



diritto & religioni

Semestrale
Anno XII - n. 2-2017
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

24



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno XII - n. 2-2017
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttori
Mario Tedeschi - Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero (†), A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli (†)
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI RESPONSABILI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria

Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

G. Bianco, R. Rolli
M. Ferrante, P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Giuseppe D'Angelo - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Francesco Rossi - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura - Prof. Ilaria Zuanazzi.

*Incidencia de los nuevos derechos en el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia*¹

MARÍA J. ROCA

1. Introducción

¿A qué nos referimos cuando hablamos de “nuevos derechos”? Con esta expresión se designa, por una parte, la “tercera generación” de derechos, surgida la década de los años 80, y vinculada a la solidaridad. Incluyen derechos heterogéneos como el derecho a la paz, y a la calidad de vida y aspectos relacionados con el medio ambiente o las garantías frente a la manipulación genética. Estos derechos se asocian con los derechos de futuras generaciones. Asimismo, hay que hacer referencia a los derechos relativos a las “nuevas tecnologías”, como son el derecho al olvido, el derecho a la protección de datos y a la autodeterminación informativa.

Por otra parte, cuando se habla de “nuevos derechos” se hace también referencia al ejercicio e interpretación de los derechos desde la “perspectiva de género”. En este sentido, es un nuevo derecho, el derecho a la autodeterminación sexual. Considerando, que no hay un dato biológico previo sino una elección libre que la sociedad debe respetar. Sería un nuevo derecho el cambio de sexo, y todo lo que ello lleva consigo. La expresión “nuevos derechos” designa asimismo a los “derechos emergentes”² que suponen una

¹ He tomado para la redacción de este trabajo, parte de un estudio anterior, publicado en MARÍA J. ROCA, ¿Hacia una Ética de mínimos?, en JOSÉ FERNÁNDEZ LAGO ET ALT. (coord.), *Que resuene en el corazón de Europa: Prioridad de la pregunta por Dios*, en *CollectaneaScientificaCompostellana*, núm. 32, Santiago de Compostela, 2012, pp. 249-267.

² Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, se lee: “Nosotros, ciudadanas y ciudadanos del mundo, miembros de la sociedad civil comprometidos con los Derechos Humanos, formando parte de la comunidad política universal, reunidos en ocasión del Foro Universal de las Culturas en Barcelona 2004 y Monterrey 2007, e inspirados por los valores de respeto a la dignidad del ser humano, libertad, justicia, igualdad y solidaridad, y el derecho a una existencia que permita desarrollar estándares uniformes de bienestar y de calidad de vida para todos [...]”. El primer derecho que se proclama es la dignidad humana, y el segundo la vida. Dentro de la vida se incluye paradójicamente, “la reclamación del derecho a una muerte digna, el valor que damos a la ciudad, ponen de manifiesto que la vida que valoramos hoy es una vida de calidad”.

nueva concepción de la participación de la sociedad civil.

En suma, hablar de “nuevos derechos”, por la misma confusión del término, requiere concretar a qué se hace referencia. En el trasfondo de estas nuevas manifestaciones de derechos hay aspectos positivos como el deseo de paz y solidaridad. Pero también se aprecian aspectos negativos que tienen su base en una exaltación de la libertad y la autonomía individual, sin que ésta implique simultáneamente una exigencia ética. Así, los nuevos derechos no siempre son correspondidos con nuevos deberes o exigencias éticas para el titular de los derechos que se reivindican, sino que más bien hunden sus raíces en la ética de mínimos. Ciertos derechos derivados de esta ética de mínimos pueden plantear conflictos con el ejercicio de la libertad de conciencia y con el derecho de autonomía de las confesiones religiosas.

En este trabajo se expone una reflexión acerca de los nuevos derechos como expresión de la Ética de mínimos (apartado 2.), partiendo de la relación entre Ética de mínimos y Derecho (apartado 2.2.) y del reconocimiento de lo justo, que requiere la armonía entre razón objetiva y subjetiva (apartado 2.3.), señalando la falacia de la neutralidad de la Ética de mínimos (apartado 2.4.). En el apartado 3., se analiza cómo el ejercicio del derecho al cambio civil de sexo puede incidir en aspectos derivados de la libertad religiosa: la anotación del cambio de sexo en el libro de registro de Bautismo (apartado 3.1.) y la idoneidad para impartir clases de Religión de una persona que ha cambiado de sexo (apartados 3.2. y 3.3.). En la valoración de esta situación jurídica se tiene en cuenta tanto la vinculación de las Confesiones a los derechos fundamentales del Estado (apartado 3.4.) como la autonomía de las Iglesias y Confesiones religiosas (apartado 3.5.). Se añade una consideración final (apartado 6.).

2. Los nuevos derechos como expresión de la Ética de mínimos

¿Qué se entiende normalmente por Ética de mínimos? En el entorno filosófico-académico, podríamos resumir qué es esto de la Ética de mínimos del modo siguiente. En las sociedades que constitucionalmente tienen la estructura de democracias liberales, se da tanto el pluralismo político como el pluralismo moral. El pluralismo político consiste en la convivencia de distintas ideologías políticas que comparten las reglas del juego marcadas por la Constitución. El pluralismo moral vendría a ser la convivencia de muchas Éticas de máximos, lo que John Rawls llama “distintas doctrinas comprensivas del bien”. Las distintas éticas de máximos consisten en distintas propuestas de vida buena, que comparten unos valores y

orientaciones comunes a los “los mínimos éticos”, también designados como “Ética mínima”³ o “Ética cívica”.

La Ética de mínimos o cívica sería la de las personas en tanto que ciudadanas. En cuanto persona se puede aspirar a una vida feliz y plena, pero en cuanto que ciudadano, hay que conformarse con poder desarrollar una convivencia justa. “La Ética de los ciudadanos, la Ética cívica, contiene aquellos valores y principios de justicia que comparten las distintas Éticas de máximos de una sociedad pluralista, por debajo de esos mínimos se caería en la inhumanidad”⁴. Sin embargo, para aceptar la distinción entre persona y ciudadano es necesario matizar qué alcance se le atribuye. Aunque ciertamente se pueda distinguir entre la dimensión de ciudadano y la de creyente, estas dos dimensiones no pueden llegar a la ruptura de la unidad de la persona⁵, ni a la consecuencia de que las propias creencias religiosas no pueden manifestarse en la vida pública⁶.

Los defensores de la Ética de mínimos, proponen que “los contenidos de esa Ética cívica serían los valores de libertad, igualdad, solidaridad, respeto activo y recurso al diálogo como camino para resolver los conflictos frente a la violencia; se referirían al respeto a los derechos humanos, y a la idea de que los ciudadanos deben considerarse ciudadanos sociales”⁷. Para algunos

³ Esta idea se recoge en ADELA CORTINA, *Ética cívica y ética de mínimos*, en http://www.probumana.cl/minisitios/seminario/download/adela_cortina.pdf [6.VII.2017], p. 1. De la misma autora *in extenso*, pueden consultarse las obras: *Ética mínima*, Madrid, 1986, y *Ética aplicada y democracia radical*, Madrid, 1983.

⁴ ADELA CORTINA, *Ética cívica y ética de mínimos...*, pp. 1-2.

⁵ Sobre la unidad de la persona en el Magisterio de la Iglesia, PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid, 2005, pp. 64 y ss.

⁶ Como ha puesto de manifiesto Benedicto XVI en su mensaje de a la Asamblea General de Naciones Unidas, de 18 de abril 2008, “Obviamente, los derechos humanos deben incluir el derecho a la libertad religiosa, entendido como expresión de una dimensión que es, al mismo tiempo, individual y comunitaria, una visión que manifiesta la unidad de la persona, aun distinguiendo claramente entre la dimensión de ciudadano y la de creyente (...). Es inconcebible, por tanto, que los creyentes tengan que suprimir una parte de sí mismos –su fe– para ser ciudadanos activos. Nunca debería ser necesario renegar de Dios para poder gozar de los propios derechos. Los derechos asociados con la religión necesitan protección, sobre todo si se los considera en conflicto con la ideología secular predominante, o con posiciones de una mayoría religiosa de naturaleza exclusiva. No se puede limitar la plena garantía de la libertad religiosa al libre ejercicio del culto, sino que ha de tener en la debida consideración la dimensión pública de la religión y, por tanto, la posibilidad de que los creyentes contribuyan a la construcción del orden social. (...) El rechazo a reconocer la contribución a la sociedad que está enraizada en la dimensión religiosa y en la búsqueda del Absoluto –expresión por su propia naturaleza de la comunión entre personas– privilegiaría efectivamente un planteamiento individualista y fragmentaría la unidad de la persona”, puede verse en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2008/april/documents/bf_ben-xvi_spe_20080418_univisit_sp.html [6.VII.2017]

⁷ ADELA CORTINA, *Ética cívica y ética de mínimos...*, p. 2, siguiendo a Thomas Marshall.

autores, en un mundo globalizado el mínimo de justicia que exige una Ética cívica consiste en conseguir la “ciudadanía social cosmopolita”, es decir, que todos los seres humanos vean protegidos y respetados sus derechos⁸.

La Ética civil se compone sólo de normas morales, no jurídicas⁹; esta Ética sería previa a las normas jurídicas¹⁰ y supone un modo de entender la Ética como ajena a cualquier fundamentación teísta¹¹ o religiosa¹², e incluso a cualquier fundamentación que trascienda la propia sociedad (como sería la ley natural)¹³. Se busca la fundamentación Ética en el consenso¹⁴. Esta Ética

⁸ ADELA CORTINA, *Ética cívica y ética de mínimos...*, p. 2. Un tratamiento más desarrollado en ADELA CORTINA, *Ciudadanos del mundo*, Madrid, 1997.

⁹ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa*, en CÉSAR IZQUIERDO / CARLOS SOLER (eds.), *Cristianos y democracia*, Pamplona, 2005, p. 125, “En un sentido general, podría decirse que la Ética civil es el conjunto de principios y normas morales que regulan la vida de los ciudadanos en cuanto tales ciudadanos, es decir, en cuanto miembros de una comunidad política. Habría que subrayar que se trata de principios y normas morales, para distinguirlos de los principios y normas de otro tipo que imperen en la misma sociedad, ya sean las leyes positivas, los códigos de conducta o cualquier otra norma que no sea estrictamente moral, es decir relacionada con un deber imperado por la conciencia”.

¹⁰ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 129, ha puesto de manifiesto la dificultad que entraña distinguir entre Ética civil y Derecho positivo, “Si la Ética civil tiende a que los ciudadanos cumplan sus deberes de justicia, deberes que son exigibles, no es fácil ver la diferencia entre la Ética civil y los deberes que emanan de la pura regulación positiva con la que una sociedad ordena la convivencia de una manera justa. La única diferencia posible sería que la Ética civil representara una cierta instancia ideal de lo justo que las leyes no exigen de hecho, aunque podrían hacerlo sin sobrepasar sus funciones”.

¹¹ Crítica este planteamiento de la moral al margen de Dios: “La moral tiene que ser ciertamente universal, y si no, no es moral, sino simplemente estilo de vida. Debe valer para todos: inteligentes y torpes, oprimidos y libres, ricos y pobres... y ello exige considerar las vidas humanas en su plena totalidad (...) la retribución después de esta vida (...) resulta inevitable si se pretende hablar de una auténtica moral universal” (CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 142). La referencia a la retribución después de esta vida, hace relación necesariamente a Dios, y en ese aspecto se distancian todas las Éticas cívicas. Las diversas propuestas de Ética civil coinciden en no admitir referencia alguna que vaya más allá del consenso de los ciudadanos” (CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 143).

¹² CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 125, “En un sentido menos general, la Ética civil designa algo más preciso, concretamente una propuesta determinada de comprender la normatividad específicamente moral –aquella que es por tanto previa a las leyes- que debe regular a los miembros de una comunidad política concreta. Una característica que le es propia es la renuncia o el rechazo a la fundamentación teísta o religiosa de la Ética, vigente en otras épocas, para buscar una fundamentación que sea alcanzada mediante el consenso”. “La Ética civil no sólo no está obligada, sino que ni siquiera puede convertirse en la moral de una religión. La moral que regula una sociedad supone el acuerdo de sus miembros, aunque ese acuerdo debe estar abierto a contar con un fundamento” (p. 127).

¹³ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 126.

¹⁴ PEDRO JESÚS LASANTA, *Diccionario social y moral de Juan Pablo II*, Madrid, 1995, n. 342, “No olvidemos, sin embargo, que la verdad, la belleza y el bien, son valores absolutos y que, como tales, no dependen de la adhesión a ellos de un número más o menos grande de personas. No son el resultado de la decisión de una mayoría, sino que, por el contrario, las decisiones individuales y las

de mínimos sería compartida por todos, debido a que es racional, y está por encima de las opiniones subjetivas de cada uno.

Las opciones subjetivas de cada uno serían Éticas de lo bueno, que hacen a cada uno feliz, pero que no son universalizables. En cambio, la Ética de mínimos debe considerarse una Ética de lo justo, ya que puede exigirse a cualquier ser racional, y por ello es universalizable¹⁵. Como crítica a este punto de partida de la Ética de mínimos cabe señalar que el único modo de llegar a una Ética universal (o universalizable) no es la del consenso, ni la racionalidad debe interpretarse necesariamente como racionalismo¹⁶. La búsqueda de la esa universalidad puede hacerse a través de la naturaleza humana¹⁷.

que asume la colectividad deben estar inspiradas en estos valores supremos e inmutables, para que el compromiso cultural de las personas y de las sociedades responda a las exigencias de la dignidad humana” (Discurso al mundo de la cultura en Buenos Aires, 12-IV-1987).

¹⁵ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, pp. 128-129, “Algunos autores distinguen, dentro del conjunto del fenómeno moral, entre lo justo y lo bueno. La justicia se refiere a lo que es exigible moralmente a cualquier ser racional que se deje llevar por intereses universalizables. Lo bueno, en cambio, responde a una opción subjetiva, válida sin duda en la medida en que perfecciona al sujeto, pero que no se puede exigir universalmente, porque no se puede pretender que todo ser racional tenga las mismas cosas como buenas o felicitantes. Lo justo y lo bueno han dado lugar a lo que se ha llamado ‘Éticas de la justicia’ y ‘Éticas de la felicidad’ respectivamente”. ADELA CORTINA, *Ética civil y religión*, Madrid, 1995, p. 65, “Las Éticas de la justicia o Éticas de mínimos se ocupan únicamente de la versión universalizable del fenómeno moral, es decir de aquellos deberes de justicia que son exigibles a cualquier ser racional (...). Las Éticas de la felicidad, por el contrario, intentan ofrecer ideales de vida buena (...) son por tanto Éticas de máximos, que aconsejan seguir su modelo... pero que no pueden exigir que se siga, porque la felicidad es cosa de consejo o invitación, no de exigencia”.

¹⁶ JEAN MARIE LUSTIGER, *Nous avons rendez-vous avec l'Europe*, Paris, 1991, trad. esp. de M. Montes, *Europa sé tú misma*, Valencia, 1992, p. 138, recoge las siguientes palabras de Edmund Husserl, pronunciadas en Viena, el 7 de mayo de 1935, “nuestra humanidad europea oculta una entelequia -que le es innata-, que domina todos los cambios que afectan a la forma de Europa y les confiere un sentido: el de un desarrollo orientado hacia un polo eterno... El telos espiritual de la humanidad europea... se sitúa en el infinito; se trata de una idea infinita en cuya dirección pretende superarse el devenir espiritual en su conjunto”. Esa racionalidad europea se distingue de las ‘desviaciones del racionalismo’ de la *Aufklärung*, es fruto de la fe cristiana, y llega a ser incomprensible si se aísla de esta fe”.

¹⁷ “La universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos sirven como garantía para la salvaguardia de la dignidad humana. (...) Estos derechos se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y civilizaciones. Arrancar los derechos humanos de este contexto significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista, según la cual el sentido y la interpretación de los derechos podrían variar, negando su universalidad en nombre de los diferentes contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos”. (Mensaje de Benedicto XVI a la Asamblea General de Naciones Unidas, de 18 de abril 2008). Cfr. también: TARCISIO BERTONE, *Los derechos humanos en el Magisterio de Benedicto XVI, LX Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Madrid, 5-2-2009, pp. 23 y ss. Un profundo estudio sobre la ley natural y la Ética universal, puede verse en el Documento de la Comisión Teológica Internacional “En busca de una Ética universal”, de 2009, que concluye: “La

Como lógica consecuencia de esta concepción Ética, cualquier conducta o forma de actuar sería en sí misma tan válida como la contraria, todo dependerá de cuál sea la que haya alcanzado mayor consenso¹⁸. La necesidad de justificar un comportamiento moral que no cuenta con un fundamento incondicional, sino que sólo es válido por el consenso otorgado en un momento determinado, corre el peligro de convertirla Ética de mínimos en una Ética de minorías, “las formadas por individuos capaces de un cierto discurso racional y de participar activamente en el discurso moral constituyente”¹⁹. De manera que, de hecho, la fe en Dios, vendría a ser “sustituida por una especie de fe en la élite que discute y gobierna los valores”²⁰. Dicho con palabras de la Conferencia Episcopal Española, “la sociedad entera queda

Iglesia católica, consciente de la necesidad que tienen los hombres de buscar en común las reglas para vivir juntos en la justicia y en la paz, desea compartir con las religiones, las sabidurías y las filosofías de nuestro tiempo, los recursos del concepto de ley natural. Llamamos ley natural al fundamento de una Ética universal que tratamos de encontrar a partir de las observaciones y de la reflexión sobre nuestra común naturaleza humana. Es la ley moral inscrita en el corazón de los hombres, y de la cual la humanidad es cada más consciente a medida que avanza en la historia. Esta ley natural no tiene nada de estático en su expresión; no consiste en una lista de preceptos definitivos e inmutables. Es una fuente de inspiración que brota continuamente en la búsqueda de un fundamento objetivo para una Ética universal” (n. 113), en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_con_cfaith_doc_20090520_legge-naturale_sp.html[6.VII.2017].

¹⁸ Instrucción Pastoral de 23 de noviembre de 2006 (LXXXVIII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española), “Orientaciones morales ante la situación actual de España”, n. 52. “Hay quien piensa que la referencia a una moral objetiva, anterior y superior a las instituciones democráticas, es incompatible con una organización democrática de la sociedad y de la convivencia. Con frecuencia se habla de la democracia como si las instituciones y los procedimientos democráticos tuvieran que ser la última referencia moral de los ciudadanos, el principio rector de la conciencia personal, la fuente del bien y del mal. En esta manera de ver las cosas, fruto de la visión laicista y relativista de la vida, se esconde un peligroso germen de pragmatismo maquiavélico y de autoritarismo. Si las instituciones democráticas, formadas por hombres y mujeres que actúan según sus criterios personales pudieran a ser referente último de la conciencia de los ciudadanos, no cabría la crítica ni la resistencia moral a las decisiones de los parlamentos y de los gobiernos”. En el mismo sentido, CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 134, ha señalado que “El diálogo es sin duda alguna un valor y la sociedad democrática es y debe ser una sociedad dialógica en la que se confía no en la imposición sino en la convicción. Pero el diálogo implica una referencia a algo que está más allá del diálogo mismo, es decir a la verdad a la que el diálogo abre y a la que se ordena. Más aún, sin la referencia, al menos implícita, a lo que es y vale en sí, no sería posible un diálogo auténtico quedando entonces solamente campo para la negociación”. ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El ejercicio de las objeciones de conciencia en una sociedad postmoderna*, en “Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte de Chile” año 16, n. 2, 2009, pp. 21 y ss., aporta interesantes argumentos acerca de la preponderancia del elemento formal sobre el material en la labor legislativa. Por su parte, desde el punto de vista filosófico, ya afirmaba MANUEL GARCÍA MORENTE, *Lecciones preliminares de Filosofía*, 16ª ed., Buenos Aires, 1938, p. 373, “sobre los valores se puede discutir, y si se puede discutir de los valores es que a la base de la discusión está la convicción profunda de que son objetivos” (...) “podríamos decir que los valores se descubren”.

¹⁹ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 130.

²⁰ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 131.

a merced de las opiniones y deseos de una o de pocas personas que se arrogan unos poderes cuasi absolutos que van evidentemente más allá de su competencia”²¹.

Pero la consecuencia de esa privatización de la moral no parece que sea un mejor entendimiento entre todas las Éticas privadas, a través de una universalización del mínimo racional común a todas ellas²², sin dejar por ello de ser Ética y reducirse al Derecho. Por el contrario, “la época moderna se ve obligada a renunciar a una visión unívoca de la realidad y a la pretensión de poder describirla acabadamente en términos de verdad; es decir, obligada a renunciar al pensamiento metafísico. Como consecuencia, la Modernidad fracasaría también en el intento de continuar defendiendo la Ética y su jerarquía objetiva de valores y preceptos. La realización de esta dinámica concluye dando lugar a un paradigma cultural absolutamente inédito: el del *politeísmo ético*, según expresión del propio Weber”²³. Si la Ética no es universal, “los hombres se deben acostumbrar a considerarse de modo recíproco como *extranjeros morales*”²⁴. Como todas las relaciones sociales humanas necesitan del lenguaje, éste deberá ser un lenguaje jurídico, ya no un lenguaje ético²⁵.

En suma, como se ve, la subjetivización de la Ética, desligándola de una referencia objetiva a la verdad²⁶, tanto puede conducir a “la Ética de mínimos de la ciudadanía social cosmopolita” como al “politeísmo ético de los

²¹ Instrucción Pastoral de 23 de noviembre de 2006 (LXXXVIII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española), “Orientaciones morales ante la situación actual de España”, n. 54. La cita comienza “Si los parlamentarios, y más en concreto, los dirigentes de un grupo político que está en el poder pueden legislar según su propio criterios, sin someterse a ningún criterio moral socialmente vigente y vinculante...” Entendemos que lo que se dice de los grupos políticos o mayorías parlamentarias, es plenamente aplicable a las élites intelectuales.

²² FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno*, en “Persona y Derecho”, 49, 2000, p. 19, “Sería vano el esfuerzo de intentar reconducir a la unidad, con la paciencia de la argumentación racional, todas las opciones” singulares”

²³ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, p. 19.

²⁴ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, p. 20, siguiendo a Hugo Tristram Engelhardt jr.

²⁵ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, p. 20.

²⁶ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, p. 30, “Si se piensa por el contrario, que el bien no encuentra su fundamento en lo verdadero, habría que admitir con Nietzsche- que sí es bueno no es común y si es común no es bueno (*Jenseits von Gut und Böse*, § 43). Siendo coherentes, habría que concluir también la imposibilidad de fundar una coexistencia pacífica y no violenta; faltos de una existencia común no habría razón para que el “bien” (subjetivo e incommunicable) del más fuerte no se impusiera, gracias a la fuerza, sobre el “bien” (no menos subjetivo e incommunicable) del débil”.

extranjeros morales”²⁷. En ambos casos la Ética parece reducirse a la legalidad²⁸, por las dificultades que presenta distinguir el Derecho positivo de la Ética de mínimos, y porque entre “extranjeros morales” sólo se podría hablar un lenguaje jurídico, no ético.

La reflexión sobre la Ética de mínimos está inseparablemente unida a la relación entre Moral y Derecho. Ya hemos anticipado que resulta difícil distinguir entre Ética de mínimos y Derecho positivo. Ahora conviene añadir que, ciertamente, no todo lo que resulta moralmente reproachable deber ser jurídicamente sancionado en el ámbito penal. Sin embargo, el Derecho no puede reducirse a las meras relaciones de poder²⁹. Como advertía Benedicto

²⁷ En opinión de Engelhardt, “ninguna concepción material del bien puede hacer posible en la época postmoderna un diálogo interpersonal entre quienes se reconocen recíprocamente como ‘extranjeros morales’. En el enrarecido contexto ético en el que vivimos, la única vía posible que queda a disposición de los hombres es la del acuerdo. No cabe, obviamente fundar ese acuerdo en buenas razones, dado que en el horizonte postmoderno no es posible individuar un contenido objetivo –y por lo tanto bueno- captable por la razón; sólo queda la mera buena voluntad de los individuos de ponerse de acuerdo. Sólo ‘la autoridad de un acuerdo común puede ofrecer apoyo general a una estructura moral que vincule a los extranjeros morales’. Lo que nos queda a los hombres postmodernos es, si acaso, una especie de derecho natural mínimo, que remite a la posibilidad de que, con gran paciencia, las personas inicien diálogo para encontrar convenientemente, una solución a sus conflictos y, más en general, posibles modalidades de coexistencia” FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, p. 20.

²⁸ “La experiencia nos enseña que, a menudo, la legalidad prevalece sobre la justicia cuando la insistencia sobre los derechos humanos los hace aparecer como resultado exclusivo de medidas legislativas, o de decisiones normativas tomadas por las diversas agencias de los que están en el poder. Cuando se presentan simplemente en términos de legalidad, los derechos corren el riesgo de convertirse en proposiciones frágiles, separadas de la dimensión Ética y racional, que es su fundamento y su fin. Por el contrario, la Declaración Universal ha reforzado la convicción de que el respeto de los derechos humanos está enraizado principalmente en la justicia que no cambia. Esta intuición fue expresada, en el siglo V, por Agustín de Hipona, uno de los maestros de nuestra herencia intelectual. Decía que la máxima no hagas a otros lo que no quieras que te hagan a ti, en modo alguno puede variar, por mucha que sea la diversidad de las naciones” (Mensaje de Benedicto XVI a la Asamblea General de Naciones Unidas, abril 2008).

²⁹ ANDRÉS OLLERO, *El Derecho en Teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*, Cizur Menor, 2007, cita en el capítulo III, que “un conocido diputado en la discusión parlamentaria del art. 15 de la Constitución española, cuando se debatía si el derecho a la vida debería reconocerse a todos o únicamente a los considerados personas, señaló: Desengañese sus señorías. Todos saben que el problema del Derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, ‘todos’ permitirá una ley de aborto; y si hay un tribunal constitucional y una mayoría antiabortista, la ‘persona’ impide la ley del aborto”. Para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que en las cuestiones fundamentales del derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta: en el proceso de formación del derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación. *En el discurso del Santo Padre Benedicto XVI en el Reichstag de Berlín (22 de septiembre de 2011)*, señalaba, “para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que en las cuestiones fundamentales del derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría

XVI en El Escorial, “cuando la sola utilidad y el pragmatismo inmediato se erigen como criterio principal, las pérdidas pueden ser dramáticas desde los abusos de una ciencia sin límites, más allá de ella misma, hasta el totalitarismo político que se aviva fácilmente cuando se elimina toda referencia superior al mero cálculo de poder”³⁰.

Si el Derecho es algo puramente formal o procedimental, ajeno a la moral, entonces el Derecho no es algo justo sino sólo el “disfraz” (en palabras de Ollero) de la ideología de la mayoría. Resulta, pues, necesario justificar ¿por qué el Derecho debe prestar su *vis* coactiva a la mayoría dominante?

Determinadas exigencias morales de indiscutible relevancia pública -como lo son todas las cuestiones relativas al comienzo y al término de la vida, por ejemplo-, constituyen en verdad “el núcleo duro” de lo jurídico, no pueden ser consideradas como cuestiones privadas, propias de lo que en el apartado anterior hemos llamado Éticas “felicitanes”, o que conducen a la felicidad, pero que serían cuestiones en las que no se dilucida ninguna cuestión de justicia (esto es, jurídica).

Algunos autores anglosajones tienden a caracterizar como derechos morales a aquellas exigencias morales permanentemente ligadas a lo más básico del ser humano, no dependientes de meras consideraciones coyunturales de oportunidad o eficacia. Por ello se propone que queden fuera del juego democrático de la mayoría parlamentaria alcanzada en cada legislatura. “Así lo proclama Rawls: ‘Cuando determinados asuntos son eliminados de la agenda política dejan de ser considerados como objetos propiamente dichos de decisión política sujeta a la regla de la mayoría o a otra regla electoral pluralista. Por ejemplo, en lo que respecta a la igual libertad de conciencia y al rechazo de la esclavitud y la servidumbre, eso significa que las libertades básicas iguales que abarcan constitucionalmente esos asuntos se consideran razonablemente fijadas, correctamente sentadas de una vez por todas. Forman parte

no basta: en el proceso de formación del derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación” (...). ¿Cómo se reconoce lo que es justo? En la historia, los ordenamientos jurídicos han estado casi siempre motivados de modo religioso: sobre la base de una referencia a la voluntad divina, se decide aquello que es justo entre los hombres. Contrariamente a otras grandes religiones, el cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un derecho revelado, un ordenamiento jurídico derivado de una revelación. En cambio, se ha remitido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del derecho, se ha referido a la armonía entre razón objetiva y subjetiva, una armonía que, sin embargo, presupone que ambas esferas estén fundadas en la Razón creadora de Dios”, el texto puede verse en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin_sp.html [6.VII.2017]

³⁰ Estas palabras del Romano Pontífice están recogidas del encuentro con profesores universitarios en El Escorial (viernes, 19 de agosto, de 2011), refiriéndose a la Universidad, pero resultan perfectamente aplicables al Derecho, en nuestra opinión.

del carácter público de un régimen constitucional, y no son un lugar común del debate político en curso y de la actividad legislativa, como si pudieran ser modificadas, de una u otra manera, por las mayoría de turno”³¹.

Conviene reflexionar acerca de las consecuencias de este planteamiento. Al exponer qué se entiende por Ética de mínimos, hemos visto que “no puede apoyarse en nada”³², que se basa en el consenso. Ahora se da un paso más. Alcanzados unos determinados logros, éstos ya quedan fuera de la agenda política, de la posibilidad de ser discutidos y sometidos de nuevo al consenso; es decir, se sustraen a las reglas democráticas de la mayoría³³. Pero ¿quién determina cuáles son esos logros? Con los ejemplos citados u otros (eliminación de la esclavitud, de la xenofobia, etc.), estoy de acuerdo; pero si se consideran “logros” el aborto o la eutanasia, no. Se estaría sustrayendo al juego de la democracia unos contenidos que no tendrían –según los planteamientos de esta concepción ética- otra justificación que la de haber logrado en otra época el consenso social. De este modo, se estaría cercenando la posibilidad de que la alternancia política en una democracia pueda cambiar los contenidos de determinadas leyes, sin fundamentarlo en algo objetivo. Si no hay fundamento ético al margen del consenso, ¿cuál sería entonces la razón por la que el “logro” que debe quedar fuera del debate es uno (el pretendido derecho al aborto de la mujer) y no otro (la defensa de la vida del no nacido)?

La traducción en la práctica del Derecho de la concepción filosófica de la Ética de mínimos, ha llevado a la despenalización primero, a la legalización después y recientemente a la consideración del aborto como un derecho³⁴. Hemos pasado de considerar que no se puede exigir desde fuera (desde el Derecho) a toda mujer embarazada que lleve a término su embarazo a

³¹ ANDRÉS OLLERO, *El Derecho en Teoría...*, III, 1. B

³² VICTORIA CAMPS, *La imaginación ética*, Barcelona, 1991, p. 48 y p. 184.

³³ Una crítica a la Ética de mínimos argumentando cierta carencia democrática por la falta de consideración de las minorías “El contenido moral no puede ir más allá del núcleo mismo que la sociedad establece mediante el diálogo y el consenso de sus miembros. Toda referencia a principios morales históricamente relevantes, constituye una propuesta que debe ser convalidada por el común acuerdo de los ciudadanos. Pero el problema es aún mayor, porque el juego democrático cuenta con mayorías y minorías, y forma parte de la entraña de la democracia el gobierno de la mayoría junto al respeto de las minorías. En la Ética civil, sin embargo, no están previstas estrictamente las minorías, puesto que se trata de exigencias para todos, ya que todos teóricamente pueden acceder a la racionalidad de esos deberes” (CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, p. 132).

³⁴ RAFAEL NAVARRO-VALLS, *Análisis jurídico del Proyecto de Ley del aborto*, en *www.iustel.com* “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 22, 2010. ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España*, en *www.iustel.com* “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 22, 2010.

considerar que tiene derecho a abortar libremente (con cargo a los servicios públicos de salud, como una prestación sanitaria más) en las primeras 14 semanas³⁵. Desde los planteamientos de esta concepción ética traducida en la correspondiente norma jurídica, quien quiera llevar a término su embarazo, tiene derecho a hacerlo. Y, de igual modo, puede abortar quien quiera hacerlo. Ése es el resultado al que ha llevado la Ética de mínimos en la regulación de la Ley de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo vigente en España. A este resultado se ha llegado “por consenso”, según la terminología de la Ética civil. Para la terminología jurídica sería “por mayoría parlamentaria”. En cualquier caso, lo que permite este resultado es que no hay un límite objetivo, indisponible para las mayorías.

Ciertamente, se contempla la posibilidad de interponer objeción de conciencia. Sin embargo, el recurso a la objeción de conciencia no deja de ser un mal menor que no cambia la argumentación. La objeción de conciencia vendría a ser una cierta tolerancia de la Ética privada en el ámbito público. En el trasfondo de este planteamiento late, en mi opinión, una concepción protestante de la relación entre conciencia y ley. Según la concepción protestante, la conciencia es fuente de legalidad. Con frecuencia, las libertades individuales son reconocidas en atención preferente (si no exclusiva) a la interpretación subjetiva del titular, más que a su dignidad objetiva³⁶. Dicho en términos tradicionales, en la concepción protestante el dictamen de la conciencia tiene valor normativo por sí mismo, sin referencia a la ley natural.

El recurso reiterado a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario³⁷ debe realizarse desde la perspectiva del máximo respeto a los dos polos del Derecho: el polo objetivo (que crea en torno a sí el campo de fuerza determinante del mayor número de garantías posibles para la seguridad en el tráfico de las relaciones jurídicas) y el polo subjetivo (cuyo ámbito de atracción se ejerce a favor del titular de cada derecho). Cuando no hay ninguna referencia objetiva en el ejercicio de la libertad subjetiva, se acaba en la justificación de la banalidad, y termina por rebajarse el valor del objeto que defiende

³⁵ Un desarrollo sobre la concepción como un derecho de la práctica del aborto, puede verse en IAN SHAPIRO, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, Madrid, 2009.

³⁶ CÉSAR IZQUIERDO, *La moral de la sociedad. La ética civil: un intento de moral no religiosa...*, pp. 136-137, “La naturaleza humana (...) expresa el núcleo objetivo indispensable para que la evolución histórica no acabe relativizando toda propuesta ética. A partir de la naturaleza humana se puede hablar con sentido de la dignidad de la persona humana, principio clave de toda propuesta ética, de la libertad, de la solidaridad y en definitiva del conjunto de los valores que crean la sociedad y la hacen más justa”.

³⁷ Sobre este tema, consultar por todos: ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Derecho y conciencia en las profesiones sanitarias*, Madrid, 2009.

un bien objetivo. Si todo depende de la interpretación subjetiva del titular del derecho, es fácil caer en la justificación de cualquier conducta, sin que se pueda decir en rigor que una determinada conducta es contraria a la Ética³⁸. Esta “subjetivización” alcanza su exponente máximo con la eutanasia³⁹, cuando la vida deja de tener valor para su propio titular. En el plano jurídico, no se ha llegado a considerar amparada por el ordenamiento jurídico esa concepción ética a nivel de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos⁴⁰, pero ésa es la concepción ética subyacente en los Estados que permiten la eutanasia⁴¹.

Si del nivel individual del titular del derecho, se pasa a una visión del

³⁸ Desde otra perspectiva, RAFAEL NAVARRO VALLS – JAVIER MARTÍNEZ TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, 2011, p. 159, citando la resolución adoptada por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (Washington, 6 de octubre de 2002), sostiene que “la eutanasia, es decir, el acto deliberado de poner fin a la vida de un paciente, aunque sea por voluntad propia o a petición de sus familiares, es contraria a la Ética. Ello no impide al médico respetar el deseo del paciente de dejar que el proceso natural de la muerte siga su curso en la fase terminal de su enfermedad”.

³⁹ La declaración sobre la eutanasia de la Congregación para la doctrina de la fe, la define como una “acción o una omisión que por su naturaleza y por la intención, causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor” Documento *Iura et bona*, Mayo 1980. En Léxico del Consejo Pontificio para la familia, 2ª. Ed., Madrid, 2006, p. 349, “acto de matar deliberadamente a un enfermo incurable para poner fin a su sufrimiento, es decir por razones de piedad”. Cfr.: Encíclica *Evangelium vitae*, nn. 65-67.

⁴⁰ RAFAEL NAVARRO VALLS – JAVIER MARTÍNEZ TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, 2011, pp. 160-161, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Pretty, en 2002, al rechazar el recurso presentado por una mujer aquejada de una enfermedad neurodegenerativa, que pretendía que se permitiera a su esposo darle muerte, afirmó que del derecho a la vida reconocido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos no se puede deducir de un ‘derecho a morir’, a sea por la mano de un tercero o por la asistencia de una autoridad pública, poniendo el acento en la primaria obligación de proteger la vida que recae sobre los Estados”.

⁴¹ Un buen resumen en ANDRÉS OLLERO, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Cizur Menor, 2006, p. 188, expone “los argumentos más frecuentemente esgrimidos para apoyar la despenalización de la eutanasia: 1º. El Derecho, al regular el ámbito de lo público, no tiene por qué asumir exigencias morales, por legítimas que sean en el ámbito de la autodeterminación privada; 2º. Sobre todo si emanan de códigos confesionales dada la libertad de conciencia exigible en una sociedad plural y secularizada; 3º. No cabría, pues, recurrir al Derecho para imponer las propias convicciones a los demás, obligando –por ejemplo- a sufrir a quien no se considera en condiciones de soportarlo. Ello sería particularmente indiscutible si halláramos ante una eutanasia pasiva, que sólo pretendería aliviar el dolor del paciente, aunque indirectamente pueda acortar su vida; 4º. Más que reprimir –por vía jurídica- la libertad, sería preferible promover condiciones sociales distintas de las que puedan estar empujando a ejercerla en una dirección desaconsejable; 5º. Cada cual ha de gozar de libertad a la hora de orientar el desarrollo de su personalidad, de lo que cabría incluso derivar la existencia de un derecho a la muerte; 6º. Aunque, por el contrario, se considerara el derecho a la vida como irrenunciable, podría apuntarse que la protección que el art. 15 de la CE garantiza a la vida debería entenderse reservada a la que aún reúna unos niveles mínimos de calidad que vendrían exigidos por la misma dignidad humana; 7º. En todo caso, el Estado debe mantener una inhibición neutral ante esas cuestiones morales polémicas, en beneficio de una mayor libertad de los ciudadanos.

conjunto, a lo que se llega en último extremo es que al dar igual valor a “la multiplicidad de visiones éticas del mundo, se acaba privándolas de dignidad al hacerlas todas, en definitiva, irrelevantes”⁴².

A favor de la objeción de conciencia, se sostiene que en casos como éste no se está ante una objeción de conciencia, sino ante una objeción de legalidad⁴³. En todo caso, estaríamos entonces ante un ordenamiento jurídico contradictorio⁴⁴ en sí mismo, porque permite simultáneamente, y dentro del mismo ámbito de vigencia territorial de la ley, una conducta y su contraria, siendo ambas igualmente legales.

Benedicto XVI, en su discurso al Parlamento alemán, se preguntaba “¿Cómo podemos reconocer lo que es justo? ¿Cómo podemos distinguir entre el bien y el mal, entre el derecho verdadero y el derecho sólo aparente? (...) Para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que en las cuestiones fundamentales del Derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta: en el proceso de formación del Derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación”⁴⁵.

El Cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un ordenamiento jurídico derivado de una revelación, se ha referido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del Derecho, se ha referido a la armonía entre razón objetiva y subjetiva; una armonía, que, sin embargo, presupone que ambas esferas estén fundadas en la razón creadora de Dios⁴⁶. Ciertamen-

⁴² FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, pp. 24-25. Esto lleva al autor a decir que la Ética se encuentra en una situación de malestar, que se concreta en la “tentación de conferir a la constatación fáctica de la multiplicidad sociológica de las morales el rango de valor, que es como –a los ojos de muchos- debería entenderse el politeísmo ético”.

⁴³ RAFAEL NAVARRO VALLS – JAVIER MARTÍNEZ TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley...*, p. 163, en los tres países europeos en los que la eutanasia está legalizada (Holanda, Bélgica y Luxemburgo), la posibilidad de colaborar en estas prácticas de eutanasia o asistencia al suicidio, más que de una objeción de conciencia, admiten la objeción de legalidad. Basta la negativa a practicarla, que está reconocida en la propia ley, sin que haya que alegar motivos de conciencia. Cfr. también JOSÉ MIGUEL SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Sobre el reconocimiento y regulación legal del derecho a la eutanasia*, en “Humana Iura: suplemento de derechos humanos”, 10, 2000, pp. 111-141. IDEM, *Eutanasia y objeción de conciencia*, en “Anuario de Derechos Humanos”, 9, 2009, pp. 501-525.

⁴⁴ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno...*, p. 29, “Para que la misma palabra dignidad tenga sentido, es necesario postular la primacía de lo universal sobre lo particular, de la igualdad sobre la diferencia, de lo absoluto sobre la historia y –si queremos recurrir a expresiones filosóficamente más fuertes- del bien sobre el mal”.

⁴⁵ Discurso de Benedicto XVI en el Parlamento alemán, 22 de septiembre de 2011, en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2011/september/documents/bf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin_sp.html. [6.VII.2017]

⁴⁶ Discurso de Benedicto XVI en el Parlamento alemán, 22 de septiembre de 2011.

te, ninguna de las principales confesiones cristianas impone a la sociedad un orden jurídico, invocando el título de la Revelación. Sin embargo, dentro del Cristianismo hay diferencias de concepción entre el Magisterio de la Iglesia católica y la doctrina de Lutero en lo que se refiere a las relaciones entre el orden objetivo y el orden subjetivo del Derecho.

Resulta conocida la negación del *Iusdivinum* por parte de la Reforma⁴⁷. El Derecho divino suponía la base ontológica del Derecho en la escolástica clásica. Dicho de otro modo, el iusnaturalismo fundamenta el Derecho en una verdad ontológica permanente⁴⁸. Puesto que cualquier profundización en la aplicación del Derecho supone encontrarse de frente con la antinomia entre la justicia individual y la aspiración del Derecho objetivo a ser aplicado de modo general, necesariamente cualquier alteración en el modo de concebir la libertad humana y la fundamentación del Derecho objetivo trae consecuencias de hondo calado. Así ocurrió con el individualismo al que conduce la concepción luterana de la libertad y con la necesidad de buscar una nueva legitimación del Derecho que no fuera el Derecho divino.

Este apartamiento del *Iusdivinum* trajo consigo la necesidad de buscar la fundamentación del Derecho en otra instancia; surgió así el llamado Derecho racional, al atribuirse a la razón humana la categoría de fuente de legitimación del Derecho. Éste es construido exclusivamente a partir de la razón, “incluso si Dios no existiera”⁴⁹. Posteriormente, se irían abandonando las fórmulas abstractas del iusnaturalismo racionalista, para dar paso a la “positividad” (el Derecho positivo), llegándose a rechazar “toda instancia de legitimación que trascienda al ‘Derecho puesto’, afirmándose así la soberanía política en un ámbito secularizado”⁵⁰. Lutero reduce la *lex divina* a la vida espiritual, escondida e individual de un cristiano, y el *iusdivinum* a la vida espiritual en común de sus discípulos (el *iusdivinum* es el *ius* de la *Ecclesiaabscondita*)⁵¹. Ciertamente,

⁴⁷ La monografía más completa que conocemos sobre este tema, sigue siendo la de UVO ANDREAS WOLF, *IusDivinum. Erwägungen zur Rechtsgeschichte und Rechtsgestaltung*, München, 1970.

⁴⁸ ANDRÉS OLLERO, *Positividad jurídica e historicidad del derecho*, en “Anuario de Filosofía del Derecho”, II, 1985, pp. 285 y ss.

⁴⁹ ERNST TROELSTICH, *Gesammelte Schriften, IV. Aufsätze zur Geistesgeschichte und Religionssoziologie*, HANS BARON (Hrsg.), Tübingen, 1925, reimpresión Darmstadt, 1966, p. 178.

⁵⁰ ANDRÉS OLLERO, *Positividad jurídica e historicidad del derecho...*, p. 288, siguiendo a Luhmann.

⁵¹ JOHANNES HECKEL, *Recht und Gesetz, Kirche und Obrigkeit in Luthers Lebrevordem Themenanschlag vom 1517. Eine juristische Untersuchung*, en “Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Kanonistische Abteilung”, 57, 1937, pp. 285 y ss. UVO ANDREAS WOLF, *Ius Divinum...*, p. 88. ADOLFO GONZÁLEZ MONTES, *Coordenadas histórico-dogmáticas de la Ecclesiología de Martín Lutero y las líneas estructurales de la Ecclesiología católica*, en “Diálogo Ecueménico”, v. 18, n. 61-62, 1983, pp. 243-260.

Melanchton (1497-1565)⁵² y su escuela intentaron volver a acercarse a la doctrina del Derecho natural católico, pero no consiguieron un resultado duradero.

La Reforma, al situar a la conciencia como fuente autónoma de moralidad, desplaza la centralidad de la persona en el Derecho, poniendo en su lugar a la subjetividad, desequilibrando así el polo objetivo y el polo subjetivo del Derecho. La negación del Derecho divino abocó al Derecho a la necesidad de buscar nuevas instancias de legitimación, y, con frecuencia, esas nuevas fuentes han supuesto un fortalecimiento del Estado o de las distintas instituciones de poder público (absolutismo e idealismo).

El iusnaturalismo racionalista de los juristas de la Reforma, concibió dos órdenes o sistemas distintos y separados: uno natural y otro positivo. Esta distinción condujo posteriormente a la negación del Derecho natural como Derecho vigente. El Derecho positivo es un sistema jurídico que se caracteriza por disponer de garantías judiciales y de ejecución coactiva, el Derecho natural carece de ambas. La consecuencia es que el Derecho natural no sería propiamente Derecho (Hobbes, Thomasio). El Derecho natural entendido no como verdadero Derecho sino como moral o ética sociales es una derivación directa de la Escuela racionalista del Derecho Natural⁵³ e indirecta del pensamiento de Lutero sobre el Derecho natural.

En opinión del reformador, la palabra *liberumarbitrium* debería desaparecer del lenguaje de los hombres. Esto sería lo más seguro y lo más religioso⁵⁴. Al describir la naturaleza de la libertad, Lutero la reduce al libre arbitrio: “*iusutendi, faciendi, omittendi pro libero arbitrio*”; es decir, derecho a usar, obrar u omitir conforme al libre capricho. La libertad queda en cierto modo confundida con el dominio sobre las cosas materiales; ya no es concebida como una cualidad del ser dotado de inteligencia y voluntad – cuya finalidad es la perfección de ese mismo ser-, sino como algo cerrado en sí mismo, anárquico y ateleológico: mero derecho de usar y abusar sin referencia al orden del ser⁵⁵.

A ello debe añadirse que en la concepción luterana es la propia subjeti-

⁵² Afirmó que la ley natural ha sido conocida por todos los pueblos y en todos los tiempos, está expresada en el Decálogo, y no fue derogada por el Evangelio. Una exposición detallada de su doctrina, puede verse en CLEMENS BAUER, *Die Naturrechtsvorstellungen des jüngeren Melanchthon*, en VV. AA., *Festschrift für Gerhard Ritter zuseinem 60. Geburtstag*, Tübingen, 1950, pp. 244-255. Un breve resumen se encuentra en ALFRED VERDROSS, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas...*, p. 143.

⁵³ JAVIER HERVADA XIBERTA, *Vetera et Nova...*, p. 613.

⁵⁴ LUCAS FRANCISCO MATEO SECO, *Ley y libertad según Lutero. (Análisis de las consecuencias antinomistas de un planteamiento teológico)*, en “Persona y Derecho”, n. 7, 1980, p. 162.

⁵⁵ LUCAS FRANCISCO MATEO SECO, *Ley y libertad según Lutero...*, p. 163.

vidad la que fundamenta la salvación⁵⁶. El hombre se salva sin necesidad de cumplir ninguna ley. La subjetividad se convierte así en el lugar hermenéutico de toda Revelación cristiana⁵⁷ y de la intelección del mundo, el punto de partida para interpretar el ser. De hecho, se ha afirmado que “la modernidad es la historia de la radicalización de la subjetividad”⁵⁸. Pero si es la subjetividad humana la que crea la verdad, se sigue inevitablemente que también es la que crea el bien. Si la subjetividad crea la moralidad, el hecho de que moralidad y legalidad se confundan (e incluso de que la legalidad cree la moralidad) no tiene en la concepción protestante los tintes dramáticos que tiene en la concepción católica⁵⁹.

Desde una concepción escolástica de la ley, ésta encuentra su fundamento en el orden natural (la ley natural). A su vez, la ley natural encuentra su fundamento en Dios. La ley humana, para ser justa, debe respetar –o al menos no contradecir– la ley natural. La ley no puede tener otra finalidad que la del bien común; esto es, el de toda la sociedad. Por su parte, la conciencia individual no es creadora de la ley sino sólo encargada de aplicarla a la conducta concreta que debe adoptar el sujeto en cada momento. Una ley humana que vaya en contra de la ley natural no se considera ley, y por tanto, no cabe propiamente una objeción de conciencia a la ley. Cuando una autoridad dicta una norma contraria a la ley natural, ese precepto humano no obliga, sino que más bien surge el deber de resistirlo. Mientras este planteamiento fue aceptado por los legisladores bastaba invocar la ley natural – sin necesidad de acudir a la fuerza normativa de la propia conciencia – no ya para quedar eximido del cumplimiento del tal norma, sino para convertirse en obligado a combatirla.

⁵⁶ LUCAS FRANCISCO MATEO SECO, *Ley y libertad según Lutero...*, p. 161.

⁵⁷ LUCAS FRANCISCO MATEO SECO, *Ley y libertad según Lutero...*, p. 162.

⁵⁸ DANIEL INNERARITY GRAU, *Modernidad y postmodernidad*, en “Anuario filosófico”, v. 20, 1987, p. 110, La evolución del principio moderno de la subjetividad encuentra su punto de apogeo en el idealismo (p. 112). Cuando Hegel establece la identidad de lo real y lo racional, de la ontología y la lógica, está formulando la solución más congruente con el espíritu de la modernidad para resolver el problema de la escisión entre mundo y subjetividad. «El pensamiento es actividad subjetiva. Así se inicia la edad de la reflexión subjetiva y se pone al absoluto como sujeto. Con este principio comienza la época moderna» (p. 113). Pero ha sido Nietzsche quien, a mi modo de ver, ha puesto un mayor énfasis en este rasgo de la filosofía moderna, al sostener que el hombre debe vivir oponiéndose al mundo. La voluntad de poder es una tenaz afirmación de sí mismo frente a la naturaleza. Nietzsche agota la posibilidad que había abierto el idealismo al desarrollar el planteamiento crítico: la configuración subjetiva de la objetividad, el poner (*setzen*) del sujeto, hace patente la función normativa de la conciencia sobre la realidad (p. 114). Sobre el pensamiento de Hegel respecto al Derecho natural, cfr.: DALMACIO NEGRO PAVÓN, *El Derecho natural y la política*, en “Revista de estudios políticos”, n. 194, 1974, pp. 57 y ss., especialmente pp. 101-104 y ss.

⁵⁹ ROBERT P. GEORGE McCORMICK, *Natural Law, God and Human Rights*, en JUAN IGNACIO ARRIETA (a cura di), *IllusDivinummella Vita della Chiesa*, Venezia, 2008, pp. 1269 y ss., hace una propuesta de solución a este problema desde la perspectiva de la moderna Filosofía del Derecho.

Desde esta perspectiva, había también supuestos en los que se atendía a situaciones individuales del sujeto y éste quedaba exceptuado de la aplicación de la ley, bien para evitar males mayores (éstos eran propiamente los supuestos de tolerancia), bien porque sin estar contemplados en la letra de la ley, atendidas las circunstancias del caso, se consideraba que la solución más justa era esa, según el propio espíritu de la ley. Se hablaba pues, de tolerancia, de equidad, de epiqueya⁶⁰, y no de objeción de conciencia. En estos casos, la razón para adoptar una medida individual, al margen o contraria al tenor literal de la ley era la propia ley: bien considerando el fundamento de su obligatoriedad, bien atendiendo a los valores de los que la propia ley era portadora. En la tradición escolástica mantenida durante siglos en el Derecho europeo, el fundamento de las excepciones a la ley no es la propia conciencia, y menos aún puede pensarse que el fundamento de la ley sea la conciencia⁶¹.

¿Cabe decidir sobre lo que debe dejarse a la moral privada de cada uno, y lo que debe regular el Derecho (una vez alcanzado ese consenso ético mínimo), sin contar previamente con una decisión ética? ¿Por qué es una cuestión privada disponer sobre el término de la propia vida (y por tanto un Derecho “neutral” debería dejarlo a la libre decisión de cada uno), y no es una cuestión privada que los propietarios establezcan los límites y la extensión del derecho de propiedad, sino que corresponde al Derecho objetivo establecerlos? Sólo partiendo de una determinada concepción del hombre, y de su relación con la sociedad podemos intentar la delimitación entre aquello que es sólo moral (una cuestión privada) y aquello que es una exigencia jurídica, que debe regular el Derecho⁶². Más aún, como ha sido señalado con acierto, “el Derecho penal impone siempre convicciones. Cabría incluso afirmar que resultaría inconcebible si renunciara a ello; tan absurdo sería desde el punto de vista de su objeto, dar paso a la sanción penal sin estar convencido de que el bien protegido lo merezca, como dejar el cumplimiento de sus normas al libre arbitrio de cada sujeto”⁶³.

La Ética cívica no es neutral. Esta Ética de mínimos, que nos obligaría a dejar en el ámbito privado nuestra Ética de máximos, supone, en realidad, que otros han impuesto su Ética. La permisión del aborto, del vandalismo o

⁶⁰ MARÍA J. ROCA, *La tolerancia en el Derecho*, Madrid, 2009, pp. 39 y ss.

⁶¹ JOSÉ MORALES, *Una visión cristiana de la conciencia*, en “Persona y Derecho”, 5, 1978, pp. 539 y ss. GAETANO LO CASTRO, *Legge e coscienza*, en “Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica”, n. 2, 1989, pp. 17 y ss., también recogido en IDEM, *Il mistero del Diritto*, Torino, 1997. ARTHUR KAUFMANN, *Recht und Gewissen: Bemerkungen zum Problem der Rechtsgeltung*, en “Persona y Derecho”, 24, 1991, pp. 131 y ss.

⁶² ANDRÉS OLLERO, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Cizur Menor, 2006, p. 190.

⁶³ ANDRÉS OLLERO, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte...*, p. 191.

de la eutanasia no es una decisión neutral; por el contrario, supone una determinada concepción ética. La pretendida Ética de mínimos no es la “Ética justa en la vida pública”, es una concepción ética concreta, que quizá sea la expresión de un decaimiento ético, que trae su causa en una devaluación de la fe personal y comunitaria⁶⁴.

La distinción entre persona y ciudadano, que constituye uno de los presupuestos de la Ética de mínimos, supone una ruptura de la unidad de la persona. Difícilmente puede sostenerse con argumentos racionales esta ruptura y, a la vez, afirmar que se garantizan como derechos inalienables de la persona las libertades de expresión y manifestación en el ámbito público, conforme a la propia ideología, religión o creencias. De acuerdo con esta visión de la Ética de mínimos que se acaba de exponer, un católico en una sociedad occidental podría pensar en cuanto que persona lo que quisiera (defender la vida y no el aborto o la eutanasia) pero en cuanto ciudadano, tendría que reducir sus exigencias morales.

El reconocimiento de los derechos de la persona que dimanan de su dignidad es una aportación del cristianismo lograda en un largo recorrido histórico⁶⁵. La Teología católica ha reiterado la necesaria libertad personal para abrazar la fe, la ilicitud de la violencia y la coacción para transmitirla. Estos principios, son recogidos por los grandes teólogos y por los documentos del Magisterio. Desde la Edad Media hasta el Concilio Vaticano II, pueden encontrarse fundamentos de la moderna libertad religiosa. Aunque haya también algunos documentos del Magisterio⁶⁶ que se apartan de esa concepción personal de la libertad religiosa que hoy conocemos desde la *Dignitatis Humanae*.

Los principales textos internacionales reconocen la libertad religiosa, ideológica y de conciencia. Sin embargo, no hay una distinción clara en el

⁶⁴ BENEDICTO XVI – JOSEPH RATZINGER, *Los caminos de la vida interior. El itinerario espiritual del hombre*, Barcelona, 2011, p. 109, “cualquier decaimiento ético no se limita a la esfera individual, sino que al mismo tiempo es una devaluación de la fe personal y comunitaria: de ella deriva y sobre ella influye de forma determinante”.

⁶⁵ ALFRED DUFOUR, *Le discours et l'événement. L'émergence des droits de l'homme et le christianisme dans l'histoire occidentale*, en “Persona y Derecho”, 22, 1990, pp. 145 y ss.

⁶⁶ Cfr. el texto del *Syllabus* (de Pío IX), las Encíclicas *Mirari vos* (de Gregorio XVI), *Libertas praestantissimum* (de León XIII) y *Quod aliquantum* (de Pío VI). Para su estudio nos remitimos a JOSEF ISENSEE, *Keine Freiheit für den Irrtum. Die Kritik der katholischen Kirche des 19. Jahrhunderts an den Menschenrechtsstaatsphilosophischen Paradigma*, en “Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung”, 72, 1987, pp. 321 y ss. Para el Magisterio posterior, vid. JÉRÔME HAMER / YVES CONGAR (dirs.), *La libertad religiosa*, Madrid, 1969. CARLOS SOLER, *La libertad religiosa en la declaración conciliar “Dignitatis Humanae”*, en “Ius Canonicum”, 65, 1993, p. 15. FERNANDO OCÁRIZ, *Delimitación del concepto de tolerancia y su relación con el principio de libertad*, en “Scripta Theologica”, 27, 1995/3, pp. 865 y ss.

ámbito jurídico de los objetos protegidos por cada una de estas libertades⁶⁷. De ahí se deduce, en mi opinión, que hay una mayor influencia de la concepción protestante de la libertad de conciencia⁶⁸, que de la concepción católica por lo que se refiere a la relación entre conciencia y ley. En efecto, la Reforma proclamó la libertad de conciencia en la Iglesia y frente a la Iglesia; ese subjetivismo, constituye la base de la que se deriva la identificación entre religión y creencia⁶⁹, y entre convicciones teístas y no teístas⁷⁰, que hacen algunos Documentos de Naciones Unidas.

⁶⁷ Ello no obsta para que esta diferenciación pueda darse en el plano conceptual, como ha expuesto PEDRO JUAN VILADRICH, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en Vv. AA., *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 1980, pp. 267-269. Hay ediciones posteriores, y a este autor han seguido otros muchos, citamos aquí, de intento, la primera exposición que hizo este autor.

⁶⁸ La influencia protestante en los textos internacionales ha sido reiteradamente afirmada, cfr., por ejemplo: JORGEN NIELSEN, *Juridical problems facing Muslims in Western Europe*, en Pontificia Commissione per la PastoraledelleMigrazioni e del Turismo, n. 41. Menschen Unterwegs. Islam e mobilitàumana, XIV, Mai 1984, p. 140.

⁶⁹ En numerosos documentos de Naciones Unidas, “religión” y “creencia” son empleados como sinónimos. Cfr., p. ej.: E/CN.4/1996/95/Add.1, 2 de enero de 1996. Informe presentado por Abdelfattah Amor, representante especial de conformidad con la Resolución 1995/23 de la Comisión de Derechos humanos, después de la visita del Relator especial a Pakistán, en la parte relativa a las Conclusiones y recomendaciones: “En lo tocante a la legislación, el Relator Especial subraya que la religión del Estado o de Estado no se contradice por sí misma con los derechos humanos. Sin embargo, el Estado no debe constituirse en defensor de la religión para definir su contenido, sus conceptos, sus límites, salvo los que son estrictamente necesarios y que se indican en el párrafo 3 del art. 1 de la Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, así como en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El 20 de julio de 1993 el Comité de Derechos Humanos aprobó el Comentario General n. 22 relativo al artículo 18 del Pacto, en que se considera que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión es de largo alcance. El Comité subraya asimismo que las restricciones a la libertad de profesar una religión o creencia sólo se autorizan en caso de que las prescriba la ley, de ser necesarias para garantizar la seguridad, el orden y la salud públicos, así como para proteger la moral o las libertades o derechos fundamentales de los demás, y se aplican de manera que se vicie el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” (n. 81 del Informe). Sobre el tema, MARÍA J. ROCA, *La tolerancia en el Derecho*, Madrid, 2009, p. 125.

⁷⁰ “A los efectos de la presente convención:

a) la expresión ‘religión o creencia’ comprende las convicciones teístas, no teístas y ateas; (...)

c) por ‘intolerancia religiosa’ se entenderá la intolerancia en materia de religión o creencia;

d) no se considerará por sí misma como intolerancia religiosa, ni discriminación por motivos de religión o creencia, la adopción de una religión ni el reconocimiento de una religión o creencia por un Estado ni la separación entre la Iglesia y el Estado, siempre y cuando este apartado no se interprete en el sentido de que permite la violación de disposiciones concretas de la presente convención”. Tomado del Proyecto de Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa. Documentos oficiales del Consejo Económico y Social 41 periodo de sesiones, suplemento n. 8, E / 4.184. En el mismo sentido, el Informe de la Relatora especial sobre libertad de religión o creencias E/ CN.4 / 2005/61, de 20 de diciembre de 2004, n. 8, afirma que los términos creencia y religión deben entenderse igualmente en sentido amplio. Cfr. al respecto, MARÍA J. ROCA, *La tolerancia en el Derecho...*, p. 127.

3. *Ejercicio de los nuevos derechos y libertad religiosa: cambio civil de sexo e idoneidad para impartir clases de Religión católica en el Derecho español*

Un ejemplo de cómo la función normativa que se atribuye a la propia conciencia incide en el ejercicio de los nuevos derechos, es el conflicto que puede plantearse entre el derecho al cambio de sexo y la libertad religiosa. Si una persona que imparte clases de religión en un colegio procediera al cambio civil de sexo, en el Registro civil constaría el cambio de nombre por cambio de sexo⁷¹. ¿De qué modo afecta este cambio de sexo en la Declaración Eclesiástica de Competencia Académica (DECA) y en su idoneidad para recibir la *missiocanonica*?

La anotación del cambio de sexo civil en el libro de registro de Bautismo es una nota marginal, no supone la cancelación del dato del asiento del Bautismo tal como fue inscrito, ni que la Iglesia reconozca el cambio de sexo, tenga éste su origen en un informe psicológico o en una operación quirúrgica⁷². Es decir, la notación en el libro de bautismo no supone una corrección, que sólo podría hacerse en el caso de un eventual error de transcripción⁷³, como ha indicado la Congregación para la Doctrina de la Fe y la Conferencia Episcopal Española, siguiendo sus orientaciones⁷⁴. Por tanto,

⁷¹ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2007, pp. 11251-11253. Con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, puede verse YOLANDA B. BUSTOS MORENO, *Sentencia de 28 de Febrero de 2008: Transsexualidad: viabilidad del cambio de la mención de sexo y nombre en el Registro Civil formulada antes de la vigencia de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación de la mención relativa al sexo de las personas sin necesidad de cirugía de reasignación de sexo: requisitos. Aplicación al caso de la nueva legislación por analogía de la regla contenida en la Disposición Transitoria 4.ª, inciso 3.º CC*, en “Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil”, núm. 80, 2009, pp. 481 ss.

⁷² Desde una perspectiva moral, ELIO SGRECCIA, *Manuale di Bioetica*, Milano 1988, pp. 373-398, expone la moralidad de la cirugía sobre el sexo: En el caso de los sujetos que presentan alguna de las formas de anomalías en el plano físico, por la copresencia de elementos anatómicos de ambos sexos (hermafroditismo, pseudohermafroditismo), la intervención quirúrgica no ha suscitado nunca dudas morales. El problema, en este orden de cosas, se plantea sobre qué dirección debe tomar la cirugía (es decir: qué sexo hay que hacer prevalecer y cuál hay que hacer desaparecer). Acerca de la adecuación del sexo genital con la tendencia sexual psíquica (transsexualismo propiamente dicho) aclara que no es lícito nunca, pues no se trata de ningún tipo de “rectificación” del sexo sino simplemente de una castración, esterilización, mutilación o privación de una verdadera función sexual que, de suyo, es sana; el problema es de orden psicológico. Esta intervención no sería un acto terapéutico, pues se interviene sobre una parte físicamente no enferma. Cfr., desde una perspectiva jurídica: MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, *La transsexualidad: Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Granada, 1999 y MARINA CAMPS MERLO, *Identidad sexual y Derecho: Estudio interdisciplinario del transsexualismo*, Pamplona, 2007.

⁷³ “No deben hacerse correcciones en los libros parroquiales con excepción de las que se refieran a eventuales errores de transcripción”, cfr. *infra*, notas 4 y 5.

⁷⁴ Orientaciones acerca del modo de proceder ante algunas implicaciones en el ordenamiento

hay que tener presente que la anotación en el libro de Bautismo sólo supone que la Iglesia toma conocimiento de un hecho civil, sin modificar por ello la condición canónica del sujeto. “El cambio de identidad anográfica del fiel en el ámbito civil no modifica su condición canónica masculina o femenina, definida al momento de su nacimiento, en el Registro de Bautismos no es posible aportar modificación alguna acerca de la identidad sexual del sujeto tras la intervención médica de cambio de sexo”⁷⁵.

El cambio de sexo puede considerarse una conducta mediante la que se da un testimonio no conforme a la doctrina cristiana. La Sagrada Escritura revela la concepción del hombre como criatura⁷⁶. El Catecismo de la Iglesia Católica reitera en diversos puntos que la concepción cristiana de la persona humana conlleva la aceptación del propio cuerpo⁷⁷, el Pontificio Consejo

canónico de la ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Aprobadas por la XCI Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española (3 al 7 de marzo de 2008).

⁷⁵ Tenemos noticia de estas orientaciones, a través de los Boletines de algunas Diócesis alemanas, como por ejemplo el de Rottenburg-Stuttgart, donde consta: Eintragungen in den Kirchenbüchern nach durchgeführter Geschlechtsumwandlung: Die Kongregation für die Glaubenslehre hat im Zusammenhang mit Problemen des Transsexualismus zur Frage Stellung bezogen, ob in den Kirchenbüchern Änderungen vorzunehmen sind, wenn Gläubige seiner operativen Geschlechtsumwandlung unterzogen haben und diese Umwandlung im staatlichen Rechtsbereich anerkannt wurde. Die Kongregation für die Glaubenslehre ordnet im Einvernehmen mit der Kleruskongregation an, dass der im Taufbuch ursprünglich eingetragene geschlechtsspezifische Name in Folge einer solchen operativen Eingriffs nicht verändert werden darf. Wohl aber muss am Rand der Taufeintragung eine Notiz über die erfolgte Operation angebracht werden, sofern die Geschlechtsumwandlung im staatlichen Rechtsbereich anerkannt worden ist. Genaue Angaben über die entsprechende zivilrechtliche Entscheidung (Name der entsprechenden Behörde, Datum und Aktenzeichen) sind dabei anzuführen; die vorgelegten Dokumente sind in Kopie zu den Taufakten zu nehmen. Amtsblatt der Diözese Rottenburg-Stuttgart – [KABl. 2003], 426. Accesible en http://recht.drs.de/fileadmin/Rechtsdoku/4/2/1/03_09_01.pdf

⁷⁶ “Dios creó el hombre a imagen suya; [...] hombre y mujer los creó” (Gn 1, 27). “Creced y multiplicaos” (Gn 1, 28); “el día en que Dios creó al hombre, le hizo a imagen de Dios. Los creó varón y hembra, los bendijo, y los llamó “Hombre” en el día de su creación” (Gn 5, 1-2). Sobre la posición de las Confesiones religiosas acerca de la necesaria complementariedad entre sexos, vid. MARÍA OLAYA GODOY VÁZQUEZ, *Principios de los Derechos confesionales sobre tecnología reproductiva e incidencia de la reproducción artificial en el régimen del matrimonio y la familia de estos ordenamientos*, en “Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales”, vol. 17, 2014, pp. 269 y 270.

⁷⁷ Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2332: “La sexualidad abraza todos los aspectos de la persona humana, en la unidad de su cuerpo y de su alma. Conciérne particularmente a la afectividad, a la capacidad de amar y de procrear y, de manera más general, a la aptitud para establecer vínculos de comunión con otro”. Por su parte, el n. 2333 añade: “Corresponde a cada uno, hombre y mujer, reconocer y aceptar su identidad sexual. La diferencia y la complementariedad físicas, morales y espirituales, están orientadas a los bienes del matrimonio y al desarrollo de la vida familiar. La armonía de la pareja humana y de la sociedad depende en parte de la manera en que son vividas entre los sexos la complementariedad, la necesidad y el apoyo mutuos” (el subrayado no consta en el original).

para los Agentes sanitarios, recuerda que “no se puede violar la integridad física de una persona para el tratamiento de un mal de origen psíquico o espiritual”⁷⁸, y el Magisterio reciente de los Romanos Pontífices reitera el deber de todo cristiano de respetar la naturaleza del Creador, también en lo que se refiere al propio cuerpo. Así, el Papa Francisco en la Encíclica *Laudato si*, de 24 de mayo de 2015, recuerda la necesidad de la aceptación del propio cuerpo como don de Dios, frente a la lógica del dominio sobre el cuerpo⁷⁹.

¿Una persona que ha cambiado de sexo es idónea para impartir clases de Religión católica? Esta persona no vive conforme al modo en que la Tradición y el Magisterio de la Iglesia entienden la sexualidad humana. “La castidad significa la integración lograda de la sexualidad en la persona, y por ello en la unidad interior del hombre en su ser corporal y espiritual” (Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2337). Por tanto, se puede decir que no es idónea para impartir la Religión católica, ya que no se ajusta a lo previsto en el c. 804, 2: “Cuide el Ordinario del lugar de que los profesores que se destinan a la enseñanza de la religión en las escuelas, incluso en las no católicas, destaquen por su recta doctrina, por el testimonio de su vida

⁷⁸ “No se puede violar la integridad física de una persona para el tratamiento de un mal de origen psíquico o espiritual. En estas circunstancias no se presentan órganos enfermos o funcionando mal; así que su manipulación medicoquirúrgica es una alteración arbitraria de la integridad física de la persona. No es lícito sacrificar al todo, mutilándolo, modificándolo o extirpándole una parte que no se relaciona patológicamente con el todo. Es por esto que no se puede correctamente asumir el principio de totalidad como criterio de legitimación de la esterilización antiprocreativa, del aborto terapéutico y la medicina y cirugía transexual”. PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS, *Carta de los Agentes Sanitarios*, 1995.

⁷⁹ “La ecología humana implica también algo muy hondo: la necesaria relación de la vida del ser humano con la ley moral escrita en su propia naturaleza, necesaria para poder crear un ambiente más digno. Decía Benedicto XVI que existe una ‘ecología del hombre’ porque ‘también el hombre posee una naturaleza que él debe respetar y que no puede manipular a su antojo’. En esta línea, cabe reconocer que nuestro propio cuerpo nos sitúa en una relación directa con el ambiente y con los demás seres vivientes. La aceptación del propio cuerpo como don de Dios es necesaria para acoger y aceptar el mundo entero como regalo del Padre y casa común, mientras una lógica de dominio sobre el propio cuerpo se transforma en una lógica a veces sutil de dominio sobre la creación. Aprender a recibir el propio cuerpo, a cuidarlo y a respetar sus significados, es esencial para una verdadera ecología humana. También la valoración del propio cuerpo en su femineidad o masculinidad es necesaria para reconocerse a sí mismo en el encuentro con el diferente. De este modo es posible aceptar gozosamente el don específico del otro o de la otra, obra del Dios creador, y enriquecerse recíprocamente. Por lo tanto, no es sana una actitud que pretenda ‘cancelar la diferencia sexual porque ya no sabe confrontarse con la misma’” (*Laudato Si*, n. 155). “Si el ser humano no redescubre su verdadero lugar, se entiende mal a sí mismo y termina contradiciendo su propia realidad: No sólo la tierra ha sido dada por Dios al hombre, el cual debe usarla respetando la intención originaria de que es un bien, según la cual le ha sido dada; incluso el hombre es para sí mismo un don de Dios y, por tanto, debe respetar la estructura natural y moral de la que ha sido dotado” (*Laudato Si*, n. 115).

cristiana y por su aptitud pedagógica”. Es decir, no da testimonio de vida cristiana. La Congregación para la Doctrina de la Fe en respuesta al Obispo de Cádiz y Ceuta dijo expresamente: “El mismo comportamiento transexual revela de manera pública una actitud opuesta a la exigencia moral de resolver el propio problema de identidad sexual según la verdad del propio sexo” (citada en el Comunicado de fecha 1 de septiembre de 2015).

Sin entrar a valorar la conducta moral de una persona transexual, para cuya conducta puede haber circunstancias atenuantes de responsabilidad⁸⁰, lo que no parece que pueda alegar un profesor de Religión, es ignorancia al respecto. Además de las fuentes citadas, la Conferencia Episcopal Española, ha aprobado recientemente un documento que trata, entre otras cuestiones, de este tema y que se supone que un profesor de Religión debería conocer: “La verdad del amor humano. Orientaciones sobre el amor conyugal, la ideología de género y la legislación familiar” (25 de abril de 2015).

La solicitud de la Declaración Eclesiástica de Competencia Académica (DECA), tal como consta en la página web de la Conferencia Episcopal Española, requiere por parte del solicitante una “Declaración responsable”, en cuyo formulario⁸¹ consta que la DECA “implica impartir recta doctrina y dar testimonio de vida cristiana, según los cánones 804 y 805 del Código de Derecho Canónico”.

Como se ha dicho, la anotación en el libro de Bautismo sólo supone que la Iglesia toma conocimiento de un hecho civil, pero no exime del cumpli-

⁸⁰ “La imputabilidad y la responsabilidad de una acción pueden quedar disminuidas e incluso suprimidas a causa de la ignorancia, la inadvertencia, la violencia, el temor, los hábitos, los afectos desordenados y otros factores psíquicos o sociales.” (Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1735).

“La ignorancia involuntaria puede disminuir, y aún excusar, la imputabilidad de una falta grave, pero se supone que nadie ignora los principios de la ley moral que están inscritos en la conciencia de todo hombre. Los impulsos de la sensibilidad, las pasiones pueden igualmente reducir el carácter voluntario y libre de la falta, lo mismo que las presiones exteriores o los trastornos patológicos. El pecado más grave es el que se comete por malicia, por elección deliberada del mal”. (Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1860)

⁸¹ DECLARACIÓN RESPONSABLE

Yo, D./Dña. _____, con D.N.I. n.º _____, declaro bajo mi responsabilidad que conozco y asumo libremente los requisitos necesarios para poder ser contratado para impartir clase de Religión y Moral Católica en centros docentes, que son los siguientes:

¹ Estar en posesión de la titulación civil correspondiente al nivel educativo en el que pretendo impartir docencia, según la normativa en vigor (legislación estatal y autonómica correspondientes).

² Estar en posesión de la titulación eclesial correspondiente al nivel educativo en el que pretendo impartir docencia (D.E.C.A., Declaración Eclesiástica de Competencia Académica).

³ Haber sido propuesto por el Ordinario Diocesano (*missiocanonica*), lo que supone estar en posesión de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad (D.E.I.), otorgada por el Ordinario Diocesano correspondiente, que implica impartir recta doctrina y dar testimonio de vida cristiana, según los cánones 804 y 805 del Código de Derecho Canónico.

miento de todos los requisitos necesarios para la obtención de la DECA, entre los que se encuentra la declaración responsable de dar testimonio de vida cristiana. ¿Cuál sería el modo de proceder más correcto si una persona que imparte clases de Religión procediera al cambio de sexo y solicitara que se cambie su nombre en la DECA? Se presentan las siguientes posibilidades:

a) Denegarle lo que solicita.

b) Pedirle que vuelva a firmar la declaración responsable. Y como no podrá firmarla, porque no da testimonio de vida cristiana, entonces denegarle la DECA por no cumplir, en general, con uno de los requisitos (la declaración responsable), no específicamente por el cambio de sexo.

c) Proceder a la indicación en la DECA de su cambio de nombre, por cambio de sexo, y luego no renovar la propuesta a la Administración Educativa competente, por falta de testimonio de vida cristiana. Esta opción no parece aconsejable, pues sería contradictorio aceptar una “declaración responsable” de quien se sabe que no da testimonio de vida cristiana.

En mi opinión, la opción más ajustada al Derecho canónico y al del Estado⁸² es la 2ª, puesto que permite dar audiencia a la persona interesada⁸³. La denegación debe ser motivada. Desde la STC 38/2007, el TS (cf., por ej., la STS de 28 de enero de 2009) ha seguido el criterio de que ni la naturaleza especial, ni el carácter temporal del profesorado de Religión eximen a la decisión de no renovación del necesario respeto a los derechos fundamentales⁸⁴. Deberá constar en la motivación que el cambio de sexo de un cristiano, ciertamente no le priva de su condición de cristiano, pero es una conducta que se opone a las normas esenciales de la moral católica. Resulta importante que la denegación de la DECA con el nuevo nombre esté motivada, porque la persona interesada, puede invocar que ha sufrido una discriminación por razón de sexo (art. 14 de la CE) o que se ha lesionado su derecho al libre desarrollo de la personalidad⁸⁵ (art. 10,1 de la CE). Si no se motivara, se iría

⁸² Conviene tener presente que esta relación jurídica tiene la “doble vertiente” estatal y canónica, cfr.: JORGE OTADUY GUERÍN, *Profesores de Religión [régimen jurídico de los]*, en JAVIER OTADUY / ANTONIO VIANA / JOAQUÍN SEDANO, (dirs.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. VI, Cizur Menor, 2012, p. 548.

⁸³ MARÍA DEL CARMEN CAPARRÓS SOLER, *La falta de motivación de las decisiones episcopales de revocación de la idoneidad de los profesores de religión y su control jurisdiccional*, en “IusCanonicum”, vol. 56, 2016, p. 726.

⁸⁴ MARÍA DEL CARMEN CAPARRÓS SOLER, *La falta de motivación de las decisiones episcopales de revocación de la idoneidad...*, p. 700. Para un estudio de la jurisprudencia anterior a esta sentencia, cfr.: RAFAEL RODRÍGUEZ CHACÓN, *Los profesores de religión católica en la jurisprudencia*, en “Anuario de Derecho eclesiástico del Estado”, vol. 21, 2005, pp. 243 y ss.

⁸⁵ Cfr.: MERCEDES VIDAL GALLARDO, *El derecho a la identidad sexual como manifestación del derecho a la identidad personal*, en “Laicidad y Libertades: Escritos Jurídicos”, n. 3, 2003, pp. 385-399.

en contra de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que exige la motivación de las decisiones en todas las relaciones laborales en las que está en juego un derecho fundamental⁸⁶. La relación laboral de un profesor de religión es muy peculiar⁸⁷, pero la audiencia previa al interesado, y la motivación podrían evitar eventuales problemas posteriores si hay controversias ante los tribunales en los que la Diócesis o la CEE tengan que invocar su derecho a la autonomía.

Ciertamente, todas las confesiones están sujetas al deber de respetar los principios del sistema educativo español⁸⁸. Ello no obsta para que sea una facultad reconocida como parte integrante de la libertad religiosa, garantizada a toda persona por el art. 2, c) de la LOLR, el “recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento”. Asimismo, el art. 27,3 de la CE, establece que “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”.

El derecho de toda persona a recibir enseñanza e información religiosa lleva al Estado a respetar la autonomía de las confesiones en la determinación de los contenidos propios de la enseñanza⁸⁹ y los requisitos de idoneidad del profesorado que la imparte⁹⁰.

JAIME VIDAL MARTÍNEZ, *¿Se incluye el “cambio de sexo” (transexualidad) en el “libre desarrollo de la personalidad” al que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución Española?*, en “Revista General de Derecho”, n. 534, 1989, pp. 987-1029.

⁸⁶ STC 29/2002, de 29 de 11 de febrero, FJ 15.

⁸⁷ JORGE OTADUY GUERÍN, *La jurisprudencia española sobre profesores de religión*, en ISABEL CANO RUIZ (ed.), *La enseñanza de la religión en la escuela pública: Actas del VI Simposio Internacional de Derecho Concordatario. Alcalá de Henares, 16-18 de octubre de 2013*, Granada, 2013, pp. 165 y ss. Cfr.: ZOILA COMBALÍA, *La contratación del profesorado de religión en la escuela pública*, Valencia, 2013.

⁸⁸ El art. 2, 3 de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema educativo, prevé que “La actividad educativa se desarrollará atendiendo a los siguientes principios”: (...) c) “La efectiva igualdad entre los sexos, y el rechazo a todo tipo de discriminación, y el respeto a las culturas”. Y el art. 1, b) de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación establece que “son principios del sistema educativo”: (...) b) “La capacidad de transmitir valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad social, la cohesión y mejora de las sociedades, y la igualdad de derechos entre los sexos que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación, así como la práctica de la solidaridad, mediante el impulso a la participación cívica de los alumnos en actividades de voluntariado”. Sobre la vinculación de las Confesiones a los derechos fundamentales, cfr.: MARÍA J. ROCA, *Derechos fundamentales y autonomía de las Iglesias*, Madrid, 2005.

⁸⁹ SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS, El control jurisdiccional de la autonomía de la Iglesia católica en la designación de los profesores de religión, en “Revista española de derecho canónico”, vol. 66, 2009, pp. 275 y ss.

⁹⁰ JORGE OTADUY GUERÍN, *Idoneidad de los profesores de Religión. Una revisión necesaria y urgente. A propósito de la Sentencia 38/2007, de 15 de febrero del Tribunal Constitucional*, en www.iustel.com

A la Iglesia católica, en el Acuerdo Internacional con el Estado Español sobre Enseñanza y Asuntos Sociales, firmado el 3 de enero de 1979, se le otorga la competencia para elaborar el currículo de la asignatura de Religión y Moral Católica a la jerarquía eclesiástica (art. 6). La normativa educativa posterior garantiza este derecho. Así por ejemplo, la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa, en el artículo 6.1, define el currículum como la regulación de los elementos que determinan los procesos de enseñanza y aprendizaje para cada una de las enseñanzas, y en el Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato, Disposición adicional tercera⁹¹, se concreta lo que atañe a las Enseñanzas de Religión.

Puesto que en los contenidos morales y dogmáticos propios de algunas confesiones religiosas (no solo de la Iglesia católica), con reconocimiento jurídico en el Estado Español y con Acuerdos firmados con el mismo Estado, aparecen aspectos, en los que eventualmente pueden entrar en conflicto la igualdad de sexos, o el derecho al libre desarrollo de la personalidad (en concreto, por lo que se refiere a la conducta sexual y reproductiva⁹²) tal como es interpretado en el ordenamiento español⁹³, o con la concepción según la cual la interpretación correcta de los derechos humanos está ligada a la ideología de género⁹⁴, resulta oportuno estudiar las soluciones que en el

“Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado”, n. 14, 2007.

⁹¹ 1. “Las enseñanzas de religión se incluirán en la Educación Secundaria Obligatoria y el Bachillerato de acuerdo con lo establecido en los artículos 13, 14, 27 y 28 de este real decreto.

² Las Administraciones educativas garantizarán que, al inicio del curso, los padres, madres o tutores legales y en su caso el alumnado puedan manifestar su voluntad de que éstos reciban o no reciban enseñanzas de religión.

³ La determinación del currículo de la enseñanza de religión católica y de las diferentes confesiones religiosas con las que el Estado español ha suscrito Acuerdos de Cooperación en materia educativa será competencia, respectivamente, de la jerarquía eclesiástica y de las correspondientes autoridades religiosas”.

⁹² Sobre este aspecto, cfr.: MARÍA OLAYA GODOY VÁZQUEZ, *Principios de los derechos profesionales sobre tecnología reproductiva e incidencia de la reproducción artificial en el régimen jurídico del matrimonio y la familia...*, pp. 217 y ss.

⁹³ JOSÉ MARÍA MARTÍ, *La enseñanza de la religión islámica en los centros públicos docentes*, en “Il Diritto ecclesiastico”, 2000, p. 814. Sobre la enseñanza de la religión islámica, puede verse también, AGUSTÍN MOTILLA, *L'accordo di cooperazione tra la Spagna e la Commissione islamica. Bilancio e prospettive*, en SILVIO FERRARI (ed.), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, 1999, pp. 257-259.

⁹⁴ Sobre la afirmación de que la interpretación correcta de los derechos humanos está ligada a la ideología de género, vid. la argumentación de MARÍA DEL MAR MARTÍN GARCÍA, *Derecho y mujer. Anotaciones sobre la ideología de género*, en “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado”, vol.32, 2016, p. 614.

ámbito de la enseñanza de la Religión en la escuela puedan darse⁹⁵.

Por lo que se refiere al derecho de las confesiones a fijar el contenido de la enseñanza de la religión, el TC se ha pronunciado reforzando la autonomía de las confesiones⁹⁶. Dicho de otro modo, ha de entenderse que las confesiones están amparadas por su derecho de autonomía, en la transmisión de los valores y contenidos dogmáticos de la clase de religión, que puedan no coincidir con la concepción estatal de los mismos.

Del mismo modo, un profesor que cambia de sexo puede ser idóneo para impartir otras disciplinas, pero no Religión católica. La valoración de la idoneidad de los profesores de religión entra dentro del derecho de autonomía de las iglesias. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de la Gran Sala, Fernández Martínez c. España, de 15 de mayo de 2012⁹⁷, y más recientemente en el caso Travaš c. Croacia, de 4 de octubre de 2016⁹⁸, ha declarado que no existe violación del Convenio por el hecho de que se retire la *missiocanonica* a quienes han dejado de ser idóneos, a juicio de la Iglesia cuya Religión o Teología imparten.

Cabe la eventualidad de que la persona que cambia de sexo no comparta que la aceptación del propio cuerpo es una norma moral esencial dentro de la doctrina católica. Tal vez incluso pueda considerar que si no se le otorga la DECA con el nuevo nombre, se le está discriminando por el ejercicio de un derecho reconocido en el ámbito civil. Por todo ello, es importante que en la fundamentación quede claro el carácter esencial, dentro de la doctrina católica, de la aceptación del propio cuerpo como manifestación de reconocerse criaturas, y a Dios como Creador.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos avala el derecho de autonomía de las Confesiones a sostener su propio credo y a que su doctrina tenga consecuencias en el ámbito de las relaciones laborales que las personas (sean miembros o no de la Confesión) establecen con

⁹⁵ Para un riguroso análisis de los problemas jurídicos que plantea la presencia de valores en las aulas de un Estado neutral vid.: ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Derechos educativos, calidad de la enseñanza y proyección jurídica de los valores en las aulas*, Valencia, 2015.

⁹⁶ STC de 1 de abril de 1988, FJ 3: “si la enseñanza de la religión no forma parte de la programación general de la enseñanza al haber pasado a ser una asignatura voluntariamente optada por el alumno, es evidente que el claustro de profesores y las asociaciones de padres de alumnos carecen de capacidad para desarrollar el currículo de los diferentes niveles educativos, de las diferentes confesiones religiosas que al amparo del art. 3. 3 pueden establecer enseñanzas alternativas y complementarias, competencias que escapan del control del consejo escolar que tiene carácter laico, o no confesional, y no debe intervenir...”.

⁹⁷ Un comentario a esta sentencia puede verse en JOSÉ TOMÁS MARTÍN DE AGAR Y VALVERDE, *Insegnamentodellareligione e coerenza di vita*, en *Iusecclisiae*, vol. 25, 2013, pp. 153 y ss.

⁹⁸ Demanda nº 75581/13.

ella⁹⁹. En primer término, el Estado no puede examinar la legitimidad del contenido de las creencias de una confesión. El derecho de libertad religiosa está garantizado, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, excluyendo cualquier discrecionalidad del Estado para determinar qué creencias u opiniones religiosas son legítimas (Hasan y Chaush v. Bulgaria [GC], n.º. 30985/96, §§ 62 y 78, 2000-XI). Por ello, el Estado no puede examinar si la concepción que la Iglesia católica tiene de la aceptación del propio cuerpo es legítima o no, ello iría en contra de la neutralidad del Estado, y del derecho de autonomía, reconocido a todas las confesiones religiosas.

A ello hay que añadir que la libertad religiosa individual no incluye la facultad de disentir de la doctrina de la propia confesión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce, que el art. 9 no garantiza el derecho a disentir dentro de una confesión religiosa; en caso de eventual desacuerdo en materia de doctrina o de organización de la propia confesión, la libertad religiosa individual queda garantizada mediante la libertad para abandonar la propia religión (HolySynod of theBulgarianOrthodoxChurch -MetropolitanInokentiy- et alt., de 22 de enero de 2009 § 137¹⁰⁰; Karlsson v. Suecia, n.º. 12356/86, decisión de la Comisión de 8 de Septiembre de 1988, DR 57, p. 172; Spetz et alt. v. Suecia, n.º. 20402/92, decisión de la Comisión de 12 de Octubre de 1994; y Williamson v. Reino Unido, n.º 27008/95, decisión de la Comisión 17 Mayo de 1995).

En cambio, sí forma parte de la libertad religiosa individual incluye el derecho a participar de la vida de la propia comunidad religiosa. El eventual solicitante del cambio de nombre en la DECA, podría argumentar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que el derecho a participar en la vida de la propia comunidad religiosa es una de las manifestaciones de la religión, cuya protección está incluida en el art. 9 (Hasan y Chaush v. Bulgaria, 26 de Octubre de 2000, y Perry v. Letonia, n.º. 30273/03, § 55, 8 de

⁹⁹ Cfr.: MARÍA J. ROCA, *El derecho de libertad religiosa*, en JAVIER GARCÍA ROCA / ENCARNA CARMONA CUENCA, (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal europeo y de la Corte Interamericana*, Cizur, 2017, pp. 451 y ss. AGUSTÍN MOTILLA, (ed.), *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, Granada, 2016.

¹⁰⁰ Sobre esta sentencia, puede verse: IGOR PONKIN / MICKAIL KOUZNETSOV, *Los cismas religiosos y la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto “El Santo Sínodo de la Iglesia Ortodoxa Búlgara (metropolitano Innokenty) y otros contra Bulgaria*, en www.iustel.com “Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado”, n. 21, 2009. Sobre la autonomía de las Confesiones en los países del Este, vid.: ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Reconocimiento y autonomía de las confesiones religiosas en los países del Este*, en “Anuario de derecho eclesiástico del Estado”, vol. 31, 2015, pp. 479 y ss. ISIDORO MARTÍN SÁNCHEZ, *Las confesiones religiosas y su autonomía según el Tribunal Europeo de Derechos humanos*, en “Encuentros multidisciplinares”, vol. 16, 2014, pp. 64 y ss.

Noviembre de 2007). Por ello, convendría redactar la denegación haciendo constar que la falta de idoneidad para ser profesor de Religión, no priva al interesado de participar en otras manifestaciones del culto o de caridad que se lleven a cabo en la vida de la Iglesia. Siempre y cuando no suponga ocupar un oficio eclesiástico¹⁰¹ o una relación laboral para la que sea necesario el testimonio de vida cristiana.

Por último, la autonomía de las confesiones religiosas se manifiesta en el ámbito de las relaciones laborales. La libertad de elegir empleados conforme a criterios específicos de la propia confesión está reconocida por la jurisprudencia del TEDH (Obst v. Alemania n.º. 425/03, de 23 de Septiembre de 2010¹⁰²), pero esta libertad no es absoluta; se requiere el cumplimiento de las cláusulas contractuales por ambas partes: la confesión y el empleado. En el caso de solicitante del cambio de nombre en la DECA, habría que decir que esta persona ha modificado su conducta desde que se le concedió hasta el momento en que solicita el cambio de nombre. Por parte de la Iglesia, en cambio, no ha habido una modificación de su doctrina en este aspecto esencial.

4. Consideración final

La configuración subjetiva del contenido del Derecho se manifiesta en la pretensión de que la conciencia ejerza una función normativa sobre la realidad. Esta pretensión, aunque se haga con el propósito de garantizar el mayor ámbito posible de libertad a cada persona, y evitar así que la limitación de los derechos individuales genere conflictos, necesariamente es generadora de otro tipo de conflictos. La armonización de los intereses subjetivos termina resolviéndose por la “ley del más fuerte”, si no hay una referencia objetiva común. El Derecho es un mero instrumento de represión y de poder, si se queda reducido sólo a la concepción subjetiva de los titulares del Derecho, y sin referencia a una realidad objetiva indisponible en sus bases fundamentales para los sujetos destinatarios del Derecho.

¹⁰¹ Se pueden aplicar aquí las consideraciones de ANTONIO VIANA, *¿Son idóneos para el oficio eclesiástico los divorciados que contraen nuevo matrimonio civil?*, en “IusCanonicum”, vol. 56, 2016, pp. 515 y ss.

¹⁰² CHRISTIAN WALTER, *Religions- und Gewissensfreiheit*, en OLIVER DÖRR / RAINER GROTE / THILO MARAUHN, (Hrsg.), *EMRK/GG, Konkordanzkommentar*. Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen, 2013, pp. 957 y ss.