Cuestiones Constitucionales
Núm. 14, enero-junio 2006

VALERO HEREDIA, Ana, *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad*, Valencia, Universitat de Valéncia, 2004, 123 pp.

El libro que se reseña pretende ser un comentario a la sentencia 154/2002 del Tribunal Constitucional español. Sin embargo, en realidad se constituye como un estudio más amplio acerca de la enorme litigiosidad que en los últimos años se ha presentado en torno a las libertades de conciencia y religión, tanto en Europa como en Estados Unidos.

Para México es un libro de gran interés, pese a su brevedad, ya que la doctrina nacional —al estudiar los alcances de la libertad religiosa— se ha enfocado por razones de orden histórico más que justificadas a su vertiente institucional, es decir, al análisis de las relaciones entre las iglesias y el Estado. Actualmente es momento de modificar en parte dicha perspectiva para comenzar a dar cuenta de los problemas que presenta la libertad religiosa en su vertiente individual, es decir, como consecuencia de su regulación en el texto constitucional como derecho fundamental (en el artículo 24, por lo que respecta al caso mexicano).[1] Para avanzar en esta nueva etapa de estudios sobre un tema clave de las sociedades contemporáneas puede ser de gran ayuda e interés conocer el libro de Ana Valero.

Valero demuestra a lo largo de su ensayo que no solamente es momento de abandonar las aproximaciones tradicionales al tema, sino que incluso se deben aplicar al análisis del mismo varias de las más sofisticadas técnicas de interpretación del Estado constitucional de derecho, debido fundamentalmente a la importancia y complejidad de los asuntos que se han presentado en los últimos años. Así por ejemplo, los alcances de la libertad religiosa hacen posible la aplicación a una multitud de casos concretos de cuestiones como la proporcionalidad, la ponderación, la efi-

1 Tal como afirma la autora, "Hoy en día, el entendimiento de la libertad religiosa no se circunscribe al ámbito de las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado" (p. 25).

cacia de los derechos fundamentales entre particulares, etcétera. Por poner algunos ejemplos de entre los muchos que se podrían citar, la autora menciona los casos de "Los problemas relacionados con la guarda y custodia de los hijos cuando los padres viven separados y pertenecen a distintas confesiones; o la pertenencia de los padres y/o de los hijos a grupos pseudo-religiosos o ideológicos cuyos postulados pueden incidir en el desarrollo integral del menor"; este tipo de casos, concluye Valero, "obligan a afrontar una pluralidad de conflictos cuya relevancia jurídica está proporcionalmente relacionada con la multiplicidad ética que inunda las sociedades contemporáneas" (p. 26). Pero éstos no son, ni de lejos, los únicos conflictos de carácter complejo que se pueden presentar, tal como se encarga de explicarnos Valero a lo largo de su ensayo.

En la primera parte del libro se desarrolla una exposición que busca determinar —con base sobre todo en la jurisprudencia constitucional española— el contenido de la libertad religiosa como derecho fundamental. Según el Tribunal Constitucional español (TC, en lo sucesivo) la libertad religiosa puede ser entendida, en términos generales, como un "derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo". A partir de esta caracterización general el TC identifica dos vertientes de la libertad religiosa: una entendiendo que dicha libertad permite a toda persona asumir o rechazar una determinada creencia religiosa sin coacción alguna proveniente de los poderes públicos,[2] y otra para sostener que toda persona está facultada para exteriorizar sus convicciones religiosas y para actuar conforme a ellas (Valero, p. 29). Desde luego, la libertad religiosa permite también a toda persona no participar en credo religioso alguno, es decir, avala el derecho de todos a no tener convicción religiosa de ningún tipo y a estar a salvo por esa razón de cualquier injerencia de terceros, ya sea el Estado o ya sea otro particular.

Ahora bien, la pregunta que han tenido que enfrentar tribunales nacionales e internacionales es la siguiente: ¿qué sucede si la exteriorización de conductas coherentes con credos religiosos choca con algún valor, bien o derecho constitucionalmente tutelado? (Valero, p. 32). Posiblemente estamos frente a una situación típica de conflictos de normas cons-

2 Se podría añadir, de los particulares, si aceptamos que la libertad religiosa debe valer también en las relaciones entre particulares. En México este supuesto encuentra apoyo en la fracción XVI de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

titucionales, pero la abundante jurisprudencia que nos ofrece Valero en su libro obliga a refinar la mirada y admitir que, en efecto, estamos frente a un caso de conflicto o tensión entre normas, pero que las respuestas jurisdiccionales —no siempre acertadas, por cierto— deben tener un alto grado de complejidad argumentativa, quizá equiparable al que se ha tenido que desarrollar en el supuesto de la libertad de expresión. Esto deriva del hecho de que la constatación de la existencia de un posible conflicto de normas del máximo nivel (puesto que chocan dos situaciones jurídicas que, *prima facie*, están amparadas por el texto constitucional), no es sino la primera de las cuestiones a resolver, pero hay otras tanto o más complejas, como por ejemplo la de si existen límites a la posibilidad de que el legislador castigue penalmente conductas que exceden del límite constitucionalmente aceptado que puede tener la libertad religiosa. ¿Es aceptable la vía penal o la amenaza que representa puede servir para inhibir el ejercicio de aspectos poco claros de la libertad religiosa?[3] En términos generales la autora afirma que "la armonización del derecho de libertad religiosa con el resto del ordenamiento exige determinar cuándo y en qué casos prevalece el pleno ejercicio del derecho y en qué otros dicha plenitud debe verse restringida en virtud del propio orden constitucional, aun-

3 Un caso parecido tuvo que ser resuelto por el Tribunal Constitucional español en materia de libertad de expresión; se trata de la sentencia 136/1999 (caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna). En este caso, el Tribunal considera que la sanción penal que se podía imponer a los acusados "podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal... y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada" (Fundamento Jurídico 20). Al respecto Luis Prieto afirma que "Una condición de legitimidad de toda pena es que resulte proporcionada, pero en ese juicio de proporcionalidad ha de reconocerse un peso importante al argumento en favor de los derechos, admitiendo que, si bien inevitablemente toda medida punitiva tiene efectos disuasorios sobre el uso de la libertad, se convierte en inaceptable cuando dicha disuasión resulta excesiva. En pocas palabras, ya sea argumentando a partir de las penas, ya haciéndolo a partir de las conductas tipificadas, a mi juicio la proporcionalidad representa una exigencia constitucional que pesa sobre el conjunto del derecho punitivo", "La limitación constitucional del legislador penal" en su libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 296. Estas consideraciones pueden aplicarse, con las reservas del caso, a intervenciones legislativas sobre la libertad religiosa y sobre la libertad de conciencia.

que de éste se derivan imperativos jurídicos que atentan contra la propia conciencia" (p. 34). Y justamente a desarrollar esta tarea de precisión y detalle se han dedicado varios tribunales de constitucionalidad en la última década, como lo explica la autora en la parte central de su obra.

En el derecho constitucional español el ejercicio de la libertad religiosa no encuentra límites siempre que dicho ejercicio no se proyecte de forma negativa sobre los derechos fundamentales de una tercera persona, si bien la manifestación pública de tal libertad está sujeta a la cláusula de orden público, de acuerdo a lo que señala el artículo 16.1 de la Constitución de 1978.[4]

De la extensa casuística que cita Valero en su libro pueden destacarse, como ejemplos de la enorme complejidad argumentativa que el tema de la libertad religiosa ha exigido de los tribunales, el caso "Kokkinakis" resuelto en 1993 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En este caso el Tribunal se tuvo que pronunciar sobre una disposición del código penal de Grecia que sancionaba el "proselitismo religioso". Con base en ese Código se había procesado penalmente a una persona que pertenecía a la religión de los "Testigos de Jehová". El TEDH hizo una muy interesante argumentación para distinguir entre el proselitismo lícito y el ilícito o abuso de proselitismo. El primero sería simplemente el testimonio religioso manifestado a través de palabras o acciones, el cual está permitido ya que forma parte esencial de la expresión de las convicciones religiosas; el segundo tipo de proselitismo se caracteriza por la oferta de ventajas materiales o sociales, por el ejercicio de presiones indebidas sobre personas que se encuentran en situaciones de dificultad o necesidad y por el uso de la violencia física o psíquica con el fin de obligar a una conversión religiosa determinada o a la adopción de la misma (Valero, p. 43). Desde luego, el primer tipo de proselitismo está justificado y está dentro de la protección que el Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza en su artículo 9o. para la libertad religiosa, mientras que el segundo no. El TEDH le dio la razón al recurrente y declaró la incompatibilidad de la previsión penal griega con el Convenio Europeo. La misma visión sobre el proselitismo fue utilizada por el TEDH en el caso "Larissis" de 1998, en el cual el Tribunal calificó como proselitismo de mala calidad el que incluye cualquier actividad que ofrezca ventajas

4 Véase la sentencia del TC 141/2000, fundamento jurídico 4.

materiales o sociales o que suponga el ejercicio de una presión abusiva con vistas a obtener adhesiones a una Iglesia.

A la luz de esta jurisprudencia, Valero afirma que "el respeto de la libertad de conciencia entraña el respeto de la facultad que asiste a los individuos y grupos para dar una difusión pública a las propias creencias, así como la autonomía para adherirse voluntaria y conscientemente a determinadas convicciones siempre bajo la estricta observancia de los límites expuestos" (p. 44).

En este contexto, los dilemas parecen agudizarse cuando se ven involucrados menores de edad. Por ejemplo, en el caso de menores entra en juego otros dos elementos adicionales: la autonomía familiar (expresada, por ejemplo, en los derechos de los padres a guiar educativa y religiosamente a sus hijos de acuerdo —en principio— a sus propias convicciones) y el interés superior del niño, garantizado en diversos textos constitucionales, en tratados internacionales (destacadamente en la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 1989) y en distintos pronunciamientos jurisprudenciales de cortes nacionales e internacionales. Para la autora, "Los derechos de los padres que inciden en la formación de la conciencia de su hijo menor están supeditados a que éstos contribuyan a garantizar una formación integral del menor que resulte acorde con su propia personalidad" (p. 49). Como principio parece difícil de refutar el criterio de Valero, pero la jurisprudencia ha tenido que emplearse a fondo para ir zanjando la forma y los límites en que deben estar interrelacionados los derechos de los padres sobre la formación del menor y los propios intereses de éste. De hecho, la sentencia 154/2002 del TC es una buena prueba de la dificultad que tiene la aplicación práctica del criterio de Valero.

Otro caso importante que cita la autora es el de *Kjeldsen, Bush Madsen y Pedersen*, resuelto por el TEDH en 1976. El caso trataba de tres familias de Dinamarca cuyos hijos asistían a escuelas públicas de su país y que no estaban de acuerdo con que se les enseñaran a los menores cuestiones relacionadas con la educación sexual, ya que —argumentaban— eso violaba sus convicciones religiosas. La respuesta del TEDH fue en el sentido de respaldar la ley danesa que fundamentaba la impartición de contenidos sobre educación sexual en las escuelas públicas; el TEDH señaló que el Estado debe cuidar que los contenidos educativos que se impartan en la escuela pública no tengan finalidades de adoctrinamiento, las

cuales sí podrían considerarse en su caso como no respetuosas con las convicciones religiosas o filosóficas de los padres, pero el Estado puede incluir en su programa educativo cualquier información y contenidos que se difundan de manera objetiva, crítica y pluralista (Valero, p. 52).

Desde luego, la principal veta de jurisprudencia sobre la libertad religiosa ha sido la de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que desde hace décadas se ha caracterizado —en parte por la propia composición de pluralismo religioso que tiene su país— por un uso muy intensivo de las cláusulas contenidas en la Enmienda Primera de la Constitución de 1787 sobre el tema.

Un pronunciamiento clave de la Corte es el que se contiene en la sentencia del caso *Everson versus Board of Education* de 1947, ya que se recoge el que es posiblemente el párrafo más citado sobre la cuestión de la libertad religiosa de toda la jurisprudencia mundial. Se trata de un párrafo que aclara el alcance de la cláusula constitucional que impide que el Estado "establezca" religión alguna (conocida como *establishment clause*). El párrafo en cuestión afirma que:

> La cláusula de establecimiento de la religión de la Primera Enmienda significa: Ni un Estado ni el gobierno federal pueden instaurar una iglesia. Tampoco pueden aprobar leyes que promuevan una confesión religiosa, todas las religiones o que favorezcan a una confesión frente a otras. Tampoco pueden forzar o influir a una persona para que asista o para que permanezca apartada de una iglesia en contra de su voluntad o forzarle a que profese una religión o a que no profese ninguna. Nadie puede ser desfavorecido por tener o profesar creencias religiosas o ateas, por la asistencia o no asistencia al culto. Ningún impuesto, sea cual sea su importe, grande o pequeño, puede ser recaudado para la subvención de actividad o institución religiosa alguna, sea cual sea el nombre que reciban y sea cual sea la forma que adopten para la enseñanza y la práctica de la religión. Ni un Estado ni el gobierno federal pueden, de forma pública o encubierta, participar en los asuntos de ninguna organización o grupo religioso, ni viceversa.

Este párrafo encierra una doctrina que fue puntualmente seguida hasta hace muy poco tiempo en los Estados Unidos, hasta que llegó al poder un presidente que puso por delante sus convicciones religiosas para resolver problemas de Estado.

De hecho, incluso en algunos pronunciamientos posteriores de la Corte la doctrina contenida en *Everson* fue ablandándose, por decirlo de al-

guna manera. Así por ejemplo, en la sentencia del caso *Santa Fe Independent School versus Doe* de 2000, la Corte aceptó que se pronunciara una oración al inicio de algunas actividades deportivas, realizadas fuera de horario escolar. De forma parecida, al año siguiente la Corte juzgó aceptable que grupos religiosos pudieran utilizar aulas escolares —también fuera del horario lectivo— con fines proselitistas, sin contar para ello con ningún recurso de la escuela fuera del préstamo de las aulas (fue el caso *Good news club versus Milford Central School*).

Por supuesto, los pronunciamientos de la Corte estadounidense son tan variados que sería imposible que hubieran sido siquiera resumidos por Valero en su libro, en cuya última parte se analiza con gran detenimiento precisamente la sentencia 154/2002 del TC.[5]

El caso surge porque se había impuesto una sanción de carácter penal a los padres de un menor de edad (13 años), Testigos de Jehová los tres, que murió tras negarse a que le fuera practicada una transfusión de sangre, necesaria para salvar su vida. El Tribunal Supremo había condenado a los padres por un delito de homicidio por omisión de los deberes derivados de la paternidad. Los recurrentes en la acción de amparo que promovieron ante el TC adujeron que actuaron conforme a sus convicciones religiosas y que nunca se opusieron explícitamente a la transfusión de sangre, sino que simplemente no la secundaron de manera activa frente a su hijo, el cual además había expresamente manifestado su rechazo a la misma debido a que conculcaba sus creencias religiosas. El TC concedió el amparo al entender que el menor había hecho uso de su libertad religiosa al oponerse a la transfusión y que los padres no se habían pronunciado en contra de la misma, sino que habían guardado reserva.

Valero argumenta que la decisión del TC es equivocada, ya que no toma en cuenta la posible coacción de los progenitores sobre las convicciones del menor. La autora afirma que el TC debía haber ponderado "El miedo a posibles represalias por los miembros de su confesión o el temor ante la reacción de los padres", hechos que "son razones suficientes para que un menor de edad manifieste una opinión acorde a la de sus mayores sin necesidad de que el convencimiento sobre dicha postura sea absolu-

5 Esta sentencia ha merecido, en otros, un comentario muy importante de Moreso, José Juan, "Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales", en Betegón, Jerónimo *et al*. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, pp. 473 y ss.

to" (p. 83). En este sentido, parece exagerado darle mucho valor al criterio de menor de edad como lo hace el TC en su sentencia, puesto que era conforme solamente con lo que le habían enseñado sus padres, pero no tomaba en cuenta todos los elementos para la defensa de su interés superior (que era, como es obvio, seguir con vida).

Valero no está de acuerdo en que se ponga en el mismo nivel un concepto como "el grado de madurez del menor" (palanca sobre la que el TC se apoya para reconocer validez a su oposición a la transfusión) con el mucho más preponderante de su derecho a la vida, cuya protección tenían encomendada no solamente los padres sino también el Estado (p. 86). Cabe al menos cuestionarse —afirma— hasta qué punto deja de ser "superior" el interés del menor al hacerlo depender de su propia madurez (p. 87). En efecto, justamente porque el interés del menor es "superior", no puede subordinarse a lo que el propio menor considere, tenga o no grado de madurez para ello. El grado de madurez debe ser reconocido —aunque no sea una cuestión fácil, desde luego— solamente cuando revierte en un afianzamiento del interés superior, y no —como lo hace el TC— al revés, es decir, lo que no se puede hacer es utilizar el grado de madurez para oponerlo al interés superior.

Además, el propio TC había sostenido en otro caso (el de los presos del GRAPO en huelga de hambre) que el derecho a la vida no era disponible por sus titulares y que, en esa medida, estaba justificada la decisión de un juez que ordenaba a la autoridad penitenciaria suministrar alimento suficiente para impedir que un grupo de presos muriera por una huelga de hambre que había emprendido (sentencia 137/1990). Por el contrario, en la sentencia 154/2002 el TC parece reconocer que "la voluntad del sujeto implicado puede impedir una asistencia médica que resulta contraria a sus convicciones religiosas" (Valero, p. 90).

Lo que concluye el TC es que los padres no podrían haber sido obligados a actuar enérgica y positivamente para persuadir a su hijo de la conveniencia de la transfusión, porque ello hubiera ido en contra de su derecho de libertad religiosa. La amenaza penal, en este caso, no cumplía con el requisito de proporcionalidad que debe acreditar cualquier restricción de un derecho fundamental y por tanto procedía a anular la condena que la había impuesto el Tribunal Supremo a los padres.

Como se puede apreciar, la obra de Ana Valero trata de diferentes temas del mayor interés para la dogmática de los derechos fundamentales.

Sobre todo para la que se hace en México, que se debe enfrentar a temas cada vez más complicados. Por eso es que creo que la lectura del libro que se reseña pudiera ser muy productiva para el debate mexicano en torno a los derechos fundamentales.

Miguel CARBONELL*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.