», en SUÁREZ CORTINA, M., *Laicismo y Secularización en la España contemporánea*, Santander, Sociedad Menéndez Pelayo, 2001.

De este amplio artículo creo que, una vez más, ha de recordarse el más olvidado de sus preceptos que, sin embargo, es el que ha de dotar de contenido sustancial a todos los demás posibilitando, incluso, la legítima limitación de las facultades que a lo largo de dicho artículo se conceden a tan diversos sujetos en el ámbito de la educación (padres, alumnos, profesores, asociaciones y confesiones). Es justamente ese olvidado (o cuanto menos no considerado en todas sus potencialidades⁷) precepto el que nos permite retomar algunos conceptos axiales de nuestro sistema de derechos que tampoco han merecido la debida atención. En primer lugar, la autodenominación del Estado español como social y democrático de derecho que, si bien tiene un adecuado lugar de estudio en la reflexión sobre las formas de Estado, no debe ser ignorado al enfrentarnos directamente con los derechos y libertades, especialmente, si tratamos de construir un coherente sistema a partir de nuestro Título I.

Dicho sea con brevedad, los derechos y libertades que hoy disfrutamos son efecto, y lógico complemento, de un Estado social y democrático de Derecho pero, por ello mismo, han de tender a su conservación. No tienen el mismo carácter ni función los derechos y libertades del Estado liberal aunque su formulación sea idéntica, que los del Estado social y democrático de derecho imponiéndose, así, una funcionalidad y un carácter institucional a los derechos que ha permitido a los Tribunales Constitucionales europeos hablar de naturaleza ambivalente de los derechos fundamentales aunque la especial operatividad casuística de la función jurisdiccional ha podido hacer pensar que, realmente, se manifiesta tal ambivalencia en los conflictos entre diversos derechos⁸.

⁷ COTINO HUESO, L. (coord.), *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Un análisis jurídico-práctico a la luz de los dictados constitucionales)*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000.

⁸ Tal vez ha llegado también ya el momento de avanzar un paso más en la consideración de la naturaleza de los derechos en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, siendo necesaria la superación de la sola declaración de ambivalencia para relacionar en torno al sujeto titular las dos dimensiones del derecho que, siendo facultad subjetiva y a la vez institución objetiva en la que la propia sociedad tiene un interés directo, necesariamente han de integrarse en su titular a través de la atribución (y de la exigencia) de la responsabilidad de los propios titulares.

Recientemente he tenido ocasión de insistir en este aspecto con ocasión del comentario a los derechos reconocidos por la nueva Constitución suiza de 1999 cuya lectura recomiendo especialmente a la hora de reflexionar sobre los derechos y libertades de los jóvenes. En SÁNCHEZ FÉRRIZ, R. y GARCÍA SORIANO, M. V., *Suiza*, Madrid, CEPC, 2002.

Ello es así, ciertamente, pero no es óbice para una conclusión más generalizada que permita ver en el sistema de derechos y libertades globalmente considerado, la misma funcionalidad institucional y una finalidad que le compromete con la propia naturaleza y caracteres del Estado y que, en el ámbito del sistema educativo, hallaría su mejor expresión en el ya destacado artículo 27.2. Dicho de otro modo: en el Estado liberal, y mucho más en los autoritarios, los interesados en sostener y hacer perdurar el sistema son los grupos de poder establecidos; el mantenimiento del *statu quo* es la mejor garantía del sistema que es un régimen con grupos beneficiarios muy concretos y minoritarios. No así en el Estado social y democrático de Derecho, en el que la efectividad de los derechos opera una profunda, difusa y profusa revolución conceptual en cuya virtud toda la ciudadanía se halla implicada en el interés de mantener el sistema que, sólo así, deviene «régimen» democrático.

Es este enfoque el que nos permite subrayar las expresiones que he ido destacando en los textos transcritos que a mi juicio, sin embargo, no suelen ser las más valoradas ni por la doctrina ni por los poderes públicos. Se diría que existe cierto complejo que confunde la ineludible defensa del ordenamiento jurídico con la de la ideología conservadora, de suerte que aquél no suele invocarse todo lo que es necesario (ni aplicarse, lo que es más peligroso) ignorando así que el propio ordenamiento constitucional, el régimen democrático, peligra si se ignora que está asentado sobre base eminentemente jurídica.

c) BREVE REFERENCIA AL ARTÍCULO 10 CE

Así, cobra sentido el artículo 10.1 que, con haber sido citado con harta frecuencia, aun no ha sido debidamente estudiado en todos sus elementos. La multiplicidad de los conceptos que en un solo precepto tan significativo se reúnen ha podido llevar a cierto olvido de uno de sus conceptos jurídicos indeterminados que puede tener respecto del sistema de derechos y libertades tanta o más directa aplicación que los restantes del mismo precepto. Me refiero al orden político y sobre todo a la paz social.

Establece el artículo 10.1 que:

«1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.»

Hay, ciertamente, una abundante literatura que en forma específica y monográfica se ha ocupado de dicho artículo y de cada uno de sus dos párrafos en particular, destacando de modo especial la atención merecida por la dignidad de la persona⁹. Sin embargo, en el mismo precepto se contienen referencias sobre las que aún no se ha llevado a cabo el pertinente análisis jurídico; tal sería el caso de lo que se deba entender por libre desarrollo de la personalidad, aunque sí existen sobre el mismo algunas aproximaciones jurisprudenciales que ya permiten obtener alguna conclusión que directamente afectaría a esta reflexión.

Así, las sentencias dictadas en el caso *Niños de Dios* que permiten extraer, al menos, la idea de lo que sea contrario al pleno desarrollo de la personalidad: todo aquello que, por excesivamente sesgado, ideológica o religiosamente, falsea la realidad y, por ende, dificulta la integración en la sociedad en que ha de desenvolverse la vida de los futuros adultos. Lo mismo cabría afirmar de cuantas sentencias ha dictado el TC en materia de libertad de expresión cuando los mensajes iban dirigidos a menores por su objeto o por su soporte (*caso cómics de las SS*, por ejemplo): resulta contrario a la protección del libre desarrollo de la personalidad todo aquel mensaje que puede inducir a la falsedad histórica o a valorar como ciertas actitudes dogmáticas e intolerantes en la medida en que, careciendo de la madurez suficiente, sus destinatarios no se hallan en condiciones de contrastar o valorar con un sentido crítico que aún no se han formado. Y, fundamentalmente, porque obstaculiza su integración posterior en una sociedad abierta y pluralista como la española en la que la tolerancia a lo ajeno y diverso es un valor.

⁹ Desde la perspectiva constitucional, RUIZ MIGUEL, C., «El significado jurídico del principio de dignidad de la persona en el ordenamiento español», en *Revista Jurídica del Perú*, año XLVI, núm. 4, 1996. Del mismo autor, «La dignidad humana. Historia de una idea», en RAÚL MORODO y PEDRO DE VEGA (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid/México. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, tomo III. También, ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León, 1996.

Más olvidados aún me parecen los conceptos de orden político y paz social cuya clarificación, sin duda, habrá de resultar extraordinariamente útil en el tema que ahora nos ocupa. Como recuerda Ruiz-Giménez¹⁰, en los debates parlamentarios de la Constituyente afloró la significación política e ideológica que se quiso dar a cada uno de ellos resultando vano el intento de refundirlos en uno. Si bien lo decisivo es que hoy sean «piedras angulares –piedras vivas– de nuestro Derecho positivo de rango constitucional»¹¹, urge una reflexión particular sobre ellos; aunque no nos sea posible aquí y ahora, algo quiero dejar sentado.

Poca, por no decir ninguna, es la luz que nuestra jurisprudencia arroja sobre la idea de paz social. Bien al contrario, ni se ha intentado una aproximación, ni las referencias a la misma hacen otra cosa que reconducir este interesante concepto a un conflicto más complejo e indeterminado aún: el de los derechos y sus límites. Que éste sea hoy un problema complejo e indeterminado deriva de la falta de esfuerzo por aproximarse a esa construcción global del sistema constitucional de derechos al que antes me he referido, ya que en la jurisprudencia constitucional no cabe hallar sino afirmaciones muy genéricas y de aplicación a cualquier supuesto, por lo que dan lugar (o al menos se emplean) igualmente a una solución y a la contraria. Veamos algunos ejemplos que las actuales bases de datos nos proporcionan al indagar sobre la idea que nuestro TC tiene de la «paz social».

«Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social». Así este Tribunal pudo declarar en su Sentencia 25/1981, de 14 de julio (RTC 1981/25), que los derechos fundamentales resultan ser «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional»,

¹⁰ RUIZ-GIMÉNEZ, J., «Comentario al artículo 10», ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a las Leyes Políticas*, pp. 77 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 111.

reiterando posteriormente el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales¹².

Como ya ha declarado en anteriores ocasiones este Tribunal, es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. Todas las normas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social». Se produce, así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente»¹³.

A mi juicio, la síntesis más lograda de lo que el orden político y la paz social puedan significar en un ordenamiento constitucional como el nuestro es la que quedó consagrada en 1948 por la Declaración Universal al decir en su artículo 28 que «Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos».

De tal precepto, en el caso de un régimen democrático como el español, es bien fácil deducir que la paz social no es sino el mantenimiento del orden político, y ambos no son posibles sin la voluntad política decidida de aplicar con todas sus consecuencias el ordenamiento jurídico, porque es democrático, en efecto, pero también porque la garantía de pervivencia de la sociedad democrática ha de radicar en sus raíces y garantías jurídicas, de suerte que *si el régimen español vigente en su empeño de ser social y democrático, olvida que es de Derecho, hará peligrar con el tiempo su propia naturaleza social y democrática*.

d) BREVE REFERENCIA AL ARTÍCULO 9 CE

Como en el caso del artículo 10, también ha resultado más llamativo para la doctrina el segundo párrafo del artículo 9¹⁴. Debe, pues, recor-

¹² STC 159/1986, de 12 de diciembre.

¹³ STC 254/1988, de 21 de diciembre.

¹⁴ Por cierto recientemente aplicado por el TC en Sentencia 46/2001, a la que después nos referiremos, para atraer hacia el contenido esencial de la libertad religiosa la inscripción registral de grupos religiosos.

darse aquí también el primero y el tercer párrafo que no tiene por qué verse como de menor rango, o vinculado más a un supuesto de positivismo administrativista que a los principios constitucionales, sino que forma también parte esencial de ese Estado de triple denominación que el artículo 1 de la Constitución establece; por tanto, y en concreto, es el eje del actual Estado de Derecho.

En efecto, dispone el artículo 9 lo siguiente:

«1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico¹⁵.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.»

Por ahora, baste tener en cuenta el primer párrafo que no puede considerarse ni opuesto ni contrario a la plena efectividad de los derechos fundamentales y de las libertades públicas sino, al contrario, garante de que su disfrute se podrá llevar a cabo frente a los poderes públicos y frente a todo ciudadano que pretendiera violarlos, obviamente en forma anti-jurídica. Pero del mismo modo ha de afirmarse que la garantía y la certeza que el ordenamiento jurídico proporciona (la seguridad jurídica, como síntesis de los principios que en el párrafo 3 se contienen) al ejercicio de los derechos no les sitúa fuera del mismo sino como parte integrante, aunque muy fundamental, del mismo, de suerte que a ese mismo ejercicio no le resulta ajeno el sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Dicho de otro modo, los derechos fundamentales no son patentes de curso frente al ordenamiento jurídico sino la manifestación más visible y más cercana al ciudadano de un ordenamiento bien construido con bases democráticas y tendente a consolidar una sociedad democrática avanza-

¹⁵ Vale la pena que, ante la serie de polémicas que están surgiendo en torno a la inmigración y a la invocación de ciertos derechos de éstos en el ámbito escolar, nos detengamos a reflexionar sobre este precepto: ¿sólo los ciudadanos españoles están obligados por el ordenamiento jurídico globalmente considerado o todo aquel que pretenda ampararse en nuestro sistema político y por tanto en el único ordenamiento jurídico vigente en España?

da. Si ello es así, como creo, tras esta breve exposición del marco constitucional importa ahora hacer lo propio con el marco legislativo que más directamente incide en el respeto de la libertad religiosa en las escuelas.

Antes, no obstante, debo pronunciarme sobre cierta utilización reciente (en Sentencia 46/2001) de la cláusula de progreso del artículo 9.2 en favor de la libertad religiosa. A mi juicio dicha cláusula no debe ser utilizada a favor de ningún concreto derecho, sino de todo el sistema de derechos en la forma que ya en otras ocasiones he expuesto (y sin perjuicio, lógicamente, de la oportuna aplicación de la misma, tal como se ha hecho, a la promoción de grupos sociales desfavorecidos mediante políticas de acción positiva que no parece ser el caso aludido de la libertad religiosa).

III. BREVE APROXIMACIÓN A LA INSUFICIENCIA DEL ACTUAL DESARROLLO LEGISLATIVO

Aclararé de entrada que cuando hablo de insuficiencia tal vez debería decir obsolescencia de algunos aspectos legislativos derivada no tanto de defectos técnicos de las leyes de referencia, sino de la vertiginosa movilidad social y del cambio radical operado en los últimos años en la sociedad española. Hasta tal punto es así que podría afirmarse que incluso algunos dictados constitucionales, o se reinterpretan, o cuando menos, pondrán de relieve lo inesperado de tan gran cambio. Baste acudir al Preámbulo para advertir la concepción del constituyente a la hora de dibujar el proyecto político para el que la Nación española proclamaba su voluntad de alcanzar los más altos objetivos:

«[...] Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

Establecer una sociedad democrática avanzada, y

Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.»

Sin perjuicio de la máxima amplitud con que fueron reconocidos los derechos y libertades por la Constitución y de su regulación legal posterior, siempre generosamente interpretada por el Tribunal Constitucional en lo relativo a los titulares de los derechos, no parece descabellado pensar que en 1978 no se contaba con tan repentina y desbordante presencia de religiones y culturas ajenas a nuestras tradiciones en el propio territo-

rio español. Que ello es así lo demuestra la simple lectura de la propia Constitución y, en particular, las frases del Preámbulo trascritas.

Dos son, básicamente, los campos legislativos que desarrollan los preceptos constitucionales que se ven involucrados en la cuestión planteada. De una parte, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 1980, y los instrumentos convencionales que de su texto se han derivado, en la medida en que es la Ley que directamente desarrolla el precepto ya citado del artículo 16. De otra, la legislación aplicable al sistema educativo.

Pero, como decía, no cabe un análisis aislado de la regulación y protección de la libertad religiosa (que ni pretendo, ahora ni es necesario por existir ya abundante doctrina¹⁶) en la medida en que no se trata, o no tan sólo, de que se reconozca y desarrolle el derecho al libre ejercicio de la propia religión, del culto y de las consiguientes acciones que de cada creencia se deriven, sino de analizar en qué medida ese reconocimiento y protección han de ser aplicados a diversas confesiones religiosas cuando conviven en un mismo ámbito vital cual pueda ser la escuela y cuando, además, no son los propios titulares del derecho quienes van a disponer de participación en las decisiones que les afecten a su formación sino directamente los padres y tutores, e indirectamente, las diversas organizaciones religiosas, sujetos todos a los que, tal como hemos visto al transcribir el artículo 27 de la Constitución, se reconocen diversas facultades en el ámbito de la enseñanza.

Por ello, no puede dejar de tenerse presente el desarrollo constitucional que también ha recibido el derecho a la educación y, en la medida en que los problemas pueden verse aumentados, o presentar multitud de facetas nuevas a partir del fenómeno de la inmigración, procederá también la consideración de la reciente y polémica Ley de extranjería vigente.

A) La falta de convicción y de fe en la eficacia del artículo 27.2 CE que se refleja en los vaivenes de las políticas educativas

Por lo que a la educación se refiere, el hilo conductor de varios de mis trabajos e intervenciones públicas ha sido siempre el de considerar la

¹⁶ Y a juzgar por las consecuencias jurídicas que de tal doctrina se están extrayendo, me atrevería a decir que más que abundante puede que tal análisis sea excesivo y distorsionador del *sistema de derechos* (vuelvo una vez más sobre ello) si se continúa analizando dicha libertad en forma aislada y sin consideración a su inserción en el ordenamiento jurídico español.

escuela (en sus diversos niveles) el mejor cauce de socialización en los valores democráticos y de aprendizaje en la convivencia pacífica y respetuosa con lo ajeno y diverso. Y, siendo ello tan evidente para quien ahora reflexiona de nuevo desde la perspectiva de la libertad religiosa, no menor ha sido la inquietud por comprender el descuido de tan decisiva cuestión por parte de la doctrina constitucionalista, con excepciones muy contadas¹⁷.

Ahora bien, la falta de atención desde la perspectiva constitucional no se deja ver tan sólo en la dedicación doctrinal escasa sino, también, en la pérdida de algunas ocasiones en las que las políticas educativas hubieran podido considerar el interés de aplicar el artículo 27.2 de la Constitución, lo que hubiera permitido que nos halláramos ahora en un terreno más abonado para defender los fines de la comunidad educativa en sí mismos con independencia de que los elementos a reconducir fueran todos ellos autóctonos o, como en el presente, de diversos orígenes nacionales, étnicos y/o religiosos.

En efecto, ello puede observarse en toda una serie de reacciones polémicas ante las medidas educativas que ya fueron bien visibles, incluso, en el proceso constituyente. Así, la propia elaboración del artículo 27 de

¹⁷ En un intento de comprender esta laguna, y de justificarla, yo misma escribí recientemente en el Prólogo al libro colectivo coordinado por Lorenzo COTINO HUESO *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Un análisis jurídico-práctico a la luz de los dictados constitucionales)*, op. cit., lo siguiente: «aun tratándose de un tema crucial para la consolidación del régimen democrático es, sin embargo, poco considerado y valorado por los constitucionalistas. Tal vez en él podrían confluír los dos enfoques del tradicional Derecho Político que tanto nos esforzamos hoy en distinguir por constituir dos áreas de conocimiento diversas; pero ésta (que pudo ser un factor mas para interesarse por el tema) puede haber sido una razón más para ser ignorado con el pretexto de su escasa juridicidad pues, en él, la principal dificultad del constitucionalista estriba, sin duda, en la elección del enfoque.

En efecto, si nos atenemos sólo a la preocupación propia de los politólogos, para el presente tema el análisis de la realidad y la funcionalidad de la enseñanza como factor de socialización, estaríamos desconociendo las particularidades que nuestra Constitución vigente presenta en el más estricto enfoque jurídico. Pero encarar el tema sólo desde esta segunda perspectiva no nos llevaría tampoco a conclusión válida alguna más allá de la constatación de un elemento jurídico constitucional de gran interés pero absolutamente insignificante si permanece en el análisis teórico sin saltar al escenario político en el que han de concurrir la voluntad de planificar y desarrollar políticas educativas y la sensibilización ciudadana sobre la necesidad de las mismas.

En esta aproximación no podemos, pues, sino hacer uso de los diversos enfoques (especialmente de los dos a que nos acabamos de referir) desde los cuales se confluye en una misma idea: si la enseñanza ha tenido siempre, y tiene, incidencia en la consolidación y desarrollo de todo régimen político, en concreto la enseñanza democrática, en libertad y para la libertad, es condición imprescindible para que se consolide el régimen democrático».

la Constitución, la contestación política a la LOECE, a la LODE y a la LOGSE denotan la inexistencia del consenso que las constituyentes aplazaron para mejor momento. La reciente polémica en torno al Decreto de Humanidades confirma la misma conclusión.

Todo lo cual explica la insatisfacción y las dificultades de aplicación que hallan las medidas parciales adoptadas. Por ejemplo, los acuerdos en materia de enseñanza de la religión o los aun más recientes sucesos en torno a la contratación (o no renovación) de profesores de religión católica. Tal vez también todo ello justifique las dificultades que entraña cualquier intento de reforma educativa y probablemente constituya un elemento disuasorio frente a todo intento de extraer consecuencias jurídicas reales del precepto del artículo 27.2 de la Constitución¹⁸.

B) La LOLR, Ley 7/1980, de 7 de julio

Entrando, pues, en los textos legislativos concretos, la LOLR, Ley 7/1980, de 7 de julio¹⁹, nos ofrece el punto de partida y las bases de las que hay que partir desde el punto de vista personal y subjetivo, de los titulares del derecho a la libertad religiosa bien puedan ejercerlo directamente, bien a través de sus padres o tutores. Lógicamente, la cuestión cobra un excepcional interés cuando el ejercicio de una libertad tan directamente ligada a la personalidad como la religiosa ha de contar con el auxilio «procesal» del responsable adulto que cubre la falta de madurez del niño.

Por ello, prefiero en este concreto marco educativo hablar del niño, pues el concepto de menor es excesivamente amplio y excede los términos de esta reflexión, en la medida en que es sujeto que por sí mismo ejerce o puede ejercer sus derechos (y abusar también de ellos) aunque no haya cumplido los 18 años. Baste pensar, en este sentido, que la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor,

¹⁸ Un intento creo que bastante completo e interesante (de obtener y desarrollar todas las consecuencias jurídicas de dicho precepto constitucional) es el que hemos llevado a cabo un grupo de profesores de la Universidad de Valencia cuyos resultados se publicaron en COTINO HUESO, L. (coord.), *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Un análisis jurídico-práctico a la luz de los dictados constitucionales)*, op. cit.

¹⁹ A diferencia del carácter polémico aludido en el texto con referencia a la normativa sobre educación, sobre esta concreta Ley de libertad religiosa, subraya Martín Retortillo su significación como fruto del consenso constituyente que perduraba aún al elaborarse ésta. Cfr. MARTÍN RETORTILLO, L., *La libertad religiosa a los veinte años...*, pp. 167 y ss.

establece en su artículo 2, como principio general, que «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva». Debe subrayarse en particular el artículo 6 en el que se lee lo siguiente: «1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión [...] 3. Los padres y tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.»

Estimo que es importante, a efectos de fundamentar mi tesis, transcribir el artículo 2 de esa Ley Orgánica por cuanto puede considerarse un fiel desarrollo de la libertad religiosa que la Constitución consagra en el artículo 16:

«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:

a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas, o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.

c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica.

2. Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.

3. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.»

La LOLR fija a continuación (art. 3) los límites de la protección del derecho, así como la exclusión de determinadas entidades ajenas a los fines religiosos. En el artículo 4 se señalan las formas procesales de ejercitar el derecho de libertad religiosa. Pero lo que ahora interesa para con-

tinuar con el razonamiento iniciado es centrarnos en la última de las afirmaciones destacadas en la trascripción del artículo 2 de la Ley.

La última frase que he destacado del artículo 2.3 de la Ley es, sin duda, la más comprometida a la hora de establecer criterios para su aplicación. A mi juicio, el legislador, como el constituyente al redactar el Preámbulo de la Constitución, o no imaginaba tan difusa y compleja pluralidad²⁰ con la que hemos abierto el siglo XXI, o actuó con cierta superficialidad llevado, tal vez, de la simple constatación del *statu quo* de 1980. Seguir manteniendo hoy dicho planteamiento positivo obliga a establecer mínimos numéricos de alumnos afectados en cada confesión o, lo que creo que es preferible (pero contradictorio con el precepto), reducir todas las enseñanzas religiosas a un genérico y común programa.

No en vano, consciente de la complejidad del problema en la actualidad y «con el fin de proteger a los menores, la Recomendación 1187 del Consejo de Europa de 5 de febrero de 1992 insta a los Estados a que el programa del sistema general de educación básica comprenda una información concreta sobre las religiones más importantes y sus principales variantes, sobre los principios del estudio comparativo de las religiones y sobre la ética y los derechos personales y sociales»²¹.

En otras ocasiones he defendido la conveniencia de profundizar en el conocimiento de los derechos humanos en general por todos los escolares, incluso sin entrar en su particularizada consideración, sino en los grandes valores y principios que los inspiran: tolerancia, libertad, igualdad, pluralismo, responsabilidad...²². Tal vez no sería inoportuno retomar dicho enfoque que no proporcionaría al alumnado conocimientos religiosos pero sí les llevaría a la convicción de que es necesario respetar todas las religiones y sus manifestaciones (*siempre en el marco del ordenamiento jurídico*).

Otra solución no sólo puede resultar disfuncional para el centro educativo y para el sistema en general sino que, en mi opinión, de querer aplicar «a rajatabla» el último inciso del artículo 2.3 de la LOLR será forzoso entrar también a conocer de los contenidos de cada una de esas enseñanzas reli-

²⁰ Por no citar sino un caso que no ofrece dudas en cuanto a su realidad numérica, baste observar la actualidad de noticias sobre las clases de islamismo.

²¹ MADRIGAL DE TORRES, P., «Síntesis de la Legislación comunitaria sobre derechos y protección social de los niños», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 5, septiembre-diciembre de 1993, Universidad de Valladolid.

²² COTINO HUESO, L. (coord.) *Derechos, deberes y responsabilidades...*, op. cit.

gias para, necesariamente, discriminarlas si no se quiere que el respeto de ese precepto legal comporte en sí mismo difusión de ideas contra la Constitución y el propio sistema democrático. O ¿acaso no existen creencias que chocan abiertamente con los principios constitucionales? Un ejemplo muy simple lo constituye el tratamiento discriminatorio, si no es que vejatorio, de la mujer en algunos casos. ¿Deberán los centros escolares sostenidos con fondos públicos exponer contenidos para justificar la posición absolutamente injusta en que se sitúa a los seres humanos cuando son hembras?

Evidentemente, no (y personalmente me atrevo a decir que tampoco en los centros privados). Pero llama la atención la mal entendida tolerancia con que estas cuestiones son tratadas en los foros públicos democráticos e, incluso, en los textos normativos de todo rango y significación. En lo que a la LOLR se refiere no cabe duda de su buena calidad técnica²³ ni de su respeto con los mandatos constitucionales, tanto en la forma en que dota de contenido al reconocimiento constitucional de la libertad religiosa (como se acaba de ver con la transcripción de su art. 2) como al establecer sus límites aunque, justamente en este aspecto, quisiera introducir alguna salvedad.

Pues, además, algunas interpretaciones que del contenido de la libertad religiosa se han querido hacer son innecesarias para el respeto de la pluralidad religiosa porque ésta no necesita de «acciones positivas». Como en el voto particular a la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001 se recordaba, en la Exposición de Motivos del proyecto de la LOLR se afirmaba que la Constitución Española contempla «las comunidades religiosas como *una realidad anterior a cualquier reconocimiento por parte de la Administración de su personalidad jurídica, que ni la necesitan ni, en muchos casos, tan siquiera desean* para el desarrollo normal de sus actividades propias y el cumplimiento de sus propios fines religiosos».

C) **¿Límites a la libertad religiosa o simple delimitación de su naturaleza y de su ámbito?**

Tal como he advertido, alguna reflexión exige el artículo 3 de la Ley de libertad religiosa. En su primer párrafo se lee que «El ejercicio de los

²³ Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS RELIGIOSOS, *La libertad religiosa en España a los 20 años de su Ley Orgánica*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1999.

derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como *único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales*, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

El reconocimiento no puede ser más claro y los límites más ajustados al principio de interpretación restrictiva de los mismos al quedar situados en torno a tres conceptos (seguridad, salud, moralidad) que, en la medida en que son situados en el ámbito de la sociedad democrática, no cabe temer que resulten restrictivos. La fórmula, por lo demás, es bien conocida por su uso en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y se halla perfectamente interpretada en la jurisprudencia del TEDH.

La cuestión, sin embargo, también podría tildarse de obsoleta en la medida en que la transformación social operada en España desde 1980 nos sitúa ante cuestiones y problemas que superan con mucho las previsiones de la Ley. Ésta pretendió desarrollar los términos en que el legislador entendió que la sociedad y el Estado español debían ser respetuosos con todas las religiones y con las manifestaciones sociales «cotidianas» o usuales de las mismas.

El problema radica hoy en saber si ciertas manifestaciones ubicadas en concretos ámbitos jurídicos (como sería el que en sí mismo constituye el marco normativo de los centros educativos) deben contar con el mismo reconocimiento amplísimo del artículo 2 y con la misma restricción de los límites del artículo 3. Estoy convencida de que se generarán no pocas polémicas en torno a algo que es bien claro aunque la Ley de 1980 no lo pudiera prever para el ámbito educativo, como probablemente tampoco otras normas de desarrollo o incluso convenios con confesiones que, aun firmados más recientemente, tampoco podían contemplar un fenómeno que en sólo unos años ha adquirido dimensiones extraordinarias.

Pero no cabe desconocer que donde sí pudo preverse el problema, al menos en términos generales, sí se estableció la inevitable salvedad constitucional que las más recientes polémicas ignoran (pues de no ser así no se verían alimentadas): los principios constitucionales que informan nuestro ordenamiento jurídico y se imponen a todo ciudadano no pueden dejar de obligar a los inmigrantes residentes en nuestro país por más que pretendan ampararse en la libertad religiosa. El artículo 6 de la LOLR, y

con ello acabo estas breves pinceladas, dispone lo que a continuación transcribo subrayando lo que no podemos olvidar:

«Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquellas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, *sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación*».

IV. EL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPAL REFERENTE EN LA CUESTIÓN PLANTEADA. DECISIONES DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL MÁS RECIENTE: UNA LECTURA CRÍTICA ²⁴

Dos recientes sentencias nos permitirán conocer la última posición del TC sobre el ejercicio de la libertad religiosa en relación con menores y sobre la extensión o contenido de tal libertad. La primera de ellas es la Sentencia 141/2000, de 29 de mayo, por la que el TC otorga amparo al recurrente que alegaba violación de su libertad religiosa en tanto que, como padre y tras la separación matrimonial, había visto su régimen de visitas a sus dos hijos (de 5 y 11 años) restringido parcialmente por la Audiencia Provincial de Valencia (respecto del que se le había impuesto por el Juzgado de instancia) en base a su pertenencia a una supuesta secta cuya incorporación a la misma fue motivo de la previa separación matrimonial.

A) **La Sentencia 141/2000, de 29 de mayo**

De los antecedentes de hecho hay que destacar el número 9 en el que se expone la posición del Fiscal que ya propone se otorgue el amparo

²⁴ Destacaré mediante el subrayado aquellas frases que me resultan preocupantes y que serán de utilidad en el comentario crítico que me propongo hacer, por fuerza breve en esta ocasión.

solicitado: «Arguye el Fiscal que la Audiencia Provincial en particular no tuvo en cuenta la libertad ideológica del recurrente (art. 16 CE), sino que estribó toda su argumentación en el derecho a la educación invocado por la esposa y madre de los menores (art. 27.3 CE), sin ponderar ambos derechos; no examinó la prueba practicada y si sus resultados demostraban efectivamente lo pernicioso de la creencia y de su influencia en los menores, además de que la Audiencia apoyó su fallo en un posible daño futuro, y no sobre la acreditación de un daño real y actual [...].

[...] Concluye el Ministerio Fiscal señalando que los órganos judiciales no han hecho en sus Sentencias, sino sancionar al ahora demandante de amparo con ocasión de sus creencias religiosas, *sin que dicha restricción a su libertad ideológica y religiosa se funde en la acreditación de un daño realmente existente para el desarrollo personal de los menores, sino que parte del riesgo de un daño potencial en su formación [...]*»

La Audiencia Provincial, ante la que la madre apeló la decisión del Juzgado sobre el régimen de visitas, las restringió en el sentido de evitar que los hijos pernoctasen con el padre, en base al informe psicosocial emitido y «[...] con el objeto de prevenir el riesgo de que los menores pudiesen ver alterado su desarrollo personal, considerando a tal efecto insuficientes las medidas acordadas por el Juez de Primera Instancia» (FJ 1).

Curiosamente, ninguno de los dos adultos, partes en el proceso (esto es, el padre y la madre de los niños), alegó derecho o interés alguno de los niños ni, a mi juicio, los tuvo en cuenta el Tribunal Constitucional que se limitó a resolver optando entre uno de los dos derechos constitucionales alegados, respectivamente, por ambos progenitores: la libertad religiosa, alegada por el padre (y finalmente amparada), y el derecho derivado del artículo 27.3 de la Constitución, a mi juicio erróneamente invocado por la madre en la medida en que aducía un precepto y una facultad de la que por igual habrían de poder disponer ambos progenitores. Así, resulta curiosa la argumentación del Tribunal que no parece, en mi opinión, congruente con el fallo:

«[...] constriñéndose la cuestión litigiosa a examinar si el recurrente, dado su *agere licere* constitucionalmente garantizado por el artículo 16.1 CE, debe soportar las limitaciones que el Tribunal de apelación le ha impuesto, que no inciden directamente en sus convicciones, pero sí lo hacen en el estatuto jurídico que de las mismas deriva» (FJ 3). [...] Cuando el artículo 16.1 CE se invoca para el amparo de la propia conducta, sin incidencia directa sobre la ajena, la libertad de creencias dispensa una protección plena que únicamente vendrá delimitada por la coexistencia de dicha

libertad con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias, esto es, no para defenderse frente a las injerencias de terceros en la libertad de creer o no creer, sino para reivindicar el derecho a hacerles partícipes de un modo u otro de las propias convicciones e incidir o condicionar el comportamiento ajeno en función de las mismas, la cuestión es bien distinta [...] (E)l creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del artículo 16.1 CE, que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado [...] (FJ 4).

El Tribunal Constitucional dedica a los menores todo el fundamento jurídico 5 de cuyo razonamiento, sin embargo, no extrae para el caso consecuencia jurídica alguna²⁵. Por ello entiendo que puede afirmarse que el

²⁵ «Desde la perspectiva del artículo 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el artículo 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, *caso Hoffmann*).

En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE). Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en

Tribunal es consciente de los dos parámetros bien distintos que hay que utilizar y aplicar en función de si intervienen, o no, menores en cada conflicto jurisdiccional (quisiera precisar «niños» como era en este caso). Sin embargo, en el fundamento jurídico 6 el Tribunal acoge la tesis del Fiscal basada en la falta de pruebas sobre el daño real y «presente» infligido a los hijos en tanto que la posición de la Audiencia se baso en daños futuros... Veámoslo:

«Esto sentado, debe decirse desde ahora que la desproporción de las medidas adoptadas por la Audiencia Provincial conduce a afirmar que el recurrente ha sido discriminado en virtud de sus creencias y, por lo tanto, a la estimación del amparo. [...] (Pues) los riesgos que para los menores pudieran dimanar de sus creencias habrían sido ya prevenidos con la prohibición, adoptada en instancia, de hacer partícipes de ellas a sus hijos, sin que conste en absoluto que tal prohibición hubiese sido violada, ni siquiera que hubiese riesgo de que lo fuese²⁶.

Por lo tanto, y dado el canon estricto a que deben someterse las restricciones de la libertad de creencias, que comporta la atribución, a los poderes públicos que las impongan, de la carga de justificarlas, ha de concluirse, a falta de tal justificación, que la restricción del régimen de visitas impuesta por la Audiencia Provincial constriñe indebidamente la libertad de creencias del recurrente».

Quien ahora escribe tiene a veces la impresión de que el Tribunal Constitucional juzga con parámetros distintos a la jurisdicción ordinaria; lo que es lógico, pues a ello debe su propia existencia. Ahora bien, el hecho de que los recursos de amparo tengan por objeto defender un concreto derecho en un caso determinado puede en ocasiones hacer que se pierda la perspectiva más amplia que sí está obligado, y habituado, a tener

desarrollo de lo dispuesto en el artículo 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores [...]

Por lo tanto (concluye el FJ 5), [...] el sacrificio de su libertad de creencias impuesto al recurrente por la Sentencia de la Audiencia Provincial que aquí se impugna, obedeció a una finalidad constitucionalmente legítima. Estamos ante una limitación de la libertad de creencias de un padre, consistente en una restricción adicional del régimen de visitas que, al hallarse dirigida a tutelar un interés que constitucionalmente le está supraordenado no resulta, desde la perspectiva de su finalidad, discriminatoria» (FJ 5).

²⁶ El Juzgado acordó un régimen de visitas que permitía al padre, solicitante del amparo, tener a sus hijos durante la mitad de las vacaciones y durante fines de semana alternos, con la única prohibición ya indicada, mientras que la Audiencia, al impedir que pernoctaran con el padre, le permitía tenerlos en estancias «diurnas».

el juez ordinario. En el caso presente creo que la decisión de la Audiencia era más ajustada a Derecho que la del Tribunal Constitucional. Si al Alto Tribunal lo vemos en la STC 46/2001 (*vide infra*) aplicar la cláusula de progreso del artículo 9.2 CE a la inscripción registral de las confesiones, por fuerza ha de extrañar a quien ahora escribe que haya hecho caso omiso del artículo 11.2 de la LO 1/1996²⁷ en el que se lee lo siguiente:

«Serán los principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: a) la supremacía del interés del menor, b) el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen [...] ²⁸ d) la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.»

B) Valoración crítica de la Sentencia 141/2000

Ciertamente, la Sentencia 141 del 2000 no admite reproche en términos jurídicos estrictos. La lectura del último Fundamento Jurídico parcialmente transcrito parece más bien una acertada solución en el ámbito del *derecho sancionador* y, desde la perspectiva del derecho invocado, resulta ajustada su reposición. En este sentido, no es improbable que el recurrente sintiera el peso de la decisión de la Audiencia como una auténtica sanción discriminatoria, pero es lo cierto que no se está ante un procedimiento sancionador. Además, se echa de menos en la sentencia un mayor y más ajustado razonamiento en torno al interés de los menores, a la especial debilidad de los mismos en lo que a capacidad de discernir se refiere y, por consiguiente, a la necesidad de adoptar respecto de ellos y de su libre desarrollo personal criterios de carácter preventivo.

Soy consciente, al hacer estas afirmaciones, de que en una democracia no caben medidas preventivas que pudieran restringir los derechos fundamentales cuyo enjuiciamiento sólo puede producirse *a posteriori* y, por consiguiente, con carácter represivo. Pero afirmo que debe exceptuarse, o al menos tener presente la posibilidad de aplicar criterios represivos siempre que se halle en juego el desarrollo de la personalidad de los

²⁷ Cuya aplicación, sin duda, evitaría serios problemas que con posterioridad se pretende que resuelva el tratamiento psicológico.

²⁸ Que sin duda para el caso de autos pudo tener una aplicación, puesto que de esquemata mentales y de comportamientos entendidos como «medio de origen» se trataba, pues, en última instancia, es el padre quien decidió cambiar radicalmente su modo de ver la vida.

seres humanos y su respeto a la dignidad ajena (y también a la propia, aspecto éste que se suele olvidar con facilidad), sin lo cual difícilmente se podrá sostener el sistema diseñado por la Constitución.

Naturalmente que la posibilidad de restricciones de los derechos fundamentales ha de interpretarse restrictivamente y que sólo tras el daño efectivo cabe la restricción (aunque en no pocas ocasiones he defendido que no me explico cómo un derecho fundamental personalísimo pueda generar daño alguno a un tercero²⁹); pero lo que en esta sentencia y en otras en que intervienen niños se juzga no es propiamente un derecho personalísimo (como lo sería la dimensión interna de la libertad religiosa) sino una libertad pública: las manifestaciones externas que la libertad religiosa tiene y puede tener sobre terceros por efecto de la lógica facultad del titular del derecho de hacer proselitismo.

Y llegados a este punto, me pregunto si cabe el proselitismo con niños inmaduros a los que ya se ha iniciado en otro tipo de creencias. Es cierto que el Tribunal reprocha a la Audiencia aspectos procesales garantistas en forma que, como he dicho, es jurídicamente impecable; pero si había de resolver por esta vía sobraba toda referencia a los menores³⁰, pues una vez hecha, no puede pasarla por alto sin una mayor y mejor ponderación.

Y, sobre todo, encuentro extraordinariamente peligroso que, con referencia a menores-niños acoja el Tribunal la idea del daño no probado y futurible como si los eventuales daños a los niños se produjeran en unas horas o unos meses y como si ignorara que ciertos daños, si los hay, ya no tiene sentido repararlos con posterioridad.

C) La Sentencia 46/2001

Más reciente aún, la Sentencia 46/2001 resulta también de interés ahora, pues aunque no se halle directamente relacionada con la enseñanza y, por consiguiente, con el libre desarrollo de la personalidad de los menores, que constituye ahora el objeto nuclear de esta reflexión, sí permite, sin embargo, contraponer dos distintas concepciones del ejercicio y contenido de la libertad religiosa en sus manifestaciones externas (permitiéndonos complementar la idea ya formulada con ocasión del comen-

²⁹ *Supra* ya he remitido, sobre mi particular visión del sistema de derechos, a mi libro *Estudio sobre las libertades*, Valencia, Tirant Lo Blanc, 1995.

³⁰ Que *supra* hemos reproducido, en parte, en nota a pie.

tario a la sentencia precedente): de una parte, la concepción defendida por la decisión mayoritaria y, de otra, la defendida en el Voto Particular que, creo, es la interpretación con que deberíamos resolver las cuestiones en las que las manifestaciones externas de la libertad religiosa e ideológica hayan de ser ponderadas con intereses de los menores y, especialmente, con el establecimiento de todas las bases educacionales que han de fomentar el libre desarrollo de la personalidad.

a) LA DECISIÓN MAYORITARIA DEL TC

En efecto, de la decisión mayoritaria destacaremos algunas expresiones para ser contrapuestas con las del Voto Particular, a mi juicio más acertadas. De aquélla comparto plenamente algunas afirmaciones obvias como las siguientes: «El artículo 16.1 CE garantiza la libertad religiosa y de culto “de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Este reconocimiento de «un ámbito de libertad y una esfera de *agere licere* [...] con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales» (SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre) se complementa, en su dimensión negativa, por la determinación constitucional de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias» (art. 16.2 CE).

«Ahora bien, el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues cabe apreciar una *dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el artículo 2 LOLR...* (S 46/2001, FJ 4)».

Si hasta aquí el razonamiento es claro, continuar ese razonamiento que hemos subrayado con las siguientes palabras «[...] y respecto de las que se *exige a los poderes públicos una actitud positiva*, desde una perspectiva que pudiéramos llamar *asistencial o prestacional*, conforme a lo que dispone el apartado 3 del mencionado artículo 2 LOLR, [...]», creo,

sencillamente, que es operar una mutación en la naturaleza, finalidad y estructura del derecho a la libertad religiosa constitucionalmente reconocido situándolo en un peligroso terreno que le es ajeno.

Al deducir estas consecuencias de la Ley Organica de Libertad Religiosa no sé si el Tribunal está interpretando ésta según la Constitución o a la Ley Fundamental segun la Ley Orgánica aunque creo que del apartado 3 del artículo 2 no cabe deducir consecuencias como las que se han extraído, ni de ella ni de la DUDH, a la que tambien invoca el Alto Tribunal³¹. Así, se lee en el fundamento jurídico 7:

«A tal efecto, hemos de destacar que la articulación por el legislador orgánico, en desarrollo del derecho fundamental concernido, de un sistema de registro como el instaurado por el artículo 5 de la Ley Orgánica 7/1980, ha de situarse en el adecuado contexto constitucional: *a)* de una parte, el que surge del propio artículo 16 CE, conforme al cual el Estado y los poderes públicos han de adoptar ante el hecho religioso una actitud de abstención o neutralidad, que se traduce en el mandato de que ninguna confesión tenga carácter estatal, contenido en el apartado 3, inciso primero, de dicho precepto constitucional; y *b)* el que hunde sus raíces en el artículo 9.2 del texto constitucional [...]

Pues bien, [...] el específico *status* de entidad religiosa que confiere la inscripción en el Registro no se limita al indicado ámbito interno, a través del reconocimiento de una capacidad de autoorganización del sujeto colectivo, sino que se proyecta también en una vertiente externa, en el sentido de que las concretas manifestaciones que, en el ejercicio del derecho fundamental, realicen los miembros del grupo o comunidad inscrita, se vean facilitadas, de tal manera que se permita el ejercicio colectivo de la libertad religiosa con inmunidad de coacción, sin trabas ni perturbaciones de ninguna clase.»

Así, en el ámbito de la protección penal, el artículo 522 del Código Penal tutela con carácter general al miembro o miembros de una confesión religiosa, como sujeto pasivo individual, frente a «los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan [...] practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos [...]»

³¹ «En este sentido, y a los fines de nuestro enjuiciamiento, resulta de interés recordar la interpretación del artículo 18.1 de la Declaración Universal que el Comité de Derecho Humanos de Naciones Unidas ha plasmado en el Comentario General de 20 de julio de 1993, a cuyo tenor, dicho precepto “protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia; los términos creencia o religión deben entenderse en sentido amplio”, añadiendo que “El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones o creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales”» (S 46/2001, FJ 4).

Deducción que, a mi juicio, nos llevaría a pasar al grupo de los derechos prestacionales todos aquellos que obtienen protección del ordenamiento que lógicamente hoy son todos... Y, lo que es mas grave, se lleva a cabo una confusión conceptual de graves consecuencias, pues de la inscripción registral se extraen derechos o facultades de carácter externo para la manifestación de la libertad religiosa (cosa que no es así por cuanto el contenido esencial de la libertad lo es con registro o sin él) que, además, parece como que debe facilitar el Estado (no se comprende muy bien la invocación del art. 9.2 de la Constitución). Cuando, en realidad, el registro lo que permite o debe permitir es el conocimiento y estado social y jurídico de las diversas confesiones en España al objeto de poder dar cumplimiento a los mandatos constitucionales, tanto en lo que se refiere a las relaciones institucionales y al conocimiento del estado social de las creencias religiosas como en lo que se refiere a la exigencia de que todas ellas respeten y se sometan al ordenamiento jurídico.

«[...] Del mismo modo, se lee también en la sentencia, la inscripción en el Registro de una confesión o comunidad religiosa reclama de los poderes públicos no sólo una actitud de respeto a las creencias y prácticas de culto propias de aquélla, dispensándoles la oportuna protección, sino que también les exige, como señala el apartado 3 del artículo 2 LOLR, y para “la aplicación real y efectiva de estos derechos”, es decir, de los derivados del ejercicio individual o colectivo del derecho fundamental a la libertad religiosa, una *actuación de significado positivo, a cuyo efecto «adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos»*³².

En el fundamento jurídico 11 el Tribunal entra en la consideración de lo que llama el «límite» de la libertad religiosa³³: «en cuanto “único lími-

³² La autora cree que por este camino igual habrá que acabar ofreciendo remuneración personal a quienes asistan a clase de su propia religión para promover su estudio y reflexión.... Lo que probablemente nos llevaría a una redefinición del Estado y así sucesivamente....

³³ En mi libro *Estudio...*, ya citado, y en otras publicaciones menores he defendido que la teoría de los límites no es la mas apropiada para analizar los derechos fundamentales sino la de su propio contenido o ámbito que queda delimitado por los intereses y valores que, por expreso deseo del constituyente, constituyen «fronteras» de dicho ámbito.

te” al ejercicio del derecho, el orden público³⁴ *no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos*³⁵, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad³⁶. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, *sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para “la seguridad, la salud y la moralidad pública”*, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto [...].».

b) VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA 46/2001

Por todo lo dicho hasta ahora, creo que es mucho más acertado el Voto Particular presentado por el Magistrado Jiménez de Parga y, sobre todo, más ajustado a una interpretación integral e integradora del ordenamiento constitucional; respetuosa, eso sí, con los derechos fundamentales y las libertades públicas pero sin restarles la propia autonomía y esencia que todos y cada uno de ellos han de tener. En particular para la libertad religiosa el Voto hace un esfuerzo de distinción y análisis que creo es necesario siempre que nos encontramos ante cualquier derecho fundamental que nunca puede ser globalmente considerado (con las habituales afirmaciones genéricas) sino situado en el contexto real en que se ejercita en cada momento. El párrafo merece ser recordado ahora que se invocan agravios comparativos con la enseñanza religiosa católica por parte de confesiones recién instaladas entre nosotros. Así, se lee:

³⁴ «El ejercicio de la libertad religiosa y de culto, como declara el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, en absoluta sintonía con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, “tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”».

³⁵ Si esto es así como queda afirmado, la duda que se plantea a la autora es si acaso el interés y protección del menor no forma parte del orden público y si, siendo ello así, nunca va a aplicarse ninguna medida preventiva a favor de los menores, en cuyo caso huelgan todas las iniciativas que pretendan regular la educación en los términos del artículo 27.2 de la Constitución que debería tenerse por no puesto, bastando con que cada familia o confesión de cualquier tipo enseñe lo que quiera, incluso la intolerancia.

³⁶ Como puede verse, las ambigüedades conceptuales no pueden ser más peligrosas.

«En el bloque de constitucionalidad integrado por el artículo 16 CE y la LOLR, se establecen tres niveles de protección estatal de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas. El más alto nivel es el otorgado a la Iglesia Católica (única mencionada expresamente en el texto constitucional) y a las Confesiones que firmen Acuerdos de Cooperación con el Estado (hasta ahora, los aprobados por Leyes de 1992 concernientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, a la Federación de Comunidades Israelitas y a la Comisión Islámica de España). Un segundo nivel de protección estatal lo obtienen las entidades religiosas inscritas en el correspondiente Registro público del Ministerio de Justicia. Por último, se reconoce y tutela por los poderes públicos la libertad religiosa de los individuos y las Comunidades que existan en España sin estar inscritas en el Registro del Ministerio de Justicia.»

Tras lo cual, y con ocasión del concreto conflicto planteado en este caso, se entra en lo que realmente debe ser el ámbito constitucionalmente protegido para el ejercicio de la libertad religiosa. Y, aquí, suscribo plenamente (y por mi parte subrayo alguna de ellas) las siguientes expresiones del Voto Particular:

«2. La inscripción registral no forma parte del contenido esencial del derecho de libertad religiosa.

La LOLR expresa en términos claros, con una enumeración detallada, el contenido de la libertad religiosa y de culto. En esta enumeración no se incluye la inscripción de las Comunidades, Confesiones o Iglesias, en el Registro público del Ministerio de Justicia [...]

[...] Yo considero, [...] que si el derecho a la inscripción registral formase parte del derecho de libertad religiosa, se habría designado así en la larga y detallada enumeración del artículo 2 (antes transcrito) de la LOLR. Este precepto, hay que recordarlo, comienza del siguiente modo: “La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende [...]”. El derecho a la inscripción en un Registro oficial no está incluido. Según la Exposición de Motivos del proyecto de la LOLR, antes citada, las entidades religiosas se sitúan al margen y por encima de cualquier Registro oficial de ellas. No necesitan la concesión estatal de personalidad jurídica.»

Esto sin perjuicio de que existan diversos tratamientos jurídicos para distintas situaciones, dirá el Magistrado discrepante. Y me permito añadir que así es como, por lo demás, ocurre en situaciones en que se hallan en juego otros derechos; p. ej., el de libertad de expresión que tiene regulaciones bien distintas en el caso de que utilice como soporte la prensa, la televisión, etc., o la libertad de cátedra, que no se aplica por igual a todos los grados de la enseñanza y no tiene, por ello, por qué desnaturalizarse con interpretaciones extrañas, etc. Por ello, sigo creyendo acertadas las siguientes consideraciones del voto particular:

«No creo que “la aplicación real y efectiva” de los derechos comprendidos en el de libertad religiosa haya que reservarla a los fieles y Comunidades de las enti-

dades inscritas [...] Se trata de unos derechos, en suma, de las Iglesias, Comunidades y Confesiones religiosas, tanto si figuran inscritas en el Registro como si no constan en él.

La libertad religiosa –quiero repetirlo– no es solamente un derecho que los poderes públicos deban respetar al aplicar la Constitución. La libertad religiosa es uno de los principios constitucionales, anteriores a la Constitución y que están, como tales principios, en la base del Ordenamiento constitucional [...]

Tal libertad de religión queda menospreciada si se vincula su disfrute, real y efectivo (art. 9.2 CE) a la inscripción de las Iglesias, Comunidades o Confesiones en un Registro oficial.»

V. APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A LA NUEVA REALIDAD SOCIAL

Con todos los elementos apenas aludidos cabe concluir que entre nosotros la cuestión está apenas planteada y la resolución de los muchos problemas que en un futuro próximo se nos habrán presentado pasa por la aplicación de la jurisprudencia del TEDH ya consolidada, pero cuya integración en la española requiere un mejor y más profundo conocimiento de cada uno de los ordenamientos jurídicos sobre los que, en diversos asuntos, ha debido ir resolviendo el Tribunal Europeo.

Más aún, considero que la jurisprudencia del Tribunal español, que hasta ahora, como expuse en el epígrafe precedente, ha resultado algo errática, deberá hacer un esfuerzo por clarificar el marco constitucional en el que han de hallarse las soluciones para el ejercicio de la libertad religiosa de los menores sin que se vea afectado el principio de unidad y eficacia que debe presidir la actividad de todo centro escolar, así como las soluciones para el conflicto, sin duda más delicado, que podrá plantearse entre la libertad religiosa de los padres o tutores y sus manifestaciones externas a través de la elección de la enseñanza para los menores que se hallan bajo su custodia y los propios valores constitucionales que obligan a preservar el libre desarrollo de la personalidad del menor.

Pero en todo caso, y sin que haya en absoluto corporativismo en mi afirmación, he de recordar la necesidad de que el enfoque constitucional presida la búsqueda de soluciones e incluso el establecimiento de los objetivos y de los contenidos curriculares. Me explico. La cuestión del multiculturalismo y de la convivencia de distintas religiones en los centros escolares, lejos de constituir sólo polémica de extraordinaria actualidad en la que toda la opinión pública se halla implicada, es también motivo de estudio y atención multidisciplinar como lo prueba la nutrida

bibliografía que hoy existe ya sobre el tema. Ciertamente el problema requiere de muy diversos enfoques y en la aplicación de las propuestas y soluciones otras disciplinas van a tener que contribuir de manera decidida y decisiva, mucho más de lo que los juristas puedan hacer, que en la educación será poco o nada.

Ahora bien, la multitud de ideas, consideraciones y propuestas, así como los instrumentos y técnicas de naturaleza pedagógica, no pueden seguir formulándose en un progresivo acúmulo de intentos e intenciones en los que las variables sugieren docenas si no es que miles de soluciones prácticas³⁷. Éstas son extraordinariamente útiles, y según he dicho, acabarán siendo los instrumentos reales de socialización de la tolerancia y del respeto mutuo; pero hay una labor previa absolutamente necesaria y que sólo compete al constitucionalista, y a los juristas en general, y es la de determinar el marco constitucional en cuyos márgenes han de realizarse las propuestas y aplicarse las técnicas de solución.

En este sentido, y antes de retomar algunas ideas ya avanzadas en epígrafes anteriores sobre las consecuencias que para estos problemas deberían extraerse del artículo 10.1 de la Constitución, tal vez valga la pena recordar que, a la hora de intentar nuestros operadores jurídicos una aplicación de la cláusula de progreso del artículo 9.2 de la Constitución (tal como ha hecho la sentencia del TC de la que no he rehuido la crítica que me parece tan merecida), deberían tener presente que ya el legislador ha desarrollado o hecho la interpretación directa de ese precepto contenido en el artículo 9.2 a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor que es, sin embargo, la que el TC ha desconocido. No en vano su naturaleza orgánica y su carácter de ley especial y por ello de aplicación en cuantos conflictos puedan presentarse en torno a la cuestión que ahora nos ocupa, representa un parámetro de interpretación insoslayable para los operadores jurídicos.

En efecto, entre los principios rectores de la acción administrativa establece el artículo 11 de la Ley, en su párrafo 2, que «serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: a) la

³⁷ Entre las muchas publicaciones recientes baste recordar algunas significativas del carácter multidisciplinar de la cuestión: JULIANO, D., *Educación intercultural. Escuela y minorías étnicas*, Madrid, Eudema, 1993; ILLÁN ROMEU, N. y GARCÍA ROMEU, A., *La diversidad y la diferencia en la educación secundaria obligatoria: Retos educativos para el siglo XXI*, Málaga, Ed. Aljibe, 1997.

supremacía del interés del menor [...] c) su integración familiar y social [...] f) promover la participación y la solidaridad social [...]».

Tampoco resulta vano, por ello, recordar que estamos planteando la cuestión de la libertad religiosa en el marco del sistema educativo a raíz de la presencia en España de múltiples grupos sociales derivada del fenómeno inmigratorio. En última instancia, el protagonista anónimo de esta reflexión no es sino el menor inmigrante³⁸ o, según ya he manifestado en varias ocasiones mi preferencia terminológica, el niño inmigrante.

Llegados a este punto es obvio que las futuras reflexiones sobre el tema necesariamente, en mi opinión, habrán de entrar en disquisiciones que ahora no son del caso: temporalidad o no de la estancia de la familia del menor y, por consiguiente, necesidad de una preparación que le facilite su posterior integración como adulto en la sociedad española, selección en función de ello de contenidos más generales referidos a los principios básicos y universales de los derechos humanos o, por el contrario, una mayor profundización en los valores, costumbres, pautas de comportamiento asentadas en la sociedad en que se ha de insertar el aún menor, etc.

Pero, en cualquier caso, lo que no puede seguir desconociendo el sistema educativo español ante este fenómeno que es ya una realidad irreversible, es el sistema global que nuestra Constitución diseña de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Ello supone que el Título primero de la Constitución ha de ser interpretado no sólo, como ya resulta tópico recordar, de conformidad con la Declaración Universal y los tratados internacionales sino también de conformidad con el Título preliminar de la Constitución y con los principios y valores que en éste y en el propio Título primero se contienen. Concluiré, por tanto, con un breve recordatorio de las ideas que he ido apuntando a lo largo de este trabajo para cerrar así una línea de pensamiento que ha ido deslizándose en el mismo sin que muchos de sus elementos no hayan podido sino apuntarse.

A) Libertad y libertades a la luz del artículo 10 de la Constitución

En coherencia con mis trabajos anteriores, algunos ya citados, sólo recordar ahora que todo operador jurídico debería tener presente, a la

³⁸ Un amplio estudio sobre la materia ha sido realizado por ELÍAS MÉNDEZ, C., «La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional», Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

hora de resolver los futuros conflictos que se nos plantearán en el marco de la cuestión estudiada, la distinción entre los derechos fundamentales personalísimos y que no tienen incidencia externa sobre los derechos ajenos, y lo que denomino libertades públicas que por su propia naturaleza y funcionalidad están llamadas a exteriorizarse y por ello a concurrir en el ordenamiento jurídico con otros derechos y otros titulares. Para el caso concreto que ahora se estudia, ello se reflejaría en lo que habitualmente se conoce como faceta negativa o pasiva de la libertad religiosa (que por ser derecho *personalísimo* no puede tener restricción alguna en el sentido de que no requiere delimitación por parte del ordenamiento jurídico ya que se manifiesta en ámbitos de *privacidad*, si no es que de *intimidad* del sujeto titular) y su faceta activa o de ejercicio exterior del culto, proselitismo, enseñanza, etc., cuyas manifestaciones, al constituir una libertad pública, se hallan sometidas a la delimitación que por el ordenamiento jurídico se les impone a fin de que no supongan menoscabo de otros derechos y libertades igualmente protegidos por la Constitución.

Es obvio que, planteada la cuestión en el marco educativo, será extraordinariamente útil tener presente que nos hallaremos siempre ante cuestiones que nos serán planteadas por la libertad religiosa entendida como libertad pública. Pero la cuestión resulta más complicada en la medida en que no siempre estaremos ante menores con madurez suficiente para ejercer por sí solos en su centro escolar la libertad religiosa, sino que la cuestión quedará planteada en muchas ocasiones respecto de niños cuyos padres o tutores ejercerán las facultades que les reconoce el artículo 27.3 de la Constitución española. En tal caso, deben entrar en liza, a mi juicio necesariamente, los elementos del artículo 10.1 de la Constitución que más arriba he destacado como los más descuidados por nuestra doctrina y jurisprudencia citada y a los que ahora con brevedad me referiré.

a) LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Centrada, pues, la cuestión en *el niño inmigrante*, más que en el menor inmigrante, la referencia al libre desarrollo de la personalidad que no sólo se contiene en el artículo 10.1 sino también en la definición del contenido y la finalidad de la educación tal y como se consagra en el artículo 27.2 CE, obligará a no pocas consideraciones de carácter preventivo que inicialmente pueden resultar llamativas para los juristas más formalistas, pero sobre las que ya se han pronunciado el TC y el TS en

las sentencias conocidas como *Niños de Dios* en que la Generalidad de Cataluña defendió ante los mismos la necesidad de que se limitaran las facultades de los progenitores en orden a la educación de los niños, con el fin de evitar que, al llegar a ser adultos, sufrieran serias dificultades de integración en la sociedad en que vivían. No insistiré más en las muchas ocasiones en que un grupo de profesores de la Universidad de Valencia ha defendido la funcionalidad jurídica y real del ignorado artículo 27.2³⁹.

Ya en esos trabajos⁴⁰ quedó planteada la posibilidad de que, tal como había apuntado el profesor A. Fernández Miranda, el artículo 27.2 CE contuviera en el ordenamiento constitucional español la única manifestación de democracia beligerante, en el sentido de que siendo nuestra Constitución un texto abierto en el que caben todas las manifestaciones de libertad sin más limitación que la represiva derivada de la incursión en tipos penales, ello sin embargo, el precepto del artículo 27.2 permitía excepcionalmente hablar, también en nuestro caso, de democracia activa, beligerante o «exigente» de concretos comportamientos en el sistema educativo que inevitablemente delimitarían el principio de libertad que lo preside.

b) EL ORDEN POLÍTICO Y LA PAZ SOCIAL

La referencia que acabo de hacer al concepto de libertades públicas y su necesaria inserción en el ordenamiento jurídico nos permite recordar una vez más que incluso los derechos fundamentales no tienen efectividad ni eficacia jurídica sin su integración en el ordenamiento jurídico global. No desconozco sin embargo la diferencia entre éste y la significación del orden político y la paz social, aunque, en última instancia, les una el objetivo común de una convivencia ordenada y respetuosa. Procede por ello que con brevedad retome algunas de las anteriores consideraciones sobre estas dos últimas expresiones del artículo 10.1 de nuestra Constitución y, de modo muy especial, la última de ellas.

³⁹ Especialmente en la publicación colectiva coordinada por COTINO HUESO, L., *Derechos, deberes...*, cit., y en particular las colaboraciones que en la misma se contienen del propio coordinador (capítulo 4 de la Primera Parte y capítulo 3 de la Segunda Parte), así como de ELÍAS MÉNDEZ, C. (capítulo 2 de la Tercera Parte y la Cuarta y última Parte).

⁴⁰ Con carácter monográfico e incluso anterior al libro citado. En nota anterior SÁNCHEZ FÉRRIZ, R. y JIMENA QUESADA, L., *La enseñanza de los derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1995.

El profesor Ruiz-Giménez⁴¹, junto a la polémica suscitada en la Constituyente sobre estos términos, nos recuerda el carácter legitimador que para el ejercicio de todo poder público tiene la promoción de la paz intrínsecamente ligada a la idea de bienestar general. Hubo ciertamente la preocupación de que el adjetivo social encubriera el reconocimiento de la injusticia social, pero «no por suprimir la referencia a la paz social se eliminaba la dolorosa realidad de los conflictos interclasistas, ni por mantenerla se desvirtuaba la conexión inescindible entre paz y justicia [...]». Pero también advierte el respetado profesor de un sentido más amplio de la expresión, pues «sin utilización primordial de cauces pacíficos –los del ordenamiento jurídico basado en los valores de libertad, igualdad y solidaridad– para una eliminación gradual de las violencias privadas o colectivas, no hay posibilidad de alcanzar una verdadera convivencia democrática»⁴².

Es en este amplio marco de la convivencia democrática, y necesariamente pacífica, en la que entiendo la necesidad de educar en valores, educar para el respeto de los derechos humanos ajenos y, en consecuencia, la necesaria delimitación del ejercicio de la libertad religiosa de los padres en el ámbito escolar que no puede conllevar la enseñanza de valores o costumbres y convicciones culturales que con el tiempo conduzcan a los futuros adultos a la intolerancia o al desconocimiento de valores constitucionales, sin los que difícilmente se produce la integración social plural. En este sentido, bastará ahora con recordar que el título de la Ley 4/2000 reformada por la 8/2000 no queda referido sólo, como en la legislación anterior, a los derechos y libertades de los extranjeros sino también, a su integración social y que ésta no puede entenderse limitada a la inserción en el mundo laboral.

VI. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: UNA IMPORTANTE NOVEDAD DE LA LEY 8/2000. LA DEMOCRACIA BELIGERANTE EN EL SISTEMA EDUCATIVO

Justamente junto con lo hasta ahora expuesto con tanta brevedad en los epígrafes anteriores, podemos detener nuestra atención sobre la Ley

⁴¹ *Op. cit.*, pp. 108 y ss.: «Por encima de sus impulsos de agresividad no negados y de sus conflictos con el contorno social en que se mueven, los seres humanos –mujeres y hombres– anhelan la paz...»

⁴² *Op. cit.*, p. 110.

de Extranjería vigente que ha venido a hacer realidad ese indicio de democracia beligerante que antes hemos apuntado de la mano del profesor Fernández Miranda. La nueva normativa española de extranjería establecida mediante la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social (LO 4/2000), reformada a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (LO 8/2000), introdujo una importante referencia para la delimitación de la libertad de conciencia y de su ejercicio en el ámbito escolar. En concreto el artículo 3.2 de la LO 4/2000, a cuyo tenor:

«Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.»

En lo que afecta a los extranjeros menores, otro aspecto positivo introducido mediante la LO 8/2000 ha consistido en configurar la educación no sólo como derecho, sino asimismo como deber, en el apartado 1 del artículo 9: «Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y *deber* a la educación en las mismas condiciones que los españoles». Esta adición reviste un alcance nada desdeñable, desde el momento que puede ponerse en conexión con el artículo 3.2 LO 4/2000. ¿En qué sentido? Cabalmente, si unos padres se negaren a escolarizar a su hijo menor extranjero alegando convicciones propias, estarían justificando la realización de actos o conductas contrarios a las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros (en el sentido del art. 3.2), y más precisamente contravendrían el citado deber de ellos y del correlativo derecho de los hijos contemplados en el también mencionado artículo 9.1⁴³.

⁴³ ELÍAS MÉNDEZ, C., *Tesis doctoral*, ya citada. «Ahora bien, esa obligación de escolarizar a los menores puede contar con determinadas excepciones justificadas en el ejercicio legítimo de la libertad de conciencia: así, si acudimos al Derecho comparado, comprobaremos que ese deber se ha conciliado con la existencia de diversas conmemoraciones religiosas que pueden dar lugar a determinadas autorizaciones de ausencia individual, por ejemplo el sábado, «día del Shabbat», si ello no resulta incompatible con el seguimiento o la marcha normal de los estudios (cfr. el caso *Koen* y el caso *Consistoire des israélites de France*, ambos resueltos mediante sentencia del Consejo de Estado francés de fecha 14 de abril de 1995).

El cambio de filosofía o de voluntad política me parece digno de resaltar en la medida en que introduce nuevas perspectivas y criterios de interpretación de conflictos que sin duda contribuirán a una progresiva y real integración social de los grupos inmigrantes. Y ello además es extraordinariamente importante porque, aunque en este trabajo nos hayamos centrado en la reflexión sobre los problemas que pudieran derivar del fenómeno migratorio, no es menos cierto que esos mismos problemas, a mi juicio derivados de la falta de aplicación de la norma constitucional contenida en el artículo 27.2, ya han quedado planteados en España desde años atrás con el establecimiento de centros escolares o de disciplinas sobre las que existen serias dudas de que hayan respetado los valores y el contenido del artículo 27.2.

Algunos problemas actuales de violencia juvenil en determinadas zonas del país es probable que hubieran podido paliarse de haber aplicado dicho precepto en los términos en que se haya previsto: en tanto que siendo sus destinatarios niños sin la suficiente madurez emocional y mental, todos los ciudadanos, pero especialmente los poderes públicos (art. 9.1 CE), estamos obligados a procurar la socialización democrática.