



Universidad Complutense de Madrid  
Facultad de Derecho

## Familia y libertad religiosa

Rafael Palomino  
Universidad Complutense

### I. Introducción.

El objeto de este breve estudio es dar cuenta de cómo el Derecho canónico concibe y desarrolla la libertad religiosa de la familia. Junto con ello, se explica igualmente dos cuestiones concomitantes y externas al propio Derecho canónico. Dichas cuestiones son: la titularidad del derecho de libertad religiosa por parte de la familia y la disgregación de la libertad religiosa en el enfrentamiento de las posiciones adoptadas por sus miembros (los de la familia) ante los tribunales del un Estado.

### II. Un apunte previo acerca del concepto de familia en el Derecho canónico.

Como no podía ser de otro modo, la antropología que subyace al Derecho canónico remite a un concepto de familia que tiene sus raíces en la ética social cristiana.

En su concepto pleno, familia<sup>1</sup> es la sociedad constituida por la unidad conyugal de un varón y de una mujer en cuanto tales, y por la unidad de éstos con sus hijos. [L]a familia está caracterizada por una forma específica de vivir la diferencia de género (que implica la sexualidad) y las obligaciones entre las generaciones (que implica el parentesco). Sexualidad y parentesco “son las dos dimensiones a partir de las cuales la familia sigue criterios de diferenciación propios, que la distinguen de otros grupos primarios (por ejemplo, formas de convivencia basadas en la amistad) (...) la familia surge por impulsos internos, que no pueden reducirse a fuerzas externas o a motivos propios de otras esferas de relación (como los sentimientos, la utilidad, la autoridad o el poder, la búsqueda del sentido último de la vida), aunque estas fuerzas y causas externas se mezclan con los motivos que la originan”<sup>2</sup>.

Más específicamente, en la familia se produce un encuentro entre sociedad conyugal y sociedad paterno-filial. La conyugalidad aparece como una nota explícita o característica, que sirve normalmente al Derecho para

---

<sup>1</sup> A. MILLÁN-PUELLES, *Léxico Filosófico*, Rialp, Madrid (2002), pp. 292 y ss.

<sup>2</sup> P. DONATI, *Manual de sociología de la familia*, Eunsa, Pamplona (2004), p. 12

detectar como jurídicamente relevante un tipo de unión estable que se conoce comúnmente como matrimonio. La conyugalidad parece definida por dos notas. Por un lado, “(1) se trata de una amor de amistad entre un hombre y una mujer que constituyen mediante el don recíproco de sus personas un «nosotros» único e insustituible, el cual (2) se sirve del vínculo afectivo sexual para su nacimiento, subsistencia y perfección”<sup>3</sup>.

La conyugalidad, para ser matrimonio, exige un “momento perfectivo que consiste en su «institucionalización» (...) es decir, su objetivación o independencia total con respecto a la voluntad actual y fluctuante de los cónyuges”<sup>4</sup>. Tal momento perfectivo e institucional nos remite al matrimonio como vínculo monogámico y heterosexual, que se constituye a través del intercambio de consentimiento entre las partes, mediando una regulación jurídica por parte de la sociedad, regulación que sitúa tanto al matrimonio como a la familia en el sector de relevancia pública. En virtud de dicha relevancia no es posible abandonar su regulación a la autonomía privada de las partes.

Las relaciones entre los miembros de la familia se fundamentan sobre la igualdad fundamental de los cónyuges y la potestad de los padres sobre los hijos, potestad que debe ejercitarse en interés de estos últimos<sup>5</sup>.

La familia “puede asumir —y de hecho ha asumido— conformaciones y finalidades muy distintas según las culturas, los momentos históricos o la voluntad particular de la pareja. En este sentido, hablando siempre desde una perspectiva *puramente sociológica*<sup>6</sup>, la familia fundada en el amor conyugal (institucionalizado con el matrimonio) es una más entre las muchas variantes posibles de la familia basada en la «vida en pareja». Por el contrario, desde el *punto de vista ético*, esta forma particular de unión entre el varón y la mujer, enriquecida normalmente con la existencia de los hijos, ha sido considerada por el pensamiento clásico cristiano como la única que pertenece al orden ideal de la vida buena, por lo que se distingue esencialmente de todas las demás formas de familia nacidas del fenómeno genérico de la «vida en pareja». Esta tesis de la ética cristiana se encuentra en clara línea de continuidad con el mejor pensamiento greco-romano sobre la amistad perfecta (pienso principalmente en Aristóteles y Cicerón), así como con algunas de sus indicaciones acerca de la relación que debería existir entre los cónyuges, y entre éstos y los eventuales hijos; aunque lo subsana en algunos puntos importantes (por ejemplo, en lo relativo a la igualdad entre el varón y la mujer), y lo desarrolla en otros”<sup>7</sup>.

En el orden de las relaciones paterno-filiales, “[p]or muy importantes que sean la generación y la subsistencia físicas, todavía más esencial para los padres y, de forma distinta, para los hermanos, es descubrir y realizar la misión que esta nueva persona asigna a su amor: «la exigencia de donar una humanidad madura a este pequeño hombre que va creciendo» (K. Wojtyła). Se

---

<sup>3</sup> G. CHALMETA, *Ética social. Familia, profesión y ciudadanía*, Eunsa (2004), p. 124.

<sup>4</sup> G. CHALMETA, *Ética social. Familia, profesión y ciudadanía*, Eunsa (2004), p. 127.

<sup>5</sup> S. FERRARI, «Diritto di Famiglia e Libertà di Coscienza. Problemi italiani e Propespettive Europee», en *Derecho de Familia y Libertad de Conciencia en los Países de la Unión Europea y en el Derecho Comparado*, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, p. 163.

<sup>6</sup> La letra cursiva es mía.

<sup>7</sup> G. CHALMETA, *Ética social. Familia, profesión y ciudadanía*, Eunsa (2004), p. 116.

tratará, dicho en términos más aristotélicos, de completar la procreación física del nuevo hijo con la «procreación ética», mediante una educación en las virtudes que le permita emprender y perseverar en el camino de la vida buena<sup>8</sup>. En esta misión educativa, se entiende que los padres tienen una misión insustituible que cumplir, misión que con el creciente intervencionismo estatal parece carecer de importancia o incluso haber surgido de la nada, pero que obedece a razones no exclusivamente reivindicativas, sino también de muy razonable justificación. Tal justificación no proviene sola y exclusivamente del principio de subsidiariedad<sup>9</sup>. También hay justificaciones de experiencia, particularmente resaltadas por algunos constitucionalistas, conforme a las cuales lo normal es que los padres quieren lo mejor para sus hijos y, en ese papel, difícilmente pueden ser sustituidos por una estructura semejante al Estado-institución<sup>10</sup>.

En su papel educativo, los padres realizan una tarea que excede con mucho la de la escuela. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apunta a una interesante distinción entre esferas: “la educación de los hijos es el entero proceso mediante el que, en cualquier sociedad, los adultos intentan transmitir a los jóvenes sus creencias, su cultura y sus demás valores, mientras que la enseñanza o instrucción se refiere en concreto a la transmisión de conocimientos y al desarrollo intelectual”<sup>11</sup>.

En fin, la familia fundada en el matrimonio perfecciona a sus miembros. Viene al caso las consideraciones de Chesterton: “[e]n esto consiste verdaderamente la aventura romántica, especial y sublime, de la familia. Es romántica porque es «a cara o cruz», porque es todo lo que sus enemigos dicen de ella, porque es arbitraria, porque está ahí. (...) El elemento de aventura empieza a existir; porque una aventura es algo que, por naturaleza, viene hacia nosotros. Es algo que nos escoge a nosotros, no algo que nosotros escogemos. (...) la aventura suprema no es enamorarse. La aventura suprema es nacer. Allí nos encontramos de repente en una trampa espléndida y estremecedora. Ahí vemos de verdad algo que jamás habíamos soñado antes. Nuestro padre y nuestra madre están al acecho, esperándonos, y saltan sobre nosotros como si fueran bandoleros detrás de un matorral. Nuestro tío es una sorpresa. Nuestra tía es como un relámpago en un cielo azul. Al entrar en la familia por el nacimiento entramos de verdad en un mundo incalculable, en un mundo que tiene sus leyes propias y extrañas, en un mundo que podría muy bien continuar su curso sin nosotros, en un mundo que no hemos fabricado

---

<sup>8</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>9</sup> Conforme al cual “una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándole de sus competencias, sino que más bien debe sostenerle en caso de necesidad y ayudarle a coordinar su acción con las de los demás componentes sociales, con miras al bien común”. Juan Pablo II, *Enc. Centesimus Annus*, n. 48.

<sup>10</sup> J. H. GARVEY, *What Are Freedoms For*, Harvard University Press (1996), pp. 97-111.

<sup>11</sup> “The Court would point out that the education of children is the whole process whereby, in any society, adults endeavour to transmit their beliefs, culture and other values to the young, whereas teaching or instruction refers in particular to the transmission of knowledge and to intellectual development. *Case of Campbell and Cosans v. The United Kingdom* (Application no. 7511/76; 7743/76), 25 February 1982, n. 33

nosotros. En otras palabras, cuando entramos en la familia entramos en un cuento de hadas<sup>12</sup>.

### III. La libertad religiosa y la familia en la doctrina de la Iglesia católica.

La Declaración *Dignitatis Humanae* del Concilio Vaticano II constituye un texto de importancia radical para entender la doctrina de la Iglesia católica en relación con el derecho de libertad religiosa<sup>13</sup>.

La Declaración dedica una atención particular a la familia. Concretamente se indica que «[c]ada familia en cuanto sociedad que goza de un derecho propio y primordial, tiene derecho a ordenar libremente su vida religiosa doméstica bajo la dirección de los padres. A éstos corresponde el derecho de determinar la forma de educación religiosa que se ha de dar a sus hijos, según sus propias convicciones religiosas»<sup>14</sup>.

La *Dignitatis Humanae* presupone, en consecuencia, un derecho *originario* de la familia a la libertad religiosa, particularmente orientado a la enseñanza como proceso global<sup>15</sup>. Esta tesis pone ante nosotros dos cuestiones del mayor interés.

Por un lado, el traído y llevado debate acerca de si existen derechos colectivos. No me refiero solo a los *collective rights* o a los *groups rights*<sup>16</sup>, ya que la familia parece moverse en un incierto espacio que no se ajusta a esas dos modalidades. Con todas las reservas necesarias, sobre todo por las dificultades inherentes a la terminología, es claro que en numerosos textos

---

<sup>12</sup> G.K. CHESTERTON, *Heretics*, Kessinger Publishing (2003), p. 190-192.

<sup>13</sup> Sobre la noción de libertad religiosa en la Declaración *Dignitatis Humanae*, vid. A. de Fuenmayor, *La Libertad Religiosa*, Eunsa, Pamplona (1974), pp. 15-47.

<sup>14</sup> «Declaración sobre la libertad religiosa», n. 5, en *Concilio Vaticano II.- Constituciones, Decretos, Declaraciones*, BAC, Madrid (1966), p. 690.

<sup>15</sup> No es frecuente en las legislaciones *seculares* la abierta proclamación de la titularidad *familiar* de los derechos fundamentales. Habitualmente, los textos constitucionales no dudan establecer que los poderes públicos deben proteger la familia, sin ir más allá. La excepción a esta tendencia general, en el ámbito europeo, es la Constitución de la República de Irlanda de 1937, que establece en su Artículo 41: « 1.1.The State recognises the Family as the natural primary and fundamental unit group of Society, and as a moral institution possessing inalienable and imprescriptible rights, antecedent and superior to all positive law. 1.2.The State, therefore, guarantees to protect the Family in its constitution and authority, as the necessary basis of social order and as indispensable to the welfare of the Nation and the State. 2.1.In particular, the State recognises that by her life within the home, woman gives to the State a support without which the common good cannot be achieved. 2.2.The State shall, therefore, endeavour to ensure that mothers shall not be obliged by economic necessity to engage in labour to the neglect of their duties in the home. 3.1.The State pledges itself to guard with special care the institution of Marriage, on which the Family is founded, and to protect it against attack».

<sup>16</sup> En la doctrina jurídica internacionalista se distinguen *derechos individuales* (que pertenecen a los sujetos singulares, con independencia de su pertenencia a un determinado colectivo), *derechos colectivos* (aquellos que un individuo sólo puede ejercitar en unión con otros sujetos individuales); y *derechos de grupo* (aquellos cuyo ejercicio corresponde al grupo en cuanto tal, y que no se identifican necesariamente con la suma de los derechos de los miembros). Vid. Natan Lerner, «Minorities vs. The Tyranny of the Majority» en *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 26 (1997), pp. 80-81.

jurídicos se reconocen los derechos colectivos. “Se puede hablar de derechos colectivos como derechos que corresponden a un titular que no es un individuo o una persona natural, sino una entidad compuesta sin duda de individuos e intereses individuales, pero con personalidad propia, distinta y diferenciada de los sujetos individuales que la integran<sup>17</sup>. Y nada obstaría para entender que la libertad religiosa es un derecho colectivo de la familia.

No obstante, podría parecer que la libertad religiosa que reconoce la *Dignitatis Humanae* no es un derecho originario de familia, sino un derecho derivado, una especie de suma de los derechos de cada uno de sus componentes. Sin embargo, el texto de la Declaración es bien claro, cuando señala que se trata de un derecho “propio y primordial”. O sea, un derecho frente a personas o entidades distintas de o enfrentadas a la familia. Cuestión distinta será la de la resolución de conflictos entre los miembros de la familia, o la armonización del derecho del individuo y el derecho de la colectividad, cuando ambos pudieran encontrarse el uno frente al otro. Aquí el derecho, por desgracia, no sabe heroicidades o de generosidad, del sacrificio del propio interés por el de los demás.

La *Dignitatis Humanae* entiende que el contenido básico de la libertad religiosa es la inmunidad de coacción, tanto en el fuero interno como en la actuación externa —pública o privada— de las familias. Dicha inmunidad abarca no solamente los actos estrictamente ligados con la religiosidad en sus aspectos más nucleares (adopción de religión, cambio de religión, actos de culto público o privado, etc.) La Declaración da pie a pensar que la libertad proclamada también comprende la actuación moral conforme al juicio práctico de conciencia<sup>18</sup>. Lo cual sólo por extensión o impropriamente puede atribuirse a la familia, que al no ser persona física individual no tiene propiamente una única conciencia. En las situaciones normales, el ejercicio de la libertad de conciencia corresponde a los padres y también a los hijos, según el grado de madurez que hubieran ido desarrollando<sup>19</sup>.

Ahora bien, ¿por qué el Concilio Vaticano II reclama con convencimiento la titularidad del derecho de libertad religiosa para las familias?

La Iglesia católica —y con ella, otras muchas confesiones, cristianas y no cristianas— entiende que el bien de la persona y de la sociedad pasa por la

---

<sup>17</sup> N. LÓPEZ CALERA, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Editorial Ariel, 2004. p 45.

<sup>18</sup> «El hombre percibe y reconoce por medio de su conciencia los dictámenes de la ley divina; conciencia que tiene obligación de seguir fielmente, en toda su actividad, para llegar a Dios, que es su fin. Por tanto, no se le puede forzar a obrar contra su conciencia. Ni tampoco se le puede impedir que obre según su conciencia, principalmente en materia religiosa. Porque el ejercicio de la Religión, por su propia índole, consiste, sobre todo, en los actos internos voluntarios y libres, por los que el hombre se ordena directamente a Dios: actos de este género no pueden ser mandados ni prohibidos por una potestad meramente humana». «Declaración sobre la libertad religiosa», n. 3, en *Concilio Vaticano II.- Constituciones, Decretos, Declaraciones*, BAC, Madrid (1966), p. 687-688.

<sup>19</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional español 154/2002, de 18 de julio de 2002 presenta precisamente un caso de ejercicio de la libertad de conciencia por parte de los padres y también del hijo (atendiendo para este último a su grado de madurez). Sobre las cuestiones específicas de libertad religiosa y de conciencia del menor, B. RODRIGO LARA, *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid (2005).

familia. Benedicto XVI en su estancia hace unos meses en Valencia, señalaba que: “Cuando un niño nace, a través de la relación con sus padres empieza a formar parte de una tradición familiar, que tiene raíces aún más antiguas. Con el don de la vida recibe todo un patrimonio de experiencia. A este respecto, los padres tienen el derecho y el deber inalienable de transmitirlo a los hijos: educarlos en el descubrimiento de su identidad, iniciarlos en la vida social, en el ejercicio responsable de su libertad moral y de su capacidad de amar a través de la experiencia de ser amados y, sobre todo, en el encuentro con Dios. Los hijos crecen y maduran humanamente en la medida en que acogen con confianza ese patrimonio y esa educación que van asumiendo progresivamente. De este modo son capaces de elaborar una síntesis personal entre lo recibido y lo nuevo, y que cada uno y cada generación está llamado a realizar”<sup>20</sup>. La Iglesia católica considera a la familia como «Iglesia doméstica»<sup>21</sup>, «la familia cristiana proclama muy alto tanto las presentes virtudes del reino de Dios como la esperanza de la vida bienaventurada»<sup>22</sup>; «la familia es escuela del más rico humanismo [...], en la que coinciden generaciones que se ayudan mutuamente a lograr una mayor sabiduría y a armonizar los derechos de las personas con las demás exigencias de la vida social, constituye el fundamento de la sociedad»<sup>23</sup>; la familia, en definitiva, tiene la «misión de ser la célula primera y vital de la sociedad» recibida directamente de Dios.

El Magisterio de Juan Pablo II en la Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio* de 1981 dedica una atención particular al cometido propio e insustituible de la familia en la misión de la Iglesia, tanto en la labor evangelizadora como en la realización de actos de culto, particularmente la oración, ya sea ésta pública o privada. La *Carta a las Familias* de 1994 incide de nuevo en la importancia de la libertad de la familia, calificándola como «sociedad soberana»<sup>24</sup>. En este mismo ámbito de la Doctrina Social de la Iglesia, la Encíclica *Centessimus Annus* de 1991 especifica que «la primera estructura fundamental de la “ecología humana” es la *familia*, en cuyo seno el hombre recibe las primeras nociones sobre la verdad y el bien; aprende qué quiere decir amar y ser amado, y por consiguiente qué quiere decir en concreto ser persona»<sup>25</sup>. No es aventurado afirmar que si la familia es la primera estructura a favor de esa ecología humana, en consecuencia también lo es de la ecología religiosa de la persona.

Todos estos argumentos doctrinales confluyen finalmente en un texto de índole jurídica, la Carta de derechos de la familia, de 22 de octubre de 1983, cuyo artículo 7 establece que: “[c]ada familia tiene el derecho de vivir libremente su propia vida religiosa en el hogar, bajo la dirección de los padres, así como el derecho de profesar públicamente su fe y propagarla, participar en los actos de culto en público y en los programas de instrucción religiosa libremente elegidos, sin sufrir alguna discriminación”.

---

<sup>20</sup> Benedicto XVI, Homilía de Benedicto XVI durante la Misa de Clausura del V Encuentro Mundial de las Familias, de Julio de 2006.

<sup>21</sup> «Const.Dogm. Lumen Gentium», n. 11, en Concilio Vaticano II.- Constituciones, Decretos, Declaraciones, BAC, Madrid (1966), p. 28.

<sup>22</sup> *Ídem*, p. 70.

<sup>23</sup> «Const. Past. De Ecclesia in mundo huius temporis» n. 52, en Concilio Vaticano II.- Constituciones, Decretos, Declaraciones, BAC, Madrid (1966), p. 287-288.

<sup>24</sup> Juan Pablo II, *Carta a las Familias* (3ª ed.), Palabra, Madrid (1994), p. 64.

<sup>25</sup> Juan Pablo II, Carta Encíclica *Centessimus Annus*, n. 39.

El artículo 7 de la Carta contempla las distintas dimensiones del derecho de libertad religiosa con una sistemática propia. En efecto, el texto del artículo aboga por la protección de la dimensión cultural, tanto privada como pública, de la familia, considerada como realidad unitaria. Es más: la limitación de la libertad religiosa cultural de uno de los miembros de la familia puede considerarse un atentado contra la libertad religiosa de la familia entera. Esto amplía enormemente el ámbito de protección subjetiva de los derechos de libertad religiosa, normalmente considerados solo desde la esfera individual. Y puesto que esta dimensión cultural —pública o privada— abarca tanto los actos en sí mismos, como los elementos necesarios para el culto, la libertad cultural de la familia abarca también la posesión de aquellos elementos materiales (símbolos, imágenes, etc.) que tengan significado religioso. La no-discriminación en este campo significa que la realización de esos actos culturales, en público o en privado, así como la posesión de objetos religiosos, no puede ser objeto de sanción o reproche jurídico de ningún tipo, ni condicionar el comportamiento de la normativa jurídica en ningún sentido.

En el artículo 7, la dimensión cultural comprende también el hogar, como realidad no sólo tópica, sino de connotaciones jurídicas. Habitualmente, el domicilio conyugal está reconocido por las leyes<sup>26</sup>, protegido por las legislaciones punitivas<sup>27</sup> y es punto de referencia de múltiples derechos<sup>28</sup>. Pero, puesto que el hogar constituye un punto de referencia religiosa para el artículo 7 en lo que a la oración y al culto se refiere, puede considerarse el domicilio familiar como una extensión de los lugares de culto propiamente dichos. No porque se deba otorgar una protección equivalente a la que gozan los lugares de culto en sentido jurídico, sino más bien porque la protección de la religiosidad familiar —así como la intimidad que rodea este *hábitat*— puede tenerse en consideración como elemento que apuntala la protección civil y penal del domicilio.

El artículo 7 hace relación también al derecho de la familia a «propagar» su fe. Se refiere la Carta al derecho de proselitismo: la familia no sólo puede profesar unas convicciones religiosas, sino que también puede expresarlas con la intención de ganar adeptos para la propia fe. El derecho de proselitismo está reconocido igualmente —si bien a veces de un modo solapado o indirecto—

---

<sup>26</sup> A modo de ejemplo, el Código Civil español prevé en su artículo 70 que «los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia». Dicho artículo debe entenderse como la consecuencia de una obligación legal, el deber de cohabitación de los cónyuges, específicamente regulada en el artículo 68 del mismo Código.

<sup>27</sup> El artículo 202 del Código penal establece: «1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses».

<sup>28</sup> La protección jurídica del menor pasa también por la protección del domicilio familiar. Así, en el artículo 4 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, Orgánica de Protección Jurídica del Menor, se establece: «1. Los menores tienen derecho, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones».

por las declaraciones internacionales, siempre que se respete exquisitamente la libertad religiosa de los demás<sup>29</sup>.

También hace referencia el artículo 7 de la Carta al derecho que asiste a la familia a participar en los programas de instrucción religiosa libremente elegidos; evidentemente, esta exigencia se refiere tanto a los programas educativos —en la escuela o fuera de ella—, como al acceso a medios de comunicación que faciliten dicha instrucción o a la iniciativa familiar que establezca privadamente programas de instrucción religiosa a través de dichos medios de expresión.

Por último, la afirmación contenida en el artículo 7 de la Carta acerca de la «vida religiosa» de la familia, permite deducir que también es objeto de protección el desarrollo práctico de una vida moral acorde con las propias convicciones morales, sin sufrir por ello discriminación, e incluso permitiendo que se adopten las medidas legislativas oportunas con el fin de que la legislación aparentemente «neutral» en materia religiosa no perjudique la dimensión moral de la conducta de la familia.

## V. La libertad religiosa de la familia en el Derecho canónico.

El Código de Derecho Canónico de 1983 para la Iglesia latina y el Código de Cánones para las Iglesias orientales de 1990<sup>30</sup> prestan atención a la libertad religiosa de la familia de forma indirecta, es decir, proclaman algunas obligaciones que conciernen a los padres en relación con la educación de sus hijos en el orden religioso. Con ello, estamos atendiendo primordialmente al contenido del artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”).

La primera cuestión que cabría plantearse es si la libertad de enseñanza de la familia comprende sólo los contenidos estrictamente religiosos (es decir, la educación *catequética*), o si abarca también la enseñanza entendida como “una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores en general”<sup>31</sup>. A mi modo de ver, no cabe realizar esta distinción respecto de los ámbitos a los que alcanza la libertad de la familia. Claramente así parece entenderlo, y sirva como ejemplo de otros textos legales, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 14.3 protege a la familia con amplios términos que llegan más allá de la transmisión de conocimientos o doctrinas estrictamente religiosas: “Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”. Y es que no existe una enseñanza ideológica o religiosamente aséptica. La neutralidad de la enseñanza no es el producto “de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos de profesores de distinta orientación ideológica

<sup>29</sup> Sentencia *Kokkinakis v. Greece*, n. 1/1992/348/421, 25 de mayo de 1993.

<sup>30</sup> En adelante, las referencias codiciales se limitan al Código para la Iglesia de rito latino.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 13 de febrero de 1981, nº 5/1981, Fundamento de Derecho Séptimo.



cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente”<sup>32</sup>. E incluso la neutralidad transmite ya de por sí un concreto mensaje ideológico que puede estar en discordancia con las creencias de los padres.

En cualquier caso, el Derecho canónico concibe la educación cristiana de los hijos como un derecho-obligación, inseparablemente unido a uno de los fines esenciales del matrimonio, la generación de la prole<sup>33</sup> y así se refleja en el c. 1055 del Código de 1983<sup>34</sup>, en el que se define el matrimonio. Congruente con el anterior, el c. 226 § 2 establece que “[p]or haber transmitido la vida a sus hijos, los padres tienen el gravísimo deber y el derecho de educarles; por tanto, corresponde a los padres cristianos en primer lugar procurar la educación cristiana de sus hijos según la doctrina enseñada por la Iglesia”. Se trata de una obligación que va vinculada a la generación, “con independencia de que el progenitor ejerza o no la patria potestad o tenga encomendada o no la guarda y custodia de sus hijos, sin perjuicio de que la posibilidad y efectividad de su cumplimiento pueda encontrarse en la práctica vinculada a dicho ejercicio”<sup>35</sup>. A su vez, el c. 1136 refuerza las consideraciones anteriores de forma taxativa: “[l]os padres tienen la obligación gravísima y el derecho primario de cuidar en la medida de sus fuerzas de la educación de la prole, tanto física, social y cultural como moral y religiosa”.

Naturalmente, este deber de enseñanza, comienza con el mismo ingreso en la fe religiosa. De ahí que el c. 867 establezca en su primer párrafo que “[l]os padres tienen obligación de hacer que los hijos sean bautizados en las primeras semanas”.

Esa enseñanza religiosa a la que antes me he referido se concibe como una realidad con perfiles jurídicos, no solo frente a autoridades externas, señaladamente frente al Estado, sino como realidad que se vive en el seno de la familia, y donde la libertad religiosa de esta comunidad alcanza perfiles de mayor importancia y consecuentemente de más necesaria garantía. A este respecto, el canon 774 § 2 establece en relación con lo que antes denominaba enseñanza catequética que “[a]ntes que nadie, los padres están obligados a formar a sus hijos en la fe y en la práctica de la vida cristiana, mediante la palabra y el ejemplo; y tienen una obligación semejante quienes hacen las veces de padres, y los padrinos”. Y la prolongación de la enseñanza debe ser coherente con esta catequesis, de ahí que prevea igualmente el Código que “§ 1 (...) los padres católicos tienen también la obligación y el derecho de elegir aquellos medios e instituciones mediante los cuales, según las circunstancias de cada lugar, puedan proveer mejor a la educación católica de los hijos. § 2.

---

<sup>32</sup> Ibidem, Fundamento jurídico Noveno.

<sup>33</sup> L. RUANO ESPINA, “Relevancia Jurídico-Civil del Derecho-Deber de los padres cristianos de procurar la educación cristiana de sus hijos. Particular referencia los supuestos de nulidad, separación y divorcio”, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado: actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado : San Sebastián, 1 al 3 de junio del año 2000*, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, p. 814.

<sup>34</sup> La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 815.

También tienen derecho los padres a que la sociedad civil les proporcione las ayudas que necesiten para procurar a sus hijos una educación católica”.

La preocupación por la pertenencia a la Iglesia y por la educación cristiana de los hijos se manifiesta también en la regulación específica recogida para los matrimonios mixtos<sup>36</sup> y los matrimonios de culto dispar<sup>37</sup>, en virtud de la cual se exigen determinadas garantías al cónyuge católico para que la autoridad canónica otorgue la correspondiente dispensa o licencia para la celebración de matrimonio canónico válido o lícito (cc. 1125<sup>38</sup> y 1126<sup>39</sup>).

A luz de lo expuesto hasta ahora, es decir, de unas garantías y deberes que exige el Derecho canónico a los padres para que ejerciten frente al Estado o frente a terceros, cabe preguntarse si también toma en consideración el Derecho canónico la libertad religiosa de la familia *ad intra*, es decir, dentro de la Iglesia católica.

La respuesta debe partir de la Declaración Conciliar *Dignitatis Humanae*, cuyos elementos relevantes han sido expuestos ya, y conforme a los cuales el acto de adhesión a la Iglesia por la fe, para ser auténticamente humano y sincero, debe ser libre de coacción interna o externa. En consecuencia, el c. 748 § 2 establece que “[a] nadie le es lícito jamás coaccionar a los hombres a abrazar la fe católica contra su propia conciencia”. Es decir, la libertad religiosa está situada como presupuesto del ingreso de la persona en la Iglesia. Por esta misma razón el deber de bautizar a los niños, en los términos expuestos más arriba, queda matizado por el c. 868 que indica que para bautizar lícitamente al niño se requiere que haya “esperanza fundada de que el niño va a ser educado en la religión católica; si falta por completo esa esperanza, debe diferirse el bautismo, según las disposiciones del derecho particular, haciendo saber la razón a sus padres”.

En cualquier caso, conviene aclarar que “los derechos fundamentales en el seno del ordenamiento canónico tienen un contenido y unos límites distintos a los de los derechos fundamentales en el seno de los ordenamientos seculares (...) La reflexión doctrinal acerca de los derechos fundamentales en

---

<sup>36</sup> C. 1124 Está prohibido, sin licencia expresa de la autoridad competente, el matrimonio entre dos personas bautizadas, una de las cuales haya sido bautizada en la Iglesia católica o recibida en ella después del bautismo y no se haya apartado de ella mediante un acto formal, y otra adscrita a una Iglesia o comunidad eclesial que no se halle en comunión plena con la Iglesia católica.

<sup>37</sup> C1086 P1 Es inválido el matrimonio entre dos personas, una de las cuales fue bautizada en la Iglesia católica o recibida en su seno y no se ha apartado de ella por acto formal, y otra no bautizada.

<sup>38</sup> C.1125 Si hay una causa justa y razonable, el Ordinario del lugar puede conceder esta licencia; pero no debe otorgarla si no se cumplen las condiciones que siguen: 1º. Que la parte católica declare que está dispuesta a evitar cualquier peligro de apartarse de la fe, y prometa sinceramente que hará cuanto le sea posible para que toda la prole se bautice y se eduque en la Iglesia católica; 2º. Que se informe en su momento al otro contrayente sobre las promesas que debe hacer la parte católica, de modo que conste que es verdaderamente consciente de la promesa y de la obligación de la parte católica; 3º. Que ambas partes sean instruidas sobre los fines y propiedades esenciales del matrimonio, que no pueden ser excluidas por ninguno de los dos.

<sup>39</sup> c1126 Corresponde a la Conferencia Episcopal determinar tanto el modo según el cual han de hacerse estas declaraciones y promesas, que son siempre necesarias, como la manera de que quede constancia de las mismas en el fuero externo y de que se informe a la parte no católica.

el ordenamiento canónico, aunque esté claramente influida por las modernas técnicas del Derecho constitucional contemporáneo, se fundamenta en la profundización sobre la condición de los fieles en el seno de la Iglesia que se produjo en el Concilio Vaticano II. Su origen no radica, pues, en la vigencia universal de los derechos fundamentales del hombre y, por tanto, en la pretensión de extraer consecuencias de ellos en el ordenamiento canónico. Esta otra perspectiva, en cambio, sí parece estar en la base de los estudios doctrinales acerca de la libertad religiosa y la objeción de conciencia en el Derecho canónico. Ahora bien, que esté en la base de esa reflexión no significa que haya sido asumida sin más la libertad religiosa (...) como se manifiesta hoy en el Derecho internacional y en los ordenamientos estatales del ámbito occidental”<sup>40</sup>.

## VI. Tribunalización de la libertad religiosa de la familia.

De la consideración de la familia como un *continuum*, pasamos a la consideración de la familia como agregado de elementos individuales. Me estoy refiriendo aquellas situaciones de tipo conflictivo en las cuales la división familiar se traduce también en una división religiosa<sup>41</sup>. La consideración básica que aquí se efectúa tiene más que ver con el Derecho estatal, ante el cual precisamente los padres acuden en caso de discordancia que desemboca en la religiosidad.

No cabe duda de que la permanencia del amor en la familia otorga la cohesión y fortaleza frente a los agentes externos que pueden agredir la libertad religiosa del grupo. Por el contrario, la afirmación de un interés particular opuesto al de los demás miembros dentro de la familia puede disgregar la entidad y firmeza de esa misma libertad, provocando además en el Derecho un desconcierto casi insalvable. Y es que cuando dos instituciones de mecanismo tan delicado, como son la familia y la libertad religiosa, entran en contacto, el litigio adquiere perfiles inéditos<sup>42</sup>. No está de más recordar lo indicado anteriormente: en estas situaciones el Derecho acude con vocación de remedio extremo, incapaz de medir adecuadamente las conductas de generosidad, entrega o heroicidad que las circunstancias exigen en pro del bien de los demás miembros del núcleo familiar.

Habitualmente los Tribunales civiles pretenden, en la medida de lo posible, dejar de lado la cuestión de la libertad religiosa de los cónyuges y de los hijos cuando se les presenta un matrimonio en crisis y resulta necesario decidir sobre la custodia de los hijos y, en consecuencia, sobre su educación religiosa. La razón es clara: apenas se entra en contacto con esta delicada materia —la religión de los ciudadanos— el Estado puede estar abandonando su posición de neutralidad, o violentando de forma sutil la inmunidad de coacción que la libertad religiosa exige.

---

<sup>40</sup> M.J. Roca, «Derechos fundamentales y autonomía de las iglesias», Dykinson, Madrid (2006), p. 39.

<sup>41</sup> Sobre el tema L. RUANO ESPINA, “Relevancia Jurídico-Civil del Derecho-Deber de los padres cristianos de procurar la educación cristiana de sus hijos. Particular referencia los supuestos de nulidad, separación y divorcio”, citado, p. 820-826.

<sup>42</sup> Rafael Navarro-Valls, «Matrimonio, familia y libertad religiosa», en *La Libertad Religiosa. - Memoria del IX Congreso de Derecho Canónico*, UNAM, México, p. 192.

La experiencia jurídica de los últimos años ha mostrado que el conflicto se plantea con todos sus dramáticos matices cuando uno de los cónyuges, después de celebrado el matrimonio o incluso una vez que se ha operado la disolución, se convierte a otra confesión o fe, e intenta educar a sus hijos en las nuevas convicciones. Los casos más debatidos se refieren a Testigos de Jehová, ya que las convicciones morales del padre o de la madre que adopta la nueva religión podrían, en el futuro, poner en peligro la salud o incluso la vida del hijo en caso de que éste requiera tratamiento médico hemotransfusional. Al intentar determinar una solución para estos supuestos, las distintas jurisdicciones nacionales o regionales no son unánimes. Difícilmente pueden serlo, ya que —como suele decirse en la tradición jurídica angloamericana— «los pleitos difíciles generan un derecho deficiente»<sup>43</sup>. Por ello, mientras la jurisprudencia norteamericana entenderá que sin retirar la custodia de los hijos a la madre testigo de Jehová se puede prescindir de su consentimiento para realizar determinados tratamientos médicos a sus hijos<sup>44</sup>, algunos tribunales italianos entienden que en caso de divergencia en la religión de los padres (que inicialmente eran ambos católicos) sin haberse llegado a la situación crítica de peligro para la vida de los hijos la enseñanza de los menores de edad debe seguir siendo la católica, a pesar de la conversión de uno de los progenitores a otra religión<sup>45</sup>. Y mientras la Corte Suprema de Austria mantiene en otro supuesto que la custodia de los hijos debe ser encomendada al padre (católico) y no a la madre (testigo de Jehová) atendido el bienestar de los hijos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende contraria a la Convención de Roma dicha decisión por entenderla discriminatoria<sup>46</sup>.

Lo delicado de estas situaciones no pasó desapercibido al magisterio de Juan Pablo II, que dedica una atención particular al supuesto en la *Familiaris Consortio*<sup>47</sup>. De todas formas, creo que está justificada —insisto en ello— la perplejidad del Derecho ante estas situaciones de ruptura.

En el derecho español en general, si el desacuerdo se limita a un acto concreto, cualquiera de los dos cónyuges o progenitores puede acudir al juez que, después de oír a los cónyuges y al hijo si tuviera suficiente juicio, y en todo caso si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los cónyuges o progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados, el juez puede atribuir la patria potestad total o parcialmente a uno de ellos, o distribuir las funciones de forma que a uno de los padres corresponde las decisiones en materia de educación y formación religiosa. En situaciones de crisis y/o ruptura tales como la nulidad, separación o divorcio, el criterio base para la determinación de decisiones en materia paterno-filial es el interés y el beneficio de los hijos menores. Podría encomendarse este tipo de decisiones a uno de los padres, aunque los deberes de velar y cuidar de los hijos correspondan a

---

<sup>43</sup> Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc., 331 F.2d 1015 (1964).

<sup>44</sup> *Levitski v. Levitski*, 190 A.2d 621 (1963).

<sup>45</sup> R. Navarro-Valls, obra citada, en nota 19, p. 212.

<sup>46</sup> *Vid.* Javier Martínez-Torrón, «La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. IX, 1993, pp. 53-87.

<sup>47</sup> Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio*, n. 78 (22.XI.1981), en *Fundamentos para un proyecto permanente.- La Familia* (2ª ed.), M.T. Lledías Ferro (dir.), HB&H, Madrid (1994), pp. 309-310.

los dos. La atribución de la guarda y custodia, empero, se efectúa o por el convenio regulador o por decisión judicial. Si los padres viven separados y o decidieran de común acuerdo, se está a la decisión judicial, oyendo en su caso al menor.

En caso que los padres profesaran distinta fe religiosa, no es fácil determinar *a priori* si esta cuestión entra dentro del amplio campo de los elementos para la formación integral del menor, o si más bien se trata de una cuestión en la que cualquier pronunciamiento judicial resulta ya de por sí discriminatorio hacia la fe religiosa que eventualmente saliera “perdiendo” en el pronunciamiento judicial. Este ha sido uno de los campos de interés por parte de la jurisprudencia.

En una sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de febrero de 1980 encontramos un pronunciamiento en el que los motivos religiosos vinculados con un potencial peligro para la vida de los hijos, constituye “circunstancialmente (...) uno de los factores a tener en cuenta, el que a la salud o incluso la vida de la menor, pueda estar afectada, de quedar al cuidado de la madre, de no poder ser objeto de una transfusión de sangre si ello fuera necesario, dadas las normas sobre ello de las creencias religiosas de ésta”, decidiéndose en virtud de este particular el otorgamiento de la guarda y custodia de una hija<sup>48</sup>.

Especialmente conocida resulta la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Hoffmann contra Austria* del año 1993<sup>49</sup>. En dicha sentencia, entiende el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se había producido una diferencia de trato basada en la religión al atribuir la custodia de los hijos al padre en lugar de a la madre, que en el momento del divorcio se había convertido al grupo religioso de los Testigos de Jehová. La sentencia ha sido objeto de abundante debate y crítica, sobre todo porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece no tener en cuenta que la actuación de alguno de los tribunales austriacos implicados había prescindido en sus fallos anteriores de una parte de la legislación sobre la materia<sup>50</sup>. En concreto, la legislación nacional sobre educación religiosa de los hijos establecía que la educación de los hijos debía ser acordada por los cónyuges sin que a ninguno de ellos le estuviera permitido romper el acuerdo unilateralmente mientras durase el matrimonio, o bien tratar de educarlos en una religión distinta de la que era común en el momento de celebrarse el matrimonio o en la que habían sido formados desde entonces.

A la vista de la sentencia precedente, el Tribunal Constitucional español se pronuncia también en el año 2000 acerca del factor religioso como elemento en la determinación del régimen de visitas a los hijos. Se trata de un matrimonio en el que el marido se convierte a un movimiento religioso denominado “Movimiento Gnóstico Universal de España” y, a consecuencia de este cambio de religión, parece que comienzan a producirse unas

---

<sup>48</sup> STS (Sala de lo Civil) de 27 febrero 1980. RJ 1980\1012.

<sup>49</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo, de 23 junio 1993 *Hoffmann contra Austria*, Demanda núm. 12875/1987, n. 33.

<sup>50</sup> Sobre el tema, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en en Derecho de Familia y Libertad de Conciencia en los Países de la Unión Europea y en el Derecho Comparado, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, pp. 154-155.

desavenencias conyugales que desembocan en la separación contenciosa. En primera instancia, la sentencia de separación matrimonial establece que la guarda y custodia de los dos hijos menores se atribuye a la esposa, compartiendo ambos progenitores la patria potestad, y estableciendo como régimen de visitas a favor del padre los fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, Fallas y verano, añadiendo, «con prohibición expresa al padre de hacer partícipe a sus hijos de sus creencias religiosas así como la asistencia de los menores a cualquier tipo de acto que tenga relación con aquéllas». En segunda instancia, iniciada por la esposa, el Tribunal Provincial de Valencia establece una restricción del régimen de visitas a favor del esposo. Éste recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional al considerar que la segunda sentencia ha vulnerado su derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE) al restringir su régimen de visitas a sus hijos menores con motivo de sus creencias. El Tribunal Constitucional entiende que al estar por medio la libertad de los menores de edad que podrían verse afectados negativamente por las creencias del padre, la restricción sufrida por éste es constitucionalmente legítima. Sin embargo, hay una discriminación no justificada, por cuanto en la segunda sentencia se generó una desproporción entre las medidas adoptadas —más graves que las establecidas en primera instancia— y la finalidad legítimamente perseguida (en este punto, como no podía ser de otro modo, el TC sigue la doctrina del TEDH), siendo además constatado que en apelación no se ha practicado prueba distinta de la que ya obraba en poder del juez, en orden a demostrar un aumento de riesgo que aconseje un régimen de visitas más restringido.

Volvemos sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque en una sentencia del año 2001 se entra de nuevo en el tema de la restricción del derecho de visita de menores en razón de las creencias religiosas, esta vez de la madre, que pertenece a los Testigos de Jehová. En opinión del Tribunal, se produjo en efecto una discriminación en razón de las creencias religiosas, ya que la sentencia francesa impugnada realizaba “una diferencia de trato basada en la religión de la demandante, en nombre de una crítica severa de los principios de educación que impondría dicha religión”<sup>51</sup>. La decisión adoptada por el Tribunal nacional resultaba una discriminación no justificada porque, aunque el fin fuera legítimo (la protección de los dos menores de edad), sin embargo no había una relación razonable de proporcionalidad con los medios adoptados, siendo además cierto que “en este caso, el Tribunal de apelación se pronunció «in abstracto» y en función de consideraciones de carácter general, sin establecer vínculo entre las condiciones de vida de los niños junto a su madre y su interés real. Esta motivación, aunque pertinente, no parece suficiente en opinión del Tribunal”<sup>52</sup>.

Nos movemos, en consecuencia, en un difícil terreno para las jurisprudencias nacionales, sean del país que sean. Tomar en consideración el factor religioso en la decisión acerca de la custodia o de los derechos de visita parece una operación jurídica que los tribunales no pueden efectuar de modo directo, por resultar en ocasiones contraria a la libertad religiosa, al clasificar a

---

<sup>51</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 2ª), de 16 diciembre 2003, *Palau-Martínez contra Francia*, Demanda núm. 64927/2001, n. 38

<sup>52</sup> *Ibidem*, n. 42.

los ciudadanos en razón de sus creencias. No resulta tan claro lo que sucede cuando integramos el factor religioso en el campo del interés del menor, ya que aquí lo que se estudia propiamente es cómo afecta la religión al desarrollo de la personalidad del menor, es decir, una cuestión acerca de los límites que se imponen al ejercicio de la libertad religiosa, lo que comúnmente hace relación a la salud, la moral y la seguridad pública. Por último, es conveniente indicar que, en las situaciones de litigio, no solo cuenta la libertad religiosa de los padres, sino que se tiene en cuenta naturalmente la libertad religiosa de los hijos, conforme a las exigencias que son habituales ya en los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales.