

EDUCATIONIS MOMENTUM

Vol. 8, n.º 1, pp. 57-95, ISSN (impr.): 2414-1364; (online): 2517-9853
<https://doi.org/10.36901/em.v8i1.1499>

Aproximación a las libertades educativas
desde los principios del Derecho eclesiástico peruano

Academic Freedom in the Peruvian Ecclesiastical Right

Susana MOSQUERA

Universidad de Piura, Piura, Perú

susana.mosquera@udep.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0003-0214-0384>

Recibido: 2022.05.29

Aprobado: 2022.10.10

Resumen

Partiendo de la esencial naturaleza de derecho y deber que tiene la educación, y tomando en cuenta la influencia que el modelo jurídico-político de relaciones Iglesia-Estado tiene en la materia, este trabajo trata de ofrecer elementos que permitan resolver, en base a los principios del Derecho eclesiástico, los problemas que surgen de la convivencia de un marco regulatorio de derecho público en materia educativa que converge con la necesaria garantía de las libertades individuales.

Palabras clave: derecho a la educación, libertad de enseñanza, libertad religiosa, igualdad, independencia y autonomía, colaboración Iglesia-Estado

Abstract

Starting from the essential nature of right and duty that education has, and taking into account the influence that the legal-political model of Church-State relations has on the matter, this work tries to offer elements that allow solving, based on the principles of ecclesiastical law, the problems that arise from the coexistence of a regulatory framework of public law in educational matters that converges with the necessary guarantee of individual freedoms.

Keywords: right to education, academic freedom, religious freedom, equity, independence and autonomy, Church-State relations

Sumario

I. Planteamiento del problema. II. Perspectiva histórica para entender la situación actual. III. Marco normativo que regula las libertades educativas. 3.1. Influencia de los tratados: reglas convencionales básicas. 3.2. Desarrollo normativo interno. IV. Los principios del Derecho eclesiástico como herramientas complementarias para una adecuada aplicación interna de las garantías internacionales que protegen las libertades en materia educativa. V. Reflexiones finales.

I. Planteamiento del problema

El sector educativo es uno de excepcional importancia para todo país, ya que en ese terreno descansa el proceso de formación para la vida en común de los jóvenes ciudadanos. En su proceso histórico de evolución, la educación ha estado originalmente vinculada a la familia, a la comunidad, a las instituciones religiosas, hasta que en una fase posterior es el Estado que asume la tarea educativa como propia. En ese camino, la secularización de la sociedad determinó la desvinculación entre educación y sector religioso, pero no hizo desaparecer esa dimensión religiosa de la persona. En la actualidad, la diversidad religiosa, producto de los movimientos migratorios y convivencia plural, hace necesario contar con adecuadas herramientas para la gestión de los problemas y tensiones que puedan surgir. La regulación jurídica, no siempre clara y suficiente, se aplica dentro de un modelo político sometido a condicionantes ideológicos que asumen diferentes posiciones en su relación con el fenómeno religioso, de ahí la importancia de ofrecer argumentos que ordenen el escenario normativo, y herramientas que ayuden a la interpretación para una efectiva protección de las libertades religiosas en el ámbito educativo.

Como es sabido, la libertad religiosa faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus convicciones religiosas. Esto incluye la libertad individual para elegir una opción religiosa en el ámbito educativo, y el derecho de la confesión para organizarse y fundar centros propios. En ese terreno, la polémica va mucho más allá de la simple cuestión de si debe existir o no un curso de religión en la escuela pública, dado que en este entorno educativo conviven dos aspectos que inevitablemente generan tensiones: un marco de enseñanza regulado por el Estado y unas garantías convencionales que protegen las libertades privadas.¹

Esta situación hace evidente que estamos ante una materia que requiere no solo de una adecuada regulación, sino que debe completarse con herramientas de interpretación que ayuden a resolver la diversidad de escenarios

1 Libertad de enseñanza, derecho a la educación, derecho de los padres a elegir la educación para sus hijos, libertad de pensamiento, conciencia y religión, derecho a la identidad cultural, derechos de las minorías, por mencionar algunas. Antonio Embid Irujo, «El Tribunal Constitucional y la defensa de las libertades públicas en el ámbito privado», *Revista Española de Derecho Administrativo* 25 (1980): 19-206.

fácticos² que puedan presentarse. Esa necesidad de adaptabilidad de la respuesta es la que nos permite postular la utilización de los principios del Derecho eclesiástico peruano como mecanismo de gestión para analizar las tensiones inevitables que tiene la libertad religiosa en el ámbito educativo. La naturaleza transversal de esta disciplina jurídica, unido a la naturaleza matriz del derecho de libertad religiosa ofrecen una gran versatilidad para entender los problemas y aportar soluciones.³

Para entender lo que a continuación se va a exponer resulta esencial partir de la doble naturaleza de la educación, su doble dimensión: como derecho y como deber. Como derecho protege tanto al alumno como a los padres, al ser estos los que en gran parte del proceso formativo asumen la responsabilidad de elección de centro y orientación docente para sus hijos.⁴ Como deber, se presenta como una tarea social, una responsabilidad del Estado que debe garantizar que la educación alcance a toda la población, con las condiciones de libertad en el sistema y libertad dentro del sistema. Pero como tarea social la educación compete también a los demás mediadores, a la sociedad civil, a la familia como institución, al gobierno, a los medios de comunicación, entre otros.⁵ Pero no cabe duda que, en ese listado, es la familia y directamente los

2 Considerando sobre todo la riqueza y variedad que presentan las manifestaciones del ejercicio del derecho de libertad religiosa.

3 Milagros Revilla Izquierdo, *Derecho eclesiástico del Estado peruano* (Fondo Editorial de la PUCP, 2017).

4 María Elena Olmos Ortega, «El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral de sus hijos», *La enseñanza de la religión en la escuela pública*, ed. Isabel Cano Ruiz (Granada: Comares, 2013): 19-41.

5 Para enfocar ese análisis corresponde realizar una precisión terminológica inicial que permita distinguir los términos *enseñanza* y *educación*. Así, atendiendo a un criterio material de diferenciación, la expresión *educación* se reserva para la transmisión de mensaje con alto componente subjetivo, reservando el término *enseñanza* para la transmisión de conocimientos técnicos o verdades científicas, con poco espacio para la valoración subjetiva. En segundo lugar, en atención al criterio formal de diferenciación, en función de las actividades de los sujetos, la educación quedaría referida al «estudiante como receptor de los mensajes docentes» y la enseñanza «con la actividad del sujeto transmisor de los mensajes, es decir, tanto de los titulares (fundadores o dueños) de los centros docentes privados, como de sus respectivos profesores, de quienes se afirma que ejercitan la *libertad de enseñanza*». Luis Fernando Castillo Córdova, *El principio de libertad en el sistema educativo* (Lima: Universidad de Piura y Ara Editores, 2004), 10-11.

progenitores o tutores quienes asumen de forma más inmediata ese derecho.⁶ De ese modo, «el derecho a la educación es sobre todo un derecho de los educandos, o de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad mientras son menores no emancipados; lo cual hace que sus derechos se conviertan en correlativos deberes de los poderes públicos».⁷ Y es que el sistema educativo,⁸ en tanto que opción o variante establecida desde las autoridades públicas, viene determinada por una serie de elementos externos, dentro de los cuales hay que prestar especial atención al factor ideológico.

En esa naturaleza derecho/deber es frecuente encontrar descrita a la educación como servicio público; interpretación no del todo acertada pues, como señala el profesor Martínez López-Muñiz, resulta más correcto entender la educación como un servicio esencial, puesto que estamos ante una garantía constitucional fundamental, por lo que no se debe confundir la naturaleza de la obligación esencial que tiene el Estado de garantizar la educación creyendo que se trata de un servicio público.⁹ De hecho, en buena cuenta esa prestación de tipo privado tiene directa relación con la necesidad de garantizar la alternativa de elección del centro que responda a la protección del derecho que tienen los padres a elegir la formación religiosa o moral para sus hijos.¹⁰

Esto nos lleva a una serie de cuestiones que darán base para mayor debate y que requieren de análisis y profundización, sobre todo cuando en su

6 Cfr. Embid Irujo, «Derecho a la educación y derecho educativo paterno», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 7 (1983): 375-398.

7 María Roca, «Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 17, 8 (2008): 1-37.

8 Se está considerando en este estudio la educación reglada y por tanto sometida a regulación estatal.

9 José Luis Martínez López-Muñiz, «La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas», *Los derechos fundamentales en la educación*, dirs. José Luis Requero Ibáñez y José Luis Martínez López-Muñiz (Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2008), 15-78. Establece el doctor Martínez López-Muñiz la importancia de la correcta descripción de la educación como servicio esencial en régimen de libertad regular.

10 Lorenzo Martín Retortillo, «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos: Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* 37 (2007): 334-347.

desarrollo normativo hay lagunas que no son correctamente aclaradas con la interpretación jurisprudencial. La diversidad religiosa e ideológica todavía incipiente en Perú, fruto de la globalización y movimientos de población, presenta un escenario retador para la convivencia en el espacio educativo, primera expresión de una convivencia plural.

II. Perspectiva histórica para entender la situación actual

Históricamente en Perú las actividades de enseñanza se han desarrollado bajo la influencia de las órdenes religiosas, por eso en los antecedentes históricos vamos a encontrar que el origen del Ministerio de Instrucción Pública aparece unido al Ministerio de Culto y Negocios Eclesiásticos, y solo con el tiempo se irán separando para formar estructuras ministeriales diferentes,¹¹ al mismo tiempo que Iglesia y Estado van logrando más independencia y autonomía. La influencia de la secularización también llegará a Perú (con un primer impacto en la regulación civil del matrimonio), extendiendo poco a poco sus efectos hasta el ámbito educativo. Se trata de disociar el proceso educativo, que realiza la familia, de la enseñanza organizada y supervisada por el Estado.¹² Para lograrlo el Estado emprende cambios radicales, que llevan a reemplazar la gestión privado-religiosa de la enseñanza por una gestión de tipo público. Se pasa así de la indiferencia al intervencionismo estatal en materia educativa.¹³

Es frecuente ver descrita la educación como derecho de segunda generación,¹⁴ sobre todo porque la educación no fue una de las preocupaciones de los liberales revolucionarios del siglo XVIII.¹⁵ Sin embargo, la Constitución de

11 El 4 de febrero de 1837 se crea el Ministerio de Instrucción Pública, Beneficencia y Negocios Eclesiásticos.

12 Paul Leroy Beaulieu, *Le Etat Moderne et ses fonctions* (París: Guillaumin et Cie, 1900).

13 Ese proceso de influencia estatal en la gestión de la educación tiene dos posibles consecuencias: una positiva, que impulsa el fortalecimiento de un sistema universal de enseñanza con vocación de gratuidad; y una negativa, al quedar bajo control estatal los valores de convivencia social que se canalizan a través del proceso educativo.

14 Karel Vasak, *30-Year Struggle-Sustained Efforts to give Force of Law to Universal Declaration of Human Rights* (UNESCO Courier, 1977).

15 No se la menciona en la Declaración de Virginia, ni tampoco en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Cádiz en 1812 sí mencionó de forma expresa la instrucción pública, e incluso dispuso la creación de escuelas de primeras letras en todos los pueblos, universidades y otros establecimientos de instrucción.¹⁶ Como señala la doctrina,¹⁷ ese texto gaditano dejó su huella en las constituciones peruanas del siglo XIX, proyectando los principios igualitarios y liberales revolucionarios en el territorio del antiguo virreinato.¹⁸ En esa línea, el texto de 1823 evidencia la importancia que tiene la difusión de la cultura desde esa primera etapa constituyente.¹⁹ Esa declaración de principios será una constante en los textos constitucionales siguientes,²⁰ pero su éxito limitado sufre la ausencia de una adecuada reglamentación²¹ que permita efectivamente alcanzar esos loables objetivos.²² La derrota en la guerra con Chile y las dificultades económicas

16 «Art. 366. En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles». Lamentablemente, el destino de esos establecimientos educativos siguió los pasos del Texto Constitucional que los respaldaba.

17 José Pareja Paz-Soldán, *Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979)* (Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 2005), 44.

18 Jorge Luis Cáceres Arce, *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo peruano* (Arequipa: Universidad Católica de Santa María - Editorial ADRUS, 2007), 87.

19 Art. 181 de la Constitución de 1823 establece: «La instrucción es una necesidad común, y la República le debe igualmente a todos sus individuos». Los siguientes artículos establecen la obligación de abrir establecimientos de enseñanza de todos los niveles.

20 Se insiste en las pautas fundamentales de la educación, la gratuidad de la instrucción primaria, la educación popular, entre otros importantes aspectos educativos. Ver Margarita Guerra Martiniere, *Historia general del Perú: La República (1827-1899)*, tomo 6, dir. José Antonio del Busto Duthurburu (Lima: Brasa, 1994), 342.

21 En esa primera etapa, la organización, administración y financiación de los establecimientos educativos era gestionado desde las estructuras regionales y locales sin la guía de una política central, con escaso apoyo económico e institucional oficial. De hecho, no será hasta la presidencia de José Pardo cuando el gobierno central asuma la responsabilidad en la administración y dirección de la educación en Perú.

22 Hasta el 14 de junio de 1850, durante el gobierno del presidente Castilla, no se dará el primer reglamento general de instrucción pública. Este será el primer paso para una progresiva institucionalización del sistema educativo, que recibe también un mayor apoyo económico gracias a una mejoría de la situación de las arcas públicas. Alberto Regal, *Castilla educador, instrucción pública durante los gobiernos de Castilla* (Lima: Instituto Ramón Castilla, 1968), 79-80.

y políticas con las que cierra el siglo XIX hicieron difícil mantener reformas y objetivos del sistema educativo.²³

El cambio de siglo traerá nuevos impulsos para lograr materializar esos principios constitucionales. La llegada de nuevas órdenes religiosas que tienen en la enseñanza su misión religiosa principal,²⁴ la aprobación de una Ley orgánica de instrucción en 1927, la reorganización del sector en 1930, culminan con la separación del Ministerio de Justicia y Culto del Ministerio de Educación Pública en 1935, materializando de ese modo la importancia que la educación tenía para el desarrollo del país. En los años siguientes, después de varias reformas educativas que no ayudaron a poner orden en el sector,²⁵ el gobierno del general Juan Velasco Alvarado presentó una propuesta de reforma total del sistema con la intención de que la educación llegase a toda la población.²⁶

Lamentablemente las propuestas de reforma emprendidas por los gobiernos militares no tendrán éxito, tanto por causas internas como por el impacto de la crisis económica externa. El retorno al cauce democrático con el texto constitucional de 1979 será elemento muy positivo para fortalecer los derechos

23 Peter F. Klaren, *Nación y sociedad en la historia del Perú* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2005), 242-245.

24 Salesianos, Hermanos Cristianos de la Salle, Maristas, Religiosas del Sagrado Corazón, son algunas de las nuevas órdenes religiosas católicas que llegan al Perú al filo del siglo XX, pero también van a aparecer nuevos movimientos religiosos protestantes que utilizan la educación como herramienta de proselitismo religioso en el país. Ver Margarita Guerra Martinieri, *Historia general del Perú: La República (1899-1948)*, tomo 7, dir. José Antonio del Busto Duthurburu (Lima: Brasa, 1994), 521-522.

25 Aunque algunas, como la propuesta de «Escuela para todos» durante el gobierno de José Pardo y Barreda (1904-1908) o la incorporación de Jorge Basadre Grohmann como ministro de Educación durante el gobierno de Manuel Prado Ugarteche (1956-1962), pasan por ser los intentos más elaborados de esos proyectos de reorganización y reforma. Ver Marden Rojas Girón, «La reforma educativa en el Perú (1972-1975)», *La Vida y la Historia*, vol. 7, n.º 2 (2020): 34-42, <https://doi.org/10.33326/26176041.2020.2.974> (consultado el 20 de mayo del 2022).

26 Judith Bizot, *La reforma de la educación en Perú* (París: Editorial de la UNESCO, 1976).

fundamentales y las libertades públicas.²⁷ En ese sentido, aunque la cuestión religiosa había sido materia de discusión constitucional temprana (gracias al impulso que los ideales revolucionarios francés y americano tuvieron en el proceso de independencia de las colonias españolas), lo cierto es que, como derecho fundamental, la libertad religiosa no alcanza reconocimiento constitucional hasta 1979. Así, durante buena parte de su vida independiente, el modelo de relaciones del Estado con las confesiones religiosas en Perú mantiene una confesionalidad católica que evoluciona desde la prohibición de ejercicio de cualquier otro culto, hacia un modelo de tolerancia religiosa, y solo con la Constitución de 1979 se plantea un «modelo de cooperación positiva con el factor religioso que reconoce y protege de modo pleno el derecho de libertad de conciencia y religión de todos los individuos y grupos, sin establecer ya a ninguna confesión como religión oficial del Estado».²⁸

Ese avance en materia de reconocimiento de libertad religiosa y no confesionalidad es de gran importancia, pues resulta esencial preservar la neutralidad del modelo de relaciones Iglesia-Estado para asegurar la no discriminación de las personas y los grupos por razón de sus convicciones religiosas. Y es que:

[...] las diferencias religiosas son en efecto una fuente inagotable de situaciones de conflicto jurídico, especialmente en los ámbitos laboral, educativo o sanitario, porque ningún otro derecho como el de libertad religiosa recoge en el individuo la huella colectiva del grupo en el que esa identidad religiosa se ha formado, y expresa así la individualidad y la colectividad al mismo tiempo. Por eso es posible que sea el derecho de libertad religiosa el que de modo más gráfico nos ayude a visualizar el reto jurídico que tenemos por delante para lograr la convivencia plural y respetuosa que todos deseamos.²⁹

27 Ver Luis Andrés Carpio Sardón, *La libertad religiosa en el Perú* (Piura: Universidad de Piura, 1999), 41.

28 Susana Mosquera, «Estudio del sistema peruano de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas», *Revista jurídica del Perú*, vol. 50 (2003): 265-284.

29 Susana Mosquera, «La acomodación por motivos religiosos en el modelo peruano de relaciones Iglesia-Estado», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 3, n.º 1 (2017), <https://doi.org/10.7764/RLDR.4.42> (consultado el 20 de mayo del 2022). «With the depoliticization of the dominant religions and the inclusion of religious minorities in the political community as a whole, the spread of religious toleration — in which we recognized a pace-setter for democracy — also acts, *within* democracy, as a stimulus and model for the introduction of further cultural rights».

De ahí la importancia que, para la efectiva protección del derecho de libertad religiosa, tiene el proceso de reconocimiento de las entidades religiosas con las que el Estado establecerá posibles acuerdos de colaboración, o en todo caso garantizará la dimensión prestacional del derecho de libertad religiosa.³⁰ En ese sentido, se puede afirmar que el diseño del modelo de relaciones Iglesia-Estado genera un efectivo impacto en la protección del derecho de libertad religiosa de los fieles.³¹ Tomando en consideración que, al momento presente, el modelo peruano todavía no ha logrado materializar mecanismos de colaboración entre el Estado y las entidades religiosas distintas de la católica, resulta importante acudir a mecanismos normativos internacionales que establecen los derechos y garantías esenciales en materia educativa.

III. Marco normativo que regula las libertades educativas

3.1. Influencia de los tratados: reglas convencionales básicas

Varias son las normas internacionales que resultan relevantes para conocer el contenido convencional de las libertades educativas, pero dado que el propósito de este artículo no es otro que servir de herramienta de trabajo para la solución de futuros casos en los que la libertad religiosa y de conciencia se vea constreñida en el ámbito educativo, se optará por presentar las reglas más relevantes, con referencia a la norma internacional que las respalda.

En ese sentido, la primera regla convencional mencionada debe ser sin lugar a dudas la que protege el *derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión*. Desde su reconocimiento en el art. III de la DADH³² y en el art. 18 de la DUDH su contenido incluye la «libertad de cambiar de religión o de

Jürgen Habermas, «Intolerance and discrimination», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n.º 1 (2003): 8.

30 Cuando formalizar acuerdos se convierte en una tarea difícil por barreras burocráticas o por falta de interés de los grupos religiosos, la dimensión prestacional del derecho no puede ser descuidada.

31 Susana Mosquera, «The Impact of the Church-State Model for an Effective Guarantee of Religious Freedom: A Study of the Peruvian Experience during the COVID-19 Pandemic», *Laws* 10, 40 (2021), <https://doi.org/10.3390/laws10020040> (consultado el 12 de mayo del 2022).

32 Art. III de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948: «Toda persona tiene el

convicciones, así como la libertad de manifestar la religión o las convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas o la observación de los ritos».³³ Adicionalmente la DUDH en su art. 26 dispone que: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas». Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su artículo 18.1 el derecho a «la libertad de elección de la propia religión o convicción», añadiendo que «nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección». Al mismo tiempo, en su apartado 3 dispone que «la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás».³⁴

Por su relación con la materia, es de importancia recordar la guía interpretativa del art. 18 del PIDCP que nos ofrece el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación General número 22, sobre el derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, para recordar que dicha norma «protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia».³⁵ Adicionalmente, el Comité afirma que «la libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades»,³⁶ estableciendo de ese modo la base para entender que la aplicación de la libertad religiosa es tan rica como las expresiones que dotan de contenido a su capa de manifestación externa. Finalmente cierra la lista de normas internacionales sobre la materia, la Convención sobre los Derechos

derecho de profesar libremente una creencia religiosa y manifestarla y practicarla en público y en privado».

33 Art. 18 de la DUDH.

34 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18.3.

35 Considerando que los términos *creencia* o *religión* deben entenderse en sentido amplio, de tal forma que no se limite en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones o creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales.

36 Apartado 4 de la Observación General número 22.

del Niño de 1989, que recoge en su art. 14 el derecho de los niños a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.³⁷

En terreno de esta primera regla se inserta la cuestión de la enseñanza de la religión en la escuela pública, tema sobre el que se ha pronunciado el CDESC en su Observación General N.º 13. En ella nos recuerda que este elemento «permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión. Observa que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores». Se trata de un terreno que sin dudas debe ser completado con una adecuada regulación interna y una buena interpretación para resolver los casos más complejos, y que en Perú todavía no ha sido explorado.

Como segunda regla convencional destaca la protección del *derecho de toda persona a la educación* consagrado en el art. 13 del PIDESC, donde se establece que: «Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales». De ese derecho derivan reglas muy relevantes para la solución de controversias en la materia, conocerlas resulta especialmente importante por la necesidad de concretar en la práctica la dimensión prestacional del derecho que se exige al Estado parte. Entre las más relevantes cabe incluir el fomento de la gratuidad en todos los niveles de enseñanza, asegurar que la educación sea inclusiva, accesible y con aspiración de no dejar a nadie atrás en el proceso.³⁸ En esa línea, la Observación General N.º 13 del CDESC, en cuanto interpretación autorizada del PIDESC, ha fijado el marco conceptual sobre el contenido del

37 Ciertamente se trata de un reconocimiento relevante que, no obstante, se encuentra condicionado por la situación de capacidad de obrar limitada, de ahí que deba contar con un elemento de ponderación como es el concepto «interés superior del menor», que opera tanto como un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Ver Óscar Díaz Muñoz, *El derecho de libertad religiosa del menor. Familia, escuela y tratamientos médicos* (Lima: Palestra, 2010).

38 Art. 13.2 del PIDESC.

derecho a la educación estableciendo sus objetivos principales: «la educación debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos». De ese modo consagra cuatro elementos clave con los que debe medirse la calidad de todo sistema educativo en los estados parte del Pacto: «elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad que son comunes a la enseñanza en todas sus formas y en todos los niveles».³⁹

En tercer lugar, debe destacarse la regla convencional que garantiza el *derecho de los padres o tutores a elegir para sus hijos la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*. Esta regla es especialmente poderosa en su formulación en el PIDESC,⁴⁰ pero también es posible encontrar su rastro en muchos otros instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que evidencia el importante peso que tiene dentro de esta confluencia entre regulación pública y protección de libertades individuales en el ámbito educativo. Así resulta comprensible la regulación que la Declaración del 25 de noviembre de 1981, en los distintos apartados de su artículo 5, hace sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, al establecer que: «Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse el niño». Garantizando que esa formación religiosa se desarrolle con respecto a la libre elección: «Todo niño gozará del derecho a tener acceso a la educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o

39 Observación General N.º 13 del CDESC, párr. 6.

40 Art. 13. 3 del PIDESC: «Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño». ⁴¹ Queda incluso abierta la materia para garantizar una protección extendida de esa voluntad paterna en casos de ausencia o muerte, y así establece la Declaración que: «Cuando un niño no se halle bajo la tutela de sus padres ni de sus tutores legales, se tomarán debidamente en consideración los deseos expresados por aquéllos o cualquier otra prueba que se haya obtenido de sus deseos en materia de religión o de convicciones, sirviendo de principio rector el interés superior del niño». ⁴²

A nivel convencional, esta regla también está reconocida en el art. 12.4 de la CADH: «Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». De forma complementaria, la Observación General N.º 22 del Comité de Derechos Humanos, en su apartado 6 establece unas recomendaciones de especial relevancia para este punto al señalar que:

La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores.

Finalmente, en el apartado 8 señala que: «no se puede restringir la libertad de no ser obligado a tener o adoptar una religión o unas creencias y la libertad de los padres y los tutores a garantizar la educación religiosa y moral».

Por su parte, el CDESC en su Observación General N.º 13 reafirma «la libertad de los padres y tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas

41 Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55], art. 5.2.

42 Id., art. 5.4.

que el Estado prescriba o apruebe». Esa disposición se complementa con el párrafo 4 del artículo 13, que afirma «la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza», siempre que satisfagan los objetivos educativos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13 y determinadas normas mínimas.⁴³

En cuarto lugar apuntamos la regla convencional que protege la *libertad de enseñanza*, concretada en el art. 13.4 del PIDESC, que establece que: «Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado». A pesar de que su enunciación parece simple, en la práctica de esta garantía se derivan importantes consecuencias, puesto que es a través de esta libertad como se concreta la efectiva prestación del derecho a la educación, de modo que el escenario de aplicación de las restantes reglas descansa en ella. Veremos su desarrollo normativo en el derecho peruano en el siguiente apartado.

Finalmente, la quinta y última regla convencional que debemos incluir en esta lista está referida a la *no discriminación en el ámbito educativo*. Enunciada tanto en el PIDCP⁴⁴ como en el PDESC,⁴⁵ podemos afirmar que el principio de no discriminación supera con mucho la condición de regla convencional para subir al escalón de las reglas internacionales de *ius cogens*, pues difícil sería legislar en contravención de este principio. Pero en lo que concierne a su específica aplicación en materia educativa es de especial relevancia destacar

43 Estas normas mínimas pueden referirse a cuestiones como la admisión, los planes de estudio y el reconocimiento de certificados.

44 Art. 26 del PIDCP: «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

45 Art. 1.2: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

su aplicabilidad, considerando las dificultades que genera una convivencia plural, y siendo el entorno educativo un escenario que evidencia muchas de esas dificultades. A la importancia del tema se debe la aprobación de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de tolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones de 1981, disposición que cuenta con un contenido clarificador y pedagógico que ofrece herramientas de interpretación y análisis, como las que en este trabajo se está tratando de buscar. Así la Declaración de 1981 establece que:

El niño estará protegido de cualquier forma de discriminación por motivos de religión o convicciones. Se le educará en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y hermandad universal, respeto de la libertad de religión o de convicciones de los demás y en la plena conciencia de que su energía y sus talentos deben dedicarse al servicio de la humanidad. La práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral teniendo en cuenta el párrafo 3 del artículo 1 de la presente Declaración.⁴⁶

Adicionalmente, el CDESC en su Observación General N.º 13 nos recuerda que: «La prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente».

En el contexto jurídico latinoamericano, los Pactos de Nueva York de 1966 confluyen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en 1969, y en el caso concreto de Perú estas tres normas convencionales ingresaron al ordenamiento jurídico interno en 1978, justamente como base para fortalecer el proceso de transición a la democracia que culmina con la aprobación de la Constitución de 1979, en la que los tratados de derechos

46 Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55], art. 5.3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

humanos ocupan una posición importante.⁴⁷ De ese modo, las normas internacionales de derechos humanos completaron el contenido constitucional de los derechos de la persona, cuestión no baladí, porque eso nos permite buscar una pauta de interpretación al ejercicio de este derecho fundamental, como es el de la libertad religiosa en el ámbito educativo, con los parámetros que han sido establecidos en las normas y disposiciones internacionales.⁴⁸ Por esa razón, es importante destacar ese contenido convencional del derecho de libertad religiosa en el ámbito educativo.

3.2. Texto constitucional y desarrollo normativo interno

Adaptación interna de la regla convencional que protege el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. La Constitución de 1993 proclama como derecho fundamental de la persona la libertad de conciencia y de religión, se reconoce su ejercicio en forma individual o colectiva, dentro de un Estado que no tiene confesión oficial y que está abierto a la colaboración con las distintas confesiones.⁴⁹ Especialmente importante es el inciso final del art. 14 de la Constitución cuando establece que: «La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias», protección que va en línea con la garantía del ámbito interno de no coacción en materia religiosa. Ese derecho de libertad religiosa tiene desarrollo legislativo interno en la ley peruana de libertad religiosa, Ley N.º 29635 de diciembre del 2010, que presta especial atención a las manifestaciones individuales y

47 Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobado por Decreto Ley N.º 22231 el 11 de julio de 1978), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por Decreto Ley N.º 22128, Instrumento de Adhesión, 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Instrumento de Adhesión, 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978).

48 Coincidencia que resulta especialmente relevante cuando se compara la regulación sobre libertad religiosa en el que la Constitución es directa deudora de la fórmula que consagra la CADH, alejada de la estructura tripartita – pensamiento, conciencia y religión – constante en los restantes documentos internacionales de derechos humanos. Susana Mosquera, «Reflexiones a partir del estudio de casos sobre libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, Derechos y creencias más allá del secularismo*, n.º 77 (Universidad de Navarra, 2017): 335-351.

49 Art. 2, inciso 3, art. 50 de la Constitución de 1993.

colectivas del derecho de libertad religiosa y ofrece reglas de acomodación que permiten conciliar intereses contrapuestos.

Relacionada con esta primera regla surge la cuestión ideológica —como la orientación básica que se ha de dar al sistema educativo—, cuestión que el artículo 14 de la Constitución trata directamente al señalar que: «La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar». Regulación que se completa en la Ley General de Educación,⁵⁰ que establece la obligatoriedad de esas formación ética y cívica en todo el proceso educativo.⁵¹

Adicionalmente, es la LGE la que, de un modo más preciso, determina que los fines del sistema educativo peruano comprenden:

[...] la formación de personas capaces de lograr su realización ética, intelectual, artística, cultural, afectiva, física, espiritual y religiosa, promoviendo la formación y consolidación de su identidad y autoestima y su integración adecuada y crítica a la sociedad para el ejercicio de su ciudadanía en armonía con su entorno, así como el desarrollo de sus capacidades y habilidades para vincular su vida con el mundo del trabajo y para afrontar los incesantes cambios en la sociedad y el conocimiento; y al mismo tiempo, que se contribuye a la formación de una sociedad democrática, solidaria, justa, inclusiva, próspera, tolerante y forjadora de una cultura de paz que afirme la identidad nacional sustentada en la diversidad cultural, étnica y lingüística, supere la pobreza e impulse el desarrollo sostenible del país y fomente la integración latinoamericana teniendo en cuenta los retos de un mundo globalizado. Altos fines para el sistema educativo, pues no en vano, en él se encuentra la clave para el desarrollo de las sociedades.⁵²

50 Ley N.º 28044 del 28 de julio del 2003.

51 «La formación ética y cívica es obligatoria en todo proceso educativo; prepara a los educandos para cumplir sus obligaciones personales, familiares y patrióticas y para ejercer sus deberes y derechos ciudadanos. La enseñanza de la Constitución Política y de los derechos humanos es obligatoria en todas las instituciones del sistema educativo peruano, sean civiles, policiales o militares. Se imparte en castellano y en los demás idiomas oficiales». Ley N.º 28044 del 28 de julio del 2003, art. 6.

52 Ley N.º 28044 del 28 de julio del 2003, art. 9.

Adaptación interna de la regla convencional que protege el derecho de toda persona a la educación. La Constitución peruana de 1993 presta especial atención a la cuestión educativa, como se puede comprender al encontrar un buen número de artículos que en el texto constitucional tratan ese tema. En su regulación, el constituyente peruano —muy en línea con las normas internacionales— hace mención expresa a esa doble condición que la libertad de educación tiene como derecho y como deber, así lo señala en el artículo 13 del texto constitucional, cuando dice que «la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho a escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo». ⁵³ Pero, además, en línea con las declaraciones internacionales de derechos, la finalidad de ese proceso educativo no es otro que el desarrollo integral de la persona humana.

La responsabilidad que asume el Estado en materia educativa queda reflejada claramente, en primer lugar, en el art. 3 de la LGE, cuando reconoce a la educación como un derecho fundamental de la persona y de la sociedad. De ahí que nazca para el Estado la obligación de garantizar el ejercicio del derecho a una educación integral y de calidad para todos y la universalización de la Educación Básica. Pero al mismo tiempo, como ya se ha señalado en páginas anteriores, aunque la educación como actividad reglada ha sido asumida por el Estado, la sociedad tiene también la responsabilidad de contribuir a la educación y el derecho a participar en su desarrollo. No es posible obviar el papel que la sociedad, en especial la familia, o los medios de comunicación social, desempeñan en el proceso educativo. ⁵⁴

Para lograr tan alto objetivo en el artículo 14 del texto constitucional la educación se enfoca como un proceso dirigido hacia la promoción del conocimiento, el aprendizaje, y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte, esto es, una preparación para la vida y el trabajo, fomentando siempre la solidaridad; siendo deber del Estado el promover el desarrollo científico y tecnológico del país, garantizando que la

53 Art. 13 de la Constitución.

54 Como reconoce el artículo 14 CP.

enseñanza se imparta con sujeción a los principios constitucionales y a los principios de la correspondiente institución educativa.

Adaptación interna de la regla convencional que garantiza el derecho de los padres o tutores a elegir para sus hijos la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. El texto constitucional señala que: «El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho a escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo». Lamentablemente, esta formulación constitucional está bastante alejada de los términos mencionados en la regla convencional que de forma expresa garantiza el derecho no solo de elección del centro, sino de la formación religiosa que reciban los menores. Esta que es una de las reglas convencionales más importante en la que confluyen las dos esferas en debate: la educación como servicio bajo regulación estatal y la libertad religiosa en el ámbito educativo. Hubiese sido deseable que el texto constitucional tuviera una recepción directa de ese precepto, para evitar situaciones que lleven al desconocimiento de esta regla. Ciertamente, la ley de libertad religiosa ha venido a paliar esa laguna al establecer que: «La libertad de religión comprende, entre otros, el ejercicio de los siguientes derechos [...] Elegir para sí o para los menores o los incapaces sujetos a su patria potestad, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».⁵⁵

Adaptación interna de la regla convencional que protege la libertad de enseñanza. De ese modo, para garantizar ese principio de libertad,⁵⁶ y respondiendo también a la idea de descentralización del sistema educativo prevista en el artículo 16 de la CP, en 1995 se dictó la Ley N.º 26549 del 1 de diciembre que regula el régimen de los centros educativos privados. La creación de centros privados es una necesidad natural del sistema educativo, la articulación sectorial de que habla la LGE, así lo señala, recordando que «esa articulación intersectorial en el Estado y la de este con el sector privado, se da en todos los ámbitos de la gestión descentralizada del sistema educativo con activa participación de

55 Art. 3, inciso d, de la Ley 29635.

56 El artículo 15 de la Constitución en su último inciso recuerda que: «Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley».

la comunidad educativa”.⁵⁷ Con tal propósito —continúa diciendo el artículo 11 de la LGE— «las autoridades correspondientes movilizan sus recursos y favorecen la autonomía, la innovación, el funcionamiento democrático y el fortalecimiento de las instituciones educativas». ⁵⁸

«El Estado en concordancia con la libertad de enseñanza y la promoción de la pluralidad de la oferta educativa, reconoce, valora y supervisa la educación privada». ⁵⁹ Y no puede ser de otro modo, puesto que el artículo 17 de la Constitución establece la obligatoriedad de la educación inicial, primaria y secundaria, y lograr esa obligatoriedad no será posible sin la participación de los centros docentes privados. De ahí que, cuando ese mismo artículo 17 sanciona la gratuidad de la educación en su párrafo inicial, no puede menos que apuntar a continuación que: «Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y a favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa». ⁶⁰

57 Ley N.º 28044 del 28 de julio del 2003, art. 11. En ese sentido, podría ser una buena herramienta para lograr mayor eficacia en la gestión del sector educativo, implementar sistemas de gestión público-privada, siempre respetuosos del principio de subsidiariedad y de las libertades educativas que derivan de las reglas convencionales.

58 Ley N.º 28044 del 28 de julio del 2003, art. 11. A esos efectos tendrán la consideración de Instituciones Educativas Privadas, según el artículo 72 de la LGE: las personas jurídicas de derecho privado, creadas por iniciativa de personas naturales o jurídicas, autorizadas por las instancias descentralizadas del sector Educación.

59 Reglamento de las Instituciones Privadas de Educación Básica y Educación Técnico Productiva, art. 48.

60 Lamentablemente, el TC no comparte esa línea de interpretación. Así, en la sentencia 00007-2014-AA tenemos una interpretación constitucional que establece que la fórmula de colaboración en la financiación de centros educativos privados vinculados a estructuras religiosas podría ser incompatible con el modelo constitucional de separación Iglesia-Estado. Los efectos de esta sentencia felizmente no se han dejado ver, los centros de acción conjunta siguen funcionando en Perú y lo cierto es que, si no lo hicieran, la garantía real del derecho a la educación general obligatoria en el Perú se vería seriamente afectada, puesto que a través de los colegios públicos no habría suficiente número de plazas para poder atender a la alta demanda de escolarización que hay en la sociedad peruana. Por tanto, ese sería un aspecto especialmente importante que tiene que ver con cómo se tiene que interpretar el principio de cooperación en armonía con la naturaleza prestacional que tiene el derecho de libertad religiosa.

Para que tales objetivos se cumplan es preciso partir de una premisa básica: la libertad de enseñanza. Principio que la LGE vuelve a puntualizar, recordando que dicha libertad está reconocida y garantizada por el Estado. De ella derivan otras libertades dentro del sistema: la de los docentes, amparados por la libertad de cátedra;⁶¹ la de los padres, que junto a su derecho-deber de implicación en el proceso formativo de sus hijos tienen garantizada la libertad de elección, esto es, la libertad de selección del centro que mejor se adapte a sus requerimientos; libertad que protege también a toda persona natural o jurídica que tiene derecho a constituir y conducir centros y programas educativos, libertad de la que se deriva la posibilidad de creación de centros docentes privados —libertad fundamental para garantizar el pluralismo dentro del sistema—. La iniciativa privada contribuye a la ampliación de la cobertura, a la innovación, a la calidad y a la prestación efectiva del servicio esencial de educación.

Una vez establecida la necesaria cooperación que el sector público recibe del sector educativo privado surge, inevitablemente, una cuestión esencial que afecta a la orientación, esencialmente ideológica, que pueden tener los centros privados. En ese sentido, el artículo 3 de la Ley 26549 dispone que:

Corresponde a la persona natural o jurídica, propietaria de un centro educativo, establecer la línea axiológica que regirá su centro, dentro del respeto a los principios y valores establecidos en la Constitución; la duración, contenido, metodología y sistema pedagógico del plan curricular de cada año o período de estudios; los sistemas de evaluación y control de los estudiantes; la dirección, organización, administración y funciones del centro; los regímenes económico, disciplinario, de pensiones y de becas; las relaciones con los padres de familia; sin más limitaciones que las que pudieran establecer las leyes, todo lo cual constará en el Reglamento Interno del centro educativo.⁶²

Las responsabilidades de ley por la actividad de los centros y programas educativos las asume la persona natural o jurídica propietaria o titular de

61 Que el legislador constituyente menciona en el artículo 18 de la Constitución, al mismo tiempo que regula la educación universitaria.

62 Ley 26549, de los centros educativos privados, art. 3.

los mismos. Un margen de acción bastante amplio para los centros privados, que en el Perú son mayoritariamente administrados por órdenes religiosas.⁶³

Adaptación interna de la regla convencional que protege frente a la no discriminación en el ámbito educativo. El reconocimiento de esta regla tiene garantía constitucional sólidamente establecida en el art. 2, inciso 2, de la Constitución, donde se reconoce la igualdad ante la ley como derecho fundamental de toda persona y la prohibición de discriminación. No obstante, dada la naturaleza relacional del principio de igualdad, resultaba importante contar con una fórmula mucho más directa y expresa en línea con lo establecido en la Declaración de 1981 para hacer evidente la interacción entre discriminación y libertad religiosa. Sobre todo, porque ese es un terreno que genera gran litigiosidad y en el que la interpretación será especialmente necesaria.

Llegados a este punto, y con los elementos que ofrecen las reglas internacionales y su desarrollo normativo interno, tendremos que ser capaces de establecer elementos de análisis para entender en dónde está el contenido esencial de ese derecho-libertad en el ámbito educativo, y cómo aplicarlo, con pretensiones con las que, aparentemente, se puede encontrar en colisión.

IV. Los principios del Derecho eclesiástico como herramientas complementarias para una adecuada aplicación interna de las garantías internacionales que protegen las libertades en materia educativa

En este escenario, nos planteamos la necesidad de garantizar la efectiva aplicación de esas reglas convencionales que delimitan las libertades educativas. El eje central en ese terreno es la idea de que los menores tienen un derecho/deber a recibir educación, de ahí la obligatoriedad de la enseñanza general al menos en esa primera franja de edad, que puede oscilar entre los 16 o los 18. Pero considerando que, en ese periodo de edad, el menor se encuentra bajo la patria potestad, ese derecho del alumno es un derecho que tiene a los padres como mediadores.⁶⁴ A las garantías protegidas por el derecho a

63 Centros que funcionan bajo régimen establecido en R.M. N.º 483-1989-ED, *Reglamento de centros educativos de acción conjunta Iglesia Católica-Estado peruano*, del 3 de agosto del 1989.

64 Fons Coomans, «Exploring the Normative Content of the Right to Education as a Human Right: Recent Approaches», *Persona y Derecho* 50 (2004): 61-100.

la libertad religiosa y su confluencia en el ámbito educativo se le aplican una serie de principios, que vertebran el modelo peruano de relaciones Iglesia-Estado; principios que pueden convertirse en útiles herramientas de solución de controversias.⁶⁵ ¿Cómo protegemos la libertad de cátedra del docente en el ámbito educativo, para que no choque con la formación con respeto a la libertad de conciencia de los alumnos?, ¿cómo resolvemos la cuestión de los símbolos religiosos en las escuelas?,⁶⁶ ¿qué significa la educación que garantiza el libre desarrollo de la personalidad?, ¿cómo gestionamos la igualdad de trato entre las diferentes religiones al momento de colaborar en materia educativa?, ¿podemos financiar con dinero público centros educativos privados?

Vemos que hay una serie de cuestiones importantes que requieren la aplicación al caso concreto de esas reglas convencionales, en gran medida constitucionalizadas. Considerando el nivel de generalidad que tiene alguna de esas reglas y en atención a que su aplicación debe realizarse dentro del concreto contexto jurídico peruano, parece oportuno completar el marco normativo con los aportes que derivan de la ventaja de situar este tema dentro de la disciplina del Derecho eclesiástico, disciplina joven, pero con potencial para trabajar en defensa de derechos y libertades de la persona en todo lo relacionado con su autodeterminación ideológica.⁶⁷

Los principios del Derecho eclesiástico «son a un tiempo, principios informadores y esencia del sistema jurídico».⁶⁸

65 Sobre los principios del Derecho eclesiástico peruano, véase Susana Mosquera, «Fuentes y principios de derecho eclesiástico», *Vox Iuris* 36(2) (2018): 59-76, <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2018.v36n2.05> (consultado el 12 mayo del 2022).

66 El EXP. 06111-209-AA/TC habla de esta materia en el ámbito de otro entorno público, como son las salas del Poder Judicial. La respuesta que dio el Tribunal Constitucional, en ese caso, en un periodo que coincidió con similares sentencias referidas justo a símbolos en ámbito educativo, puede servirnos de pauta para entender cuál sería la posición de una eventual controversia sobre esta materia, si es que se plantea la presencia de símbolos en el ámbito, en este caso educativo.

67 Susana Mosquera, «Avances en la construcción del Derecho eclesiástico como disciplina jurídica en Perú», *Revista chilena del derecho*, septiembre-diciembre, vol. 43, n.o 3 (2016): 1117-1120.

68 Pedro Juan Viladrich y Javier Ferrer, «Los principios del Derecho eclesiástico español», *Derecho eclesiástico del Estado Español* (Pamplona: Eunsa, 1980): 211-237.

Son valores superiores del ordenamiento jurídico, simbólicos esquemas para el modelo de relaciones entre el poder político y el factor religioso. Su naturaleza por tanto es constitucional, de ahí que la función de integración y armonización que esos principios constitucionales desarrollan a nivel general haya tenido un especial valor a la hora de llevar a cabo su trabajo en el campo concreto del Derecho eclesiástico. Cumplen una función de interpretación, que tiene su más clara manifestación en el trabajo de desarrollo legislativo y jurisprudencial respecto a las normas que han sido dictadas por los poderes públicos, sobre materia eclesiástica. Esta labor de interpretación debe realizarse a dos niveles: en primer lugar, a nivel horizontal, interpretando de modo coherente y conjunto las distintas normas del ordenamiento jurídico peruano de rango estatal, y en segundo lugar, a nivel vertical, conforme esos criterios interpretativos han descendido hacia los niveles de la descentralización administrativa.⁶⁹

Luego, Susana Mosquera añade:

La función de estos principios es esencial para estructurar un sistema de relaciones entre el Estado y las entidades religiosas, que sea justo y respete el bien esencial del sistema, la persona humana y su dignidad. Algunos de esos principios se presentan con una doble configuración jurídica, pues son también derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional, y su defensa y cumplimiento puede arbitrarse por los medios legales previstos para la defensa y protección de los derechos subjetivos. Esa doble condición jurídica hace de ellos bienes preciados de obligado respeto, de ahí la importancia de su adecuada definición.⁷⁰

69 Susana Mosquera, «El sistema jurídico peruano desde la perspectiva del Derecho eclesiástico», *Polemos* (marzo 2020), <https://polemos.pe/el-sistema-juridico-peruano-desde-la-perspectiva-del-derecho-eclesiastico/> (consultado el 20 de mayo del 2022). Lamentablemente, salvo escasas excepciones, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no utiliza estos principios para resolver los casos que afectan al ejercicio del derecho de libertad religiosa y comprometen el modelo peruano de relaciones entre el Estado y las entidades religiosas.

70 Mosquera, «El sistema jurídico peruano desde la perspectiva del Derecho eclesiástico». Para mayor información sobre los principios del Derecho eclesiástico véase María Roca, «Propuestas y consideraciones críticas acerca de los principios en el

Principio de libertad religiosa. En su dimensión objetiva, la libertad religiosa como principio del Derecho eclesiástico del Estado implica una actitud del Estado tendente a remover o evitar los impedimentos que encuentren los ciudadanos de modo primario, y los grupos religiosos, de modo derivado, en el disfrute y ejercicio de su derecho de libertad religiosa.⁷¹ El reconocimiento de la libertad religiosa discurre de la mano de un necesario reconocimiento y promoción del pluralismo religioso. Los regímenes de confesionalidad única, con intolerancia hacia los cultos ajenos al oficial, no han sido lugar adecuado para el nacimiento del principio/derecho de libertad religiosa. Solo en medio del pluralismo religioso puede tener lugar una verdadera defensa de la libertad religiosa. Por ese motivo, el principio esencial de libertad en materia religiosa avanza de la mano del reconocimiento de independencia y autonomía entre el Estado y las entidades religiosas.

Varias son las controversias que surgen en el terreno educativo que bien podrían entrar en el ámbito de aplicación de este principio básico. Así una de las más frecuentes es la que surge en países de larga tradición confesional, en los que se dicta una asignatura de religión en las aulas, es un tema que trae su origen de un pasado histórico en el que, de la posición privilegiada de una confesión dentro del sistema, se concluía su especial relación con el sistema educativo. Cuando los principios de libertad, independencia y cooperación con todas las confesiones religiosas toman carta de naturaleza dentro del ordenamiento jurídico, se plantea entonces la necesidad de reconsiderar el régimen de asignatura única de religión.⁷²

El Acuerdo entre Perú y la Santa Sede de 1980 mantiene la asignatura de Religión Católica en los centros educativos públicos, donde seguirá dictándose como materia obligatoria.⁷³ Tomando en cuenta que existe la posibilidad de creación de instituciones privadas de enseñanza con ideario propio, la polémica

Derecho eclesiástico», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XVII (2001): 17-33.

71 Javier Saldaña Serrano y Cristóbal Orrego Sánchez, *Poder estatal y libertad religiosa* (México: UNAM, 2001).

72 Jesús López Medel, *Libertad y derecho a la enseñanza de la religión* (Madrid: Dykinson, 2004).

73 Edgar Flores Caldas, *Libertad religiosa y enseñanza de la religión católica en el ordenamiento jurídico peruano y en el Acuerdo con la Santa Sede de 1980. Dissertationes canonicae* (Madrid: Universidad San Dámaso, 2016).

en relación a la enseñanza obligatoria de la religión católica debería quedar reducida al ámbito de los colegios públicos. No obstante, ante el insuficiente número de centros que permitan cubrir la demanda educativa⁷⁴ se mantiene viva la polémica, dado que la asignatura de formación religiosa que se dicta en los centros privados es principalmente la católica, lo que genera la duda sobre el tratamiento que deben recibir los alumnos que piden estar exentos de llevar ese curso por razones de conciencia. Después de muchos años de polémica en relación a este punto,⁷⁵ la Ley peruana de libertad religiosa estableció en su artículo 8 que: «Las instituciones educativas, en todos sus niveles y modalidades, respetan el derecho de los alumnos a exonerarse de los cursos de religión por motivos de conciencia o en razón de sus convicciones religiosas sin verse afectado su promedio académico. En los casos de los menores de edad, la exoneración procede siempre y cuando así lo expresen los padres o quien tenga la tutela de los mismos».⁷⁶ Sin embargo, mientras no se pueda garantizar esa pluralidad de centros, corresponde conceder la exoneración del curso obligatorio de religión en todos aquellos casos —tanto en centros educativos públicos como privados— en que esa formación religiosa no sea respetuosa con la libertad de conciencia de los alumnos (titulares de un derecho individual de libertad religiosa) y de las

74 No hay suficientes colegios públicos y la elección de centros privados se realiza más por razón de las carencias que tiene el sistema educativo público, no tanto por razón de la afinidad ideológica que los padres puedan tener con el centro educativo privado al que envían a sus hijos.

75 Defensoría del Pueblo acumuló bastante experiencia atendiendo pedidos de protección de padres de familia a cuyos hijos obligaban a cursar una asignatura de formación religiosa contraria a las creencias que ellos habían elegido para sus menores. César Orrego Azula, «Algunas consideraciones de la libertad religiosa y su incidencia en el fundamental derecho a la educación», *El derecho fundamental de libertad religiosa*, III Jornadas de Derechos Humanos, coord. Susana Mosquera (Lima: Palestra, 2014): 127-144.

76 El art. 9 del Reglamento de Desarrollo de la Ley 29635 de 2011 establecía que: «En las instituciones educativas estatales los padres o apoderados, cuando corresponda, podrán solicitar la exoneración del curso de religión cursando una comunicación expresa en ese sentido. Respecto de los alumnos debidamente exonerados del curso de Religión, su promedio académico se tomará considerando solamente las materias cursadas». La nueva regulación reglamentaria aprobada en 2016 no dice nada sobre la exoneración al curso de religión católica.

opciones que sus padres o tutores hayan elegido para su formación moral en línea con la regla convencional ya mencionada.⁷⁷

Tenemos entonces el marco convencional, su recepción constitucional, la normativa de desarrollo y un acuerdo con la Santa Sede que permite ofertar la enseñanza de la religión católica en los centros educativos públicos.⁷⁸ Considerando la escuela (pública y privada) como un lugar de formación no cabe duda de que hay espacio para la educación religiosa, dado que la religión es un elemento más de comprensión de la persona y un mecanismo de protección de los derechos culturales.⁷⁹ En ese sentido, si la formación religiosa se presenta como una necesidad antropológica de la persona,⁸⁰ una efectiva garantía del pluralismo social, la igualdad de trato y el respeto a la diversidad religiosa, nos obliga a ofrecer herramientas adicionales que permitan al operador jurídico resolver los problemas concretos que genera la inserción de las libertades educativas privadas en un espacio que tiene una importante regulación pública.⁸¹

Por eso, en un segundo nivel, surge la cuestión referida al enfoque en el contenido del curso de formación religiosa. La regla convencional de protección de la libertad religiosa, especialmente la interpretación que de ella hace el

77 Sobre cómo se ha resuelto esta cuestión en el ordenamiento español ver Mariano Cubillas Recio, «La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos* 2 (2002): 157-219.

78 «La educación religiosa escolar es un área fundamental para la formación de los niños, jóvenes y adultos. Es un elemento constitutivo de las dimensiones del ser humano y, por lo tanto, debe ser enseñada y aprendida, de una manera intencional, programada y asumida dentro de los currículos de las instituciones educativas, ya sean oficiales o privadas». María Elizabeth Coy Africano, «Educación religiosa escolar ¿Por qué y para qué?», *Franciscanum. Revista de las ciencias del espíritu*, vol. LI, núm. 152, julio-diciembre (Colombia: Universidad de San Buenaventura Bogotá, 2009): 49-70.

79 María Roca, «La enseñanza de la religión en la escuela y los derechos culturales», *Revista General de Derecho Constitucional* 35 (2021): 1-24.

80 Michael Lambek, «Anthropology and Religion», *Oxford Handbook of Religion and Science*, ed. Philip Clayton (Oxford: Oxford University Press, 2006): 271-289.

81 Pablo Da Silveira, «Libertad de enseñanza, libertad religiosa, secularización y laicidad: límites confusos y falsas asociaciones», *Páginas de Educación*, vol.5, n.o 1 (2012): 17-35, <http://www.scielo.edu.uy> (consultado el 22 de abril del 2022).

Comité de Derechos Humanos en su Observación General n.º 22, recomienda alejar el adoctrinamiento del contenido pedagógico de los cursos de religión, y acercarlo a un estudio de historia y cultura de las religiones de forma que sirva como fomento de un efectivo pluralismo y protección de la diversidad religiosa en el país. De ese modo, en el caso peruano, la discusión a futuro se proyecta en una doble ruta. En primer término, y en línea con las obligaciones internacionales, surge la necesidad de preguntarse si será oportuno reformular el contenido de ese curso de formación religiosa para alejarlo del enfoque actual como curso dogmático de religión. En segundo término, habrá que plantearse la necesidad de determinar si esa asignatura de «formación religiosa» ha de limitarse a la formación católica o puede comprender otra orientación religiosa, en línea con las creencias religiosas que tienen base dentro del territorio peruano. Hasta el momento en los colegios públicos solo se imparte formación religiosa católica, pero la presencia de otras confesiones religiosas en el territorio peruano, el proceso de reconocimiento jurídico que les otorga una posición de interlocución ante las instituciones públicas, son datos que hacen previsible que la cuestión sobre la orientación que deba darse a esa asignatura de «formación religiosa» surja en un futuro cercano.⁸² En todo caso, corresponde aclarar que la presencia de una asignatura de formación religiosa en el plan de estudios se justifica como ejemplo de cooperación y asistencia entre Estado y entidades religiosas, y se ofrece como apoyo para que, en el ámbito educativo público, las entidades religiosas ofrezcan espacio para que aquellos padres que lo hayan elegido libremente tengan oportunidad de seguir formando la dimensión religiosa de la personalidad de sus hijos. Entiéndase, por tanto, que el curso de Religión en la escuela es consecuencia del modelo de colaboración Iglesia-Estado que establece el art. 50 de la Constitución, y de la naturaleza prestacional del derecho de libertad religiosa.⁸³

82 Desde la perspectiva de la regla de igualdad de trato en materia religiosa, corresponde plantearse si se está garantizando la dimensión prestacional del derecho de libertad religiosa de padres y alumnos no católicos, que también desean recibir formación religiosa en el ámbito educativo público.

83 Derivado de la existencia de un curso de formación religiosa en la escuela surge la cuestión de la selección del personal docente encargado de dictar esa asignatura. Hasta la fecha no se habían suscitado mayores controversias sobre este punto, pero una reciente sentencia de la Corte IDH deja abierto el escenario para el conflicto. Se trata del caso Pávez Pávez vs. Chile del 22 de abril del 2022, en el que la Corte IDH considera responsable al Estado por el trato discriminatorio a la Sra. Pávez,

En un tercer nivel, dentro de la regla que protege la libertad religiosa en la escuela, surge la cuestión de la posible objeción de conciencia. Entendida como «la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas». Esto es, una situación en que se solicita exoneración al cumplimiento de una obligación legal «por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece».⁸⁴ La objeción parte de un elemento esencial de la libertad religiosa, «que nadie debe ser obligado a actuar en contra de sus convicciones», pero considerando el valor normativo que tiene el mandato legal que se opone a la conciencia corresponderá revisar en cada caso, de forma específica e individual, si el deber legal cede paso ante la libertad religiosa. Para ello se podrán utilizar varios mecanismos para analizar la situación: crear alternativas al cumplimiento del mandato legal, ofrecer reglas de acomodación que permitan hacer compatibles ambas obligaciones, o finalmente, plantear judicialmente la controversia y someterla a las reglas de ponderación que utiliza el juez.

Es frecuente la negativa de los padres a que sus hijos cursen determinadas asignaturas (no solo se plantean casos de objeción al curso de formación religiosa, también a materias como educación para la ciudadanía o educación sexual), a que reciban un determinado enfoque de género⁸⁵ o científico en un curso, a participar en las clases de educación física y también polémicas que afectan al tipo de alimentos (*kosher* o *halal*) que se deben servir en el comedor escolar, por poner algunos ejemplos. De todos ellos, uno de los más frecuentes, surge a raíz de la obligatoriedad de realizar alguna actividad

quien fue separada de su cargo de profesora de religión en un colegio público. La razón de la separación del cargo fue consecuencia de la revocación del certificado de idoneidad por parte de las autoridades religiosas, al tomar conocimiento de que su vida personal (comenzó a convivir con una persona de su mismo sexo) no era compatible con los mandatos de la fe católica que enseñaba a los alumnos. Sobre este tema puede verse el comentario de Jorge Otaduy Guerín, «La retirada de la autorización para enseñar religión católica. Resoluciones judiciales recientes en el Perú y marco doctrinal», *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional*, coords. Óscar Díaz Muñoz, Gerardo Eto Cruz y Javier Ferrer Ortiz (Lima. Tribunal Constitucional: Centro de Estudios Constitucionales): 177-204.

84 Art. 4 de la Ley 29635.

85 Como la destacada campaña contra el sesgo de ideología de género que se pretendía incluir en la reforma del currículum educativo, que en 2016 movilizó a muchos padres peruanos a través del grupo de Facebook, «Con mis hijos no te metas».

educativa en una fecha que coincide con un día de descanso religioso. Esto es en esencia lo que se plantea en el EXP. N.º 02430-2012-PA/TC; aquí el TC se encuentra ante un supuesto típico de conflicto entre el cumplimiento del mandato religioso y el cumplimiento de un deber jurídico, pero decide no entenderlo así afirmando que: «Revisada la doctrina precedente sobre la objeción de conciencia, este Tribunal concluye que los conflictos suscitados por exámenes programados en días que, según la religión de una persona, son de descanso semanal con abstención de cualquier actividad laboral o asimilada a ella, no serían en estricto casos de objeción de conciencia, pues carecerían del requisito del *deber jurídico* a objetar [...], ya que la persona no estaría obligada legalmente a rendir el examen en cuestión».⁸⁶ Es evidente que sí existe un mandato a rendir examen, aunque se encuentre establecido en norma de rango infralegal, como puede ser el reglamento de funcionamiento del centro educativo en cuestión; por lo que no hay duda de que este es uno de los supuestos típicos de objeción de conciencia (de hecho, es uno de los que se presenta con mayor frecuencia en el ámbito educativo y laboral), y por esa razón la Ley 29365 ofrece herramientas de armonización para darle solución.⁸⁷ De ese modo, cuando en el ámbito educativo alguna manifestación suponga una violación a la libertad de las conciencias nos plantearíamos si esto en verdad es una exigencia debida, y podemos establecer alguna acomodación razonable para permitir que sea protegida esa dimensión esencial de la libertad religiosa o de culto.⁸⁸

Principio de igualdad.

-
- 86 EXP. N.º 02430-2012-PA/TC, f.j. 40. Para comentario puede verse Joaquín Mantecón Sancho, «Exámenes convocados en días de descanso religioso. Comentario a la STC. 2430-2012-PA/TC», *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional*, 233-244.
- 87 Art. 3, inciso f, reconoce como manifestación propia del derecho de libertad religiosa el derecho a: «Commemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considere sagrado en su religión, debiéndose armonizar los derechos de los trabajadores con los de la empresa o administración pública para la que labore, y de los estudiantes con las instituciones educativas, conforme al reglamento de la presente Ley».
- 88 Susana Mosquera, «Consideraciones sobre la acomodación por motivos religiosos en el modelo peruano de relaciones Iglesia-Estado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 3, n.º 1 (2017), <http://www.revistaladerechoyreligion.com/ojs/ojs2.4.6/index.php/RLDR/article/view/48/pdf> (consultado el 20 abril del 2022).

La igualdad es un principio/derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. Traducir ese derecho-principio de igualdad y no discriminación al modelo peruano de relaciones iglesias-estado no es sencillo, dada la desigualdad «natural» e histórica que supone la presencia sociológicamente mayoritaria de un grupo confesional en comparación a los demás, y dadas las condiciones de colaboración vía acuerdo específico que ese grupo ya disfruta dentro del sistema. De ahí la especial importancia que tendrá la ponderada aplicación de este principio de igualdad para llegar a determinar cuándo, en el caso concreto el trato equivalente que debemos dar a las demás entidades religiosas debe pasar necesariamente por los elementos o condiciones de trato que recibe dentro del sistema la confesión mayoritaria.⁸⁹

Muchas son las consecuencias prácticas que tiene este principio del derecho eclesiástico en el ámbito educativo —la igualdad de acceso a clases de formación religiosa en la escuela, la oferta de centros educativos que se adapten a la elección religiosa o moral que los padres elijan para sus hijos, la admisión del alumnado sin establecer exigencias que generen discriminación ideológica, por mencionar algunas—, pero casi todas reenvían a la dificultad de ofrecer un trato en igualdad entre los fieles cuando no existe igualdad entre las distintas confesiones.⁹⁰ Es decir, son consecuencia de un modelo de colaboración deficiente.

89 Mosquera, «El sistema jurídico peruano desde la perspectiva del Derecho eclesiástico». Esta idea de igualdad ponderada podemos muy bien percibirla de la redacción que tiene el art. 50 del texto constitucional, que señala los acuerdos de colaboración que el Estado deberá realizar con la Iglesia católica con base en la aportación que esta entidad ha tenido en la formación del país, y abriendo también esa misma opción —aunque formulada en términos de hipótesis— para las demás confesiones religiosas con presencia en el territorio peruano.

90 Para una reflexión actualizada sobre el tema, puede verse María Esperanza Adrianzén Olivos, «El principio de neutralidad para la garantía de la libertad religiosa en el Perú: valoración de avances desde una perspectiva comparada», *Libertad religiosa en el*

Principio de colaboración.

Es el complemento indispensable del principio de igualdad, y al mismo tiempo funciona como eje del sistema de protección de la libertad de conciencia y de religión en el marco de relaciones entre el orden jurídico y el religioso.⁹¹ La idea fundamental que plantea la cooperación o colaboración entre poderes públicos e instituciones religiosas, es la del reconocimiento de una necesidad de interrelación.⁹² Ambas esferas son efectivamente independientes entre sí, pero en determinadas cuestiones encuentran puntos o temas comunes que necesitan del consenso y trabajo conjunto. Así la colaboración que el Estado ofrece a lo religioso, no ha de ser la de un apoyo incondicional que sustituya en ocasiones al propio aparato religioso en la toma de decisiones relevantes para el orden interno de las confesiones religiosas, sino que ese enfoque cooperacionista ha de garantizar una esfera de independencia y autonomía para ambas instituciones, la esfera religiosa y la esfera pública o estatal han de colaborar sin interferirse mutuamente. La mejor manera de plasmar esa colaboración es a través de herramientas legales, los acuerdos con las confesiones religiosas, ocupan un papel fundamental para el futuro desarrollo de ese ideal.⁹³

Perú. Contexto histórico, garantías del derecho y experiencia comparada: España, Argentina, Colombia y México (Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022).

- 91 Así, esa colaboración se sostiene sobre una serie de presupuestos básicos, la valoración positiva que la participación democrática a través de grupos intermedios tiene en el ordenamiento jurídico, dentro de esos grupos se reconoce la singularidad de los que dedican su acción a las actividades religiosas y de culto, lo cual comporta a su vez aceptar el hecho religioso como factor social positivo dentro del sistema. María Dolores Cebriá García, «El principio de cooperación “suo modo” informador de las relaciones Iglesia-Estado: su regulación constitucional», *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, vol. I (Valencia: Universidad de Alicante, 2000): 101-115.
- 92 Positivo es la palabra clave en este punto, lo contrario llevaría hacia un planteamiento de rechazo o negación del factor religioso presente en la sociedad, y daría como resultado un Estado de tipo laicista e incluso una sociedad negadora del hecho religioso.
- 93 Mosquera, «El sistema jurídico peruano desde la perspectiva del Derecho eclesiástico».

La regulación que ha hecho el legislador peruano en relación con la libertad de enseñanza es coherente con lo dispuesto en el artículo 50 CP.⁹⁴ El reconocimiento de la Iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, lleva al Estado a ofrecerle su colaboración, y en ella el sector educativo no puede quedar olvidado puesto que es una competencia que, aun siendo responsabilidad directa del Estado, ha sido tradicionalmente asumida por las instituciones religiosas. En ese sentido debe interpretarse lo dispuesto en el art. XIX del Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú, cuando se reconoce que la Iglesia católica tiene plena libertad para establecer centros educacionales de todo nivel, de conformidad con la legislación nacional, en el ámbito de la educación particular. Reconocimiento expreso del importante papel que la Iglesia católica tiene dentro del sector educativo privado.⁹⁵

Recordemos que, junto a la garantía del derecho a la educación está la cuestión de la libertad de enseñanza como derecho del centro. Los centros pueden ser públicos y privados y su regulación tiene un marco normativo diferente en uno y otro caso, pero si los centros educativos privados colaboran en la prestación del servicio esencial de educación, ¿cómo deberían ser financiados? Siendo la educación un derecho de segunda generación, resulta más evidente que es necesaria esa dimensión prestacional por parte de las autoridades públicas, si no ofertamos plazas suficientes para que los alumnos en edad escolar obligatoria estén escolarizados, no habrá forma de dar efectividad al contenido de este derecho fundamental. Pero las garantías de autonomía que deben tener los centros educativos privados son también materia clave para entender el funcionamiento correcto de este sector.⁹⁶ Respecto a los colegios privados, surge la cuestión de su ideario, si tienen o no la posibilidad

94 Art. 50. Constitución peruana de 1993: «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas».

95 Sobre educación religiosa, puede verse Gonzalo Flores Santana, «La educación religiosa en la escuela pública y privada», *Libertad religiosa y aconfesionalidad del Estado*, eds. Francisco Bobadilla Rodríguez, Jéssica Chirinos-Pacheco y Javier Ferrer Ortiz (Lima: Yachay, 2020).

96 José Luis Martínez López-Muñiz, «Autonomía de los centros escolares y derecho a la educación en libertad», *Persona y Derecho* 50 (2004): 447-504.

de mantener autonomía sobre esos aspectos que son posiciones de fe, y en las que los padres eligen el centro educativo en función de la formación religiosa que desean tener para sus hijos. Esta es una materia muy importante en donde debemos entender la libertad de enseñanza combinada con el derecho a la educación y la formación religiosa que los padres eligen para sus hijos, tal y como viene establecida en la regla convencional mencionada.

Principio de independencia y autonomía.

El modelo peruano de relaciones iglesias-estado no cuenta con un reconocimiento expreso de no confesionalidad, pero esa idea puede ser deducida de manera implícita si se hace una lectura histórica de la evolución que ha experimentado el Derecho eclesiástico peruano en esta materia, desde los textos constitucionales del confesionalismo excluyente, pasando por los del confesionalismo tolerante hasta llegar al texto del 79 con su reconocimiento del derecho pleno de libertad religiosa. En apoyo de esta interpretación de la identidad no confesional del Perú, es posible acudir al concepto de «incompetencia recíproca» que aparece en la jurisprudencia del TC.⁹⁷ Ese principio de incompetencia recíproca resulta perfectamente coherente con lo dispuesto en la línea de apertura del ya mencionado art. 50; nada más cercano al modelo dualista cristiano, y nada más lejano al modelo laicista que rechaza de modo radical el hecho religioso.⁹⁸

Durante varios años la evolución legislativa del modelo parecía orientado hacia la construcción de un sistema de colaboración entre el Estado y las diferentes entidades religiosas presentes en el territorio (así se concluía de la Ley 29635 y de su primer Reglamento de Desarrollo). Sin embargo, la reforma reglamentaria del 2016 que omite toda referencia a los acuerdos

97 EXP. N.º 3283-2003-AA/TC, del 15 de junio del 2004, establece que: «Dentro de un Estado aconfesional la relación entre el cuerpo político y las iglesias surgidas del reconocimiento al pluralismo religioso se rige por el principio de incompetencia recíproca; vale decir que, de un lado, el Estado reconoce la existencia de “espacios” en la vida de las personas en los que le está vedado regular y actuar. De manera concordante, las Iglesias aceptan como valladar ético y jurídico la intervención institucional en asuntos propiamente estatales».

98 Mosquera, «El sistema jurídico peruano desde la perspectiva del Derecho eclesiástico».

de cooperación, y la confusa interpretación que realiza el TC ponen en duda la descripción jurídica del modelo.⁹⁹ De la evolución legislativa del modelo parece intuirse la intención de mantener la posición de la religión dentro de las instituciones que están bajo control administrativo del Estado, en una suerte de modernización del antiguo regalismo indiano; por su parte, el TC se esfuerza en hacer una lectura sesgada del art. 50 convirtiendo la cláusula de apertura del art. 50, «régimen de independencia y autonomía», en sinónimo de un modelo de laicidad negativa en las relaciones Iglesia-Estado, olvidando que dicho artículo se completa con una expresa referencia a las fórmulas de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas presentes en el país. Ante esa incoherencia que presenta el sistema, y realizando una lectura coherente del art. 50 de la Constitución, es posible afirmar que el modelo sigue siendo de colaboración con aquellas entidades que alcancen el notorio arraigo del que habla la Ley 29635.

Como aclaración cabe señalar que, la principal consecuencia que debe derivar de ese reconocimiento de independencia y autonomía es la obligación que tienen las autoridades estatales de alejarse, independizarse del hecho religioso, asumiendo una posición de neutral colaboración. En línea con ese principio, está la cuestión de la independencia; los centros educativos tienen marco regulatorio de carácter público, y están estructurados dentro del funcionamiento del organigrama educativo estatal, pero para la participación que ofrecen para garantizar la prestación del servicio esencial de educación deben respetar las libertades educativas privadas que garantizan las normas internacionales.

Ese elemento de independencia entre lo público y lo privado es una materia que requiere de un análisis muy específico, puesto que va unida a la fórmula de cooperación del Estado con las entidades religiosas y a la necesaria protección de la dimensión prestacional del derecho de libertad religiosa. Debemos entender que, en Perú, la actitud del modelo ante el hecho religioso es positiva, de ahí deriva un deber asistencial y de cooperación. En ese sentido es que el Estado necesita cooperar, necesita establecer herramientas de colaboración entre la estructura pública que tiene la obligación de garantizar el derecho-deber de educación de los alumnos del país; y del otro lado,

99 Carlos R. Santos Loyola, «La Ley de libertad religiosa: Principales avances y una problemática reglamentación», *Gaceta Constitucional*, tomo 183 (enero 2019): 183-192.

los centros educativos de naturaleza privada que están vinculados a una estructura de tipo religioso, con la que el Estado debe aprender a cooperar. Como señala el juez Bonello en su opinión concordante en el caso Lautsi: «Hasta una época bastante reciente, el Estado “laico” no se ocupaba apenas de la educación, misión esencial que delegaba, por defecto, a las instituciones cristianas. No fue sino poco a poco que el Estado empezó a asumir sus responsabilidades en cuanto a educar a la población y proponerle otra cosa que el cuasi monopolio religioso en la educación».¹⁰⁰

En ese orden de cosas, y conociendo la concreta evolución histórica del modelo peruano, entender la laicidad como estrategia de separación Iglesia-Estado, en la que la fe religiosa queda reducida a hecho privado, equivale a desconocer la existencia de la religión como un factor que explique y estructure la sociedad.¹⁰¹ Esa forma de entender la laicidad se presenta más bien como la gran excepción de Francia, donde la laicidad transformada en laicismo institucional hace todos los esfuerzos por eliminar la presencia de la religión de la esfera pública. Sin embargo, el modelo peruano no ha sido construido con base en ese planteamiento de laicismo negativo, sino como un modelo de estado laico (es decir, que ya no tiene religión oficial) pero que no ignora la fe religiosa como fenómeno social. La religión sí existe, y desconocerla puede tener impacto en los derechos y libertades de las personas. La hostilidad hacia la religión genera dificultades de convivencia pues anula el pluralismo y margina los derechos de las minorías. Por otro lado, desde una perspectiva sociológica y estadística hay que señalar que la separación radical como modelo es en realidad minoritario, ya que lo más frecuente es la existencia de alguna forma de reconocimiento o cooperación.¹⁰² Pero sobre todo resulta esencial entender la importancia de mantener la protección jurídica del derecho de libertad religiosa independientemente del modelo político de relaciones Iglesia-Estado.

100 Opinión concordante del juez Bonello a la Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el Caso Lautsi vs. Italia del 18 de marzo del 2011.

101 Jean Baubérot et al., «La laïcité française fase au pluralism et à ses mutations», *Chercheurs de Dieux Dans l'espace Public - Frontier Religions in Public Space*, ed. Pauline Côté (Ottawa: University of Ottawa Press, 2001): 169-182, <http://www.jstor.org/stable/j.ctt1ckpcj1.14> (consultado el 2 de mayo del 2022).

102 Para conocer con detalle las características de los distintos modelos, puede verse la información disponible en el Proyecto Religión y Estado, <https://www.thearda.com/ras/> (consultado el 2 mayo del 2022).

El Convenio ha confiado al Tribunal la tarea de hacer respetar la libertad de religión y de conciencia, pero no le ha otorgado la facultad de obligar a los Estados a la laicidad o de forzarlos a adoptar un régimen de neutralidad confesional. Corresponde a cada Estado optar o no por la laicidad y decidir si —y, en su caso, en qué medida— quiere separar la Iglesia y la gestión de los asuntos públicos. Lo que el Estado no debe hacer es privar a nadie de su libertad de religión y de conciencia. Un abismo axiomático separa un concepto prescriptivo de los demás conceptos, no prescriptivos.¹⁰³

En ese terreno los tratados tienen la función de servir como elemento guía que, desde fuera del entorno político nacional, ayuden a interpretar las normas internas en aquellos momentos en que pierdan el rumbo.

Lamentablemente, la jurisprudencia del TC no asume la diferencia entre la laicidad como principio y la laicidad como modelo de relaciones Iglesia-Estado.¹⁰⁴ Afirmando en muchas de las recientes sentencias que el modelo establecido es un modelo de laicidad, cuando la palabra «laico, laicidad o incluso aconfesional» ni siquiera aparecen en el texto constitucional. El punto culmen de la confusión en este punto llegó con la sentencia 00007-2014-AA, en la que el TC llega a afirmar que es inconstitucional la financiación pública de los centros educativos de acción conjunta, y lo hace porque interpreta el artículo 50 de la Constitución como si en él se hubiera establecido un modelo de relaciones Iglesia-Estado laicista, y no un modelo de colaboración.¹⁰⁵ Estamos en completo desacuerdo con la interpretación de esta sentencia que tergiversa al modelo convirtiéndolo en un modelo de laicidad cuando el artículo 50 nos describe un modelo de colaboración, aspecto confirmado con la ley de libertad religiosa. Pero es que además cuestiona un régimen de

103 Opinión concordante del juez Bonello a la Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el Caso Lautsi vs. Italia del 18 de marzo del 2011.

104 Para una mejor comprensión de lo que significa el estado laico, puede verse Susana Mosquera, «Sobre el estado laico», *Ius 360* (febrero 2019), <https://ius360.com/publico/sobre-el-estado-laico/>.

105 Sobre el modelo peruano de relaciones Iglesia-Estado, puede verse Susana Mosquera, «Estudio del sistema peruano de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas», *Revista Jurídica del Perú*, vol. 50 (2003): 265-284.

financiación que está expresamente previsto en el texto constitucional.¹⁰⁶ Por todo ello resulta urgente superar esa situación, dejar a un lado la polémica sobre la descripción política del modelo para poder centrar el debate en la efectiva garantía de la libertad religiosa como derecho fundamental.

V. Reflexiones finales

El derecho a la educación es terreno natural de convivencia entre estructuras privadas y regulación pública. En un país como Perú, el factor histórico explica la significativa presencia de instituciones educativas vinculadas a instituciones religiosas. Tratar de ofrecer una garantía del servicio esencial de educación completamente público resultaría inalcanzable. Pero dada la dimensión prestacional del derecho a la educación es legítimo preguntarse por la obligación de colaboración que tiene el Estado hacia las instituciones educativas privadas.

Adicionalmente, en materia educativa, las reglas convencionales que garantizan las libertades individuales que protegen la dimensión religiosa de la persona y de los grupos necesitan de un pleno desarrollo interno. El derecho de los padres a elegir la formación religiosa de sus hijos, la protección de la libertad de las conciencias en el ámbito educativo, la enseñanza de la religión desde un enfoque respetuoso del pluralismo, son algunos de los aspectos que llevan de forma natural esta materia hacia el terreno del Derecho eclesiástico. De ahí que el adecuado desarrollo del modelo de relaciones entre el Estado y las entidades religiosas se presenta como mecanismo jurídico para poner orden en alguna de estas cuestiones. Pero mientras ese desarrollo no cristalice en específicos acuerdos, será necesario seguir acudiendo a los principios para la solución de los problemas que derivan del ejercicio de libertades individuales dentro de un marco regulatorio público.

106 Art. 17 de la Constitución: «Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa».