

“REPERCUSIONES JURÍDICAS DE LA CONCILIACIÓN ENTRE  
LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LAS HEMOTRANSFUSIONES  
CUANDO LA VIDA DE UN MENOR ESTÁ EN JUEGO:  
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL 154/2002 DE 18 DE JULIO, EN EL CASO DE  
LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ”<sup>1</sup>

*Ana Valero Heredia*  
*Universidad de Valencia*

SUMARIO

- I. *Introducción: La permanente ebullición de lo religioso en el ámbito constitucional.*
  
- II. *Sobre la dimensión externa de la libertad religiosa:*
  1. *Dimensión externa de la libertad religiosa: faceta problemática de la vertiente subjetiva del derecho.*
  2. *La libertad religiosa frente al cumplimiento de deberes jurídicos: cuando la validez jurídica y la obligación ética resultan irreconciliables.*
  3. *La distinta intensidad de la libertad de creencias: cuando las convicciones internas se convierten en manifestaciones externas y tienen como sujeto receptor a un menor de edad.*
  
- III. *Parámetros para justificar la limitación de un derecho fundamental: La colisión de la libertad religiosa con otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos:*
  1. *Parámetros para determinar el alcance del ejercicio del derecho de libertad religiosa por un menor de edad.*
  2. *Delimitación en negativo del derecho de libertad religiosa de los padres: cuando el mandato jurídico de actuación resulta constitucionalmente desproporcionado.*
  3. *La transferencia de los deberes jurídicos inherentes a la condición de “progenitores”: cuando las obligaciones individuales se transforman en obligaciones públicas.*
  
- IV. *Conclusiones: El grado de madurez de la libertad religiosa.*

1. Este trabajo, en una versión más extensa y bajo el título “¿Existen parámetros para delimitar el alcance de la libertad religiosa cuando el interés prevalente de un menor está en juego?”, ha obtenido el Premio al Mejor Trabajo de Investigación Jurídica de tercer Ciclo de 2002 en la Facultad de Derecho de Valencia.

### ***1. Introducción: La permanente ebullición de lo religioso en el ámbito constitucional***

La presencia del fenómeno religioso en las sociedades occidentales contemporáneas no se circunscribe a aquellas en las que todavía subsiste la confesionalidad del Estado o que reconocen expresamente en sus Normas Fundamentales la existencia de una religión dominante. Sociedades de inspiración laicista como la francesa o Estados como el español que se asientan sobre el principio de libertad de creencias, ven constantemente tintada su actualidad de cuestiones relativas a la dimensión espiritual de su ciudadanía en los distintos ámbitos de su convivencia.

En el caso español, como es bien sabido, el binomio “separatismo-cooperación” conformado en el artículo 16 CE, impidió forjar una absoluta neutralidad de los poderes públicos respecto de las creencias religiosas de los ciudadanos. La aconfesionalidad del Estado no se pensó reñida, pues, con la obligación de los poderes públicos de cooperar con la Iglesia Católica y demás confesiones con el fin de garantizar el efectivo pluralismo de creencias de la sociedad.

Si bien es cierto que el artículo 16.3 CE parte de la proclamación de la aconfesionalidad del Estado y que el inciso subsiguiente proclama, más que otra cosa, “una concesión a una realidad sociológica”, también es cierto que las consecuencias de dicha concesión están empedrando el camino de todo tipo de realidades jurídicas y económicas. El cariz tendencialmente heterogéneo que cada vez más adquiere la realidad sociológica española -y que pone en evidencia un creciente pluralismo cultural y religioso en su seno- no se ve acompañado, sin embargo, de una real equiparación en el tratamiento jurídico y económico que reciben “una” y otras confesiones<sup>2</sup>.

Hay, sin duda alguna, una pluralidad de cuestiones que ponen en entredicho la neutralidad de los poderes públicos en lo que al hecho religioso se refiere: el diferente estatuto jurídico del que gozan las minorías religiosas en España respecto de la Iglesia Católica; el “eternamente transitorio” sistema de financiación privilegiado de esta última; la dudosa certidumbre de la asistencia religiosa de las confesiones minoritarias en los centros públicos; el status de la asignatura de religión católica en los planes de estudio y su fortalecimiento en la nueva Ley

2. Joaquín García Morillo: “Un tributo a la Historia: la libertad religiosa en la España de hoy”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 9/10, Valencia, 1995, págs. 115-133.

Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación; la dificultad práctica en la aplicación de las normas que establecen que los alumnos pertenecientes a confesiones religiosas minoritarias puedan recibir enseñanza religiosa en los centros públicos y privados concertados; o, la problemática creada en torno a la figura de los docentes de religión, en concreto lo referente a la controvertida situación laboral de quienes no pertenezcan a los cuerpos docentes del Estado. Pero más allá de estas cuestiones cabe señalar que no son menos los casos en los que la práctica administrativa y jurídica española tiene que enfrentarse a conflictos jurídicos en los que se ven implicados derechos individuales de personas pertenecientes a credos minoritarios y cuya exteriorización choca, en muchas ocasiones, con valores que la propia Constitución consagra. La aparición de conflictos jurídicos por razón de creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad cada vez más heterogénea y plural<sup>3</sup>.

En este sentido, las recientes polémicas en torno a la alumna musulmana a la que en principio se le impidió asistir a un colegio financiado por el Estado si no lo hacía sin cubrirse el cabello con un pañuelo; o la negativa de un padre marroquí a escolarizar a sus hijos en un centro privado concertado católico asignado por la Administración de Cataluña, ilustran significativamente la complejidad de delimitar cuál es la extensión de lo permisible como manifestación de la libertad religiosa, y sobre todo, la difícil demarcación de los supuestos en que están justificadas ciertas actitudes intervencionistas por parte del Estado que pongan barreras a comportamientos culturales o religiosos identificables con culturas determinadas y cuyo sustrato ético o moral difiere del aceptado como mayoritario.

3. Buenas pruebas de la presencia privilegiada de la religión católica, y de la Iglesia que la representa, pueden encontrarse en la más reciente legislación española. Así, la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003, prevé en sus Disposiciones adicionales vigésima tercera y vigésima cuarta respectivamente la prórroga del sistema de asignación tributaria a la Iglesia Católica hasta el año 2005, así como el sistema de pagos a cuenta a la misma institución aplicable durante el año 2003. Por su parte, la Ley 53/2002, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establece en su Disposición adicional segunda una serie de beneficios fiscales aplicables al “Año Santo Jacobeo” de similares características a los previstos en su Disposición Adicional vigésima segunda para el “Caravaca Jubilar”.

Además, la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, eleva a definitivo el sistema de contratación laboral de “duración determinada” de los profesores de religión no pertenecientes a los Cuerpos de Funcionarios Docentes. Igualmente la nueva Ley regula un modelo de clase de religión con su clase alternativa correspondiente, de oferta obligatoria por los centros y de elección imperativa por los alumnos –pudiendo éstos elegir entre la opción confesional y la de carácter no confesional–.

Todas estas son cuestiones que ponen en tela de juicio el carácter laico y aconfesional del Estado de Derecho, tanto en el ámbito financiero y educativo como en el respeto a los derechos fundamentales y en especial de la libertad religiosa y el derecho a la igualdad y no discriminación entre las distintas creencias y confesiones.

La proyección del derecho de libertad religiosa sobre los nuevos movimientos o manifestaciones de ésta en el seno de una sociedad de progresiva complejidad, exige de los poderes públicos tomar en consideración la singularidad de algunas de sus conductas a la hora de adoptar decisiones sobre la delimitación del contenido de la libertad de creencias en el propio marco constitucional. Los grados de complejidad de la sociedad exigen un proporcionado incremento del consenso a la hora de afrontar cuestiones en las que, como en el caso de la Sentencia 154/2002, de 18 de julio, entran en juego el sustrato ontológico de los derechos fundamentales –el derecho a la vida– y la esencia de las libertades individuales –la autonomía de la conciencia–. La correcta delimitación entre aquellas actitudes intervencionistas de los poderes públicos que constituyen una justificada injerencia estatal y aquellas otras que suponen una ilegítima invasión en la esfera de autonomía de los individuos, resulta necesaria para resolver problemas tendencialmente crecientes en la sociedad española y a los que la realidad constitucional debe dar respuestas que refuercen el ejercicio de los derechos subjetivos.

## *II. Sobre la dimensión externa de la libertad religiosa*

### **1. Dimensión externa de la libertad religiosa: faceta problemática de la vertiente subjetiva del derecho.**

El Tribunal Constitucional otorgó, en su más temprana jurisprudencia, una definición de lo que había de entenderse como “libertad religiosa”, considerando a ésta como “el 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”<sup>4</sup>. De este modo, el Alto Tribunal identificaba esta libertad, de un lado, con el derecho de toda persona a asumir o rechazar una determinada creencia religiosa sin coacción alguna proveniente de los poderes públicos; y, de otro, con la facultad que ampara a todo individuo para exteriorizar tales creencias religiosas y actuar conforme a ellas. Ambas vertientes –interna y externa– del derecho, sujetas, en todo caso, al límite constitucional que deriva de la cláusula de orden público<sup>5</sup>.

4. STC 24/1982, FJ 1°.

5. El Alto Tribunal fue consciente desde un primer momento de los diferentes ámbitos en los que se manifiesta el derecho a la libertad religiosa. El reconocimiento y definición de la doble dimensión del derecho ha quedado claramente expuesta a lo largo de sus pronunciamientos, pero, quizás, donde lo hizo de manera más ilustrativa fue en la STC 177/1996, FJ 9°: “El derecho de libertad religiosa del artículo 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad, (...), incluye también *una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos a actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantener-*

La protección dispensada por la Carta Magna a una de las libertades más claramente enraizadas en la autonomía de cada persona, no se dirige exclusivamente a garantizar la inmunidad del foro interno del individuo y de sus convicciones éticas o morales –sean estas de carácter religioso o secular–, sino, a proteger, igualmente, su dimensión externa. La delimitación material del derecho exige, para evitar su desnaturalización, que el ordenamiento dispense efectiva protección a la libertad de actuar de acuerdo con las propias creencias y convicciones<sup>6</sup>.

Sobre la base de las argumentaciones expuestas podría entenderse, pues, que el derecho de libertad religiosa no agota su contenido en el respeto a la autonomía de creencias de sus titulares, sino que alberga, igualmente, la eventual exteriorización de tales convicciones<sup>7</sup>. Esta vertiente externa –predicable con respecto a la libertad ideológica en general– incluye el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción de los poderes públicos que puede considerarse incluido en el contenido esencial del derecho, pues la relevancia jurídica de su ejercicio radica en el comportamiento coherente con las convicciones de sus titulares<sup>8</sup>.

*las frente a terceros*”. (La cursiva es mía). Sobre el reconocimiento de la dimensión externa del derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional véanse igualmente y por todas las SSTC 24/1982; 19/1985; 120/1990; 137/1990 y 141/2000.

6. Sobre la inclusión de las creencias de personas que adoptan frente al fenómeno religioso una postura aconfesional en el ámbito de protección del derecho de libertad religiosa, véase la postura de Iván Carlos Ibán: “Libertad religiosa: ¿libertad de las religiones o libertad en las religiones?”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 15, 1989, págs. 593-600. Ibán considera que la auténtica libertad religiosa es aquella que ampara, con plenas garantías jurídicas, a todos los ciudadanos, cualquiera que sea su posición frente al fenómeno religioso, sea ésta fideísta o no lo sea. En idéntico sentido se manifiesta Ramón Soriano que aboga por la protección de “una libertad crítica respecto a la fe o religión, que comporta tanto la adopción como la negación de la fe”. Véase la opinión del autor en “Del pluralismo confesional al pluralismo íntegro”, *Revista de las Cortes Generales*, núm.7, 1986, pág.102. Postura similar es la mantenida por Manuel Moreno Vázquez: “La religión como asignatura: análisis constitucional de la cuadratura de un círculo en el sistema educativo español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XV, 1999, págs. 313-438. El autor defiende la existencia de un concepto amplio de libertad religiosa en el seno del artículo 16.1 CE, que exige de los poderes públicos la obligación de dotar de todas las garantías en el ámbito educativo a aquellos padres que deseen elegir para sus hijos una formación moral aconfesional. Esta postura permite al autor realizar interesantes críticas al status entonces vigente de la asignatura de religión en los centros públicos españoles.

7. Sobre la dimensión externa de la libertad religiosa véase José Martínez de Pisón Cavero en *Constitución y libertad religiosa en España*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 344 y ss.

8. En este sentido se manifiesta Francisco Javier Díaz Revorio al afirmar que en la delimitación del contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 16.1 CE, debe entenderse incluida la posibilidad de actuar de acuerdo con las propias creencias, pero respetando, en todo caso, las exigencias de otros derechos fundamentales, valores o bienes constitucionales. Véase la opinión del autor en “La libertad ideológica y de religión”, *Parlamento y Constitución. Anuario de las Cortes y la Universidad de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1997, pág. 211.

Evitar una definición restringida del concepto de libertad religiosa exige, como punto de partida, admitir que la libertad de creencias y de religión ampara cualesquiera convicciones de sus titulares, incluidas aquellas que no se adecuen a las generalmente compartidas por la sociedad, e incluso aquellas que fuesen susceptibles de valoraciones negativas por las convicciones cuantitativamente mayoritarias, pues la dimensión interna del derecho así lo preconiza. La dificultad radica en valorar qué sucede cuando la coherencia con los credos o idearios profesados exige de sus titulares un comportamiento externo disconforme con el orden de valores constitucionalmente establecido. La genérica protección que otorga el ordenamiento constitucional a la capacidad de actuar de acuerdo con la propia conciencia choca, en muchas ocasiones, con la imposibilidad de que el ordenamiento ampare ciertas conductas acordes con la conciencia individual. El problema reside en determinar, pues, cuándo son sancionables jurídicamente aquellas conductas o comportamientos que derivan del ejercicio externo de la libertad de creencias y que, por tanto, se configuran como actos motivados por los parámetros éticos de la persona.

Como quiera que, en términos de principio, la proyección externa de las propias convicciones merece una protección plena por parte del ordenamiento, quedaría entonces por definir los términos en los que resulta constitucionalmente amparada la manifestación pública de posturas minoritarias que chocan con la ética o moralidad preponderante. En este sentido, quede de antemano apuntado que la objetividad de una ética común basada en el orden constitucional establecido es, en ocasiones, difícilmente armonizable con los parámetros éticos de la conciencia individual. La protección jurídica de la autonomía de la conciencia no siempre es compatible con la obligación jurídica que exige la observancia de una norma a la que se contrapone el propio deber de conciencia. Es en estos casos cuando entran en contradicción la eficacia del ordenamiento y el respeto al derecho fundamental, y las soluciones jurídicas a adoptar no son del todo previsibles. Será en los próximos apartados donde se analicen los criterios utilizados por el Juez Constitucional para dar coherencia constitucional al ejercicio externo del derecho de libertad religiosa cuando éste se contrapone a los deberes derivados de una situación jurídica determinada o, cuando dicha contraposición tiene como consecuencia la puesta en peligro de otro derecho o bien constitucionalmente protegido. Baste por el momento señalar que la dimensión externa del derecho ampara a todos los individuos independientemente de los contenidos materiales de sus credos, siempre y cuando el respeto al orden constitucional quede garantizado.

**2. La libertad religiosa frente al cumplimiento de deberes jurídicos: cuando la validez jurídica y la obligación ética resultan irreconciliables.**

Si se reconoce que el derecho de libertad religiosa ampara un espacio de autodeterminación espiritual ante el fenómeno religioso, y que dicho espacio da cobijo a cualesquiera creencias de sus titulares, resulta coherente considerar que el derecho fundamental protege, igualmente, la facultad de hacer todo aquello que resulte un imperativo moral derivado del credo profesado, o en su caso, el derecho de no hacer aquello que resulte contrario a las propias convicciones religiosas. En todos estos supuestos, una actitud coactiva por parte de los poderes públicos que restringiese los citados comportamientos solamente estaría justificada ante posibles vulneraciones del ordenamiento constitucional por parte de quienes ejercen su derecho de libertad religiosa. Dichas vulneraciones, asimismo, sólo podrían derivar de potenciales enfrentamientos entre la manifestación externa de las convicciones religiosas y otros derechos fundamentales o valores y bienes constitucionalmente reconocidos. Sobre esta base puede entenderse, pues, 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, aunque de éste se deriven imperativos jurídicos que atentan contra la propia conciencia.

El supuesto que se plantea al hilo de la STC 154/2002, de 18 de julio, parte de la penalización de la conducta de unos Testigos de Jehová, padres de un menor (de 13 años) que murió tras negarse a que se le practicara una hemotransfusión sanguínea necesaria para su salud. La condena penal recayó sobre los progenitores por el resultado de muerte del menor al no haber convencido a éste para que claudicase en su actitud ni haber autorizado ellos mismos dicha intervención médica, finalmente autorizada por el Juzgado de guardia. Los hechos se remontan a 1996, cuando el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca) falló a favor de los padres por considerar que no se les podía exigir una conducta contraria a su conciencia religiosa y sus enseñanzas. El Fiscal recurrió la citada Sentencia y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo condenó a los padres del menor por un delito de homicidio por omisión de los deberes derivados de la paternidad. Sin embargo, siendo consciente la Sala de la motivación religiosa que les condujo a dicha actitud omisiva, y haciéndose cargo de la singularidad de la tipificación penal como delito de homicidio de una muerte de la que, como consecuencia de la omisión por su parte de los deberes de salvaguarda de la salud y vida de su hijo menor de edad, se hace responsables a los padres, procedió a atenuar la pena

y concedió finalmente un indulto parcial a los condenados en una Sentencia posterior<sup>9</sup>.

Los recurrentes en amparo ejercitaron su derecho de libertad religiosa adoptando un comportamiento de “no hacer” coherente con sus concepciones religiosas y morales. La prohibición que les venía impuesta por los postulados del credo religioso que ambos profesaban resultaba radicalmente opuesta a las obligaciones que como padres del menor recaían sobre ellos. No en vano, los condenados penalmente alegaron en su recurso de amparo que, a través de su conducta omisiva, actuaron en legítimo ejercicio de su libertad religiosa y de la propia libertad religiosa del hijo menor de edad que, cuando pudo hacerlo, se resistió vehementemente a toda aplicación de hemoderivados, por compartir las mismas convicciones religiosas que sus progenitores. Se observa, pues, que en la STC 154/2002, lo que se planteaba, en suma, era la corrección o no, desde el prisma constitucional, de la exigibilidad de una concreta limitación de la libertad de creencias de unos padres, con el fin de proteger o salvaguardar el interés de su hijo menor de edad, y más concretamente, el derecho a la vida de este último.

Si se reconoce que el pleno derecho a la libertad religiosa de los padres ampara su negativa a adoptar actitudes contrarias a los imperativos de su conciencia; y se concede igual reconocimiento al otro bien jurídico constitucionalmente protegido –el derecho a la vida del menor–, que resultaba, sin embargo, desatendido en virtud de dicha conducta de los progenitores amparada por la faceta externa de su derecho fundamental, el Juez Constitucional se veía ante la difícil tarea de tener que buscar una interpretación jurídica que permitiese aunar todos los derechos concurrentes<sup>10</sup>. La clave para encontrar dicha interpretación provenía –como en todos los conflictos jurídicos en los que se ven implicados derechos

9. STS de 27 de junio de 1997.

10. Juan José Solozábal Echevarría sostiene que la coexistencia entre derechos o de éstos con otros bienes constitucionalmente reconocidos, conduce a unos conflictos en su ejercicio que, si bien han de ser resueltos, no se solucionan con la afirmación de la prevalencia absoluta o incondicionada de alguno de ellos sobre los demás, sino con la afirmación de la vigencia debilitada de todos ellos. En este sentido, afirma el autor, que el conflicto no se resuelve de antemano aceptando la superioridad de uno de los derechos sobre otros, ya que, “la relación lógica o sistemática entre los bienes jurídicos protegidos por los derechos no se puede reducir a esquemas de supraordenación o jerarquía, sino que, por el contrario, la solución del conflicto ha de establecerse en cada caso como consecuencia de una ponderación que, en un determinado supuesto, puede establecer la prevalencia de un derecho sobre otro, atendiendo a las circunstancias concretas. Pero nunca podrá negarse la existencia del otro derecho que en ese caso determinado no resulta preferente y al que debe procurarse protección”. Véanse las consideraciones del autor en “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71 (Enero-Marzo), 1991, págs. 87-109.



fundamentales– de la correcta delimitación constitucional del alcance de los derechos en conflicto. El problema no radicaba tanto en aceptar que el contenido del derecho de libertad religiosa protegiese, en abstracto, la facultad de sus titulares para adoptar posturas coherentes con sus convicciones religiosas, sino más bien, –y este es un matiz a tener en cuenta para futuras conclusiones– en determinar hasta qué punto puede seguir blindada la plenitud de un derecho fundamental cuando su ejercicio tiene repercusiones sobre otro bien constitucional, en este caso, el derecho a la vida de un tercero menor de edad. Se observa, por un lado, como la proyección del derecho reconocido en el artículo 16.1 CE sobre la totalidad del sistema de derechos y bienes constitucionalmente reconocidos exige la propia modulación de su contenido, y, por otro, que su propio alcance y configuración material vendrán a substanciarse en relación con los límites que le son imponibles en cada caso concreto<sup>11</sup>.

Una vez trazada la cuestión en estos términos, la determinación de si persistía la obligación de cumplimiento de ciertos deberes jurídicamente exigibles a los recurrentes de amparo, en virtud de su condición de garantes de la salud y la vida del menor, se configuró para el Tribunal como el primer problema jurídico de base del presente recurso de amparo. A este respecto cabe señalar que, en múltiples resoluciones, el Tribunal Constitucional ha reiterado que “so pena de vaciar de contenido los mandatos legales, el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 CE no resulta por sí solo suficiente para eximir a los

11. La limitabilidad de los derechos fundamentales es teoría reiterada por el TC, “los derechos fundamentales no son incondicionados o absolutos por cuanto se integran en el seno del ordenamiento jurídico que reconoce como constitucionalmente protegidos otros derechos, bienes o valores jurídicos”: STC 2/1982, FJ2º.

A este respecto, Luis Aguiar de Luque afirma que “la consagración constitucional de un derecho no es la mera formalización de unas presuntas facultades naturales del hombre, como tampoco representa una mera definición de un ámbito de *agere licere*, sino que es algo más y que la consagración constitucional de un derecho implica la inserción de esas posiciones subjetivas en la norma jurídica fundamental dotándola de unidad de sentido, lo que comporta unas consecuencias favorables a la plenitud de éstos (...) pero también los relativiza en la medida en que los incorpora al ordenamiento”. Véase el parecer del autor en: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14 (enero-abril), 1993, pág.12. Esta relativización se plasma en la necesidad de modular el ejercicio del derecho dada la existencia de una pluralidad de titulares, así como por la existencia de otros bienes o valores reconocidos constitucionalmente. En este sentido Lorenzo Martín-Retortillo señala que “quedan muy lejos los tiempos en que podía tener vigencia el simplismo de que sólo el poder público perturbaba las libertades. Se multiplican los supuestos de enfrentamiento entre particulares, cada vez más, son los poderes públicos los garantes, no por afirmar su poder sino como la forma más sencilla de proteger a grupos que no pueden fácilmente defenderse”. Véanse las citadas afirmaciones en: “Régimen constitucional de los Derechos Fundamentales”, en Lorenzo Martín Retortillo e Ignacio de Otto y Pardo: *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1998, pág. 69.

ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos”<sup>12</sup>, y en este sentido, el supremo intérprete de la Constitución ha insistido en que no puede negarse la punibilidad de un comportamiento por el mero hecho de su coherencia con las convicciones de su autor<sup>13</sup>. En su labor de conformar la propia conducta a la guía ética que resultaba de sus convicciones religiosas, los recurrentes en amparo adoptaron una actitud omisiva que, según los términos de la Sentencia del TS objeto de recurso, resultaba del todo insuficiente ya que correspondía a los padres –en el ejercicio de sus atribuciones como titulares de la patria potestad– la salvaguarda de la salud del menor, de la cual eran garantes. Por ello, según dicha Sentencia, tenían el deber moral y legal de hacer todo lo que fuere preciso para evitar cualquier situación que pusiese en peligro su salud o su vida, “estando obligados a proporcionar a su hijo la asistencia médica que hubiere precisado”. La *ratio* del pronunciamiento condenatorio, en la Sentencia del TS, era el imputado incumplimiento por los padres del menor fallecido de las obligaciones dimanantes de su atribuida condición de garantes como titulares de la patria potestad, concretada en este caso en relación con el derecho del menor a la vida, condición que resulta directamente de lo dispuesto en el art. 39.3 CE.

El Tribunal Constitucional trató de determinar si el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa por los padres amparaba su pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, o si por el contrario, significaba una extralimitación en el alcance del derecho en el caso concreto. En este sentido, la neutralidad del comportamiento de éstos frente a las decisiones que al respecto adoptaron los órganos judiciales, y el traslado del menor a los distintos hospitales en busca del tratamiento médico adecuado, fueron considerados por el Tribunal como comportamientos suficientes para determinar la inexigibilidad de actitudes que atentasen más directamente contra el núcleo esencial de sus convicciones religiosas. La concreta estimación del grado de responsabilidad que el Tribunal exigió a los progenitores en función de su condición de garantes, y el traslado de dichas responsabilidades a la tutela de los poderes públicos, son cuestiones que serán abordadas con posterioridad. Baste en este momento haber puesto de relieve que la dimensión externa del derecho de libertad religiosa, y las facultades a ella inherentes, pueden quedar alteradas en función de su concurrencia con otro derecho o bien constitucionalmente protegido.

12. En estos términos se pronuncian las SSTC 15/1982; 101/1983; 160/1987; 161/1987; 321/1994; 55/1996; 88/1996 y el ATC 1227/1988.

13. Véase al respecto el ATC 71/1993 y las SSTC 321/1994; 55/1996 y 88/1996.

### **3. La distinta intensidad de la libertad de creencias: cuando las convicciones internas se convierten en manifestaciones externas y tienen como sujeto receptor a un menor de edad.**

La relativización de la libertad religiosa acontece por cuanto su proyección sobre terceros condiciona la intensidad de su ámbito de protección. Si bien la amplitud del ámbito de autodeterminación espiritual que le está concedido a cada persona ante el hecho religioso implica que cada individuo pueda elegir y profesar unas creencias determinadas, y, además, actuar conforme a ellas sin más restricciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, la proyección de las citadas convicciones sobre terceros determina una modulación del grado de intensidad con que la libertad fundamental protege a su titular, en virtud, especialmente, de las consecuencias que de sus actuaciones se deriven para terceros, y, fundamentalmente, del grado de afectación que dichas conductas tengan sobre las convicciones y actuaciones de las personas sobre las que se proyecta.

El Tribunal Constitucional, dos años antes de dictar la Sentencia objeto de estudio en el presente comentario, ya estableció las bases para determinar el grado de amplitud del derecho de libertad religiosa cuando las facultades inherentes al derecho se despliegan sobre terceros:

*“La libertad de creencias (...) posee una distinta intensidad según se proyecte sobre la propia conducta y la disposición que sobre la misma haga cada cual, o bien lo haga sobre la repercusión que esa conducta conforme con las propias creencias tenga en terceros, sean éstos el propio Estado o los particulares bien pretendiendo de ellos la observancia de un deber de abstenerse de interferir en nuestra libertad de creencias o bien pretendiendo que se constituyan en objeto y destinatarios de esas mismas creencias. Cuando el art. 16.1 CE se invoca para el amparo de la propia conducta, sin incidencia directa sobre la ajena, la libertad de creencias dispensa una protección plena que únicamente vendrá delimitada por la coexistencia de dicha libertad con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias, esto es, no para defenderse frente a las inmisiones de terceros en la libertad de creer o no creer, sino para reivindicar el derecho a hacerles partícipes de un modo u otro de las propias convicciones e incidir o condicionar el comportamiento ajeno en función de las mismas, la cuestión es bien distinta”<sup>14</sup>.*

14. STC 141/2000, FJ 4º. (La cursiva es mía).

Ciertamente, la afectación de las convicciones y modos de actuación de terceros derivados de la proyección externa de las propias convicciones, no siempre se encuentra amparada por un concepto amplio del derecho, especialmente cuando dicha proyección tiene como sujeto receptor a un menor de edad. La diferente intensidad de protección que la Constitución otorga a la dimensión externa de la libertad religiosa, deriva en la fijación de los límites que le son imponibles al derecho y en la precisión de hasta dónde pueden llegar éstos. En este sentido la citada STC 141/2000 dispone en su FJ 4º:

“Desde el momento en que sus convicciones y la adecuación de su conducta a las mismas se hace externa, y no se constriñe a su esfera privada e individual, haciéndose manifiesta a terceros hasta el punto de afectarles, el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del artículo 16.1 CE, que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado; ni alterar con el sólo sustento de su libertad de creencias el tráfico jurídico privado *o la obligatoriedad misma de los mandatos legales con ocasión del ejercicio de dicha libertad*, so pena de relativizarlos hasta un punto intolerable para la subsistencia del propio Estado democrático de Derecho del que también es principio jurídico fundamental la seguridad jurídica (SSTC 160/1987, FJ 3; 20/1990; FJ3 y 4). El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley”<sup>15</sup>.

La consabida superioridad del *interés del menor* se identifica con la prioritaria protección de los derechos del niño cuando éstos entran en conflicto con otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos –artículo 2 de la LO 1/1996–. En esta línea, el Tribunal Constitucional reitera en la Sentencia 154/2002 lo ya establecido en la citada Sentencia 141/2000 al disponer que las normas internacionales de protección de la infancia y la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, constituyen “el estatuto jurídico indisponible de los menores dentro del territorio nacional”, estatuto que es “sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para los poderes públicos, que

15. (La cursiva es mía).

constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores”<sup>16</sup>.

Por tanto, si bien es cierto que la propia Constitución garantiza el derecho que asiste a los padres “para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 27.3 CE), y que, dicho derecho ampara el que éstos sean educados en un régimen de vida y en una disciplina religiosa afín a la de sus progenitores; no es menos cierto, que la proyección sobre el menor de convicciones ideológicas concretas, debe tener su límite infranqueable en la protección del propio interés del menor sobre el que se ejerce la patria potestad, con el fin de asegurar el desarrollo armonioso de su propia personalidad, evitando, de este modo, injerencias paternas abusivas.

En la Sentencia objeto de este estudio, los bienes jurídicos enfrentados eran el derecho de libertad religiosa de los progenitores, que amparaba, según su criterio, una actitud omisiva o de “no hacer” todo aquello que contradijese su credo religioso aun a expensas de poner en riesgo la vida de su hijo menor de edad; y el derecho a la vida del menor, que se veía desprotegido como consecuencia lógica de dicha actitud de sus progenitores. El Tribunal Constitucional entendió que el prevalente *interés del menor* se configuraba como el bien jurídico al que se reconocía un valor preponderante, debiendo examinar si los medios empleados para satisfacer el bien dotado de mayor categoría jurídica resultaban suficientes y satisfactorios.

Si bien el *interés del menor* es uno de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados utilizados por el legislador, de difícil concreción abstrayéndose del caso concreto en que éste se ve implicado, en términos generales, puede entenderse que en dicho concepto se incluyen el respeto, la protección y salvaguarda prioritaria de los derechos fundamentales del menor de edad, y, especial-

16. FJ 5º de la STC 141/2000. En este sentido, Francisco Rivero Hernández se manifiesta totalmente de acuerdo con las afirmaciones del TC en la citada Sentencia, al entender que el interés de los menores constituye el límite más claro, por la especial protección que se le dispensa en caso de conflicto con otros, a ciertos derechos de los adultos, no sólo como límite general a derechos e intereses ajenos en caso de conflicto, sino dentro de las relaciones familiares y en el ejercicio de la patria potestad, que queda, así, teñida de una especial coloración tanto en su concepción de *oficium iuris* (su centro de gravedad es la protección del hijo, protagonista principal, y no las facultades del padre o de la madre) como en la interpretación de las normas que lo rigen. Véase la opinión del autor en: “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos. (Comentario a la STC 141/2000, de 29 de mayo)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, págs. 245-299.

mente de sus derechos de la personalidad<sup>17</sup>. El Alto Tribunal entendió, en el presente caso, que el menor había ejercitado determinados derechos fundamentales de los que era titular al oponerse a la práctica del tratamiento médico requerido: el derecho a su libertad religiosa y el derecho a su integridad física. Sin embargo, la protección de tales derechos inherentes a su personalidad, se situó en un segundo plano frente al valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor. De este modo, el Tribunal reiteró lo otras veces subrayado en su jurisprudencia declarando que “la vida, en su dimensión objetiva, es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985) y (STC 120/1990). Por tanto, los efectos previsibles de la decisión del menor, que revestía los caracteres de definitiva e irreparable, determinó que la protección del prevalente *interés del menor* se situase en la efectiva protección de su vida a través de la tutela de los padres y, en su caso, de los órganos judiciales.

Sin perjuicio de abordar con posterioridad el valor constitucional que el Alto Tribunal otorgó a la propia libertad de creencias del menor de edad y al significado de su voluntad contraria a la práctica de la hemotransfusión, baste por el momento apuntar que la negación de que los padres quedasen excluidos de su condición de garantes de la vida del menor vino determinada, principalmente, por la inexistencia de datos suficientes que acreditasen con certeza que el menor fallecido tenía la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital. De esta forma el Tribunal concluyó que la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos de proteger la vida de su hijo, habían de adoptar. Quiere ello decir que, la estimación de una suficiente autonomía de juicio del menor hubiese podido tener como consecuencia, por un lado, la priorización de su propio derecho a la autonomía religiosa frente a su propia vida y; por otro, la exoneración de los progenitores en su deber de velar por la vida y salud del menor de edad a su cargo.

Varias objeciones deben ponerse de manifiesto a este respecto sin perjuicio de que en próximos epígrafes se profundice sobre ello. En primer lugar, y si se toma en consideración que la personalidad del niño o adolescente está en constante evolución, especialmente en un ámbito como el de la libertad de creencias donde la influencia de los padres es mayor cuanto menor es la edad de aquél sobre el que se ostenta la patria potestad, cabe plantearse desde este momento,

17. En este sentido se pronuncia Amelia Pascual Medrano: “Padres, hijos menores y libertad religiosa (En torno a la STC 141/2000, de 29 de mayo)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20 (Febrero), 2001, pág. 27.

en qué términos podría llegar a estimarse la libertad de creencias de un menor de edad en supuestos similares al planteado en el que el peligro para la vida de su titular puede resultar inminente. Y en segundo lugar –y observando la cuestión desde la perspectiva de los progenitores del menor, y garantes, pues, de la salud y vida de su hijo– cabe plantearse hasta qué punto pueden llegar a quedar exentos de sus obligaciones jurídicas aquellos que han inculcado en el menor a su cargo prioridades éticas y morales que le conducen a poner en riesgo su propia vida. Quizás serían más acertadas soluciones tendentes a asegurar, sin escollo posible, el *interés del menor* identificado éste con la efectiva preservación de su vida con el fin de garantizar, además, una futura determinación de su propia identidad en este ámbito.

Al respecto, distintas hipótesis en torno a las razones que pudieron llevar al menor a adoptar la citada actitud podrían ser mantenidas: más allá de la justificación adoptada en la presente Sentencia y en las de los órganos ordinarios previos –que se sustenta en la admisión de una efectiva convicción del menor en las prescripciones de su fe– también serían, al menos barajables, presunciones relativas a una posible intimidación moral no sólo proveniente de quienes en él habían introducido dichas prioridades éticas y morales, sino incluso, de aquellos otros miembros de la misma religión que en todo momento estuvieron presentes en el peregrinar del menor por los distintos centros médicos. El miedo a posibles represalias por los miembros de su confesión o el temor ante la reacción de los padres, 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 absoluto. En este sentido parecen relevantes las afirmaciones del Tribunal en el FJ 5º de su ya citada Sentencia 141/2000:

“(…) frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su derecho personal. Libertades y derechos de unos y de otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 en relación con el artículo 39 CE)”.

Además, como ha señalado el Tribunal en anteriores Sentencias, “no existe un derecho fundamental a la propia muerte”, ésta sólo podría ser admitida como consecuencia lógica del ejercicio de un derecho subjetivo que tenga como base la libertad general de la persona y cuando el acto de voluntad del individuo sólo a él afecta<sup>18</sup>. ¿Podría, por tanto, llegar a ser admisible la estimación de una suficiente capacidad del menor de edad para llevar a cabo un acto de voluntad de consecuencias extremas aun basado en una enraizada creencia religiosa?. Sólo cuando sean analizados los criterios jurisprudenciales y jurídicos utilizados para determinar el grado de madurez suficiente del menor para ejercitar derechos fundamentales inherentes a su personalidad, podrá darse una respuesta satisfactoria a la presente cuestión. Sirva hasta el momento el haber puesto sobre el tapete hipótesis que ponen en tela de juicio una posible justificación de la acción omisiva de unos padres cuya conducta de “dejar hacer” puede no ser considerada suficiente para garantizar la protección del menor a su cargo.

### ***III. Parámetros para justificar la limitación de un derecho fundamental: la colisión de la libertad religiosa con otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos***

#### **1. Parámetros para delimitar el alcance del ejercicio del derecho de libertad religiosa por un menor de edad.**

Es del todo evidente, en virtud de lo dispuesto por la propia Constitución y desde la perspectiva de la legislación y la jurisprudencia existente en la materia, que los menores de edad, en tanto que personas, son titulares del derecho a la libertad de creencias y a su integridad moral<sup>19</sup>. El elemento de la minoría de edad es relevante, sin embargo, en lo que al ejercicio y libre disposición de este derecho se refiere. En el cometido de su capacidad de obrar, el menor no se halla sujeto a más limitaciones al ejercer este derecho que las establecidas por la ley o las derivadas del grado de madurez alcanzado que determinan su capacidad para asumir un determinado credo religioso y, consecuentemente, adoptar comportamientos que se adecuen a los mandatos religiosos o morales propios de esa concreta fe<sup>20</sup>. El deber de cooperación que recae sobre aquellos que tienen atri-

18. STC 120/1990, FJ 7º.

19. Aluden al derecho de libertad ideológica y religiosa del menor: la LO 7/1980, de Libertad Religiosa (arts. 1.1, 2.1 c) y la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (art. 6.1).

Sobre la titularidad por el menor de sus derechos a la libertad de creencias véase las SSTC 215/1994; 260/1994; 60/1995; 134/1999 y la ya citada 141/2000.

20. El artículo 162 del Código Civil establece una serie de excepciones a la regla general de la representación legal por parte de los padres de los hijos menores no emancipados: “Los padres que ostenten



buida su guardia y custodia para que el menor ejerza esa libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral, no implica que el libre disfrute de este derecho se abandone por entero a lo que al respecto dispongan los titulares de la patria potestad. En este sentido, el Tribunal Constitucional vuelve a pronunciarse en el FJ 9º de la Sentencia objeto de este comentario, en los mismos términos en los que lo hizo en la Sentencia 141/2000, FJ 5º:

“Desde la perspectiva del artículo 16.1 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guardia y custodia o, como en este caso, su patria potestad, *cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño* y los distintos estadios en los que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)”<sup>21</sup>.

Evidentemente, el menor se encuentra en un proceso de formación de su propia identidad ideológica o religiosa y a sus padres corresponde un papel esencial de apoyo y guía en su desarrollo personal (art. 39.3 CE). Según establece el artí-

la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: “Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. Por su parte, el espíritu que orienta el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 es precisamente la autonomía del menor. El niño se convierte en sujeto activo de derechos, con titularidad y posibilidad de ejercicio de los mismos, siempre subordinado, este último, a las condiciones de madurez del menor. Por último la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor establece en su artículo 2 que “Las limitaciones de la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

Recientes textos legales evidencian la elevada tendencia del legislador a estimar la autonomía de los menores de edad en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Al respecto, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, establece en su artículo 3 b) que “Podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”. Igualmente, el artículo 9.3 b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y el artículo 9.2 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, otorgan protección a la decisión del menor a la hora de ofrecer su consentimiento informado antes de la realización de una operación quirúrgica.

21. (La cursiva es mía).

culo 6.3 de la LO 1/1996, éstos “tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”; y, en este mismo sentido el apartado 2º del artículo 14 de la Convención de Derechos del Niño, establece que “los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho conforme a la evolución de sus facultades”. De ello se desprende, que los padres tienen atribuida una función de guía o formación, pero, en ningún caso, de apoderamiento o sustitución del derecho del menor. De forma que, nadie puede ejercer el derecho de libertad religiosa (en su contenido y alcance positivo y negativo) por y para el menor, lo que podría significar imponer creencias, vivencias o prácticas religiosas contrarias a sus convicciones y sentimientos<sup>22</sup>. En definitiva, en el seno de las relaciones paternofiliales, ni esa labor de formación, ni el ejercicio de la propia libertad de creencias de los padres, puede desconocer que los hijos son, a su vez, titulares del mismo derecho fundamental.

Sin embargo, todo lo expuesto no es óbice para afirmar que cabe establecer una clara distinción entre aquello que supone el efectivo reconocimiento del derecho de libertad religiosa del menor y el interés de éste en cuanto al ejercicio de aquel derecho, cuestión que, en un supuesto como el planteado en la Sentencia 154/2002, no puede llegar a ser entendido en los mismos términos. Como se ha apuntado con anterioridad –y a pesar de haber identificado el interés del menor con la prioritaria protección de su derecho a la vida– el Juez Constitucional acudió a un concepto laxo e indeterminado como “el grado de madurez del menor” para medir no sólo el significado constitucional de la oposición del menor a la transfusión, sino para valorar, asimismo, y en función de dicha relevancia, el grado de responsabilidad que recaía sobre los padres teóricamente obligados, en todo caso, a velar por los intereses del menor a su cargo. De esta forma, el examen de una abstracta capacidad de juicio del menor se configuró para el Tribunal como el instrumento jurídico adecuado para determinar el grado de independencia de que gozaba el menor de edad para ejercitar sin injerencia alguna los derechos inherentes a su personalidad, y concretamente, en este caso, su derecho a autodeterminarse moral y físicamente, y a actuar conforme a ello. Además la graduación de la capacidad del menor para adoptar una decisión acorde con sus convicciones –pero que entrañaba un riesgo definitivo para su propia vida– permitió determinar en negativo el grado de responsabilidad en sus obligaciones que resultaba atribuible a los padres en función de su

22. En este sentido se pronuncia Francisco Rivero Hernández, op. cit., pág. 268.

calidad de garantes y en virtud de su deber de velar, en cualquier caso, y aun anteponiéndolo a sus propias convicciones, por el interés preponderante del menor<sup>23</sup>.

Así, si bien el Tribunal no apreció en la presente Sentencia signos de aptitud suficientes para considerar constitucionalmente relevante la voluntad del menor, una valoración de signo contrario podría conducir a dejar en manos de un menor de edad decisiones drásticas sobre su propia vida. La entidad de las consecuencias que de estos razonamientos pueden extraerse no son en absoluto desdeñables. En primer lugar, parece otorgarse a un concepto jurídico indeterminado, como es el de “grado de madurez del menor”, la entidad suficiente como para que a él se subordine el propio interés preponderante de la vida del menor a cuya protección debieran concurrir no sólo los progenitores sino también los poderes públicos. Como señala la propia Sentencia aludiendo a la tantas veces citada 141 /2000, FJ 5º:

“Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de estas potestades por parte de sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, *se haga en interés del menor*, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño”<sup>24</sup>.

Además parece entenderse, que la efectiva protección del interés jurídico superior –la vida del menor– queda subordinada a la concreción de un concepto jurídico indeterminado, cuya “subjativa determinación” puede poner en peligro su propia superioridad. Cabe al menos cuestionarse, por tanto, hasta qué punto no deja de ser “superior” el interés del menor al hacerlo depender de su “propia madurez”. Y en paralelo con esta cuestión habrá de tenerse en cuenta otra no menos importante y que merece ser resaltada, la relativa a qué concepto de “madurez” podría conducir a estimar la capacidad decisoria del menor en este ámbito. ¿Se hace referencia a una madurez intelectual, o por el contrario es la madurez emocional o la propia capacidad de discernimiento las que se requieren de un menor cuya voluntad no deba ser tachada de inexperta?; ¿qué tipo de con-

23. La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, establece en su artículo 6 que en supuestos conflictivos y, en todo caso, constatada la falta de la debida cooperación de los mayores responsables, tal y como la propia ley advierte, habrá que primar “el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

24. (La cursiva es mía).

sideración merecen las convicciones de un menor basadas en el juicio de valor que sus mayores le han inculcado desde que tiene uso de razón, máxime cuando está en peligro su propia vida?; ¿podría en este sentido considerarse madura la actuación de un niño de trece años que se opone a que se le practique un tratamiento médico necesario para su salud ante quienes, además de oponerse a ello, le han inculcado que una conducta favorable a la hemotransfusión infringe la ley de Dios, o sería signo de madurez la actitud contraria? Todas estas son cuestiones que no deben ser olvidadas a la hora de valorar la frecuente utilización, por parte de los poderes públicos, de conceptos jurídicos indeterminados para resolver cuestiones jurídicas en las que se ven involucrados derechos fundamentales de las personas y cuya abstracción crea situaciones de inseguridad jurídica no siempre justificables.

En este sentido –y retomando el hilo de la propia Sentencia– el Tribunal precisó el significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito, no tanto en función de un legítimo ejercicio del menor de su libertad religiosa, sino atendiendo principalmente al derecho de éste a su autodeterminación corporal inserto en su derecho a la integridad física. A este respecto, y en coherencia con sus razonamientos, el Tribunal Constitucional vino a alertar, en línea de principio, de una potencial afectación del derecho a la integridad física del menor si se hubiese producido la asistencia médica coactiva en virtud de la relevancia de su decisión en actos relativos a uno de sus derechos de la personalidad, el prescrito en el artículo 15 CE<sup>25</sup>. Sin embargo, y contrariamente a lo que se podía prever, esa primera estimación de la voluntad del menor fue relegada a un segundo plano en los posteriores razonamientos jurídicos del Alto Tribunal. Dos fueron los motivos que condujeron al supremo intérprete de la Constitución a dar un giro en sus valoraciones y a desestimar, por tanto, la suficiencia de la voluntad del menor para oponerse a la hemotransfusión. En primer lugar, y como se ha señalado con anterioridad, el que no estuviese suficientemente acreditada su “madurez de juicio” para que dicha voluntad fuese vinculante; y en segundo lugar, la estimación del “carácter definitivo e irreparable de las consecuencias que en el caso habría tenido dicha decisión vital”.

El segundo de los motivos que condujeron al Tribunal a no dotar de relevancia constitucional a la voluntad del menor, permite aunar los razonamientos del Tribunal Constitucional en la actual Sentencia con lo que ha sido una constante

25. En términos parecidos, el Tribunal ya señaló en sus SSTC 120/1990 y 137/1990, en los casos de huelga de hambre de los reclusos del GRAPO, que podría llegar a sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria a quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta.

valoración del derecho a la vida en su jurisprudencia. El carácter preponderante del valor “vida”, como bien jurídico situado en la cúspide de los valores que se encierran en el código ético establecido por el orden constitucional, ha determinado la constante prevalencia del derecho a la vida frente a cualquier otro derecho o bien constitucionalmente protegido en la jurisprudencia no sólo constitucional sino también del Tribunal Supremo. Numerosas son las Sentencias en las que el deber del Estado de preservar y proteger positivamente la vida ha predominado sobre la propia voluntad del afectado, precisamente, por el carácter de valor superior del ordenamiento que la jurisprudencia ha atribuido a la vida humana<sup>26</sup>. En la presente Sentencia el Tribunal Constitucional no abandonó, en línea de principio, dicha tendencia y reiteró en varias ocasiones el valor preponderante del derecho a la vida del menor como bien jurídico prioritario a proteger. Sin embargo, una clara diferencia se establece entre la actual y otras de las Sentencias del Tribunal en la materia, y es que dicha preponderancia del derecho a la vida vino establecida, en este caso, por la minoría de edad del titular del derecho, y más concretamente, por la falta de acreditación suficiente de su madurez para adoptar una decisión, que si bien venía motivada por sus más profundas convicciones religiosas, resultaba decisiva para su propia vida. En este caso, pues, y tal como prescribió el Tribunal, los recurrentes de amparo no debieron inhibirse de su obligación de garantes de la vida del menor pues no resultaba constitucionalmente admisible un libre, autónomo y legítimo ejercicio de la libertad religiosa del menor hasta dicho extremo.

26. En la STC 137/1990 el Tribunal Constitucional establece que “El derecho fundamental a la vida (...) como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y, en especial, al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a ataques de terceros, *sin contar para ello con la voluntad de sus titulares* e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho”. (La cursiva es mía).

El TS ya en su Sentencia de 14 de abril de 1983, en un supuesto relativo a la intervención médica realizada a una mujer Testigo de Jehová en contra de su expreso deseo, dispuso que el Juez había actuado correctamente al situar como valor preferente el de la vida de la paciente frente a su libertad religiosa. Esta Sentencia fue posteriormente confirmada por el TC en su ATC 369/1984, donde afirmó, con poco acierto, que el derecho garantizado por la libertad religiosa del artículo 16.1 CE tiene como límite “la salud de las personas”. El TC en este caso descuidó el carácter público del límite del artículo 3.1 de la LOLR, error que ha enmendado en la presente Sentencia cuando afirma en su FJ 13º que “en el caso que nos ocupa no hay afectación de la salud, ya que los textos internacionales que sirven de pauta para la interpretación de nuestras normas, se refieren a la salud pública, entendida con referencia a los riesgos para la salud en general”.

En una Sentencia de 27 de marzo de 1990, el TS volvió a reiterar el valor indisponible de la vida humana prevalente cuando entra en conflicto con la libertad religiosa.

Una interesante exposición de la evolución de la legislación y de la jurisprudencia en materia de hemotransfusiones puede verse en Juan Luis Sevilla Bujance: “Transfusiones de sangre, conciencia y derecho a la vida. Especial referencia a los menores”, *Revista General del Derecho*, núm. 676-677 (Enero-Febrero), 2001.

Quizás la conclusión más relevante que puede extraerse de las argumentaciones del Tribunal es el reconocimiento implícito de que la voluntad del sujeto implicado puede impedir una asistencia médica que resulta contraria a sus convicciones religiosas<sup>27</sup>. En el supuesto concreto es el status jurídico de la minoría de edad, y más concretamente, el insuficiente grado de madurez del menor, el que impide al Tribunal priorizar dicha oposición frente al propio riesgo de la vida de su titular. Así, podría sostenerse, que el Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad de pronunciarse, dadas las peculiaridades del caso, en térmi-

27. La nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su Capítulo IV relativo a “El respeto de la autonomía del paciente”, en el artículo 9.3 b) bajo la rúbrica “Los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación” establece que “Los facultativos podrán llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento: Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. Asimismo, la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, en el Título IV relativo al “Consentimiento informado, derecho a la libre elección y a la autonomía del paciente”, su Capítulo I “Consentimiento informado y libertad de elección” prevé en el artículo 9 bajo el título “Otorgamiento del consentimiento por sustitución” que “El Consentimiento informado se otorgará por sustitución en los siguientes supuestos: Cuando el paciente sea menor de edad o se trate de un incapacitado legalmente, el derecho corresponde a sus padres o representante legal, el cual deberá acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación y constitución de la tutela, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona menor o incapacitada por el tutelada. En el caso de menores emancipados, el menor deberá dar personalmente su consentimiento. No obstante, cuando se trate de un menor y a juicio del médico responsable, éste tenga el suficiente grado de madurez, se le facilitará a él la información adecuada a su edad, formación y capacidad”. El artículo 10 dispone las “Excepciones a la exigencia del consentimiento” entre las que se encuentran: “c) Ante una situación de urgencia que no permita demoras por existir el riesgo de lesiones irreversibles o de fallecimiento y la alteración del juicio del paciente no permita obtener su consentimiento”. Es importante señalar, en cuanto a la valoración de la voluntad del menor en este ámbito que en el artículo 17 de la Ley se prevé, asimismo, que los menores de edad emancipados podrán firmar el documento de voluntades anticipadas en el que manifiesta las instrucciones que sobre las actuaciones médicas se deben tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que las circunstancias que concurren no le permitan expresar libremente su voluntad.

A este respecto, resulta interesante destacar, igualmente, la relevancia que se da al “consentimiento del menor” a efectos de la práctica de intervenciones quirúrgicas en el “Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina” de 4 de abril de 1997 (*B.O.E* de 20 de octubre de 1999). Este Convenio señala expresamente que la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y de su grado de madurez.

nos distintos a lo que durante mucho tiempo ha prescrito la práctica judicial en materia de objeción a tratamientos sanitarios por parte de los enfermos, pero quizás no resulte osado decir que en sus razonamientos se intuye un cierto grado de cambio de tendencia en cuanto a la estimación de una posible ilegitimidad constitucional de una asistencia médica coactiva practicada a quien, no hallándose en una relación de sujeción especial, “asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta” antes de violentar sus creencias religiosas<sup>28</sup>.

En esta línea, es pertinente traer a colación lo que se anunció en previos apartados en relación a la relevancia de la voluntad de aquellas personas que ven cómo sus más íntimas convicciones ideológicas o religiosas entran en contradicción con valores constitucionalmente protegidos e incluso tradicionalmente prevalentes. Se está haciendo alusión en estas líneas a que un genérico reconocimiento constitucional de aquellas conductas tendentes a “asumir el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo afecta al individuo” podría conducir a dar por válidas decisiones que hasta el momento no han tenido una cabida constitucional en nuestra jurisprudencia. Tal es el caso, de los supuestos de eutanasia voluntaria que basan su reivindicación en el derecho a prescindir de la propia vida cuando esta es vivida sin dignidad. Si sentencias como la presente se repiten en los pronunciamientos del Alto Tribunal, no resultaría excesivo vaticinar una jurisprudencia más sensible ante problemas de tal envergadura. Sin embargo, y en aras a prever que el vaticinio se convirtiese en algo más que eso, cabría plantearse, quizás, ya desde este momento, sobre qué cimientos podría sustentarse una línea jurisprudencial en estos términos. Para hacer estimaciones de tal calibre debe contarse exclusivamente con los pronunciamientos hasta ahora existentes, y de su análisis se deduce que, en ningún caso, podría sostenerse que el derecho a la vida amparase en sí mismo un derecho fundamental a la propia

28. En las ya citadas SSTC 120/1990 y 137/1990, en las que se planteó un supuesto relativo a la legitimidad constitucional de la alimentación forzosa por vía parenteral de unos reclusos del GRAPO que se encontraban en huelga de hambre, el Tribunal vino a rechazar la inconstitucionalidad de la práctica en función de la relación de sujeción especial en que se encontraban los reclusos y de los consiguientes deberes de la Administración de velar por la vida de los internos. En este caso se deduce ya, una cierta estimación por parte del Alto intérprete de la Constitución de la voluntad del que se opone a la práctica de un tratamiento médico aun asumiendo el riesgo de la propia muerte, pues reconoce que aun no siendo el derecho a la propia muerte un derecho subjetivo ni mucho menos fundamental, podría llegar a sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria en supuestos en los que el acto de voluntad implica un riesgo de morir estrictamente individual que no afecta a terceros. Esta estimación de la voluntad del que se opone a recibir un tratamiento médico por ser contrario a sus convicciones morales, es reiterada por el Tribunal en la presente STC, sin embargo, la condición de menor de edad del titular de este “derecho a asumir la propia muerte”, y especialmente, su inmadurez para ello, ha impedido determinar la legitimidad de tal voluntad.

muerte –tal y como expuso con rotundidad el Tribunal en la ya mencionada Sentencia de los reclusos del GRAPO en huelga de hambre–, más bien, cabría buscar soluciones amparadas en el propio contenido del artículo 16.1 CE y en los derechos que en él se recogen. Pronunciamientos que admitiesen la constitucionalidad de conductas subjetivas llevadas al extremo de la propia muerte, sólo podrían tener sustento constitucional en los cimientos del propio derecho a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia<sup>29</sup>.

## **2. Delimitación en negativo del derecho de libertad religiosa de los padres: cuando el mandato jurídico de actuación resulta constitucionalmente desproporcionado.**

La falta de una suficiente madurez de juicio del menor para ejercitar su derecho a la libertad religiosa hasta extremos que lo antepusieran a su propia vida, determinó la permanencia de responsabilidades de los padres inherentes a su condición de garantes. De forma que, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos habían de adoptar. Dicha condición de garantes no resultó afectada, pues, en virtud de la autonomía del menor, no produciéndose, en términos de principio, una exoneración en sus deberes jurídicos. No obstante, el Tribunal Constitucional trató de determinar si la reconocida persistencia de los deberes derivados de la paternidad implicaba una desproporcionada restricción del propio derecho de los padres a su libertad religiosa. Inmerso en esta labor, el Tribunal estableció una clara distinción entre el grado de restricción que para la libertad conllevan los mandatos de actuación –cuyo incumplimiento da lugar a los delitos omisivos– y las prohibiciones de actuación –cuya infracción genera delitos de acción–. En el supuesto planteado la exigibilidad de una conducta positiva por parte de los padres, que implicaba la adopción de una actitud disuasoria de las rotundas convicciones del menor o, en su caso, una autorización por su parte de la práctica de la transfusión sanguínea, implicaba el cumplimiento de un mandato de actuación especialmente restrictivo de su derecho a la libertad religiosa. Y ello porque, reproduciendo las propias palabras del Tribunal, “el sacrificio del derecho llamado a ceder *no debe ir más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante*. Y es claro que en el presente caso la efectividad de este preponderante derecho a la vida del menor no

29. Sobre la objeción de conciencia a tratamientos médicos en general puede consultarse Juan Carlos Armentero Chaparro: *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos: la cuestión de la patria potestad*, Colex, Madrid, 1997; Sara Sieira Mucientes: *La objeción de conciencia sanitaria*, Dykinson, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000 y José Antonio Souto Paz: *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 313 y ss.



quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión”<sup>30</sup>.

En efecto, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional la necesidad de que las limitaciones de los derechos fundamentales, además de hallarse justificadas sobre la base de un fin constitucionalmente legítimo, sean razonables y proporcionadas a ese fin en atención al cual se establecen. La libertad de creencias –afirma el TC– es conculcada por los poderes públicos “si la restringen al margen o con infracción de los límites que la Constitución ha previsto; o aun cuando amparen sus actos en dichos límites, si perturban o impiden de algún modo la adopción, el mantenimiento o la expresión de determinadas creencias cuando exista un nexo causal entre la actuación de los poderes públicos y dichas restricciones y éstas resulten de todo punto desproporcionadas”<sup>31</sup>. La limitación de la libertad de creencias de los padres era legítima pues se dirigía a preservar el derecho a la vida de su hijo menor. El problema radicaba en determinar si dicha limitación resultaba razonable y proporcionada en atención al fin que se trataba de preservar. Y es aquí donde, a juicio del TC, la resolución del TS presentaba serios defectos que condujeron al primero a entender que la misma había lesionado la libertad de creencias de los recurrentes.

La correcta armonización del ejercicio de un derecho –concretamente en este caso, de la faceta externa del derecho de libertad religiosa de los padres– con otros derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos –el derecho a la vida de un menor de edad– exige que los límites que se apliquen al derecho llamado a ceder deriven de una adecuada interpretación sistemática de la Constitución. En palabras del Tribunal, “la propia Constitución es norma de limitación, pues en ella cada derecho no se concibe como absoluto, sino que viene configurado en atención a otros derechos”<sup>32</sup>. En este sentido, dispone asimismo el Tribunal que “la interpretación del alcance del contenido de un derecho fundamental ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con la interpretación sistemática que estima más oportuna”<sup>33</sup>. De esto se deduce, que la articulación de los derechos fundamentales con el resto de derechos, bienes y valores del ordenamiento jurídico exige que, ante un conflicto entre derechos fundamentales y/o bienes constitucionali-

30. (La cursiva es mía).

31. STC 141/2000, FJ 4°. En este sentido véase igualmente el FJ 11° de la STC 46/2001.

32. STC 126/95, FJ 2°.

33. STC 55/1996, FJ 6°.

mente protegidos, sea imprescindible la realización de una “ponderación de bienes” que determine cuál de ellos prevalece en el caso concreto y con el objetivo de que la restricción, en su caso, aplicada a uno de ellos, sea acorde con el *prius* de supremacía constitucional de los derechos fundamentales<sup>34</sup>.

Sobre la base de las argumentaciones expuestas, y por lo que respecta a la presente Sentencia, podría entenderse que una apriorística prevalencia de cualquiera de los derechos en conflicto no habría sido constitucionalmente admisible<sup>35</sup>; sin embargo, la superioridad del derecho a la vida del menor vino determinada, irrefutablemente, en virtud del valor superior que el ordenamiento dispensa al estatuto jurídico indisponible de un menor de edad<sup>36</sup>. En este sentido, la adecuación constitucional del orden jerárquico establecido en sede judicial resultó constitucionalmente amparada. El supremo intérprete de la Constitución estimó adecuado el juicio de ponderación realizado por el órgano judicial entre los bienes jurídicos en conflicto –derecho a la vida del menor y derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres– que había dotado de prioridad a la protección del derecho a la vida del menor. Sin embargo, entendió que dicho juicio de ponderación no debió haberse extendido a la privación de los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa, en estricta observancia del “principio jurisprudencial de necesidad”.

La valoración en términos de ponderación es un paso previo, inicial y necesario para la realización de juicios posteriores sobre la proporcionalidad de la limitación, que permitan revisar si la armonización de los derechos y bienes constitucionales se ha realizado de manera adecuada, es decir, procurando que ninguno de ellos resulte injustificadamente sacrificado y para evitar que la restricción aplicada “vaya más allá de lo estrictamente necesario”<sup>37</sup>. El Tribunal Constitucional trató de determinar si la limitación del derecho de libertad reli-

34. Sobre la aplicación por el Tribunal del mecanismo de ponderación de bienes véanse por todas las SSTC 120/83; 22/84; 53/85; 104/86; 159/86 y 105/90.

35. STC 34/1996, FJ 4º: “El ejercicio de cada derecho no tiene más límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás, sin prevalencia apriorística de cualquiera de ellos, y, por tanto, en un equilibrio inestable, sin que ninguno de ellos tenga carácter absoluto ni rango superior a los colindantes”.

36. Al respecto, el Tribunal en su Sentencia 141/2000, FJ 5º dispuso claramente que en caso de conflicto entre las libertades y derechos de los progenitores y del menor, éstos deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad.

37. El Tribunal Constitucional estima que el principio de proporcionalidad es un elemento integrante del Estado de Derecho. En este sentido la Sentencia 85/1992 en su FJ 4º, dispone: “(...) es importante destacar que al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho, cuya condición de

giosa de los padres –que derivaba de los mandatos de actuación inherentes a su condición de garantes– resultaba *estrictamente necesaria* para satisfacer el bien constitucional al que se le reconoció un valor preponderante, es decir, la vida del menor.

En este sentido es importante señalar que, evitar una desmedida restricción del derecho sacrificado exige atender a criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los límites que se le imponen. La aplicación del principio de proporcionalidad en la limitación de derechos fundamentales exigía que la restricción del derecho de libertad religiosa y de creencias de los padres –en cuanto que derecho sacrificado en la ponderación de derechos en conflicto– hubiese superado tres subprincipios jurisprudenciales o controles de constitucionalidad de la restricción: el llamado “principio de utilidad”, el “principio de necesidad” y el “principio de proporcionalidad en sentido estricto”<sup>38</sup>.

Como es bien sabido, la doctrina española se ha ocupado extensamente de analizar, durante los últimos años, la aplicación del principio de proporcionalidad y de los tests de razonabilidad y racionalidad a la hora de limitar derechos fundamentales en conflicto, o de discernir cuándo debe prevalecer un derecho, un bien o un valor constitucionalmente protegido, todo ello a partir de las tesis elaboradas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos y por otras Cortes Constitucionales europeas, e importadas por el Tribunal Constitucional español. No es éste el momento de realizar una amplia refle-

canon de constitucionalidad (...) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones procedan éstas de normas o resoluciones singulares”. Sobre el juicio de proporcionalidad, véase Ángel Carrasco Perera: “El juicio de razonabilidad en la Justicia Constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 11 (mayo-agosto), 1984, págs. 39-106. Consúltense, además, el núm. 5 de *Cuadernos de Derecho Público*, dedicado de manera monográfica al principio de proporcionalidad, 1998. Asimismo véase: Markus González Beilfuss: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003.

38. Al respecto, tal y como acierta a resumir la STC 207/1996, FJ° 4 “(...) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de producir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

xión o exposición sobre el tema, pero sí son obligadas unas breves puntualizaciones al hilo de la Sentencia 154/2002, objeto de este comentario<sup>39</sup>.

39. El Tribunal Constitucional español, a diferencia de lo que en ocasiones ha hecho con la libertad de expresión, no ha predicado ningún tipo de “posición preferente” o prevalente de la libertad religiosa, frente a otros derechos o frente a otros bienes constitucionalmente reconocidos. Como se sabe, la Suprema Corte norteamericana, sí estableció, en cambio, una *preferred position* para la libertad religiosa, junto con la de prensa y expresión.

En cuanto a la utilización del principio de proporcionalidad en materia de libertad religiosa es importante señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha empleado, con asiduidad, este principio para adoptar decisiones relativas a la restricción del derecho. En este sentido, resultan significativas dos de sus Sentencias en las que se rechaza la legitimidad de la limitación de sendas manifestaciones del derecho de libertad religiosa de miembros de los Testigos de Jehová. El primero de los casos, enfrentó al señor Minos Kokkinakis, ciudadano griego Testigo de Jehová, contra Grecia. El demandante, acompañado de su esposa, entró en casa de un matrimonio de fieles ortodoxos y entablaron una discusión sobre temas religiosos con la mujer. Mientras se producía esta discusión, el marido de ésta advirtió a la policía, que arrestó al matrimonio Kokkinakis por realizar actos de proselitismo –tipificado éste como delito en una ley de 1938– y, posteriormente, fueron condenados en juicio, aunque en apelación se absolvió a la esposa. El demandante, no sólo invocaba una interpretación errónea de esta ley, sino también la incompatibilidad de esta norma con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal, al igual que la Comisión, declaró que “la libertad religiosa comprende el derecho a tratar de convencer al prójimo y que la tipificación penal del proselitismo responde a una finalidad legítima: la protección de los derechos de los demás, pero que la condena del demandante es *desproporcionada* porque no se ha precisado suficientemente en que medida el acusado ha utilizado medios abusivos para convencer a otros de sus creencias”: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: *Kokkinakis v/Greece*, Judgment of 25 May 1993. (La cursiva es mía).

La segunda de las Sentencias *Hoffmann contra Austria* es citada por el propio TC en la Sentencia 154/2002. En este caso, la demandante alegaba una discriminación por motivos religiosos por haber sido privada por el Tribunal Supremo de Austria de la patria potestad sobre sus hijos –que le había sido concedida por los tribunales inferiores– en beneficio de su ex marido por pertenecer a los Testigos de Jehová. Entre los argumentos utilizados por el Supremo, figuraba el riesgo para la salud de los niños del rechazo de la madre a consentir una transfusión sanguínea que pudieran necesitar sus hijos y, el hecho de que recibiesen la educación religiosa de los Testigos de Jehová, basándose en que durante el matrimonio los esposos convinieron en darles una educación católica –que en aquel momento era la religión común de ambos– y, según la legislación austriaca, este acuerdo no puede modificarse unilateralmente, como hizo la señora Hoffmann tras el divorcio. En su Sentencia, el TEDH entendió que se había producido una diferencia de trato discriminatoria basada en consideraciones religiosas en lo relativo a la privación de la patria potestad y a la educación religiosa de los hijos porque, aunque el Tribunal Supremo perseguía un fin legítimo, proteger la salud y los derechos de los hijos, no existía una *razonable relación de proporcionalidad*. (La cursiva es mía).

Dos jueces –Matscher y Valticos– presentaron sendos votos particulares a la Sentencia del TEDH que se estiman adecuados, por considerar que el Tribunal Supremo no tomó en consideración en su sentencia la religión de la madre sino los efectos que la adhesión a esta religión podrían acarrear para el bienestar de los hijos, lo que les pareció legítimo, no existiendo, por tanto, discriminación, o aún mejor, estando ésta justificada. Se observa como la postura de los jueces disidentes –y sin perjuicio de las peculiaridades del caso concreto que difieren de las actuales– coincidiría con lo mantenido en este trabajo sobre la justificación de la restricción del derecho de libertad religiosa de los padres cuando está en peligro la salud de los hijos. Es importante señalar, no obstante, que en el caso *Hoffmann* el posible riesgo para la salud de los hijos era sólo eso, un riesgo, mientras que en el caso de la STC 154/2002, el peligro para la salud del menor era inminente, cuestión a tener en cuenta a la hora de sostener la razonabilidad de la limitación del derecho de libertad religiosa de los padres en uno y otro caso: EUROPEAN

El “principio de utilidad” o “juicio de adecuación”, exige que los medios que la restricción del derecho arbitra sean susceptibles de alcanzar la finalidad perseguida, es decir, la protección del derecho preponderante que en este caso era el derecho a la vida del menor. Ello implica, que sean objetivamente idóneos y, por tanto, útiles para ello<sup>40</sup>. En segundo lugar, la intervención en el derecho debe de ser igualmente “necesaria”, debiendo atenderse al llamado “juicio de indispensabilidad” que permite identificar la inconstitucionalidad de la limitación del derecho en dos supuestos: cuando se constatase, con carácter previo, que se podía haber adoptado un medio de igual efectividad pero de menor incidencia para el derecho fundamental sacrificado; o cuando se verificase, a posteriori, que la medida adoptada en contraste con otras posibilidades, supuso una fuerte restricción del derecho fundamental. El principio de necesidad exige, pues, una previa selección de los medios útiles y una determinación posterior de aquellos que resultan más moderados para la limitación del derecho. De modo que “...todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para alcanzar el fin perseguido”<sup>41</sup>. Por último, y en tercer lugar, además de los criterios de utilidad y de necesidad apuntados, la medida que pretende restringir un derecho fundamental habrá de ajustarse, igualmente, al “principio de proporcionalidad en sentido estricto”. Dicho en otros términos, debe producirse una armonización entre la restricción del derecho y la protección del bien jurídico o derecho con el que colisiona. Mediante la aplicación de este subprincipio debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se producen cuando se limita un derecho fundamental a fin de preservar otro derecho o bien constitucionalmente protegido<sup>42</sup>.

El Tribunal Constitucional omitió, en los postulados de la presente Sentencia, la expresa exposición de los criterios jurisprudenciales necesarios para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la restricción del derecho fun-

COURT OF HUMAN RIGHTS. *Hoffmann v/Austria*, Judgement of 26 May 1993.

Para una somera exposición de la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad religiosa, véase: “La libertad religiosa en la jurisprudencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho*, núm. 89 (Julio-Agosto), 2001, págs. 6745-6768. Igualmente consúltese María Jesús Gutiérrez del Moral y Miguel Ángel Cañivano Salvador: *El Estado frente a la libertad de religión: jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Atelier, Barcelona, 2003.

40. Sobre el citado juicio de adecuación véase la STC 178/1989.

41. STC 119/1990, FJ 8º.

42. Una interesante exposición sobre los mecanismos de aplicación de los tres subprincipios que integran el “principio de proporcionalidad” por la jurisprudencia constitucional española puede consultarse en Manuel Medina Guerrero: *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996, págs. 117-135.

damental de libertad religiosa de los padres. No obstante, éstos pueden presumirse implícitamente aplicados pues el supremo intérprete procedió –tras analizar si se había efectuado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos enfrentados– a examinar si la realización de las concretas acciones que se habían exigido de los padres –especialmente restrictivas de su libertad religiosa y de conciencia– era necesaria para la satisfacción del bien al que se había reconocido un valor preponderante, dado que, en sus propias palabras, “el sacrificio del derecho llamado a ceder no debe ir más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante”. De este modo, y sobre la base de una implícita aplicación del juicio de proporcionalidad de la restricción y de los tres subprincipios que lo integran, el Tribunal llegó a la conclusión de que exigir a los padres del menor actuaciones positivas tendentes a persuadirle de que aceptase la transfusión sanguínea, o la directa autorización por ellos mismos, hubiese supuesto una restricción excesiva e innecesaria, y por tanto desproporcionada, de su derecho a la libertad religiosa. Y ello porque, según estimó el Tribunal, la actitud pasiva de los padres aquietándose frente a las resoluciones judiciales que autorizaron la actuación médica, así como la imposibilidad de acreditar si una actitud disuasoria por su parte hubiese producido resultados distintos en las convicciones del hijo, así lo justificaba.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional estimó que el acatamiento por parte de los progenitores de la decisión judicial que autorizó la transfusión y su comportamiento basado en el propósito de encontrar un hospital que ofreciese métodos alternativos que permitiesen salvar la vida de su hijo, fueron actos constitutivos de una cooperación suficientemente diligente por parte de los garantes de la vida del menor. Este razonamiento del Tribunal viene reforzado por el hecho de que en ningún momento procesal quedó probado que una cooperación disuasoria activa por parte de los progenitores pudiese haber resultado fructífera en su propósito, de forma que la exigencia de dicha actitud hubiese resultado atentatoria, por desproporcionada, de la libertad religiosa de estos últimos.

### **3. La transferencia de los deberes jurídicos inherentes a la condición de “progenitores”: cuando las obligaciones individuales se convierten en obligaciones públicas.**

Como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional determinó que la exigencia de una acción disuasoria por parte de los padres tendente a desanimar la oposición del menor a la transfusión sanguínea o su propia autorización para que se procediese al tratamiento médico prescrito, suponían una restricción excesiva e innecesaria del derecho de los progenitores a su propia libertad religiosa. La neu-

tralidad del comportamiento de éstos frente a las decisiones que al respecto adoptaron los órganos judiciales, y el traslado del menor a los distintos hospitales en busca del tratamiento médico adecuado, fueron considerados por el Tribunal como comportamientos suficientes para determinar la inexigibilidad de actitudes que atentasen más directamente contra el núcleo esencial de sus convicciones religiosas. Las citadas actuaciones implicaron una puesta a disposición efectiva del menor bajo la acción tutelar del poder público para que salvaguardase su vida, quedando disminuidas las responsabilidades inherentes a su condición de garantes.

En este sentido cabe reiterar que la tutela y protección de los derechos fundamentales del menor de edad corresponde, no única y exclusivamente a aquellos que tienen atribuida su patria potestad, sino también a los poderes públicos. Sobre éstos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de la patria potestad por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño<sup>43</sup>. De esto se desprende que, en aquellos supuestos en que los derechos del menor estuviesen en juego, éstos serían en todo caso prevalentes frente cualquier interés de los progenitores, siendo los poderes públicos los responsables de garantizar su protección. Ni en el caso extremo de una acreditada inmadurez del menor, el ejercicio de la patria potestad podría amparar comportamientos que pusiesen en peligro los derechos de aquél<sup>44</sup>.

En el ámbito concreto de la presente Sentencia, la voluntad del menor tendente a priorizar su derecho a la libertad religiosa frente a su propio derecho a la vida, confluía con las convicciones religiosas y con la propia voluntad de sus progenitores. De este modo, el deber de cooperación que, con carácter general, recae sobre los padres para que el menor ejerza sus derechos personalísimos de la manera que mejor contribuya a su desarrollo integral, no les fue exigido a los progenitores, pues precisamente, el desarrollo integral del menor lo entendían

43. SSTC 215/1994; 60/1995; 134/1999 y 141/2000.

44. A este respecto resulta significativo el Auto del TS de 26 de septiembre de 1978: La resolución traía causa de la inflexible negativa de un matrimonio, cuyos componentes eran Testigos de Jehová, a que se realizase a su hija menor y sometida a su patria potestad una transfusión de sangre. Tras el requerimiento preceptivo, la resolución judicial fue favorable a la intervención. Posteriormente, el TS respaldó la decisión del juez de turno afirmando que “el derecho a la patria potestad no puede extenderse al menor que se encuentra en situación de peligro de muerte”.

los padres acorde con las enseñanzas religiosas que le habían inculcado. Puede entenderse, por tanto, que el Alto Tribunal juzgó que la tutela del interés del menor, identificado éste con la protección de su derecho a la vida, quedó en manos de los poderes públicos desde el momento en que sus progenitores acataron las resoluciones del órgano judicial que autorizaba la transfusión, pues no les eran exigibles otras obligaciones de protección contrarias a sus convicciones religiosas. Esto permite deducir que las genéricas obligaciones de los padres como garantes de la vida de su hijo se convirtieron en específicas obligaciones de los poderes públicos en virtud de una exención que encuentra su amparo en el estricto ejercicio de un derecho fundamental.

De este modo, la corresponsabilidad existente entre la familia y los poderes públicos a la hora de adoptar los medios necesarios para garantizar los intereses superiores del menor de edad, se convirtió en responsabilidad unilateral de los segundos dada la exoneración de los primeros ante el cumplimiento de las prescripciones de sus convicciones religiosas. La aparición en escena de estos nuevos actores, conduce a plantearse qué papel les corresponde en la protección de la vida del menor y qué consecuencias tiene ese trasvase de responsabilidades.

La obligación de los poderes públicos se cifra en un deber positivo de actuación que implica la adopción de todos los medios de intervención necesarios para garantizar la protección de los intereses prevalentes del menor, destacando, entre ellos, el deber de los primeros de velar por la vida, integridad y salud del segundo<sup>45</sup>. Según los términos de la Sentencia, un legítimo ejercicio de su derecho de libertad religiosa relevó a los directos garantes de la vida del menor a un segundo nivel de exigencia, quedando los poderes públicos al cargo de dicha responsabilidad y debiendo éstos velar en todo caso por el derecho a la vida de quien se consideró insuficientemente capacitado para tomar decisiones que directamente atentaban contra ella. De modo que, la pasividad “constitucionalmente aceptada” de los garantes privados de la vida del menor, derivó en un deber de actividad “constitucionalmente exigida” para los garantes públicos.

Así, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, la protección del interés superior del menor –identificado éste con la preservación de sus derechos fundamentales– legitima la adopción de medidas de carácter preventivo por parte de los poderes públicos destinadas a dicho fin. De

45. El deber de actuación de la Administración puede entenderse cifrado en los mismos términos que con respecto a los deberes que sobre ésta recaen de velar por la vida y salud de unos reclusos en huelga de hambre, en los términos expuestos en la ya citada STC 120/1990.



lo que puede deducirse que, la existencia de un riesgo inminente para la vida del menor debería haber justificado la exigencia de mayores responsabilidades a estos últimos destinadas a garantizar, sin escollo posible, el bien jurídico prevalente<sup>46</sup>.

#### *IV. Conclusiones: El grado de madurez de la libertad religiosa*

El punto de partida o sustrato jurídico de la cuestión que en el presente análisis ha sido objeto de estudio –la posibilidad de eximir a unos padres del resultado de muerte de su hijo por anteponer a la vida del menor su propias obligaciones morales– no es otro que el relativo a la protección de la libertad religiosa de personas que defienden códigos morales minoritarios. La creciente pluralidad de formas culturales y visiones del mundo que actualmente albergan las sociedades modernas, es quizás, su rasgo más característico. Los acontecimientos sucedidos en el último año están obligando a las sociedades occidentales a asumir, a marchas forzadas, que la complejidad y la diferencia cultural y religiosa existe y que, además, resulta inservible dar la espalda a realidades culturales que se insertan en su seno. Nunca como hasta ahora, las peculiares manifestaciones de algunas confesiones religiosas habían sido cuantitativamente tan significativas. Quizás, una pretendida homogeneidad cultural ocultaba problemas jurídicos que nunca antes habían sido tan numerosos.

En sociedades como la española, donde la democracia y la pluralidad son los principales baluartes de su orden constitucional, no son sostenibles conductas de los poderes públicos que den la espalda a algunos códigos morales que, por ser minoritarios, no dejan de ser susceptibles de respeto y aceptación. Actuaciones tendentes a su absorción resultarían contrarias al orden jurídico propio de una sociedad abierta y democrática. En este sentido, puede aseverarse que, con el Fallo de la Sentencia, el Tribunal Constitucional ha sentado las bases que permiten plantear desde una perspectiva distinta un problema jurídico que hasta el momento había sido enfrentado desde una percepción sacralizada del derecho a

46. En una reciente Sentencia –la 221/2002, de 25 de noviembre– en la que se solicitaba la anulación de un Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla que ordenó la reinserción en su familia adoptiva de una menor de edad por estimarse posible riesgo para su integridad moral el Tribunal Constitucional decretó el carácter preventivo que –en aras a proteger el interés superior del menor identificado éste con la preservación de sus derechos fundamentales– deben de revestir las medidas adoptadas por los poderes públicos. En este sentido se manifiestan igualmente las SSTC 35/1996, FJ1º; 207/1996, FJ 2; 5/2002, FJ 4º.

la vida, dejando, con ello, la puerta abierta a interpretaciones diversas del orden de valores generalmente admitido, y preparando a los ciudadanos para vivir en una sociedad cuya apertura y heterogeneidad ni siquiera resulta imaginable.

Sin perjuicio de que en el presente caso existe otro interés jurídico que no puede ni debe ser olvidado –el interés preponderante de los derechos del menor– puede sostenerse que el actual Fallo del Tribunal inicia un camino distinto hacia posibles soluciones de conflictos jurídicos que tienen por base el derecho de conciencia de minorías cada vez más mayoritarias en la sociedad y cuya cabida constitucional no resulta ya tan incierta.

El pronunciamiento judicial referido ha establecido que el derecho a la libertad religiosa ampara conductas que no se adecuan a ciertos deberes que derivan del propio ordenamiento jurídico, y que la disidencia frente a los mismos no resulta condenable por un ordenamiento constitucional donde la libertad religiosa es uno de sus derechos fundamentales. De esta manera, la presente Sentencia puede dejar asimismo el cauce abierto para que una adecuada protección de ciertas conductas de conciencia no implique necesariamente una contradicción del orden de valores constitucionalmente establecido.

Para valorar adecuadamente esta Sentencia, no puede hacerse abstracción, sin embargo, de ciertas cuestiones sobre las que el Tribunal no se ha extendido todo aquello que hubiera sido deseable. Éstas hacen referencia al interés jurídico del menor que, como se ha dicho, “no puede ni debe ser olvidado”. En primer lugar, es importante señalar que el alto Tribunal titubeó a la hora de estimar la relevancia constitucional de la voluntad de un menor de edad. En un principio cabía intuir de sus postulados que se iba a producir una denegación del amparo basada en la insuficiencia de una conducta sostenida por quien carece de la capacidad suficiente para asumir decisiones que pongan en riesgo su propia vida. Sin embargo, ello no fue óbice para amparar a quienes tenían obligación de enmendar la citada conducta. No se consideró que dicha obligación desapareciese sino que ésta fue juzgada en función de un derecho fundamental que nada tiene que ver con el derecho a la vida del menor, el derecho a la libertad religiosa de los propios padres. Existe en este aspecto, un cambio argumental en la Sentencia que no parece estar lo suficientemente razonado, o cuanto menos, adecuadamente expuesto en sus postulados. La segunda de las cuestiones que cabe plantearse hace referencia, igualmente, al menor de edad y apunta a la dudosa interpretación que podría llegar a hacerse del instrumento que determina la capaci-

dad del menor para ejercitar sus derechos de la personalidad: “su madurez de juicio necesaria”. Como se ha dicho, las peculiaridades de la Sentencia no han permitido al Tribunal llegar más allá en sus afirmaciones, pero cabría cuanto menos plantearse si en un supuesto similar el Tribunal sería capaz de reconocer la madurez de juicio suficiente a un menor de edad para decidir sobre su propia vida, cuestión que cuanto menos plantea reparos a quien escribe.

Todo ello responde a planteamientos que en ningún modo oscurecen los avances de la presente Sentencia, que simboliza el punto de partida de lo que se aventura como una nueva tendencia en la tutela de las posiciones jurídicas de colectivos minoritarios a los que no puede aplicárseles, sin riesgos para su existencia, los mismos preceptos morales de la mayoría. Quizás haya llegado el momento de plantearse que, en sociedades como las actuales, el derecho fundamental de libertad religiosa sólo alcanzará su grado suficiente de madurez cuando se acepte generalmente que asistir a clase con un pañuelo en la cabeza también puede suponer ejercerla.