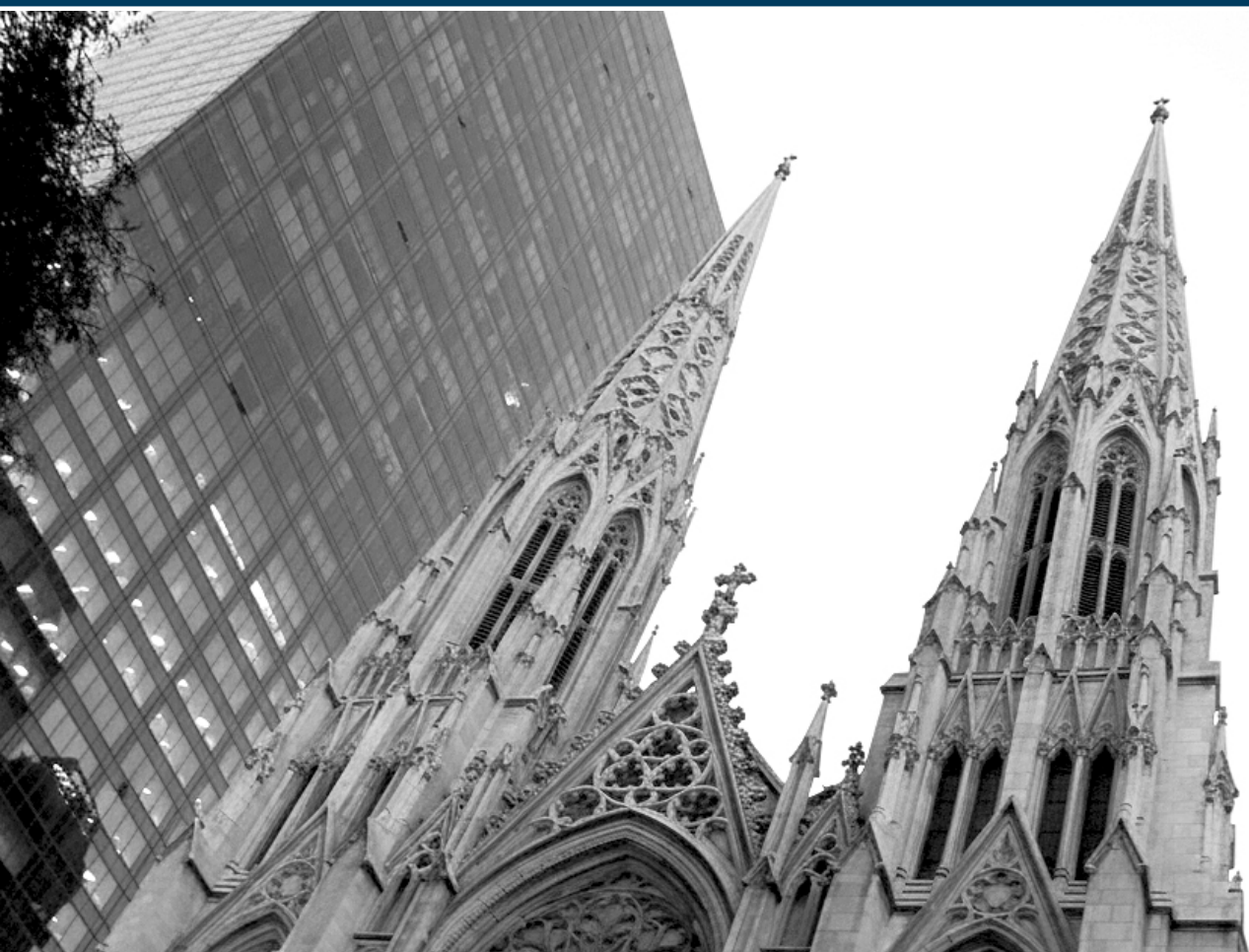


Carmen Asiaín Pereira
Silvia Meseguer Velasco
(coordinadoras)

La acomodación de la religión o las creencias en la esfera pública

¿Privilegio inmerecido o derecho fundamental?



LA ACOMODACIÓN DE LA RELIGIÓN
O LAS CREENCIAS EN LA ESFERA PÚBLICA
¿PRIVILEGIO INMERECIDO O DERECHO FUNDAMENTAL?

LA ACOMODACIÓN DE LA RELIGIÓN O LAS CREENCIAS EN LA ESFERA PÚBLICA

¿PRIVILEGIO INMEREcido O DERECHO FUNDAMENTAL?

CARMEN ASIAÍN PEREIRA
SILVIA MESEGUER VELASCO
(COORDINADORAS)

**LIRCE-INSTITUTO PARA EL ANÁLISIS DE LA LIBERTAD
Y LA IDENTIDAD RELIGIOSA, CULTURAL Y ÉTICA**

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Madrid, 2025

Primera edición: noviembre 2025

Con la colaboración y patrocinio de:

ICLARS - International Consortium for Law and Religion Studies
Proyecto NEUCOPER (PID 2022-137800NBI00) - Ministerio de Ciencia e Innovación
Grupo de investigación REDESOC (Religión, derecho y sociedad) - Universidad Complutense
Proyecto “Consciencia, Espiritualidad y Libertad Religiosa” - Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación de España



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

© LIRCE - Instituto para el Análisis de la Libertad y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética
© Para esta edición. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2025

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO BOE:

Papel: 144-25-140-4

En línea, PDF: 144-25-141-X

En línea, ePUB: 144-25-142-5

ISBN: 978-84-340-3096-1

Depósito legal: M-20891-2025

Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE GENERAL

	Páginas
<i>Presentación</i> , Carmen Asiaín Pereira, Silvia Meseguer Velasco (coords.).....	9
Primera parte: Acomodación de religiones y creencias en el espacio público en Estados neutrales	
1. Jorge del Picó, Universidad de Talca (Chile), <i>Religión y esfera pública: los presupuestos valóricos de la democracia procedimental, la comunidad de los fieles y su inserción en los ordenamientos seculares</i>	15
2. Óscar Díaz Muñoz, Pontificia Universidad Católica del Perú, <i>El crucifijo y la Biblia en los tribunales peruanos: ¿son aceptables los símbolos religiosos en el espacio público?</i>	37
3. Andrés Felipe López Latorre, Universidad de La Sabana (Colombia), <i>Libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: entre la protección selectiva y la interpretación restrictiva (1979-2024)</i>	53
4. Belén Rodrigo Lara, Universidad CEU San Pablo Madrid (España), <i>La acomodación de la religión y las creencias en la protección de menores en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	91
Segunda parte: Acomodación y no discriminación en el ámbito de los servicios públicos	
5. Rafael Palomino, Universidad Complutense de Madrid (España), <i>Acomodación a las necesidades religiosas en la función pública en Europa</i>	113
6. Silvia Meseguer Velasco, Universidad Complutense de Madrid (España), <i>El Estado ante la libertad religiosa: acomodación, cooperación y servicios públicos</i>	127

	<u>Páginas</u>
7. Mercedes Guadalupe Rubino, Pontificia Universidad Católica Argentina, <i>La cuestión de la ampliación de límites en la relación libertad religiosa e igualdad de género (algunos apuntes desde la jurisprudencia argentina)</i>	151
8. Elena García-Antón Palacios, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España), <i>La diversidad sexual y la identidad de género en el sistema educativo: disputas por el sentido de la neutralidad ideológica y religiosa en Estados Unidos y España</i>	179
Tercera parte: Acomodación de la religión en el entorno de la salud pública	
9. Carmen Asiaín Pereira, Universidad de Montevideo (Uruguay), <i>Pandemia y no afectación del ejercicio de la libertad religiosa por el Estado en Uruguay</i>	211
10. Carmen Domínguez Hidalgo, Pontificia Universidad Católica de Chile, <i>Lecciones de la pandemia en materia de acomodaciones: la experiencia chilena</i>	233
11. Octavio Lo Prete, Universidad de Buenos Aires y Universidad Católica Argentina, <i>Lecciones de la pandemia en materia de acomodaciones</i>	245
12. M. ^a Elena Pimstein Scroggie, Centro UC Derecho y Religión, Pontificia Universidad Católica de Chile, <i>Tratamientos transafirmativos en hospitales confesionales</i>	259
13. Fábio Ferreira Nascimento, Aliança Lusófona pela Liberdade Religiosa (ALLR), <i>La decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil sobre el sacrificio de animales en rituales religiosos</i>	287

PRESENTACIÓN

El título de este libro colectivo es el *Leitmotiv* y nexo conceptual entre los diversos capítulos que lo componen: *La acomodación de la religión o las creencias en la esfera pública: ¿privilegio inmerecido o derecho fundamental?* Planteado desde el comienzo el desafío de *hacer lugar, alojar u hospedar* a la religión o las creencias en la esfera pública (a eso refiere la *acomodación*), analiza cómo los ordenamientos jurídicos de los Estados y de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos ha comprendido y aplicado este concepto en el ámbito iberoamericano. La interpellante pregunta –que deviene retórica a lo largo de la obra– es una llamada a la consideración y respeto del factor religioso y del derecho fundamental de libertad de religión y creencias por parte de las políticas públicas, como deber más que como concesión graciosa del poder público.

Este tema de la adaptación razonable de las políticas públicas a los efectos de no soslayar la importancia del factor religioso y del derecho de libertad de conciencia y religión cuando se presentan conflictos –reales o aparentes– entre derechos, es el que, por su protagonismo, ha ocupado a los académicos, así como a los promotores del derecho fundamental de libertad religiosa en sus más recientes investigaciones.

El abordaje se hace desde dos continentes con sistemas jurídicos diversos con una raíz histórica común y con la innegable influencia de la tradición jurídica ibérica en Latinoamérica, e incluye también la mirada más *macro* de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos en cada ámbito geográfico, señalando sus visibles diferencias.

Los autores analizan la dinámica de la *acomodación razonable* de las políticas públicas para albergar al factor religioso y a los derechos humanos de titularidad de personas y grupos –y también de instituciones– en diversos terrenos: la esfera pública o el espacio público en sí mismo de forma general y la gestión del factor religioso, ilustrado en casos concretos mediante pronunciamientos jurisprudenciales que resolvieron acerca de la relevancia del derecho en cuestión en diversos ordenamientos y su evolución en el

tiempo. La lectura de estos capítulos sobre la acomodación en el espacio público permite trazar algunas líneas transversales comunes en los diversos terrenos analizados.

Un capítulo especial está destinado al estudio del cumplimiento o abordaje de la cuestión por parte de los servicios públicos y su gestión de las demandas de los beneficiarios y usuarios que se han tornado cada vez más diversas a raíz de los cambios introducidos en la legislación de los Estados, que ha ampliado la cobertura de los servicios para abarcar a grupos postergados y ha profundizado o especializado la protección en su tratamiento de minorías religiosas y de género, en otros. La respuesta de las autoridades públicas, sobre la base de los cambios introducidos en los diversos ordenamientos normativos permite trazar aspectos comunes o divergentes, según los diversos análisis.

Por último, una sección especial se dedica al análisis de la *acomodación* –u hospedaje– de la religión o las creencias en un ámbito especialmente sensible para las comunidades religiosas y de creencias como es el terreno de la salud. La pandemia del Covid-19 puso de manifiesto las diversas concepciones de las autoridades públicas de los Estados acerca del lugar que debe ocupar el factor religioso en la sociedad, especialmente en tiempos de emergencia sanitaria y ante el acaecimiento de eventos desconocidos que demandaron una respuesta rápida pero también garantista. La pandemia obró en alguna medida de acelerador de la definición de la relación del Estado con el factor religioso en algunos casos.

Las secciones, entonces, no se presentan como compartimentos estancos, sino que siguen un hilo conductor inspirado por el título interpellante de la obra colectiva: qué respuesta dan los ordenamientos jurídicos a las demandas por hospedar a las creencias en el ámbito público, especialmente cuando más difícil parece resultar la conciliación de los distintos derechos, valores, bienes e intereses en juego en casos particulares.

En fin, este libro tiene su origen en algunas ponencias que se presentaron en el Séptimo Congreso del ICLARS (*International Consortium for Law and Religion Studies*) celebrado en la Universidad de Notre Dame, South Bend (EE.UU.), del 21 al 23 de octubre de 2024. El Congreso fue coorganizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Notre Dame y el *International Center for Law and Religion Studies* de la Universidad Brigham Young.

Por ello, deseamos expresar aquí nuestro agradecimiento al profesor Javier Martínez-Torrón, presidente del ICLARS; a LIRCE (Instituto para el Análisis de la Libertad Religiosa y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética); y al Proyecto NEUCOPER (PID2022-137800NB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación de España, por haber hecho posible esta publicación. También a la Editorial del Boletín Oficial de España (BOE), por haber com-

PRESENTACIÓN

prendido la importancia de esta clase de estudios jurídicos, y por su inmejorable disposición y agilidad de funcionamiento para que este volumen pueda ver la luz en el menor tiempo posible y con su acostumbrada calidad editorial. Y a la profesora Mercedes Murillo Muñoz, directora general de Libertad Religiosa del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, por su valiosa ayuda y sus buenos oficios al facilitar el contacto inicial con la Editorial del BOE.

Carmen Asiaín Pereira

Silvia Meseguer Velasco

Montevideo-Madrid, junio de 2025

PRIMERA PARTE

**ACOMODACIÓN DE RELIGIONES
Y CREENCIAS EN EL ESPACIO PÚBLICO
EN ESTADOS NEUTRALES**

Religión y esfera pública: Los presupuestos valóricos de la democracia procedimental, la comunidad de los fieles y su inserción en los ordenamientos seculares

Religion and the public sphere: the value presuppositions of procedural democracy, the community of the faithful and its insertion into secular orders

JORGE DEL PICÓ

Universidad de Talca (Chile)

Resumen: El artículo analiza la inserción de la organización de las comunidades de fieles en los ordenamientos seculares, postulando que la óptima tutela jurídica y la mejor observancia pública del derecho de libertad religiosa en su dimensión individual y colectiva, se produce en el marco del ordenamiento social democrático, entendiendo a la democracia en su concepción y expresión procedimental.

Abstract: This article analyses the integration of the organization of communities of believers into secular legal systems, arguing that optimal legal protection and public observance of the right to religious freedom in its individual and collective dimensions occur within the framework of a democratic social order, understanding democracy in its conception and procedural expression.

Palabras clave: Religión en la esfera pública, comunidades de fieles, tutela del derecho de libertad religiosa, democracia procedimental.

Keywords: Religion in the public sphere, communities of believers, protection of the right to religious freedom, procedural democracy.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Democracia. Breve referencia conceptual.–3. La comunidad de los fieles.–4. ¿Cómo se desenvuelve la religión en el marco de la democracia procedimental? Inserción de las comunidades de fieles en los ordenamientos seculares.–5. Protagonismo del fenómeno religioso en su dimensión pública y su recepción político-jurídica.–6. Inserción de las comunidades de fieles en los ordenamientos seculares.–7. Breve referencia a la libertad religiosa y su recepción en perspectiva democrática procedimental.–8. El lugar de la religión en el Estado laico.–Conclusiones.–Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN⁽¹⁾

El estudio del derecho, en especial sobre su naturaleza y elementos distintivos de otros ordenamientos normativos, sean sociales o comunitarios, admite la concurrencia de diversas perspectivas, entre las que se incluye su consideración como una relación intersubjetiva entre dos sujetos (es decir, un fenómeno social), como una institución del Estado derivada de la necesidad de ordenar y organizar a la sociedad (una expresión política) y como un conjunto de normas orientadas a la consecución del bien común, cuya transgresión es susceptible de la aplicación de la fuerza social organizada⁽²⁾. El derecho como sistema es también, «un conjunto de elementos interactivos que se pretende coherente», esto es, un «sistema dinámico de normas»⁽³⁾.

Asumiendo la presencia de estas perspectivas al analizar la manera como el Estado se relaciona con las comunidades religiosas, el artículo aborda la relación básica de las comunidades de fieles con el orden jurídico, considerando la manera como el sistema político admite el reconocimiento jurídico de la comunidad de los fieles y la tutela del derecho de libertad religiosa en sus dimensiones individual y colectiva.

Sostiene que el sistema político democrático, en su visualización procedimental, es la mejor garantía de la tutela efectiva de los derechos de libertad en el campo religioso. Afirma, en este campo, que la noción procedimental de democracia incluye entre sus presupuestos valóricos la tolerancia

⁽¹⁾ El artículo constituye una versión actualizada y sintética de algunos temas referidos a libertad religiosa y régimen de la comunidad de los fieles, parcialmente desarrollados por el autor en dos artículos y una monografía precedentemente publicados. La presente redacción corresponde a la transcripción corregida y profundizada sobre la Religión en la esfera pública, expuesta con ocasión de la realización del Congreso de ICLARS, celebrado en la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos de América), en octubre de 2024. Del mismo modo, la parte referida al sistema democrático fue expuesta en el congreso de Teoría del Derecho llevado a cabo en la Universidad de Tarapacá (Chile), en marzo de 2024.

⁽²⁾ KELSEN, 1974, p. 135; GARCÍA MÁYNEZ, 2011, pp. 23 y 183.

⁽³⁾ KELSEN, 1974, pp. 43 y 44; JESTAZ, 1996, p. 21.

y el respeto por la libertad de conciencia y religión, desechando la crítica preliminar sobre su restringido carácter valórico.

Se diferencia de las concepciones sustantivistas sobre la democracia, ya que no centra su interés en el contenido específico de dichas democracias, sino en las normas que le brindan el marco de su validez. Sostiene que las primeras, llevada al ámbito de las relaciones entre las comunidades religiosas y el Estado, se expresa en posiciones y visiones más o menos integristas, en que el predominio de uno o varios grupos religiosos ha generado privilegios en desmedro de las minorías o en casos extremos, en inequidades evidentes en el tratamiento por parte de los Estados.

A partir de lo dicho, considera que las democracias procedimentales garantizan de mejor manera el respeto de la libertad religiosa, tanto en su dimensión individual como en la colectiva.

2. DEMOCRACIA. BREVE REFERENCIA CONCEPTUAL

La necesaria distinción entre los campos propios de la teoría del derecho y de la teoría de la justicia, hace posible recomponer toda la red normativa del derecho y conocerla en sus aspectos estructurales y finalistas, sin desconocer los aspectos críticos que subsisten, como la resolución de aquellos problemas que exceden el marco estructural del derecho y la cuestión de la legitimidad del sistema, basada en los fines que éste persigue alcanzar⁽⁴⁾.

El problema de la justicia, que aquí tiene lugar, deriva al establecimiento de la mayor o menor correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que inspiran a un determinado ordenamiento jurídico, los que en la idea democrática procedimental quedan entregados al libro juego democrático⁽⁵⁾. Esto, sin perjuicio de la permanencia sustancial de un mismo núcleo ideológico, orientada hacia la defensa y promoción del concepto sustantivo de la democracia liberal como el sistema político óptimo que permite profundizar la igualdad social por medio de su expresión jurídica procedimental⁽⁶⁾. La concepción formalista de la democracia admite su fundamentación valórica en armonía con su constitución eminentemente formal expresada en normas jurídicas, distinguiéndolo como un medio virtuoso y eficiente de ordenación jurídica de la convivencia social y política.

La democracia, procedimentalmente entendida, es un método o conjunto de reglas procesales, primarias o fundamentales, para la constitución del gobierno y para la formación de las decisiones políticas, materializando un

⁽⁴⁾ BOBBIO, 2015, p. 81.

⁽⁵⁾ BOBBIO, 1999, p. 33; BOBBIO 1996, p. 383.

⁽⁶⁾ RUIZ-MIGUEL, 1983, pp. 309-314.

sistema de poderes en que las decisiones colectivas son adoptadas por todos los miembros de la colectividad, integrada por los sujetos imperados por las normas jurídicas. Se caracteriza porque refiere a la existencia de reglas que configuran el sistema político democrático, consistentes en normas emanadas de un poder legítimo, escritas o consuetudinarias, que prescriben determinadas conductas deseables y que formalmente establecen un sistema de normas lógicamente ordenadas que posibilitan el logro de su objetivo fundacional. Son reglas de procedimiento, que establecen marcos referenciales dentro de los cuales deben realizarse las conductas para ser estimadas socialmente válidas o permitidas. No cuestionan o favorecen, naturalmente, el contenido que discurre por el procedimiento establecido, siendo su propósito esencial la determinación objetiva de la persona que está autorizada para adoptar las decisiones que involucran a toda la comunidad, es decir, las decisiones políticas. Procuran, en definitiva, determinar el procedimiento específico que es necesario para que dicha decisión sea válidamente aceptada por la comunidad, permitiendo así la participación más amplia y segura de la mayoría de los ciudadanos en la toma de decisiones vinculantes, sea de modo directo o indirecto.

En síntesis, el concepto de democracia se construye a partir de sus propias definiciones, identificando a un conjunto de reglas procesales, contenidas en normas jurídicas, para la constitución del gobierno y la formación de las decisiones políticas, conformando un sistema de poderes en el que las decisiones que interesan a toda la colectividad son adoptadas por todos los miembros que la componen.

La definición indicada tiene las siguientes características.

Primero, está conformada por normas jurídicas que disponen procedimientos –denominadas reglas del juego– que permiten adoptar las decisiones colectivas vinculantes en una determinada sociedad, permitiendo la más amplia y más segura participación de la mayoría de los ciudadanos, ya en forma directa, ya en forma indirecta, en las decisiones políticas.

Segundo, respecto del contenido normativo sustantivo, las reglas democráticas metódicamente aplicadas, permiten establecer órdenes sociales diversos, con un contenido variable según las posiciones que sean propuestas como las mejores o las más justas, en la medida que cuenten con el apoyo electoral necesario, esto es, determinado por la mayoría de los participantes pero con respeto al derecho de las minorías de eventualmente convertirse en mayoría.

Tercero, el Estado democrático es aquel que incluye un conjunto de instituciones que hacen posible la solución de los conflictos sin recurrir a la fuerza, en que la constitución del gobierno y la formación de las decisiones colectivas son tomadas por todos los sujetos que lo componen.

Cuarto, la definición formal de democracia es procedimental y a la vez mínima, constituyendo un común denominador de todas las sociedades y de sus formas estatales susceptibles de ser identificadas como democráticas, independientes del modo particular de su organización interior⁽⁷⁾.

Quinto, estas normas mínimas son la garantía de estabilidad del sistema político, configurando además el punto de inicio seguro para la eventual transformación de la sociedad, implicando su ausencia el estancamiento e inamovilidad de todo el sistema social vigente.

Sexto, se apoya en un valor sólido como es la concepción del individuo humano como persona y en el respeto mutuo de los individuos contra toda forma de fanatismo ideológico⁽⁸⁾.

La democracia, así caracterizada, es el producto de la lucha idealizada por los valores que se funden en ella, comprendiendo la tolerancia, la fraternidad, la opción por la no violencia activa y la aceptación compartida sobre la posibilidad de la evolución gradual de la sociedad.

La tolerancia, esto es, el respeto y consideración hacia las opiniones o prácticas de los demás, se opone al fanatismo religioso, entendida como la obediencia ciega a una determinada visión religiosa de la sociedad o de la propia religión y de la comunidad de los creyentes, servida con celo obstinado, hasta ejercer la violencia para obligar a otros a seguirla y castigar al que no esté dispuesto a abrazarla⁽⁹⁾. Se diferencia del entusiasmo por una determinada fe religiosa en tanto ésta última sigue una idea noble, generosa o benéfica, frente al fanático que se apega a un predicamento falso y peligroso. El ideal de tolerancia y su consiguiente valoración social, es la postura razonable frente al legado histórico que han dejado tras de sí las guerras religiosas, además de las políticas y sociales, cuyo origen radica en última instancia en la resistencia inicial de los sujetos imperados a aceptar creencias, ideales o razones distintas de las propias.

Además de los valores intrínsecos de la democracia procedimental, justifica su vigencia la coincidencia en determinados presupuestos de naturaleza axiológica, partiendo de la aceptación de las reglas del juego democrático por el conjunto de los actores políticos y aceptando así, al menos tácitamente, los valores de libertad e igualdad, sobre el entendido que ninguna sociedad puede realizar toda la libertad y toda la igualdad que se desea. Lo anterior, sin embargo, no impide que ambos valores puedan ser considerados como presupuestos indispensables de la democracia.

La democracia presupone la igualdad de los seres humanos —o al menos la igualdad política— derivando en su derecho igualitario a ejercer la soberanía

⁽⁷⁾ BOBBIO, 1986.

⁽⁸⁾ BOBBIO, 1998, p. 287.

⁽⁹⁾ BOBBIO, 1982, p. 666.

para poder lograr los fines inherentes a su naturaleza⁽¹⁰⁾. De aquí podemos derivar también el presupuesto de la igualdad de las organizaciones religiosas ante el Estado, determinando su tratamiento jurídico civil en un mismo plano de igualdad, aun cuando pragmáticamente se puede alegar la igualdad de los iguales y la desigualdad de los desiguales, particularmente en aquellas realidades sociales en que una religión mayoritaria con notorio arraigo o raigambre histórica demande el reconocimiento político de dicha condición.

La existencia de la democracia es determinada por la vigencia de los derechos de libertad, especialmente promovidos por el liberalismo clásico, que ha considerado que el Estado debe tener límites en los derechos naturales, inviolables e imprescriptibles que pertenecen al ser humano en cuanto tal, y que pueden ser llamados naturales o de un modo diverso, y en los cuales el Estado no puede interferir, porque son anteriores a él, porque el propio individuo es anterior al Estado⁽¹¹⁾.

El carácter formal de la democracia no implica simplificación ni de su estructura formal, modos de establecimiento o de las razones que mueven a su preferencia o adhesión masiva e individual, sino valorizarla por razones como la adhesión a valores implícitos o explícitos como la libertad e igualdad.

Finalmente, se desprende de la justificación de la democracia procedimental, la idea de la mentalidad democrática, esto es, el respeto a la personalidad moral del ser humano, actitud originada en dos fuentes principales: el cristianismo, en cuanto dio expresión a un sentimiento de respeto al hombre, a través de su doctrina del valor infinito de todo ser humano ante los ojos de Dios, y el humanismo, expresando la misma idea subyacente en el cristianismo desde un punto de vista filosófico, dando impulso el imperativo categórico que ordena actuar de tal manera que, la humanidad, «tanto en uno mismo como en el otro, sea siempre el fin de la acción y nunca un mero medio»⁽¹²⁾.

Tal es pues, el marco en que se tutela y desarrolla la libertad religiosa en la democracia procedimental.

3. LA COMUNIDAD DE LOS FIELES⁽¹³⁾

Los sistemas religiosos se conforman en base a un complejo de creencias, ritos, sentimientos y formas de organización, a los cuales se suman un conjunto de normas de comportamiento desarrolladas por especialistas reli-

⁽¹⁰⁾ BOBBIO, 1986a, p. 39.

⁽¹¹⁾ BOBBIO 1986a, p. 51.

⁽¹²⁾ Ross, 1952, p. 76. Asimismo, Ross, 1994, pp. 260-280.

⁽¹³⁾ Con los ajustes pertinentes, este apartado constituye una nueva versión de las posiciones expuestas en los siguientes artículos de mi autoría: Del Picó (2018): «Estado y religión: tendencias conceptuales incidentes en la apreciación pública del fenómeno religioso», en *Revista de Estudios Sociales* 63:42-54, y Del Picó, Jorge (2018): «La inserción de las comunidades de fieles en los ordenamientos seculares. Evaluación

giosos que se han articulado para tal, o que son partícipes de un sistema cultural en que la religión está presente, caracterizándolo.

En tal sentido, las confesiones religiosas pueden ser entendidas como uniones comunitarias en torno a creencias religiosas, caracterizadas por una multiplicidad de tradiciones que se dan cita en ellas, dando lugar a colectividades claramente diferenciadas y cuyo sello distintivo es la creencia religiosa.

Las comunidades de creyentes conformadas por fieles de una religión, exhiben nexos naturales y sociales entre sus integrantes, siendo estos últimos los que interesa precisar a los efectos de este trabajo, reservando la denominación de institucionalidad religiosa para aquella que se encuentra conformada por normas jurídicas, y la de sistema religioso para aquella en la cual reconocemos un carácter comunitario y natural⁽¹⁴⁾.

Su inserción en el orden jurídico estatal se manifiesta principalmente cuando sus representantes solicitan la formalización civil de su organización. A partir de aquí, adecuan su organización comunitaria al marco jurídico, lo que genera diversos efectos internos en la comunidad religiosas, siendo muy notorio la incidencia en la forma de gobierno de la entidad religiosa, y, cuando alcanzan mayor nivel de desarrollo organizacional, configuran un régimen de poder del cual participan los funcionarios religiosos, sacerdotes y ministros de culto, cuya legitimidad para dar órdenes se sustenta en reglas establecidas racionalmente, asentada en el hecho de su habilitación institucional y no en una facultad autónoma⁽¹⁵⁾.

La institucionalización de la organización religiosa resulta de la complejización de la experiencia religiosa, dando lugar al surgimiento de organismos cuya estructura jurídica propia es expresiva de los caracteres complejos de la sociedad y en las cuales la legitimidad de origen y permanencia es una preocupación que reclama atención de los fieles⁽¹⁶⁾. Esta institucionalización de la dimensión social del fenómeno religioso es necesaria para satisfacer las necesidades e intereses religiosos de la mayoría de las personas, teniendo su expresión corporativa en la noción de entidades religiosas, concepto en el cual se dan cita las dos dimensiones comprendidas en la idea de institución: organización y normativa»⁽¹⁷⁾.

La inserción en las formas sociales por parte de las comunidades religiosas no es unidimensional, ya que los integrantes de un mismo grupo social no reaccionan de la misma manera frente a las dinámicas de la globalización e interrelación, ya que pueden procurar formas alternas de articulación

del régimen legal chileno sobre constitución de entidades religiosas y estudio preliminar de sus fundamentos conceptuales», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, número 3.

⁽¹⁴⁾ MASFERRER, 2009, p. 31.

⁽¹⁵⁾ WEBER, 2012, p. 374.

⁽¹⁶⁾ Cfr. FERRARI, 1998, p. 345; DEL PICÓ, 2018, pp. 801 y 802.

⁽¹⁷⁾ STARCK, 2012, p. 64; DEL PICÓ, 2018 (a), p. 802.

y relación con distintos espacios sociales, tal como se aprecia en las comunidades religiosas cristianas en Iberoamérica.

Desde una perspectiva política, «el reconocimiento de la personalidad jurídica de la organización pública de la agrupación religiosa constituye la forma de recepción de la valoración social del fenómeno religioso en la esfera pública»⁽¹⁸⁾. En este marco, el tipo de personalidad que se reconoce a una entidad religiosa admite diversas maneras conforme a las particularidades de cada ordenamiento jurídico. Ningún sistema nacional puede servir como modelo, si se entiende por modelo «algo que debe copiarse sin filtro alguno que respete la naturaleza especial y diferenciada entre modelo y réplica. El filtro, entendido como un medio de transición cultural, es imprescindible para el éxito del sistema jurídico receptivo del fenómeno religioso cuando su propósito es trasplantar desde una determinada realidad social un modelo jurídico identificado con ella, a otra realidad social, económica y culturalmente diferente»⁽¹⁹⁾.

La personalidad jurídica de una confesión religiosa es la forma más significativa como se manifiesta la valoración de una sociedad sobre la religión y la organización de sus fieles, particularmente en la esfera pública. De forma correspondiente, el tipo o clase de personalidad civil a la cual puede acceder la comunidad de fieles organizados, las diferencias existentes entre unas y otras desde la perspectiva del Estado y los requisitos para acceder a ella, son también señales distintivas de la valoración pública hacia el fenómeno religioso y sus expresiones sociales organizadas⁽²⁰⁾.

4. **¿CÓMO SE DESENVUELVE LA RELIGIÓN EN EL MARCO DE LA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL? INSERCIÓN DE LAS COMUNIDADES DE FIELES EN LOS ORDENAMIENTOS SECULARES**

En una perspectiva sociológica, Simmel distingue religiosidad de religión, separando la noción de la nota de institucionalidad que, según resalta Sabido, ha concentrado las miradas críticas. En el mismo sentido, las formas de la vida religiosa se caracterizan a partir de la distinción entre lo profano y lo sagrado, confluyendo en un sistema de creencias que suma la normatividad que regula la relación con la divinidad, la organización, la formación de marcos de referencia y objetos calificados como sagrados, y una apreciable permanencia en el tiempo⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ DEL PICÓ, 2018 b, p. 48.

⁽¹⁹⁾ DEL PICÓ, 2018 (b), p. 47.

⁽²⁰⁾ DEL PICÓ, 2018 (b), p. 47.

⁽²¹⁾ SIMMEL, 2012, p. 119; TRASLOSHEROS, 2012, p. 5; DEL PICÓ, 2018 b, pp. 46-48.

Teniendo en consideración lo dicho, la heterogeneidad de sus elementos y la dificultad para fijar razonablemente los contornos de una idea de religión sobre una referencia disciplinaria particular, en la perspectiva de apoyar un acercamiento normativo, tomaremos como base funcional el concepto de Marzal, complementado con algunos elementos extraídos de las fuentes disciplinarias antes mencionadas. En tal sentido, la religión se puede definir como un complejo espiritual completo, constituido por un sistema de creencias, ritos, formas de organización y normas éticas, por medio de los cuales los miembros de una sociedad o comunidad se vinculan al ser divino o sobrehumano, procurando encontrar un sentido último y trascendente a la existencia⁽²²⁾. Los elementos de la definición son las creencias, la celebración de ritos, la organización religiosa y las normas éticas. En este trabajo abordaremos en particular la organización religiosa y las normas éticas, relacionándolas con el marco provisto por la democracia procedimental en el campo jurídico político.

La organización es la matriz social de la comunidad, en la cual se dan cita distintas modalidades de participación como la especialización de los fieles en distintas actividades, como la de dirección social pública, de culto y curativas, entre otras, donde debe resaltarse de manera fundamental en este elemento la función de intermediación, asignada por el grupo o reconocida por este al líder que declara poseerla⁽²³⁾.

Las normas éticas, por su parte, definen y regulan la corrección del proceder de la comunidad de fieles, estableciendo las distinciones básicas sobre el bien y el mal en las religiones veterotestamentarias⁽²⁴⁾.

5. **PROTAGONISMO DEL FENÓMENO RELIGIOSO EN SU DIMENSIÓN PÚBLICA Y SU RECEPCIÓN POLÍTICO-JURÍDICA**⁽²⁵⁾

A través de la historia, el fenómeno religioso ha sido un factor relevante de la vida comunitaria, social y política, lo que se evidencia en diversas manifestaciones, de las cuales nos ocuparemos de su dimensión como fuente material del derecho y su consideración como actor del sistema político democrático⁽²⁶⁾.

En cuanto a su importancia como fuente material, cabe recordar que su estudio brinda una visión integral de la génesis del fenómeno jurídico, con-

⁽²²⁾ FERRER, 2001, p. 52; MARZAL, 1993, p. 57; SIMMEL, 2012, p. 36.

⁽²³⁾ MILANESI y CERVERA, 2008, pp. 107-130; DEL PICÓ, 2018 (b), p. 47.

⁽²⁴⁾ MARZAL, 1993, pp. 57-58.

⁽²⁵⁾ Véase una primera versión de esta materia en DEL PICÓ, 2018, pp. 45 y 46.

⁽²⁶⁾ MARDONES, 1993, pp. 116-122; SIMMEL, 2012, p. 11; FERRARA, 2014, p. 141; GARCÍA, 2011, p. 53; MENDIETA y VANANTWERPEN, 2011, p. 11; PALOMINO, 2014, p. 61; DEL PICÓ, 2018 b, pp. 46-49.

tribuyendo a la interpretación normativa tanto respecto de su oportunidad de su creación como en el específico contenido preceptivo. El factor religioso, es una fuente material que permite entender el surgimiento y contenido de diversas leyes, traspasando su influjo a otras expresiones de la conducta individual en sociedad, como ocurre a modo ejemplar con la disciplina legal de la pareja y la familia.

El segundo aspecto, considera al factor religioso como un actor reconocido del sistema político democrático. Conlleva que la religión es reconocida como un factor cuya presencia social es valorada por su aporte sustantivo a la sociedad política, apreciable tanto en la dimensión individual como social del fenómeno religioso. El derecho de libertad religiosa es jurídicamente recepcionado en el nivel constitucional como derecho personal fundamental. La dimensión colectiva, por su parte, considera el reconocimiento jurídico de las organizaciones con finalidad religiosa, en conformidad con el régimen legal respectivo.

Se constata aquí una eventual ambivalencia o contradicción sustantiva entre los planos religioso y jurídico por parte del actor religioso en el sistema democrático, cuando es concebido en clave procedimental. En este sentido, es efectivo que la inclusión de una organización religiosa tutelada por el derecho aparezca en entredicho con su lectura en clave relativista, ya que excluye posturas absolutistas en el debate público y favorece una visión concordante con la valoración del relativismo de los juicios morales, incluidos aquellos que tienen un fundamento último de carácter religioso. De aquí deriva un juicio crítico que asume que la concepción y tutela de una creencia implica necesariamente la posibilidad de defender una cierta verdad, cuya realidad no admite discusión si su origen responde a un acto de fe, planteando de este modo la colisión o contradicción con las bases relativistas que sustentan y justifican el sistema democrático.

Este problema se puede enfrentar siguiendo los planteamientos positivistas clásicos, lo que implica situar el reconocimiento social del derecho a de libertad de conciencia y de culto en el ámbito propio que permite asentar y desarrollar el sistema democrático, esto es, se admiten, valoran y protege jurídicamente la expresión de dichas convicciones y las posiciones políticas que eventualmente puedan implicar, consideradas en un plano de igualdad de concurrencia ante el Estado con aquellas promovidas por los demás individuos. Luego, el Estado renuncia a la facultad de disponer de una propia, facilitando y promoviendo un mínimo común denominador de convivencia y tolerancia entre todas aquellas que libremente concurren al juego democrático. Se postula, por tanto, una consideración de la libertad de creencias como uno de los requisitos básicos que debe cumplir la sociedad, en tanto que, «la exigencia de reconocer tal derecho a todos los demás, es la primera piedra angular que [nos] posibilita articular las distintas referencias morales

de los individuos con las responsabilidades públicas propias de una sociedad democrática»⁽²⁷⁾, siendo su visibilidad un factor favorable a la integración cívica y no un obstáculo, al permitir el intercambio de culturas y creencias sin ocultar sus propias identidades, asumiendo que «las convicciones fundamentales, incluidas las creencias religiosas tienen un lugar esencial en la identidad moral de los individuos»⁽²⁸⁾.

Así, el Estado democrático de derecho considera el carácter laico como un principio fundamental que permite respetar la pluralidad moral y religiosa que convive en su interior, comprometiéndose a tutelar la libertad religiosa de sus miembros y la neutralidad del propio Estado en los asuntos religiosos⁽²⁹⁾. En este contexto, los ciudadanos tienen el deber cívico de argumentar sus posiciones políticas en el debate público, incluidos los que profesan una fe religiosa, aun cuando se encuentran en desventaja frente a las corporaciones estatales que el propio Estado liberal considera deben tomar decisiones desvinculadas de las influencias religiosas, limitando la voz de este grupo en la fuente misma de la formación de la voluntad democrática. Esto obliga a traducir las contribuciones religiosas a un lenguaje de acceso universal, «antes de que su contenido pueda encontrar entrada en las deliberaciones de aquellas instituciones políticas que toman decisiones jurídicamente vinculantes»⁽³⁰⁾. Por tal motivo, se puede concluir que la justa ecuación entre estos intereses aparentemente contrapuestos se debe traducir en el principio de libertad religiosa y de creencias, entendido preferentemente como libertad de opción, y no como expresión tutelada de una cierta identidad⁽³¹⁾.

6. INSERCIÓN DE LAS COMUNIDADES DE FIELES EN LOS ORDENAMIENTOS SECULARES⁽³²⁾

La organización social de los fieles de una religión se ve enfrentada a la necesidad de recurrir, aplicar y someterse a las normas del orden secular estatal cuando concurren razones de conveniencia del mismo grupo, o como respuesta a una determinada exigencia estatal que afecta su reconocimiento público. Por tanto, dos son principalmente las dimensiones que es posible distinguir y que se caracterizan por la intersección de normas religiosas y normas jurídicas.

⁽²⁷⁾ PLIEGO, 2012, pp. 13 y 17.

⁽²⁸⁾ TAYLOR y MACLURE, en ELOSEGUI, 2012, p. 113.

⁽²⁹⁾ PUYOL, 2014, p. 177.

⁽³⁰⁾ HABERMAS, 2015, p. 136.

⁽³¹⁾ Cfr. PALOMINO, 2014, p. 45.

⁽³²⁾ Véase una primera versión de esta materia en DEL PICÓ, 2018, pp. 46-48.

En primer lugar, esta intersección tiene lugar cuando la colectividad religiosa excede su ámbito propio y natural, en que aplican las normas que rigen su estructura organizacional y regida por normas de naturaleza religiosa, en que la sanción de la transgresión sólo puede ser aplicada dentro de la propia comunidad sin imperio en el ámbito de los no creyentes o no partícipes de la comunidad religiosa, salvo el caso de las comunidades regidas por sistemas unitarios, como en los Estados islámicos integristas o fundamentalistas.

La motivación de la organización religiosa puede estar fundada en su propio interés, como ocurre con la voluntad de operar en el campo jurídico civil y obtener beneficios fiscales tributarios, o por imposición externa, cuando determinados Estados exigen su inscripción para autorizar su funcionamiento público. Los sistemas estatales occidentales han fluctuado entre sistemas confesionales caracterizados por la unión entre la Iglesia y el Estado, y los sistemas de separación radical de los ámbitos religioso y jurídico, primando actualmente la inclusión de las comunidades de fieles dentro de la realidad pública, rigiendo y adaptando sus ordenamientos normativos por los ordenamientos seculares, a los cuales han debido adaptarse⁽³³⁾.

Frente a la inserción en los ordenamientos seculares, es necesario analizar las razones que la motivan a solicitar el reconocimiento estatal. Cabe tener presente que tales motivaciones del sujeto religioso pueden obedecer a un movimiento institucional derivado de una presión externa o como una derivación de una toma de conciencia personal de sus líderes la que puede incluso estar motivada por la solidaridad entre aquellos que están implicados en una misma experiencia religiosa, y susceptible por tanto de su manifestación en niveles de distinta intensidad⁽³⁴⁾. Sin embargo, sus creencias y prácticas pueden ser vistas también como las de alguien que se entiende a sí mismo como un ser autónomo que desafía las propias constituciones religiosas y sus rígidas regulaciones dogmáticas, rituales y morales, aun cuando se ve en la necesidad de adoptar contenidos y formarlos como parte de su inserción en el grupo⁽³⁵⁾. El individuo, al sentir que él es algo para sí, la fuerza unificadora que lo consolida con los demás, se compromete fuertemente en un sentido positivo al sentir que la vida conjunta circunscribe su existencia, o en un sentido negativo, porque en el evento de la oposición vea a la totalidad como parte enfrentada con sus propios sentires, visiones e intereses⁽³⁶⁾.

Asimismo, aplicando el concepto de sistemas religiosos en la distinción y caracterización de la inserción de los fieles religiosos en el orden social,

⁽³³⁾ FERRARI, 1988, p. 345; FERRARI 2004, p. 323; PALOMINO, 2014, p. 83; TRASLOSHEROS, 2012, p. 6.

⁽³⁴⁾ Cfr. FERRARI, 1988, p. 345; SIMMEL, 2012, pp. 62-63; SIMMEL, 2012, pp. 21-42.

⁽³⁵⁾ Cfr. DUCH, 2012, p. 206.

⁽³⁶⁾ SIMMEL, 2012, p. 63.

podemos destacar en las nuevas colectividades religiosas originadas a partir de una escisión ocurrida en la entidad, un alto grado de estratificación y segmentación así determinado por tradiciones de larga data, provenientes muchas veces de su entidad matriz. Este origen en una posición de conflicto con los sistemas eclesiales jerarquizados, configuran en ocasiones «sistemas de poder de los laicos, en ciertos casos alternos a las iglesias y sus sistemas clericales basados en especialistas religiosos ‘iniciados’ en los términos institucionales»⁽³⁷⁾.

Volviendo ahora al foco puesto desde una perspectiva pública, las comunidades religiosas deben someterse a los requerimientos normativos jurídicos, para poder existir en la lógica del Derecho. Sobre este tránsito desde el ámbito religioso al secular, cabe realizar las siguientes precisiones.

La religión conlleva tanto una dimensión personal como una dimensión social, determinando la formación de comunidades religiosas con sus propias necesidades de organización y gobierno, noción que es reforzada por la concepción que asume que las relaciones de las entidades religiosas con la sociedad política se erigen sobre la distinción dualista entre el orden temporal y el religioso, entre la sociedad civil y la sociedad eclesiástica, concluyendo en la afirmación del principio de autonomía de los fieles en los asuntos seculares⁽³⁸⁾.

Luego, la inserción en el campo público de organizaciones eclesiásticas genera problemas de adecuación y armonización del orden normativo creado por las organizaciones religiosas, con el régimen vigente en el ámbito legal público, contribuyendo a la «estandarización» de lo religioso, y afectando eventualmente su identidad e individualidad⁽³⁹⁾. Esto se materializa en la configuración de sistemas basado en reglas establecidas racionalmente, tanto convenidas o impuestas por la autoridad, cuya legitimidad descansa en una constitución establecida e interpretada en forma racional⁽⁴⁰⁾.

La institucionalización es la etapa final de la estructuración pública de las organizaciones religiosas. Comprende una dimensión organizativa complementaria de carácter funcional y otra de carácter normativo-prescriptivo.

La dimensión funcional tiene por objeto la satisfacción de necesidades de carácter religioso, configurando un sistema estable de funciones, que comprende además relaciones y valores.

La dimensión normativa, por su parte, comprende diversas áreas de comportamiento estabilizado y formalizado que caracterizan a la experiencia religiosa colectiva, incluyendo aquí el culto, la doctrina y las prescripciones disciplinares que pueden ser aplicables a la comunidad de los fieles⁽⁴¹⁾.

⁽³⁷⁾ MASFERRER, 2009, p. 31.

⁽³⁸⁾ Cfr. MARTÍN DE AGAR, 2014, pp. 228 y 238; PRECHT, 2012, pp. 107-119; SANTIAGO, 2008, p. 43.

⁽³⁹⁾ Cfr. PALOMINO, 2014, p. 79.

⁽⁴⁰⁾ WEBER, 2012, p. 374.

⁽⁴¹⁾ Cfr. MILANESI y CERVERA, 2008, p. 109; VOEGELIN, 2014, pp. 27 y 28.

La institucionalización es necesaria para satisfacer las necesidades e intereses de quienes integran estas organizaciones, siendo su expresión corporativa civil la noción de entidades religiosas, tal como lo recoge la Ley de Cultos chilena, que comprende tanto la dimensión organizativa como la normativa⁽⁴²⁾.

En definitiva, la forma de recepción jurídica de la organización religiosa y su correspondiente personalidad da cuenta de la valoración social del fenómeno religioso en la esfera pública, en que la forma específica que la ley determina responde a diversas modalidades que se explican en el contexto de la recepción del fenómeno religioso por parte de cada ordenamiento jurídico, siendo producto de su propia historia. Sin perjuicio de la especificidad regulatoria, en las democracias procedimentales el sustrato compartido de todas ellas es la base que facilita su máxima expresión plural.

7. BREVE REFERENCIA A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y SU RECEPCIÓN EN PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA PROCEDIMENTAL⁽⁴³⁾

El principio de libertad religiosa constituye el principio informador del orden legal referido al fenómeno religioso en las sociedades plurales (comprendiendo los ámbitos jurídicamente protegidos de las libertades de conciencia y culto, y reglando consecuentemente sus dimensiones individual y colectiva⁽⁴⁴⁾). Desde un punto de vista fija límites a la actuación de un Estado, distinguiéndose un nivel básico referido al derecho de creer o no creer; un nivel medio referido a los derechos individuales y sociales garantizados por el Estado; y un nivel superior, que incluye la participación en el ámbito público de los individuos y colectividades⁽⁴⁵⁾.

Su importancia, como es sabido, radica en su valoración como horizonte rector del debate contemporáneo sobre el fenómeno religioso y de su recepción normativa como un principio fundamental del ordenamiento jurídico estatal. Su actual relevancia surge de la separación de la religión de las funciones del Estado, el que debe ser religiosamente neutral, sin perjuicio de la deseable mutua cooperación en temas de interés social común (Farr 2012, 175; Starck 2012, 63). Se manifiesta como factor determinante de la configuración de los sistemas jurídicos de reconocimiento de las confesiones religiosas; en su incidencia como concepto determinante de las zonas de frontera entre moral, religión y derecho, y en su concurrencia como expresión sintética de la

(42) STARCK, 2012, p. 64 y DEL PICÓ, 2018, pp. 48 y 49. Se refiere a la Ley núm. 19.638, de 1999.

(43) Véase una primera versión de esta materia en DEL PICÓ, 2018 b, pp. 48 y 49.

(44) PIKAZA 2004, p. 138; DEL PICÓ 2010, pp. 9-10; OLLERO, 2009, pp. 48-52; RODRÍGUEZ 2006, p. 49.

(45) FARR, 2012, pp. 178-179.

valoración del «cambio de paradigmas de la tolerancia estatalmente concedida, a la libertad de culto estatalmente garantizado»⁽⁴⁶⁾.

En cuanto a la configuración de los sistemas jurídicos de reconocimiento, es necesario resolver dos problemas relevantes, referidos a lo que ha de entenderse públicamente como «religioso» o «religión», y la cuestión de los límites puestos por el Estado a las libertades reconocidas a las confesiones, en particular la de culto. El primer aspecto exige precisar lo que se entiende por religión y por lo religioso, para así determinar los fines que invisten este carácter y así delimitar competencias con el Estado⁽⁴⁷⁾. El segundo aspecto alude a establecer los límites que el Estado puede imponer a la libertad religiosa, particularmente en su dimensión colectiva. Sobre lo anterior, se postulan diversas propuestas.

Una primera visión propone que el Estado no puede limitar el ejercicio de la libertad de creencias y cultos bajo ningún supuesto, y, por tanto, no puede calificar en sede administrativa la existencia de una eventual afectación del orden público por parte de la entidad religiosa, fundada en la consideración que la religión y las libertades que derivan de su valoración social son garantizadas jurídicamente como derechos fundamentales, quedando así separada del ámbito de las funciones estatales en sentido estricto, entre las cuales sólo se comprenderá la determinación de barreras generales objetivas para proteger el orden público, que siendo leyes aplicables a todos los individuos afectan también a la libertad religiosa⁽⁴⁸⁾.

Una segunda visión, por su parte, considera que el control de legalidad efectuado por la administración es válido, basada en la necesaria concordancia que debe existir entre los fines perseguidos por la entidad religiosa y el marco de acción legal definido por el orden jurídico nacional. A partir de aquí tiene lugar el debate sobre la validez de los actos que califican aspectos sustantivos del *corpus* de creencias a las cuales adhieren sus miembros, cuando colisiona con el orden público, asumiendo que dicho requerimiento social limita la libertad religiosa y a la vez exige esa misma libertad religiosa que limita⁽⁴⁹⁾.

En el derecho occidental, la diferenciación de los campos propios de la religión, la moral y el derecho es uno de los fundamentos sobre los cuales se construyen el pluralismo ideológico y la tolerancia social en los sistemas de convivencia contemporáneos, en particular la democracia, especialmente en su dimensión formal o procedimental⁽⁵⁰⁾. Su actual relevancia se vincula con un creciente número de problemas de armonización, derivados de la

⁽⁴⁶⁾ STARCK, 2012, p. 63.

⁽⁴⁷⁾ DUCH, 2012, pp. 253-257; DEL PICÓ 1993, p. 78; PALOMINO 2007, pp. 11-125.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. OLLERO, 2009, pp. 23-30; STARCK, 2012, pp. 63; DEL PICÓ, 2018, p. 48.

⁽⁴⁹⁾ GONZÁLEZ DEL VALLE, 2005, pp. 285-288; ELOSEGUI 2009, pp. 31-69.

⁽⁵⁰⁾ El Estado liberal «dirige sus pretensiones solamente hacia el cumplimiento de estándares externos de comportamiento, y no exige también la convicción interna de que se tengan que respetar los valores que hay detrás de sus leyes», siguiendo la premisa kantiana de que el Estado liberal sólo se preocupa de la legalidad, y no de la moralidad (Greco 2012, 241).

pretensión de imperio de sistemas jurídicos que no reconocen diferencia entre normas jurídicas y normas religiosas y por el resurgimiento de posturas laicistas extremas⁽⁵¹⁾.

La frontera entre moral, religión y derecho aparece cada vez más difusa, tanto con la exigencia de reconocimiento extraterritorial de principios normativos de naturaleza religiosa, como con la reacción laicista a dichas pretensiones, que transforma al derecho en un instrumento negador de la diferencia legítima existente en el cuerpo social en materia de creencias. De aquí entonces la importancia de resaltar que la libertad religiosa, erigida en principio jurídico, se constituye en una frontera de coincidencia armoniosa entre los campos normativos de la religión y del derecho⁽⁵²⁾.

Finalmente, ¿puede la tolerancia ser defendida sin premisas relativistas? Consideramos que, en ambas visiones de la democracia, tanto sustantivistas como procedimentales, la tolerancia puede ser cautelada. Sin embargo, la tutela es más efectiva cuando el Estado asume una posición neutral entre las distintas creencias religiosas, que es lo que realiza de mejor manera un estado democrático que no se identifica con una de las posiciones sociales religiosas, aun cuando sea la de la mayoría. Contemporáneamente, la libertad religiosa de la mano de la correspondiente autodeterminación democrática reconocida a los ciudadanos como una expresión, a su vez, del «cisma [entre lo] confesional y la realidad del pluralismo»⁽⁵³⁾, es reflejo de aquello, sin que implique que un Estado tolerante no pueda reconocer e incluso apoyar explícitamente a la religión en general⁽⁵⁴⁾. En una lectura un tanto más extrema pero significativa de una aspiración de asentamiento político del pluralismo social, sólo el Estado democrático posibilita la aplicación imparcial del principio de tolerancia, concebida no solo como una cuestión legal, sino como una realidad cotidiana que en que los creyentes y los no creyentes admiten mutuamente las convicciones, las prácticas y las formas de vida que respectivamente rechazan como ajenas a sus propias convicciones⁽⁵⁵⁾.

8. EL LUGAR DE LA RELIGIÓN EN EL ESTADO LAICO

¿Cuál es el lugar que corresponde o debe ser reconocido a la religión en nuestra sociedad contemporánea? Desde la perspectiva que estamos proponiendo, la democracia procedimental es tributaria del liberalismo político, y

⁽⁵¹⁾ Cfr. DELFOR, 1993, p. 197-203; HABERMAS, 2015, p. 159.

⁽⁵²⁾ Cfr. DEL PICÓ, 2018 b, p. 49.

⁽⁵³⁾ HABERMAS, 2011, p. 29.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. DWORKIN, 2008, pp. 76, 80, 83-85 y 91; PALOMINO, 2007, 140147; PIKAZA, 2004, p. 141; TAYLOR, 2011, p. 41.

⁽⁵⁵⁾ HABERMAS, 2015, p. 271.

por tanto está erigida sobre valores como los ya indicados de pluralismo y tolerancia, amparados a su vez como derechos fundamentales en el nivel normativo constitucional. Se suma la histórica consagración de la libertad de conciencia y la libertad religiosa como presupuestos valóricos del juego democrático⁽⁵⁶⁾. Para responder la pregunta que inicia este apartado, es necesario revisitar los conceptos de laicidad y secularización,

En cuanto a la laicidad, es pertinente distinguir entre los conceptos de laicidad y laicismo, siendo el primero una categoría política de carácter democrático que admite la participación de los agentes religiosos en la vida pública, imponiendo restricciones en materia política de carácter específico en un marco de diálogo y colaboración, promoviendo la convivencia de las religiones sin preferencia estatal, aunque regulando los aspectos necesarios para que sean vividas en libertad⁽⁵⁷⁾. Entendida por algunos como la dimensión política del secularismo, su concreción en la noción de Estado laico se ha traducido principalmente en los modelos francés y estadounidense, caracterizado el primero por su radical confrontación con el cristianismo en general y el catolicismo en particular, especialmente en campo de las competencias políticas y del debate sobre los procesos de racionalidad emergentes tras la Revolución⁽⁵⁸⁾. El modelo estadounidense, se ha centrado en evitar la intromisión del Estado en los asuntos religiosos, como una consecuencia histórica del rechazo del precedente inglés⁽⁵⁹⁾.

El laicismo, por su parte, es el «diseño de un Estado absolutamente falto de relación con el fenómeno religioso»⁽⁶⁰⁾, marcado por la indiferencia con una apariencia formal de neutralidad por parte del Estado, que propone deslindar la religión de los ámbitos sociales o, en su visión extrema, postulando la ausencia de la religión y de sus manifestaciones del ámbito público, restringiendo su presencia a la vida estrictamente individual⁽⁶¹⁾.

Una evolución de interés la brinda el concepto de laicidad abierta, que incorpora la idea de neutralidad compatible con la presencia de lo religioso en el ámbito público, postulando que la función del Estado debiera ser organizar la diversidad con base en el respeto tanto a los creyentes de las diversas religiones como a las distintas filosofías de vida, incluido el ateísmo, visión a nuestro juicio enteramente concordante con la democracia procedimental⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. BOBBIO 1986, p. 39; FARRÉS 2014, pp. 120-121; GLENDON 2012, pp. 205-212; KELSEN, 1969, pp. 338 y 340-343.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. CASTRO y RODRÍGUEZ, 2007, p. 214; FARRÉS, 2014, p. 133; TRASLOSHEROS, 2012, p. 214; VÁSQUEZ, 2009, p. 98).

⁽⁵⁸⁾ DIANTEILL, 2008, pp. 81-82.

⁽⁵⁹⁾ FERRARA, 2014, p. 139; DEL PICÓ, 2018, p. 50.

⁽⁶⁰⁾ OLLERO, 2009, p. 16; PALOMINO, 2014, pp. 212-216.

⁽⁶¹⁾ HERMIDA DEL LLANO, 2012, p. 154; TRASLOSHEROS 2012, p. 8; DEL PICÓ, 2018, p. 50.

⁽⁶²⁾ Cfr. ELOSEGUI, 2012, p.118,

Asimismo, se debe considerar la idea de separación entre los ámbitos propios del Estado y la religión, particularmente sus organizaciones públicas., cuya interpretación colaborativa implica una valoración positiva de la realidad social religiosa, comprendiendo como elementos concurrentes el respeto al mandato de no confesionalidad, la adecuada proporcionalidad en la cooperación prestada a todas las confesiones y la necesidad de hacer compatible esta cooperación de los poderes públicos con la garantía de la libertad de conciencia de los funcionarios estatales⁽⁶³⁾. Así entendido, la noción de Estado laico no implica indiferencia frente al fenómeno religioso ni su reducción al ámbito de la intimidad de las personas sino una correcta interpretación de la neutralidad religiosa del Estado⁽⁶⁴⁾.

Cabe destacar la noción de sociedad secularizada, cuyo rasgo definitorio es la liberación de la sociedad de la soberanía de lo espiritual), mencionando como sus elementos la diferenciación social de tareas y la consiguiente fragmentación del alcance de las autoridades respectivas, la racionalización o el desencantamiento de las creencias y cosmovisiones, la modernización y la adecuación de las religiones a nuevas condiciones sociales y ambientales⁽⁶⁵⁾. Puede ser observada en una dimensión política y en una dimensión social.

En su dimensión política, postula que el ejercicio legítimo del poder estatal por medio de la normatividad legal se realiza en términos seculares, en que la Iglesia y el Estado están separados, y todo ciudadano goza plenamente de libertad religiosa y de culto, pudiendo en definitiva ser asimilada a la noción de laicidad.

En su dimensión social, se caracteriza por el debilitamiento del influjo de las comunidades religiosas en la vida pública en general, así como por el abandono progresivo de usos rituales y símbolos religiosos y, en general, en el debilitamiento de las categorías religiosas en las ideas incidentes en la esfera pública⁽⁶⁶⁾.

Por tanto, el lugar de la religión expresada en su dimensión organizacional es el mismo que el Estado reconoce a otros actores corporativos, debiendo someterse en forma igualitaria al debate de las ideas dentro de la racionalidad, marcada, por el individualismo igualitario del derecho racional y la moral universalista de los derechos humanos, cuya mayor eficacia en su logro está garantizada por las formas democráticas y, de manera especial, en su dimensión procedimental⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶³⁾ Cfr. OLLERO, 2009, p. 157.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. ELOSEGUI, 2012, 113.

⁽⁶⁵⁾ GONZÁLEZ-ANLEO, 1998, p. 269; PALOMINO, 2014, pp. 63 y 206-208.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. FERRARA, 2014, p. 140.

⁽⁶⁷⁾ PUYOL, 2014, p. 194; DEL PICÓ, 2018, p. 52.

CONCLUSIONES

1. El fenómeno religioso sigue teniendo una presencia social relevante, en las sociedades plurales y democráticas.
2. Su recepción en los ordenamientos democráticos procedimentales se caracteriza por la primacía de los ordenamientos seculares como marco para la institucionalización de las comunidades de fieles y de la libertad religiosa como principio informador del orden jurídico.
3. La secularización es una expresión conceptual de los procesos de separación entre los ámbitos político-estatales y los propios de la religión.
4. La aceptación de los ordenamientos seculares por parte de las comunidades de fieles constituye la actual realidad jurídica en las sociedades occidentales.
5. El reconocimiento de la personalidad jurídica de la organización pública de la agrupación religiosa es la forma de recepción de la valoración social del fenómeno religioso en la esfera pública.
6. El lugar que debe ser reconocido a la religión en el espacio público democrático, es el mismo que se reconoce a las otras expresiones sociales organizadas en una sociedad política que se define a sí misma como plural y tolerante.
7. Los adherentes y dirigentes de su expresión organizacional participar en igualdad de condiciones en el debate racional de las ideas y de los proyectos de ordenamiento social.

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, N., (1982). Voz «Democracia». En N. Bobbio y N. Mateucci, *Diccionario de Política* (trad. J. Arico y J. Tula). Siglo XXI: Madrid, pp. 493-507.
- (1985). *La crisis de la democracia y la lección de los clásicos*. Ariel: Madrid.
- (1986a). *Fundamento y futuro de la democracia* (trad. de Gabriel del Favero). Edeval: Valparaíso.
- (1986b). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica: México.
- (1986c). *¿Qué socialismo?* (trad. de J. Moreno). Plaza y Janés: Madrid.
- (1987). *La democracia socialista*. Documentas.
- (1996a). «La regla de mayoría: límites y aporías», en J. Fernández (compilador), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*. Fondo de Cultura Económica: Madrid, pp. 254-277.
- (1996b). «La Teoría Pura del derecho y sus Críticos», en C. Oliva (editor), *Estudios sobre Hans Kelsen*. Edeval: Valparaíso.
- (1998). *Autobiografía* (trad. de E. Benítez). Taurus/Santillana: Madrid.
- (1999). *Teoría general del derecho* (trad. de E. Rozo). Debate: Madrid.
- (2015). *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico* (trad. de E. Díaz et alii). Trotta: Madrid.
- DEL PICÓ, J., (1993). *Presente y futuro de la democracia. Tres visiones positivistas*. Instituto Chileno de Estudios Humanísticos: Santiago de Chile.

- (2018 a). «La inserción de las comunidades de fieles en los ordenamientos seculares», en *Revista Chilena de Derecho*, 3 (2018), pp. 801 y 802.
- (2018 b). «Estado y religión: tendencias conceptuales incidentes en la apreciación pública del fenómeno religioso», en *Revista de Estudios Sociales*, 63 (2018), pp. 42-54.
- DELFOR, H., (1993). «Religión. Ética y estética». En *Religión*, editado por José Gómez, 195-209. Madrid: Trotta.
- DIANTEILL, E., (2008). «¿Hacia una salida de la laicidad en Francia?». En *Religión y política*, editado por Fortunato Mallimaci, 81-92. Buenos Aires: Biblos.
- DUCH, L., (2012). *La religión en el siglo XXI*. Madrid: Siruela.
- DWORKIN, R., (2008). *La democracia posible*. Barcelona: Paidós.
- FERRARI, S., (1998). Voz «Política Eclesiástica», en N. Bobbio y N. Mateucci, *Diccionario de Política*, tomo II, quinta edición en español. Siglo XXI: Ciudad de México.
- ELÓSEGUI, M., (2012). «La laicidad abierta en Charles Taylor y J. Maclure versus las nuevas leyes de neutralidad de los funcionarios públicos en Alemania», en *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, editado por María Elosegui, 109-145. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- ELÓSEGUI, M., (2009). *Derechos Humanos y pluralismo cultural*. Madrid: Iustel.
- FARR, T., (2012). «Libertad religiosa, democracia estable y seguridad internacional». En *Libertad religiosa y Estado laico*, editado por Jorge Traslosheros, 175-185. México: Porrúa.
- FARRÉS, O., (2014). «La laicidad en una democracia agonística». En *La fe en la ciudad secular*, editado por Daniel Gamper. Madrid: Trotta.
- FERRARA, A., (2014). «La separación de religión y política en una sociedad postsecular». En *La fe en la ciudad secular*, editado por Daniel Gamper, 139-154. Madrid: Trotta.
- FERRARI, S., (2004). *El espíritu de los derechos religiosos*. Barcelona: Herder.
- FERRARI, S., (1988). «Voz Política eclesiástica». En *Diccionario de política* (suplemento), editado por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, 345-347. México: Siglo XXI.
- FERRER, J., (2001). *Filosofía de la religión*. Madrid: Palabra.
- GARCÍA MAYNEZ, E., (2011). *Filosofía del derecho*. Porrúa: México.
- GARCÍA, M., (2011). *Protestantismo y derechos humanos*. Madrid: Universidad Carlos III.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J., (2005). *Derecho eclesiástico español*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas.
- GONZÁLEZ-ANLEO, J., (1998). «Los católicos españoles en el umbral del siglo XXI». *Sociedad y Utopía* 11 (1998): 265-284.
- HABERMAS, J., (2015). *Mundo de la vida, política y religión*. Madrid: Trotta.
- (2011). «Lo político: el sentido racional de una cuestionable herencia de la teología política». En *El poder de la religión en la esfera pública*, editado por Eduardo Mendietta y Jonathan Vanantwerpen, 23-38. Madrid: Trotta.
- HERMIDA DEL LLANO, C., (2012). «Globalización y secularismo en el espacio público europeo». En *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, editado por María Elosegui, 147-171. Zaragoza: Fundación Miguel Giménez Abad.
- JESTAZ, P., (1996). *El derecho* (trad. de R. Domínguez). Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile.
- KELSEN, H., (1974). *Teoría Pura del derecho* (trad. de M. Nilve). Eudeba: Buenos Aires.
- KOWALSKA, M., (2005). «La démocratie selon Sartre et la conjoncture idéologique actuelle». En *Les Temps Modernes*, núm. 632, 633, 634.
- MARTINO, A., (1987). «Norberto Bobbio, un maestro». En *Revista de Ciencias Sociales*, 30, Edeval.

- MASFERRER, E., (2009). *Religión, poder y cultura: ensayo sobre la política y la diversidad de creencias*. Libros de la Araucaria: Buenos Aires.
- MARTÍN DE AGAR, J., (2014). *Introducción al derecho canónico*. Madrid: Tecnos.
- MARZAL, M., (1993). «Sincretismos religiosos latinoamericanos». En *Religión*, editado por José Gómez, 55-67. Madrid: Trotta.
- MASFERRER, E., (2009). *Religión, poder y cultura*. Buenos Aires: Libros de la Araucaria.
- MENDIETA, E., y VABANRWERPEN, J., (2011). *El poder de la religión en la esfera pública*. Madrid: Trotta.
- MILANESI, G., y CERVERA, J. C., (2008). *Sociología de la religión*. Madrid: CCS.
- OLLERO, A., (2009). *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*. Madrid: Aranzadi – Thomson Reuters.
- PALOMINO, R., (2014). *Neutralidad del Estado y espacio público*. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi.
- (2007). *Religión y derecho comparado*. Madrid: Iustel.
- PIKAZA, X., (2004). *Violencia y diálogo de religiones*. Santander: Sal Terrae.
- PLIEGO, F., (2012). «La libertad de creencias y el teorema dinámico fundamental de una sociedad democrática», en J. Traslosheros, *Libertad religiosa y Estado laico*. Porrúa: México.
- PUYOL, Á., 2014. «Habermas y la religión: lost in translation». En *La fe en la ciudad secular*, editado por Daniel Gamper, 175-194. Madrid: Trotta.
- ROSS, A., (1994). *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de R. Carrió). Eudeba: Buenos Aires.
- (1952). *¿Por qué la democracia?* (trad. de R. Vernengo). Cambridge: Harvard University Press.
- RUIZ-MIGUEL, A., (1983). *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*. Centro de Estudios constitucionales: Santiago de Chile.
- SANTIAGO, A., (2008). *Religión y política*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- SQUELLA, A., (1993). *Presencia de Bobbio en Iberoamérica*. Edeval: Valparaíso.
- SILVA, M., (2009). *La evolución de la ciencia jurídica en Norberto Bobbio*. Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile.
- SIMMEL, G., (2012). *La religión*. Barcelona: Gedisa.
- (2022). *Introducción a la ciencia de la moral* (trad. de L. Lewkow) Gedisa: Barcelona.
- STARCK, C., (2012). «La libertad religiosa en Alemania como libertad positiva y negativa», en M. Elozegui (coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*. Fundación Manuel Giménez Abad: Zaragoza.
- TAYLOR, C., (2011). «Por qué necesitamos una redefinición radical del secularismo». En *El poder de la religión en la esfera pública*, editado por Eduardo Mendieta y Jonathan Vanantwerpen, 39-60. Madrid: Trotta.
- TRASLOSHEROS, J., (2012 a) *Libertad religiosa y estado laico*. México: Porrúa.
- (2012b). «Fundamentos de la libertad religiosa». En *Libertad religiosa y estado laico*, editado por Jorge Traslosheros, 3-12. México: Porrúa.
- VOEGELIN, E., (2014). *Las religiones políticas*. Madrid: Trotta.
- WEBER, M., (2012). *Sociología de la religión* (traducción de Enrique Gavilán), segunda edición. Akal: Madrid.

El crucifijo y la Biblia en los tribunales peruanos: ¿son aceptables los símbolos religiosos en el espacio público?

*The crucifix and the Bible in peruvian courtrooms:
are religious symbols acceptable in the public sphere?*

ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ

Pontificia Universidad Católica del Perú

Resumen: Este trabajo analiza la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú que desestimó un pedido de retirar el crucifijo y la Biblia de las salas de audiencia de los juzgados y tribunales del Poder Judicial. El autor divide su análisis a partir de una clasificación de los argumentos contenidos en dicha sentencia, como el papel de la tradición histórico-cultural y el carácter no coercitivo de dichos símbolos religiosos en el contexto del caso, para concluir que, con las características apuntadas en el fallo, su presencia en el espacio público es compatible con el respeto del derecho fundamental de libertad religiosa y la neutralidad religiosa del Estado. En su análisis, el autor también se refiere a casos resueltos por otras cortes, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español.

Abstract: This paper examines the ruling of the Constitutional Court of Peru that rejected a request to remove the crucifix and the Bible from courtrooms. The author structures the analysis around a classification of the arguments set out in the decision, including the role of historical-cultural tradition and the non-coercive nature of these religious symbols in the context of the case. He concludes that, under the conditions specified in the ruling, their presence in the public sphere is compatible with both the fundamental right to religious freedom and the principle of state religious neutrality. The paper also considers relevant case law from other courts, such as the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Spain.

Palabras clave: Libertad religiosa, símbolos religiosos, neutralidad religiosa del Estado, Tribunal Constitucional del Perú.

Keywords: Religious freedom, religious symbols, State religious neutrality, Constitutional Court of Peru.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Antecedentes del caso.–3. La laicidad no es destierro de los símbolos religiosos del espacio público.–4. Símbolos tradicionalmente presentes en un ámbito público.–5. Símbolos pasivos, no proselitistas o coercitivos.–6. Símbolos con diversos significados.–7. La exclusión del argumento subjetivo.–8. No es inconstitucional la presencia de estos símbolos religiosos, pero el poder judicial puede decidir retirarlos.–9. Consideraciones finales.–Bibliografía.–Jurisprudencia.

1. INTRODUCCIÓN

La presencia de símbolos religiosos, como el crucifijo, en la esfera pública ha suscitado controversias judiciales en varios países. Podemos mencionar como ejemplos la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1995, contraria a los crucifijos en las escuelas públicas de Baviera⁽¹⁾, o la decisión de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del 18 de marzo de 2011, en el caso *Lautsi y otros contra Italia* (en adelante, *Lautsi II*)⁽²⁾, a favor de la permanencia del crucifijo en el aula de la escuela pública⁽³⁾. Favorable también a la presencia el crucifijo en ese ámbito (concretamente en jardines de infancia), fue la sentencia del Tribunal Constitucional de Austria del 9 de marzo de 2011⁽⁴⁾.

También en 2011 puede citarse la sentencia de la Corte de Casación italiana, en la que un juez no vio acogido su pedido del retiro de los crucifijos de todas las salas de vistas de los juzgados de Italia⁽⁵⁾.

Más recientemente, puede mencionarse el caso *American Legion v. American Humanist Association* de 2019, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos sentenció que no violaba la Primera Enmienda de su

⁽¹⁾ BVerfG, 1 BvR 1087/91, 16 de mayo de 1995.

⁽²⁾ Llamamos *Lautsi II* a esta decisión para distinguirla de una sentencia previa en este caso emitida el 3 noviembre de 2009 (*Lautsi I*), en el que la Sala del TEDH consideró que la presencia del crucifijo en el aula de la escuela pública italiana violaba la libertad religiosa y el derecho de los padres a que la educación que sus hijos reciban del Estado sea conforme con sus convicciones religiosas y filosóficas. Esta resolución fue revocada en apelación por la Gran Sala del TEDH con la sentencia a la que nos referimos como *Lautsi II*.

⁽³⁾ *Lautsi and others v. Italy*, 18 de marzo de 2011.

⁽⁴⁾ Verfassungsgerichtshof G 287/09-25, 9 de marzo de 2011.

⁽⁵⁾ Corte di Cassazione, Sez. unite civili sentenza n. 5924, 14 de marzo de 2011.

Constitución⁽⁶⁾ el monumento en un lugar público de una gran cruz conmemorativa de los que perdieron la vida en la Primera Guerra Mundial⁽⁷⁾.

El Tribunal Constitucional del Perú (TC) no ha sido ajeno a esta controversia. Así, en sentencia recaída en el expediente 06111-2009-PA/TC del 7 de marzo de 2011 –once días antes la referida decisión *Lautsi II* del TEDH–, desestimó la demanda de amparo en la que se pedía el retiro del crucifijo y la Biblia de las salas de audiencia de los juzgados y tribunales del Poder Judicial. Esta decisión es objeto de análisis del presente trabajo.

2. ANTECEDENTES DEL CASO

El recurrente interpuso demanda de amparo contra el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su condición de máximo representante del Poder Judicial. Su demanda, en lo que aquí interesa, estaba dirigida a que se ordene el retiro de la Biblia y del crucifijo en todas las salas de audiencia de los juzgados y tribunales a nivel nacional. Alegó vulnerados su derecho a no ser discriminado por razón de religión y la laicidad del Estado⁽⁸⁾.

El demandante sostuvo que la exhibición del crucifijo y la Biblia en los despachos y tribunales judiciales no corresponde a un Estado laico donde existe libertad religiosa. A su juicio, la exposición de estos símbolos representa un hecho discriminatorio respecto a los ciudadanos que no profesan la religión católica.

Para el recurrente, los símbolos patrios (como la bandera, el escudo, el himno) representan a todos los peruanos por igual, siendo síntesis de una serie de valores respetados por todos. Por el contrario, los signos religiosos, de cualquier confesión que fueren, siempre representarán a una parte de las personas, excluyendo a otras.

Manifiesta que su mente asocia los símbolos religiosos de los tribunales peruanos con la Inquisición y lo que sufrió cuando fue detenido, torturado, procesado y sentenciado por el delito de traición a la patria y terrorismo, del que fue finalmente absuelto⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos: «El Congreso no aprobará ninguna ley que se aboque al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de la misma; o que coarte la libertad de expresión o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios».

⁽⁷⁾ *American Legion et al. v. American Humanist Assn. et al.*, 588 U. S. (2019), 20 de junio de 2019.

⁽⁸⁾ Cfr. STC 06111-2009-PA/TC, Antecedentes. La demanda de amparo también pedía que se prohiba preguntar sobre la religión que profesa el compareciente en los procesos judiciales. El TC declaró fundado este pedido, y lo extendió a la comparecencia ante cualquier autoridad o funcionario, salvo que la pregunta resulte pertinente para los fines del proceso (cfr. STC 06111-2009-PA/TC, fundamentos 62 a 67). El análisis de esta parte de la sentencia escapa a los objetivos de este trabajo, que se centra en la presencia de símbolos religiosos en el espacio público.

⁽⁹⁾ Cfr. STC 06111-2009-PA/TC, Antecedentes.

3. LA LAICIDAD NO ES DESTIERRO DE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS DEL ESPACIO PÚBLICO

Antes de pronunciarse sobre el asunto controvertido, el TC expone el contenido constitucional de la laicidad del Estado, que se muestra comprometida en el presente caso.

Sobre el principio de laicidad (previsto en el artículo 50 de la Constitución⁽¹⁰⁾), el TC dice que el Estado es aconfesional, esto es, que al tiempo que «se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ninguna confesión en particular»⁽¹¹⁾. Desde esta perspectiva, «el Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos»⁽¹²⁾.

Sin embargo, el TC precisa que «el hecho de que exista una neutralidad del Estado en materia religiosa no significa que los poderes públicos hayan de desarrollar una especie de persecución del fenómeno religioso o de cualquier manifestación de tipo religiosa. La laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión, pero también lo es con un Estado que promueva el ateísmo o el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso»⁽¹³⁾.

Esta idea de aconfesionalidad que muestra el TC peruano puede calificarse de *laicidad positiva*, como le ha llamado el Tribunal Constitucional español⁽¹⁴⁾ y, según Ferrer Ortiz, «resulta fundamental para marcar diferencias con *el laicismo* o *laicidad negativa*, caracterizado por una actitud de beligerancia u hostilidad hacia lo religioso o, cuando menos, por una visión que trata de confinar la religión al *santuario de la conciencia* y no reconoce o minimiza su dimensión pública»⁽¹⁵⁾. Como señaló en la Corte Suprema de los Estados Unidos el juez Kennedy (ponente) en el caso *Salazar v. Buono* (2010), «el objetivo de evitar el respaldo estatal a la religión no implica la supresión de todos los símbolos religiosos del espacio público. [...] La

⁽¹⁰⁾ Artículo 50 de la Constitución Política del Perú: «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas».

⁽¹¹⁾ STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 24.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, fundamento 25.

⁽¹³⁾ *Ibidem*, fundamento 49.

⁽¹⁴⁾ Cfr. sentencias del Tribunal Constitucional español 154/2002, de 18 de julio, fundamento jurídico 6; 101/2004, de 2 de junio, fundamento jurídico 3.

⁽¹⁵⁾ FERRER ORTIZ, J., *La presencia de símbolos de origen religioso en el espacio público y la libertad de no declarar la propia religión. Comentario a la STC 6111-2009-PA/TC*, en Díaz Muñoz, O.; Eto Cruz, G., y Ferrer Ortiz, J., (coords.), *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2014, p. 132 (cursiva en el original).

Constitución no impone al Estado la obligación de evitar todo reconocimiento en el ámbito público del papel de la religión en la sociedad»⁽¹⁶⁾.

4. SÍMBOLOS TRADICIONALMENTE PRESENTES EN UN ÁMBITO PÚBLICO

Luego de dejar establecido el contenido constitucional de la aconfesionalidad o laicidad del Estado, el TC entra a pronunciarse sobre el pedido del retiro del crucifijo y la Biblia en las salas de audiencia de los juzgados y tribunales.

A tal efecto, en primer lugar, recuerda lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución, que junto con definir la laicidad del Estado⁽¹⁷⁾, señala que éste reconoce a la «a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú»⁽¹⁸⁾. Por tal motivo, el TC indica que la laicidad del Estado no es incompatible con el reconocimiento del papel histórico, social o cultural desempeñado por una confesión religiosa en favor de la institucionalización y desarrollo de la sociedad política⁽¹⁹⁾.

Desde esta perspectiva, el TC pone diversos ejemplos de la presencia de elementos religiosos en el ámbito público peruano. Así, recuerda que el crucifijo y la Biblia están presentes en la juramentación de las autoridades estatales al tomar posesión de sus cargos, como ocurre con el Presidente de la República, los ministros de Estado, parlamentarios, etc. También la cruz puede verse en los escudos de armas de algunas ciudades⁽²⁰⁾. Igualmente hace referencia al recorrido por las calles de las tradicionales procesiones, como la del Señor de los Milagros (que representa a Jesucristo crucificado)⁽²¹⁾. Asimismo, menciona que la ley contempla varios días feriados de origen religioso católico, en que los trabajadores tienen derecho a descanso remunerado⁽²²⁾.

Para el TC, estos ejemplos muestran que «la presencia de símbolos religiosos como el crucifijo o la Biblia que se encuentran histórica y tradicionalmente presentes en un ámbito público, como en los despachos y tribunales del Poder Judicial, no afectan los derechos invocados por el recurrente ni el principio de laicidad del Estado, en tanto que la presencia de esos símbo-

⁽¹⁶⁾ «The goal of avoiding governmental endorsement does not require eradication of all religious symbols in the public realm. [...] The Constitution does not oblige government to avoid any public acknowledgment of religion's role in society» (*Salazar v. Buono*, 559 U. S. 700 [2010], 28 de abril de 2010).

⁽¹⁷⁾ Cfr. STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 36.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, fundamento 35.

⁽¹⁹⁾ Cfr. *ibidem*, fundamento 36.

⁽²⁰⁾ Cfr. *ibidem*, fundamento 41.

⁽²¹⁾ Cfr. *ibidem*, fundamento 40.

⁽²²⁾ Cfr. *ibidem*, fundamento 39. Los feriados que esta sentencia enumera son: Jueves Santo y Viernes Santo (movibles), San Pedro y San Pablo (29 de junio), Santa Rosa de Lima (30 de agosto), Todos los Santos (1 de noviembre), Inmaculada Concepción (8 de diciembre) y Navidad del Señor (25 de diciembre).

los responde a una tradición históricamente arraigada en la sociedad, que se explica por ser la Iglesia católica un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, conforme lo reconoce la Constitución»⁽²³⁾.

A partir de esto, en opinión del TC, «ni la libertad religiosa ni la laicidad del Estado pueden entenderse afectadas cuando se respetan expresiones que, aunque en su origen religiosas, forman parte ya de las tradiciones sociales de un país»⁽²⁴⁾. Cita al respecto como ejemplo el caso *Marsh vs. Chambers* en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió, en 1983, que no iba contra la Primera Enmienda de la Constitución que en la apertura de las sesiones parlamentarias se diga una oración pública por un capellán remunerado con fondos públicos, pues, según dijo la Corte Suprema, «a la luz de una historia sin ambigüedades y sin interrupción de más de 200 años, no cabe duda de que la práctica de abrir las sesiones legislativas con la oración se ha convertido en parte de nuestro entramado social»⁽²⁵⁾.

Como escribe Palomino Lozano, la presencia de un crucifijo en la sala de vistas no resultaría un daño a la neutralidad «si el signo religioso está presente por motivos de tradición o arte o, en cualquier caso, si no resulta distorsionante de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado»⁽²⁶⁾. En similar sentido, Martínez-Torrón señala que la tradición tiene aquí un papel no desdeñable, y sin duda colocar *ex novo* un símbolo religioso no es lo mismo que dejarlo en el lugar donde ha estado durante siglos; en un contexto en que las tradiciones religiosas han influido notablemente en la conformación de la esfera pública⁽²⁷⁾.

Por ello, objetar la presencia de un símbolo religioso en el espacio público implica no sólo plantearse el problema de la aconfesionalidad del Estado, sino una serie de cuestiones relacionadas que no pueden soslayarse al abordar esta controversia, indudablemente compleja. Ferrer Ortiz identifica estos problemas conexos:

«Me parece que cuando se cuestiona la presencia de un símbolo en un espacio público, sea una sala o un despacho judicial, un aula escolar, un salón de plenos de una municipalidad, etc., previamente hay

⁽²³⁾ STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 43.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*, fundamento 48. Para Rey Martínez –que discrepa de lo decidido en esta sentencia– este argumento, que él llama «de la tradición histórico/cultural», es el que considera más sólido si se trata de defender la permanencia de los símbolos religiosos en los espacios públicos (cfr. F. Rey Martínez, *Símbolos religiosos en espacios públicos [del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Tribunal Constitucional peruano]*, en *Memoria del X Congreso Nacional de Derecho Constitucional y III Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional «Néstor Pedro Sagüés»*, Huancayo, 2011, p. 33).

⁽²⁵⁾ STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 48.

⁽²⁶⁾ PALOMINO LOZANO, R., *Neutralidad del Estado y espacio público*, Thomas Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014, p. 196.

⁽²⁷⁾ Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa*, en «Ius Canonicum» 54 (2014), p. 118.

que formularse y tratar de dar respuesta a varias cuestiones. No basta preguntarse: ¿qué significa dicho símbolo? y ¿qué implica la aconfesionalidad o laicidad del Estado?, sino también: ¿desde cuándo está ahí? y ¿por qué? Asimismo es preciso responder a otros interrogantes: ¿quiénes piden la retirada del crucifijo?, ¿con qué legitimidad?, ¿qué consecuencias produciría en otras personas la retirada del crucifijo?, ¿quiénes están legitimados para decidir sobre él?, etc.»⁽²⁸⁾.

Desde esta perspectiva, no sería lo mismo un símbolo religioso colocado *ex novo* (como dice Martínez-Torrón) en un espacio público, en el contexto de un Estado aconfesional⁽²⁹⁾, que si este se encuentra tradicional e históricamente en ese lugar⁽³⁰⁾.

5. SÍMBOLOS PASIVOS, NO PROSELITISTAS O COERCITIVOS

El TEDH, desde el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*, de 1976, relativo al derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones⁽³¹⁾, dejó establecido que, en la determinación de los planes de estudio, el Estado tiene un margen de apreciación basado en razones de oportunidad o conveniencia, con la limitación de no perseguir un fin de *adoctrinamiento* que pueda ser considerado contrario a las convicciones religiosas y filosóficas de los progenitores, ya que la información o los conocimientos incluidos en el currículo deben ser transmitidos de manera objetiva, crítica y pluralista⁽³²⁾.

⁽²⁸⁾ Cfr. FERRER ORTIZ, J., *La presencia de símbolos de origen religioso...*, cit., p. 121.

⁽²⁹⁾ El Perú es un Estado aconfesional desde la Constitución de 1979 (artículo 86) y continúa siéndolo con su actual Constitución de 1993 (artículo 50). Sobre el Estado peruano como confesional y su paso a Estado aconfesional, puede consultarse: DÍAZ MUÑOZ, O., *El derecho fundamental de libertad religiosa en la Constitución del Perú y su desarrollo jurisprudencial*, en «Revista Peruana de Derecho Constitucional» 8 (2015), pp. 280-284; y del mismo autor: *Religious equality in the Peruvian Constitution*, en B. G. Sharffs, A. Maoz y A. Isaacson Woolley (ed.), *Religious Freedom and the Law. Emerging contexts for freedom for and from religion*, Routledge, Abingdon-New York, 2019, p. 218.

⁽³⁰⁾ La importancia de la tradición e historia en esta clase de controversias, podemos verla también en la sentencia del Tribunal Constitucional español al resolver un recurso de amparo donde se reclamaba que los estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla designaran como patrona a la «Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada», alegándose la vulneración de la aconfesionalidad del Estado y la libertad religiosa. El Tribunal Constitucional rechazó la demanda ya que tal patronazgo respondía a una «tradición secular» en dicha corporación que, por tanto, no menoscaba su aconfesionalidad, pues «cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adhesión a postulados religiosos» (Sentencia 34/2011, de 28 de marzo, fundamento jurídico 4).

⁽³¹⁾ Derecho reconocido en el artículo 2 del Protocolo n. 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos: «[...] El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

⁽³²⁾ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 diciembre de 1976, n. 53. Otras decisiones del TEDH que pueden consultarse al respecto son: *Jiménez and Jiménez Merino v. Spain*, 25 de mayo de 2000,

También, encontramos que el TEDH califica a los símbolos religiosos por la posible fuerza o intensidad de su influencia. Así, en el caso *Dahlab contra Suiza*, de 2001, consideró como un signo exterior fuerte («*powerful external symbol*») el uso del velo islámico por parte de una profesora que impartía clases a niños entre cuatro y ocho años. En este caso, al no poder negarse rotundamente que el uso del velo pueda tener algún efecto proselitista sobre los alumnos, el TEDH concluyó que era razonable, proporcional y entraba dentro del margen de apreciación del Estado, que las autoridades de Ginebra le hayan prohibido usar el velo mientras ejercía su labor docente⁽³³⁾.

A partir de estos criterios, el TEDH, en la sentencia *Lautsi II* consideró que un crucifijo colgado en una pared del aula escolar no es un signo exterior fuerte, sino un símbolo esencialmente pasivo («*essentially passive symbol*»), al que no se le puede atribuir una influencia en los alumnos comparable al de un discurso didáctico o la participación en actividades religiosas⁽³⁴⁾.

Con similar perspectiva, el TC peruano considera al crucifijo o la Biblia en los juzgados y tribunales como símbolos meramente pasivos o estáticos, no fuertes, presentes en el Poder Judicial por una tradición arraigada en el Perú y no con una intención proselitista o de adoctrinamiento religioso. Asimismo, que de su mera presencia no se deriva coerción alguna que afecte la libertad religiosa de las personas. Dice el TC al respecto:

«La sola presencia de un crucifijo o una Biblia en un despacho o tribunal del Poder Judicial no fuerza a nadie a actuar en contra de sus convicciones. En efecto, no puede sostenerse que de la presencia de tales símbolos se derive alguna obligación para el recurrente (de adoración o veneración, por ejemplo), cuyo cumplimiento afecte su conciencia y podría dar lugar a que plantee una objeción de conciencia [...]. Tal supuesto de coacción, evidentemente objetivo, sí tendría suficiente fundamento como para ser calificado de inconstitucional por lesivo de la libertad religiosa, lo que sin embargo y como reiteramos, no sucede ni se configura por el solo hecho de exhibir o colocar crucifijos siguiendo una tradición arraigada a nuestra historia y a nuestras costumbres»⁽³⁵⁾.

Debe destacarse que el carácter pasivo, no proselitista ni coercitivo, del crucifijo colgado en la pared de las aulas escolares públicas fue muy importante para que el TEDH, en el caso *Lautsi II*, desestimara el pedido del retiro de este símbolo, dejando a la competencia del Estado la decisión de mantenerlo o no en ese lugar.

Decisión de inadmisibilidad (Solicitud n. 51188/99); *Folgerø and Others v. Norway*, 29 de junio de 2007; *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, 9 de octubre de 2007.

⁽³³⁾ *Dahlab v. Switzerland*, 15 de febrero de 2001, The Law n. 1.

⁽³⁴⁾ *Lautsi and others v. Italy*, 18 de marzo de 2011, n. 72.

⁽³⁵⁾ STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 45.

En efecto, el Estado italiano alegaba que la presencia del crucifijo en las aulas era fruto de la evolución histórica del país, lo que le otorgaba una connotación no solamente cultural sino también identitaria, constituyendo ahora una tradición que el Estado consideraba importante perpetuar. Añadía que su presencia en las aulas escolares se justificaba en que, más allá de su significado religioso, el crucifijo simboliza los principios y valores que forman la base de la democracia y de la civilización occidental⁽³⁶⁾.

Al respecto, el TEDH consideró que la decisión de perpetuar o no una tradición con la presencia del crucifijo en las aulas de los colegios públicos, cae, en principio, dentro del margen de apreciación del Estado demandado, con la condición de no incurrir en alguna forma de adoctrinamiento, que el TEDH concluyó que no se daba en el presente caso, pues el crucifijo colgado en una pared es un símbolo esencialmente pasivo, no proselitista⁽³⁷⁾.

Como explica a este propósito Martínez-Torrón, «*si no hay coerción o adoctrinamiento*, no es a los tribunales –y menos aún al TEDH– a quienes corresponde decidir acerca de la presencia de símbolos religiosos en el espacio público. En un sistema democrático, la decisión acerca de la presencia de símbolos forma parte de las políticas públicas, y es por tanto competencia de otros poderes del Estado»⁽³⁸⁾.

6. SÍMBOLOS CON DIVERSOS SIGNIFICADOS

El TC destaca los distintos significados que pueden tener los símbolos religiosos como el crucifijo y la Biblia en los espacios públicos. Así, señala que «si bien en un templo el crucifijo tiene un significado religioso, en un escenario público (como en los despachos y tribunales del Poder Judicial) tiene un valor cultural, ligado a la historia de un país, a su cultura o tradiciones»⁽³⁹⁾. En razón de esta pluralidad de significados, el TC concluye que cuando el Estado mantiene tales signos en un espacio público «no significa que abandone su condición de Estado laico para volverse un Estado confesional protector de la religión católica»⁽⁴⁰⁾.

En lo que respecta a la presencia de la Biblia en los juzgados y tribunales, para el TC, «de manera similar a lo que acontece con los crucifijos, el caso de la Biblia requiere ser enfocado no sólo en función del simbolismo religioso, sino también a la luz de lo que representa su presencia en el devenir histórico de la administración de Justicia. En efecto, sabido es que la

⁽³⁶⁾ Cfr. *Lautsi and others v. Italy*, 18 de marzo de 2011, n. 67

⁽³⁷⁾ Cfr. *ibidem*, nn. 68 a 77.

⁽³⁸⁾ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Símbolos religiosos institucionales...*, cit., p. 118 (cursiva en el original).

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, fundamento 44.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*.

presencia de Biblias en los estrados judiciales obedece a su recurrente utilización [...] al momento de realizar el juramento o el compromiso de decir la verdad. Tal perspectiva permite considerar que, más allá de su indudable vinculación con la religiosidad, la Biblia representa en el desarrollo histórico de la Justicia el esfuerzo de los seres humanos por acercarse a la verdad como valorpreciado en el que aquella se sustenta»⁽⁴¹⁾. En tal contexto, continúa diciendo el intérprete supremo de la Constitución, «queda claro que la Biblia puede no ser utilizada por todos como un instrumento de compromiso religioso, sino como una forma de identificación en torno a ciertos valores de trascendencia o aceptación general. En tales circunstancias, no puede considerarse su presencia como lesiva de ningún tipo de libertad a menos que [...] se obligara a quienes participan de las actuaciones judiciales (sea como jueces, sea como justiciables) a adoptar cánones de sujeción o vinculación en el orden estrictamente religioso»⁽⁴²⁾.

Es por todo esto que el TC concluye que «la influencia de la Iglesia católica en la formación histórica, cultural y moral del Perú se manifiesta en elementos presentes históricamente en diversos ámbitos públicos, pudiendo afirmarse que, más allá del carácter religioso de su origen, dichos elementos revisten actualmente un carácter histórico y cultural»⁽⁴³⁾.

Para el TC, entonces, el crucifijo y la Biblia tienen un origen y significados religiosos, pero, junto con ello, por su presencia secular en el espacio público, han devenido también en símbolos culturales, por lo que su ubicación en espacios como los del Poder Judicial no afecta la aconfesionalidad del Estado. Esto ha sido advertido también por el Tribunal Constitucional español en los siguientes términos:

«[...] debemos tomar en consideración no tanto el origen del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente, pues en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso. En este sentido, en la STC 19/1985, de 13 de febrero (FJ 4), señalamos que la circunstancia de que “el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues, aunque la cuestión se haya debatido y

⁽⁴¹⁾ STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 52.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*, fundamento 53.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, fundamento 37.

se haya destacado el origen o la motivación religiosa del descanso semanal, recayente en un período que comprenda el domingo, es inequívoco ... que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el ‘domingo’ como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición”» (énfasis añadido)⁽⁴⁴⁾.

Estamos, pues, ante símbolos que pueden tener diversos significados, sin que exista uno que sea objetivamente válido para todos. Como afirma Borowski, «no existe ninguna convención fija y clara con respecto al significado de por ejemplo un crucifijo en una escuela pública obligatoria. Existe más bien toda una gama de diferentes significados [...]. Algunos considerarían el crucifijo en el aula efectivamente como mero objeto de arte sin significado más profundo o como símbolo de la historia del Occidente y las bases seculares como estado constitucional democrático. Otros le atribuirán un significado religioso que nuevamente se puede variar sin graduación dentro de un amplio espectro: desde un significado más bien pasivo e inocente hasta un significado agresivo y misionero»⁽⁴⁵⁾.

Empero, según advierte Ferrer Ortiz, pretender encontrar un significado «que sea decisivo o determinante para resolver la controversia de su retirada o de su mantenimiento, equivale a suponer que al final existe de hecho un único significado que se impone a todos los demás. Sin embargo, [...] resulta aún más inapropiado sostener que el significado relevante, que debe prevalecer, es el que le atribuye la persona que se confronta con el símbolo religioso y pide su retirada»⁽⁴⁶⁾. Como también apunta Meléndez Valdés Navas, «partiendo del concepto que hemos manejado de símbolo religioso en el que la determinación/interpretación de su significado se produce por el consenso colectivo y no por la determinación individual, intentar primar la valoración/criterio individual/minoritario sería vaciar de contenido el sentido de los símbolos que siempre es social. En este sentido la consideración y el tratamiento jurídico que se realiza de los símbolos religiosos desde la apreciación de la libertad religiosa negativa pone en juego y prioriza en algunos de los supuestos en que se ha considerado, una valoración/interpretación del símbolo subjetiva e individual y no social/colectiva, que es la que perfecciona y dota de significado y sentido al símbolo»⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 34/2011, de 28 de marzo, fundamento jurídico 4.

⁽⁴⁵⁾ M. BOROWSKI, *¿Qué significa un crucifijo? Símbolos religiosos y neutralidad estatal*, en M. Elósegui Itxaso (coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública alemana*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2012, p. 31.

⁽⁴⁶⁾ FERRER ORTIZ, J., *La presencia de símbolos de origen religioso...*, cit., p. 121.

⁽⁴⁷⁾ MELÉNDEZ VALDÉS NAVAS, M., *Reflexiones jurídicas en torno a los símbolos religiosos*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado» 24 (2010), p. 30.

7. LA EXCLUSIÓN DEL ARGUMENTO SUBJETIVO

El TC se pregunta si la mera presencia del crucifijo o la Biblia tienen la capacidad de perturbar a un no creyente al punto de afectar su libertad religiosa. A juicio del TC, si el impacto de la sola presencia silenciosa de un objeto en un espacio público representase un trastorno de tal entidad, habría igualmente que prohibir la exposición de símbolos religiosos en las calles, como las cruces en la cima de los templos o el recorrido por lugares públicos de la procesión del Señor de los Milagros, ya que su presencia podría resultar emocionalmente perturbadora para los no creyentes⁽⁴⁸⁾. Con este mismo razonamiento, en nombre de una supuesta laicidad, el Estado tendría que «suprimir del calendario de feriados no laborables fechas de origen religioso católico como la Navidad o el Jueves o el Viernes Santo, con el argumento de que de lo contrario se ofende a los miembros de religiones no católicas, agnósticos o ateos, que pueden verse emocionalmente afectados por la sola presencia de símbolos religiosos católicos en lugares públicos o porque dichos feriados están marcados por una celebración o, en su caso, conmemoración ligada a la religión católica»⁽⁴⁹⁾.

En opinión del TC, si se entendiera que la sola presencia de un símbolo religioso en un espacio público es capaz de perturbar en tal grado la libertad religiosa que haría necesario su retiro, se «estaría “protegiendo” en realidad “emociones” de orden meramente subjetivo, antes que derechos fundamentales como la libertad religiosa»⁽⁵⁰⁾.

En esta línea de exclusión del argumento subjetivo, el TC pone en cuestión la posición del recurrente cuando afirma que la bandera, el escudo o el himno nacional son una síntesis de una serie de valores «respetados por todos», mientras que no ocurre lo mismo con los símbolos religiosos de cualquier confesión, pues siempre representarán a una parte de las personas, excluyendo a otras. Para el TC, esta opinión no toma en cuenta que existen personas que pueden también sentirse afectadas en sus conciencias por la presencia en lugares públicos de símbolos como la bandera nacional o el escudo, al considerarlos idolátricos, por lo que, con el mismo argumento del recurrente, podrían pedir igualmente que se retiren dichos símbolos de los espacios públicos⁽⁵¹⁾.

Al respecto, el TC cita casos de objeciones de conciencia a expresiones cívicas, recurriendo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos con los llamados *flag salute cases*, surgidos en los años cuarenta del siglo pasado, por la negativa de algunos alumnos de escuelas estatales, per-

(48) Cfr. STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 50.

(49) *Ibidem*.

(50) *Ibidem*.

(51) Cfr. *ibidem*, fundamento 54.

tenecientes a los Testigos de Jehová, a participar en la ceremonia cotidiana de saludo a la bandera nacional por considerarla idolátrica⁽⁵²⁾.

Puede apreciarse, entonces, que el TC comparte el criterio del TEDH en la sentencia del caso *Lautsi II*, en el sentido de que la percepción subjetiva del demandante («*the applicant's subjective perception*»⁽⁵³⁾) no es suficiente para configurar una violación del derecho de libertad religiosa.

Como afirma Martínez-Torrón, «el criterio para juzgar si se ha producido una violación de la libertad de religión y creencia ha de ser la coerción, y no el sentimiento subjetivo de ofensa que pueda sufrir una persona ante la presencia de ciertos símbolos religiosos»⁽⁵⁴⁾.

Interesante es, al respecto, lo señalado por el Juez Power del TEDH en su opinión concurrente en el caso *Lautsi II*. Dice Power: «La prueba de una violación del artículo 9⁽⁵⁵⁾ no es la «ofensa» sino la «coerción». Ese artículo no crea un derecho a no ser ofendido por la manifestación de las creencias religiosas de otros, incluso cuando el Estado da a esas creencias una «visibilidad preponderante». La exhibición de un símbolo religioso no obliga ni coacciona a un individuo a hacer o abstenerse de hacer algo. No exige la participación en alguna actividad, aunque posiblemente puede invitar al debate o estimular un intercambio abierto de opiniones. No impide que una persona siga su propia conciencia ni hace inviable que manifieste sus propias creencias religiosas y sus ideas»⁽⁵⁶⁾.

8. NO ES INCONSTITUCIONAL LA PRESENCIA DE ESTOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS, PERO EL PODER JUDICIAL PUEDE DECIDIR RETIRARLOS

A juicio del TC, «que el Poder Judicial no deba quitar los crucifijos o Biblias de los despachos y tribunales porque alguien así lo reclame, no impide que el órgano correspondiente de dicho Poder del Estado pueda decidir que se retiren, pero no precisamente porque sea inconstitucional mantenerlos»⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*.

⁽⁵³⁾ *Lautsi and others v. Italy*, 18 de marzo de 2011, n. 66.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Símbolos religiosos institucionales...*, cit., p. 124.

⁽⁵⁵⁾ Se refiere al artículo que reconoce la libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁽⁵⁶⁾ «The test of a violation under Article 9 is not “offence” but “coercion”. That article does not create a right not to be offended by the manifestation of the religious beliefs of others even where those beliefs are given «preponderant visibility» by the State. The display of a religious symbol does not compel or coerce an individual to do or to refrain from doing anything. It does not require engagement in any activity though it may, conceivably, invite or stimulate discussion and an open exchange of views. It does not prevent an individual from following his or her own conscience nor does it make it unfeasible for such a person to manifest his or her own religious beliefs and ideas» (*Lautsi and others v. Italy, Concurring Opinion of Judge Power*, 18 de marzo de 2011).

⁽⁵⁷⁾ STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 55.

De esta forma, el TC deja establecido que las autoridades de Poder Judicial pueden decidir el retiro del crucifijo y la Biblia de los juzgados y tribunales, pero en tal caso se trataría de una mera decisión de gobierno, no determinada por afectar la aconfesionalidad del Estado o por el respeto de la libertad religiosa de las personas que reclamen el retiro de estos símbolos.

Sería una situación similar a si el legislador decidiera suprimir los feriados de origen religioso en los que los trabajadores tienen derecho a descanso remunerado. Como explica Ferrer Ortiz, estas fiestas podrían cambiarse por otras, pero no porque colisionen con la aconfesionalidad o laicidad del Estado. Se trataría sencillamente de una decisión soberana de la autoridad estatal competente, como el legislador⁽⁵⁸⁾.

Este razonamiento del TC hace recordar lo decidido por su homólogo español cuando se discutió la constitucionalidad del acuerdo del claustro de la Universidad de Valencia de suprimir la imagen de la Virgen de la Sapiencia en el escudo universitario. En aquella oportunidad, el intérprete supremo de la Constitución española afirmó que resulta evidente «la plena libertad electiva del Claustro para adoptar, entre todas las posibles, *la opción mayoritariamente considerada más conveniente*; elección que, a falta de elementos objetivos y normativos que la sustentaran, se habría necesariamente de adoptar conforme a criterios de oportunidad o conveniencia libremente valorados y decididos por los claustrales [...]. Las evidencias históricas y las razones heráldicas no bastan, sin más, para menoscabar el derecho fundamental de autonomía universitaria ni, por ello mismo, para sustituir los símbolos libre y voluntariamente decididos por el Claustro Constituyente por otros que, como los propuestos por la minoría disconforme, seguramente serían igual de lícitos y respetables, solo que no han sido los mayoritariamente votados»⁽⁵⁹⁾. A juicio de este alto Tribunal, entonces, resultaba compatible con la aconfesionalidad del Estado tanto la decisión del retiro de la imagen de la Virgen del escudo de la Universidad como la que hubiera supuesto su mantenimiento, siempre que se trate de un acuerdo mayoritariamente adoptado como más conveniente por el órgano con competencia para ello: el claustro universitario.

De esta forma, la presencia del crucifijo y la Biblia en las salas de audiencia de los juzgados y tribunales no afecta la aconfesionalidad del Estado ni el derecho de libertad religiosa, como no vulneraría este derecho fundamental que la autoridad competente del Poder Judicial decidiera el retiro de tales símbolos.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. FERRER ORTIZ, J., *La presencia de símbolos de origen religioso...*, cit., p. 126.

⁽⁵⁹⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 130/1991, de 6 de junio, fundamento jurídico 5 (la cursiva es nuestra).

9. CONSIDERACIONES FINALES

La sentencia del TC aquí comentada, al abordar la presencia del crucifijo y la Biblia en las salas de audiencia de los juzgados y tribunales del Poder Judicial, distingue el origen y significado –evidentemente religiosos– de estos símbolos, de su significación cultural, producto de la inculturación de la religión en Occidente. Al mismo tiempo, el TC advierte la importancia del contexto histórico y cultural para explicar la presencia de los símbolos religiosos en el ámbito público.

Desde esta perspectiva, la presencia de estos símbolos, que se encuentran histórica y tradicionalmente en la esfera pública judicial, no se sustenta en razones de confesionalidad o de trato privilegiado de una religión en particular, por lo que no comprometen la laicidad del Estado. Y se mantienen porque pertenecen a la tradición del país y por voluntad de quienes están legitimados para decidir su permanencia en los distintos ámbitos donde el símbolo se encuentre, en este caso el Poder Judicial.

Además, el crucifijo o la Biblia en una sala de audiencias son símbolos pasivos, cuya sola presencia no fuerza a nadie a actuar en contra de sus convicciones, por lo que no se configura una situación de adoctrinamiento estatal o coerción, vedada por la protección del derecho de libertad religiosa.

Asimismo, para el TC, en criterio que comparte con el TEDH en la sentencia del caso *Lautsi II*, la percepción subjetiva de afectación por un símbolo religioso no es suficiente para configurar una violación del derecho de libertad religiosa.

En definitiva, se trata de una sentencia que da una respuesta a un asunto complejo, de la mayor relevancia –como lo prueba que haya recibido la atención de diversos tribunales y cortes constitucionales en el mundo– y que muestra que los símbolos religiosos en el espacio público pueden ser compatibles con un marco constitucional de respeto del derecho fundamental de libertad religiosa y la laicidad del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- BOROWSKI, M., *¿Qué significa un crucifijo? Símbolos religiosos y neutralidad estatal*, en M. Elósegui Itxaso (coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública alemana*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2012, pp. 23-47.
- DÍAZ MUÑOZ, O., «El derecho fundamental de libertad religiosa en la Constitución del Perú y su desarrollo jurisprudencial», en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 8 (2015), pp. 265-311.

- *Religious equality in the Peruvian Constitution*, en B. G. Sharffs, A. Maoz y A. Isaacson Woolley (ed.), *Religious Freedom and the Law. Emerging contexts for freedom for and from religion*, Routledge, Abingdon-New York, 2019, pp. 217-221.
- FERRER ORTIZ, J., *La presencia de símbolos de origen religioso en el espacio público y la libertad de no declarar la propia religión. Comentario a la STC 6111-2009-PA/TC*, en O. Díaz Muñoz, G. Eto Cruz y J. Ferrer Ortiz (coords.), *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2014, pp. 83-134.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa», en *Ius Canonicum*, 54 (2014), pp. 107-144.
- MELÉNDEZ VALDÉS NAVAS, M., «Reflexiones jurídicas en torno a los símbolos religiosos», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 24 (2010), pp. 1-31.
- PALOMINO LOZANO, R., *Neutralidad del Estado y espacio público*, Thomas Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014.
- REY MARTÍNEZ, F., «Símbolos religiosos en espacios públicos (del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Tribunal Constitucional peruano)», en *Memoria del X Congreso Nacional de Derecho Constitucional y III Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional «Néstor Pedro Sagüés»*, Huancayo, 2011, pp. 19-33.

JURISPRUDENCIA

- Corte de Casación de Italia: Corte di Cassazione, Sez. unite civili sentenza n. 5924, 14 marzo 2011.
- Corte Suprema de los Estados Unidos: *Salazar v. Buono*, 559 U. S. 700 (2010), 28 de abril de 2010; *American Legion et al. v. American Humanist Assn. et al.*, 588 U. S. (2019), 20 de junio de 2019.
- Tribunal Constitucional de Austria: Verfassungsgerichtshof G 287/09-25, 9 marzo 2011.
- Tribunal Constitucional de España: STC 130/1991, 6 junio 1991; STC 154/2002, 18 julio 2002; STC 34/2011, 28 marzo 2011.
- Tribunal Constitucional del Perú: STC 06111-2009-PA/TC, 7 marzo 2011.
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania: BVerfG, 1 BvR 1087/91, 16 mayo 1995.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Sentencias *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 diciembre 1976; *Dahlab v. Switzerland*, 15 febrero 2001; *Folgerø and Others v. Norway*, 29 junio 2007; *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, 9 octubre 2007; *Lautsi and others v. Italy* (Chamber), 3 noviembre 2009; *Lautsi and others v. Italy* (Grand Chamber), 18 marzo 2011.
- Decisión de inadmisibilidad: *Jiménez and Jiménez Merino v. Spain*, Solicitud n. 51188/99, 25 mayo 2000.

Libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: entre la protección selectiva y la interpretación restrictiva (1979-2024)

Religious freedom in the Inter-American Human Rights System: between selective protection and restrictive interpretation (1979-2024)

ANDRÉS FELIPE LÓPEZ LATORRE
Universidad de La Sabana (Colombia)

Resumen: Este capítulo analiza la evolución de la protección de la libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos entre 1979 y 2024. Identifica un desarrollo fragmentario y limitado en la jurisprudencia, centrado principalmente en comunidades indígenas, y señala una tendencia reciente hacia interpretaciones restrictivas que subordinan la libertad religiosa a otros derechos. A través de un enfoque doctrinal y analítico, el trabajo examina el contexto regional, el marco normativo, los patrones jurisprudenciales y los desafíos contemporáneos, proponiendo reformas conceptuales y prácticas para fortalecer una protección más robusta, inclusiva y respetuosa del pluralismo religioso en América Latina.

Abstract: This chapter analyzes the evolution of religious freedom protection within the Inter-American Human Rights System between 1979 and 2024. It highlights a fragmented and limited jurisprudential development, primarily focused on indigenous communities, and identifies a recent trend toward restrictive interpretations that subordinate religious freedom to other rights. Through a doctrinal and analytical approach, the study analyzes the regional context, legal framework, jurisprudential patterns, and contemporary challenges, proposing conceptual and practical reforms to

strengthen a more robust, inclusive, and pluralistic protection of religious freedom in Latin America.

Palabras clave: Libertad religiosa; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; interpretación restrictiva; protección selectiva; jurisprudencia interamericana.

Keywords: Religious freedom; Inter-American Human Rights System; restrictive interpretation; selective protection; Inter-American jurisprudence.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Contexto regional sobre la libertad religiosa. 2.1 Nicaragua: la represión sistemática como política estatal. 2.2 Venezuela: entre la cooptación y la represión. 2.3 Cuba: la religión bajo un régimen autoritario. 2.4 Colombia y México: violencia de actores no estatales y discriminación estructural. 2.5 Chile y Argentina: ataques a lugares de culto y restricciones en el espacio público. 2.6 Diagnóstico regional: la audiencia ante la CIDH de 2022 y sus hallazgos.—3. Marco normativo de la protección a la libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). 3.1 Marco normativo y dimensiones conceptuales. 3.2 Dimensiones del derecho a la libertad religiosa. 3.2.1 *Dimensión positiva*. 3.2.2 *Dimensión negativa*. 3.2.3 *Derecho de los padres a la educación de sus hijos*. 3.3 Titularidad: individual y colectiva. 3.4 Conclusión preliminar.—4. Análisis sistemático de la jurisprudencia de la Corte (1969-presente) e informes de la Comisión Interamericana. 4.1 Análisis cuantitativo. 4.2 Análisis cualitativo. 4.2.1 *Pueblos indígenas: la dimensión colectiva y espiritual de la libertad religiosa*. 4.2.2 *Personas privadas de la libertad: desarrollo jurisprudencial de un derecho inderogable*. 4.2.3 *Libertad religiosa y libertad de expresión en la jurisprudencia interamericana: el caso «La Última Tentación de Cristo»*. 4.2.4 *Excepción ministerial*. 4.2.5 *El informe de la Comisión Interamericana*.—5. Desafíos contemporáneos y perspectivas de reforma. 5.1 Limitaciones sistémicas. 5.2 Propuestas de fortalecimiento.—6. Conclusiones.—Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La libertad religiosa es un pilar fundamental en sociedades democráticas pluralistas, esencial para proteger las convicciones y formas de vida de los creyentes. No obstante, pese a su importancia y a las violaciones graves que persisten en América, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia limitada y fragmentada al respecto.

Este capítulo argumenta que existe un déficit estructural en la protección efectiva de este derecho en el Sistema Interamericano, expresado en tres dimensiones: i) escasez de casos presentados ante la Corte relaciona-

dos con libertad religiosa, a pesar de su vigencia en la región; ii) enfoque concentrado en espiritualidades indígenas, dejando sin atención otras manifestaciones del derecho; y iii) una creciente tendencia a interpretaciones restrictivas que subordinan la libertad religiosa a otros derechos, en lugar de reconocerla como una garantía fundamental para sociedades plurales y justas.

El artículo se organiza en tres secciones: la primera analiza el contexto histórico y jurídico del derecho a la libertad religiosa en el Sistema Interamericano; la segunda examina su evolución jurisprudencial y las limitaciones detectadas; la tercera aborda los desafíos actuales, con propuestas para reforzar su protección desde un enfoque pluralista e inclusivo.

Este trabajo contribuye al campo académico y práctico al ofrecer un análisis crítico de las deficiencias sistémicas en la protección de la libertad religiosa dentro del Sistema Interamericano, y proponer cambios conceptuales y prácticos para fortalecer su protección efectiva, considerando la compleja realidad multicultural del continente americano y la necesidad de una interpretación más integral y robusta de este derecho fundamental.

2. CONTEXTO REGIONAL SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Si bien América Latina no ha experimentado históricamente violaciones masivas a la libertad religiosa comparables a las observadas en otras regiones del mundo, como lo señalan Celis Brunet y Barrera-Rojas⁽¹⁾, un análisis pormenorizado de los registros del Sistema Interamericano revela una preocupación sostenida por vulneraciones significativas a este derecho desde sus inicios. Como documenta Martín Quintero⁽²⁾, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifestó durante las décadas de 1970 y 1980 su inquietud por las restricciones sistemáticas a la libertad religiosa en diversos contextos nacionales: desde la represión institucionalizada en Cuba hasta las limitaciones a la Iglesia Católica en El Salvador, Nicaragua, Guatemala y Paraguay. El caso paradigmático de Diana Ortiz en 1989 –una religiosa norteamericana secuestrada, torturada y violada por agentes estatales guatemaltecos debido a su compromiso con comunidades indígenas marginadas– ilustra la complejidad histórica de estas vulneracio-

⁽¹⁾ CAÑIZARES, A., *Extreme secularism and deinstitutionalization as a path to a future religious persecution*, en *Notre Dame Law Review*, 24 de junio de 2022, disponible en: <https://papers.ssrn.com/abstract=4256741>.

⁽²⁾ MARTÍN QUINTERO, R., *El derecho a la libertad religiosa en los sistemas regionales de protección de derechos humanos de Europa y América*, en *Araucaria (Triana)*, 23, núm. 46 (2021), pp. 591-612, disponible en: <https://doi.org/10.12795/araucaria.2021.i46.29>.

nes. Este precedente evidencia que las amenazas contemporáneas a la libertad religiosa en la región, lejos de constituir un fenómeno novedoso, representan la evolución y, en algunos casos, la intensificación de patrones de restricción y violencia que han persistido a lo largo de la historia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La vulneración contemporánea de la libertad religiosa en América Latina responde a tres patrones interrelacionados⁽³⁾: primero, una represión sistemática desde el Estado, visible en regímenes autoritarios como Nicaragua, Venezuela y Cuba, donde se instrumentaliza el aparato legal para restringir la expresión religiosa; segundo, la violencia ejercida por actores no estatales, como grupos armados y criminales en Colombia y México, que intimidan o atacan a comunidades de fe; y tercero, formas de discriminación estructural, como la exclusión religiosa en comunidades indígenas o la intromisión estatal en la autonomía educativa de instituciones confesionales. Estos fenómenos reflejan dinámicas sistémicas que van más allá de casos aislados, revelando una afectación profunda a la libertad religiosa desde distintos frentes institucionales y sociales.

2.1 Nicaragua: la represión sistemática como política estatal

Desde el estallido social de 2018, Nicaragua ha vivido una intensificación de las tensiones entre el régimen de Daniel Ortega y las comunidades religiosas, especialmente la Iglesia Católica, que históricamente ha sido mediadora y defensora de derechos humanos. El régimen percibe las expresiones religiosas como amenazas a su estabilidad, lo que ha conducido a una represión sistemática en múltiples dimensiones.

En Nicaragua, los arrestos arbitrarios, el hostigamiento y la criminalización de líderes religiosos –como la condena del obispo Rolando Álvarez a 26 años de prisión– revelan una política estatal de represión sistemática. La Iglesia Católica ha sido especialmente afectada, enfrentando cierres de medios de comunicación, prohibición de procesiones y expropiación de bienes, lo que demuestra un intento deliberado de reducir su presencia pública. Estas acciones, amparadas en un uso instrumental de la ley, vulneran abiertamente estándares internacionales como los de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽⁴⁾.

⁽³⁾ CABALLERO OCHOA, J. L. J., *Las perspectivas actuales del derecho fundamental de libertad religiosa en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos*, enero de 2004, disponible en: <https://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/262>.

⁽⁴⁾ MUGA, R. y FLORES, T., *Political repression of religious leaders' manifestations of faith in Nicaragua*, en *International Journal for Religious Freedom*, 15, núm. 1/2 (2022).

2.2 Venezuela: entre la cooptación y la represión

En Venezuela, la libertad religiosa enfrenta un entorno marcado por el control estatal y la polarización política. El régimen de Nicolás Maduro ha implementado una estrategia dual de cooptación y represión. Mientras se privilegia a iglesias afines al gobierno, como algunas denominaciones evangélicas que reciben beneficios estatales, se restringe a la Iglesia Católica y otras denominaciones percibidas como opositoras⁽⁵⁾.

Los líderes religiosos críticos son hostigados mediante el uso de colectivos armados para intimidarlos y limitar sus actividades. Los medios religiosos, especialmente los vinculados a la Iglesia Católica, son censurados y, en ocasiones, clausurados⁽⁶⁾. Asimismo, la Ley Contra el Odio se utiliza para perseguir a líderes religiosos y censurar sus mensajes, en una clara violación de la libertad de expresión y religiosa⁽⁷⁾. Esta instrumentalización de la religión y las leyes evidencia un intento del régimen por consolidar su control político mientras debilita cualquier voz crítica, incluidas las de las comunidades religiosas⁽⁸⁾.

2.3 Cuba: la religión bajo un régimen autoritario

Cuba, bajo su régimen comunista, se presenta como un caso paradigmático de represión estatal contra la libertad religiosa. El gobierno ejerce un control férreo sobre las prácticas religiosas, subordinando las expresiones de fe a los intereses estatales⁽⁹⁾.

Las estrategias de represión incluyen vigilancia constante de líderes religiosos, encarcelamiento arbitrario de críticos y restricciones en la educación religiosa. Las iglesias no registradas, principalmente protestantes, enfrentan amenazas de cierre y confiscación de propiedades bajo pretextos administrativos⁽¹⁰⁾. Los padres que intentan educar a sus hijos fuera del sistema ideológico estatal enfrentan represalias legales, como condenas de prisión. Esta política de control se ve agravada por un discurso oficial que tilda a los líderes religiosos críticos de «subversivos», reforzando un

(5) PETRI, D. P. y FLORES CHISCUL, T., *Religious regulation and discrimination in Venezuela*, en *Observatory of Religious Freedom in Latin America*, 2022, pp. 5–7.

(6) PETRI y FLORES CHISCUL, *Religious Regulation and Discrimination in Venezuela*. 8.

(7) PETRI y FLORES CHISCUL, *Religious Regulation and Discrimination in Venezuela*. 9.

(8) FLORES, T., *The situation of religious freedom in Latin America in light of the Universal Declaration of Human Rights*, en *Shaping a world of freedoms: 75 years of legacy and impact of the Universal Declaration of Human Rights*, ed. N. Burcea y L. Bautista, Unequal World Research Center, New York, 2023, pp. 171-181.

(9) FLORES, T., *Religious Freedom in Latin America*, 182.

(10) FLORES, T., *Religious Freedom in Latin America*, 183.

clima de miedo y autocensura que limita el pleno ejercicio de la libertad religiosa en la isla⁽¹¹⁾.

2.4 Colombia y México: la violencia de actores no estatales y la discriminación estructural

En Colombia y México, los desafíos a la libertad religiosa están intrínsecamente vinculados a la violencia estructural derivada del crimen organizado y los conflictos internos. En Colombia, los líderes religiosos que trabajan en zonas controladas por guerrillas o grupos paramilitares enfrentan amenazas de muerte, desplazamientos forzados y asesinatos. Estas agresiones suelen estar motivadas por su rechazo a colaborar con actividades ilícitas o por sus esfuerzos en defensa de derechos humanos en comunidades vulnerables⁽¹²⁾.

En Colombia, la violencia contra líderes religiosos ha sido una constante en el marco del conflicto armado. Grupos armados ilegales han identificado a sacerdotes y pastores como amenazas a su control territorial, debido a su labor de mediación, promoción de la paz y defensa de los derechos humanos en comunidades vulnerables. Muchos han sido víctimas de amenazas, desplazamiento forzado e incluso asesinatos⁽¹³⁾.

El Proyecto de Ley 02 del 2024, presentado ante el Congreso, reconoce a las víctimas del sector religioso y busca su inclusión en los procesos de reparación y justicia transicional. En este contexto, se ha señalado que la violencia contra comunidades religiosas no se limita a ataques directos contra templos, sino que también incluye la persecución de personas por sus creencias y prácticas religiosas⁽¹⁴⁾.

Casos emblemáticos como la masacre de Bojayá –donde una bomba lanzada a una iglesia dejó 81 víctimas, 47 de ellas menores de edad–, el asesinato del padre Tiberio Fernández, y la desaparición de líderes religiosos en zonas de conflicto reflejan esta vulnerabilidad. Además, iglesias han sido objeto de extorsión por parte de grupos armados, generando autocensura y limitando su labor social y humanitaria⁽¹⁵⁾.

México comparte una problemática similar, donde los carteles de drogas ejercen control sobre comunidades rurales, extorsionando a líderes religiosos y atacando a aquellos que desafían su autoridad. Además, las tensiones

(11) FLORES, T., *Religious Freedom in Latin America*, 184.

(12) PETRI, D. P. y FLORES CHISCUL, T., *Religious regulation and discrimination in Venezuela*, en *Observatory of Religious Freedom in Latin America*, 2022, pp. 2-4.

(13) Centro Nacional de Memoria Histórica. (2018). *Memoria y comunidades de fe en Colombia*.

(14) Proyecto de Ley 02 del 2024: víctimas del sector religioso.

(15) Centro Nacional de Memoria Histórica, «La masacre de Bojayá, un compromiso contra el olvido»; Centro Nacional de Memoria Histórica. (2018). *Memoria y comunidades de fe en Colombia*.

en comunidades indígenas revelan otro nivel de discriminación, con casos de violencia contra miembros que se convierten a religiones minoritarias. Estas comunidades enfrentan expulsión, destrucción de propiedades y negación de servicios básicos⁽¹⁶⁾. En ambos países, la insuficiencia de protección estatal perpetúa la violencia e impunidad, afectando no solo la libertad religiosa, sino también la cohesión social⁽¹⁷⁾.

2.5 Chile y Argentina: ataques a lugares de culto y restricciones a la religión en el espacio público

Desde octubre de 2019, en el marco de las protestas sociales en Chile, al menos 57 iglesias católicas y evangélicas han sido atacadas, según un informe presentado ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estos actos –que incluyen incendios, saqueos y profanaciones– han afectado gravemente la libertad religiosa. Casos como la Catedral de Valparaíso, el Centro de Restauración Internacional y la Parroquia Santa Teresa de los Andes reflejan un patrón de violencia contra espacios de culto que ha generado temor entre las comunidades creyentes⁽¹⁸⁾.

Las iglesias evangélicas también han sido blanco de violencia. Muchas han tenido que suspender sus actividades religiosas por temor a nuevos ataques, lo que ha limitado la posibilidad de ejercer libremente su culto. Además, en varias ocasiones, manifestantes han realizado pintadas y grafitis con mensajes antirreligiosos en templos y monumentos religiosos⁽¹⁹⁾.

De igual forma, en Argentina, diversos actos de vandalismo contra espacios de culto reflejan un patrón de intolerancia religiosa que afecta tanto a comunidades católicas como evangélicas y ortodoxas. Entre los casos reportados se encuentran la profanación de la Catedral Nuestra Señora de la Paz, grafitis en la Catedral Ortodoxa Rusa de Buenos Aires y ataques con mensajes étnicos en la Capilla Virgen del Lago en Esquel. También se han registrado daños y hostilidad contra templos durante manifestaciones sociales, como en la Catedral San Luis Rey y el Templo Evangélico de la Iglesia Universal⁽²⁰⁾.

⁽¹⁶⁾ FLORES, T., *Religious Freedom in Latin America*, 190-193.

⁽¹⁷⁾ FLORES, T., *Religious Freedom in Latin America*, 194.

⁽¹⁸⁾ Comunidad y Justicia, 2015, disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/ProtectionFamily/CivilSociety/ComunidadJusticia.pdf>.

⁽¹⁹⁾ Comunidad y Justicia, 2015, disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/ProtectionFamily/CivilSociety/ComunidadJusticia.pdf>.

⁽²⁰⁾ OLIRE (Observatorio de Libertad Religiosa en América Latina). *Templos Vandalizados en Argentina*. OLIRE, 2023. <https://olire.org/es/templos-vandalizados-en-argentina>; AICA (Agencia Informativa Católica Argentina). *Red religiosa lamenta que sigan las vandalizaciones a lugares de culto*. AICA, 2023. <https://aica.org/noticia-red-religiosa-lamenta-que-sigan-las-vandalizaciones-a-lugares-de-culto>.

La violencia contra espacios de culto constituye una amenaza grave al ejercicio de la libertad religiosa. Frente a este fenómeno, diversas organizaciones han llamado a adoptar medidas que no solo protejan físicamente estos lugares, sino que también promuevan la tolerancia y garanticen su inviolabilidad como base para el pluralismo democrático.

2.6 El diagnóstico regional: la audiencia ante la CIDH de 2022 y sus hallazgos

La complejidad y alcance de estas problemáticas quedó evidenciada en la audiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) celebrada el 28 de octubre de 2022⁽²¹⁾. En esta, diversas organizaciones de la sociedad civil presentaron informes detallados que profundizaron en cinco desafíos fundamentales que enfrenta la región.

En la audiencia ante la CIDH de octubre de 2022, organizaciones civiles denunciaron graves vulneraciones a la libertad religiosa en la región. Señalaron la persecución en Nicaragua, con expulsión de congregaciones y arrestos de líderes religiosos; y en México, las restricciones constitucionales que sancionan al clero por expresar opiniones políticas. También se alertó sobre la violencia contra comunidades religiosas en zonas controladas por el crimen organizado en México, Colombia y Honduras, así como la discriminación hacia minorías religiosas en comunidades indígenas. Finalmente, se advirtió sobre la creciente criminalización de la objeción de conciencia institucional en temas de educación y salud, que obliga a muchas entidades religiosas a actuar contra sus convicciones.

La audiencia reafirmó los patrones de vulneración a la libertad religiosa y evidenció la urgencia de reforzar su protección en la región, ante un panorama donde factores políticos, legales y sociales se combinan para restringir el libre ejercicio de este derecho.

3. MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIDH)

Esta sección examina el desarrollo jurisprudencial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa desde 1969, analizando el tratamiento del artículo 12 de la Convención Americana de Dere-

⁽²¹⁾ CIDH, «Audiencia sobre la Situación de la Libertad Religiosa y de Creencias en las Américas», 186, Período de Sesiones, 28 de octubre de 2022, <https://youtube.com/watch?v=qXvPBtWX4j4>

chos Humanos (CADH), las tensiones entre dimensiones individuales y colectivas, y las limitaciones en su implementación. Aunque cuantitativamente escasa, la jurisprudencia revela patrones significativos en las prioridades interpretativas y omisiones del sistema.

El estudio se estructura en tres ejes: primero, el marco normativo y dimensiones conceptuales de la libertad religiosa; segundo, un análisis sistemático de la jurisprudencia del SIDH; y tercero, el paradigma de las comunidades indígenas como caso ejemplar que vincula territorio, espiritualidad y derechos colectivos, contrastándolo con el tratamiento de otros grupos religiosos.

Este análisis busca no solo documentar el estado actual de la jurisprudencia sino identificar sus implicaciones teóricas y prácticas. Como señala Mosquera, el limitado desarrollo jurisprudencial parece responder a una percepción institucional de estabilidad religiosa tras «la consolidación democrática en la región»⁽²²⁾, a pesar de los desafíos contemporáneos.

3.1 Marco normativo y dimensiones conceptuales

En el corpus iuris interamericano, la libertad religiosa se fundamenta en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la libertad de conciencia y religión. Este marco protege dimensiones individuales y colectivas, garantizando tanto el derecho a mantener o cambiar convicciones religiosas como a manifestarlas públicamente. En conjunción con el artículo III de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁽²³⁾, establece un sistema integral de garantías para el ejercicio efectivo de la libertad religiosa en la región.

El marco normativo de la libertad religiosa en el Sistema Interamericano se fortalece mediante su vinculación con el *corpus iuris* internacional, particularmente el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Declaración de 1981 sobre eliminación de intolerancia religiosa. Incorpora además disposiciones del Protocolo de San Salvador sobre educación religiosa, equilibrando derechos parentales y obligaciones estatales en el ámbito educativo, aspecto crucial en las tensiones contemporáneas entre autonomía religiosa y regulación estatal. En esta línea, la Corte Interamericana, en el caso *Pavez v. Chile*, reconoció expresamente la relevancia del artículo 18 del PIDCP y de la Declaración de 1981

⁽²²⁾ MOSQUERA, S., «Reflexiones a partir del estudio de casos sobre libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos», en *Persona y Derecho*, núm. 77 (2017), pp. 335-351, disponible en: <https://doi.org/10.15581/011.77.335-351>.

⁽²³⁾ Organización de los Estados Americanos (OEA), *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, adoptada en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948.

como parámetros interpretativos para evaluar restricciones a la libertad religiosa en contextos educativos y laborales ⁽²⁴⁾.

El desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha estado marcado por desafíos significativos por su ausencia de pronunciamiento y por la interpretación de sus dimensiones y alcances. A continuación, se exponen algunas de las dimensiones del derecho a la libertad religiosa de acuerdo con la CADH, el informe de la Comisión Interamericana sobre libertad religiosa y la jurisprudencia de la Corte IDH.

3.2 Dimensiones del derecho a la libertad religiosa

De acuerdo con el artículo 12 de la CADH, la libertad religiosa tiene cuatro dimensiones fundamentales, derivadas de los incisos del citado artículo, cada una de las cuales abarca aspectos positivos y negativos del ejercicio de este derecho:

3.2.1 Dimensión positiva

El inciso 12.1 define el alcance positivo de la libertad de conciencia y religión, reconociendo el derecho de toda persona a conservar, cambiar, profesar y divulgar su religión o creencias. Esta dimensión incluye la libertad de asociación religiosa, la práctica de cultos y la realización de ritos, los cuales pueden expresarse tanto de manera individual como colectiva. Además, abarca derechos asociados como la libertad de circulación y la no discriminación por motivos religiosos. La Corte ha interpretado que este derecho protege la identidad cultural y espiritual de comunidades específicas, especialmente indígenas, al vincularlo con la preservación de tradiciones y ritos ancestrales ⁽²⁵⁾.

La libertad religiosa abarca el derecho a profesar, divulgar y practicar creencias religiosas individual y colectivamente, incluyendo la protección para mantener o cambiar estas creencias en diversos contextos. Según la CIDH ⁽²⁶⁾, la libertad religiosa en su dimensión positiva abarca tres aspectos fundamentales: el ejercicio de la fe sin restricciones arbitrarias, que comprende el derecho al culto, la organización de comunidades religiosas y el uso de espacios públicos para manifestaciones religiosas; la protección de

⁽²⁴⁾ Corte IDH, *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, Serie C No. 449 (2022), párr. 82.

⁽²⁵⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), pár. 131

⁽²⁶⁾ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Estándares interamericanos sobre libertad de religión y creencia*, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 384/23, CIDH, Washington, D. C., 10 de septiembre de 2023, párr. 40, disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Estudio_LRC.pdf.

la identidad cultural y espiritual, que garantiza prácticas espirituales de comunidades indígenas, incluyendo ritos, sepultura digna y acceso a territorios sagrados como elementos esenciales para su cohesión cultural; y la garantía de derechos conexos, donde la libertad religiosa se vincula estrechamente con otros derechos fundamentales como la expresión, asociación y educación, necesarios para su pleno ejercicio⁽²⁷⁾.

3.2.2 *Dimensión negativa*

El inciso 12.2 consagra la dimensión negativa, asegurando que nadie sea objeto de medidas que menoscaben su libertad religiosa. Esta vertiente protege al titular del derecho contra injerencias indebidas del Estado o particulares. En este sentido, el SIDH ha señalado que la protección incluye evitar restricciones arbitrarias al cambio de religión o la práctica de ritos, y garantizar la plena autodeterminación de las personas en un ambiente libre de coacción. El artículo 12 también protege contra injerencias indebidas del Estado y actores privados que limiten la capacidad de las personas de ejercer su libertad religiosa⁽²⁸⁾.

La protección de la libertad religiosa abarca dos dimensiones fundamentales interrelacionadas: por un lado, la protección frente a la coacción asegura que ninguna persona sea obligada a actuar contra sus creencias religiosas ni impedida de adoptar nuevas convicciones según su propia conciencia; mientras que, por otro lado, la protección contra la discriminación, fundamentada en el principio de igualdad, garantiza que ningún individuo enfrente restricciones o represalias basadas en su religión o creencias, salvaguardando así la dignidad y libertad de todas las personas en el ámbito religioso.

Las restricciones al ejercicio de la libertad religiosa se encuentran enmarcadas en un delicado equilibrio entre la protección de derechos fundamentales y la salvaguarda de intereses públicos legítimos. El artículo 12.3 de la Convención Americana establece un marco tripartito para evaluar la legitimidad de tales limitaciones: deben estar prescritas por ley, perseguir objetivos específicamente enumerados (seguridad, salud, orden público o derechos de terceros), y ser necesarias en una sociedad democrática.

Esta estructura normativa refleja la naturaleza dual de la libertad religiosa: mientras su dimensión interna goza de protección absoluta e inderogable incluso en estados de emergencia (conforme al artículo 27 de la Convención), sus manifestaciones externas pueden ser objeto de regulación estatal

⁽²⁷⁾ Corte IDH, Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 73, párr. 79.

⁽²⁸⁾ Corte IDH, Caso «Instituto de Reeducción del Menor» vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 112, párr. 155; Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 250, párrs. 153-165.

bajo parámetros estrictamente definidos. La jurisprudencia interamericana ha desarrollado criterios específicos para evaluar la legitimidad de estas restricciones. En primer lugar, el requisito de legalidad exige que las limitaciones estén formalmente establecidas mediante normas claras y precisas, evitando así la discrecionalidad administrativa. En segundo término, la necesidad de la medida debe demostrarse mediante un nexo causal directo entre la restricción y el objetivo legítimo perseguido. Finalmente, el criterio de proporcionalidad requiere que la limitación sea la menos lesiva entre las alternativas disponibles para alcanzar el fin propuesto⁽²⁹⁾.

3.2.3. *Derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos*

El inciso 12.4 reconoce el derecho de los padres o tutores a que sus hijos reciban una educación religiosa y moral acorde con sus convicciones. Aunque esta disposición ha sido poco desarrollada en la jurisprudencia interamericana, en el caso *Pavez Pavez*, la Corte enfatizó que este derecho puede implicar la habilitación de mecanismos administrativos y judiciales para garantizar su protección. Esto es particularmente relevante en contextos donde la autonomía de las comunidades religiosas interactúa con obligaciones estatales⁽³⁰⁾.

A partir del párrafo 40 del informe de la Comisión Interamericana⁽³¹⁾, podemos identificar una taxonomía comprehensiva de las dimensiones fundamentales que configuran el derecho a la libertad religiosa en el Sistema Interamericano. Este marco analítico revela la naturaleza multifacética de este derecho fundamental, que se manifiesta a través de nueve dimensiones interrelacionadas: dimensión electiva-conservativa, dimensión transformativa, dimensión manifestativa, dimensión cultural-congregacional, dimensión ritual-temporal, dimensión institucional-operativa, dimensión material-ritual, dimensión organizacional-jerárquica, dimensión educativa-parental.

3.3 Titularidad: individual y colectiva

Un aspecto central del análisis normativo es la interacción entre las dimensiones individual y colectiva de la libertad religiosa. Según la CIDH, esta interacción se manifiesta en la posibilidad de profesar la religión de

⁽²⁹⁾ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, Serie A No. 8 (1987), párr. 27; Corte IDH, *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, Serie C No. 449 (2022), párr. 142.

⁽³⁰⁾ Corte IDH, *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, Sentencia de 4 de febrero de 2022, Serie C No. 452, párrs. 128–129.

⁽³¹⁾ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Estándares interamericanos sobre libertad de religión y creencia*, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 384/23, CIDH, Washington, D. C., 10 de septiembre de 2023, párr. 40, disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Estudio_LRC.pdf.

manera individual, pero también a través de comunidades organizadas que buscan preservar y promover sus creencias. En este sentido, la Corte ha reconocido el derecho de comunidades indígenas a proteger su vínculo espiritual con sus tierras ancestrales, señalando que el ejercicio colectivo de la libertad religiosa es esencial para la preservación de su identidad cultural⁽³²⁾.

La CIDH ha reconocido que la libertad religiosa no solo protege a los individuos, sino también a las comunidades religiosas en su derecho a autogestionarse. Esto incluye la capacidad de seleccionar a sus representantes, como se discutió en el caso de la excepción ministerial abordado por la Corte. Sin embargo, en contextos como la educación pública, el alcance colectivo está condicionado por estándares de igualdad y no discriminación, destacando la necesidad de controles estatales para evitar abusos o arbitrariedades en el ejercicio de este derecho⁽³³⁾.

3.4 Conclusión Preliminar

El análisis del marco normativo interamericano revela un reconocimiento formal significativo de la libertad religiosa, cristalizado principalmente en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y complementado por el artículo III de la Declaración Americana. Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial de este derecho fundamental ha sido relativamente limitado en el Sistema Interamericano, con un número reducido de casos que han permitido su interpretación y aplicación práctica.

Esta disparidad entre el robusto reconocimiento normativo y el limitado desarrollo jurisprudencial amerita un análisis detallado de los precedentes existentes, sus alcances y limitaciones. En las siguientes secciones se examinará cómo los órganos del Sistema Interamericano han interpretado y aplicado estas garantías normativas, identificando las principales líneas jurisprudenciales que han emergido en esta materia.

4. ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE (1969-PRESENTE) E INFORMES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA

El análisis cuantitativo y cualitativo de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos revela patrones significativos en el

⁽³²⁾ Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 146.

⁽³³⁾ Corte IDH, *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, Sentencia de 4 de febrero de 2022, Serie C No. 452, párrs. 128–129.

tratamiento de la libertad religiosa que merecen un examen detallado. Esta sección presenta una evaluación sistemática de las tendencias jurisprudenciales, identificando tanto los avances como las limitaciones en el desarrollo de este derecho fundamental.

4.1 Análisis cuantitativo

El Sistema Interamericano muestra una notable escasez de casos relacionados con la libertad religiosa. Durante el período 2000-2020, la Corte Interamericana solo ha emitido sentencia en 18 casos vinculados a esta materia, distribuidos en nueve países. Esta cifra resulta particularmente significativa al representar menos del 1% del total de más de 400 casos resueltos por la Corte en estas dos décadas.

Es destacable que, de estos 18 casos, únicamente cuatro (22.22%) abordan de manera explícita el artículo 12 de la Convención Americana. Esto significa que, aunque los hechos o conductas violatorias afectaron directa o indirectamente aspectos del derecho a la libertad religiosa en los demás casos, este derecho no fue alegado por las partes ni por la Comisión. La Corte tampoco fundamentó sus decisiones en relación con la libertad religiosa, a pesar de su competencia para incluir derechos no alegados por las partes según el principio *iuris novit curiae*⁽³⁴⁾.

A continuación, se presenta una sistematización detallada de los 18 casos relacionados con la libertad religiosa en el Sistema Interamericano durante el período 2000-2020. La tabla incluye información sobre el país demandado, el año de la sentencia, una breve descripción de los hechos relevantes en materia de libertad religiosa, y si el artículo 12 de la Convención Americana fue expresamente analizado por la Corte.

Nombre del caso	Tipo	Fecha	País	Artículo 12 como derecho violado
Bámaca Velásquez vs. Guatemala.	Sentencia Fondo.	2000	Guatemala.	No
La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.	Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas.	2001	Chile.	Sí
Cantos vs. Argentina.	Sentencia Excepciones Preliminares.	2001	Argentina.	No

⁽³⁴⁾ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

Nombre del caso	Tipo	Fecha	País	Artículo 12 como derecho violado
Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.	Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas.	2001	Nicaragua.	Sí
Maritza Urrutia vs. Guatemala.	Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas.	2003	Guatemala.	No
Juan Humberto Sánchez vs. Honduras.	Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas.	2003	Honduras.	No
Cinco Pensionistas vs. Perú.	Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas.	2003	Perú.	No
Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay.	Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.	2004	Paraguay.	No
Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala.	Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas.	2004	Guatemala.	Sí
Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.	Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas.	2005	Paraguay.	No
Comunidad Moiwana vs. Surinam.	Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas.	2005	Surinam.	No
Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay.	Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas.	2006	Paraguay.	No
Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.	Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas.	2010	Paraguay.	No
Masacres de Río Negro vs. Guatemala.	Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.	2012	Guatemala.	Sí
Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.	Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas.	2012	Ecuador.	No
Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam.	Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas.	2015	Surinam.	No
Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala.	Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.	2016	Guatemala.	No
Caso Pavez Pavez vs. Chile.	Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas.	2022	Chile.	No

En cuanto a la Comisión Interamericana, el análisis del período 1978-2019 revela un panorama similar, aunque con características particulares. Durante estas cuatro décadas, la Comisión se ha pronunciado en 13 casos relacionados con la libertad religiosa, de los cuales nueve abordan explícitamente el artículo 12 de la Convención. Esta proporción de casos que anali-

zan directamente la libertad religiosa (69.23%) contrasta con el porcentaje observado en la Corte (22.22%), aunque el número total de casos sigue siendo relativamente bajo en comparación con otros derechos protegidos por el Sistema Interamericano.

Tipo de Informe	Título del Informe	País	Cita directa del artículo 12	Año
Fondo.	Informe núm. 31/96. Caso 10.526. Guatemala.	Argentina.	Sí	1978
Fondo.	Informe núm. 49/99. Caso 11.610. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz. México.	México.	Sí	1999
Fondo.	Informe núm. 43/05. Caso 12.219. Fondo. Cristián Daniel Sahli Vera y otros. Chile.	Guatemala.	Sí	2002
Fondo.	Informe núm. 6/14. Caso 12.788. Fondo. Miembros de la aldea de Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal. Guatemala.	Guatemala.	Sí	2004
Fondo.	Informe núm. 40/04. Caso 12.053. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Belice.	Belice.	Sí	2004
Fondo.	Informe núm. 57/96. Caso 11.139. William Andrews. Estados Unidos.	Chile.	Sí	2005
Fondo.	Informe núm. 99/99. Caso 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos.	Guatemala.	Sí	2010
Fondo.	Informe núm. 43/05. Caso 12.219. Cristián Daniel Sahli Vera y otros. Chile.	Guatemala.	Sí	2014
Admisibilidad.	Informe núm. 49/99. Caso 11.610. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz. México.	Guatemala.	No	1996
Admisibilidad.	Informe núm. 31/96. Caso 10.526. Guatemala.	Estados Unidos.	No	1996
Admisibilidad.	Informe núm. 6/14. Caso 12.788. Miembros de la aldea de Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal. Guatemala.	Estados Unidos.	No	1999
Admisibilidad.	Informe núm. 40/04. Caso 12.053. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Belice.	Canadá.	No	2009

Tipo de Informe	Título del Informe	País	Cita directa del artículo 12	Año
Admisibilidad.	Informe núm. 99/99. Caso 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos.	Guatemala.	Sí	2014

Como se evidencia en los datos presentados, la presencia limitada de casos sobre libertad religiosa en el Sistema Interamericano no parece corresponder con la realidad de las violaciones a este derecho en la región. El análisis cuantitativo y cualitativo de los casos sugiere la existencia de barreras sistémicas que dificultan su judicialización efectiva. Entre los factores que podrían explicar esta disparidad se encuentran: el desconocimiento de las víctimas sobre el alcance y las dimensiones de su derecho a la libertad religiosa; las decisiones estratégicas de los representantes legales de enmarcar las violaciones bajo otros derechos que cuentan con una jurisprudencia más desarrollada y garantista; los criterios de admisibilidad de la Comisión que pueden estar actuando como filtros que limitan el acceso de estos casos al sistema; y la posible existencia de sesgos institucionales o individuales que afectan el reconocimiento y la protección efectiva de la libertad religiosa en el Sistema Interamericano.

Más allá de estas consideraciones cuantitativas sobre la presencia reducida de casos de libertad religiosa en el Sistema Interamericano, resulta fundamental examinar los patrones temáticos que emergen del análisis cualitativo de las decisiones. Este análisis permite identificar no solo las principales modalidades de violación a la libertad religiosa que han sido abordadas por el sistema, sino también comprender cómo la Corte y la Comisión han interpretado y desarrollado el contenido y alcance de este derecho, incluso cuando no ha sido explícitamente invocado el artículo 12 de la Convención. A continuación, se presentan los principales patrones identificados en la jurisprudencia interamericana sobre libertad religiosa, evidenciando la complejidad y multidimensionalidad de este derecho en el contexto regional.

4.2 Análisis cualitativo

El análisis sistemático de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa revela un desarrollo jurisprudencial estructurado en torno a tres ejes fundamentales: el reconocimiento de la dimensión espiritual de los pueblos indígenas, la protección en contextos de privación de libertad, la libertad de expresión y la delimitación de la excepción ministerial en el ámbito educativo público. Esta jurisprudencia, desarrollada principalmente desde el año 2000, ha permitido la

construcción de estándares que delinear parcialmente las obligaciones estatales y desarrollan algunas dimensiones de la libertad religiosa, aunque de forma insuficiente.

Sin embargo, el análisis evidencia una disonancia significativa entre el desarrollo jurisprudencial y la compleja realidad del fenómeno religioso en las Américas. La concentración en estos tres ejes, aunque valiosa en sus respectivos ámbitos, ha resultado en la marginalización de otras manifestaciones igualmente críticas de violaciones a la libertad religiosa en la región. Esta brecha se torna particularmente problemática al considerar la ausencia de pronunciamientos sobre cuestiones relevantes como la discriminación sistemática por motivos religiosos, la violencia contra minorías religiosas, o las tensiones entre secularismo estatal y pluralismo religioso que se experimentan en la región. La concentración temática de la jurisprudencia sugiere, además, posibles barreras sistémicas en el acceso a la justicia interamericana y sesgos institucionales en la selección de casos, planteando interrogantes fundamentales sobre la capacidad del sistema para responder efectivamente a la diversidad y complejidad de las necesidades de protección religiosa en el contexto americano contemporáneo.

4.2.1 Pueblos indígenas: la dimensión colectiva y espiritual de la libertad religiosa

El desarrollo jurisprudencial del Sistema Interamericano respecto a la libertad religiosa de los pueblos indígenas evidencia una interpretación evolutiva que reconoce la intersección entre derechos territoriales, identidad cultural y libertad religiosa. A través de casos paradigmáticos, la Corte Interamericana ha construido un marco interpretativo que comprende la dimensión colectiva y espiritual como elementos indisociables de la cosmovisión indígena⁽³⁵⁾.

La jurisprudencia ha cristalizado dos dimensiones fundamentales en la protección de la libertad religiosa de los pueblos indígenas: el derecho a una sepultura digna y la protección de tierras sagradas. En el caso «Masacres de Río Negro vs. Guatemala», la Corte estableció que la falta de sepultura conforme a la cultura y creencias constituye un daño espiritual que vulnera directamente el artículo 12 de la Convención Americana. Este pronunciamiento reconoce la dimensión espiritual del duelo y los ritos funerarios como elementos constitutivos de la libertad religiosa⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 146; Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 123.

⁽³⁶⁾ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párrs. 154, 159

Paralelamente, la Corte ha desarrollado una interpretación de los artículos 12 (libertad de religión) y 21 (derecho a la propiedad) que vincula el derecho a la propiedad territorial con la libertad religiosa⁽³⁷⁾. Esta construcción jurisprudencial reconoce que el territorio no constituye meramente un espacio físico, sino que representa un elemento intrínseco de la espiritualidad y la práctica religiosa indígena. Este vínculo espiritual con las tierras ancestrales ha sido reconocido como un componente fundamental que requiere protección especial bajo el artículo 12 de la Convención⁽³⁸⁾. En este orden de ideas, la Corte ha reconocido que existe un vínculo entre la cosmovisión religiosa indígena con la tierra, una interpretación comunitaria de la libertad religiosa al reconocer que las prácticas espirituales indígenas requieren del espacio colectivo para su ejercicio pleno y que los Estados deben adoptar medidas especiales para garantizar el acceso a los sitios sagrados⁽³⁹⁾.

De particular relevancia resulta el desarrollo jurisprudencial relacionado con la protección de niños y niñas indígenas. La Corte ha establecido que el derecho a vivir según su propia religión constituye un elemento esencial para su desarrollo pleno y armonioso, reconociendo que la preservación de su identidad religiosa está intrínsecamente ligada a su entorno natural y cultural. Este estándar refuerza la comprensión de la libertad religiosa como un derecho que trasciende la dimensión individual para abarcar aspectos colectivos y transgeneracionales.

4.2.2 *Personas privadas de la libertad: desarrollo jurisprudencial de un derecho inderogable*

La jurisprudencia del Sistema Interamericano ha desarrollado una doctrina robusta sobre la protección de la libertad religiosa en contextos de privación de libertad, estableciendo principios fundamentales que trascienden las limitaciones inherentes a la reclusión. Este desarrollo jurisprudencial se ha materializado principalmente a través de casos emblemáticos como «Cinco Pensionistas vs. Perú»⁽⁴⁰⁾ y «Juan Humberto Sánchez vs.

⁽³⁷⁾ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 131. Ver en el mismo sentido: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 112.

⁽³⁸⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 131.

⁽³⁹⁾ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120, 131.

⁽⁴⁰⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2003. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Sentencia de 28 de febrero de 2003.

Honduras»⁽⁴¹⁾, donde la Corte Interamericana ha articulado una interpretación progresiva del alcance y naturaleza de este derecho.

El principio cardinal establecido por la Corte sostiene que la libertad religiosa posee una intensidad axiológica tal para el desarrollo de la persona humana que la Convención Americana no autoriza su suspensión incluso en situaciones de excepcional gravedad o urgencia⁽⁴²⁾. Esta postura representa un avance significativo en la comprensión de la jerarquía de derechos en contextos de privación de libertad, estableciendo una distinción fundamental entre aquellos derechos cuya restricción es consecuencia natural de la reclusión y aquellos que mantienen su vigencia plena.

La Corte ha establecido una diferenciación crucial entre las restricciones legítimas a ciertos derechos –como la privacidad o intimidad familiar– que son consecuencia inherente de la privación de libertad, y derechos fundamentales como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso, que no admiten limitación. Esta distinción, desarrollada a través de su jurisprudencia, establece que las restricciones a los primeros deben ser rigurosamente limitadas y justificables en una sociedad democrática, mientras que los segundos mantienen su carácter de no suspendibles o no derogables⁽⁴³⁾.

Particularmente significativo es el estándar establecido por la Corte que requiere que los derechos fundamentales, incluida la libertad religiosa, «deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad». Este principio establece una obligación positiva para los Estados, que deben asegurar no solo la no interferencia con las prácticas religiosas, sino también facilitar activamente su ejercicio en condiciones de dignidad y respeto.

Este desarrollo jurisprudencial refleja una comprensión de la libertad religiosa como elemento esencial de la dignidad humana, que trasciende las circunstancias de privación de libertad y requiere protección especial precisamente en contextos donde la vulnerabilidad del individuo se ve incrementada por su condición de reclusión. Así mismo, este desarrollo jurisprudencial confirma lo que la Convención Americana ha establecido, que la libertad

⁽⁴¹⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2003. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 7 de junio de 2003.

⁽⁴²⁾ Artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que incluye la libertad de conciencia y de religión (Art. 12) entre los derechos que no pueden ser suspendidos; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso «Instituto de Reeducción del Menor» vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 155; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, «El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías», párr. 23.

⁽⁴³⁾ Corte IDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 155, Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú. Sentencia de 24 de octubre de 2023 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 159, Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 159.

religiosa es uno de los derechos no derogables en el Derecho Internacional debido a su especial importancia para una vida plena, a diferencia de otros derechos que sí pueden ser limitados.⁽⁴⁴⁾

4.2.3 *Libertad religiosa y libertad de expresión en la jurisprudencia interamericana: el caso «La Última Tentación de Cristo»*

El caso «La Última Tentación de Cristo» (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, 2001) constituye un hito jurisprudencial en la conceptualización de la intersección entre libertad de expresión y libertad religiosa en el Sistema Interamericano. La controversia se originó con la censura cinematográfica impuesta por tribunales chilenos a la exhibición del filme dirigido por Martin Scorsese, basado en la novela de Nikos Kazantzakis. La censura fue solicitada por un grupo de ciudadanos que alegaba que la película constituía una ofensa a la figura de Cristo y, por extensión, a las creencias religiosas de la población cristiana chilena. Esta prohibición fue finalmente confirmada por la Corte Suprema de Chile, amparándose en disposiciones constitucionales que permitían la censura cinematográfica.

La Corte Interamericana, al abordar este caso, reconfiguró sustancialmente la controversia, privilegiando un análisis centrado predominantemente en la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana. La sentencia estableció que la prohibición constituía una forma de censura previa incompatible con la Convención, subrayando la dimensión social de la libertad de expresión como fundamento de una sociedad democrática. La Corte determinó: «Esta libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática»⁽⁴⁵⁾.

Resulta particularmente significativo que, aun cuando el núcleo fáctico del caso involucraba claramente una tensión entre expresión artística y sensibilidades religiosas, la Corte adoptó un enfoque que marginalizó el análisis de la libertad religiosa. La sentencia abordó tangencialmente la protección del artículo 12 de la Convención, relegándola a consideraciones secundarias. Específicamente, la Corte reconoció que la prohibición de la película «constituyó una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención»⁽⁴⁶⁾, mientras que no desarrolló un análisis extensivo

⁽⁴⁴⁾ RICHARDS, D. L. y CHAD CLAY, K., *An Umbrella With Holes: Respect for Non-Derogable Human Rights During Declared States of Emergency, 1996–2004* (Dordrecht: Springer Science Business Media, 2012); Koji Teraya, «Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights», *European Journal of International Law* 12, no. 5 (2001).

⁽⁴⁵⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile», Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 73. párr. 68.

⁽⁴⁶⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile», Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 73. párr. 79.

sobre las implicaciones para la libertad religiosa de los peticionarios o de aquellos que buscaban la censura.

La sentencia de la Corte en el caso *La Última Tentación de Cristo* introdujo implícitamente una dimensión negativa de la libertad religiosa⁽⁴⁷⁾, al destacar el derecho de las personas a conservar, cambiar y divulgar sus creencias, así como a recibir información que facilite ese ejercicio, lo que extiende la protección a quienes no profesan una fe determinada o acceden a representaciones religiosas no tradicionales. No obstante, la aproximación adoptada presenta una omisión significativa: la Corte evitó analizar a fondo la dimensión religiosa del conflicto, lo que revela una falta de desarrollo jurisprudencial sobre las distintas manifestaciones de la libertad religiosa. Esta ausencia resulta especialmente problemática ante tensiones complejas como las que se generan entre expresión artística y respeto a las convicciones religiosas.

La Corte desaprovechó una oportunidad significativa para desarrollar parámetros interpretativos sobre cómo la libertad religiosa podría verse afectada por representaciones mediáticas que potencialmente generan estereotipos, desinformación o contenido que determinados grupos perciben como ofensivo hacia sus creencias fundamentales. Un análisis más robusto habría permitido explorar la tensión entre los derechos comunicativos y la protección de identidades religiosas sin necesariamente validar mecanismos de censura previa. La precariedad del análisis sobre esta dimensión refleja posiblemente un desconocimiento del valor multidimensional de la libertad religiosa como elemento constitutivo de identidades individuales y colectivas en sociedades plurales.

4.2.4 Excepción Ministerial

La evolución jurisprudencial del Sistema Interamericano respecto a la excepción ministerial⁽⁴⁸⁾ encuentra su manifestación más significativa en el caso *Pavez Pavez vs. Chile* (2022), donde la Corte ha establecido un marco interpretativo que demarca los parámetros de la autonomía religiosa en el contexto de la educación pública. Este precedente constituye el desarrollo más sustantivo en lo que se refiere a la acomodación de la libertad religiosa en el ámbito público.

⁽⁴⁷⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile», Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 73, párr. 79.

⁽⁴⁸⁾ LINDLEY, T. B., «Clarifying and Reframing the “Ministerial Exception”», *The University of Chicago Law Review Online* (el 3 de marzo de 2025), <https://lawreview.uchicago.edu/online-archive/clarifying-and-reframing-ministerial-exception/>; Allison H. Pope, «“Of Substantial Religious Importance”: A Case for a Deferential Approach to the Ministerial Exception», *Notre Dame Law Review* 95 (2020), <https://consensus.app/papers/of-substantial-religious-importance-a-case-for-a-pope/f394291eded35635876d97478c603130/>

La Corte ha articulado una distinción fundamental respecto a la aplicabilidad de la excepción ministerial, señalando que «opera en actos que se relacionan con el funcionamiento de la comunidad religiosa, como lo serían la determinación de quiénes son los miembros de esa iglesia, quiénes son sus ministros, cuáles son sus jerarquías»⁽⁴⁹⁾. Este reconocimiento establece una esfera protegida para decidir sobre aspectos de la organización interna de las comunidades religiosas o iglesias, reconociendo la legitimidad de la toma de decisiones autónomas en asuntos centrales para la identidad de estas organizaciones. Sin embargo, simultáneamente establece que este principio «se debilita y es menos robusto» cuando se extiende a dominios como la educación pública, donde «los principios y valores de tolerancia, de pleno respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales, y la no discriminación son de imperioso cumplimiento para el Estado»⁽⁵⁰⁾. Esta gradación en los niveles de protección crea un marco conceptual donde la autonomía religiosa es inversamente proporcional a su proximidad con espacios institucionales públicos, como es el caso de la educación subsidiada por el Estado.

En materia educativa específicamente, la jurisprudencia de la Corte ha determinado que, aunque la designación de profesores de un credo particular «podría comprender un cierto margen de autonomía», esta autonomía no puede ser absoluta⁽⁵¹⁾. La Corte fundamenta esta limitación en la consideración de que la educación religiosa en establecimientos públicos «no se encuentra dentro de los ámbitos de libertad religiosa que deben estar libres de toda injerencia del Estado» por no estar «claramente relacionadas con las creencias religiosas o la vida organizativa de las comunidades»⁽⁵²⁾. Esta distinción efectivamente crea una bifurcación en la protección de la libertad religiosa, estableciendo estándares diferenciales para asuntos eclesiásticos internos versus sus manifestaciones externas en escenarios fuera de las iglesias o comunidades religiosas.

Adicionalmente, la Corte estableció que «el Estado no puede renunciar a su función de control» y debe implementar «reglas claras y eficaces para la protección de los derechos eventualmente afectados»⁽⁵³⁾, configurando así un paradigma que intenta equilibrar la autonomía confesional con las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Este marco prioriza la supervisión estatal sobre la autonomía religiosa institucional cuando las instituciones religiosas operan dentro de esferas públicas, particularmente en contextos educativos. La Corte se posiciona a sí misma como árbitro que determina los límites apropiados de la expresión religiosa y la autonomía

⁽⁴⁹⁾ Corte IDH, «Caso Pavez Pavez vs. Chile», Serie C No. 449 (2022), párr. 128.

⁽⁵⁰⁾ Corte IDH, «Caso Pavez Pavez vs. Chile», Serie C No. 449 (2022), párr. 128.

⁽⁵¹⁾ Corte IDH, «Caso Pavez Pavez vs. Chile», Serie C No. 449 (2022), párr. 129.

⁽⁵²⁾ Corte IDH, «Caso Pavez Pavez vs. Chile», Serie C No. 449 (2022), párr. 129.

⁽⁵³⁾ Corte IDH, «Caso Pavez Pavez vs. Chile», Serie C No. 449 (2022), párr. 110.

organizacional dentro de sociedades pluralistas donde colisionan múltiples reivindicaciones de derechos.

La jurisprudencia interamericana ha establecido, por tanto, una delimitación significativa del ámbito protegido de la autonomía religiosa, particularmente en su interacción con el espacio público y las instituciones financiadas con fondos públicos. Este enfoque refleja una concepción particular de la relación entre la libertad religiosa y otros derechos, posicionando la autonomía religiosa como condicionalmente protegida en lugar de inherentemente garantizada⁽⁵⁴⁾. Las implicaciones conceptuales y prácticas de esta aproximación jurisprudencial merecen un análisis crítico desde la perspectiva de la protección integral de la libertad religiosa en su dimensión institucional, análisis que desarrollaré en la siguiente sección.

4.2.5 *El informe de la Comisión Interamericana*

El 10 de septiembre de 2023, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) publicó el «Estudio sobre Libertad de Religión y Creencia: Estándares Interamericanos»⁽⁵⁵⁾, un documento de 113 páginas que constituye el esfuerzo más exhaustivo y sistemático realizado hasta la fecha por un órgano del Sistema Interamericano para abordar esta temática. Este estudio surge como respuesta a un mandato específico de la Asamblea General de la OEA, que en su Resolución 2961 (L-O/20) solicitó a los órganos técnicos y autónomos de la Organización la realización de un análisis sobre la implementación del artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El informe está estructurado en cuatro secciones principales: (i) una introducción que establece los antecedentes y objetivos; (ii) un análisis sobre el alcance del derecho a la libertad de religión y creencia; (iii) una exposición de los estándares interamericanos en esta materia, particularmente en relación con otros derechos como la igualdad y no discriminación, la libertad de expresión y la educación; y (iv) un análisis sobre la situación de grupos en condición de vulnerabilidad y su ejercicio del derecho a la libertad de religión y creencia, incluyendo a personas LGBTI, niños, niñas y adolescentes, pueblos indígenas y afrodescendientes tribales, personas defensoras de derechos humanos y personas privadas de libertad.

A pesar de su indudable contribución a la sistematización de estándares sobre libertad religiosa en el Sistema Interamericano, el estudio ha genera-

⁽⁵⁴⁾ PORRAS RAMÍREZ, J. M., *La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea*, en *Derecho y factor religioso*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 19-59.

⁽⁵⁵⁾ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Estudio sobre Libertad de Religión y Creencia: Estándares Interamericanos*, 2023, https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Estudio_LRC.pdf

do una notable controversia. Esto se evidencia particularmente en los votos razonados disidentes presentados por dos de los siete comisionados: Stuardo Ralón Orellana y Carlos Bernal Pulido. Ambos manifestaron profundas discrepancias con la aproximación adoptada por la mayoría de la Comisión.

El Comisionado Ralón Orellana expresó su disenso respecto al tono y enfoque general del informe. En su opinión, el documento presenta una visión negativa de la libertad religiosa, enmarcándola como una potencial fuente de violaciones a otros derechos humanos, en lugar de reconocer su valor intrínseco para el bien común. Señala que el informe adopta un tono confrontacional que establece falsas dicotomías (Estados versus iglesias; iglesias versus personas homosexuales; padres versus hijos) y cuestionó la inclusión de elementos no vinculantes como si fueran estándares interamericanos, señalando que ello genera confusión sobre las verdaderas obligaciones convencionales de los Estados. Criticó también la omisión del reconocimiento de la titularidad colectiva del derecho a la libertad religiosa, la ausencia de garantías para la objeción de conciencia institucional, las limitaciones a la participación de las iglesias en el debate público, y el tratamiento restrictivo del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus creencias, así como de la autonomía de las iglesias para definir la idoneidad doctrinal de sus docentes.

Por su parte, el Comisionado Bernal Pulido fundamentó su disidencia en varios aspectos: advirtió que el informe presenta la libertad de religión y de conciencia como una amenaza para otros derechos, en contravía del mandato de la Asamblea General de la OEA, que había solicitado su fortalecimiento. Señaló además que el documento incurre en vacíos e imprecisiones sustantivas, omite garantías esenciales y enuncia obligaciones estatales de forma ambigua. Cuestionó especialmente la amplitud con la que se manejan los llamados «discursos prohibidos», lo que podría restringir ilegítimamente el ejercicio de la libertad religiosa, así como la limitación injustificada del margen de los Estados para regular expresiones ofensivas contra las creencias. Finalmente, alertó sobre la inclusión de supuestos derechos y obligaciones que no tienen fundamento en la Convención Americana, a diferencia de los derechos convencionales expresamente protegidos como la libertad religiosa⁽⁵⁶⁾.

Es lamentable que el «Estudio sobre Libertad de Religión y Creencia: Estándares Interamericanos» de la CIDH no haya aprovechado plenamente la importante oportunidad que representaba para fortalecer y ampliar la protección de la libertad religiosa en la región. En lugar de proponer una interpretación ambiciosa y garantista de este derecho fundamental, el documen-

⁽⁵⁶⁾ BERNAL PULIDO, C., voto disidente en Estudio sobre libertad de religión y creencia: Estándares interamericanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D. C., 2023, pp. 132-166, disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Estudio_LRC.pdf.

to adopta en diversos aspectos una aproximación restrictiva que tiende a percibir la libertad religiosa como un potencial obstáculo para el ejercicio de otros derechos, más que como un valor intrínseco digno de protección por sí mismo.

Es importante recordar que este estudio constituye una norma de derecho blando (*soft law*) que, en estricto sentido, no genera obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros del Sistema Interamericano. Por tanto, su interpretación puede y debe ser objeto de cuestionamiento y debate, especialmente cuando se aleja de una lectura integral y sistemática de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o cuando propone limitaciones a derechos fundamentales que exceden lo estrictamente necesario en una sociedad democrática.

No obstante, sería injusto no reconocer ciertos aspectos positivos del informe, como la sistematización de criterios interpretativos desarrollados por los órganos del sistema, el reconocimiento de la libertad religiosa como un derecho fundamental con diversas dimensiones, y la atención prestada a la situación de grupos en condición de vulnerabilidad. Sin embargo, estos aciertos no logran disipar la preocupación que genera la visión predominantemente defensiva y restrictiva frente a la libertad religiosa que permea gran parte del documento.

5. DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS Y PERSPECTIVAS DE REFORMA

El reconocimiento y la protección de la libertad religiosa dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han evolucionado de manera fragmentaria y con limitaciones estructurales. A pesar de los avances normativos y de la inclusión de este derecho en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte y la Comisión Interamericanas ha mostrado patrones interpretativos restrictivos que han dificultado su aplicación efectiva a una diversidad de casos y grupos afectados. En particular, el tratamiento del artículo 12 ha estado marcado por una atención prioritaria a comunidades indígenas, mientras que otros ámbitos como la discriminación contra comunidades religiosas, la violencia contra ministros de culto, la objeción de conciencia y la protección de los derechos parentales han recibido un desarrollo más limitado.

Esta sección examina los desafíos sistémicos que enfrenta la protección de la libertad religiosa en la región, identificando las restricciones institucionales y los conflictos de armonización con otros derechos fundamentales. Asimismo, se presentan propuestas para fortalecer el marco de protección, con un énfasis en el mejoramiento de los mecanismos de garantía, la

clarificación de criterios interpretativos y la necesidad de reformas institucionales que permitan una aplicación más equitativa y coherente de la libertad religiosa en el Sistema Interamericano.

5.1 Limitaciones sistémicas

El análisis del desarrollo jurisprudencial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del reciente informe de la CIDH revela una serie de desafíos significativos en materia de protección de la libertad religiosa en la región. Uno de los hallazgos más evidentes es la marcada concentración de la jurisprudencia interamericana en la protección de la espiritualidad y prácticas religiosas de los pueblos indígenas. Si bien este enfoque es necesario y valioso para la protección de grupos históricamente vulnerables, refleja un notable desequilibrio en el tratamiento general de la libertad religiosa, resultando particularmente problemático considerando que aproximadamente el 90% de las personas creyentes en América Latina se identifican como cristianas⁽⁵⁷⁾. Esta mayoría religiosa, lejos de estar exenta de vulneraciones a su libertad de culto, enfrenta crecientes desafíos que no están encontrando un reflejo proporcional en el desarrollo jurisprudencial del Sistema.

La región experimenta un proceso cada vez más marcado de secularismo que, en algunos contextos, adquiere características agresivas hacia las expresiones religiosas tradicionales, mientras varios países continúan bajo regímenes autoritarios que imponen restricciones severas a la libertad religiosa. A esto se suma la preocupante situación de violencia dirigida contra líderes religiosos en distintas zonas, particularmente en áreas rurales y territorios disputados por grupos armados ilegales. A pesar de la gravedad de estas situaciones, el Sistema Interamericano ha mostrado una respuesta insuficiente, con escasos pronunciamientos específicos sobre la situación de la libertad religiosa en estos contextos.

La concentración jurisprudencial en espiritualidades indígenas ha generado además un enfoque particular de la religión, privilegiando concepciones no tradicionales de la espiritualidad. Esta tendencia refleja, en algunos aspectos, un posible sesgo interpretativo donde las expresiones de religiosidad tradicional son percibidas con mayor suspicacia, especialmente cuando entran en tensión con otros derechos. Tanto en el informe de la CIDH como en diversos pronunciamientos de la Corte, emerge una preocupante tendencia a enmarcar la libertad religiosa como un potencial obstáculo para el ejercicio de otros derechos, lo que puede llevar a una idea de que la práctica

⁽⁵⁷⁾ CELIS BRUNET, J., y BARRERA-ROJAS, M., *Erosion of religious freedom in Latin America*, en *The Review of Faith & International Affairs*, 21, núm. 4 (2023), p. 212.

religiosa más que un derecho es una concesión tolerada cuando no entre en conflicto con otros derechos.

Esta concepción problemática se manifiesta claramente en el tratamiento dado a la doctrina de la excepción ministerial, principio fundamental para garantizar la autonomía religiosa y la adecuada separación entre iglesia y Estado. Como se explicó anteriormente, en el caso *Pavez vs. Chile*⁽⁵⁸⁾, la Corte estableció que esta excepción se debilita cuando se proyecta en ámbitos públicos, particularmente en la educación en establecimientos estatales, creando así una relación inversamente proporcional entre la manifestación de las creencias en el ámbito público y la protección de la autonomía religiosa.

Tal interpretación sugiere que las manifestaciones religiosas deben quedar confinadas al espacio estrictamente privado o institucional de las iglesias, mientras que su expresión en la esfera pública constituiría apenas una concesión estatal condicionada. Este enfoque no solo contradice la naturaleza del derecho a la libertad religiosa como garantía que se ejerce tanto en dimensiones privadas como públicas según el propio artículo 12 de la Convención, sino que también impone una carga desproporcionada sobre las confesiones que, por razones doctrinales, consideran esencial que quienes transmiten sus enseñanzas mantengan coherencia entre su vida personal y los principios que comunican.

Finalmente, se evidencia una problemática resolución de tensiones entre derechos humanos en el Sistema Interamericano, particularmente en la articulación entre libertad religiosa y libertad de expresión presentada en el informe de la CIDH⁽⁵⁹⁾. A diferencia del caso «La Última Tentación de Cristo», donde la Corte evitó desarrollar sustantivamente el alcance de la libertad religiosa –limitándose a una mención superficial sin profundizar en su contenido o dimensiones–, el informe de la Comisión establece una limitación arbitraria a la protección de la libertad religiosa y libertad de expresión unida a la religión en escenarios de potencial conflicto con otros derechos. Esta aproximación metodológica resulta particularmente preocupante pues no solo perpetúa la tendencia de un desarrollo insuficiente del derecho a la libertad religiosa, sino que además establece precedentes interpretativos que podrían condicionar negativamente la noción de que este derecho es autónomo y no está subordinado a otros derechos convencionales.

La tensión conceptual se manifiesta particularmente en la disparidad entre el nivel de protección reconocido abstractamente y su aplicación concreta en contextos específicos donde la libertad religiosa entra en tensión

⁽⁵⁸⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pavez Pavez vs. Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 4 de febrero de 2022.

⁽⁵⁹⁾ BERNAL PULIDO, C., voto disidente en Estudio sobre libertad de religión y creencia: Estándares interamericanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D. C., 2023, pp. 134-135, disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Estudio_LRC.pdf.

con otros derechos. La Comisión⁽⁶⁰⁾ establece un paradigma de «protección especial» para el discurso religioso, reconociendo su vinculación con dimensiones constitutivas de la identidad personal que merecen salvaguarda prioritaria. No obstante, esta caracterización entra en tensión directa con las subsecuentes disposiciones que parecen limitar sistemáticamente la libertad de expresión y la manifestación pública de la religión cuando entran en aparente conflicto con otros derechos, sin proporcionar justificaciones proporcionales para esta limitación.

El estudio presenta una dicotomía metodológica particularmente problemática al abordar diferentes modalidades de discurso controversial en el espacio público contemporáneo. Por un lado, promueve una interpretación expansiva de la libertad de expresión que ampara «discursos ofensivos, chocantes o perturbadores»⁽⁶¹⁾, sugiriendo un compromiso institucional con el pluralismo discursivo como valor fundamental en sociedades democráticas. Esta posición inicial se alinea con la jurisprudencia histórica del Sistema Interamericano que ha priorizado consistentemente la protección del discurso público, incluso cuando resulta incómodo para sectores mayoritarios.

Sin embargo, este amplio margen de la libertad de expresión se ve contraído significativamente cuando se evalúan expresiones de sectores religiosos sobre cuestiones moralmente controvertidas, particularmente aquellas relacionadas con colectivos LGBTI⁽⁶²⁾. Este diferencial en el tratamiento de los discursos protegidos por la libertad de expresión sugiere la aplicación de criterios evaluativos que privilegian implícitamente ciertas perspectivas sobre otras, sin una justificación teórica adecuada para esta jerarquización. La inconsistencia metodológica plantea interrogantes fundamentales sobre la neutralidad del marco interpretativo de la Comisión y su capacidad para mediar equitativamente entre narrativas potencialmente antagónicas en sociedades pluralistas.

El núcleo problemático del marco interpretativo de la CIDH no reside meramente en un doble estándar, sino en una reconfiguración conceptual del «discurso de odio» que posee significativas implicaciones normativas⁽⁶³⁾. La CIDH emplea esta categoría con notable selectividad, aplicándola con particular énfasis a expresiones religiosas que abordan críticamente cuestiones identitarias contemporáneas, mientras simultáneamente desesti-

⁽⁶⁰⁾ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Estudio sobre Libertad de Religión y Creencia: Estándares Interamericanos*, 2023, https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Estudio_LRC.pdf parr. 114.

⁽⁶¹⁾ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Estudio sobre Libertad de Religión y Creencia: Estándares Interamericanos*, 2023, https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Estudio_LRC.pdf parr. 115.

⁽⁶²⁾ Párr. 126.

⁽⁶³⁾ BERNAL PULIDO, C., voto disidente en Estudio sobre libertad de religión y creencia: Estándares interamericanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D. C., 2023, p. 155, disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Estudio_LRC.pdf.

ma su aplicabilidad cuando discursos potencialmente denigrantes se dirigen hacia manifestaciones religiosas. Esta asimetría conceptual trasciende la mera inconsistencia metodológica para constituir una reorientación sustantiva del aparato interpretativo interamericano.

5.2 Propuestas de fortalecimiento

En primer lugar, es necesario que el SIDH replantee fundamentalmente su comprensión de la libertad religiosa, reconociéndola no como una concesión tolerada en el marco de sociedades seculares, sino como un derecho fundamental que configura la identidad profunda de las personas y comunidades. La fe religiosa atraviesa múltiples dimensiones de la identidad personal y comunitaria, estableciendo marcos de significado que determinan cómo los creyentes entienden su lugar en el mundo y sus responsabilidades frente a otros⁽⁶⁴⁾. Las violaciones a la libertad religiosa representan, por tanto, agresiones contra aspectos esenciales de la dignidad humana que merecen una protección robusta.

Este replanteamiento conceptual requiere abandonar aproximaciones que presentan la libertad religiosa como un potencial obstáculo para otros derechos, adoptando en su lugar un enfoque que reconozca su naturaleza constitutiva y su contribución esencial al pluralismo democrático. La Corte y la CIDH deberían desarrollar un análisis más matizado de las tensiones entre derechos, reconociendo que las convicciones religiosas no son meras opiniones que pueden ser abandonadas, sino compromisos profundos que definen la identidad y el sentido vital de millones de personas en la región. Esta evolución interpretativa permitiría al Sistema responder más adecuadamente a la realidad de sociedades diversas donde la religión sigue siendo una fuerza cultural significativa.

En segundo lugar, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos debe incorporar de manera más robusta el concepto de discriminación indirecta en el análisis de casos relacionados con la libertad religiosa⁽⁶⁵⁾. En un contexto donde predomina una visión secular que puede resultar hostil hacia manifestaciones religiosas, muchas normas aparentemente neutrales terminan generando desventajas particulares para creyentes y comunidades de fe.

⁽⁶⁴⁾ BARRIOS OSORIO, L. K., «Libertad religiosa en Colombia: ¿utopía o realidad?», en *Episteme. Revista de Estudios Socioterritoriales*, 12, núm. 2 (2020), p. 59, disponible en: <https://doi.org/10.15332/27113833.7911>. M. E. Camarena Adame y G. Tunal Santiago, *La religión como una dimensión de la cultura (the religion like a cultural dimension)*, en *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, núm. 22 (2009), pp. 41-55.

⁽⁶⁵⁾ OSORIO, «Libertad religiosa en Colombia».

La jurisprudencia del SIDH debería profundizar en el reconocimiento de que la discriminación indirecta puede ser tan perjudicial como la directa, especialmente cuando restringe prácticas, manifestaciones o expresiones religiosas fundamentales para la identidad de las personas. Este desarrollo jurisprudencial no solo protegería a las comunidades religiosas minoritarias, sino que también fortalecería la comprensión de la libertad religiosa como un derecho que abarca tanto el fuero interno como sus diversas manifestaciones externas.

En tercer lugar, el SIDH ha desarrollado un valioso marco jurisprudencial al reconocer y proteger las cosmovisiones espirituales de los pueblos indígenas, otorgándoles amplia deferencia y respetando su autonomía. Sin embargo, este enfoque no se ha aplicado de forma consistente a otras comunidades religiosas e iglesias⁽⁶⁶⁾. Esta asimetría plantea la necesidad de avanzar hacia una comprensión más robusta del pluralismo religioso en el continente, que permita extender no solo los principios de acomodación razonable⁽⁶⁷⁾, sino también un modelo más ambicioso de pluralismo religioso⁽⁶⁸⁾.

Mientras que la acomodación razonable permite resolver conflictos concretos mediante ajustes normativos específicos para evitar discriminaciones, el pluralismo religioso propone una reconfiguración institucional que reconozca el lugar legítimo de las convicciones religiosas en el espacio público. Ambas nociones pueden ser complementarias, pero es esta segunda la que ofrece un marco más adecuado para responder a la profundidad y complejidad del fenómeno religioso en sociedades multiculturales y multi-confesionales como las de América Latina.

⁽⁶⁶⁾ RENE URUEÑA, «Evangelicals at the Inter-American Court of Human Rights» 113 (enero de 2019): 360-64, <https://doi.org/10.1017/aju.2019.64>. They have engaged the Inter-American Court of Human Rights to challenge basic LGBTI achievements, such as same-sex marriage and other demands for equal rights. Several commentators thus speak of an imminent showdown between human rights protections and Christian Evangelism in the region, which would mirror similar conflicts elsewhere in the world. This essay challenges this narrative and warns against a top-down «secular fundamentalism», which may alienate a significant part of the region's population and create deep resentment against the Court. As it turns forty, the Court faces a «spiritual» crisis: conservative religious movements have become one of its key interlocutors, with demands and expectations that compete with (but could also complement) they have engaged the Inter-American Court of Human Rights to challenge basic LGBTI achievements, such as same-sex marriage and other demands for equal rights. Several commentators thus speak of an imminent showdown between human rights protections and Christian Evangelism in the region, which would mirror similar conflicts elsewhere in the world. This essay challenges this narrative and warns against a top-down «secular fundamentalism», which may alienate a significant part of the region's population and create deep resentment against the Court. As it turns forty, the Court faces a «spiritual» crisis: conservative religious movements have become one of its key interlocutors, with demands and expectations that compete with (but could also complement).

⁽⁶⁷⁾ HENRARD, K., «Duties of reasonable accommodation on grounds of religion in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: A tale of (baby) steps forward and missed opportunities», en *International Journal of Constitutional Law*, 14 (2016), pp. 961-983, disponible en: <https://doi.org/10.1093/ICON/MOW061>.

⁽⁶⁸⁾ BENSON, I. T., «Taking pluralism and liberalism seriously: The need to re-understand faith, beliefs, religion, and diversity in the public sphere», en *Journal for the Study of Religion*, 23, núm. 1/2 (2010), pp. 17-41.

Aplicar estas formas de acomodación implicaría no solo respetar los procesos internos de toma de decisiones de las comunidades religiosas, sino también reconocer su agencia colectiva, la legitimidad de sus estructuras organizativas, y la integridad de sus enseñanzas como expresiones valiosas de la diversidad humana. Desde esta perspectiva, la neutralidad del Estado no se traduce en indiferencia o exclusión, sino en un compromiso activo por facilitar el ejercicio efectivo de la libertad religiosa en condiciones de igualdad sustantiva.

Avanzar hacia este enfoque permitiría superar la tendencia a percibir las creencias religiosas como meras preferencias personales y confinarlas al ámbito privado. Por el contrario, reconocería su carácter constitutivo de identidades personales y colectivas, habilitando su expresión en el espacio público como parte esencial del pluralismo democrático. Esta transición conceptual es indispensable si el Sistema Interamericano aspira a una protección verdaderamente inclusiva y equitativa de la libertad religiosa.

6. CONCLUSIONES

El análisis histórico, normativo, empírico y jurisprudencial realizado a lo largo de este estudio permite concluir que la protección de la libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido fragmentaria, limitada y, en ocasiones, conceptualmente restrictiva. Pese a su reconocimiento formal en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su carácter de derecho no derogable, su desarrollo jurisprudencial ha sido escaso, con un número reducido de casos que han dado lugar a estándares consistentes, y con una fuerte concentración temática en la protección de comunidades indígenas.

En primer lugar, el déficit estructural de protección se manifiesta en la ausencia de pronunciamientos sistemáticos frente a patrones graves y persistentes de violaciones a la libertad religiosa en diversos países del continente, incluyendo persecución por parte de actores estatales y no estatales, discriminación estructural, y restricciones a la expresión religiosa en el ámbito público. Esta omisión evidencia una desconexión entre la jurisprudencia del Sistema y la realidad regional, donde las comunidades religiosas, mayoritariamente cristianas, enfrentan hostigamiento, censura, violencia y exclusión.

En segundo lugar, se advierte una selectividad temática en el tratamiento jurisprudencial del derecho, centrada principalmente en la dimensión colectiva de la espiritualidad indígena, la situación de personas privadas de la libertad y, más recientemente, la doctrina de la excepción ministerial en

contextos educativos públicos. Esta focalización, si bien valiosa en sus propios términos, ha implicado la invisibilización de otros sujetos y escenarios de vulneración, como las iglesias históricas, las minorías religiosas, las instituciones educativas confesionales y los casos de objeción de conciencia institucional.

En tercer lugar, se identifica una tendencia interpretativa restrictiva en algunos pronunciamientos recientes de la Corte y, especialmente, en el informe 2023 de la CIDH, en los que la libertad religiosa aparece subordinada a otros derechos y principios, sin un análisis de proporcionalidad robusto ni una adecuada articulación entre derechos en conflicto. Esta tendencia erosiona la comprensión de la libertad religiosa como derecho fundamental autónomo, y contribuye a una visión que reduce su ejercicio legítimo al ámbito estrictamente privado, limitando su manifestación en espacios públicos como la educación, el discurso político y la participación institucional.

Frente a este panorama, el artículo propone tres caminos complementarios para avanzar hacia una protección más equitativa, coherente y pluralista de la libertad religiosa en el SIDH:

1. Reconceptualización del valor de la libertad religiosa, reconociendo su dimensión constitutiva en la identidad personal y comunitaria, y su rol indispensable en el pluralismo democrático.
2. Desarrollo de estándares sobre discriminación indirecta y acomodación razonable, que permitan identificar y corregir barreras estructurales que limitan el ejercicio de este derecho, especialmente cuando se enmascaran bajo criterios aparentemente neutrales.
3. Extensión de los principios de deferencia y autonomía reconocidos a pueblos indígenas a otras comunidades religiosas, respetando su organización interna, sus creencias doctrinales y su participación legítima en el debate público.

En síntesis, la libertad religiosa en el Sistema Interamericano requiere una evolución que pase de la protección selectiva y la interpretación restrictiva hacia un enfoque más inclusivo, robusto y armónico con la diversidad cultural y confesional del continente. Esta transformación demanda no solo reformas jurisprudenciales, sino también un cambio en la actitud institucional y una mayor sensibilidad hacia las múltiples formas en que la fe se expresa y se ve amenazada en las sociedades contemporáneas.

BIBLIOGRAFÍA

Literatura especializada

- BADER, V., «Religious Diversity and Democratic Institutional Pluralism». *Political Theory* 31, núm. 2 (2003): 265-94.
- BENSON, Iain T., «Taking Pluralism and Liberalism Seriously: The Need to Re-understand Faith, Beliefs, Religion, and Diversity in the Public Sphere». *Journal for the Study of Religion* 23, núm. 1/2 (2010): 17-41.
- CABALLERO OCHOA, J. L. J., «Las perspectivas actuales del derecho fundamental de libertad religiosa en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos», enero de 2004. <https://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/262>.
- CAMARENA ADAME, M. E., y TUNAL SANTIAGO, G., «La religión como una dimensión de la cultura (the religion like a cultural dimension)». *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, núm. 22 (2009): 41-55.
- CELIS BRUNET, A. M., y BARRERA-ROJAS, J., «Erosion of Religious Freedom in Latin America: Extreme Secularism and Deinstitutionalization as a Path to a Future Religious Persecution». *Notre Dame Law Review*, 24 de junio de 2022. <https://papers.ssrn.com/abstract=4256741>.
- DELGADO INIESTA, J. J., «La relevancia jurídica del soft law». *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2025, e19489–e19489. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19489>.
- FLORES, T., «The Situation of Religious Freedom in Latin America in Light of the Universal Declaration of Human Rights». En *Shaping a World of Freedoms: 75 Years of Legacy and Impact of the Universal Declaration of Human Rights*, editado por Nelu Burcea y Liberato Bautista. New York: UNEQUAL World Research Center, 2023.
- HENRARD, K., «Duties of reasonable accommodation on grounds of religion in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: A tale of (baby) steps forward and missed opportunities». *International Journal of Constitutional Law* 14 (2016): 961-83. <https://doi.org/10.1093/ICON/MOW061>.
- LINDLEY, T. B., «Clarifying and Reframing the “Ministerial Exception”». *The University of Chicago Law Review Online* (el 3 de marzo de 2025). <https://lawreview.uchicago.edu/online-archive/clarifying-and-reframing-ministerial-exception>.
- MARTÍNÓN QUINTERO, R., «El Derecho a La Libertad Religiosa En Los Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos de Europa y América». *Araucaria (Triana)* 23, núm. 46 (2021): 591–512. <https://doi.org/10.12795/araucaria.2021.i46.29>.
- MOSQUERA, S., «Reflexiones a partir del estudio de casos sobre libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos». *Persona y Derecho*, núm. 77 (11 de diciembre de 2017): 335–51. <https://doi.org/10.15581/011.77.335-351>.
- MUGA, R., y FLORES, T., «Political Repression of Religious Leaders’ Manifestations of Faith in Nicaragua». *International Journal for Religious Freedom* 15, núm. 1/2 (2022).
- OSORIO BARRIOS, L. K., «Libertad religiosa en Colombia: ¿utopía o realidad?» *Episteme. Revista de Estudios Socioterritoriales* 12, núm. 2 (2020): 50-75. <https://doi.org/10.15332/27113833.7911>.
- PEREZ, ROMERO, X. L., «Religious Freedom in the American System of Human Rights Protection (Comparison with the Colombian Legal System)». *Revista Derecho Del Estado* 29 (2012): 215–32.
- PETRI DENNIS, P. y FLORES CHISCUL, T., «Religious Regulation and Discrimination in Venezuela». *Observatory of Religious Freedom in Latin America*, 2022.

- POPE ALLISON, H., «“Of Substantial Religious Importance”: A Case for a Deferential Approach to the Ministerial Exception». *Notre Dame Law Review* 95 (2020). <https://consensus.app/papers/of-substantial-religious-importance-a-case-for-a-pope/f394291ed35635876d97478c603130/>.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M., «La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea». En *Derecho y factor religioso, 2011*, ISBN 978-84-309-5328-8, págs. 19-59, 19-59. Tecnos, 2011. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6383411>.
- SHELTON, D., «Compliance with International Human Rights Soft Law International Compliance with Nonbinding Accords: Chapter 4». *Studies in Transnational Legal Policy* 29 (1997): 119-44.
- URUEÑA, R., «Evangelicals at the Inter-American Court of Human Rights» 113 (enero de 2019): 360-64. <https://doi.org/10.1017/aju.2019.64>.

Literatura no especializada

- AICA (Agencia Informativa Católica Argentina). Red religiosa lamenta que sigan las vandalizaciones a lugares de culto. AICA, 2023. <https://aica.org/noticia-red-religiosa-lamenta-que-sigan-las-vandalizaciones-a-lugares-de-culto>
- Comunidad y Justicia. Informe Alternativo de Sociedad Civil sobre el Estado de Chile al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Santiago de Chile: Comunidad y Justicia, 2015.
- OLIRE (Observatorio de Libertad Religiosa en América Latina). Templos Vandalizados en Argentina. OLIRE, 2023. <https://olire.org/es/templos-vandalizados-en-argentina>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe núm. 31/96. Caso 10.526. Guatemala*. 16 de octubre de 1996. – *Informe núm. 49/99. Caso 11.610. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz. México*. 13 de abril de 1999. – *Informe núm. 43/05. Caso 12.219. Fondo. Cristián Daniel Sahli Vera y otros. Chile*. 10 de marzo de 2005. – *Informe núm. 6/14. Caso 12.788. Fondo. Miembros de la aldea de Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal. Guatemala*. 5 de agosto de 2014.

Informes de admisibilidad

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe núm. 57/96. Caso 11.139. William Andrews. Estados Unidos*. 6 de diciembre de 1996. Disponible en CIDH. – *Informe núm. 31/96. Caso 10.526. Guatemala*. 16 de octubre de 1996. Disponible en CIDH. – *Informe núm. 49/99. Caso 11.610. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz. México*. 13 de abril de 1999. Disponible en CIDH. – *Informe núm. 99/99. Caso 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos*. 27 de septiembre de 1999. Disponible en CIDH. – *Informe núm. 40/04. Caso 12.053. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Belice*. 12 de octubre de 2004. Disponible en CIDH. – *Informe núm. 43/05. Caso 12.219. Cristián Daniel Sahli Vera y otros. Chile*. 10 de marzo de 2005.

Disponible en CIDH. – *Informe núm. 6/14. Caso 12.788. Miembros de la aldea de Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal. Guatemala*. 5 de agosto de 2014. Disponible en CIDH. – *Estudio sobre Libertad de Religión y Creencia: Estándares Interamericanos*. 2023. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Estudio_LRC.pdf – *Estudio sobre Libertad de Religión y Creencia: Estándares Interamericanos*, 2023, pp. 132–166, voto disidente de Carlos Bernal Pulido. – *Audiencia sobre la Situación de la Libertad Religiosa y de Creencias en las Américas*, 186º Período de Sesiones, 28 de octubre de 2022. Disponible en: <https://youtube.com/watch?v=qXvPBtWX4j4>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de Fondo. 25 de noviembre de 2000. – *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 5 de febrero de 2001. – *Caso Cantos vs. Argentina*. Sentencia de Excepciones Preliminares. 28 de septiembre de 2001. – *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de agosto de 2010. – *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de febrero de 2003. – *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2001. – *Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa vs. Paraguay*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 29 de marzo de 2006. – *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 17 de junio de 2005. – *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 7 de junio de 2003. – *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de noviembre de 2003. – *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2 de septiembre de 2004. – *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 29 de abril de 2004. – *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 15 de junio de 2005. – *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 25 de noviembre de 2015. – *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 4 de septiembre de 2012. – *Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de octubre de 2023. – *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 7 de septiembre de 2004. – *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de junio de 2012. – *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 30 de noviembre de 2016. – *Caso Pávez Pávez vs. Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 4 de febrero de 2022. – Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. San José: Corte IDH, 1987.

Otras fuentes jurídicas

Centro Nacional de Memoria Histórica. *Memoria y comunidades de fe en Colombia*. Bogotá: CNMH, 2018.

- Centro Nacional de Memoria Histórica. «La masacre de Bojayá, un compromiso contra el olvido.» <https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/la-masacre-de-bojaya-un-compromiso-contr-el-olvido/>.
- Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley 02 de 2024. Por medio del cual se reconocen y garantizan los derechos de las víctimas del sector religioso en el marco del conflicto armado colombiano. Bogotá: Congreso de Colombia, 2024.
- Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.
- Naciones Unidas. Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación basadas en la Religión o las Convicciones. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 36/55 del 25 de noviembre de 1981. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-all-forms-intolerance-and-discrimination>.
- Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). San José, Costa Rica: OEA, 1969.
- Organización de los Estados Americanos (OEA), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948.

La acomodación de la religión y las creencias en la protección de menores en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽¹⁾

The accommodation of religion and beliefs in the protection of minors in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights

BELÉN RODRIGO LARA

Universidad CEU San Pablo Madrid (España)

Resumen: La libertad religiosa en el ámbito familiar presenta en ocasiones, una dimensión compleja debido a las interacciones entre los derechos y deberes de los padres y los de los hijos, que pueden derivar en conflictos ante los Tribunales de Justicia. Particularmente significativos son los supuestos en los que el factor religioso incide en la determinación de la custodia de los hijos y el régimen de visitas o en los procedimientos de acogida y adopción. El objetivo de este trabajo, acotado en el amplio campo de los derechos del menor, es constatar la línea interpretativa actual sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la libertad religiosa del menor en el contexto familiar y cómo se ha procedido en la acomodación del factor religioso, tomando como punto de referencia el interés superior del menor en estos supuestos.

⁽¹⁾ Este trabajo ha sido realizado en el marco de los Proyectos NEUCOPER (PID 2022-137800NB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo Investigador Principal es el Prof. Javier Martínez-Torrón y el Proyecto «Cuestiones controvertidas en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica por los y las menores de edad» (ref. CIGE/2023/71), financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalitat Valenciana y del que es Investigador Principal el Prof. Pedro Chaparro Matamoros.

Abstract: Religious freedom in the family sphere sometimes presents a complex dimension due to the interactions between the rights and duties of parents and those of their children, which can lead to conflicts before the Courts of Justice. Particularly significant are the cases in which the religious factor has a bearing on the determination of child custody and visiting arrangements or on foster care and adoption procedures. The aim of this paper, within the broad field of children's rights, is to ascertain the current line of interpretation upheld by the European Court of Human Rights with respect to the religious freedom of children in the family context and how it has proceeded in accommodating the religious factor, taking as a point of reference the best interests of the child in these cases.

Palabras clave: Religious freedom, European Court of Human Rights, best interests of the child.

Keywords: Libertad religiosa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interés superior del menor.

SUMARIO: 1. Introducción: Sobre los derechos del menor de edad, el papel de los padres y el Estado.–2. La libertad religiosa en el contexto familiar.–3. La religión de uno de los progenitores cuestiona el régimen de guarda y custodia y las visitas: Casos *T. C. C. Italia* (2022), *Cupial C. Polonia* (2023) y *Vlasenko C. Ucrania* (2023).–4. El respeto a la identidad y libertad religiosas en los procesos de acogida y adopción: Los casos *Abdi Ibrahim C. Noruega* (2021), *Loste C. Francia* (2022) y *Kilic C. Austria* (2023).–5. A modo de síntesis conclusiva.–Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LOS DERECHOS DEL MENOR DE EDAD, EL PAPEL DE LOS PADRES Y EL ESTADO

Considerar a los menores de edad como personas dependientes y carentes de capacidad ha afectado a su dimensión como sujetos de derechos, especialmente en lo que respecta a los derechos personalísimos, que deben ser ejercidos exclusivamente por su titular.

Es cierto que la falta de un grado de madurez requerido hace que los menores dependan generalmente de sus padres para poder ejercerlos. Esta desigualdad entre niños y adultos hace inviable la idea de que ambos puedan recibir la misma protección efectiva de sus derechos y las mismas oportunidades para ejercerlos en condiciones similares. Por lo tanto, es imprescindible que exista un derecho específico relativo a los menores de edad, no solo por protegerlos, sino también para salvaguardar su capacidad de ser sujetos de derechos y ejercerlos según su grado de desarrollo o madurez la

cual no se determina estrictamente por la edad, sino que es un proceso evolutivo con diferentes fases. Es evidente que un niño de cinco años no tendrá la misma capacidad para ejercer sus derechos que uno de dieciséis, aunque ambos sean menores de edad. En definitiva, el papel de los padres o tutores legales será el de guiar a los menores como primeros responsables de velar por sus derechos y actuar conforme al interés superior del menor.

Sin embargo, en los últimos años, observamos un aumento de la conflictividad, sobre todo en el contexto de las crisis familiares, que desemboca en los tribunales de justicia y que hace actuar al Estado, como garante de los derechos del menor sobre la base de tres elementos sobre los que se sustenta su proceder: los menores como sujetos (activos) de derechos, las responsabilidades paternofiliales y la conjunción del interés superior del menor.

El «interés superior del menor»⁽²⁾ se manifiesta en tres conceptos: es un principio, un derecho y una norma de procedimiento que se articulan con la finalidad de proteger al menor, por parte de la administración, los tribunales y todas aquellas personas que deban decidir sobre algún aspecto que vaya a afectar a un menor, incluidos sus padres. Se suele definir como un «concepto jurídico indeterminado» y, justamente, debe ser «indeterminado» ya que su concreción debe responder a cada caso particular. Esto significa que el concepto de interés del menor se relaciona con el individuo, se aplica a cada caso concreto, y no puede tratarse como un concepto jurídico de carácter general, puesto que, en esencia, sería contradictorio con la finalidad del principio. Sin embargo, es cierto que la imprecisión del contenido puede causar cierta inseguridad jurídica, dejando un margen muy amplio de apreciación, e incluso arbitrariedad a las personas y órganos encargados de su determinación, que podrían conducir a decisiones no muy respetuosas con los propios derechos del menor y el espíritu mismo de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN). Por ello, es necesario establecer unas líneas interpretativas que, sin menoscabar los derechos de los menores, doten de seguridad jurídica su ejercicio⁽³⁾. Indiscutiblemente, se trata de un

⁽²⁾ El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 afirma que: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»; Artículo 2.1 de la LOPJM: «Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor». Una de las obras de referencia sobre la materia es F. Rivero Hernández, *El interés del menor*, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2007.

⁽³⁾ CILLERO BRUÑOL, M., «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño», *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 1, 1999, pp. 45-62. Este autor afirma que es necesario: «una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa de interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.», p. 46.

concepto flexible y adaptable a las circunstancias particulares del menor y que deberá primar frente a cualquier otro tipo de interés, fomentando el ejercicio de los derechos del propio menor⁽⁴⁾.

Con el objetivo de clarificar y dar una serie de pautas para determinar el interés superior del menor en cada caso, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, dictó la Observación General núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial⁽⁵⁾.

En consecuencia, podemos definir el interés superior del menor como un derecho sustantivo que puede invocarse ante los procedimientos y es directamente aplicable. Igualmente, se considera que se trata de un principio jurídico interpretativo, esto significa que si una norma admite varias interpretaciones habrá que optar por la que más beneficie al menor. En último lugar, el interés superior del menor constituye una norma de procedimiento, esto es que cualquier medida que se tome respecto de un niño o un grupo de niños deberá ser suficientemente ponderada y justificada, analizando todos los efectos (positivos y negativos) que marcan la decisión.

Acomodar esta teoría a cada caso concreto se muestra con frecuencia muy complicado. Sin embargo, tomando como base la Observación General del Comité, se establecen unos criterios generales que ayudan a determinar el interés del menor y que podemos resumirlos en los siguientes puntos; 1. La opinión del niño, el derecho a ser escuchado; 2. La identidad del niño; como elemento de identidad encontramos su religión y creencias; 3. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, en los casos en los que se presenten situaciones que puedan dar lugar a separación del hijo de sus padres; 4. El cuidado, la protección y la seguridad del niño, entendiendo dentro de estos conceptos el cuidado emocional; 5. La situación de vulnerabilidad, por ejemplo, niños pertenecientes a minorías, con capacidades limitadas; 6. El derecho del niño a la salud; 7. El derecho a la educación.

Recordemos que el marco jurídico actual se caracteriza por potenciar al menor como sujeto activo de derechos reconociendo a su vez su vulnerabilidad, por lo que se incorporan principios como el interés superior del menor o el derecho a ser escuchado en las situaciones que pudiesen afectarle. A continuación, nos referiremos, sin ánimo de exhaustividad, a las normas

⁽⁴⁾ Pocos meses después de aprobarse la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de septiembre de 1996 afirmaba que «no debe desconocerse el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario su formación integral y su integración familiar y social [...]».

⁽⁵⁾ Aprobada por el Comité en su 62.º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

esenciales que configuran las coordenadas jurídicas internacionales y del ámbito regional europeo sobre los derechos del menor.

En el contexto internacional, citamos como documento esencial la CDN⁽⁶⁾, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 y en el ámbito regional europeo partimos del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH, en adelante)⁽⁷⁾. Un texto que no es específico de menores pero que es la norma sobre la que se vertebran las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también referidas a los menores. Particularmente recurrente en la casuística es el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión en los términos contemplados en el artículo 9 del CEDH y lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH, relativo al derecho a la educación y el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

Respecto de los textos específicos sobre menores citaremos el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007⁽⁸⁾; Convenio Europeo en materia de adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008⁽⁹⁾ y el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, del 25 de enero de 1996⁽¹⁰⁾.

En el marco del Derecho de la Unión Europea, destacamos el Tratado de la Unión Europea⁽¹¹⁾, que en su artículo 3.3 y 3.5 se refiere a la protección de los derechos del niño y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículos 79.2. y 83.1) sobre protección de los niños. Más específico sobre los derechos es la Carta de los Derechos Fundamentales⁽¹²⁾, que en el artículo 24 menciona expresamente los derechos del niño. También son aplicables al estatuto jurídico del menor, el artículo 7 (respeto de la vida privada y familiar), artículo 14.2 (derecho a la educación), artículo 21 (no discriminación) y el artículo 32 (prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo). El Derecho de la UE está especialmente atento a los ámbitos de protección frente abusos y explotación sexual de menores en el contexto laboral⁽¹³⁾.

(6) ONU, Asamblea General, resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, <Convención sobre los Derechos del Niño | OHCHR>

(7) Roma, 4 de noviembre de 1950, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_SPA>

(8) BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010, [https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/10/25/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/10/25/(1))

(9) BOE núm. 167, de 13 de julio de 2011, [https://www.boe.es/eli/es/ai/2008/11/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2008/11/27/(1))

(10) BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2015, [https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/01/25/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/01/25/(1))

(11) Tratado de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007, versión consolidada (*DO C 202* de 7 de junio de 2016).

(12) DOCE, (2000/C 364/01), de 18 de diciembre de 2000.

(13) Directiva de lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2011/93/UE); Directiva de lucha contra la trata de seres humanos (2011/36/UE) y Directiva sobre jóvenes trabajadores (94/33/CE).

Este es el punto de partida de nuestro trabajo, acotando un objetivo muy concreto en el amplio campo de los derechos del menor: constatar la línea interpretativa actual sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) respecto de la libertad religiosa del menor en el contexto familiar y cómo se ha procedido en la acomodación del factor religioso, tomando como punto de referencia el interés superior del menor en estos supuestos.

2. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL CONTEXTO FAMILIAR

Es incuestionable que los menores de edad son titulares del derecho de libertad religiosa. Así se expresaba el TEDH ya en la sentencia del caso *Kjeldsen, Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976 al afirmar que «los artículos 8, 9 y 10 de la Convención, [...] proclaman el derecho de toda persona, incluidos los padres y *los hijos*, “al respeto de su vida privada y familiar”, a la “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” y a la “libertad [...] recibir y difundir información e ideas”»⁽¹⁴⁾.

El derecho de libertad religiosa regulado en el artículo 9 del CEDH, presente en los textos jurídicos internacionales sobre derechos humanos⁽¹⁵⁾, se configura como un derecho subjetivo, inalienable y que se fundamenta esencialmente en la dignidad humana⁽¹⁶⁾. En consecuencia, las normas que lo regulan se aplican igualmente a los menores, aunque existe regulación específica en el ámbito de los derechos del menor. El documento de mayor relevancia internacional lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que en el artículo 14 se refiere al derecho de libertad religiosa del menor y al derecho-deber de los padres a guiarles en el ejercicio de este derecho conforme a sus facultades⁽¹⁷⁾. Esta disposición manifiesta una

⁽¹⁴⁾ §52 de la sentencia. La cursiva en la cita es nuestra.

⁽¹⁵⁾ En el ámbito Internacional hallamos el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948 (DUDH); el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), firmado el 19 de diciembre de 1966.; el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PISDEC), de 19 de diciembre de 1966; Observación General número 22 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; el artículo 2 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, aprobada el 25 de noviembre de 1981. En el ámbito regional europeo, además del artículo 9 del CEDH, cabe citar el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH y el artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada el 7 de diciembre de 2000.

⁽¹⁶⁾ GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., y RODRÍGUEZ BLANCO, M., *Derecho Eclesiástico español*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 238.

⁽¹⁷⁾ CDN, Artículo 14: «1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. 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 de modo conforme a la evolución de sus facultades. [...]»; La Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992 refiere que «[t]odo niño tiene derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, sin perjuicio de las responsabilidades que las legislaciones nacionales reservan a estos ámbitos a los padres o personas encargadas de los mismos».

clara conexión con el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, y que tiene su reflejo normativo en el ámbito del derecho a la educación, particularmente el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH⁽¹⁸⁾.

En general, el contexto familiar es el ámbito primario de contacto social en el que se hallan los niños. La adquisición de un sistema de creencias proviene en primera instancia de los padres, en el seno de la familia. Educar es connatural en la relación paternofilial, se trata de un derecho-deber de los padres respecto de sus hijos y, hacerlo en una fe determinada o sin componente religioso, corresponde al ejercicio de las funciones atribuidas a la patria potestad⁽¹⁹⁾. Está dentro de la lógica que los padres educan a sus hijos de acuerdo con lo que consideran mejor para ellos y eso implica hacerlo también en el marco de sus creencias y valores.

De esta manera, el elemento religioso puede constituir un aspecto relevante en el contexto de las disputas judiciales familiares. Este componente adquiere una relevancia particular en sociedades como la nuestra, donde se observa un notable incremento en la diversidad de creencias y prácticas religiosas. Generalmente, la mayoría de los desacuerdos se producen en lo relativo a la guarda y custodia, y a diversas cuestiones en lo que respecta a la educación: elección de centro educativo, educación religiosa, actos religiosos (bautismo, catequesis, comunión, liturgia...). Por lo tanto, no es sorprendente que la religión y las creencias sea un elemento presente en la casuística del Tribunal Europeo de Derecho Humanos relacionada con los derechos fundamentales de los miembros de la familia. Buena muestra de ello son algunos de los casos más recientes y particularmente significativos que comentaremos a continuación.

Han transcurrido casi cincuenta años desde que el TEDH se pronunció en uno de los casos más emblemáticos sobre libertad religiosa y de creencias en el contexto familiar y educativo⁽²⁰⁾. Nos referimos al caso *Kjeldsen, Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 1976. Sin embargo, este supuesto no mostraba conflictividad entre derechos de los padres y los hijos, sino que se circunscribía a la objeción de conciencia de las familias a que sus hijos recibiesen educación sexual dentro de los contenidos docentes y

⁽¹⁸⁾ Artículo 2 Protocolo Adicional al CEDH: «A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

⁽¹⁹⁾ FERRER ORTIZ, J., «Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 10, 2006, pp. 1-25; RUANO ESPINA, L., «El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, pp. 1-51.

⁽²⁰⁾ Sobre cooperación del Estado en relación con la garantía de la libertad religiosa en el ámbito de la enseñanza en el contexto europeo, *vid.* MESEGUER VELASCO, S., *Cooperación del Estado con la religión en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, pp. 136 ss.

a la prohibición del adoctrinamiento por parte del Estado a través de la enseñanza reglada⁽²¹⁾.

Ciertamente, las cuestiones más arduas y frecuentes surgen en las crisis familiares, principalmente en lo que atañe a las medidas relativas a derechos de visitas o guarda y custodia y divergencias en cuanto a la educación de los hijos. Estas dificultades están generadas por varios factores, entre los cuales figura la complejidad para determinar el interés del menor en el contexto de las relaciones familiares donde todos son titulares del derecho de libertad religiosa. Otro factor especialmente delicado es la valoración de la capacidad del menor y enlazarlo con el derecho a ser escuchado. La conjunción de estos elementos es lo que, en nuestra opinión, explica que los tribunales, en particular el TEDH, no entren en el fondo del asunto en muchos de los casos, estimando o denegando la pretensión por motivos de procedimiento o, en otras ocasiones, fundamentando el fallo en la vulneración del derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) sin entrar a considerar el derecho de libertad religiosa de los implicados, suponiendo que sea la propia parte demandante la que lo haya alegado, que, a veces, incluso es obviado.

Recordemos el caso *Hoffmann c. Austria*, de 25 de junio de 1993, en el que el Tribunal de Estrasburgo resolvió a favor de una madre Testigo de Jehová considerando que se había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar por parte de los tribunales austriacos al retirarle la custodia de los hijos en favor del padre, tomando como base el perjuicio que se causaba a los menores por frecuentar el grupo religioso de la madre y el posible riesgo para su vida ante la negativa de recibir una transfusión de sangre. El Tribunal no consideró que la medida impuesta por los tribunales austriacos fuese proporcional al fin perseguido. El caso *Hoffmann* se resolvió con un ajustado número de votos (cinco contra cuatro), lo que muestra el grado de complejidad en resolver por vía judicial las discrepancias de los padres sobre que atañen a la cuestión religiosa, en la medida en que implica a los menores y sus derechos⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Sobre este caso, MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, 1986, pp. 484-489. Un trabajo sobre la temática *vid.* GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E., *La educación sexual en el sistema educativo público: conflictos en el Derecho comparado y el ordenamiento jurídico español*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020. Igualmente interesantes son los casos de solicitud de exención de otras materias o actividades escolares, como las clases de natación, que resolvió el TEDH en el caso *Osmanoğlu y Kocabaş contra Suiza*, de 10 de enero de 2017. Sobre este caso particular *vid.* PALOMINO LOZANO, R., «Acomodación y exención por motivos religiosos en el ámbito escolar: A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y Religión*, 13, 2018, pp. 197-213.

⁽²²⁾ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. IX, 1993, pp. 81 ss.

Posteriormente al caso *Hoffman*, los tribunales han tenido ocasión de resolver sobre la materia⁽²³⁾. Por lo que hemos optado por comentar más detenidamente la reciente casuística del TEDH, en la que hallar nuevos enfoques o consideraciones sobre el menor como sujeto activo de su derecho de libertad religiosa y el contenido y criterios determinantes del interés superior del menor en relación con el derecho de libertad religiosa.

Los casos a los que vamos a referirnos se circunscriben al ámbito familiar, englobándose principalmente en dos grupos: uno, en los que el conflicto surge en el contexto de crisis familiares por el desacuerdo de los padres en la toma de decisiones con respecto de los hijos o cuando el factor religioso pone en cuestión el régimen de visitas o la custodia de los hijos menores. El otro, cuando el conflicto se plantea por los padres frente a la Administración en los casos en los que el menor está en régimen de acogida o en proceso de adopción, por no considerar que se respeta la identidad religiosa del menor y la de su familia de origen⁽²⁴⁾.

3. LA RELIGIÓN DE UNO DE LOS PROGENITORES CUESTIONA EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA Y LAS VISITAS: CASOS *T. C. C. ITALIA* (2022), *CUPIAL C. POLONIA* (2023) Y *VLASSENKO C. UCRANIA* (2023)

Siguiendo la estela del caso *Hoffman*, el 19 de mayo de 2022 el TEDH resolvió el caso *T. C. c. Italia* en el que el demandante, Testigo de Jehová, fue objeto de una orden judicial que le impedía involucrar activamente a su hija en sus prácticas religiosas. La demanda alegaba vulneración de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio.

Los hechos parten del procedimiento judicial iniciado por la madre para modificar el régimen de custodia y visitas, debido a desacuerdos sobre la participación de la hija en actividades religiosas de los Testigos

⁽²³⁾ VALERO ESTARELLAS, M. J., *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la Jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

⁽²⁴⁾ Otro nutrido número de sentencias en el contexto familiar es el relativo a las decisiones que afectan a la salud de los hijos, a los que no nos referiremos en este trabajo. Recientemente, el TEDH resolvió sobre conflictos relativos a la vacunación de los hijos contra el COVID-19, como el caso *Vavříčka y otros c. la República Checa*, de 8 de abril de 2021, que ha sido comentado en MESEGUER VELASCO, S., «Objeción de conciencia a la vacunación de los menores de edad en la jurisprudencia de Estrasburgo», *JUS- ONLINE 1/2022*, *Rivista di Scienze Giuridiche*, pp. 100-132. Algunos trabajos que han tratado el tema son MORENO ANTÓN, M., «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2011, pp. 95-123; MORENO SOLER, V., «La evolución de la libertad religiosa del menor de edad y su incidencia en el ámbito de la salud», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13, 2020, pp. 142-161 y DÍAZ MUÑOZ, O., «La objeción de conciencia del menor en los tratamientos médicos», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 56, 2003, pp. 859-887.

de Jehová, confesión religiosa que comenzó a profesar el padre tras la ruptura. Los tribunales italianos concluyeron que la participación activa de la hija en las prácticas religiosas de los Testigos de Jehová generaba confusión y tensión, afectando negativamente su bienestar. En consecuencia, se ordenó al padre de abstenerse de involucrar a su hija en dichas actividades religiosas. Los tribunales italianos desestimaron los recursos del padre, confirmando la prohibición. No obstante, se matizó que, aunque el padre no pudiese hacer partícipe activa a la hija en sus prácticas religiosas, podía transmitirle sus creencias. El TEDH declara, por cinco votos contra dos, que no ha habido violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 de la Convención. Fundamenta el fallo, principalmente, en la protección del interés superior de la menor y en la necesidad de asegurar un entorno estable y coherente para su desarrollo, basándose en pruebas periciales, afirmando que no se limita el derecho a seguir relacionándose con la hija, sino que se restringe su asistencia a actos religiosos de la religión del padre en aras a su protección.

El primer elemento destacable es que el Tribunal de Estrasburgo admite la demanda solo en lo que concierne a la vulneración de los artículos 14 (no discriminación) y 8 (vida privada y familiar), rechazando entrar a dilucidar si ha habido vulneración del artículo 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) que, en nuestra opinión, es el *quid* del asunto, ya que precisamente es la cuestión religiosa lo que fundamenta la restricción o «injerencia» en la relación del padre con la hija. Este fallo muestra la complejidad de equilibrar los derechos parentales con la protección de los menores, un desafío recurrente en la jurisprudencia del TEDH. El Tribunal pierde una magnífica ocasión de entrar en el fondo del asunto a fin de determinar una interpretación jurisprudencial del artículo 9, en la que aclarar como debe conjugarse el derecho de los padres a su libertad religiosa, así como sus derechos y deberes paterno-filiales con el también derecho del menor a la libertad religiosa. Esta apreciación se constata en el voto concurrente del juez Sabato que, aun estando a favor del fallo, considera que el caso debería haberse resuelto también a la luz del artículo 9 del Convenio. Estima que partiendo de que los hijos tienen su propio derecho de libertad religiosa (artículo 14 de la CDN) y el acuerdo de los padres en las opciones religiosas relativas a sus hijos, se debería haber aprovechado la interpretación aceptada en los tribunales del principio de continuidad o *status quo* cuando se trata de padres que no están de acuerdo sobre las nuevas opciones religiosas tomadas por uno de ellos, que desea involucrar a los hijos en la misma elección.

Un año después, el Tribunal de Estrasburgo tuvo nuevamente la oportunidad de pronunciarse en un caso en el que se introdujo un elemento que no se había planteado en casos anteriores, ya que además de surgir en el con-

texto de una crisis familiar entra en juego una condena penal. Se trata del caso *Cupial c. Polonia* de 9 de marzo de 2023. El asunto es resuelto por el Tribunal atendiendo a la denuncia del demandante sobre la vulneración de su derecho a un juicio justo (artículo 6 del Convenio) a causa de su condena penal por el maltrato psicológico de sus hijos mediante el sometimiento a prácticas religiosas excesivas. Los hechos arrancan tras el divorcio de los padres, ambos de fuertes convicciones religiosas católicas, cuando la madre denuncia al padre por abuso psicológico de los hijos mediante una educación religiosa estricta. El demandante también se quejó de que su condena por maltratar psicológicamente a sus hijos por haberlos sometido a prácticas religiosas supuestamente excesivas constituía una violación separada de los artículos 8, 9 y 14 del Convenio y también, en esencia, del artículo 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio.

Los tribunales polacos llegaron a la conclusión de que los actos cometidos por la demandante habían constituido maltrato psicológico y habían cumplido los requisitos de la definición legal de violencia doméstica. El TEDH en su fallo estima la pretensión del demandante y declara la vulneración de artículo 6 del Convenio al considerar que la condena penal del padre se produjo porque los tribunales nacionales cometieron errores de procedimiento al no evaluar argumentos específicos e importantes del demandante y, por lo tanto, no cumplieron con uno de los requisitos de un juicio justo, es decir, proporcionar una motivación adecuada para sus decisiones⁽²⁵⁾.

Lamentablemente, el Tribunal de Estrasburgo, con esta decisión por unanimidad, cierra la puerta a entrar en lo que consideramos una parte esencial del caso⁽²⁶⁾ y que es alegado por el padre: si los métodos educativos basados en una aplicación estricta de una religión pueden considerarse una actuación en el marco de la patria potestad y la libertad religiosa del padre y como conjugarlo con la propia libertad religiosa de los hijos, ya que podría justificar una limitación de los derechos del padre con base en el interés superior del menor. La interpretación jurisprudencial no termina de producirse por el TEDH a pesar de que el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de religión o de creencias de 5 de agosto de 2015 (A/70/286) allanó el camino para justificar un pronunciamiento claro y comprometido en los casos que llegan al Tribunal. El Relator indicó que «*Los derechos de los niños y los derechos de los padres en la esfera de la libertad de religión o de creencias, aunque en la práctica no siempre están en consonancia, en general deben interpretarse en el sentido de que están positivamente interrelacionados*. Abarcan diversas esferas de la vida, desde la iniciación religiosa del niño en la familia y su participación en la vida religiosa de la comunidad hasta la instrucción religiosa impartida en el

⁽²⁵⁾ § 66 de la Sentencia.

⁽²⁶⁾ § 68 de la Sentencia.

contexto de la educación escolar. *Si bien a veces puede ser necesaria la intervención del Estado, por ejemplo, para proteger al niño del abandono, la violencia doméstica o las prácticas nocivas, la injerencia injustificada del Estado en los derechos de los padres en la esfera de la libertad de religión o de creencias equivaldrá en muchos casos simultáneamente a violaciones de los derechos del niño»*⁽²⁷⁾. Curiosamente, este documento es recogido por el TEDH en el marco jurídico aplicable al caso *Cupial*⁽²⁸⁾, pero al no considerar necesario entrar a analizar la violación del artículo 8 y 9 del Convenio, queda sin comentario en la parte de la fundamentación jurídica del Tribunal.

Finalmente, unos meses después del caso *Cupial*, el Tribunal tuvo ocasión de resolver sobre un nuevo caso similar a los anteriores. No llegó a resolver el fondo, puesto que se solventó en la fase previa, emitiendo una decisión de inadmisibilidad de la demanda. No obstante, consideramos relevante referirnos a la Decisión de inadmisibilidad del caso *Vlasenko contra Ucrania* de 28 de septiembre de 2023, puesto que el Tribunal toma en consideración los argumentos de las sentencias de los tribunales nacionales que pueden resultar clarificadores de una posición del Tribunal de Estrasburgo por lo que respecta a un aspecto concreto y que hemos abordado en este trabajo: la determinación del interés del menor y la incidencia del derecho del menor a ser escuchado.

En 2016, el Tribunal nacional dictaminó que los hijos menores de la demandante debían residir con su padre, basándose en informes psicológicos que indicaban signos de negligencia pedagógica y tensión en los niños. La demandante argumentó que las decisiones judiciales fueron arbitrarias y discriminatorias debido a su religión, ya que después de su conversión religiosa en 2014, comenzó a llevar a los niños a un lugar de culto diariamente. El padre de los niños alegó que la demandante, tras su conversión religiosa, había empezado a obstruir su comunicación con los hijos e imponer prácticas religiosas a los niños sin su consentimiento. Los tribunales nacionales, confirmaron la decisión basándose en que la residencia con el padre era en el mejor interés de los niños, considerando la necesidad de su desarrollo integral (moral, espiritual, cultural, físico y psicológico). Se determinó que la influencia religiosa de la demandante estaba limitando el desarrollo social y extracurricular de los niños, además de obstruir la participación del padre en su educación y cuidado. El TEDH concluyó que no había indicios de discriminación religiosa en las decisiones de los tribunales nacionales, ya que se basaron en un análisis detallado y exhaustivo de las circunstancias familiares, priorizando el interés superior del menor y asegurando que la decisión fuera equilibrada y razonable. Se reconoció que, aunque los niños

⁽²⁷⁾ § 76 de Informe. La cursiva en el texto es nuestra.

⁽²⁸⁾ § 35 de la Sentencia.

expresaron su deseo de vivir con la madre, el tribunal evaluó que su mejor interés se encontraba en vivir con el padre debido a las preocupaciones sobre su desarrollo integral. Además, el Tribunal realiza una interesante apreciación del derecho del menor a ser escuchado en relación con la determinación del interés superior del menor. Afirma que en la medida en que el tribunal de apelación no cumplió los deseos expresados por los niños de continuar residiendo con el solicitante, el Tribunal reitera que, si bien los niños tienen derecho a ser consultados y oídos sobre los asuntos que les afectan, sus opiniones no son necesariamente decisivas, y sus objeciones, a las que se debe dar la debida importancia, no son necesariamente suficientes para anular los intereses de los padres. El derecho de un niño a expresar sus propias opiniones no debe interpretarse en el sentido de que otorga efectivamente a los niños un derecho de veto incondicional, sin que se tengan en cuenta otros factores ni se lleve a cabo un examen para determinar su interés superior⁽²⁹⁾. De esta forma, el Tribunal no tiene motivos para dudar de que la decisión de determinar el lugar de residencia de los niños redundó en el interés superior de los niños, además de señalar que las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales nacionales no suprimieron la relación de la demandante con sus hijos, ya que no limitaron su derecho de visita ni su patria potestad. Por lo que no admite ningún fundamento para admitir la demanda por violación del artículo 8 de la Convención.

4. **EL RESPETO A LA IDENTIDAD Y LIBERTAD RELIGIOSAS EN LOS PROCESOS DE ACOGIDA Y ADOPCIÓN: LOS CASOS *ABDI IBRAHIM C. NORUEGA* (2021), *LOSTE C. FRANCIA* (2022) Y *KILIC C. AUSTRIA* (2023)**

Otro bloque interesante de resoluciones del TEDH pronunciadas en los últimos años es el relativo a las medidas administrativas y judiciales que determinan la acogida de menores, cuando las familias biológicas no pueden hacerse cargo de sus hijos y sobre la adopción. Si en los casos anteriores, citábamos como referente el caso *Hoffman*, en estos supuestos el referente es el caso *Strand Lobben y otros c. Noruega*, de 10 de septiembre de 2019, sobre una retirada de la custodia de una niña a su madre y la acogida y posterior adopción de la menor por una familia. En este caso el TEDH resolvió que las autoridades habían actuado conforme al interés

⁽²⁹⁾ § 11 de la Decisión de inadmisibilidad.

superior del menor y no procedía declarar la vulneración del artículo 8 del Convenio⁽³⁰⁾.

Contrariamente a esta resolución, la Gran Sala del TEDH resolvió el 10 de diciembre de 2021 el caso *Abdi Ibrahim c. Noruega*, cuyos hechos producen un resultado dramático, en cuanto que se constata por el Tribunal que la acción de las autoridades llevó a desvincular totalmente a un hijo de su madre biológica⁽³¹⁾. La demandante, una mujer somalí, alegó la violación de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) del Convenio ya que, en el proceso de privación de la custodia de su hijo, había sido acogido en una familia con creencias religiosas distintas a las suyas culminando en una adopción, considerando que las autoridades habían propiciado la ruptura de la relación con su hijo. Es destacable que los hechos adquieren mayor relevancia puesto que la demandante en el momento de la retirada de la custodia de su hijo también era menor de edad (diecisiete años).

La demandante procuró que su hijo quedase a cuidado de una familia somalí, incluso facilitando el contacto de una persona a tal efecto, aunque no se consideró que reuniera los requisitos para hacerse cargo del menor⁽³²⁾. Por lo que la Administración, aunque en el ordenamiento jurídico noruego se establece que se deben tener debidamente en cuenta los antecedentes étnicos, religiosos, culturales y lingüísticos del niño al elegir un lugar de acogida, consideró que, en este caso, el interés superior del menor era procurar su bienestar en un entorno estable, máxime atendiendo a las necesidades educativas especiales del niño, por lo que se vio adecuado ponerlo al cuidado de una familia cristiana noruega. Con el transcurso del tiempo la madre tiene conocimiento de que su hijo está siendo educado en la fe de los acogedores, a lo que se opone. Sin embargo, los servicios de infancia le comunican que es el mejor interés del menor seguir la misma vida cotidiana que la familia de acogida, incluyendo ir a la Iglesia, con la salvedad de que no tendrán derecho a inscribirlo como miembro de ninguna confesión sin el consentimiento de la madre o cuando el menor tenga quince años ejerza libremente ese derecho, atendiendo a la ley noruega⁽³³⁾. Los tribunales nacionales siguieron el criterio de la Administración.

La decisión de la Gran Sala del TEDH basó su resolución en analizar si se vulneró el artículo 8 del Convenio, rechazando, una vez más, analizar lo

⁽³⁰⁾ Un trabajo que analiza con detalle esta sentencia y *Abdi Ibrahim c. Noruega*, así como los casos *Haddad y Omorefe c. España* es ELÓSEGUI ITXASO, M., «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: Los casos noruegos y dos casos españoles», *Cuaderno de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 375-406.

⁽³¹⁾ Los hechos y la argumentación del Tribunal presentan similitudes con el caso *Omorefe c. España*, de 23 de junio de 2020.

⁽³²⁾ § 18-20 de la Sentencia.

⁽³³⁾ § 31 de la Sentencia.

correspondiente con la libertad religiosa del artículo 9, que no lo consideró necesario, confirmando la anterior de la Sala. Sin embargo, sí expresa que la elección de la familia de acogida, que no reunía los requisitos para que se respetase su deseo de que el hijo fuese educado de en su fe musulmana o al menos que se garantizase la neutralidad religiosa, puede examinarse como parte integrante de su reclamación relativa a su derecho al respeto de su vida familiar, garantizado por el artículo 8 del Convenio interpretado a la luz del artículo 9, y no como una cuestión de derechos separados. Efectivamente, el Tribunal decide una vez más, no entrar a fondo en el derecho de libertad religiosa en el contexto familiar.

La mayor parte del razonamiento jurídico se supedita a considerar el interés superior del menor y buscar una solución equilibrada con los intereses de las otras partes. El asunto clave es que la adopción tendría como consecuencia la pérdida para la demandante de cualquier derecho a contacto futuro con su hijo. De hecho, la madre pretendía que se continuase con el acogimiento familiar, en lugar de realizar la adopción, ya que ésta supondría la conversión religiosa de su hijo. El Tribunal considera que en todo el proceso de acogida y al autorizar la adopción, las autoridades nacionales no actuaron respetando el derecho de la demandante al respeto de la vida familiar y, en particular, el interés recíproco de la madre y del hijo en mantener sus vínculos familiares y sus relaciones personales y, por tanto, la posibilidad de que mantuvieran el contacto. Además, considera que los motivos invocados en apoyo de la adopción no eran suficientes para demostrar que las circunstancias del caso fueran tan excepcionales como para justificar una ruptura completa y definitiva de los vínculos madre-hijo, con una interpretación del interés superior del menor por parte de las autoridades falta de argumentación sólida. En definitiva, podemos interpretar que la conclusión del Tribunal estimando la violación del artículo 8 (interpretado a la luz del artículo 9), enfatiza la necesidad de respetar el contexto cultural y religioso en los procesos de protección del menor.

El 3 de noviembre de 2022 el Tribunal resolvió el caso *Loste c. Francia*, un complejo asunto en el que la demandante, ya mayor de edad, refiere hechos sucedidos durante su periodo de acogida y que sí se pronuncia sobre la vulneración del artículo 9 del Convenio. La demandante fue colocada bajo la tutela de las autoridades francesas y acogida por una familia Testigos de Jehová. Durante su estancia, sufrió abusos sexuales por parte del hombre y fue adoctrinada en la fe de los Testigos de Jehová, a pesar de ser originaria de una familia musulmana. La demandante alega violación de los artículos 3 (Prohibición de tratos inhumanos o degradantes), 9 (Libertad de pensamiento, conciencia y religión) y 13 (Derecho a un recurso efectivo).

La resolución del TEDH es contundente y determina que el Estado francés infringió los artículos 3, 9 y 13 del Convenio. Estamos ante uno de los

poco frecuentes casos en los que el Tribunal entra a valorar y admite la vulneración del artículo 9. Ciertamente, la gravedad de los hechos concomitantes quizás empequeñece la importancia de este pronunciamiento sobre la cuestión religiosa. Sin ánimo de profundizar sobre el caso, sí aludiremos brevemente a que el Tribunal resuelve que las autoridades francesas no cumplieron con su obligación positiva de proteger a la menor durante doce años contra los abusos sexuales cometidos por el acogedor, lo cual constituye un trato inhumano y degradante (artículo 3). Igualmente, se determinó que el sistema judicial francés no proporcionó un recurso efectivo debido al excesivo formalismo en la aplicación de las reglas de prescripción, impidiendo a la demandante perseguir la responsabilidad de las autoridades nacionales (artículo 13). La responsabilidad de las autoridades también fue exigida por la demandante en relación con el artículo 9, en el sentido de que el Estado no implementó las medidas necesarias para garantizar que la familia de acogida respetara la neutralidad religiosa en cuanto a la identidad religiosa de la menor.

Y a pesar de que el Gobierno cuestionó la realidad de las creencias religiosas de la demandante cuando llegó a una familia de acogida debido a su corta edad, el Tribunal considera que, aun cuando la identidad religiosa de la demandante se basara únicamente en el hecho de que procedía de una familia musulmana y que sus convicciones religiosas personales no fueron afirmadas al comienzo de su acogimiento, fue expuesta al proselitismo de los acogedores vulnerando los términos de la cláusula de neutralidad religiosa que formaba parte integrante de las condiciones de su acogimiento⁽³⁴⁾. Además, las autoridades nacionales no aplicaron las medidas necesarias, que les incumbían a la vista de las condiciones del acogimiento, para garantizar que la familia de acogida respetara la cláusula de neutralidad religiosa en virtud de la cual dicha familia se había comprometido a respetar las opiniones religiosas del niño, así como las de su familia de origen⁽³⁵⁾.

Un aspecto que, en nuestra opinión, queda poco desarrollado, es que el Tribunal no menciona como elemento coadyuvante a su argumentación, que las autoridades francesas no actuaron en el interés superior del menor ni en lo concerniente al abuso sexual ni por lo que respecta a la libertad religiosa de la menor. Esto último quedó patente cuando la menor fue hospitalizada por un accidente de tráfico y los acogedores indicaron que no se administraran productos sanguíneos a la menor, habida cuenta de la religión que practicaban. Aunque este hecho fue comunicado por el médico de los servicios de urgencia a las autoridades públicas, no se actuó en perjuicio del interés superior de la menor.

⁽³⁴⁾ §§ 113 y 114 de la Sentencia.

⁽³⁵⁾ § 116 de la Sentencia.

Poco más de un año después, se planteó ante el Tribunal el caso *Kilic c. Austria*, de 12 de enero de 2023, sobre un supuesto similar al relatado en el caso *Abdi Ibrahim c. Noruega*, pero con un fallo inverso⁽³⁶⁾. Este asunto involucra a unos padres de origen turco residentes en Austria, quienes tenían cinco hijos que fueron declarados en estado de abandono y, en consecuencia, puestos bajo la tutela de los servicios sociales. Posteriormente, los tres hijos mayores fueron reintegrados a la familia, mientras que los dos pequeños permanecieron en una familia de acogida. Los padres interpusieron demanda ante el TEDH argumentando que tal decisión violaba su derecho a la vida familiar, conforme al artículo 8 del Convenio, así como su derecho a la libertad religiosa, según el artículo 9, puesto que la familia de acogida no era musulmana y no se estaba respetando la identidad religiosa de los menores.

Como sucedió en el caso *Abdi Ibrahim c. Noruega*, el TEDH optó por resolver según el artículo 8 a la luz del artículo 9. Sin embargo, a diferencia de este caso, concluyó que no se había vulnerado ninguno de los dos artículos del Convenio. De la extensa exposición de los hechos y su argumentación jurídica podemos extraer dos ideas clave muy relevantes para valorar el factor religioso en el contexto de situaciones familiares complicadas en las que intervienen los servicios de protección de menores. Una primera, que el derecho de libertad religiosa de los padres biológicos cuando no tienen la custodia de sus hijos no se trata como un derecho preeminente, sino que debe considerarse tomando en cuenta otros factores que en su conjunto determinen el interés superior de los menores⁽³⁷⁾. La otra idea clave es atender al objetivo y a los principios que inspiran las leyes nacionales sobre protección del menor y los recursos que se emplean por los servicios sociales austriacos. En este sentido, a diferencia del caso *Abdi Ibrahim c. Noruega*, el Tribunal incide mucho en que las normas austriacas favorecen la protección del vínculo del menor con su familia biológica, restringiendo a los casos de extrema gravedad la privación de la patria potestad. De hecho, los tres hijos mayores retornaron con sus padres y el régimen de visitas de los otros dos menores era muy amplio, facilitando el contacto padres-hijos. La normativa y el proceder de las autoridades austriacas también determinan el respeto de la libertad religiosa de la familia biológica en cuanto que procuraron que la familia de acogida comparta o, al menos, respete la identidad religiosa de los padres.

El Tribunal constata como las autoridades hicieron todo lo posible para conseguir una familia acorde a ello, pero se valoró como inviable debido al

⁽³⁶⁾ ELÓSEGUI ITXASO, M., «Los límites de la libertad religiosa de los padres biológicos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de acogimiento y adopciones: los casos *Abdi Ibrahim v. Noruega* y *Kilic v. Austria*», en G. Vicente y Guerrero (coord.), *Desarrollos, retos y crisis actuales de la libertad religiosa*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 78-102.

⁽³⁷⁾ § 146 de la Sentencia.

escaso número de familias de acogida musulmanas; incluso valoró la posibilidad de que los hijos fuesen acogidos por familiares de los demandantes, pero éstos se negaron y además fueron declarados no aptos por los servicios sociales. Por lo que, la decisión más acorde al interés de los menores fue su colocación en una familia considerada idónea para los menores, aunque no fuese musulmana. El problema surgió cuando, durante una visita a los padres biológicos, una de las hijas llevaba un collar con una pequeña cruz. Este hecho fue considerado por las pruebas presentadas como algo aislado, ya que los tribunales nacionales aceptaron la explicación dada por la madre adoptiva, de que la niña había querido llevar el collar con la cruz que había obtenido de una máquina de chicles y que la madre de acogida sí respetaba la religión de la menor⁽³⁸⁾. Otra valoración relevante que realiza en esta ocasión el Tribunal es que las autoridades austriacas habían respetado el derecho de los menores a conocer sus raíces y a que se respetase su libertad e identidad religiosa a través del contacto con sus padres con un régimen de visitas adecuado⁽³⁹⁾.

En definitiva, el Tribunal resuelve que no hubo violación del artículo 8 de la Convención, interpretado a la luz del artículo 9, considerando que había motivos pertinentes y suficientes para considerar que el interés superior de los menores era la permanencia en régimen de acogida, dado que la reunificación familiar no era razonablemente factible y que, además, durante todo el procedimiento, las autoridades tomaron en cuenta el interés de los demandantes en que sus hijos fueran educados de acuerdo con sus orígenes cultural, religioso y lingüístico.

La sentencia tiene un voto particular del juez Hüseyinov⁽⁴⁰⁾, que considera que sí debió estimarse la violación del artículo 8. Afirma que el respeto de la vida familiar, tal como se interpreta a la luz del artículo 9 del Convenio, no debe limitarse a facilitar el contacto de los padres biológicos con los hijos, sino que debe abarcar otras acciones positivas, más allá de eso, como, por ejemplo, favorecer la formación lingüística y cultural de los niños, para evitar que se vean separados de sus raíces culturales y religiosas, especialmente a una edad muy temprana. Para el Juez, esta cuestión es determinante en el interés superior del niño⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ § 152 de la Sentencia.

⁽³⁹⁾ Estas apreciaciones marcaban una gran diferencia con respecto al caso *Abdi Ibrahim*, donde las autoridades limitaron en exceso el régimen de visitas y la familia de acogida y posteriormente adoptante, hacía partícipe al menor en actos religiosos y tenía la intención de cambiar el nombre del niño y bautizarlo en la fe cristiana.

⁽⁴⁰⁾ *Vid.* la opinión discrepante de este mismo Juez junto con los Jueces Grozev y O'Leary en el caso *Strand Lobben y otros c. Noruega*, de 10 de septiembre de 2019, que consideró que debió estimarse la vulneración del artículo 8 del Convenio.

⁽⁴¹⁾ § 7 del voto particular.

5. A MODO DE SÍNTESIS CONCLUSIVA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha abordado varios casos relacionados con procesos de custodia, acogida y régimen de visitas en los que el factor religioso ha estado presente. Sin embargo, no ha sido un elemento que el Tribunal de Estrasburgo haya tenido como preponderante o determinante en las fundamentaciones jurídicas de las sentencias que hemos tratado.

En el caso *T. C. c. Italia*, se resolvió que la prohibición de involucrar a una hija en prácticas religiosas de los Testigos de Jehová no violaba sus derechos, priorizando el interés superior de la menor. En *Cupial c. Polonia*, el TEDH encontró vulneración del derecho a un juicio justo tras la condena de un padre por maltrato psicológico a sus hijos, pero no se pronunció sobre la libertad religiosa. En *Vlasenko c. Ucrania*, se determinó que la decisión sobre la residencia de los menores no fue discriminatoria, priorizando su bienestar. En el caso *Abdi Ibrahim c. Noruega*, se consideró que la adopción de un niño por una familia de fe diferente a la de su madre biológica violó su derecho a la vida familiar. Por otro lado, en *Kilic c. Austria*, el TEDH concluyó que no hubo violación de derechos, ya que se priorizó el interés superior de los menores en su colocación en una familia de acogida.

El TEDH, aunque no obvia la cuestión religiosa en estos casos, no constituye en la mayoría de los casos un argumento principal en la fundamentación de sus sentencias, tomando más relevancia una valoración del interés superior del menor que suele contemplar el elemento religioso como irrelevante o incluso contrario a dicho interés. En definitiva, estos casos reflejan la complejidad de equilibrar la protección de los menores y los derechos parentales en el contexto de la libertad religiosa.

BIBLIOGRAFÍA

- CILLERO BRUÑOL, M., «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño», *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 1, 1999.
- DÍAZ MUÑOZ, O., «La objeción de conciencia del menor en los tratamientos médicos», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 56, 2003, pp. 859-887.
- ELÓSEGUI ITXASO, M., «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: Los casos noruegos y dos casos españoles», *Cuaderno de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 375-406.
- «Los límites de la libertad religiosa de los padres biológicos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de acogimiento y adopciones: los casos Abdi Ibrahim v. Noruega y Kilic v. Austria» en Vicente y Guerrero, G., (coord.),

- Desarrollos, retos y crisis actuales de la libertad religiosa*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 78-102.
- FERRER ORTIZ, J., «Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 10, 2006.
- GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E., *La educación sexual en el sistema educativo público: conflictos en el Derecho comparado y el ordenamiento jurídico español*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., RODRÍGUEZ BLANCO, M., *Derecho Eclesiástico español*, 5.^a ed., Civitas, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, 1986.
- «La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. IX, 1993, pp. 81 ss.
- MESEGUER VELASCO, S., «Objeción de conciencia a la vacunación de los menores de edad en la jurisprudencia de Estrasburgo», *JUS- ONLINE 1/2022, Rivista di Scienze Giuridiche*, pp. 100-132.
- *Cooperación del Estado con la religión en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024.
- MORENO ANTÓN, M. «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2011, pp. 95-123.
- MORENO SOLER, V., «La evolución de la libertad religiosa del menor de edad y su incidencia en el ámbito de la salud», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13, 2020, pp. 142-161.
- PALOMINO LOZANO, R., «Acomodación y exención por motivos religiosos en el ámbito escolar: A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y Religión*, 13, 2018, pp. 197-213.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2.^a ed., Madrid, Dykinson, 2007.
- RUANO ESPINA, L., «El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19, 2009.
- VALERO ESTARELLAS, M. J., *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la Jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

SEGUNDA PARTE

**ACOMODACIÓN Y NO DISCRIMINACIÓN
EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS**

Acomodación a las necesidades religiosas en la función pública en Europa

Accommodation of religion in the public service in Europe

RAFAEL PALOMINO ^(*)

Universidad Complutense de Madrid (España)

Resumen: El presente trabajo analiza algunos elementos acerca de la acomodación a las necesidades religiosas de los empleados públicos en Europa. Para ello, establece un concepto de acomodación religiosa, examina su presencia en el Derecho europeo, delimita las exigencias propias de la neutralidad en el empleo público en relación con la libertad religiosa y, finalmente, analiza una importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que trata del tema.

Abstract: This paper analyzes several aspects concerning the accommodation of public employees' religious needs in Europe. To this end, it defines the concept of religious accommodation, examines its presence in European law, outlines the requirements of neutrality in public employment in relation to religious freedom, and finally, analyzes an important judgment of the Court of Justice of the European Union that addresses the issue.

Palabras clave: Acomodación religiosa, libertad religiosa, empleo público, neutralidad del Estado.

Keywords: Religious accommodation, religious freedom, public servants, State religious neutrality.

^(*) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto NEUCOPER (PID2022-137800NB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo investigador principal es el profesor Javier Martínez-Torrón, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid y Presidente del ICLARS.

SUMARIO. 1. Introducción.–2. ¿Qué se entiende por adaptación religiosa?–3. ¿Existe la adaptación de la religión en el derecho europeo?–4. La adaptación religiosa en sector público.–5. Una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.–6. A modo de conclusión.–Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el marco del VII Congreso del *International Consortium for Law and Religion Studies* (ICLARS) que lleva por título «La acomodación de la religión o la creencia en la esfera pública: ¿privilegio inmerecido o derecho fundamental?», me parece oportuno desarrollar una investigación dirigida a dar respuesta esta pregunta: ¿existe en el Derecho europeo algún margen para la acomodación de la religión en la función pública? No se trata de una disquisición genérica, abstracta o desvinculada de la realidad jurídica de nuestro tiempo. Al contrario: como tendremos ocasión de comprobar es una pregunta que es de plena actualidad a la luz de los recientes desarrollos jurisprudenciales en la Unión Europea y en Estados Unidos, al tiempo que apunta a una cuestión pendiente e irresuelta en muchos ordenamientos jurídicos occidentales.

Para cumplir el propósito de este trabajo, se procederá del siguiente modo. En primer lugar, determinar qué se entiende por adaptación o acomodación a la religión. En segundo lugar, determinar si ese concepto está presente o no en el derecho europeo. Después se centrará la atención en la adaptación a las necesidades religiosas de los empleados públicos atendiendo al contexto y, particularmente, a las exigencias de neutralidad en el desempeño de la tarea de los empleados públicos. Por último, se da cuenta de una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que arroja luz acerca de cuál es la deriva que el derecho europeo marca acerca de esta cuestión.

Es casi inevitable hacer abstracción acerca del régimen jurídico específico que cada país europeo (o la propia Unión Europea) aplica a los servidores públicos. El elemento determinante aquí es que unos empleados –en régimen contractual o estatutario, temporal o indefinido, en una contrata privada para un ente público...– desarrollan su trabajo al servicio del Estado y que esta relación jurídica reviste unas características particulares por quién es el «empleador». Dicha abstracción me permitirá la licencia de usar indistintamente los términos «funcionario», «empleado público», «trabajador al servicio del Estado», etc.

2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ADAPTACIÓN RELIGIOSA?

Aun cuando es usual utilizar el término «acomodación» como equivalente del inglés «accommodation» para referirse al tema que nos ocupa, aquí se empleará la palabra «adaptación», pues como se verá responde mejor a la acción que se designa.

Por adaptación de la religión se entiende un arreglo o ajuste realizado en un entorno o espacio humano concreto que permita a un creyente practicar su religión o sus creencias⁽¹⁾. Aplicados a las condiciones de empleo, la denominada en inglés «reasonable accommodation» o adaptación razonable es «cualquier modificación o adaptación de un puesto de trabajo que permita a un solicitante o empleado cualificado, a menudo de un origen cultural o religioso diferente al de la mayoría de la población, participar en el proceso de solicitud o desempeñar las funciones esenciales del puesto en igualdad de condiciones con los demás y de acuerdo con sus convicciones»⁽²⁾. Especialmente en el caso de leyes aparentemente neutrales (es decir, aquellas que a primera vista nada tienen que ver con la religión, pero que inciden en la práctica en su ejercicio)⁽³⁾ la adaptación religiosa libera a los ciudadanos creyentes de cargas no deseadas.

En la legislación laboral de Estados Unidos, la obligación máxima exigible de un empleador de adaptarse a la religión del empleado se califica de «razonable», y según el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964⁽⁴⁾, los empresarios tienen la obligación de adaptarse a la observancia o las creencias religiosas de los empleados a menos que un empresario demuestre que es incapaz de adaptarse razonablemente a la observancia o práctica religiosa de un empleado sin dificultades excesivas. El adjetivo «razonable» comprende distintos aspectos, como el coste, el impacto que el ajuste tendría tanto en las personas en cuestión como en su entorno inmediato; o si

⁽¹⁾ ANGLIM, C. T., *Religion and the law: a dictionary*, ABC-CLIO, Santa Barbara, California, 1999, pp. 29-32; HENRARD, K., «Duties of reasonable accommodation on grounds of religion in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: A tale of (baby) steps forward and missed opportunities», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, 4, 2016, p. 963.

⁽²⁾ RELAÑO PASTOR, E., «Towards Substantive Equality for Religious Believers in the Workplace? Two Supranational European Courts, Two Different Approaches», *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 5, 2, 2016, p. 256.

⁽³⁾ La fijación de un examen u oposición en sábado o en domingo podría obedecer a motivos razonables, tales como facilitar la asistencia a quienes trabajan durante el resto de la semana o realizar los exámenes en espacios amplios que en los días laborables están dedicados a otras actividades... Sin embargo, puede suponer un gravamen para personas que observan descanso religioso absoluto esos días. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 27 de octubre de 1976 *Vivien Prais v Council of the European Communities* C 130-75, ECLI: EU: C:1976:142.

⁽⁴⁾ 42 U. S. C. United States Code, 2023 Edition Title 42 - THE PUBLIC HEALTH AND WELFARE CHAPTER 21 - CIVIL RIGHTS SUBCHAPTER VI - EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITIES Sec. 2000e - Definitions [...] (j) *The term «religion» includes all aspects of religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee's or prospective employee's religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer's business.*

existen o no alternativas equivalentes⁽⁵⁾. Durante algún tiempo, en Estados Unidos un ajuste razonable sin dificultades excesivas equivalía a un arreglo sin un coste mínimo⁽⁶⁾. Sin embargo, recientemente el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha sostenido que «demostrar más que un coste mínimo no basta para probar la existencia de una “dificultad excesiva” en virtud del título VII [...] El término legal “dificultad excesiva” [*undue hardship*] se refiere, como mínimo, a “algo difícil de soportar” y sugiere algo más grave que una mera carga [...] Añadir el modificador “excesiva” significa que la carga o adversidad requerida debe alcanzar un nivel “excesivo” o “injustificable”. Entendido de este modo, “dificultad excesiva” significa algo muy diferente de una carga que es simplemente más que de minimis, es decir, “muy pequeña o insignificante”»⁽⁷⁾.

En Canadá, la Ley de Derechos Humanos de 1985⁽⁸⁾ y la jurisprudencia del Tribunal Supremo del país⁽⁹⁾ establecen la obligación de realizar acomodaciones razonables hasta el punto de dificultad indebida (*undue hardship*)⁽¹⁰⁾.

En fin, la adaptación religiosa se establece como un instrumento jurídico de carácter preventivo o paliativo frente a la discriminación indirecta. Dicha discriminación se produce cuando una disposición, criterio o práctica de apariencia neutra es susceptible de ocasionar, en el tema que aquí se investiga, una desventaja particular a individuos en función de su religión o convicciones. La adaptación religiosa preventiva encuentra un cauce de expresión en la cooperación formal o informal de los Estados con los grupos religiosos⁽¹¹⁾. La adaptación religiosa paliativa suele ser objeto de decisiones judiciales que declaran la violación del derecho fundamental de libertad religiosa en acciones específicas del Estado o de los particulares.

⁽⁵⁾ ELÓSEGUI ITXASO, M., «El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público», *Anuario de filosofía del derecho*, 30, 2014, p. 80; FOLETS, M. C., «Islam under the Rule of Law in Europe: How Consistent Is the Human Rights Test?», *Religions*, vol. 12, 10, 2021, Multidisciplinary Digital Publishing Institute, n. 6.

⁽⁶⁾ *Hardison v. TWA*, 432 U. S. 63, 84 (1977). Ese coste mínimo comprendería no solo los costos económicos directos, sino también la alteración de un sistema de antigüedad legítimo y negociado colectivamente, parte de los derechos contractuales de otros empleados.

⁽⁷⁾ *Groff contra DeJoy*, 600 U. S. 447 (2023). Gerald Groff, un empleado del Servicio Postal de los Estados Unidos (USPS), solicitó no trabajar los domingos debido a sus creencias religiosas. El Servicio Postal inicialmente le concedió la adaptación. Posteriormente, le exigió que trabajara los domingos. Groff se negó y renunció al trabajo, demandando al Servicio Postal por al amparo de la Ley de Derechos Civiles. El Tribunal Supremo revisó el estándar legal para determinar cuándo un empleador debe acomodar las prácticas religiosas de un empleado. El punto central de la decisión fue la interpretación de lo que constituye una «dificultad indebida» para un empleador al acomodar las creencias religiosas de un empleado.

⁽⁸⁾ *Canadian Human Rights Act*, R. S. C., 1985, c. H-6.

⁽⁹⁾ *Human Rights Commission (Ont.) and O'Malley v. Simpsons-Sears*, (1985) 12 O. A. C. 241 (SCC).

⁽¹⁰⁾ ELÓSEGUI ITXASO, M., «El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable», cit., pp. 75-81.

⁽¹¹⁾ MESEGUER VELASCO, S., *Cooperación del Estado con la Religión en Europa*, Cizur Menor (Navarra), 2024, pp. 71-73.

3. ¿EXISTE LA ADAPTACIÓN DE LA RELIGIÓN EN EL DERECHO EUROPEO?

La acomodación de la religión no es un término jurídico de uso común en la legislación europea. Ciertamente es que la adaptación se aplica a los trabajadores o futuros trabajadores discapacitados, según el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁽¹²⁾. Sin embargo, la misma directiva no ha ampliado la obligación de adaptación para los trabajadores creyentes. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió en 2019 un Informe sobre la libertad de religión o de creencias en el lugar de trabajo en el que concluye que «en determinadas circunstancias, la “adaptación razonable” por parte de los empleadores de las prácticas religiosas de sus empleados puede ser un enfoque práctico para garantizar la proporcionalidad de cualquier interferencia con la manifestación de la religión o las creencias, evitando así la discriminación y las violaciones de los derechos de los empleados en estos aspectos»⁽¹³⁾. Sin embargo, la Resolución 2318 (2020) «La protección de la libertad de religión o convicciones en el lugar de trabajo» no menciona los ajustes razonables en sus llamamientos a los Estados miembros del Consejo de Europa⁽¹⁴⁾.

Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mencionado el concepto «ajustes razonables» en el asunto *Sessa contra Italia*, de 2012⁽¹⁵⁾. Como se recordará, Francesco Sessa, abogado judío en Italia, denunció que se violaba su derecho a la libertad religiosa cuando un juez programó las vistas judiciales en fechas que coincidían con

⁽¹²⁾ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DO L 303 de 2.12.2000. Artículo 5. Ajustes razonables para las personas con discapacidad. *A fin de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios adoptarán las medidas adecuadas, cuando sea necesario en un caso concreto, para que una persona con discapacidad pueda acceder a un empleo, participar en él o progresar profesionalmente, o recibir formación, a menos que dichas medidas supongan una carga desproporcionada para el empresario. Esta carga no será desproporcionada cuando esté suficientemente remediada por medidas existentes en el marco de la política en materia de discapacidad del Estado miembro de que se trate.* «[E]l concepto de “discapacidad” debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.» Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013. *HK Danmark, en representación de Jette Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskab* (C-335/11) y *HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge contra Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S*, C-337/11, ECLI: EU: C:2013:222.

⁽¹³⁾ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Report I Doc. 15015 I 17 December 2019, *The protection of freedom of religion or belief in the workplace*.

⁽¹⁴⁾ Council of Europe, Parliamentary Assembly, *The protection of freedom of religion or belief in the workplace*, Resolution 2318 (2020).

⁽¹⁵⁾ *Francesco Sessa v. Italy*, App. no., 3 april 2012, CE: ECHR:2012:0403JUD002879008.

las festividades judías. La petición de Sessa de aplazar las vistas fue denegada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no encontró violación alguna del artículo 9 en el caso. El Tribunal consideró que, aun suponiendo que se hubiera producido una injerencia en el derecho del demandante, tal injerencia, prescrita por la ley, estaba justificada por razones de protección de los derechos y libertades de los demás –y, en particular, del derecho del público a una correcta administración de justicia. En opinión discrepante, y desarrollando el criterio de proporcionalidad aplicado al caso, Tulkens, con otros dos jueces, señaló que buscar una adaptación razonable de la situación controvertida puede constituir, en algunas circunstancias, un medio menos restrictivo de alcanzar el fin perseguido [...] En el presente caso creemos que se cumplían las condiciones para intentar alcanzar una adaptación razonable de la situación, es decir, que no impusiera una carga desproporcionada a las autoridades judiciales⁽¹⁶⁾.

Algunos estudiosos consideran que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Eweida contra Reino Unido*⁽¹⁷⁾ es incluso un punto de partida en relación con la adaptación religiosa como parte de los deberes implícitos en el derecho a la libertad religiosa consagrado en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Antes de *Eweida*, el máximo de protección gubernamental exigido era el derecho del empleado a abandonar voluntariamente un puesto de trabajo contrario a su religión o convicciones. En *Eweida*, sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo admitió que, cuando una persona alega una restricción a la libertad religiosa en el trabajo, la posibilidad de cambiar de empleo no basta para evitar cualquier injerencia en el derecho, sino que debe verificarse si tal restricción es o no proporcionada, valoración que daría paso a la obligación de acomodación o

⁽¹⁶⁾ Or, en l'espèce, nous pensons que les conditions étaient réunies pour tenter d'arriver à un aménagement et un aménagement raisonnable – c'est-à-dire qui n'entraîne pas pour les autorités judiciaires une charge disproportionnée – de la situation. Avec quelques concessions, celui-ci aurait permis d'éviter une ingérence dans la liberté religieuse du requérant, sans pour autant compromettre la réalisation du but légitime que constitue de toute évidence la bonne administration de la justice. *Francesco Sessa v. Italy*. App. no., 3 avril 2012, CE: ECHR:2012:0403JUD002879008, Opinion dissidente commune aux Juges Tulkens, Popović et Keller no. 10.

⁽¹⁷⁾ *Eweida and Others v. the United Kingdom*, Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, 15 January 2013, CE: TEDH:2013:0115JUD004842010. Las dos demandantes (de un total de cuatro) –una empleada de British Airways y una enfermera de geriatría, respectivamente– son cristianas practicantes. Se quejaban, en particular, de que sus empleadores les imponían restricciones para llevar visiblemente cruces al cuello mientras trabajaban, y alegaban que el Derecho interno no había protegido adecuadamente su derecho a manifestar su religión. El Tribunal consideró que se había producido una violación del artículo 9 (libertad de religión) en lo que respecta a la primera demandante, y ninguna violación del artículo 9, considerado aisladamente o en conjunción con el artículo 14 (prohibición de discriminación) del Convenio, en lo que respecta a la segunda demandante. No consideró que la falta de protección explícita en la legislación del Reino Unido para regular el uso de prendas y símbolos religiosos en el lugar de trabajo supusiera en sí misma una vulneración del derecho a manifestar la religión, ya que las cuestiones podían ser y fueron examinadas por los tribunales nacionales en el contexto de las demandas por discriminación. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS PRESS UNIT, *Religious Symbols and Clothing*, 2018, p. 5.

adaptación por parte del empresario⁽¹⁸⁾. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Hamidović*⁽¹⁹⁾ y *Lachiri*⁽²⁰⁾ han demostrado un nuevo enfoque judicial hacia las minorías religiosas, avanzando hacia la promoción de una adaptación razonable de las reivindicaciones religiosas de visibilidad en el espacio público a través de una prueba de proporcionalidad⁽²¹⁾.

4. LA ADAPTACIÓN RELIGIOSA EN EL SECTOR PÚBLICO

Volviendo al objetivo principal de este trabajo, planteemos de nuevo la pregunta básica: ¿existe en el Derecho europeo, en sus distintos niveles (Unión Europea, Consejo de Europa y Estados europeos) la adaptación a las necesidades religiosas de los empleados públicos? Se trata de un tema de interés porque entramos en el área de la igualdad y no discriminación en el empleo, que ha sido una preocupación básica en Europa.

De entrada, la posición jurídica de los funcionarios públicos es compleja porque, por un lado, trabajan para el Estado y de alguna manera lo representan con un deber de neutralidad en la prestación del servicio que

⁽¹⁸⁾ CANO RUIZ, I., «Vestimenta y símbolos religiosos en el ámbito laboral», en Agustín Motilla de la Calle (ed.) *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, Comares, Granada, 2016, pp. 66-67; HENRARD, K., «Duties of reasonable accommodation on grounds of religion in the jurisprudence of the European Court of Human Rights», cit., pp. 978-982; POWER-FORDE, A., «Freedom of Religion and “Reasonable Accommodation” in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 5, 3, 2016, pp. 594-596.

⁽¹⁹⁾ *Hamidović c. Bosnia y Herzegovina*, 5 de diciembre de 2017 (CE:TEDH:2017:1205JUD005779215). Testigo en un juicio penal, el demandante fue expulsado de la sala, condenado por desacato al tribunal y multado por negarse a quitarse la prenda de cabeza. Se quejó de que el castigo había sido desproporcionado. El Tribunal consideró que se había producido una violación del artículo 9 del Convenio. Consideró que nada indicaba que el demandante hubiera sido irrespetuoso durante el juicio. Por lo tanto, castigarle por desacato al tribunal por el único motivo que se había negado a quitarse el casquete, un símbolo religioso, no había sido necesario en una sociedad democrática. El Tribunal señaló que el caso del demandante debía distinguirse de los casos relativos al uso de símbolos religiosos y prendas de vestir en el lugar de trabajo, especialmente por parte de funcionarios públicos. A los funcionarios públicos, a diferencia de los ciudadanos particulares como el demandante, se les podía imponer un deber de discreción, neutralidad e imparcialidad, que incluía el deber de no llevar símbolos ni prendas religiosas en el ejercicio de su autoridad oficial. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS PRESS UNIT, *Religious Symbols and Clothing*, cit., p. 7.

⁽²⁰⁾ *Lachiri contra Bélgica*, 18 de septiembre de 2018 (CE: TEDH:2018:0918JUD000341309). Este caso se refería a la exclusión de la demandante de una sala de audiencias debido a su negativa a quitarse el hiyab. Ella se quejó de que esto había infringido su libertad de expresar su religión. El Tribunal consideró que se había producido una violación del artículo 9 (libertad de religión) del Convenio. Consideró que la exclusión de la demandante –una ciudadana normal, que no representaba al Estado- de la sala del tribunal había supuesto una restricción del ejercicio de su derecho a manifestar su religión. La restricción había perseguido el objetivo legítimo de proteger el orden público, con el fin de evitar conductas irrespetuosas hacia el poder judicial y/o perturbadoras del correcto desarrollo de una vista. Sin embargo, el Tribunal consideró que el comportamiento de la demandante al entrar en la sala no había sido irrespetuoso y no había constituido –ni podía constituir- una amenaza para el correcto desarrollo de la vista. Por consiguiente, consideró que no se había demostrado la necesidad de la restricción en cuestión y que la vulneración del derecho de la demandante a la libertad de manifestar su religión no estaba justificada en una sociedad democrática. *Ibid.*

⁽²¹⁾ MADERA, A., «Religious Accommodation before the European Court of Human Rights: Moving Forward a New Approach Towards Religious Minorities?», *European Yearbook on Human Rights*, 2022, editado por Gerd Oberleitner, Karin Lukas, Lisa Heschl, Manfred Nowak y Philip Czech, (European Yearbook on Human Rights), p. 573.

puede tener diversas manifestaciones e intensidad; y por otro, los funcionarios públicos nunca dejan de ser ciudadanos y, en consecuencia, son titulares de todos los derechos fundamentales, incluido el derecho a la libertad religiosa.

Los funcionarios públicos siguen un régimen particular que implica que, al acceder a un puesto en la función pública, un individuo consiente implícitamente unos requisitos peculiares, aun cuando ello pueda tener consecuencias en el pleno disfrute de derechos específicos, como el derecho a sindicarse, el derecho a participar en manifestaciones o el derecho a ser elegido para determinados cargos⁽²²⁾. Sin embargo, ni la neutralidad del Estado ni el derecho a la libertad religiosa juegan con la misma intensidad y rasgos en todos los empleos públicos. El ejercicio de los derechos fundamentales del empleado puede verse restringido por las características de la función desempeñada⁽²³⁾.

Los distintos tipos de espacio público requieren diferentes niveles de neutralidad⁽²⁴⁾. En algunos puestos, la neutralidad se refiere a la actuación del funcionario público, es decir, que debe prestar su servicio imparcialmente a los ciudadanos, sin tener en cuenta sus creencias. Es el caso de los funcionarios administrativos. En otros supuestos en los que los servidores públicos representan físicamente al Estado, la neutralidad se extiende también a la apariencia externa en la vestimenta⁽²⁵⁾, como en el caso de los jueces. En otros casos, por último, la neutralidad no depende sólo de los factores mencionados, sino también de otros elementos como la uniformidad externa, el espíritu de cuerpo, etc. Es el caso de los funcionarios de policía.

A su vez, la apertura del Estado al pluralismo religioso puede suponer un mayor o menor margen de operatividad del derecho a la libertad religiosa del funcionario⁽²⁶⁾. Así, por ejemplo, en el Reino Unido es normal que un juez *sij* lleve *kesh* o turbante en lugar de peluca en los actos oficiales⁽²⁷⁾. Por el contrario, en un país como Francia, con un fuerte compromiso identitario con el laicismo (*laïcité*), los funcionarios públicos están sujetos a mayores restricciones en cuanto a las manifestaciones externas de su religión o

⁽²²⁾ VAN OOIJEN, H. M. A. E., *Religious symbols in public functions: unveiling state neutrality: a comparative analysis of Dutch, English and French justifications for limiting the freedom of public officials to display religious symbols*, Intersentia, UK, 2012, p. 156.

⁽²³⁾ CASTRO JOVER, A., «La libertad de conciencia en el empleo público», *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, 2006, Ministerio de Justicia, p. 54.

⁽²⁴⁾ FRINGS, D., «La libertad de culto de los empleados de la administración pública conforme al artículo 33 párr. 3 de la Ley Fundamental con respecto a la neutralidad del Estado», *Fundación Manuel Giménez Abad*, 2012, pp. 10-11, fecha de consulta 29 mayo 2024, en <https://www.fundacionmgimenezabad.es/documentacion/la-libertad-de-culto-de-los-empleados-de-la-administracion-publica-conforme-al-art-33>.

⁽²⁵⁾ MADERA, A., «Religious Accommodation before the European Court of Human Rights», cit., p. 571.

⁽²⁶⁾ VICKERS, L., *Religious freedom, religious discrimination and the workplace*, Hart, Oxford, 2016, pp. 67-69.

⁽²⁷⁾ DYER, C., «High court judge will be first to wear turban», *The Guardian*, 24 March 2003, fecha de consulta 19 de mayo de 2025, disponible en <https://www.theguardian.com/uk/2003/mar/24/race.world>.

creencias, independientemente del cargo o del grado de representatividad del Estado que ocupen⁽²⁸⁾.

El amplio abanico de posturas sobre el alcance de la libertad religiosa de los funcionarios públicos puede considerarse parte de la rica historia y diversidad de los Estados europeos. Entre estos dos márgenes en los que se mueve esta cuestión, la neutralidad y la libertad religiosa, existen numerosas posturas a favor de la concesión de la adaptación religiosa en función de diversos factores. De entre la variedad de casos de adaptación que implican a empleados públicos, pueden proponerse entre otros, los relacionados con la vestimenta religiosa (incluidos los símbolos religiosos), la conciliación de obligaciones religiosas con el tiempo de trabajo, la exención o modificación de determinadas obligaciones o circunstancias laborales, incluidas las costumbres de socialización con trabajadores y superiores, o las solicitudes para utilizar determinadas instalaciones o espacios para rezar o meditar⁽²⁹⁾.

5. UNA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece dar un peso significativo a una especie de «neutralidad medioambiental» de los funcionarios públicos, tanto en la forma de prestar sus servicios como en su aspecto y vestimenta. Esa neutralidad prevalecería sobre la libertad religiosa. Tal posición ha sido confirmada en una decisión prejudicial *OP contra Commune d'Ans*⁽³⁰⁾.

El asunto se refería a una petición de decisión prejudicial del *Tribunal du travail* de Liège (Bélgica) sobre la interpretación de la Directiva 2000/78/CE, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La Directiva prohíbe, entre otras cosas, la discriminación por motivos de religión o convicciones.

OP era una mujer musulmana que trabajaba como abogada para el ayuntamiento de Ans (Bélgica). Era responsable de la gestión de los contratos públicos de la autoridad municipal y desempeñaba sus funciones principalmente sin contacto con el público. El 8 de febrero de 2021, informó oficial-

⁽²⁸⁾ BASDEVANT-GAUDEMET, B.; MESSNER, F., y PRÉLOT, P.-H., «Liberté de religion et travail - Rapport Français», en Miguel Rodríguez Blanco (ed.) *Law and Religion in the Workplace: Proceedings of the XXVIIth Annual Conference Alcalá de Henares, 12-15 November 2015*, Comares, Granada, 2016, p. 178; HOWARD, E., *Religious clothing and symbols in employment. A legal analysis of the situation in the EU Member States*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2007, pp. 84-85.

⁽²⁹⁾ ALIDADI, K., «Reasonable Accommodations for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach to Employment?», *European Law Review*, vol. 37, 6, 2012, pp. 696-697.

⁽³⁰⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 28 de noviembre de 2023, *OP v Commune d'Ans*, Case C-148/22, ECLI: EU: C:2023:924.

mente al ayuntamiento de su intención de llevar un pañuelo islámico en el lugar de trabajo a partir del 22 de febrero de 2021. El 18 de febrero de 2021, la autoridad municipal adoptó una primera decisión por la que se prohibía a OP llevar «signos de convicción» en el ejercicio de sus actividades profesionales hasta que se adopte una normativa general sobre el uso de signos de convicción en la administración. El 26 de febrero de 2021, tras oír a OP, la autoridad adoptó una segunda decisión, que sustituyó a la primera y confirmó la prohibición contenida en ella. Por último, el 29 de marzo de 2021, la autoridad municipal modificó el artículo 9 de sus condiciones de empleo. En la nueva versión resultante de dicha modificación se dispone, entre otras cosas: «El trabajador goza de libertad de expresión, dentro del respeto del principio de neutralidad, de su obligación de reserva y de su deber de lealtad. El trabajador deberá respetar el principio de neutralidad, lo que implica que deberá abstenerse de toda forma de proselitismo y que tiene prohibido exhibir cualquier signo ostensible que pueda revelar su pertenencia a una corriente ideológica o filosófica o sus convicciones políticas o religiosas. Esta norma afecta al trabajador tanto en sus contactos con el público como en sus relaciones con sus superiores jerárquicos y sus compañeros de trabajo».

El 26 de mayo de 2021, OP interpuso ante el Tribunal de Trabajo de Lieja una demanda de cesación de la actividad lesiva en la que solicitaba, entre otras cosas, que se declarase que había sido discriminada por motivos de religión y de sexo. A su vez, el Tribunal de Trabajo de Lieja planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que, a efectos del presente asunto, solicitaba una respuesta del Tribunal de Luxemburgo sobre la coherencia de la normativa municipal con la Directiva europea contra la discriminación. En concreto, ¿puede interpretarse el artículo 2, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva 2000/78 en el sentido de que permite a una administración pública establecer un entorno administrativo totalmente neutral y prohibir así a todos los miembros del personal llevar signos de convicción, estén o no en contacto directo con el público?

En casos anteriores, el Tribunal de la Unión Europea analizó la discriminación en el sector privado⁽³¹⁾. Este es el primer caso que aborda la discriminación religiosa en el sector público. La Directiva en cuestión equipara el sector público y el privado, y resulta intuitivamente evidente que los Estados y sus organismos tienen una obligación más intensa de respetar y proteger la libertad religiosa y la no discriminación por motivos religiosos.

El caso, por tanto, se refiere concretamente a las condiciones de empleo de una administración pública que prohibía llevar de forma visible cual-

⁽³¹⁾ C-157/15 - *G4S Secure Solutions*, de 14 de marzo de 2017 (EU: C:2017:203), C-188/15 - *Boungaoui y ADDH*, de 14 de marzo de 2017 (EU: C:2017:204), C-804/18 - *WABE eV y C-341/19 MH Müller Handel GmbH*, de 15 de julio de 2021 (EU: C:2021:594), C-344/20 - *L. F. c. SCRL* DE 13 de octubre de 2022 (EU: C:2022:774). CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Derecho y factor religioso en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 85-140.

quier signo filosófico o religioso en el lugar de trabajo, incluido el pañuelo islámico. La cuestión era si tal norma podía justificarse por el deseo de mantener la neutralidad en los contactos con el público, los superiores jerárquicos y los compañeros.

El Tribunal de Justicia concluye que no existe discriminación directa en este caso y que «una norma interna de una autoridad municipal que prohíbe, de manera general e indiscriminada, a los miembros del personal de dicha autoridad llevar de forma visible en el lugar de trabajo cualquier signo que revele, en particular, convicciones filosóficas o religiosas puede estar justificada por la voluntad de dicha autoridad de establecer, habida cuenta del contexto en el que opera, un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea adecuada, necesaria y proporcionada a la luz de dicho contexto y teniendo en cuenta los distintos derechos e intereses en juego»⁽³²⁾.

Es difícil aceptar sin reservas que el ayuntamiento promoviera una política de neutralidad en la apariencia de los funcionarios a su servicio sin ningún sesgo religioso, cuando la normativa restrictiva sólo empezó a materializarse cuando la empleada anunció su intención de acudir al trabajo con el pañuelo islámico⁽³³⁾.

También está claro que el concepto de neutralidad religiosa utilizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea implica prohibir a los empleados llevar símbolos religiosos sin intentar establecer ajustes razonables y normas generales respetuosas con la diversidad. En otras palabras, según el Tribunal, los empleados públicos pueden profesar creencias religiosas, pero es razonable que no vistan de acuerdo con ellas.

Con esta nueva decisión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece enviar el mensaje de que en el empleo público basta con que el Estado invoque una política general de neutralidad para justificar la prohibición del uso de símbolos religiosos y, en consecuencia, no incurra en ninguna forma de discriminación⁽³⁴⁾.

En su decisión, el Tribunal entiende legítimo que en un mismo país un municipio establezca normas de neutralidad exclusiva y otro municipio establezca normas de neutralidad inclusiva. Esto significa que, a efectos prácticos, el territorio de un país vuelve a la ruptura religiosa de Europa que se reflejó en la Paz de Augsburgo de 1555 y en la Paz de Westfalia de 1648, sólo que esta vez el principio no es *cuius regio eius religio*, sino *cuius civitas, eius neutralitas*.

⁽³²⁾ *OP v. Commune d'Ans*, C-148/22, n. 41.

⁽³³⁾ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., «Las Administraciones públicas, como las empresas privadas, pueden prohibir el uso de símbolos religiosos a sus empleados (STJ GS 28 de noviembre de 2023, asunto C-148/22)», *La Ley Unión Europea*, 122, 2024.

⁽³⁴⁾ BRUSAU, J., «Símbolos religiosos y neutralidad en el empleo público: Comentario a la sentencia del TJUE en el caso “Commune d'ans”», *Revista Integración Regional & Derechos Humanos*, vol. 11, 2, 2023, Centro de Excelencia Jean Monnet, p. 255.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

La pregunta central que ha guiado este trabajo ha sido si existe cabida para la adaptación religiosa en la función pública en Europa, considerando la legislación de la Unión Europea, el sistema de protección de los derechos fundamentales del Consejo de Europa y la legislación de los Estados miembros.

La respuesta a esta pregunta, como se ha demostrado a lo largo del análisis, no es un simple sí o no. Hasta la reciente decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *OP contra Commune d'Ans*, la cuestión de la adaptación religiosa en el empleo público dependía en gran medida del contexto específico y de la sensibilidad de los tribunales nacionales ante este tema complejo y multifacético. Esta situación generaba una diversidad de enfoques y una falta de uniformidad en la forma en que se abordaba la conciliación entre la libertad religiosa de los empleados públicos y el principio de neutralidad del Estado.

Sin embargo, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha introducido un nuevo elemento de gran relevancia. A partir de esta decisión, parece que los Estados europeos gozan de un margen más amplio para limitar las manifestaciones religiosas de sus empleados públicos, siempre y cuando exista una política de «neutralidad exclusiva» que lo justifique. Esto plantea interrogantes sobre el equilibrio entre la protección de la libertad religiosa y la promoción de la neutralidad en la administración pública, y sobre el riesgo de que se produzca una homogeneización que no tenga en cuenta la diversidad cultural y religiosa presente en las sociedades europeas.

En este sentido, sería deseable que futuras investigaciones y desarrollos jurisprudenciales profundizaran en la búsqueda de modelos de «neutralidad inclusiva» que, sin renunciar al principio de imparcialidad del Estado, permitan la expresión razonable de la diversidad religiosa en el ámbito de la función pública. Es fundamental encontrar un punto de equilibrio que garantice tanto el respeto a la libertad religiosa de los empleados públicos como el correcto funcionamiento de la administración al servicio del interés general.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALIDADI, K., «Reasonable Accommodations for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach to Employment?», *European Law Review*, vol. 37, núm. 6, 2012.
- ANGLIM, C. T., *Religion and the law: a dictionary*, ABC-CLIO, Santa Barbara, California, 1999.
- BASDEVANT-GAUDEMET, B.; MESSNER, F., y PRÉLOT, P.-H., «Liberté de religion et travail - Rapport Français», en Miguel Rodríguez Blanco (ed.) *Law and Religion in the Work-*

- place: *Proceedings of the XXVIIth Annual Conference Alcalá de Henares, 12-15 November 2015*, Comares, Granada, 2016.
- BRUSAU, J., «Símbolos religiosos y neutralidad en el empleo público: Comentario a la sentencia del TJUE en el caso “Commune d’Ans”», *Revista Integración Regional & Derechos Humanos*, vol. 11, núm. 2, 2023, Centro de Excelencia Jean Monnet.
- CANO RUIZ, I., «Vestimenta y símbolos religiosos en el ámbito laboral», en Agustín Motilla de la Calle (ed.) *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, Comares, Granada, 2016.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Derecho y factor religioso en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.
- CASTRO JOVER, A., «La libertad de conciencia en el empleo público», *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, 2006, Ministerio de Justicia.
- ELÓSEGUI ITXASO, M., «El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público», *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 30, 2014.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS PRESS UNIT, *Religious Symbols and Clothing*, 2018.
- FOBLETS, M.-C., «Islam under the Rule of Law in Europe: How Consistent Is the Human Rights Test?», *Religions*, vol. 12, núm. 10, 2021, Multidisciplinary Digital Publishing Institute.
- FRINGS, D., «La libertad de culto de los empleados de la administración pública conforme al artículo 33 párr. 3 de la Ley Fundamental con respecto a la neutralidad del Estado», *Fundación Manuel Giménez Abad*, 2012, fecha de consulta 29 mayo 2024, en <https://www.fundacionmgimenezabad.es/documentacion/la-libertad-de-culto-de-los-empleados-de-la-administracion-publica-conforme-al-art-33>.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., «Las Administraciones públicas, como las empresas privadas, pueden prohibir el uso de símbolos religiosos a sus empleados (STJ GS 28 de noviembre de 2023, asunto C-148/22)», *LA LEY Unión Europea*, núm. 122, 2024.
- HENRARD, K., «Duties of reasonable accommodation on grounds of religion in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: A tale of (baby) steps forward and missed opportunities», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, núm. 4, 2016.
- HOWARD, E., *Religious clothing and symbols in employment. A legal analysis of the situation in the EU Member States*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2007.
- MADERA, A., «Religious Accommodation before the European Court of Human Rights: Moving Forward a New Approach Towards Religious Minorities?», *European Yearbook on Human Rights*, 2022, (European Yearbook on Human Rights).
- MESEGUER VELASCO, S., *Cooperación del Estado con la Religión en Europa*, Cizur Menor (Navarra), 2024.
- OIJEN, H. M. A. E. VAN, *Religious symbols in public functions: unveiling state neutrality: a comparative analysis of Dutch, English and French justifications for limiting the freedom of public officials to display religious symbols*, Intersentia, UK, 2012.
- POWER-FORDE, A., «Freedom of Religion and “Reasonable Accommodation” in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 5, núm. 3, 2016.
- RELAÑO PASTOR, E., «Towards Substantive Equality for Religious Believers in the Workplace? Two Supranational European Courts, Two Different Approaches», *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 5, núm. 2, 2016.
- VICKERS, L., *Religious freedom, religious discrimination and the workplace*, Hart, Oxford, 2016.

El Estado ante la libertad religiosa: acomodación, cooperación y servicios públicos*

The State in relation to freedom of religion: accommodation, cooperation and public services

SILVIA MESEGUER VELASCO

Universidad Complutense de Madrid (España)

Resumen: En la mayoría de los países occidentales, lo habitual es que el Estado entable relaciones de cooperación con la religión para dotar de efectividad el ejercicio de la libertad religiosa de individuos y grupos religiosos en condiciones de igualdad. De lo contrario, el contenido del derecho fundamental podría quedar vacío de contenido. Así se puso de manifiesto durante la pandemia, al menos en Europa, donde se detectó la ausencia de actuaciones de las autoridades nacionales encaminadas a acomodar las creencias religiosas de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, en este trabajo se analizan algunas actuaciones de los poderes públicos que implican la acomodación de normas generales en el ámbito de los servicios públicos donde la cooperación del Estado con la religión se proyecta de modo natural y despliega sus efectos, puesto que la condición imprescindible para su ejercicio dependerá, en todo caso, de la efectividad de las medidas que los poderes públicos adopten en el cumplimiento de sus funciones.

Abstract: In most Western countries, it is customary for the State to enter into cooperative relations with religion in order to give effect to the exercise of religious freedom by individuals and religious groups on an equal footing. Otherwise, the content of

* Este trabajo se corresponde con la ponencia impartida en la VII ICLARS Conference: «The Accommodation of Religion or Belief in the Public Sphere: Underserved Privilege or Fundamental Right?», Universidad de Notre Dame, EE. UU., 21-23 de octubre de 2024. Además, se ha realizado en el marco del Proyecto NEUCOPER (PID2022-137800NB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo investigador principal es el profesor Javier Martínez-Torrón, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid y Presidente del ICLARS.

the fundamental right could be rendered meaningless. This became evident during the pandemic, at least in Europe, where the absence of actions by public authorities aimed at accommodating the religious beliefs of citizens was detected. From this perspective, this paper analyses some of the actions of the public authorities that involve the accommodation of general rules in the field of public services where the State's cooperation with religion is naturally projected and deploys its effects, given that the essential condition for its exercise will depend, in any case, on the effectiveness of the measures that the public authorities adopt in the fulfilment of their functions.

Palabras clave: Relaciones de cooperación del Estado con la religión, acomodación, servicios públicos.

Keywords: Cooperative relations of the State with religion; accommodation, public services.

SUMARIO: 1. Introducción: A propósito de la pandemia.–2. Acomodación y cooperación con la religión.–3. Acomodación en el ámbito de los servicios públicos. 3.1 Asistencia religiosa en las instituciones públicas. 3.2 Prescripciones religiosas alimentarias. 3.3 Descanso dominical y celebración de festividades religiosas.–4. Consideraciones finales.–Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN: A PROPÓSITO DE LA PANDEMIA

La problemática de la pandemia, en la mayoría de los países occidentales, generó diferentes cuestiones jurídicas al hilo de la evolución de la enfermedad. Las tensiones surgieron en el ámbito constitucional, administrativo, laboral y, de forma análoga, desde la perspectiva de la tutela de la libertad religiosa y de creencias y, en particular, de la libertad de culto. A estos efectos, se han publicado interesantes estudios que abordan exhaustivamente el estado de la cuestión desde el enfoque del derecho comparado y también del ordenamiento jurídico español. Prácticamente se ha escrito todo lo que puede interesar a un jurista para abordar esta cuestión⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Sobre las restricciones a la libertad religiosa establecida en diferentes ordenamientos jurídicos se puede consultar: MARTÍNEZ-TORRÓN, J., y RODRIGO LARA, B., (coords.), *COVID-19 y libertad religiosa*, Iustel, Madrid, 2021. Igualmente, la sección monográfica coordinada por RODRIGO LARA, B., «COVID-19 y libertad religiosa», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 54 (2020), presenta numerosos trabajos sobre esta temática. Además, vid. Consorti, P., (coord.), *Law, Religion and COVID-19 emergency*, DiReSom, Pisa, 2020, <https://diresom.net/2020/05/07/diresom-papers-1-ebook-law-religion-and-covid-19-emergency/>; y la sección monográfica coordinada por MADERA, A., «The Crisis of Religious Freedom in the Age of COVID-19 Pandemic», *Laws* 10:39 (2021). En relación con el ordenamiento jurídico español, sin ánimo exhaustivo, vid. MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., «Preparación religiosa a la muerte y emergencia sanitaria», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*

Además, en tiempos postpandemia, las circunstancias sanitarias del momento plantearon otras cuestiones en relación con el carácter obligatorio de la vacunación que de manera similar generaron algunos conflictos jurídicos especialmente complejos por la implicación de los diversos derechos fundamentales en juego⁽²⁾. Por un lado, la tutela de la autonomía de la voluntad del paciente, el respeto al derecho a la vida privada y a la libertad de conciencia; por otro, la protección de la salud pública y la garantía de los derechos de los demás⁽³⁾. Recordemos que, en estos casos, algunos grupos religiosos denunciaron –sin mucho éxito– la ausencia de exenciones o dispensas al deber legal de vacunación para acomodar las creencias éticas, religiosas y morales de las personas y de los grupos religiosos. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la vacunación contra el COVID-19 y, en general, sobre algunas medidas adoptadas por los Estados durante la pandemia⁽⁴⁾.

Tanto en unos supuestos como en otros, en los diferentes estudios en los que se analizaron cómo las diversas disposiciones legislativas y administrativas emanadas en el marco del COVID-19 incidieron en el ejercicio de la libertad religiosa de los ciudadanos y de las confesiones religiosas, se dejó entrever que las restricciones que se impusieron estaban justificadas por razón de la protección de la salud pública y de los derechos y libertades de los demás en los términos fijados en la legislación internacional, europea y nacional. Sin embargo, al mismo tiempo, se hizo notar que las autoridades sanitarias se atribuyeron un amplio margen de actuación y de competencias en la aplicación de dichas medidas que, alegando razones genéricas de protección de salud pública, socavaron la salvaguarda de otros derechos funda-

núm. 55 (2021), pp. 1-46; PAREJO GUZMÁN, M.ª J., «Los estados de alarma en España durante la pandemia del COVID-19 en relación al derecho a la libertad religiosa, a la religiosidad y a las religiones», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 55 (2021), pp. 1-44; RODRIGO LARA, B., «La libertad religiosa en España durante la pandemia de COVID-19», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 54 (2020), pp. 1-27; RODRÍGUEZ MOYA, A., y CAMPO IBÁÑEZ, M., *Derecho e Iglesia en los tiempos del COVID. Respuestas jurídicas de la Iglesia Católica y el Estado*, Dykinson, Madrid, 2021; SOLER MARTÍNEZ, J. A., «Estado de alarma y libertad religiosa y de culto», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 54 (2020), pp. 1-40; TORRES GUTIÉRREZ, A., «El impacto del COVID-19 sobre la libertad religiosa: Reflexiones y estudios al respecto», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 39 (2023), pp. 945-989.

⁽²⁾ Estudios abordados desde diversas disciplinas se pueden consultar en el número monográfico: «La vacunación contra el Coronavirus», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 93-94, abril-mayo (2021).

⁽³⁾ Vid. NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2.ª ed., Iustel, Madrid 2012, pp. 198-199.

⁽⁴⁾ Entre los asuntos más recientes destacan: *Pasquinelli y otros c. San Marino*, ap. núm. 24622/22, de 29 de agosto de 2024; *Communauté Genevoise D'action Syndicale (CGAS) c. Suiza*, ap. núm. 21881/20, de 27 de noviembre de 2023. En relación con la vacunación de los menores de edad, *Vavříčka y otros c. la República Checa* [GC], aps. núm. 47621/13 y 5 más, de 8 de abril de 2021. Un estudio sobre la citada sentencia se puede consultar en MESEGUER VELASCO, S., «Objeción de conciencia a la vacunación de los menores de edad en la jurisprudencia de Estrasburgo», *JUS- Online, Rivista Di Scienze Giuridiche* núm. 1 (2022), pp. 100-132; MORENO SOLER, V., «El régimen jurídico de la vacuna contra la COVID-19 en la actualidad: de la imposición general a la resolución de conflictos entre progenitores», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. Extra 17, 2 (2022), pp. 980-1015.

mentales. La amplia discrecionalidad que se reconoce a los gobiernos en circunstancias excepcionales de pandemia obligó a la doctrina académica a advertir que la aplicación indiscriminada de algunas restricciones podría degenerar fácilmente en arbitrariedad⁽⁵⁾. De hecho, así ocurrió en la práctica, sin que en algunos casos las medidas resultasen debidamente acreditadas y justificadas. En esta dirección, los pronunciamientos judiciales fueron determinantes para someter a un estricto escrutinio el impacto real de estas restricciones, y para valorar si podían haberse aplicado alternativas razonables que hubieran garantizado la protección de todos los derechos fundamentales en juego⁽⁶⁾.

Junto a ello, otra de las lecciones aprendidas durante la pandemia –probablemente la más importante–, es que las autoridades públicas, incluidas las sanitarias, deben entablar relaciones de cooperación con las religiones para garantizar la libertad religiosa y de creencias de individuos y grupos religiosos en condiciones de igualdad. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos matiza que la tutela de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en los términos reconocidos en el artículo 9 de la Convención⁽⁷⁾, implica por parte de los Estados ciertas obligaciones –unas de carácter positivo, otras de carácter negativo– destinadas a garantizar el núcleo esencial de estos derechos. Al tiempo, reconoce que la frontera entre ambos tipos de obligaciones no es susceptible de una delimitación exacta; sin embargo, los principios aplicables a unas y otras son comparables⁽⁸⁾. En ambos contextos –continúa– el equilibrio debe alcanzarse entre los intereses contrapuestos del individuo y de la comunidad en su conjunto; y, en ambos contextos, el Estado goza de un cierto margen de apreciación⁽⁹⁾.

Por lo tanto, desde la perspectiva positiva de la cooperación y acomodación, no tanto desde la óptica negativa de las limitaciones o restricciones –en algunos casos, necesaria–, en este trabajo analizaré algunas actuaciones de los poderes públicos que –más allá de los tiempos específicos de pandemia– implican la *acomodación* de normas generales y neutrales para garan-

⁽⁵⁾ Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «COVID-19 and Religious Freedom: Some Comparative Perspectives», *Laws* 10:39 (2021), pp. 5-6.

⁽⁶⁾ Por ejemplo, los pronunciamientos de la Corte Suprema norteamericana *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 592 U. S. (2020); *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 592 U. S. (2021).

⁽⁷⁾ Artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

⁽⁸⁾ *Izzettin Dogan y otros c. Turquía* [GC], ap. núm. 62649/10, de 26 de abril de 2016, § 96.

⁽⁹⁾ Cfr. Council of Europe/European Court of Human Rights, *Freedom of thought, conscience and religion. Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights*, 31 de agosto de 2024; disponible en <https://www.echr.coe.int>.

tizar la libertad religiosa y de creencias de los ciudadanos, y dar cumplimiento a lo prescrito por algunas confesiones religiosas en contextos especiales y, en concreto, en el ámbito de los servicios públicos.

2. ACOMODACIÓN Y COOPERACIÓN CON LA RELIGIÓN

En todo caso, antes de entrar en la exposición de algunas de las manifestaciones específicas de la cooperación, merece la pena comenzar señalando que la premisa de partida en las relaciones de cooperación es la valoración positiva del Estado hacia el factor social de la religión. En este sentido, la secularización de las sociedades contemporáneas no ha constituido un obstáculo para que la inmensa mayoría de los países europeos, en el contexto de un clima de separación Estado e Iglesia, perciban la religión como un factor social positivo que tiene un enorme calado en el ciudadano y que trasciende a los distintos ámbitos de la sociedad. En otras palabras, el Estado reconoce la *proyección positiva* de la religión –también de otros valores comparables fundados sobre ideologías o cosmovisiones de carácter no religioso– en los ciudadanos y en la dimensión moral de la sociedad civil, y ese reconocimiento se manifiesta en distintas formas de colaboración con el hecho religioso institucionalizado⁽¹⁰⁾.

Desde esta aproximación, la cooperación del Estado con las confesiones –de modo similar al deber de neutralidad estatal y al respeto a la autonomía de las confesiones religiosas–⁽¹¹⁾ se configura como principio instrumental de la actuación de los poderes públicos en relación con el factor social del hecho religioso y lo hace, sobre todo, en el ámbito nacional. Conviene matizar, sin embargo, que no se configura únicamente como un principio que funciona en el ámbito teórico y abstracto del mero reconocimiento de un derecho fundamental, sino que tiene consecuencias prácticas que se concretan en determinadas actuaciones de los poderes públicos sobre el factor reli-

⁽¹⁰⁾ Vid. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Reflexiones acerca de la bilateralidad de fuentes normativas sobre el derecho religioso en Europa», *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* vol. 31, núm. 1 (2023), pp. 93-94.

⁽¹¹⁾ Sobre la evolución interpretativa del principio de neutralidad en la jurisprudencia de Estrasburgo, Vid. ARLETTAZ, F., «State Neutrality and Legal Status of Religious Groups in the European Court of Human Rights Case-law», ARLETTAZ, F., *Religion and Human Rights* Vol. 11 (2016), pp. 192 ss.; FOKKAS, E. «Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence», *Oxford Journal of Law and Religion* núm. 4 (2015), pp. 58-64; HENRARD, K., «How the European Court of Human Rights' Concern Regarding European Consensus Tempers the Effective Protection of Freedom of Religion», *Oxford Journal of Law and Religion* Vol. 4 (2015), pp. 398-420; MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «State Neutrality and Religious Plurality in Europe», en W. C. Durham, Jr. y D. D. Thayer (eds.), *Religion, Pluralism, and Reconciling Difference*, Routledge, Nueva York, 2019, pp. 159-176; PALOMINO LOZANO, R., *Neutralidad del Estado y espacio público*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014; RINGELHEIM, J., «State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach», *Oxford Journal of Law and Religion* Vol. 6, núm. 1 (2017), pp. 1-24; VALERO ESTARELLAS, M.^a J., *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 68-83.

gioso encaminadas, sobre todo, a acomodar las creencias religiosas de los ciudadanos y de los grupos religiosos y, en concreto, a garantizar y dotar de efectividad su ejercicio real. La actitud contraria no es propiamente cooperar, y mucho menos acomodar, sino únicamente reconocer el derecho de libertad religiosa en el ámbito nacional y permitir algunas manifestaciones de la religión en el ámbito civil⁽¹²⁾.

Por tanto, como ha señalado el Tribunal Europeo y se reconoce expresamente en distintos textos constitucionales europeos, los poderes públicos tienen obligaciones positivas de colaboración *activa, de actuación prestacional y promocional* con el ejercicio de la libertad religiosa tanto de los individuos como de las confesiones religiosas⁽¹³⁾. En el primer caso, estas actuaciones garantizan, por ejemplo, la asistencia religiosa de los ciudadanos en establecimientos públicos: militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la enseñanza religiosa del tipo que sea –confesional o de corte histórico-cultural– de los menores de edad en escuelas de titularidad pública. Nótese que en estos supuestos la cooperación estatal se dirige a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa individual, pero al mismo tiempo favorece que las iglesias cumplan con su misión dirigida al *munus sanctificandi* o al *munus docendi*, respectivamente. Junto a ello, el Estado igualmente coopera con la religión acomodando ciertas normas generales para que los ciudadanos puedan dar cumplimiento a lo prescrito por algunas confesiones en materia de prescripciones religiosas alimentarias y de sacrificio ritual de animales en los establecimientos de titularidad pública, y también de descanso semanal y celebración de festividades religiosas cuando coinciden con el horario laboral o escolar; sobre todo, con la celebración de oposiciones públicas o exámenes en estos ámbitos.

En relación con los grupos religiosos destacan las actuaciones del Estado encaminadas a cooperar con las confesiones para garantizar el ejercicio

⁽¹²⁾ Estas ideas están recogidas y ampliadas en un estudio previo de la autora: MESEGUER VELASCO, S., *Cooperación del Estado con la religión en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024, pp. 61 ss. Un resumen se puede consultar en MESEGUER VELASCO, S. «State Cooperation with Religion in Europe», *Canopy Forum On the Interactions of Law and Religions*, <https://canopyforum.org/2024/06/18/reflecting-on-state-cooperation-with-religion-in-europe/>; junio 2024.

⁽¹³⁾ En el ordenamiento jurídico español, la configuración del sistema de neutralidad o laicidad en estrecha conexión con el principio de cooperación se concreta legalmente en los artículos 9.2 y 16.3 de la Constitución y se desarrolla en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980 (LOLR). De este modo, el primero de ellos dispone: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Por su parte, el artículo 16.3 después de aclarar que ninguna confesión tendrá carácter estatal, establece un mandato concreto: «Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones». A este fin, el artículo 2.3 de la LOLR atribuye a los poderes públicos el deber de adoptar «las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

de la libertad religiosa colectiva. La cooperación se proyecta sobre numerosos aspectos relacionados con el funcionamiento normal de los grupos religiosos, más allá del reconocimiento de su personalidad jurídica para operar en el tráfico civil. Por citar algunos ejemplos, la cooperación se manifiesta en el reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados en forma religiosa mediante su inscripción en el Registro Civil nacional previsto al efecto, así como en la colaboración económica con las iglesias y confesiones, abordada desde su doble vertiente directa e indirecta.

Además, en los países europeos se detectan otras actuaciones estatales que se podrían calificar más bien de manifestaciones de cooperación impropias. Son supuestos en los que la cooperación estatal obedece a otras razones o intereses del Estado. Destacan, entre otros, el reconocimiento del estatus específico de los ministros de culto que se manifiesta en la equiparación de sus estudios a los civiles en el ámbito nacional; en el respeto del secreto ministerial y del derecho a no testificar en un juicio sobre hechos de los que hayan tenido conocimiento en el desarrollo de sus labores de asistencia religiosa, o en el derecho que expresamente se les reconoce en la mayoría de los países europeos a recibir prestaciones de la seguridad social en determinadas circunstancias. En análoga dirección, cabe destacar la protección de los lugares de culto y del patrimonio cultural de titularidad eclesiástica que responde más bien al interés del Estado en la conservación del patrimonio cultural.

En todos los casos, lo habitual es que las consecuencias inmediatas de esta cooperación se concreten en la concesión de un conjunto de prerrogativas, beneficios o exenciones otorgados a los individuos o a las confesiones religiosas. Pero conviene matizar que, a pesar de que esta es la terminología acuñada en la legislación paneuropea, en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, y también en la mayor parte de las legislaciones nacionales, la cooperación no consiste únicamente en la estricta interpretación de estos términos desde su significado meramente semántico de disfrutar de unas ventajas exclusivas o especiales. El derecho a la libertad de religión y de conciencia comprende más elementos que la mera concesión por parte del Estado de privilegios, subsidios y beneficios fiscales a las iglesias reconocidas⁽¹⁴⁾. Por lo que la cooperación «implica sujetar a las confesiones religiosas a un tratamiento específico y favorable; implica, por definición, una excepción a las normas generalmente aplicables»⁽¹⁵⁾; en algunos casos, adoptará la forma de exenciones o excepciones frente al derecho común y, en otros, constituirá

⁽¹⁴⁾ Vid. Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho («la Comisión de Venecia»), Dictamen sobre la Ley 2011 de las Iglesias húngaras, adoptada por la Comisión en su 90.ª sesión plenaria, Venecia, 16-17 de marzo de 2012.

⁽¹⁵⁾ Vid. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Concordato, cooperación e igualdad. La cooperación del Estado español con las confesiones religiosas a la luz del vigente sistema de acuerdos con la Iglesia católica», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 4 (2004), p. 3.

prerrogativas o privilegios. En este sentido, se otorgarán beneficios fiscales a las confesiones religiosas de modo análogo a los previstos en el ordenamiento estatal para las entidades sin ánimo de lucro; o se dotarán cantidades en los presupuestos estatales para la conservación del patrimonio cultural de titularidad eclesiástica de igual manera al que se dota para la conservación de otros bienes que son de interés cultural para el Estado. En análoga dirección, se concederán espacios concretos en los medios de comunicación a las confesiones religiosas en paralelo a los que se otorgan a otras organizaciones no confesionales, a los partidos políticos o a los sindicatos.

No obstante, recordemos que, a juicio del Tribunal Europeo, la libertad religiosa y de creencias no obliga a los Estados miembros del Consejo de Europa a crear un marco legal específico para otorgar a las comunidades religiosas un estatus especial que conlleve privilegios especiales. Sin embargo, una vez que el Estado ha creado este marco de cooperación no sólo debe respetar su deber de neutralidad e imparcialidad, sino que también debe garantizar que los grupos religiosos tienen acceso a esta condición y los criterios establecidos se aplican de forma no discriminatoria⁽¹⁶⁾. Este razonamiento se admite, por otra parte, en la mayoría de los países europeos. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional húngaro deja claro que el Estado no está obligado a cooperar en pie de igualdad con todas las iglesias siempre y cuando no derive en una práctica discriminatoria⁽¹⁷⁾. Por su parte, el Tribunal Constitucional español anuda ineludiblemente la colaboración estatal a las confesiones religiosas que tienen firmados acuerdos de cooperación, sin perjuicio de que reconoce que la tarea que se encomienda al legislador estatal no es sólo materializar tales acuerdos, «sino también la de facilitar la práctica efectiva de las creencias religiosas y de sus actos de culto, así como la participación de los ciudadanos en los mismos, a través de medidas, como son la concesión de un régimen fiscal especial para las iglesias, confesiones y comunidades que las representan. Se trata, a fin de cuentas, de acciones estatales dirigidas a la protección y estímulo en la realización de actividades con relevancia constitucional y, por tanto, de interés general, consustanciales al Estado social de Derecho (artículo 1.1 CE)»⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y otros c. Austria*, ap. núm. 40825/98, de 31 de julio de 2008, §§ 92 y 97; *Savez crkava «Riječ života» y otros c. Croacia*, ap. núm. 7798/08, de 9 diciembre de 2010, § 85; *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turquía*, ap. núm. 32093/10, de 2 de diciembre de 2014, § 45; *İzzettin Doğan y otros c. Turquía* [GC], §§ 164 y 175; *Ancient Baltic Religious Association «Romuva» c. Lituania*, ap. núm. 48329/19, de 8 de junio de 2021, § 126; *Assemblée Chrétienne des Témoins de Jéhovah d'Anderlecht y otros c. Bélgica*, ap. núm. 20165/20, de 5 de abril de 2022, §§ 55-56.

⁽¹⁷⁾ Decisión núm. 6/2013 (III.1.) del Tribunal Constitucional húngaro. En concreto, señala: «[155] No existe la obligación constitucional de proporcionar a cada Iglesia derechos similares. El Estado tampoco está obligado a cooperar en pie de igualdad con todas las Iglesias. Las diferencias prácticas en la garantía de los derechos relacionados con la libertad de religión siguen siendo constitucionales en la medida en que no son el resultado de una práctica discriminatoria. Debe mantenerse la neutralidad del Estado, en lo que respecta a la ejecución de las tareas de interés público emprendidas por el Estado, la asignación de subvenciones a las iglesias y la cooperación social obligatoria entre el Estado y las Iglesias».

⁽¹⁸⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 5.

3. ACOMODACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Aclarados estos aspectos, a continuación, se exponen sucintamente algunas manifestaciones concretas de la cooperación en la esfera de los servicios públicos. Interesa señalar de antemano que son únicamente pinceladas que tratan de reflejar los elementos comunes más relevantes, y también los principales conflictos –sobre todo en relación con la aplicación de la igualdad– de la cooperación en los países europeos.

3.1 Asistencia religiosa en las instituciones públicas

En los países europeos, la asistencia religiosa en establecimientos públicos es habitual en cuanto que forma parte del contenido específico del derecho de libertad religiosa y de creencias. Su ejercicio, sin embargo, requiere la colaboración de las autoridades nacionales en el caso de ciudadanos que comparten circunstancias especiales: bien porque forman parte de las Fuerzas Armadas, bien porque se encuentran ingresados en centros penitenciarios, hospitalarios o asistenciales de titularidad pública.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en reiteradas ocasiones, se ha pronunciado sobre esta cuestión. Sostiene que los miembros de las *Fuerzas Armadas* podrán recibir asistencia religiosa, sin perjuicio de que en ocasiones las características particulares de la vida militar obliguen a establecer algunas limitaciones en el ejercicio del derecho de libertad religiosa y de creencias⁽¹⁹⁾.

En el mismo sentido, se ha pronunciado en relación la asistencia religiosa de los reclusos internados en las *instituciones penitenciarias*. El modo de ejercicio de la religión dentro de dichas instituciones es una cuestión que queda al margen de apreciación de las autoridades estatales que no sólo deben abstenerse de toda injerencia injustificada en el ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 9 de la Convención, sino que incluso, en caso necesario, quedarán obligadas a adoptar *medidas positivas* para facilitar el libre ejercicio de dichos derechos, teniendo en cuenta las exigencias particulares del entorno penitenciario⁽²⁰⁾. En particular, el Tribunal Europeo sostuvo que se había violado la libertad religiosa de algunos presos cuando

⁽¹⁹⁾ *Engel y otros c. Países Bajos*, ap. núm. 5100/71, de 8 de junio de 1976, § 54. De forma similar se recoge en *Grigoriades c. Grecia*, ap. núm. 24348/94, de 25 de noviembre de 1997, § 45, y en *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*, ap. núm. 31417/96, de 27 de septiembre de 1999. Además, en *Kalaç c. Turquía*, ap. núm. 20704/92, de 1 de julio de 1997, § 28 y en *Sert c. Turquía* (dec.), ap. núm. 47491/99, de 8 de julio de 2004.

⁽²⁰⁾ Sobre esta cuestión, *vid.* Council of Europe/European Court of Human Rights, *Freedom of thought, conscience and religion. Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 85 ss.

las autoridades nacionales competentes prohibieron su derecho a recibir visitas de un sacerdote o pastor; o cuando les denegaron a otros demandantes –que se encontraban en prisión preventiva– el permiso para participar en las ceremonias religiosas celebradas en la capellanía de la prisión⁽²¹⁾.

La asistencia religiosa a los pacientes en el *ámbito hospitalario* igualmente forma parte del ejercicio de la libertad religiosa y de creencias, sin perjuicio de que en la actualidad la asistencia espiritual se contempla también como parte «del bienestar que se debe procurar a los enfermos en los centros hospitalarios»⁽²²⁾. No obstante, el Tribunal Europeo ha señalado que la libertad de los usuarios de los servicios públicos para manifestar su religión puede, en algunos casos, restringirse en el marco de los hospitales públicos. Este criterio implica, en la práctica, que la normativa estatal en el ámbito sanitario pone el foco de atención en los derechos de los demás, la igualdad de trato para los pacientes y el buen funcionamiento del servicio y no tanto en la manifestación de las creencias religiosas⁽²³⁾. Así se observó en tiempos de pandemia en los hospitales, y este criterio probablemente también se aplicó en centros asistenciales públicos dedicados al cuidado de personas mayores, inmigrantes y otros colectivos en riesgo de vulnerabilidad⁽²⁴⁾.

Lo importante es que en todos los supuestos, el *fundamento* de la cooperación estatal es garantizar el ejercicio efectivo del derecho de libertad religiosa de todos los ciudadanos, incluidas de aquellas personas que se encuentran –voluntaria o involuntariamente– en circunstancias excepcionales. En particular, la asistencia religiosa de los ciudadanos dependerá de la efectividad de las medidas que los poderes públicos, en el cumplimiento de sus funciones, adopten con las *confesiones religiosas* para prestar los servicios de asistencia religiosa y pastoral en las instituciones públicas.

En este sentido, la cooperación del Estado con la religión en el ámbito público se detecta en la *mayor parte de los países europeos*, al margen del modelo de relación entre el Estado y las Iglesias; en otras palabras, dicha colaboración obedece también a la tradición histórica y al arraigo social de una religión por lo que se puede entablar mediante distintos instrumentos, sin que sea estrictamente necesario que se desarrolle únicamente en el marco de los países cooperacionistas. De este modo, países como Francia que establecen una estricta separación entre el Estado y las iglesias, prestan

⁽²¹⁾ *Poltoratski c. Ucrania*, ap. núm. 38812/97, de 29 de abril de 2003, §§ 163-171; *Kuznetsov c. Ucrania*, ap. núm. 39042/97, de 29 de abril de 2003, §§ 143-151; *Mozar c. República de Moldova y Rusia* [GC], ap. núm. 11138/10, de 23 de febrero de 2016, §§ 197-199; *Korostelev c. Rusia*, ap. núm. 29290/10, 12 de mayo de 2020, § 57; *Erlich y Kastro c. Rumania*, aps. nos. 23735/16 y 23740/16, de 9 de junio de 2020, § 34.

⁽²²⁾ Vid. VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, J. M.ª, «La asistencia religiosa hospitalaria en Francia, Bélgica y Polonia», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 39 (2023), p. 83.

⁽²³⁾ Entre otras, *Ebrahimian c. Francia*, ap. núm. 64846/11, de 26 de febrero de 2016, § 71.

⁽²⁴⁾ El Tribunal de Estrasburgo, en el citado asunto *Pasquinelli y otros c. San Marino* de 2024, apuntó que el objetivo de las medidas era proteger la salud pública y mantener condiciones de seguridad adecuadas en el contexto de una pandemia que suponía un grave riesgo para la población en general, por lo que las limitaciones perseguían el objetivo legítimo de proteger la salud y los derechos y libertades de los demás.

asistencia religiosa en prisiones, orfanatos, hospitales, asilos, etc. En Reino Unido, con un modelo de relación confesional, las autoridades nacionales establecen las condiciones para prestar asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, y garantizan que los miembros del ejército no sean obligados a participar en prácticas religiosas contrarias a sus convicciones o creencias, ni siquiera en el caso de que procedan de la Iglesia Oficial. Tanto en Irlanda y Reino Unido como en Alemania, Italia o Portugal se garantiza la asistencia religiosa en hospitales⁽²⁵⁾. Igualmente, la asistencia religiosa está garantizada en el ejército, en los centros sociales y en las prisiones en España, Italia, Eslovaquia, Hungría, Croacia, Portugal y la República Checa. En muchos de ellos, entre otros, en España e Italia, el sistema pactado con la Iglesia católica se traslada a los acuerdos con otras confesiones religiosas. En Eslovaquia, la Iglesia católica y la luterana prestan asistencia religiosa y pastoral en instituciones públicas.

La tendencia general en los países europeos es el *modelo de libre acceso* de los ministros de culto para prestar asistencia religiosa en instituciones públicas, previa petición voluntaria de los interesados y sin límite en cuanto al horario de visitas. En algunos países, además, se establece el *sistema de integración* de los ministros de culto, principalmente de la Iglesia católica, en la estructura orgánica de los establecimientos públicos, o se implanta un sistema de convenios donde se concierta la prestación de servicios entre las instituciones públicas involucradas y la confesión religiosa correspondiente. Por otra parte, lo habitual es que los gastos económicos que origine dicha asistencia sean responsabilidad exclusiva de la confesión religiosa en cuestión. La excepción es que en algunos países europeos, sobre todo en Francia, Reino Unido e Irlanda, el presupuesto estatal se hace cargo de los sueldos de los ministros de culto que desempeñan labores de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, centros penitenciarios y hospitalarios⁽²⁶⁾. En España e Italia se dotan cantidades en los presupuestos estatales para financiar los servicios de asistencia religiosa de la Iglesia católica, sin que estas dotaciones se trasladen a las confesiones religiosas con acuerdos de cooperación o *intesa*⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ Sobre el sistema de asistencia hospitalaria en algunos países europeos, Vid. MARTÍN GARCÍA, M.^a del M., «La asistencia religiosa hospitalaria en Irlanda, Reino Unido y España», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 39 (2023), pp. 25-47; SALIDO LÓPEZ, M., «Configuración jurídica de la asistencia religiosa en hospitales en Alemania, Italia y Portugal», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 39 (2023), pp. 49-79.

⁽²⁶⁾ Cfr., entre otros, CRANMER, F., «Paying the Piper? Public Funding and Supervision of Religion in a Secularized Society (United Kingdom)», en Messner, F., (ed.) *Public Funding of Religions in Europe*, Ashgate, Surrey, 2015, pp. 171-198; LIM, E., «Religious Exemptions in England», *Oxford Journal of Law and Religion* Vol. 3 (2014), pp. 440-461; PRÉLOT, P.-H., «Public Funding of Religions: The Situation in France», en Messner, F., (ed.) *Public Funding of Religions in Europe*, Ashgate, Surrey, 2015, pp. 75-82.

⁽²⁷⁾ Sobre el sistema italiano y español, Vid. TONIATTI, R., «Consensual Legal Pluralism: Assessing the Method and the Merits in Agreements between State and Church(es) in Italy and Spain», en Piciocchi, C., Strazzari, D., Toniatti, R., (eds.) *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes*, Università degli Studi di Trento, 2021, pp. 81-82.

Por consiguiente, lo habitual es que la asistencia religiosa en Europa no plantee conflictos y se relacione directamente con la gestión del pluralismo de las sociedades actuales. Por eso, *desde la perspectiva de la neutralidad e imparcialidad del Estado*, los poderes públicos cooperan con las confesiones religiosas de modo análogo a la colaboración que prestan a otras organizaciones sociales para atender al cumplimiento de sus fines. Las instituciones públicas facilitan el ejercicio del derecho de libertad religiosa y de creencias de los ciudadanos en estos ámbitos porque de otro modo no sería posible su ejercicio, sin que en ningún caso, como advierte el Tribunal Constitucional español, el Estado realice «un acto confesional», ni se adhiera a los fines religiosos de una o varias confesiones; tampoco supone una confusión entre las funciones estatales y las funciones religiosas⁽²⁸⁾. En otras palabras, el Estado adopta un enfoque positivo de la gestión del pluralismo religioso –también del pluralismo ideológico–, para garantizar la libertad religiosa y de creencias tanto de las personas que reclaman su ejercicio dentro de su ámbito específico como de las personas que trabajan en estas instituciones.

Sin embargo, no quiere decir que la cooperación se preste por igual a todas las confesiones religiosas, sino que en este ámbito será especialmente relevante el arraigo social de la confesión y el número de creyentes que solicitan la asistencia religiosa. En líneas generales, si contemplamos la asistencia religiosa en ámbitos públicos desde la óptica de la *igualdad y la prohibición de discriminar a los grupos religiosos minoritarios* se detectan mayores conflictos en el ámbito nacional cuando las diferencias no se justifican en una causa objetiva y razonable. Sobre todo, las injerencias en el principio de igualdad se manifiestan en aquellos países que establecen modelos de asistencia religiosa y de financiación distintos en función de los acuerdos firmados con las confesiones religiosas.

A estos efectos, en el sistema español las deficiencias se detectan claramente en una doble dirección. Por un lado, la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, establecimientos penitenciarios, hospitalarios y asistenciales prevista para la Iglesia católica difiere del sistema elegido para las demás confesiones con acuerdos de cooperación. Por otro, igualmente se aprecian entre éstas últimas y las confesiones que han alcanzado el notorio arraigo. En todos los casos, las diferencias son relevantes respecto del sistema de integración, de concertación y de libre acceso de los ministros de culto y del modelo de financiación previsto para unas y otras en la legislación específica de cada sector⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1.

⁽²⁹⁾ Vid. Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, firmado en Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979 (BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 1979), y artículos 8 y 9 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la

Estas diferencias plantean si dicha asistencia religiosa en establecimientos públicos debe quedar a merced de la voluntad política del legislador cuando se trata de dotar de efectividad el ejercicio de un derecho fundamental o si, por el contrario, lo natural es que el sistema se establezca por igual para todos los ciudadanos al margen de cualesquiera que sean sus creencias o convicciones. Incluso cabría replantearse si realmente en materia de asistencia religiosa en centros públicos es imprescindible un acuerdo de cooperación del Estado con las confesiones religiosas, o si pudiera ser suficiente que se asegure el libre acceso a los ministros de culto en condiciones similares a todos los grupos religiosos. Probablemente, al menos en España, el sistema se podría extender a las confesiones religiosas con notorio arraigo de modo análogo al reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados en forma religiosa de estas confesiones en la actual Ley de Jurisdicción Voluntaria⁽³⁰⁾.

En definitiva, el Estado debe adoptar *medidas positivas* para facilitar el libre ejercicio de la libertad religiosa de todos los ciudadanos, teniendo en cuenta las exigencias particulares de determinados entornos públicos. Por lo que no se puede desconocer que en el fondo se trata de una decisión de discrecionalidad estatal: dependerá de la *voluntad política sincera de implementar el principio de igualdad en este ámbito*, y de realizar los ajustes legales necesarios sobre las desigualdades generadas dentro del marco constitucional actual.

3.2. Prescripciones religiosas alimentarias

Otra cuestión íntimamente ligada al ejercicio de la libertad religiosa de los ciudadanos que se encuentran en establecimientos públicos es la observancia de las prescripciones alimentarias de carácter religioso. De hecho, el Tribunal de Estrasburgo deja claro que la observancia de leyes dietéticas prescritas por una religión o un sistema filosófico es una «práctica» que está protegida por el artículo 9.1 de la Convención, incluso cuando el solicitante se encuentre ingresado en un centro penitenciario, pero sin que el derecho garantizado en estos términos se extienda a participar personalmente en la realización del sacrificio ritual y el posterior proceso de certificación⁽³¹⁾.

A estos efectos, sobre todo, en aquellos países que tienen firmados acuerdos de cooperación con grupos religiosos minoritarios lo habitual es que se facilite el cumplimiento de las prescripciones alimentarias. Por citar

Federación de Comunidades Judías de España y con la Comisión Islámica de España (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992).

⁽³⁰⁾ Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

⁽³¹⁾ *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia* [GC], ap. núm. 27417/95, de 27 de junio de 2000, §§ 73-74 y 82; *Jakóbski c. Polonia*, ap. núm. 18429/06, de 7 de diciembre de 2000.

algunos ejemplos, la Unión de Comunidades Judías ha incluido disposiciones específicas en la *intese* firmada con el Estado italiano para garantizar el derecho a observar las prescripciones judías en materia alimentaria, a petición propia, con la asistencia de la comunidad competente y sin cargas económicas para las instituciones públicas (artículo 7).

En el ordenamiento jurídico español, las prescripciones religiosas alimentarias para los ciudadanos que se encuentran en establecimientos públicos se tienen en cuenta en los acuerdos firmados con las comunidades judía e islámica en términos muy similares (artículo 14). En el Acuerdo con la Comunidad Islámica se añade que la alimentación de los internados en centros o establecimientos públicos y dependencias militares, y la de los alumnos musulmanes de los centros docentes públicos y privados concertados que lo soliciten, se procurará adecuar a los preceptos religiosos islámicos, así como el horario de comidas durante el mes de ayuno (Ramadán)⁽³²⁾. También en este ámbito, tanto en el caso italiano como en el español, se plantean algunas dudas sobre la aplicación de la igualdad cuando, en principio, no existen obstáculos insalvables para garantizar este tipo de actuaciones conforme a lo prescrito para todos los ritos religiosos mediante la legislación pacticia o unilateral. Sobre todo porque en los supuestos que se contemplan en un acuerdo de cooperación será necesario un desarrollo posterior en la legislación unilateral, previo consenso entre las administraciones sanitarias competentes y los representantes de la confesión religiosa.

Por otra parte, uno de los conflictos que se presenta cada vez con mayor frecuencia es el relativo a la forma de llevar a cabo los rituales de los sacrificios de los animales en mataderos municipales. En concreto, el Reglamento del Consejo de 2009⁽³³⁾, regula el sacrificio de animales con aturdimiento previo en el momento de la matanza. Con carácter general, dispone que el *aturdimiento previo* de animales es obligatorio (artículo 4.1); pero admite que los Estados miembros podrán establecer excepciones a esta obligatoriedad en el sacrificio de animales prescrito por una religión (artículo 4.4).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Lengua Neerlandesa de Bruselas, se ha pronunciado en el asunto *Liga van Moskeeën*. Se pidió al Tribunal que examinara la validez de dicha excepción, y en qué medida la

⁽³²⁾ Sobre la problemática que plantea la adecuación de la alimentación a las convicciones religiosas en los comedores escolares, Vid. MORENO ANTÓN, M., «Prescripciones religiosas sobre alimentación: su alcance en los comedores escolares», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* núm. 50 (2019); RODRIGO LARA, B., «Adaptación del menú en los comedores escolares por motivos religiosos», en MARTÍNEZ-TORRÓN, J., y CAÑAMARES, S., (eds.), *Libertad religiosa, neutralidad del Estado y educación: una perspectiva europea y latinoamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 289-302.

⁽³³⁾ Reglamento (CE) núm. 1099/2009 del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza (DOUE núm. 303, de 18 de noviembre).

inobservancia de esta excepción de carácter religioso pudiera derivarse en desprotección de la libertad religiosa de la comunidad musulmana ubicada en Flandes. El Tribunal de Justicia, alegando la ausencia de consenso de los Estados miembros en esta materia, desestimó la cuestión prejudicial⁽³⁴⁾. Por su parte, el Tribunal Constitucional belga denegó los recursos y solicitó la anulación de la prohibición.

Recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la misma cuestión en el asunto *Executief Van De Moslims Van België y otros c. Bélgica*. De forma directa, el Tribunal de Estrasburgo señala que la protección del bienestar animal es una cuestión que entra dentro del margen de apreciación estatal y que podrá vincularse al concepto de «moral pública», uno de los límites legítimos a la libertad religiosa en los términos reconocidos en el artículo 9.2 de la Convención. En consecuencia, declara que no hubo violación del derecho a la libertad de religión ni discriminación en la prohibición de la legislación belga de realizar el sacrificio ritual de animales sin aturdimiento previo⁽³⁵⁾.

En todo caso, estas exenciones, con diferentes tipos de limitaciones, se contemplan en los Países Bajos, Alemania, Lituania, Polonia e Italia⁽³⁶⁾. Tiene interés que países no cooperacionistas como los Países Bajos han solucionado esta cuestión mediante un acuerdo firmado en 2012 para garantizar los rituales religiosos de las comunidades islámicas y judía y, al mismo tiempo, mejorar el bienestar de los animales cuando son sacrificados sin aturdimiento previo⁽³⁷⁾. Acuerdos de este tipo ilustran las ventajas de alcanzar una solución consensuada para mantener este tipo de exenciones para los grupos religiosos que, por otra parte, resultan controvertidas en sociedades europeas especialmente protectoras con los animales.

⁽³⁴⁾ STJUE, asunto C-426/16 (Gran Sala), *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW y otros/Vlaams Gewest*, de 29 de mayo de 2018. Posteriormente, en STJUE (Gran Sala), asunto C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België y otros*, de 17 de diciembre de 2020. Sobre esta cuestión, Vid. MORENO SOLER, V., «Bienestar animal versus ritos religiosos. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea c-336/2019. ¿Un derecho fundamental vencido por un objetivo de interés general?», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 57 (2021); SALINAS MENGUAL, J., «El derecho a la libertad religiosa en el contexto de las prescripciones alimenticias de las confesiones religiosas y la normativa europea aplicable: Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 2018: asunto C-426/16: Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen y otros», *La Ley Unión Europea* núm. 81 (2020).

⁽³⁵⁾ Vid. *Executief Van De Moslims Van België y otros c. Bélgica*, ap. núm. 16760/22, de 13 de febrero de 2024.

⁽³⁶⁾ Sobre el sistema italiano, BOTTONI, R., «The Italian Experience with Halal Certification: The Case of Halal Italia», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (www.statoechiese.it), núm. 6 (2020), pp. 1-18.

⁽³⁷⁾ Vid. OVERBEEKE, A., «The State and Religious Groups. The Case of the Low Countries. No Agreements Needed? The Role of Agreements in Belgium and the Netherlands», en Piciocchi, C., Strazzari, D., Toniatti, R., (eds.) *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes*, cit., pp. 210-211.

3.3. Descanso dominical y celebración de festividades religiosas

Por otra parte, la celebración de festividades religiosas y el descanso semanal también requiere la acomodación de las creencias religiosas en el ámbito de los servicios públicos. La regla general es que el domingo es el día de descanso semanal, sin que este hecho se asocie con una actitud que pudiera atentar a la neutralidad e imparcialidad del Estado. El Tribunal Constitucional español señala que el domingo «es una institución secular y laboral, que si comprende el ‘domingo’ como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición», facilitando «el cumplimiento de los objetivos del descanso»⁽³⁸⁾. De esta manera, se reconoce en la totalidad de los países europeos y, en paralelo, se reconocen excepciones que tratan de acomodar el día de descanso previsto en otras confesiones y la celebración de sus festividades religiosas en el ámbito laboral y escolar.

Por ejemplo, el calendario laboral español e italiano está muy condicionado por las celebraciones católicas establecidas en sus respectivos acuerdos con la Iglesia católica, pero también en los acuerdos con otras confesiones religiosas se enumeran sus festividades, el descanso sabbático y los términos de su celebración, sobre todo, en relación con los derechos y deberes de sus miembros y el cumplimiento de sus obligaciones laborales y escolares⁽³⁹⁾. El Concordato portugués de 2004 establece una lista provisional de días festivos, además del domingo como día de descanso semanal, y el artículo 15 de la Ley de Libertad Religiosa reconoce el derecho a celebrar las festividades religiosas. En Alemania, el artículo 138 de la Constitución de Weimar (*Reichsverfassung*-WRV) dispone que el domingo y los días festivos reconocidos por el Estado están protegidos por la ley como días de descanso laboral y de perfeccionamiento espiritual. En Reino Unido, la Ley de Comercio Dominical de 1994 recoge las peticiones de las iglesias cristianas para que el Estado proteja a los comerciantes que se opongan por motivos religiosos a trabajar los domingos⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero, FJ 4. Esta cuestión ha sido suficientemente abordada por la doctrina española en el marco de las relaciones laborales, *Vid.*, por todas, CASTRO JOVER, A., «Commemoración de las festividades. Una aproximación desde la laicidad», *e-Legal History Review* núm. extra 27 (2018).

⁽³⁹⁾ Las principales festividades y acontecimientos religiosos celebrados por las diferentes comunidades y confesiones religiosas en España se pueden consultar en *Guía de apoyo para la gestión de las festividades, celebraciones y conmemoraciones de las confesiones religiosas minoritarias en el espacio público*, Observatorio del Pluralismo Religioso en España, Madrid, 2018. Además, *Vid.* CANO RUIZ, I., «Las festividades de naturaleza religiosa en la legislación autonómica», *Derecho y Religión* núm. 14 (2019), pp. 209-238; TONIATTI, R., «Consensual Legal Pluralism: Assessing the Method and the Merits in Agreements between State and Church(es) in Italy and Spain», *cit.*, pp. 86-87.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. DOE, N., «The Concordat Concept as Constitutional Convention in Church-State Relations in the United Kingdom», en Puza, R., y Doe, N., (eds.), *Religion and Law in Dialogue: Covenantal and Non-Covenantal Cooperation between State and Religion in Europe*, Peeters, Leuven, 2006, p. 244.

En todo caso, las excepciones y las acomodaciones en este contexto no han planteado conflictos relevantes, más allá del traslado de la convocatoria de fechas de exámenes u oposiciones previstos en días de celebraciones religiosas judías⁽⁴¹⁾. Sin embargo, en el marco de las relaciones empresariales, los pronunciamientos de los tribunales nacionales y supranacionales no han sido excesivamente protectores de la libertad religiosa. Por ejemplo, la posición del Tribunal de Estrasburgo ha sido muy restrictiva en el reconocimiento de los derechos del trabajador frente al deber de acomodación del empresario cuando surge un conflicto en relación con el descanso laboral o la celebración de festividades religiosas⁽⁴²⁾, sin perjuicio de que desde el asunto *Eweida* se aprecia una actitud más tuitiva hacia la protección de la libertad religiosa en el ámbito laboral⁽⁴³⁾.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo ha enfocado desde la perspectiva de la discriminación. En el asunto *Cresco Investigation GmbH-Markus Achatzi* resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo austriaco sobre la compatibilidad entre la Directiva marco de la UE⁽⁴⁴⁾, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales⁽⁴⁵⁾, y una norma interna que regulaba el descanso laboral⁽⁴⁶⁾. A su juicio, la concesión de un día festivo remunerado —el Viernes Santo— a los trabajadores austriacos que pertenecen a determinadas iglesias, establece una diferencia de trato entre trabajadores sometidos a obligaciones religiosas análogas —y entre los que no las tienen—, que generan distintos derechos que traspasan los límites que exige la igualdad y la prohibición de discriminar prevista en el Derecho primario de la Unión Europea. De este criterio se desprende que el Tribunal de Luxemburgo se inclina por otorgar mayor relevancia a la protección de la igualdad de trato entre los trabajadores que

⁽⁴¹⁾ *Vivien Prais c. el Consejo de las Comunidades Europeas*, C-130/75, de 27 de octubre de 1976.

⁽⁴²⁾ ⁴² En concreto, este criterio se desprende de *Kontinnen c. Finlandia* (dec.), ap. núm. 24949/94, de 3 diciembre de 1996; *Stedman c. Reino Unido* (dec.), ap. núm. 29107/95, de 9 abril de 1997; *Kosteski c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, ap. núm. 55170/00, de 13 abril de 2006 y *Francesco Sessa c. Italia*, ap. núm. 28790/08, 3 de abril de 2012.

⁽⁴³⁾ En este sentido, ELÓSEGUI ITXASO, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 407 ss.

⁽⁴⁴⁾ Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, como «norma mínima» y fundamento contra las discriminaciones por motivos, entre otros, de religión o convicciones (DOCE, 2.12.2000, L 303 16 ss).

⁽⁴⁵⁾ «1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares».

⁽⁴⁶⁾ En concreto, la Ley sobre el Descanso laboral austriaca establecía que el Viernes Santo sólo es día festivo remunerado para los miembros de las Iglesias Evangélicas de la confesión de Augsburgo y de la confesión helvética, de la Iglesia Católica Antigua y de la Iglesia Evangélica Metodista. Este régimen especial tenía la finalidad de permitir que los miembros de esas iglesias practiquen su religión en ese día de celebración particularmente importante para ellos, sin necesidad de solicitar a tal fin un día de vacaciones a su empleador.

al derecho a celebrar las festividades religiosas como parte del núcleo esencial de protección de la libertad religiosa y de creencias⁽⁴⁷⁾.

En definitiva, en materia de celebración de festividades religiosas y de descanso semanal tampoco es suficiente con el reconocimiento legislativo, sino que en la práctica es necesario facilitar las condiciones necesarias para garantizar su ejercicio. Ello implica que las autoridades nacionales adopten una posición de neutralidad que les permita gestionar la diversidad religiosa que se manifiesta en este ámbito específico de manera que la efectividad de estas celebraciones no se anude ineludiblemente a aquellas confesiones religiosas con acuerdos de cooperación. Este es el criterio del Tribunal de Estrasburgo cuando señala que el pluralismo también se basa en el respeto de la diversidad, de las dinámicas diferentes de las tradiciones culturales y las identidades y creencias religiosas⁽⁴⁸⁾. De este modo, en aras al respeto del principio de igualdad y no discriminación, y al margen de que una buena parte de las festividades religiosas procedan de la tradición cristiana, no existe obstáculo para que el sistema previsto para algunas confesiones religiosas minoritarias con acuerdos de cooperación se pudiera extender al resto de las confesiones religiosas que hubieran obtenido el reconocimiento de personalidad jurídica para operar en el tráfico civil. Sin ir más lejos, en el Derecho español sería deseable que el sistema se hiciera extensivo al menos a las confesiones religiosas que han alcanzado la declaración de notorio arraigo, de manera similar, como se ha apuntado, al reconocimiento que la Ley de Jurisdicción Voluntaria realiza respecto de los efectos civiles de los matrimonios celebrados según sus ritos religiosos propios.

4. CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, la cooperación y acomodación de la religión en el ámbito de los servicios públicos, al margen del modelo de relación Estado-Iglesia y de los instrumentos jurídicos elegidos para entablar la cooperación, es la regla general en Europa y no difiere mucho de unos países a otros⁽⁴⁹⁾. Ello

⁽⁴⁷⁾ Sobre esta sentencia, se puede consultar CAÑAMARES ARRIBAS, S., «Retribución de festividades religiosas e igualdad laboral: Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2019, Asunto C- 193/17: Cresco Investigation GmbH v. Markus Achatzi», *La Ley Unión Europea* núm. 70 (2019); STRAZZARI, D., «EU Anti-Discrimination Law and Domestic Negotiated Laws as Legal Instruments to Protect Religious Freedom at Work in Europe: Overlapping or Conflicting?», en Piciocchi, C., Strazzari, D., Toniatti, R., (eds.) *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes*, cit., pp. 39 ss.

⁽⁴⁸⁾ *Izzettin Dogan y otros c. Turquía* [GC], § 178.

⁽⁴⁹⁾ Existe abundante bibliografía sobre esta cuestión. Sin ánimo exhaustivo, *Vid.* CHAIBI, M., «State and Church Relationships under the European Convention on Human Rights: A Value Framework for State Action», *Religions* núm. 13, 797 (2022); EVANS C., THOMAS, C. A., «Church-State Relations in the European Court of Human Rights», *Brigham Young University Law Review* 3 (2006), pp. 709-713; PALOMINO LOZANO, R., «Los modelos de relación religión-Estado. Pervivencia de un instrumento de estudio en la era postsecular», *Estudios Eclesiásticos*, vol. 98, núm. 387 (2023) pp. 770-771; PUKENIS, R., «The Models of

no quiere decir que las relaciones se manifiesten en igual medida respecto de todas las religiones y creencias. Al contrario, la cooperación en toda Europa es selectiva⁽⁵⁰⁾; admite distintos grados y modalidades, sin que estas relaciones resulten discriminatorias cuando las diferencias se asienten sobre una causa objetiva y razonable. En otras palabras, dicha colaboración obedece también a la tradición histórica y al arraigo social de una religión por lo que se puede entablar mediante distintos instrumentos, sin que sea estrictamente necesario que se desarrolle únicamente en el marco de los países cooperacionistas.

Por el contrario, los supuestos mencionados sobre la asistencia religiosa o espiritual nos dejan entrever que tan apropiada puede ser la regulación comprendida en el marco constitucional y de los acuerdos de cooperación como la contenida en legislación unilateral, sobre todo, de carácter administrativo. Precisamente en este ámbito es donde tiene mayor predicamento lo que se ha denominado la «bilateralidad administrativa», que garantiza el desarrollo de la libertad religiosa mediante distintos procedimientos en el ámbito regional y local⁽⁵¹⁾.

En todo caso, como se ha puesto de relieve, se detecta cierta tensión entre la acomodación de las normas generales en el ámbito de los servicios públicos y la estrecha vinculación con otros principios que igualmente inspiran la actuación de los poderes públicos. La tensión se aprecia en una doble dirección. Por un lado, es ineludible *conciliar* la noción de cooperación que predomina en el ámbito nacional de los países europeos con la concepción de Estado neutral e imparcial en materia religiosa que impera en Europa. Tanto una como otra –en cuanto que se constituyen en principios instrumentales de la actuación de los poderes públicos– están destinadas a garantizar la libertad religiosa y de creencias de individuos y grupos religiosos en condiciones de igualdad.

Por otro lado, interesa conectar la cooperación del Estado con la igualdad y la prohibición de discriminar a los grupos religiosos minoritarios. Y, por ello, es importante también situar a la igualdad en su lugar adecuado. La igualdad en la cooperación se ha de proyectar sobre la tutela del derecho fundamental, sin que necesariamente se manifieste en igual medida sobre las relaciones *formales* de cooperación del Estado con la religión y las creencias, o sobre sus consecuencias más inmediatas cuando no exista en

Church and State Relations in a Secularised Society of European Union», *Asian Journal of Humanities and Social Studies* Vol. 02, Issue 03 (2014), pp. 496-505; RODRÍGUEZ BLANCO, M., «Apuntes sobre los modelos de relaciones Iglesia-Estado en Europa», en Martín García, M.^a del M. y Salido, M., (coords.), *Derecho de la Unión Europea y factor religioso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 17-39.

⁽⁵⁰⁾ Vid. FERRARI, S., «Church and State in Europe: A Comparative Outlook», disponible en <https://www.concordatwatch.eu/silvio-ferrari-on-church--state-in-europe--t6991>.

⁽⁵¹⁾ Numerosos ejemplos sobre esta modalidad de la bilateralidad en el ordenamiento jurídico italiano se pueden consultar en: ALICINO, F., «Dalla bilateralità pattizia alla bilateralità amministrativa», *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* núm. 1 (2023), pp. 165 ss.

rigor discriminación (es decir, desigualdad injustificada de trato). Lo anterior implica que la vinculación entre cooperación e igualdad no opera de forma inmediata, sino que la materialización de la cooperación dependerá de la *legítima discrecionalidad de los Estados*; se trata en gran medida de una decisión *política*, en la que además se tendrán en cuenta otros factores históricos, políticos y sociológicos. Sin embargo, la discrecionalidad no es absoluta. De esta manera, si el Estado debe cooperar con el hecho religioso institucionalizado en cuanto que supone dotar de efectividad el ejercicio de un derecho fundamental, necesariamente el margen de apreciación estatal se *restringirá* cuando de la elección de las diversas formas de cooperación se deriven consecuencias adversas para la tutela de la libertad religiosa y de creencias de los grupos religiosos y entes equiparables.

En consecuencia, como se apuntó al principio de este trabajo, lo esencial es la premisa de partida: la consideración por parte del Estado de la religión como una realidad social positiva y, desde esta aproximación, lo relevante son las consecuencias *reales* de esas relaciones de cooperación sobre el ejercicio de la libertad religiosa. El resultado es que la acomodación de la religión y las creencias en el ámbito de los servicios públicos –incluso en tiempos de pandemia– no se configura como un privilegio inmerecido de las confesiones religiosas –ya sean mayoritarias o minoritarias–, sino como un criterio de actuación de los Estados en la tutela de un derecho fundamental. Esta actitud, por otra parte, no tiene nada de excepcional. Es análoga a la actuación que los poderes públicos adoptan en la salvaguarda de otros derechos fundamentales, precisamente, para no vaciarlos de contenido.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA. VV., «La vacunación contra el Coronavirus», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 93-94 (2021).
- ARLETTAZ, F., «State Neutrality and Legal Status of Religious Groups in the European Court of Human Rights Case-law», *Religion and Human Rights* Vol. 11 (2016).
- ALICINO, F., «Dalla bilateralità pattizia alla bilateralità amministrativa», *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* núm. 1 (2023).
- BOTTOMI, R., «The Italian Experience with Halal Certification: The Case of Halal Italia», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (www.statoechiese.it) núm. 6 (2020).
- CANO RUIZ, I., «Las festividades de naturaleza religiosa en la legislación autonómica», *Derecho y religión* núm. 14 (2019).
- CAÑAMARES ARRIBAS, S., «Retribución de festividades religiosas e igualdad laboral: Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2019, Asunto C- 193/17: Cresco Investigation GmbH v. Markus Achatzi», *La Ley Unión Europea* núm. 70 (2019).
- CASTRO JOVER, A., «Conmemoración de las festividades. Una aproximación desde la laicidad», *e-Legal History Review* núm. extra 27 (2018).

- CHAIBI, M., «State and Church Relationships under the European Convention on Human Rights: A Value Framework for State Action», *Religions* núm. 13, 797 (2022).
- CONSORTI, P. (coord.), *Law, Religion and COVID-19 emergency*, DiReSom, Pisa, 2020, <https://diresom.net/2020/05/07/diresom-papers-1-ebook-law-religion-and-covid-19-emergency/>.
- CRANMER, F., «Paying the Piper? Public Funding and Supervision of Religion in a Secularized Society (United Kingdom)», en Messner, F. (ed.), *Public Funding of Religions in Europe*, Ashgate, Surrey, 2015.
- DOE, N., «The Concordat Concept as Constitutional Convention in Church-State Relations in the United Kingdom», en Puza, R. y Doe, N. (eds.), *Religion and Law in Dialogue: Covenantal and Non-Covenantal Cooperation between State and Religion in Europe*, Peeters, Leuven, 2006.
- ELÓSEGUI ITXASO, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- EVANS, C. y THOMAS, C. A., «Church-State Relations in the European Court of Human Rights», *Brigham Young University Law Review* 3 (2006).
- FERRARI, S., «Church and State in Europe: A Comparative Outlook», en <https://www.concordatwatch.eu/silvio-ferrari-on-church--state-in-europe--t6991>.
- FOKKAS, E., «Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence», *Oxford Journal of Law and Religion* núm. 4 (2015).
- HENRARD, K., «How the European Court of Human Rights' Concern Regarding European Consensus Tempers the Effective Protection of Freedom of Religion», *Oxford Journal of Law and Religion* Vol. 4 (2015).
- LIM, E., «Religious Exemptions in England», *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 3 (2014).
- MADERA, A., «The Crisis of Religious Freedom in the Age of COVID-19 Pandemic», *Laws* 10:39 (2021).
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.^a, «Preparación religiosa a la muerte y emergencia sanitaria», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 55 (2021).
- MARTÍN GARCÍA, M.^a del M., «La asistencia religiosa hospitalaria en Irlanda, Reino Unido y España», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 39 (2023).
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Religión, derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho Eclesiástico del Estado*, Comares, Granada, 1999.
- «Concordato, cooperación e igualdad. La cooperación del Estado español con las confesiones religiosas a la luz del vigente sistema de acuerdos con la Iglesia católica», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 4 (2004).
- «State Neutrality and Religious Plurality in Europe», en Durham, W. C. Jr. y Thayer, D. D. (eds.), *Religion, Pluralism, and Reconciling Difference*, Routledge, Nueva York, 2019.
- «COVID-19 and Religious Freedom: Some Comparative Perspectives», *Laws* 10:39 (2021).
- «Reflexiones acerca de la bilateralidad de fuentes normativas sobre el derecho religioso en Europa», *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* Vol. 31, núm. 1 (2023).
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y RODRIGO LARA, B. (coords.), *COVID-19 y libertad religiosa*, Iustel, Madrid, 2021.

- MESEGUER VELASCO, S., «Objeción de conciencia a la vacunación de los menores de edad en la jurisprudencia de Estrasburgo», *JUS-Online, Rivista Di Scienze Giuridiche* núm. 1 (2022).
- *Cooperación del Estado con la religión en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024.
- «State Cooperation with Religion in Europe», *Canopy Forum On the Interactions of Law and Religions*, <https://canopyforum.org/2024/06/18/reflecting-on-state-cooperation-with-religion-in-europe/>, 2024.
- MORENO ANTÓN, M., «Prescripciones religiosas sobre alimentación: su alcance en los comedores escolares», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* núm. 50 (2019).
- MORENO SOLER, V., «Bienestar animal versus ritos religiosos. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea c-336/2019. ¿Un derecho fundamental vencido por un objetivo de interés general?», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 57 (2021).
- «El régimen jurídico de la vacuna contra la COVID-19 en la actualidad: de la imposición general a la resolución de conflictos entre progenitores», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. Extra 17, 2 (2022).
- NAVARRO-VALLS, R., *Laicismo y Constitución*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.
- NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2012.
- OVERBEEKE, A., «The State and Religious Groups. The Case of the Low Countries. No Agreements Needed? The Role of Agreements in Belgium and the Netherlands», en C. Picocchi, D. Strazzari, R. Toniatti (eds.), *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes*, Università degli Studi di Trento, 2021.
- PALOMINO LOZANO, R., *Neutralidad del Estado y espacio público*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- «La autonomía de las confesiones religiosas. Aportes desde el Derecho de la Unión Europea», *Ius Canonicum* Vol. 63 (2023).
- «Los modelos de relación religión-Estado. Pervivencia de un instrumento de estudio en la era postsecular», *Estudios Eclesiásticos* Vol. 98, núm. 387 (2023).
- PAREJO GUZMÁN, M.ª J., «Los estados de alarma en España durante la pandemia del COVID-19 en relación al derecho a la libertad religiosa, a la religiosidad y a las religiones», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 55 (2021).
- PRÉLOT, P.-H., «Public Funding of Religions: The Situation in France», en Messner, F. (ed.), *Public Funding of Religions in Europe*, Ashgate, Surrey, 2015.
- PUKENIS, R., «The Models of Church and State Relations in a Secularised Society of European Union», *Asian Journal of Humanities and Social Studies* Vol. 02, Issue 03 (2014).
- RODRÍGUEZ BLANCO, M., «Apuntes sobre los modelos de relaciones Iglesia-Estado en Europa», en M.ª del M. Martín García y M. Salido (coords.), *Derecho de la Unión Europea y factor religioso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024.
- RINGELHEIM, J., «State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach», *Oxford Journal of Law and Religion* Vol. 6, núm. 1 (2017).
- RODRIGO LARA, B., «Adaptación del menú en los comedores escolares por motivos religiosos», en Martínez-Torrón, J., y Cañamares, S., (eds.), *Libertad religiosa, neutralidad del Estado y educación: una perspectiva europea y latinoamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

- «La libertad religiosa en España durante la pandemia de COVID-19», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 54 (2020).
- RODRÍGUEZ MOYA, A. y CAMPO IBÁÑEZ, M., *Derecho e Iglesia en los tiempos del CoVid. Respuestas jurídicas de la Iglesia Católica y el Estado*, Dykinson, Madrid, 2021.
- SALIDO LÓPEZ, M., «Configuración jurídica de la asistencia religiosa en hospitales en Alemania, Italia y Portugal», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 39 (2023).
- SALINAS MENGUAL, J., «El derecho a la libertad religiosa en el contexto de las prescripciones alimenticias de las confesiones religiosas y la normativa europea aplicable: Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 2018: asunto C-426/16: Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen y otros», *La Ley Unión Europea* núm. 81 (2020).
- SOLER MARTÍNEZ, J. A., «Estado de alarma y libertad religiosa y de culto», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 54 (2020).
- STRAZZARI, D., «EU Anti-Discrimination Law and Domestic Negotiated Laws as Legal Instruments to Protect Religious Freedom at Work in Europe: Overlapping or Conflicting?», en Piciocchi, C., Strazzari, D., Toniatti, R. (eds.), *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes*, Università degli Studi di Trento, 2021.
- TONIATTI, R., «Consensual Legal Pluralism: Assessing the Method and the Merits in Agreements between State and Church(es) in Italy and Spain», en C. Piciocchi, D. Strazzari, R. Toniatti (eds.), *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes*, Università degli Studi di Trento, 2021.
- TORRES GUTIÉRREZ, A., «El impacto del COVID-19 sobre la libertad religiosa: Reflexiones y estudios al respecto», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 39 (2023).
- VALERO ESTARELLAS, M.^a J., *Neutralidad del Estado y autonomía religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J. M.^a, «La asistencia religiosa hospitalaria en Francia, Bélgica y Polonia», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* núm. 39 (2023).

La cuestión de la ampliación de límites en la relación libertad religiosa e igualdad de género (algunos apuntes desde la jurisprudencia argentina)⁽¹⁾

On the expansion of boundaries in the relationship between religious freedom and gender equality (some notes on argentine case law)

MERCEDES GUADALUPE RUBINO
Pontificia Universidad Católica Argentina

Resumen: En estos tiempos, toda referencia a la relación entre derecho a la libertad religiosa y derecho a verse libre de discriminación por causa de la elección de género comienza por resaltar una conflictividad evidente. No es posible quitarle toda verdad a esta afirmación. Se trata de espacios fundamentales, directamente implicados en lo que las personas son, inmediatamente relacionados con su dignidad. El trabajo reflexiona sobre los límites de ambos derechos, la extensión de uno en detrimento del otro, y las posibles soluciones. Ello se hará a través del análisis de los informes que para la Asamblea General de la ONU han presentado el Relator Especial sobre la Libertad de Religión o de Creencias y el Experto Independiente sobre la Orientación Sexual e Identidad de Género. Asimismo, se harán algunos apuntes desde la jurisprudencia del supremo tribunal argentino.

Abstract: in contemporary discourse, any reference to the relationship between the right to religious freedom and the right to be free from discrimination based on gender

⁽¹⁾ Este artículo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación «Derecho y religión» (80020220300011 CT) acreditado en el Programa IUS de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina «Santa María de los Buenos Aires».

identity typically begins by acknowledging evident tension. This assertion holds undeniable truth, as both rights concern fundamental dimensions of human identity and are intimately connected to human dignity. This paper reflects on the boundaries of both rights, the extent to which one may expand at the expense of the other, and potential avenues for reconciliation. The analysis draws upon reports submitted to the United Nations General Assembly by the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief and the Independent Expert on Sexual Orientation and Gender Identity. It also offers brief considerations based on the case law of the Argentine Supreme Court.

Palabras clave: Perspectiva de género; no discriminación; libertad religiosa; moral pública; límites.

Keywords: Religious freedom; gender perspective; non-discrimination; religious freedom; public morality; limitation on rights.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La cuestión de los límites. 2.1 Libertad religiosa y sus límites. 2.2 La perspectiva de género y sus no-límites.–3. La cuestión en los mandatos ONU. 3.1 Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias. 3.2 Experto independiente sobre la orientación sexual y de género.–4. Ideas finales.–Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

«El camino hacia la paz exige el respeto de los derechos humanos»⁽²⁾. Estas palabras del Papa Francisco, recogidas en *Dignitas infinita*, recuerdan el desafío ante el que se encuentra este mundo realmente diverso: ahondar en el compromiso de la Conferencia de Viena, armonizar los derechos, valorando las diferentes visiones. Sin embargo, no podrá alcanzarse verdadera diversidad silenciando visiones, ya sea la de género, ya sea el derecho a la libertad religiosa.

Avanzar en igualdad no debería significar perder diversidad, ni renunciar a la legítima libertad religiosa⁽³⁾. El valioso desarrollo que en estas últimas décadas ha tenido la perspectiva de género no puede ser, por sí, un valladar al ejercicio de la libertad religiosa. Esto es lo que parece observarse en nuestros días, muchas veces desde posiciones no exentas de prejuicio.

⁽²⁾ Declaración del Dicasterio para la Doctrina de la Fe «Dignitas Infinita sobre la dignidad humana», §56 [disponible en línea: <https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2024/04/08/080424c.html> acceso en 1/10/2024].

⁽³⁾ GAS-AIXENDRI, M., «Avanzar en igualdad de género sin perder libertad religiosa. Propuestas desde la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», *Cuestiones de pluralismo*, Vol. 3, núm. 1 (primer semestre de 2023) [disponible en línea <http://doi.org/10.58428/BUGZ5405> acceso en 3/10/2024].

En este entramado de la relación no discriminación y libertad religiosa, merecen destacarse los informes temáticos del mandato especial ONU sobre libertad religiosa y creencias y del experto independiente sobre la orientación sexual e identidad de género⁽⁴⁾. En estos textos, puede advertirse, al menos en germen, una postura: el acento está siendo puesto en la limitación del derecho de libertad religiosa, consecuentemente, se trabaja produciendo una ampliación de dichos límites. En particular, parece afectar al elemento moral (la *moralidad pública*), pretendiendo mutar e incorporar cada vez más contenido a la misma.

Hay dos aspectos que tener en cuenta. El primero es semántico. Se habla, por un lado, de *libertad* religiosa, y por otro, de *protección y no discriminación* (asimilándola sin más a una igualdad), por motivos de género⁽⁵⁾. Invocando el espíritu de Kant, sabiendo que *lo negativo es infinito*, se observan propuestas de limitación del derecho a la libertad religiosa cada vez más frecuentes, más extensas y con más firmeza. Mientras tanto, la perspectiva de género no parece tener limitación alguna. Comienza, sin más, la no discriminación a tornarse en imposición de acciones positivas. Aun, estrictamente hablando, la no discriminación no se identifica con igualdad, sino muchas veces, con un igualitarismo, sin restricciones, ni fronteras.

En segundo lugar, el mismo contenido de lo que se entiende por *perspectiva de género* ha mutado y se ha ampliado considerablemente, sobre todo en la última década del siglo pasado. Así como identificó la lucha de las mujeres por su posicionamiento en igualdad en el mundo, hoy identifica los derechos fundados en el reconocimiento de identidades sexuales diversas, auto-percibidas o construidas. Más aún, ya no hay nexo o base real, natural o biológica: ya no hay hombre, ni mujer, sino diversidades. Esta perspectiva totalizante fue criticada por el Papa Francisco, quien se refirió a los «intentos que se han producido en las últimas décadas de introducir nuevos derechos, no del todo compatibles respecto a los definidos originalmente y no siempre aceptables» que «han dado lugar a colonizaciones ideológicas, entre las que ocupa un lugar central la teoría de género, que es extremadamente peligrosa porque borra las diferencias en su pretensión de igualar a todos»⁽⁶⁾.

Desde ahora, es preciso afirmar que América Latina es un sitio *especial* de convivencia religiosa, hay un gran valor *genético* de tolerancia en su con-

⁽⁴⁾ Éstos son: el Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, ONU, *Violencia de género y discriminación en nombre de la religión o las creencias*, A/HRC/43/48, 24/08/2024, <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-religion-or-belief/annual-reports>; y el Informe temático anual del Experto Independiente sobre la orientación sexual e identidad de género, ONU, *Libertad de religión o de creencias y protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, A/HRC/57/37, 24/01/2024 (versión en español), <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-sexual-orientation-and-gender-identity/annual-thematic-reports-independent-expert-protection-against-violence-and-discrimination-based>.

⁽⁵⁾ Es importante atender al lenguaje y sus implicancias, sobre todo en los documentos internacionales.

⁽⁶⁾ Discurso de año nuevo al Cuerpo Diplomático, 2023, cit. En *Dignitas Infinita*, §56. Esto será rechazado por el informe 2023 del Experto Independiente ONU.

formación social. Es por lo que, en la búsqueda de ideas sobre acomodación razonable entre estos dos derechos, al finalizar se aportarán notas de la doctrina del Supremo Tribunal argentino, que ha podido expedirse sobre el valor que para la sociedad y el bien común trae la diversidad. Verdadera diversidad que debe incluir la religiosa, para formar una auténtica sociedad plural.

2. LA CUESTIÓN DE LOS LÍMITES

2.1 Libertad religiosa y sus límites

García-Pablos sostiene que el problema de los derechos y libertades no es el de su consagración, sino el de su vigencia, en definitiva, el verdadero tema es el de sus límites⁽⁷⁾. En una sociedad heterogénea, sostener que los derechos tienen límites *naturales* y *precisos* es un planteo utópico o dogmático. La relación entre libertad religiosa y la igualdad de género son una muestra evidente.

Los derechos humanos son prerrogativas fundadas en la dignidad humana, inherentes a todo ser humano, sin distinción alguna. *Dignitas infinita* proclama ese valor que «le corresponde a cada persona humana, más allá de toda circunstancia y en cualquier estado o situación en que se encuentre» (§1). En el documento se hace una cuádruple distinción entre dignidad *ontológica, moral, social y existencial*. La más importante es la primera: aquella que corresponde a la persona como tal, por el mero hecho de existir y haber sido querida, creada y amada por Dios (§7). Es en ese reconocimiento donde puede «fundarse una nueva convivencia entre los seres humanos» (§6).

También es un valor al que la razón, la reflexión y el diálogo pueden llegar, y ello significa el respeto sumo a la dignidad ajena «porque nosotros no inventamos o suponemos la dignidad de los demás, sino porque hay efectivamente en ellos un valor que supera las cosas materiales y las circunstancias, y que exige que se les trate de otra manera». La dignidad humana responde a la naturaleza humana, «más allá de cualquier cambio cultural». Y es en este reconocimiento que el documento sostiene que puede «fundarse una nueva convivencia entre los seres humanos» (§6).

El derecho internacional de derechos humanos recoge este valor único y dignidad ontológica del ser humano. Pero, para afirmar lo complejo de la armonía entre derecho a la libertad religiosa e igualdad de género se debe recordar una vez más que los derechos no son absolutos y que hasta el supre-

⁽⁷⁾ DE LA MONTAÑA FRANCO, C., «La moralidad pública como límite a la libertad de expresión», *Anuario de Filosofía del Derecho* XI (1994), p. 286 [disponible en línea: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1994-10028500296 acceso en 5/10/2024].

mo derecho de relacionarse con la trascendencia tiene sus límites. Algunos instrumentos refieren específicamente los límites de la libertad religiosa.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18, punto 3), afirma: «La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás». Años después, lo afirman en idénticos términos la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 12.3), y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas intolancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, de 1981 (artículo 1.3), en tanto agrega la prohibición de discriminación por motivos religiosos o de convicciones⁽⁸⁾.

Al derecho interno argentino tampoco le es ajeno el concepto de limitación de los derechos, dado que la Constitución, en su artículo 19, menciona como límite a las *acciones privadas de los hombres, reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*, la ofensa a la moral pública o lesión de derechos de terceros. En este marco, la moral pública es uno de los bienes a promover por el poder de policía⁽⁹⁾.

Por su parte, la Observación número 22 (1993), del Comité de Derechos Humanos, al artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su apartado 8 estableció claramente la limitación: «El Comité señala que el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición». El Comité no refiere solamente a tradiciones religiosas, sino también filosóficas o sociales (donde pueden ubicarse las culturales)⁽¹⁰⁾. Cabría preguntarse también, frente a la corriente actual en la perspectiva de género, si podría dejarse de lado la ciencia al construir estos parámetros y limitaciones.

La perspectiva de género, en el contexto de globalización cultural y progresiva secularización de Occidente⁽¹¹⁾, plantea una oposición a la existencia de una moralidad hegemónica, fundada en ideas tradicionales o religio-

⁽⁸⁾ Resolución 36/55, Asamblea General ONU, 25/11/1981; artículo 2: 1. *Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares.* 2. *A los efectos de la presente Declaración, se entiende por «intolancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones» toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.*

⁽⁹⁾ BIDART CAMPOS, G. J., *Manual de la Constitución Reformada*, tomo II, p. 345, Bs. As., 1998.

⁽¹⁰⁾ «*Compilación de tratados y observaciones generales del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas*», M. Castañeda, (comp.), p. 250 [disponible en línea: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf> acceso en 7/10/2024].

⁽¹¹⁾ GAS-AIXENDRI, M., *Avanzar en igualdad de género sin perder libertad religiosa. Propuestas desde la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* [disponible en línea <http://doi.org/10.58428/BUGZ5405> acceso en 3/10/2024].

sas únicas. Modificación de paradigmas, mas también un intento de modificar o ampliar los límites de una *moralidad pública*, fundada en una nueva moral no religiosa o una no-moral⁽¹²⁾.

Ahora bien, ¿en qué consiste el límite de la moral pública? ¿A qué refiere este elemento limitante, que es el que está más ligado a valores sociales, tradiciones culturales, históricas y, por cierto, religiosas? La expresión es frecuentemente usada en la jurisprudencia sin que haya una definición explícita al hacerlo. Aun así, es claro que no puede ponérsela en un pie de igualdad con los mismos derechos.

Otto, citado por de la Montaña⁽¹³⁾, habla de un *elemento común de la vida social*, pero hay que tener en cuenta que en una sociedad coexisten diversas ideologías, de modo tal que el concepto jamás puede servir para someter a las personas a una *moralidad dominante*. Peces-Barba habla de un conjunto de reglas de comportamiento que una sociedad reconoce y admite como justas, algo así, como un *mínimum ético* a realizar en la vida social, y va más allá afirmando que «una sociedad no puede subsistir» sin ese *mínimum* que integran normas morales y jurídicas, que le otorguen unidad y coherencia a la vida social organizada⁽¹⁴⁾.

Para Pérez Luño es importante tener en cuenta los elementos antropológicos, psicológicos, sociológicos, biológicos y culturales, en contexto, puesto que deben ser éstos verificables en la realidad de una sociedad; así, entiende, serán menos susceptibles a una deformación ideológica de la realidad, en función de quienes crean o aplican el derecho⁽¹⁵⁾.

Legarre, por su parte, aporta una noción valiosa, al observar la formación institucional de los Estados Unidos: la relación entre la noción de moral pública y el poder de policía⁽¹⁶⁾. *Poder de policía* refiere a la autoridad del Estado para procurar el bien común, especialmente referido a las buenas costumbres. Con el tiempo, restringe su contenido, haciendo referencia a la autoridad del gobierno para promover algunos aspectos del bien común: la moral, la salud y la seguridad pública⁽¹⁷⁾. Es receptado en la

(12) Ciertamente es también que la misma existencia de una moral como paradigma modélico de conducta humana está en tela de juicio hoy; muchas veces se trata de reemplazar por un consenso político, o la tan mentada corrección política.

(13) DE LA MONTAÑA FRANCO, C., «La moralidad pública como límite a la libertad de expresión», *Anuario de Filosofía del Derecho* XI (1994), p. 295 [disponible en línea: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1994-10028500296 acceso en 5/10/2024].

(14) DE LA MONTAÑA FRANCO, C., «La moralidad pública como límite a la libertad de expresión», *Anuario de Filosofía del Derecho* XI (1994), p. 296 [disponible en línea: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1994-10028500296 acceso en 5/10/2024].

(15) DE LA MONTAÑA FRANCO, C., «La moralidad pública como límite a la libertad de expresión», *Anuario de Filosofía del Derecho* XI (1994), p. 296 [disponible en línea: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1994-10028500296 acceso en 5/10/2024].

(16) En Estados Unidos, las fuerzas de la unión; en Argentina, las provincias, preexistentes a la Nación.

(17) LEGARRE, S., *Ensayo de delimitación del concepto de moral pública*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, núm. 1, p. 172 [disponible en línea: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10413> acceso en 4/10/2024].

Enmienda X, de este modo se plasma en la llamada *legislación moral*, que la Corte americana convalidara en 1904, al afirmar que «el estado indudablemente tiene el poder de proteger la moral pública mediante la legislación apropiada».

Esto cambia en la década del 60, con el auge de la Corte Warren, y luego con las figuras de Rawls y Dworkin se afirma un liberalismo antiperfeccionista con pretensiones de neutralidad, que rechaza definitivamente la pretensión de legislar y regular la moralidad⁽¹⁸⁾.

Moral pública es, en definitiva, un concepto abierto⁽¹⁹⁾ pero en pos de la armonización de derechos tan delicados como éstos no puede allí entrar todo. No todo discurso, no toda manifestación, no toda agrupación, no toda acción política o social, puede constituir una afrenta o un abuso a la igualdad de género, y ciertamente no pueden serlo los fundamentos revelados del contenido variable de la libertad religiosa⁽²⁰⁾. No se podrá pretender que los postulados de la perspectiva de género, tal y como se receptan, sean aceptados y replicados al interior de las comunidades, como *re-fundantes* de las creencias (reveladas). Tampoco a la inversa, claro está. Sí se puede aspirar y trabajar para que la manifestación de las posturas vitales, consecuencia de esas creencias, sean cada vez más respetuosas y jamás redunden en conductas o comportamientos que sean una afrenta a la dignidad humana.

Debe sí quedar claro que aquella debe asentarse en pautas objetivas: la subjetividad de lo que es tenido por moral o inmoral en un momento dado, o para un grupo dado, no podría constituir el parámetro necesario para limitar un derecho fundamental, como por ejemplo la libertad religiosa.

2.2 La perspectiva de género y sus no-límites

Sabido es que la reflexión sobre la intersección conflictiva entre libertad religiosa e igualdad de género se ha construido muchas veces sobre la base de prejuicios científicos, políticos o psicológicos. Alonso Seoane afirma que «las religiones han contribuido de forma importante a expandir y legiti-

⁽¹⁸⁾ El poder de policía tal y como aparecía configurado fue convalidado en *Barnes vs. Glen Theatre*. Vid Legarre, *Ensayo de delimitación del concepto de moral pública*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, núm. 1, p. 174 [disponible en línea: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10413> acceso en 4/10/2024]

⁽¹⁹⁾ RELAÑO PASTOR, E., «Derechos de la mujer y libertad religiosa: ¿irreconciliables?», *Cuestiones de pluralismo*, Vol. 1, núm. 1 (primer semestre de 2021) [disponible en línea: <https://doi.org/1058428/RVEC5834> acceso en 3/10/2024].

⁽²⁰⁾ Especialmente espinoso es el tema del discurso de odio, su configuración y los límites a la libertad de manifestar las ideas religiosas. Ver: MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 60 (abril) 2016, pp. 26-33 [disponible en línea: <https://hdl.handle.net/20.500.14352/23634> acceso en 17/07/2024].

mar» la desigualdad y la discriminación⁽²¹⁾. Nuñez Bargueño, citando a Herranz, sostiene que, si bien se advierte un creciente interés por la perspectiva de género desde los estudios religiosos, sigue habiendo una actitud de indiferencia y de incompreensión entre uno y otro ámbito⁽²²⁾.

Mucho se habla hoy del concepto de género, ya como *perspectiva*, ya como *ideología*. Para comprender mejor de qué se trata esta visión en el siglo XXI, se debe partir del surgimiento y lucha del movimiento feminista, y su significación. Se ha de apelar a los trabajos de dos filósofas argentinas contemporáneas, Paola del Bosco y María José Binetti, para trazar un camino de evolución que llega hasta el transfeminismo actual.

Del Bosco habla de *visiones* del movimiento feminista, lo que dará lugar a tres corrientes: el feminismo de la igualdad, el de la superioridad, el de la perspectiva de género. Se hablará también de su *superación* transfeminista; este último suele ser identificado como *ideología de género*⁽²³⁾.

El primero implicó la admisión paulatina de las mujeres al ejercicio de sus derechos cívico-políticos (el voto), con más su participación en el ámbito público. A fines del siglo XIX comienza la profesionalización del trabajo femenino en EE. UU., cuando se abren los estudios terciarios (magisterio, enfermería y secretariado). Consecuentemente, matrimonio y maternidad serán considerados obstáculos insuperables en el objetivo de alcanzar la paridad con el varón⁽²⁴⁾.

En los años 70, el *feminismo de la diferencia* lleva más allá el reclamo hacia la afirmación de la superioridad femenina, con derivaciones políticas y místicas. Esta visión no buscaba tanto para la mujer un desarrollo a imitación del varón, sino un reconocimiento a lo específicamente femenino, como valioso para aportar a la sociedad. Según Gillian la mujer, con su diferente modo de ser «funda una nueva ética, la ética del cuidado»⁽²⁵⁾. Sin embargo, fue también éste el tiempo del llamado *feminismo radical*, que se focalizó en la sexualidad, y su liberación del núcleo de opresión que significaba la función de madre y educadora de los hijos; su objetivo fue tomar el control de la función reproductiva⁽²⁶⁾. El orden jurídico internacional comienza a receptar estos cambios. En 1995, en la IV Conferencia Interna-

(21) ALONSO SEOANE, M. J., «Género y religión. A la búsqueda de un modelo de análisis», *Aposta. Revista de ciencias sociales*, 82, pp. 124-137, [disponible en línea: <http://apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/mjalonso5.pdf> acceso en 29/09/2024].

(22) NÚÑEZ BARGUEÑO, N., «Varón y mujer los creó: hacia una lectura “a contracorriente” de la historia, el género y la religión», *Alcores* 23, 2019, pp. 19 [disponible en línea <https://alcoresrevista.es/rahc/issue/download/numero-23/numero-23> acceso en 20/09/2024].

(23) DEL BOSCO, P., *Bases ideológicas de la ideología de género*, [disponible en línea: <https://www.academiadelplata.com.ar/contenido.asp?id=2744> acceso en 15/09/2024].

(24) Del Bosco entiende que las explicaciones iluministas de la distinción de roles, como un resabio del primitivo patriarcado, tienen en las nuevas investigaciones fundadas razones para ser desmentidas.

(25) GILLIAN, C., *In a different voice*, 1982, Harvard University Press, citado por Del Bosco, art. cit.

(26) PÉREZ-MADRID, F. «¿Qué fue el 1968? Una lectura medio siglo después», Librería Editrice Vaticana, 2018.

cional de la Mujer (ONU, Beijing), aparece por primera vez en un documento oficial el término *género*⁽²⁷⁾.

Para Del Bosco, la perspectiva de género pone el acento en la necesidad de hacer visible el «sesgo originado por el hecho de que un individuo sea de sexo femenino o masculino»⁽²⁸⁾. Surge así una herramienta lingüística para demostrar que las identidades son asignadas culturalmente, con roles de superioridad y subordinación, que no surgen de la naturaleza, sino de una verdadera distribución social de valor y poder. Esto abrirá paso a afirmar que esta invisible construcción cultural (arbitraria o de dominación), es lo que impide el desarrollo de la mujer, por tanto, se hará visible para *deconstruirla*, lo que trae ecos de la filosofía de Derrida.

La última década del siglo xx trae consigo el transfeminismo. Binetti lo coloca como heredero del camino abierto por la teoría deconstructivista de Foucault, con el respaldo del psicoanálisis de Lacan, esta nueva forma tiene también elementos del estructuralismo derivado de la lingüística de Saussure. La teoría queer sostiene que no hay varón o mujer, individuos con un sexo atribuido y un género como expresión de aquello dado. No hay dato real, inmutable que dicte qué es varón o mujer; la realidad se percibe, conforme a categorías preformativas de base psicológica, fluctuantes, o simplemente percibidas. Desapareciendo toda diferenciación, se perderá ya el objetivo de empoderar a la mujer, reemplazándolo por la destrucción de la estructura binaria. Rossi Braidotti, Gloria Bonder, Denise Riley, pero, fundamentalmente, Judith Butler y Paul B. Preciado, transitan este nuevo carril de *feminismo lingüista*⁽²⁹⁾.

Precisa Binetti⁽³⁰⁾ que el *género* ingresa en las ciencias sociales, en las décadas del 70 y 80, con el objetivo de visibilizar y erradicar relaciones de poder opresivas entre los sexos, como categoría analítica de las ciencias sociales. Planteó desde el inicio una especie de dualismo entre el sexo como *sustrato natural mudo*⁽³¹⁾, dispuesto a ser informado o animado por significantes culturales de género. La psicología clínica de John Money, el sistema

⁽²⁷⁾ En el documento final, en general, aparece el término entre corchetes, por no ser un término uniformemente aceptado. Sin embargo, por dos veces aparece sin ellos en la declaración final.

⁽²⁸⁾ DEL BOSCO, P. *Bases ideológicas de la ideología de género*, [disponible en línea: <https://www.academiadelpata.com.ar/contenido.asp?id=2744> acceso en 15/09/2024].

⁽²⁹⁾ «El género es una construcción cultural; por consiguiente, no es ni resultado causal del sexo ni tan aparentemente fijo como el sexo [...] Al teorizar que el género es una construcción radicalmente independiente del sexo, el género mismo viene a ser un artificio libre de ataduras; en consecuencia hombre y masculino podrían significar tanto un cuerpo femenino como uno masculino; mujer y femenino, tanto un cuerpo masculino como uno femenino». Butler, Judith, *Gender Trouble. Feminism and the subversion of identity*, New York, 1990, p. 6.

⁽³⁰⁾ BINETTI, M. J., «Del género a los bio/cis/trans/tecno/post-géneros: el paradójico destino de una extrapolación sociologista», *Investigaciones Feministas*, 12(1), 2021, p. 190, [disponible en línea: <https://dx.doi.org/10.5209/infe.73267> acceso en 10/09/2024].

⁽³¹⁾ BINETTI, M. J., «Del género a los bio/cis/trans/tecno/post-géneros: el paradójico destino de una extrapolación sociologista», *Investigaciones Feministas*, 12(1), 2021, p. 191, [disponible en línea: <https://dx.doi.org/10.5209/infe.73267> acceso en 10/09/2024].

sexo-género de Gayle Rubin, hasta llegar –como se mencionó– a la Plataforma de Beijing (1995), o la Convención de Estambul (2011), mantuvieron la referencia externa al sexo biológico. En este esquema, el sexo funcionaba como condición material a priori, aunque no suficiente, de los roles o atributos de género.

Pronto su aplicabilidad excedió estos límites para consolidarse como categoría autónoma, «ultima explicación ella misma de los sexos, la naturaleza y la realidad en su conjunto»⁽³²⁾. Paradójicamente, lo que nació como deconstrucción de estereotipos opresores para la mujer ha terminado por afirmar la abolición ontológica-política de ambos sexos, siendo reemplazada por las cuasiinfinitas nuevas identidades. Y así la filosofía feminista que tanto luchó por abolir desigualdades no encuentra hoy sitio más que en un sinnúmero de *diversidades*, fundantes de las más variadas micropolíticas (de raza, de género, edad, residencia, etnia, nacionalidad, orientación sexual, religión, peso, filiación, capacidades cognitivas, etcéteras varios).

La tensión entre derecho a la libertad religiosa e igualdad con perspectiva de género es heredera de este camino.

Este movimiento se identifica con la posmodernidad a través de sus dos pilares: la disolución de los grandes meta relatos universales y el comienzo de micro ficciones situadas. Cuerpo y sexualidad serán resultado de complejas tecnologías discursivas⁽³³⁾. Estos dos postulados aplicados al género darán nacimiento al posfeminismo, desde el cual Butler sostendrá un monismo lingüista, donde el sexo siempre fue género: «el género designa el verdadero aparato de producción en y por el cual los sexos son establecidos», dirá. Ello así, sumado al nominalismo propio de la época, supone la eliminación de toda ontología, sustituida por estudios y productos culturales.

Como toda identidad es construida desde un discurso meramente subjetivo, cual fantasías identificatorias, resulta que todas⁽³⁴⁾ están constantemente en construcción; en rigor, no hay identidad sino más bien una *no-identidad cultural*⁽³⁵⁾. Lo que podría llamarse *sociologismo de género* se une en un psicologismo individual de carácter simbólico-imaginario, tal y como Butler describe. Los sujetos parlantes ya no son mujeres o varones, sino identidades varias; las mujeres, una de tantas diversidades.

⁽³²⁾ BINETTI, M. J., «Del género a los bio/cis/trans/tecno/post-géneros: el paradójico destino de una extrapolación sociologista», *Investigaciones Feministas*, 12(1), 2021, p. 192, [disponible en línea: <https://dx.doi.org/10.5209/infe.73267> acceso en 10/09/2024].

⁽³³⁾ BINETTI, M. J., «Del género a los bio/cis/trans/tecno/post-géneros: el paradójico destino de una extrapolación sociologista», *Investigaciones Feministas*, 12(1), 2021, p. 193, [disponible en línea: <https://dx.doi.org/10.5209/infe.73267> acceso en 10/09/2024].

⁽³⁴⁾ Binetti, M. J., nombra aquí a raza, peso, religión, ocupación, hándicap, capacidades cognitivas, verbales, auditivas, visuales, ambulatorias, físicas de todo tipo, de edad, etnia, residencia y orientación sexual.

⁽³⁵⁾ NICHOLSON, L., citada por Binetti, cit., p. 195.

Esto es un retroceso. Que la diferencia sexual sea un concepto sin base real, supone que su identidad no alberga a otro, ni refiere, ni necesita otro extrínseco, sino su propio ser inmanente y reflexivo⁽³⁶⁾.

A esto se suma la industria médica y farmacéutica. La radicalidad del constructivismo moderno tiene en Paul B. Preciado una defensa férrea del mercado experimental de los cuerpos⁽³⁷⁾. Afirma Preciado: «con doscientos cincuenta gramos de testosterona inyectada cada doce días en mi cuerpo, la disidencia de género ha dejado de ser una teoría política para convertirse en una modalidad de encarnación»⁽³⁸⁾. Su propuesta *contrasexual*⁽³⁹⁾ se sella en estas palabras: «la estrategia absoluta es la abolición de la diferencia sexual». Por teórico que esto parezca, cabe recordar que sobre esta base se sancionó en la República Argentina en 2021 el decreto 476, por el cual se establece que la identificación en el documento único nacional de identidad podrá ser varón, mujer o «X»⁽⁴⁰⁾. Asimismo, el mundo ha asistido con estupor a la divulgación de informes alarmantes sobre los resultados de la implementación de tratamientos hormonales en menores de edad, practicados en forma indiscriminada, en Reino Unido⁽⁴¹⁾.

Esta sustitución de *mujer* por *género* es leída por ideólogas del feminismo realista (Luce Irigaray, Luisa Muraro, Elizabeth Grosz, Rosi Braidotti), como una maniobra más del patriarcado por negar a las mujeres, confundiendo y debilitando sus reclamos y conquistas, bajo un paraguas genérico que hoy legitima todo tipo de opciones⁽⁴²⁾. Por eso, toda su filosofía clama por buscar alternativas teóricas «que nos despierten del sueño dogmático de las posverdades...y nos traigan de vuelta a la fuerza inmanente de ese real que somos las mujeres»⁽⁴³⁾.

También en el sistema jurídico, en el cual su protección se basa en la categoría *sexo*, tambalea este rol; y, en este contexto, está destinada a presenciar la reconvención de sus derechos en *derechos de género para todos*

⁽³⁶⁾ BINETTI, M. J., «Diferencia sexual vs (in)diferencias queer. Las razones ontológicas de un choque socio-político», *Anuario Filosófico* 55/2 (2022), pp. 203-232 [disponible en línea <https://doi.org/10.15581/009.55.2.001> acceso en 5/10/2024].

⁽³⁷⁾ El movimiento de hormonización tiene su cara.

⁽³⁸⁾ Citado por Binetti, «Del género a los bio/cis/trans/tecno/post-géneros: el paradójico destino de una extrapolación sociologista», *Investigaciones Feministas*, 12(1), 2021, p. 190, [disponible en línea: <https://dx.doi.org/10.5209/inf.73267> acceso en 10/09/2024] p. 196.

⁽³⁹⁾ Se basa en la idea de construcción total, incluido cuerpos de mujeres con pene, o sin él; hombres con clítoris, o sin ellos; un tercer brazo, una oreja de más.

⁽⁴⁰⁾ En cumplimiento también de lo dispuesto por los Principios de Yogyakarta y de la ley de género, 26.743.

⁽⁴¹⁾ El Informe Cass, conocido en abril de este año, con detalles y cifras escalofrantes, pone en tela de juicio el tratamiento que se viene dando en el Reino Unido a los niños con problemas de identidad de género, disforias de género, los cuales, según el informe, se vienen realizando sin la suficiente evidencia de su necesidad, efectividad o nocividad. Nota y acceso al informe disponible en línea: <https://www.bioeticaweb.com/un-importante-informe-del-reino-unido-tira-la-medicina-transgenero-a-la-basura/> acceso en 5/10/2024].

⁽⁴²⁾ BINETTI, M. J., *Del género...*, p. 196.

⁽⁴³⁾ BINETTI, M. J., *Del género...*, p. 200.

los géneros⁽⁴⁴⁾. Como se verá, esto es lo que sucede en los informes de los mandatos ONU.

Binetti sostiene que la categoría *género* se ha convertido en «un paraguas semántico que incluye todo lo políticamente correcto». Hoy esto pretende reemplazar a la norma moral. En consecuencia, acrecienta y pretende ampliar los límites restrictivos de la libertad religiosa. Es la *preformatividad* de Butler, desde la cual las condiciones de enunciación coinciden con las condiciones de verdad.

Estos discursos *de la in-diferencia* se traducen lógicamente como soluciones políticas y jurídicas. Esta entera comunicación se justifica en hacer notar el paso de estos conflictos e *in-definiciones* al ordenamiento internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, esta corriente no es la única en la actualidad: el feminismo de la diferencia sexual intenta resignificar la diferencia femenina, fuera de todo dualismo abstracto, una diferencia en sí y referida a otro⁽⁴⁵⁾. Es que la diferencia sexual es lo *no uno* y *no todo*, lo que reclama el desvelo del derecho por reconocer la suprema dignidad, la sociabilidad esencial y la armonización y coordinación de los derechos fundamentales de las mujeres, tan postergadas⁽⁴⁶⁾. La diferencia sexual, además de biológica es psíquica, implica un modo de ser, un dinamismo a aquella materia dada: cada uno de nuestros afectos, percepciones, fantasías son sexuados. Y desde allí, también lo es la vida social y cultural.

Sobre esta realidad, y sin pretensiones de agotar el tema, se debe seguir buscando ofrecer claves de lectura más amplia⁽⁴⁷⁾. Permítase adicionar una idea fuerza, basada en esta comparación: se vislumbran en la perspectiva de género⁽⁴⁸⁾ elementos bastante similares a los fundamentos religiosos, algo así como lo que Gas Aixendri ha llamado un *mesianismo secular*⁽⁴⁹⁾.

La raíz de esta intersección tan conflictiva está en una determinada concepción de la vida, que, para las personas o las comunidades religiosas, en la mayoría de los casos, ha sido recibida, es custodiada y debe ser difundida.

⁽⁴⁴⁾ BINETTI, M. J., *Del género ...*, p. 198.

⁽⁴⁵⁾ BINETTI, M. J., *Diferencia...*, p. 206. Aquí Binetti rescata, entre otras teóricas feministas, a Luce Irigaray, p. 206. La Filosofía feminista, realista, no prescinde –no se limita tampoco– de los datos básicos biológicos: el diferir sexual comienza en la diferenciación cromosómica XX-XY, y de allí se replican en cada uno de los 10 billones de células del cuerpo humano, con sus 30.000 genes móviles: todos sexualmente determinados.

⁽⁴⁶⁾ BINETTI, M. J., *Diferencia...*, p. 208. Pensadoras como Irigaray, Braidotti, Grosz, Zupancic o Copjec estudian, desde el realismo, esta incompletitud; porque la identidad es diferencia y la diferencia, identidad, la esencia femenina resulta siempre dinámica.

⁽⁴⁷⁾ GAS-AIXENDRI, M., «La aplicación del principio de igualdad de género a las entidades asociativas de la Iglesia Católica», *Ius Canonicum*, vol. 62, 2022, p. 181 [disponible en línea: <https://doi.org/10.15581/016.123.009> acceso en 22/09/2024].

⁽⁴⁸⁾ Se trata de evitar la calificación de *ideología*, ya que no se puede escapar a su connotación negativa.

⁽⁴⁹⁾ GAS-AXIENDRI, M., «La aplicación del principio de igualdad de género a las entidades asociativas de la Iglesia Católica», *Ius Canonicum*, vol. 62, 2022, p. 198 [disponible en línea: <https://doi.org/10.15581/016.123.009> acceso en 22/09/2024].

da. La perspectiva de género constituye también por sí una explicación a la propia vida, una construcción de identidad y una explicación a preguntas existenciales –cierto que, tal y como se describe el trans-humanismo, una respuesta individual y autorreferente–. Son ambas visiones de la vida constitutivas de identidad personal. El propio ser, la vida, el nombre, las relaciones y hasta la misma muerte pasan por este prisma de identidad.

Efectivamente, toda expresión de la actitud religiosa informa y se concreta a través de diversos niveles de la vida de las personas: el racional (los mitos, la doctrina, la doxología; que proporcionan una explicación del mundo y de sí mismo); el de la acción (el culto, la moral; que marca una forma de conducirse, y, en definitiva, otorga algo *por qué luchar*); el del sentimiento y la emoción (el arte es buena prueba de ello); y el comunitario (pueblo, iglesia, colectivo). No es muy difícil trasponer estos conceptos a la explicación deconstructiva de la perspectiva de género actual.

La interpretación sociológica que aporta Durkheim describe a las creencias como representaciones elaboradas por la sociedad para afirmar su sentido, su objetivo como tal, afirmando la realidad religiosa como un «sistema solidario de creencias».

Esta fuente vital que surge de ambas visiones tiene mucho que ver con el encuentro y conflictividad. La visión religiosa y la de género son *explicaciones vitales*, se encuentran en la base de lo esencial e íntimo de la persona, constituyen para quienes las *profesan*⁽⁵⁰⁾ el modo en que entienden su mundo, su lugar en él y su propia identidad. Aun cuando éste sea mutable, deconstruido y deconstruible.

Será fácil, entonces, apreciar que las diferencias, con sus avances y retrocesos, le aportan mucho a un mundo justo y equitativo. Las deformaciones⁽⁵¹⁾, las mezquindades, la pretensión de silenciar voces –o relegarlas al ámbito privado–, y la justificación de la violencia, de uno y otro lado del espectro, simplemente no le hacen justicia a una mirada tan valiosa y visceral de la vida. Falsean así el verdadero contenido y valor de la diversidad.

3. LA CUESTIÓN EN LOS MANDATOS ONU

El papel de los organismos internacionales en el avance, la defensa, la promoción y la armonización del sistema de derechos humanos merece destacarse⁽⁵²⁾. La humanidad reclama se renueve siempre ese esfuerzo por la

⁽⁵⁰⁾ Permítase el giro lingüístico.

⁽⁵¹⁾ Afirmarse como verdad absoluta y única, o reclamar un derecho exclusivo a *manifestarse* en privado o en público, tildando a la postura contraria como fundamentalismo.

⁽⁵²⁾ GAS-AIXENDRI, M., «Libertad religiosa e igualdad de género: aportaciones del relator especial sobre libertad de religión o creencias», *Revista Quaestio Iuris*, Río de Janeiro, Vol. 16, N.202, 2023, p. 823.

promoción humana, en aras de un mejor entendimiento y cuidado de su suprema dignidad.

A estos efectos, se señalarán algunas preocupaciones que surgen de trabajos recientes de los mandatos especiales del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en estas materias.

3.1 Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias

El Relator especial sobre intolerancia religiosa es el mandato creado por la entonces Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el año 1986, por Resolución 1986/20. Su nombre fue modificado al actual, *Relator especial sobre la libertad de religión o creencias*, en el año 2000 por Resolución 55/97. A estos expertos encomienda examinar incidentes y acciones incompatibles con la Declaración de Nueva York de 1981, a fin de recomendar medidas de acción y promover el diálogo entre comunidades religiosas y gobiernos⁽⁵³⁾.

La labor de quienes ocupan el mandato⁽⁵⁴⁾ desde 1986 hasta hoy es encomiable. Sin embargo, en lo que respecta a la acomodación del derecho a la libertad religiosa, no deja de sorprender que, desde el año 1996, por decisión del Consejo de Derechos Humanos, el relator tiene la obligación de adoptar una perspectiva de género en sus informes. Por otra parte, a partir del año 2007, se le pide señalar expresamente los abusos que se cometen específicamente contra las mujeres.

Se llevará la atención sobre el informe producido por el mandato 2016-2022, ejercido por Ahmed Shaheed. Publicado en 2020 (43/38) y titulado «Violencia de género y discriminación en nombre de la religión o las creencias», tiene la particularidad de que aparecen por primera vez, en un documento de este mandato la mención a los avances en la protección de los derechos de «mujeres, niñas y las personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero (LGBT+)».

Este informe ha merecido críticas, en el sentido de que adolece de criterios claros para el equilibrio entre ambos derechos, enuncia restricciones no justificadas, una limitación excesivamente amplia de la autonomía de las comunidades religiosas, amén de dejar de lado la dimensión colectiva de la libertad religiosa. Una comunicación como ésta debiera, como sostiene Gas

⁽⁵³⁾ GAS-AIXENDRI, M., «Libertad religiosa e igualdad de género: aportaciones del relator especial sobre libertad de religión o creencias», *Revista Quaestio Iuris*, Río de Janeiro, Vol. 16, N.202, 2023, p. 824.

⁽⁵⁴⁾ Se han sucedido en ese mandato: Angelo D'Almeida Ribeiro, Abdelfattah Amor, Asma Jahangir, Heiner Bielefeldt, Ahmed Shaheed, y, la actual titular, Nazila Ghanea.

Aixendri, *ponerse más en sintonía* con lo positivo del derecho de libertad religiosa⁽⁵⁵⁾.

Algunas notas para ejemplificar. Cita (§28 y 35) diversas *campanas* realizadas por líderes religiosos contra las leyes promotoras del derecho al aborto en diferentes países. Esto pareciera mostrar una infravalorización de la dimensión colectiva del derecho de libertad religiosa, así como el poco valor asignado al derecho a la libertad de expresión en sociedades democráticas.

También refiere a la actuación de lo que califica como *grupos de presión religiosos*, que actúan sobre la idea de la *inmoralidad* de la ideología de género, y sostiene que «invocando principios religiosos, así como la pseudociencia, esas entidades defienden valores [...] sobre las funciones sociales del hombre y la mujer ancladas en sus capacidades físicas y mentales, supuestamente diferentes por naturaleza». *Más allá* de tomar una posición en materia de perspectiva de género –teoría discutida desde el ámbito científico y filosófico–, la afirmación cuestiona directamente el contenido de creencias; muchas comunidades religiosas entienden esta diversidad –varón-mujer– es directamente creada por la divinidad.

Hace una buena diferencia, al referirse a la violencia y discriminación (§39), relacionándola con *interpretaciones de esas creencias*, que no necesariamente son compartidas por todos los miembros de una misma comunidad religiosa. Sin embargo, es algo laxo al sostener que *no están protegidas per se*. Lleva esto a dudar si entiende que sólo algunas creencias merecen protección y otras no.

Bajo el acápite «excepciones sobre la base de creencias religiosas» inicia el relator abordando «una esfera de [su] especial preocupación»: la objeción de conciencia. Menciona algunos casos: la negativa a prestar servicios comerciales⁽⁵⁶⁾, en salud reproductiva, planificación familiar, tratamiento de esterilidad, adopción⁽⁵⁷⁾. Resulta extraño que el relator sobre libertad religiosa pueda llegar a poner en duda la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia o de ideario por motivos religiosos.

⁽⁵⁵⁾ GAS-AIXENDRI, M., «Libertad religiosa e igualdad de género: aportaciones del relator especial sobre libertad de religión o creencias», *Revista Quaestio Iuris*, Río de Janeiro, vol. 16, N. 202, 2023, p. 835.

⁽⁵⁶⁾ En el caso *Masterpiece Cakeshop vs. Colorado Civil Rights Commission*, 138 S. Ct. 1719 (2018); 201 L. Ed. 2da. 35; la Corte americana entendió que el Estado «no puede aprobar una normativa hostil hacia las creencias religiosas de los ciudadanos ni interpretarla de un modo prejuicioso hacia la religión en general», vid. CAÑAMARES ARRIBAS, S. *Género y orientación sexual. La aplicación de las leyes de igualdad sobre las entidades religiosas en el derecho norteamericano*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 128, [disponible en línea: doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.01> acceso en 8/10/2024], p. 32.

⁽⁵⁷⁾ Cabe recordar aquí una serie de fallos en los Estados Unidos sobre agencias de adopción, con ideario cristiano, que establecen entre los requisitos para admitir candidatos, por ejemplo, la unión matrimonial. Ver: *Fulton et. al. Vs. City of Philadelphia et. al.*, 17/06/2021, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, num. 8(16); junio 2021 [disponible en línea: <https://revistalatderechoyreligion.uc.cl/index.php/bjur/article/view/37349/29069> acceso en 10/09/2024]. Asimismo, dos casos decididos por la Corte de Apelación de distrito de Nueva York, *New Hope Family Services vs. Poole* (2022), y *New Hope Family Services vs. James* (2021) [disponibles en línea: <https://casetext.com/case/new-hope-family-servs-v-james> acceso en 5/10/2024].

Es en el apartado 3 donde las afirmaciones merecen más atención. En primer lugar, manifiesta haber oído a mujeres y personas LGBT+, «cuyas oportunidades de contribuir al contenido de su religión o sus creencias son muy limitadas». Esta afirmación, general, apunta directamente a la esfera de libertad religiosa en su faz colectiva: la determinación del contenido de la fe o creencias, o su vida interna. El relator avanza aún más tomando el tema de la *autonomía* de las comunidades religiosas, entendiéndola como una *deferencia* que se les concede (¿por el Estado neutral?); de tal manera que ella, la autonomía, «debe entenderse dentro de una concepción holística de los derechos humanos basada en la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e inalienabilidad de todos los derechos humanos» (§46).

En el punto siguiente, con poco rigor técnico, recuerda que la «libertad religiosa pertenece a las personas, no a las religiones» y que el Estado no debe interferir en las prácticas u organización comunitarias. Esto resulta una aparente contradicción, si por *religiones* se refiere a las comunidades. Luego se refiere a la *autonomía institucional*, de manera tal que parece ser la única admitida (desconociendo las variadas formas de organizaciones religiosas y grupos de creencias, que, a menudo, pueden no tener una organización institucional). En ese mismo número 48 sostiene que «la autonomía institucional no implica la deferencia del Estado frente a normas de género discriminatorias y perjudiciales».

Este confuso concepto de autonomía, al que considera como una *deferencia* estatal, marca una limitación arbitraria de la libertad religiosa, en sus conceptos. En apoyo citará la opinión de teóricos feministas⁽⁵⁸⁾.

Aun cuando afirma que esta superposición de derechos debe abordarse logrando una «concordancia práctica» (§52), asevera también que «anclar la libertad de religión o de creencias en un principio que exija la no discriminación requiere la protección jurídica de la igualdad de oportunidades en el disfrute de este derecho por parte de todos, así como de todos los demás derechos de los que depende la libertad de religión o creencias». De allí concluye que las personas deben ser protegidas aún al interior de las comunidades religiosas, pretendiendo crear condiciones *de disfrute* aún para los disidentes (entre quienes contará en §51 a aquellos que «no pueden o no quieren abandonar su comunidad religiosa por razones económicas», o también de identidad).

Cuando se refiere al marco jurídico internacional, se refiere a la «libertad de pensamiento, de conciencia y de religión o creencia», mezclando conceptos que no son del todo equivalentes. Mas, a tenor de lo que manifiesta a continuación, no parece ser azaroso. En su visión, el derecho a «manifestar esas creencias individualmente o en comunidad», constituye el

⁽⁵⁸⁾ Solo dos. Probablemente el dato que aporta esta nota se puede incorporar al texto principal.

derecho interdependiente, que protege la *capacidad individual de pensar de forma independiente y forjar una identidad*, esto es, tener convicciones y compromisos, religiosos o no. Este derecho es absoluto. Por otra parte, la «libertad de profesar la propia religión o las creencias puede estar sujeta a limitaciones»⁽⁵⁹⁾.

Ello así, la libertad religiosa parece consistir en la convicción personal e íntima, religiosa o no, pero al momento en que salga de la interioridad del individuo para ser compartida con otros, en sociedad, está sujeta a limitaciones. Debe recordarse lo antes dicho sobre limitaciones: el PIDCP, y la Observación son claros al respecto.

Al hablar de los límites a la no discriminación lo hace con un lenguaje, cuanto menos, de duda: «la no discriminación no es un derecho incondicional (60), ya que en algunas circunstancias (muy limitadas), se pueden invocar “criterios objetivos y razonables” para justificar exenciones a las leyes y normas generales de lucha contra la discriminación»⁽⁶¹⁾. Párrafos más adelante esbozará algo así como una superioridad abstracta de ésta sobre el derecho a la libertad religiosa, cuando, entre las conclusiones diga «el derecho universal a la igualdad es un derecho incondicional, mientras que la obligación de promover el derecho a manifestar la religión o las creencias puede ser objeto de limitación cuando sea necesario proteger los derechos de los demás» (§64). Ello así «la obligación de garantizar la igualdad entre los géneros se extiende más allá del ámbito público y a ámbitos de la vida religiosa, en los que las prácticas discriminatorias menoscaban la capacidad de las mujeres, las niñas y las personas LGBT+ para disfrutar de sus derechos humanos en pie de igualdad» (§72).

El relator avanza al sostener que el derecho puede «reconocer el derecho de esas personas a participar en un pie de igualdad en el proceso de definición de esa comunidad» (§73), cuando ése es precisamente el ámbito de la autonomía de las comunidades. Aun así, no está de más recordar, con Cañameres que la actualidad nos muestra que los conflictos «que más repercusión social han tenido no son los que se producen en el ámbito interno de las confesiones religiosas, sino los derivados de la negativa de ciertas empresas de tendencia a prestar sus servicios»⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁹⁾ En la pretensión de interpretar las afirmaciones del experto independiente, sería interesante tratar las diferencias entre manifestar y profesar. El primero parece indicar las ideas, pensamientos, razones que surgen de la visión religiosa de la vida; en tanto profesar, parece tener más que ver con los dogmas, o los contenidos que requieren adhesión de la persona religiosa. Parece extraño que tenga más limitación lo segundo que lo primero. A menos que el experto admita únicamente la *manifestación de pertenencia*, como derecho sin limitaciones.

⁽⁶⁰⁾ No dice ya aquí *absoluto*.

⁽⁶¹⁾ §64. Cabe resaltar que las leyes no *luchan*, sino mandan o sancionan conductas antisociales.

⁽⁶²⁾ CAÑAMARES ARIBAS, S., (2023), «Género y orientación sexual. La aplicación de las leyes de igualdad sobre las entidades religiosas en el derecho norteamericano», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 128, [disponible en línea: doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.01> acceso en 8/10/2024] p. 33.

3.2 Experto independiente sobre la orientación sexual y de género

Con muchas similitudes, se destaca ahora el trabajo de otro mandato especial⁽⁶³⁾, creado en junio de 2016 por Resolución 32/2 del Consejo de Derechos Humanos⁽⁶⁴⁾: el Experto independiente sobre la orientación sexual y de género⁽⁶⁵⁾.

A los fines de esta comunicación, se pondrá la atención sobre el informe del costarricense Madrigal Borloz, presentado en el 53.º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, en julio de 2023⁽⁶⁶⁾.

Permítase iniciar con datos curiosos. En el informe, de 24 páginas, aparece 11 veces la palabra *mujer*: en 8 ocasiones para denominar –en modo crítico– la perspectiva *binaria* (hombre-mujer), 5 veces en el nombre de tratados, convenciones y documentos internacionales; y sólo 3 veces alrededor de injusticias a erradicar (en igual posición que todas las demás identidades). Por otra parte, la palabra *discurso* aparece 14 veces: todas ellas asociadas a la palabra *odio* y a lo religioso o las creencias.

Madrigal Borloz incurre en la misma imprecisión que Shaheed al enunciar que el informe se refiere a las intersecciones entre «libertad de pensamiento, de conciencia y de religión o de creencias», sin distinción técnica. La otra arteria de esta intersección es «la protección frente a la violencia y la discriminación», por motivos de orientación sexual o identidad de género. Aun cuando se trate de meras imprecisiones, y no de posiciones prejuiciosas, empobrece el tratamiento de la cuestión ver en esta relación el planteo de un encuentro exclusivamente dialéctico, donde un mundo *ataca* al otro. Ya se podrá observar esta tendencia, al delimitar el fenómeno religioso como el que «describe una multitud de creencias y valores dinámicos, controvertidos y en evolución».

No obstante, resulta sumamente positiva su referencia a que no puede atribuirse a la religión un carácter inherente o predominante *pro* o *anti* perspectiva de género, a favor o en contra de las personas LGBT+. Afirmará que este enfrentamiento entre religión y derechos humanos⁽⁶⁷⁾ de las personas LGBT+ se da «a menudo en el discurso social y político».

⁽⁶³⁾ Con el cometido de informar anualmente al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General.

⁽⁶⁴⁾ Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/32/2, [disponible en línea: <https://documents.un.org/access.nsf/get?OpenAgent&DS=A/HRC/32/2&Lang=S> acceso en 3/10/2024].

⁽⁶⁵⁾ Creado por un período de tres años, renovado en 2019 y 2022; han ocupado este cargo el abogado tailandés Vitt Muntarbhorn (2016-2018), y el abogado costarricense Víctor Madrigal Borloz (2018-2023). A finales del 2023 fue nombrado el sudafricano Graeme Reid, por los próximos tres años.

⁽⁶⁶⁾ Informe A/HRC/53/37, *Libertad de religión o de creencias y protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, [disponible en línea: <https://documents.un.org/access.nsf/get?OpenAgent&DS=A/HRC/53/37&Lang=S> acceso en 5/10/2024] Se utilizaron para esta comunicación las dos versiones, su original en inglés, y la distribuida en español el 24/01/2024.

⁽⁶⁷⁾ Si bien esta redacción parece olvidar que la libertad religiosa también es un derecho humano.

Con un discurso fuertemente influido por el constructivismo y nominalismo posmoderno, dirá que la libertad religiosa es una *idea expansiva*, que «se percibe como un derecho general que protege toda una serie de opiniones no institucionales y disidentes». No resulta claro a qué se refiere, lo cierto es que la libertad religiosa es un derecho humano fundamental, no una realidad *percibida* por algunos.

Hará la misma distinción (§11) que Shaheed sobre la libertad de sostener un *pensamiento* —en sus palabras—, religión o creencias, y su manifestación. Sin embargo, citará erróneamente la Observación General número 22 del Comité de Derechos Humanos, cuyo punto 8 no dice que en su manifestación externa «puede y debe ser limitado por los Estados en determinadas circunstancias» (§11). La Observación es muy clara en la *posibilidad*, no en la obligación.

Afirma la autonomía de toda comunidad religiosa o de creencia, recordando jurisprudencia del Tribunal Europeo. Citará también aquí al relator especial sobre libertad religiosa (informe Shaheed), quien sostiene que es deber de los estados crear *clima propicio*, aún al interno de las comunidades.

En cuanto a violencia y discriminación, resulta destacable que afirme que las autoridades competentes (políticas) de los estados que aún mantienen la pena de muerte para las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo se amparan o «suelen basar esa negación de los derechos en la interpretación que hace el Estado de la ley, la cultura y los valores religiosos» (§18). Aquí no cabe sino coincidir: es una práctica que no puede ser tolerada, condenada ampliamente, ofende aún a las personas religiosas y creyentes que esa sea la excusa de fundamento para sostenerla⁽⁶⁸⁾.

En el apartado B, titulado «discurso de odio e incitación al odio», puede observarse cómo y cuánto la línea postestructuralista, transfeminista, está presente y marca una clara tendencia. Madrigal introduce el tema mostrando la protección internacional al derecho a la libertad de opinión y expresión y la sanción a toda apología del odio racial o religioso que constituya discriminación o violencia. Luego afirma que en las comunicaciones recibidas se expresó preocupación por el hecho de que líderes religiosos «alimenten activamente la desinformación y/o la intolerancia contra las personas LGBT». Ambas, *desinformación* e *intolerancia* son distintas: en el último caso, la condena es clara en el derecho internacional; la primera, en tanto, es sumamente ambigua⁽⁶⁹⁾. ¿Se trata de condenar sin más los argumentos religiosos sobre la diversidad sexual?

⁽⁶⁸⁾ Los ejemplos dados a este respecto en el informe no muestran rigor estadístico, y se refieren a una gran variedad de situaciones, desde la pena de muerte a las terapias de conversión forzada.

⁽⁶⁹⁾ Repiten también el prejuicio sobre el creyente como alguien que desecha los datos científicos, la así llamada «información».

Sostiene, a continuación, que es una *teoría* la que afirma que el género es una ideología peligrosa. Por un lado, como se ha visto, existen estudios filosóficos, sociológicos y políticos que ponen en tela de discusión la teoría queer, en la que se basa la actual perspectiva de género. Pero, por otro lado, la convivencia armónica en la diversidad se enriquece precisamente en afirmar verdades y discutir las, dado que no son, ni hay verdades formuladas absolutamente; la diversidad nos enseña el valor de transitar juntos el camino a la verdad.

El informe parece ingresar en una espiral dialéctica: son *peligrosas o perniciosas* (basadas en pseudociencias), las *teorías* religiosas que califican de *peligrosa* la ideología o perspectiva de género.

Se refiere también a lo que denomina interpretaciones de la doctrina religiosa –así, en singular– que asocian a la homosexualidad o no conformidad de género con el pecado y la inmoralidad. En la inteligencia del experto parecen entrar sin más en la categoría de discurso de odio; ya que esto provoca daño, «malestar psíquico y tendencias suicidas», consecuencias psíquicas variables, no demostradas, ni ejemplificadas. Olvida aquí que muchas comunidades religiosas sostienen verdades que entienden recibidas y reveladas. Olvida también que la pretendida neutralidad impide al Estado inmiscuirse en el juicio sobre el contenido de las creencias, o aun en sus interpretaciones.

No se puede sino estar de acuerdo con la necesidad de que el Estado esté presente en la legislación para sancionar el discurso y la incitación al odio o a la violencia; pero la conclusión que el experto obtiene de esto es que el Estado debe prohibir «por ley este tipo de incitación, inclusive en contextos religiosos», sin precisar de qué se trata estos *contextos*, ni la *incitación*⁽⁷⁰⁾.

Muestras de un evidente desajuste entre la valoración de uno u otro derecho es el afirmar que hay una posición *conservadora* que presenta en su doctrina el concepto de un orden natural, principio rector de la existencia humana. Asimismo, dice que estos grupos conservadores religiosos se presentan como *grupos de derechos humanos* que trabajan por la familia y la libertad religiosa (§29). También recoge como experiencia disvaliosa que, en algunos países, organizaciones religiosas han formado grupos para «presionar a los gobiernos a fin de que se opongan a los derechos de las personas LGBT», en particular en el tema del matrimonio. No puede escapar a la inteligencia del experto que éste es el juego válido de la dinámica democrática: instituciones y grupos intermedios de la sociedad civil participan a las

⁽⁷⁰⁾ En los §25-27 se enuncian estas ideas, citando los parámetros del Plan de Acción de Rabat y su *prueba de umbral de seis parámetros*: contexto social y político; condición del emisor; intención de incitar a la audiencia contra un grupo objetivo; contenido y forma del discurso; alcance de la difusión; probabilidad de que cause daño.

autoridades de sus intereses y necesidades, para poder así construir una sociedad justa para todos.

Particular atención merece también la opinión disvaliosa (coincidente el informe Shaheed), sobre las que denomina *exenciones*, en particular la objeción de conciencia. Las califica sin ambages de «exenciones peligrosas»⁽⁷¹⁾. Si bien menciona algunos casos, no logra afirmar justificadamente que este avance de la objeción de conciencia logre frustrar derecho algunos de las personas LGBT. Llega a considerar a la objeción de conciencia de los trabajadores sanitarios y las instituciones como una *amenaza* para las personas LGBT+ (§48).

Seguidamente, incurre en un error conceptual: mezclar objeción de conciencia y excepción ministerial. Lo hace al mencionar el fallo *Pavez Pavez c. Chile*, decidido por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el cual se condenó al país por el retiro de la certificación a una docente para impartir religión en una escuela estatal por haberse conocido que convivía con su pareja del mismo sexo, con el fundamento de que se había violado sus derechos a la igualdad y no discriminación, a la intimidad y al trabajo. La confusión estriba en que no se trataba de un simple empleo docente, sino de un ministerio religioso, independientemente de que se desarrollara en una escuela estatal, y, en su calidad de ministerio religioso, no existe derecho de persona alguna a ejercerlo⁽⁷²⁾.

En opinión del experto, se necesitan de planes de estudio que favorezcan la integración, aunque por tal sólo considere a la perspectiva de género y no a los distintos aspectos de la vida humana, cultural, social, histórico y, por supuesto, religioso.

El capítulo IV, acceso a la espiritualidad, ronda por aseveraciones más personales o de carácter psicológico que político o jurídico. Referirá que las personas LGBT+, cuando pertenecen a una comunidad religiosa, constatan el juicio de los demás sobre su condición de inmoralidad, lo que muchas veces los fuerza a sentimientos negativos o a la necesidad de abandonar la comunidad, circunstancia doblemente pesada cuando se depende económicamente de esa pertenencia. Todas estas, aun cuando son aseveraciones laxas o vagas. Constituyen situaciones muy dolorosas pero que no pueden ser exigidas jurídicamente al Estado. No existe un derecho a la felicidad, a la paz mental, a repeler el rechazo: por mucho que trate la ley, son condiciones internas de la persona, con múltiples causas. Recordemos el texto de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, que

⁽⁷¹⁾ Adjetivo éste que, unos párrafos antes, había desechado para calificar a la perspectiva de género.

⁽⁷²⁾ Cfr. «Presentación *amicus curiae* del Consejo Argentino de Libertad Religiosa», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, Número especial (2022) [disponible en línea <https://doi.org/10.7764/RLDR.NE01.006> acceso en 6/10/2024].

considera un derecho inalienable, no la felicidad, sino su búsqueda⁽⁷³⁾. Son incontables los condicionantes por los que puede un ser humano jamás alcanzarla.

El experto llega incluso a concluir que «abrazar la espiritualidad y la fe es un camino que debe estar al alcance de todos», aseveración que debe ponerse en su debido contexto: todos tienen derecho a tener o no tener religión o creencia, a cambiarla, a manifestarla –en privado o en público–, individualmente o en comunidad; sin que esto comporte llevar *sus personales reglas de juego* a la espiritualidad que se elige, para cambiarla.

En el párrafo conclusivo, en el que no nombra a las mujeres, afirma que la libertad de religión o creencia se debe *compatibilizar* con todas las acciones contra la discriminación en favor de las personas LGBT. Véase que en estas notas conclusivas abandona la referencia a la *igualdad* para referirse simplemente a la no discriminación.

En este texto también, además de la ausencia de rigor técnico jurídico, se observa un prejuicio contra la visión religiosa de la vida. En sus recomendaciones profundiza la línea. Entre ellas, incluye: animar a las instituciones religiosas a considerar enfoques inclusivos a las personas LGBT y dialogar con líderes religiosos para que utilicen su posición para combatir la violencia y la discriminación. A éstos hace una última recomendación: «reconocer que la orientación sexual y la identidad de género son diversas en todo el mundo y que el género se manifiesta de forma diferente en muchas estructuras y prácticas culturales y sociales, incluido el hecho de que muchas culturas reconocen más géneros que el binario hombre-mujer» (§72, a.).

4. IDEAS FINALES

La posmodernidad y sus postulados de deconstrucción de paradigmas, promotora, en ausencia de verdades absolutas, de una identidad discursiva y cambiante, parece ser esencialmente contraria a verdades reveladas, inmutables e inamovibles. Es por lo que se ha afirmado que la libertad religiosa juega en esta posmodernidad una *mano perdedora*. El repaso por los informes de los mandatos ONU lo confirma.

Sin embargo, el sistema jurídico de los derechos humanos no es simple discurso posmoderno; sino que debe ser garantía de la protección de la intrínseca dignidad humana.

⁽⁷³⁾ Disponible en línea: <https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html> acceso en 5/10/2024.

La última frontera de la promoción de esta dignidad humana, en su formulación jurídica de derechos humanos, nos interpela desde un interrogante bíblico: «¿dónde está tu hermano?»⁽⁷⁴⁾.

La colisión generada por estos nuevos derechos frente a la libertad religiosa, derecho esencialmente vinculado con la dignidad humana⁽⁷⁵⁾, requiere analizar la necesaria acomodación en cada caso concreto, de manera crítica. Aun así, la realidad es muestra de que la lectura jurídica no lo abarca todo. El principio y el fin debe ser la promoción humana, en su faz individual y en su entitativa sociabilidad.

Permítase aquí recordar lo afirmado en *Dignitas Infinita*: «toda persona, independientemente de su tendencia sexual, ha de ser respetada en su dignidad y acogida con respeto, procurando evitar todo signo de discriminación injusta [...] hay que denunciar como contrario a la dignidad que en algunos lugares se encarcele, torture e incluso prive del bien de la vida, a no pocas personas, únicamente por su orientación sexual». Avanza el documento en su rechazo contundente a prácticas violentas, tales como el encarcelamiento, la tortura o la muerte, a las que están sujetas algunas personas en el mundo únicamente por su orientación sexual.

Estas prácticas constituyen verdaderas afrentas a la humanidad. No puede tolerarse, por motivos religiosos, ni culturales, ni morales, prácticas como la mutilación genital femenina, los homicidios por «motivos de honor», la llamada prostitución sagrada, la quema y maltrato a las viudas, los matrimonios forzosos, los castigos y toda forma de violencia bajo pretexto de conversión de opciones sexuales distintas, los castigos en las instituciones educativas o en las cárceles, la discriminación laboral. Éstos todos son actos aberrantes, que ofenden la dignidad humana y que sólo pueden pretender esconderse tras una utilización oscura de la visión religiosa.

La verdadera promoción humana se da en una real diversidad. Diversidad en la cual las concepciones, los proyectos de vida, la propia identidad, sean comprendidos como valiosos para la humanidad y no como límites a otros proyectos diversos; donde los derechos se promuevan; donde la construcción del propio proyecto sea tan valiosa como la apertura a un don⁽⁷⁶⁾.

Como se ha dicho, no puede dejar de observarse que hay en la perspectiva de género algunas similitudes con la visión religiosa, puesto que conforma la propia identidad y, desde allí, una determinada forma de ver el

⁽⁷⁴⁾ Gn 4, 9.

⁽⁷⁵⁾ GAS-AIXENDRI, M., «Libertad religiosa e igualdad de género: aportaciones del relator especial sobre libertad religiosa o creencias», *Revista Quaestio Iuris*, Río de Janeiro, vol. 16, N.02 [disponible en línea: <https://doi.org/10.12957/rqi.2023.64240> acceso en 3/10/2024].

⁽⁷⁶⁾ Existen diversas iniciativas de diferentes comunidades religiosas alrededor del mundo, que trabajan en pos de dignificar a las personas LGBTQ+, en particular en lo que se refiere a su acceso al estudio, el mundo laboral, la atención de su salud, etc.

mundo, la cultura, la relación con los demás. La identidad da fundamento verdadero a la propia vida y al propio proyecto vital.

No es ésta una afirmación disvaliosa, sino que, muy por el contrario, resalta y favorece la coexistencia de visiones, la verdadera diversidad y la necesidad de una lucha constante por la armonización de derechos.

Por eso, compete al Derecho, pero también a las fuerzas sociales, culturales, religiosas y académicas, hallar valor en la diversidad, en lo que cada visión de una verdad parcial, inasible, a descubrir o a construir puede aportar para conformar en paz este mundo.

En este marco, vale recordar aquí algunos conceptos que tuvo oportunidad de sostener la Corte Suprema de Justicia argentina, en dos fallos, que sirven como lineamiento de una forma positiva de valorar la diversidad. El primero es «ALITT»⁽⁷⁷⁾, proceso en el cual a la «Asociación de lucha por la identidad travesti y transexual»⁽⁷⁸⁾, en el año 2006, le fuera denegada la inscripción como entidad de bien público. La asociación había pretendido inscribirse bajo el artículo 33 del Código Civil entonces vigente, en tanto la Cámara de Apelaciones en lo Civil –al igual que lo hiciera el órgano del poder de policía societario–, entendió que carecía del requisito principal de estas organizaciones: el objeto de bien común, al entender que su estatuto solo indicaba la búsqueda de satisfacción de un bien individual.

Si bien el decisorio no toca al derecho a la libertad religiosa, se señala por su doctrina, y porque fue uno de los primeros en abordar en forma analítica y extensiva la cuestión de la defensa de los derechos de género.

El acierto de «Alitt» tiene que ver con una conceptualización amplia –en clave de diversidad– de la noción de bien común, y del papel de estas organizaciones en una sociedad. La Corte, al iniciar el tratamiento, da cuenta de que el derecho constitucional de *asociarse con fines útiles* ha sido fortalecido y profundizado por la inclusión en el plexo constitucional de los tratados de derechos humanos. En la ocasión, la Corte hizo uso de argumentos disidentes en un fallo anterior⁽⁷⁹⁾, en el que el derecho de asociarse se complementa con las razones que justifican la asociación, y que éstas «...consiste[n] en fomentar en los individuos la cooperación, el aunar criterios y esfuerzos en pos de metas comunes, a la par de incorporar en la esfera interna de los sujetos conciencia de solidaridad y fuerza colectiva...». Sostuvo también que las asociaciones cumplen una función pedagógica «al establecer vías de

⁽⁷⁷⁾ Presenta similitudes con el Fallo del Supremo Tribunal español en el caso 925/2021, en el que se dio una interpretación amplia del derecho de asociación. Ver GAS-AIXENDRI, M., *La aplicación del principio de igualdad de género a las entidades asociativas de la Iglesia católica. Conflictos reales y falsos conflictos*, Ius Canonicum (62)123, pp. 179-218, [disponible en línea: <https://doi.org/10.15581/016.123.009> acceso en 7/10/2024].

⁽⁷⁸⁾ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 329:5266.

⁽⁷⁹⁾ «Comunidad Homosexual Argentina», Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 314:1531.

apertura a la convivencia grupal, al intercambio de ideas, a la conjunción de esfuerzos; bases, por otra parte, del funcionamiento social civilizado».

En el considerando 11 se da la clave, en la inteligencia de esta comunicación, del verdadero valor de la diversidad⁽⁸⁰⁾ «Si la esencia misma de nuestra carta de derechos –que con la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ha sido fortalecida y profundizada– es el respeto de la dignidad y libertad humanas, y si la regla estructural de un estilo de vida democrático reside en la capacidad de una sociedad para resolver sus conflictos mediante el debate público de las ideas, el umbral de utilidad exigido por la Ley Suprema es indiscutiblemente satisfecho por toda agrupación voluntaria de personas que, por vías pacíficas y sin incitación a la violencia, convenga en la obtención de cualquiera de los múltiples objetos o pretensiones que, respetando los principios del sistema democrático, no ofendan al orden, la moral pública ni perjudiquen –de modo cierto y concreto– bienes o intereses de un tercero» (considerando 11).

En el segundo de los casos, «Rueda»⁽⁸¹⁾, del 20 de abril de 2023, la Corte intervino en un conflicto que implicaba directamente la autonomía de una comunidad religiosa. En él una mujer trans, que había realizado su cambio identitario conforme a la normativa argentina, requería del arzobispado de Salta rehacer su partida de bautismo, para que reflejara su nueva identidad autopercebida. En el recurso extraordinario, la actora había invocado que los efectos civiles de la regulación estatal del sexo, en la ley de género (26743), «abarcen todos los aspectos de la vida de las personas, incluso el religioso». Por último, sostuvo que el Derecho Canónico no define los conceptos de *varón* y *mujer*. La Corte expresamente remite al fallo «Alitt», al tratar de la neutralidad que en su entendimiento sostiene la Constitución argentina, y que «no solamente impide que el Estado adopte una determinada posición religiosa... sino que también le impone tolerar el ejercicio público y privado de una religión». Esta exigencia «fulmina cualquier intento de inmiscuirse en los asuntos que no exceden el ámbito de la competencia de la iglesia en cuestión». Por tanto, no entiende admisible «que se pretenda canalizar todo disenso individual planteado por algún fiel sobre ciertos aspectos del dogma, doctrina, culto o disciplina» a través de la intervención estatal, pues esto atenta contra la neutralidad. En cuanto a los argumentos sobre las definiciones de varón o mujer, la Corte no hace mérito, pero sí sostiene que «no resultan atendibles los argumentos intentados... en cuanto critica la interpretación efectuada por la demandada respecto de sus propios preceptos religiosos y de derecho canónico».

Esta segunda muestra, en el ámbito específico del conflicto entre derecho a la libertad religiosa, y la igualdad y autodeterminación de género, la

⁽⁸⁰⁾ Aunque esta vez en clave de derecho de asociación.

⁽⁸¹⁾ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 346:333.

Corte opta por sostener y recordar el principio de neutralidad, así como por valorar que, salvo circunstancias extraordinarias, y definidas en la normativa, el Estado no puede inmiscuirse en la autonomía de las confesiones religiosas.

Del juego entre ambas se extrae esta conclusión: sólo la verdadera diversidad promueve el desarrollo de los derechos humanos. La igualdad no es igualitarismo, por lo que la lucha contra la discriminación –la distinción injusta en el acceso a los derechos fundamentales–, no significa ir hacia un pensamiento único. La visión e identidad propia no da derecho a crear convicción en otro. No existe, por tanto, el derecho a no ser juzgados por los demás, o a que toda persona entienda de mí lo mismo que yo entiendo. En la práctica, esto lleva a la imposibilidad de todo diálogo. El fatídico éxito de una nueva –¿y deconstruida?– Torre de Babel.

BIBLIOGRAFÍA

- BINETTI, M. J., «Del género a los bio/cis/trans/tecno/post-géneros: el paradójico destino de una extrapolación sociologista», *Investigaciones Feministas*, Ediciones Complutense, pp. 191-201, <https://dx.doi.org/10.5209/infe.73267>.
- «Diferencia sexual vs (in)diferencias queer. Las razones ontológicas de un choque socio-político», *Anuario Filosófico* 55/2 (2022), pp. 203-232, <https://doi.org/10.15581/009.55.2.001>.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S., «Género y orientación sexual. La aplicación de las leyes de igualdad sobre las entidades religiosas en el derecho norteamericano», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 128, (2023), 13-36, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.01>.
- Consejo Argentino de Libertad Religiosa, «Presentación *Amicus Curiae* en el caso “Pavez Pavez, Sandra c. Chile”», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, Número especial (2022) <https://doi.org/10.7764/RLDR.NE01.006>.
- DAVIS, Derek H., Separation, integration and accommodation: religion and state in America in a nutshell, *Journal of Church&State*, winter 2001, vol. 43, <https://www.jstor.org/stable/23920010>.
- DEL BOSCO, P., *Bases filosóficas de la ideología de género*, Academia Nacional de Educación, <https://www.academiadelplata.com.ar/contenido.asp?id=2744>.
- DE LA MONTAÑA FRANCO, C., «La moralidad pública como límite a la libertad de expresión», *Anuario de Filosofía del Derecho* XI (1994), pp. 285-296, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1994-10028500296.
- DE LUCA, J., «¿Para dejar de hablar de tolerancia?», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (11), p. 119, [disponible en línea: <https://doi.org/10.14198/DOXA1992.11.05>].
- Dicasterio para la Doctrina de la Fe, Doctrina de la Fe, «*Dignitas Infinita, sobre la dignidad humana*», 8/04/2024, <https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2024/04/08/080424c.html>.
- GAS-AIXENDRI, M., «Avanzar en igualdad de género sin perder libertad religiosa. Propuestas desde la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», *Cuestiones de pluralismo*,

- vol. 3, n1 (primer semestre de 2023) disponible en línea <http://doi.org/10.58428/BUGZ5405>.
- «Libertad religiosa e igualdad de género: aportaciones del relator especial sobre libertad religiosa o creencias», *Revista Quaestio Iuris*, Río de Janeiro, vol. 16, N. 02, pp. 821-846, <https://doi.org/10.12957/rqi.2023.64240>.
- Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, ONU, *Violencia de género y discriminación en nombre de la religión o las creencias*, Al HRC/43/48, 24/08/2024, <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-religion-or-belief/annual-reports>.
- Informe temático anual del Experto Independiente sobre la orientación sexual e identidad de género, ONU, *Libertad de religión o de creencias y protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, Al HRC/57/37, 24/01/2024 (versión en español), <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-sexual-orientation-and-gender-identity/annual-thematic-reports-independent-expert-protection-against-violence-and-discrimination-based>.
- LEGARRE, S., «Ensayo de delimitación del concepto de moral pública», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, núm. 1 (2004), pp. 169-182, <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10413>.
- LUKAC DE STIER, M., *La mujer y su papel en el mundo actual*, <https://www.academiadelplata.com.ar/contenido.asp?id=2751>.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60 (abril) 2016, pp. 26-33 <https://hdl.handle.net/20.500.14352/23634>.
- MORONDO TARAMUNDI, D., «Legal Pluralism and reasonable accommodation of religious diversity», *International Journal on minority and groups rights* 24 (2017), pp. 467-483, <https://www.jstor.org/stable/26557929>.
- MUT BOSQUE, M., «Religión e igualdad en las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer», *Estudios Eclesiásticos, Revista de investigación e información teológica y canónica* 98, no. 387 (diciembre 15, 2023), pp. 795-830, <https://revistas.comillas.edu/index.php/estudioseclesiasticos/article/view/19394>.
- NÚÑEZ BARGUEÑO, N., (2020). «Varón y mujer los creó: hacia una lectura “a contracorriente” de la historia, el género y la religión». *Alcores: Revista De Historia Contemporánea*, (23), 17–34. <https://doi.org/10.69791/rahc.33>.
- PÉREZ MADRID, F., «¿Qué fue el 1968? Una lectura medio siglo después», Librería Editrice Vaticana, 2020.
- *What does Dignitas Infinita say about gender?*, julio, 2024, <https://talkabout.iclrs.org/2024/07/02/what-does-dignitas-infinita-say-about-gender%EF%BF%BC/>.
- RELAÑO PASTOR, E., «Derechos de las mujeres y libertad religiosa: ¿irreconciliables?», *Cuestiones de Pluralismo*, vol. 1, núm. 1 (primer semestre de 2021), <https://doi.org/10.58428/RVEC5834>.
- SALOMÓN CHÉLIZ, M. P., *Laicismo, género y religión. Perspectivas historiográficas*, Ayer 61/2006 (1), pp. 219-308, <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaayer/article/download/salomon-laicismo-genero-y-religion/2360/5567>.
- SANTOS, J. A., «La tolerancia en el contexto del interculturalismo: la integración de minorías en tiempos de libertades», *Ius Humani, Revista de Derecho*, vol. 8 (2019), pp. 61-74, <https://doi.org/10.31207/ih.v8i0.212>.

La diversidad sexual y la identidad de género
en el sistema educativo: disputas por el sentido
de la neutralidad ideológica y religiosa
en Estados Unidos y España⁽¹⁾

*Sexual diversity and gender identity in the education
system: disputes over the meaning of ideological and
religious neutrality in the United States and Spain*

ELENA GARCÍA-ANTÓN PALACIOS

Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España)

Resumen: El presente estudio analiza la compleja relación entre las convicciones morales de raíz religiosa que profesan los menores de edad y sus padres, y la configuración normativa de los sistemas educativos, con especial atención a los contenidos relacionados con la diversidad sexual e identidad de género. A través de una metodología de Derecho comparado, se examina la evolución legislativa en Estados Unidos y España, evidenciando una creciente polarización normativa que plantea importantes desafíos constitucionales.

Abstract: This study analyses the complex relationship between the religious moral convictions professed by minors and their parents, and the regulatory framework of education systems, with a particular focus on content related to sexual diversity and gender identity. Using a comparative law methodology, it examines legislative develo-

⁽¹⁾ Este estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de I+D+I, «Definición de políticas públicas sobre libertad e igualdad religiosas desde la perspectiva del pluralismo territorial». PID2023-146205NB-I00, financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

pments in the United States and Spain, highlighting a growing regulatory polarisation that poses significant constitutional challenges.

Palabras clave: Derecho de los padres a educar a sus hijos, educación, creencias religiosas, Primera Enmienda, diversidad sexual, identidad de género.

Keywords: Parents' rights to ensure a religious and moral education for their children, Education, Religious beliefs, First Amendment, Sexual diversity, Gender identity.

SUMARIO:1. Introducción.–2. Regulación legal sobre la libertad religiosa y el derecho de los padres a la educación de sus hijos en el derecho norteamericano.–3. Neutralidad normativa en la educación y su equilibrio con los derechos fundamentales. 3.1 Neutralidad ideológica y regulación de la educación sexual y la identidad de género. 3.2.- Neutralidad normativa: entre lo declarado y lo efectivo.–4. Marco constitucional del derecho de libertad religiosa y de conciencia, y el derecho de los padres a educar a sus hijos en España.–5. El contenido esencial de los derechos fundamentales como límite a la discrecionalidad política del legislador. 5.1 El derecho de los menores a autodefinirse con respecto a su cuerpo, sexo, género, orientación sexual e identidad de género. 5.2 Identidad de género en alumnos menores de edad y seguridad jurídica.–6. Conclusiones.–Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La relación entre las convicciones morales de raíz religiosa de los menores de edad y sus padres y la configuración normativa de los sistemas educativos adquiere una relevancia notable, principalmente, cuando se trata de derechos vinculados a la enseñanza sobre diversidad sexual e identidad de género. Durante la última década, el panorama legislativo estadounidense ha evidenciado una marcada polarización en torno a la inclusión de contenidos relacionados con la diversidad sexual y de género en el ámbito escolar. Esta tensión normativa plantea interrogantes fundamentales sobre los límites de la libertad religiosa, el principio de neutralidad del Estado y los derechos fundamentales de los menores y sus padres.

De igual manera, en España, antes de la aprobación en el año 2023 por parte del legislador nacional de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, la mayoría de las Comunidades Autónomas habían aprobado sus propias leyes sobre la misma materia, incluyendo medidas en el ámbito educativo.

Por tanto, el presente artículo se propone analizar esta dicotomía legislativa desde una perspectiva jurídica, examinando los fundamentos normativos, los principios constitucionales en juego y las implicaciones que estas regulaciones tienen para la convivencia democrática y la neutralidad del Estado en contextos educativos marcados por la diversidad moral y religiosa.

A partir de este reflejo, iniciaremos nuestro análisis con una exposición sucinta del marco de protección del derecho de libertad religiosa en Estados Unidos a través de la Primera Enmienda constitucional y el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y morales, incorporado a través de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la Decimocuarta Enmienda. Seguidamente, procederemos al examen de las normas de dos Estados gobernados por los respectivos partidos republicano y demócrata para dar cuenta de las grandes diferencias que atañen a la impartición de contenidos relacionados con la diversidad sexual.

De forma análoga, siguiendo la metodología del Derecho comparado, tras el estudio en Estados Unidos se presentará el marco constitucional español en torno a la libertad religiosa, ideológica y de conciencia, junto al derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones personales. A partir de aquí, analizaremos de qué manera se interrelacionan estos derechos a la luz de ciertos preceptos dispuestos en las respectivas leyes autonómicas sobre protección de la diversidad sexual que incluyen medidas concretas que deberían ser implementadas en los centros educativos españoles.

Finalmente, se expondrá una serie de conclusiones en aras de mostrar la importancia del principio de neutralidad ideológico-religiosa del Estado en la determinación de los programas educativos y la gestión del alumnado en contextos de pluralismo religioso, ideológico y moral.

2. REGULACIÓN LEGAL SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL DERECHO DE LOS PADRES A LA EDUCACIÓN DE SUS HIJOS EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

La Primera Enmienda a la Constitución de Estados Unidos establece el reconocimiento expreso del derecho a la libertad religiosa⁽²⁾, articulado a través de la *establishment clause* y la *free exercise clause*. La primera consagra el principio de separación entre el Estado y las confesiones religiosas, al prohibir al Congreso la promulgación de leyes que instituyan una religión oficial o que otorguen trato preferente a una o varias confesiones. La segun-

⁽²⁾ PALOMINO LOZANO, R., *Las objeciones de conciencia en el Derecho norteamericano*, Universidad Complutense, Madrid (2001).

da impide al legislador federal dictar normas que restrinjan el libre ejercicio de la religión, garantizando así el derecho de toda persona a profesar, practicar, cambiar o abstenerse de adoptar creencias religiosas, en un marco de plena libertad de conciencia.

Así, la Primera Enmienda encuentra su justificación en la necesidad de garantizar la libertad religiosa, facultando a los poderes públicos para que puedan adoptar mecanismos de acomodación que permitan conciliar las creencias religiosas de los ciudadanos con las exigencias de salvaguarda del orden público⁽³⁾. Esta facultad se traduce, entre otras manifestaciones, en la posibilidad de establecer exenciones normativas respecto de disposiciones de aplicación general.

La interpretación sobre el alcance de las garantías constitucionales acogidas en la Primera Enmienda encuentra una manifestación particularmente significativa en el ámbito educativo, concretamente en dos esferas de especial relevancia para el presente análisis. En primer lugar, se sitúan los intereses legítimos del Estado en la educación de los menores, así como sus competencias normativas en relación con la definición y regulación del currículo escolar, debiendo actuar en el ejercicio de sus facultades respetando las dos cláusulas. En segundo término, la actividad del legislador y las autoridades públicas educativas tendrán en cuenta el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones, lo que incluye la posibilidad de solicitar exenciones respecto de determinados contenidos o actividades educativas que pudieran entrar en conflicto con sus creencias religiosas o filosóficas.

A partir de aquí, a diferencia del ordenamiento jurídico español, en Estados Unidos no existe un reconocimiento constitucional expreso del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones personales. No obstante, ha sido el Tribunal Supremo quien ha reconocido que el derecho de los padres a «dirigir» («*direct*») la educación de sus hijos⁽⁴⁾ constituye un derecho fundamental, enmarcado dentro del concepto de libertad personal protegido por la Decimocuarta Enmienda de la Constitución federal, la cual garantiza la igualdad jurídica y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a injerencias estatales indebidas. Conforme a esta noción, dicho derecho comprende tanto la transmisión de conocimientos como la formación moral y religiosa de los menores, incluyendo la enseñanza de comportamientos, actitudes, valores y principios que sean acordes a las creencias de los padres.

⁽³⁾ Cfr. LAMACCHIA, T. F., «Reverse Accommodation of Religion», en *The Georgetown Law Journal* 81 (1992); GARNETT, R. W., «Accommodation, Establishment, and Freedom of Religion», en *Vanderbilt Law Review En Banc* 67 (2014).

⁽⁴⁾ *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390 (1923), 400; *Wisconsin v. Yoder*, 406 U. S. 205 (1972), pp. 232-233.

Esta interpretación ha sido confirmada reiteradamente por el Tribunal Supremo en una consolidada línea jurisprudencial⁽⁵⁾, entre cuyas decisiones destacan las sentencias *Meyer v. Nebraska*⁽⁶⁾, *Pierce v. Society of Sisters*⁽⁷⁾ y *Everson v. Board of Education*⁽⁸⁾. En particular, en el caso *Meyer*, el Alto Tribunal afirmó que el derecho de los padres a dirigir la educación de sus hijos se encuentra amparado por las garantías sustantivas de la Decimocuarta Enmienda, al reconocer que entre las libertades protegidas se incluye el derecho a formar un hogar y educar a sus hijos, al entender que proporcionar una educación adecuada a los hijos es un deber natural de los padres⁽⁹⁾.

En esta misma línea, en la sentencia *Meyer* formuló la célebre expresión según la cual «el niño no es una mera criatura del Estado», afirmando que el derecho y deber de preparar a los menores para asumir futuras responsabilidades recae primordialmente en los padres⁽¹⁰⁾. Esta afirmación refuerza la concepción de la familia como núcleo primario de formación moral y educativa, frente a una posible injerencia excesiva del poder público.

Profundizando en esta doctrina, en el caso *Wisconsin v. Yoder*, el Alto Tribunal precisó que dichas «obligaciones adicionales» a las que alude *Meyer* comprenden la transmisión de valores morales, creencias religiosas y principios cívicos que conforman una buena ciudadanía⁽¹¹⁾.

Desde una perspectiva complementaria, en *Everson v. Board of Education*, el Tribunal abordó la cuestión de la igualdad en el acceso a la educación, concluyendo que la financiación estatal indirecta de centros educativos religiosos no vulnera la *establishment clause*, en tanto que la ayuda pública no se otorga en beneficio de las instituciones religiosas, sino en favor de los alumnos y sus familias, quienes no deben ser objeto de discriminación por razón de sus creencias religiosas⁽¹²⁾.

Finalmente, destaca la sentencia *Troxel v. Granville*⁽¹³⁾, en la que en el año 2000, el Tribunal incorpora en su análisis la búsqueda del mejor interés del menor y establece que existe una presunción constitucional a favor de que los padres actúan en el mejor interés de sus hijos y, por tanto, cualquier intervención estatal debe partir de este reconocimiento y estar justificada por factores específicos que legitimen la limitación del derecho parental.

(5) Vid. QUINTER J. y MARKOWITZ, C., «Judicial Bypass and Parental Rights After Dobbs», en *The Yale Law Journal*, vol. 132 núm. 1908 (2023), pp. 1921-2023.

(6) Cita en nota a pie 4.

(7) *Pierce v. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*, 268 U. S. 510 (1925).

(8) 330 U. S. 1 (1947).

(9) 262 U. S. 390 (1923), 399-400.

(10) *Ibid.*, 534-535.

(11) 406 U. S. 205, 233.

(12) 330 U. S. 1, 16.

(13) 530 U. S. 57 (2000).

3. NEUTRALIDAD NORMATIVA EN LA EDUCACIÓN Y SU EQUILIBRIO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1 Neutralidad ideológica y regulación de la educación sexual y la identidad de género

Durante la última década, el panorama legislativo en materia educativa respecto a los derechos de las personas LGTBI en Estados Unidos ha experimentado una transformación profunda, caracterizada por una polarización normativa entre Estados progresistas y conservadores. En este sentido, el ámbito de la educación no se ha quedado fuera, sino que se ha observado una proliferación de leyes estatales que limitan la inclusión de contenidos relacionados con la diversidad sexual y de género en los programas escolares y otras que los imponen, coincidiendo con gobiernos republicanos en la mayoría de los casos para los primeros y demócratas para los segundos.

Entre las primeras, en el estado de Kentucky nos encontramos la *Senate Bill 150* (2023), que determina que las escuelas públicas están obligadas a notificar a los padres sobre ciertos temas relacionados con sus hijos, especialmente en lo que respecta a identidad de género y programas educativos sobre sexualidad⁽¹⁴⁾. Sobre estos asuntos se indica que si se adopta en el colegio un currículo sobre la sexualidad humana o las enfermedades de transmisión sexual, la instrucción deberá incluir, pero no limitarse a determinados contenidos, entre ellos, la promoción de la abstinencia sexual como único método seguro para evitar embarazos no deseados, enfermedades de transmisión sexual (ETS) y otros problemas de salud relacionados, así como el mantenimiento de relaciones monógamas, permanentes y mutuamente fiel para evitar las ETS. Con relación a la edad de los menores se indica que los alumnos de quinto grado o menores no pueden recibir instrucción sobre estos temas y desde sexto grado en adelante, los padres deben recibir notificación previa y deben dar su consentimiento por escrito antes de que su hijo participe en cualquier curso o programa sobre sexualidad humana o ETS. Asimismo, esta norma impide que cualquier curso o programa tenga como objetivo que los estudiantes exploren o estudien la identidad o expresión de género y la orientación sexual, lo que no implica que no se estudie sobre sexualidad humana⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ KY Rev Stat, § 158.1415 (2024).

⁽¹⁵⁾ Se establece que cualquier curso sobre sexualidad humana proporcionado por el personal escolar o por terceros autorizados por la escuela deberá cumplir con cuatro requisitos: (a) Ser apropiado para el desarrollo del menor [ajustado a su edad]. (b) Limitarse a un plan de estudios que haya sido objeto de una revisión razonable y aceptada por las partes interesadas. (c) Proporcionar un curso alternativo sin ninguna penalización en la calificación para aquellos estudiantes cuyos padres no han proporcionado el consentimiento. (d) Estar sujeto a una inspección por parte de los padres que les permita revisar el currículo, los materiales de enseñanza, las lecciones a impartir, las evaluaciones o pruebas; las encuestas; las calificaciones; y las actividades del curso.

Además, se prohíbe que las escuelas mantengan información confidencial sobre los estudiantes sin conocimiento de los padres.

Respecto a la identidad de género, las escuelas no pueden exigir –pero la ley no prohíbe– al personal o a los estudiantes que usen pronombres que no coincidan con el sexo biológico del estudiante y se limita la autoridad del Departamento de Educación de Kentucky para establecer políticas inclusivas que contradigan esta norma.

Virando hacia un estado progresista, en 2011 se aprobó en California la *FAIR Education Act* (SB 48), que modificó el Código de Educación de California para incluir la enseñanza de las contribuciones históricas de personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero en los programas de historia y estudios sociales; para prohibir materiales didácticos que reflejen prejuicios por orientación sexual o identidad de género y para asegurar que el currículo sea inclusivo y representativo de la diversidad del Estado⁽¹⁶⁾.

Posteriormente en 2024, fue aprobada también en California la *Support Academic Futures and Educators for Today's Youth Act or SAFETY Act*, cuyo objetivo es proteger el derecho a la intimidad de los alumnos. Para ello se prohíbe a todas las autoridades del colegio y a cualquier otra autoridad administrativa revelar cualquier información relacionada con la orientación sexual, identidad o expresión de género de un alumno a cualquier otra persona sin el consentimiento de este, a menos que las normas federales o estatales lo exijan.

El texto de la norma comienza indicando que la legislación vigente exige que el Departamento Estatal de Educación desarrolle recursos y los actualice para apoyar a alumnos gais, bisexuales, lesbianas, transgénero, *queer* y en cuestionamiento (LGBTQ), así como estrategias para aumentar el apoyo a estos alumnos. Más adelante hará alusión a los alumnos LGBTQ, a las personas LGBTQ+ y la identidad LGBTQ+. El uso de estas siglas, si bien es ampliamente reconocido en el lenguaje social, carece de una definición jurídica precisa, máxime en lo que respecta al símbolo «+», que alude a identidades no especificadas. Esta indeterminación conceptual puede generar incertidumbre sobre el alcance de las obligaciones de las autoridades educativas y los derechos de los estudiantes. Para garantizar la seguridad jurídica sería recomendable que la norma incluyera una definición legal

⁽¹⁶⁾ En concreto, respecto a la enseñanza sobre ciencias sociales e historia, con el objetivo de reflejar la diversidad de la sociedad californiana y su impacto en el desarrollo económico, político y social del Estado, se requiere la inclusión al estudio de las contribuciones de hombres y mujeres de diversos grupos étnicos y culturales, de personas con discapacidad y de personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero. De forma transversal, se prohíbe que las escuelas adopten o usen materiales didácticos que promuevan la discriminación o prejuicios por motivos de raza, sexo, religión, discapacidad, nacionalidad, orientación sexual o identidad de género. Y, de igual modo, se establece que los materiales educativos deben reflejar con precisión y respeto la diversidad de la sociedad e incluir representaciones positivas de personas LGBTQ+ y otros grupos históricamente marginados. En el mismo sentido, se restringe el uso de materiales que contengan lenguaje, imágenes o ideas que perpetúen estereotipos negativos sobre cualquier grupo protegido o refuerzan prejuicios o representaciones distorsionadas de personas LGBTQ+.

clara y exhaustiva de los términos empleados o, al menos, una remisión a estándares reconocidos objetiva y científicamente.

Hecha esta salvedad, conforme al texto de la norma, se reconoce que los padres y las familias tienen un papel importante que desempeñar en la vida de los jóvenes. No obstante, –continúa la norma– los estudios⁽¹⁷⁾ confirman que los jóvenes LGBTQ+ prosperan cuando cuentan con el apoyo de sus padres y se sienten seguros al compartir sus identidades completas con ellos, pero puede ser perjudicial forzar a los jóvenes a compartir sus identidades completas antes de que estén listos. De este modo, se hace referencia al llamado «outing forzado», es decir, se establece que la información sobre la identidad de género u orientación sexual de un estudiante solo puede compartirse con los padres si el estudiante lo autoriza, lo que implica que los padres no tienen derecho a ser informados si su hijo se identifica como transgénero o no binario en la escuela, ya que la decisión de compartir esa información reside en el estudiante, especialmente, si se considera que divulgarla podría poner en riesgo su bienestar.

A este respecto, al impedir que los padres accedan a información sobre sus hijos menores de edad, incluso en contextos no abusivos, es posible plantear la posible interferencia estatal en el ejercicio legítimo de la patria potestad⁽¹⁸⁾. Así, la base legal que sostendría este derecho del estudiante, la ley lo fija en dos aspectos. De un lado, el derecho constitucional de los alumnos a la privacidad en lo que respecta a información sensible sobre ellos. Y, de otro, la afirmación de los tribunales sobre el derecho de los jóvenes a mantener la información personal en privado. No obstante, sin cuestionar el derecho de los menores a proteger su intimidad, en ningún caso se alude a la edad de los menores y su grado de madurez para tener en cuenta el ejercicio de este derecho de forma autónoma.

Ahora bien, una vez expresada la limitación del derecho de los padres a conocer información sobre sus hijos, la propia norma señala que las políticas escolares que apoyan a los alumnos LGBTQ+ y a sus padres y familias en el proceso de avanzar hacia la aceptación familiar, sin interferencia de docentes y personal escolar, fomentan la seguridad y la confianza dentro de las comunidades escolares.

⁽¹⁷⁾ En este punto no se indica a qué estudios se refiere. Más adelante, en el apartado K) de la norma se hace referencia a tres estudios científicos, el primero, *The Trevor Project Research Brief: LGBTQ & Gender-Affirming Spaces* (2020), sobre las probabilidades de que los jóvenes transgénero intenten suicidarse. El segundo, sobre la seguridad que otorga a los estudiantes LGBTQ+ tener personal de apoyo en su escuela, escrito por Joseph G. Kosciw, Ph. D., et al., *The 2019 National School Climate Survey: The Experiences of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, and Queer Youth in Our Nation's Schools* (2019). Y el tercero desarrollado por Michelle Marie Johns et al., *Protective Factors Among Transgender and Gender Variant Youth: A Systematic Review by Socioecological Level* (2018), en el que se afirma que los jóvenes transgénero y no conformes con el género que cuentan con educadores que los apoyan obtienen mejores resultados educativos.

⁽¹⁸⁾ Cfr. SALOMONE, R. C., «Common Schools, Uncommon Values: Listening to the Voices of Dissent», en *Yale Law & Policy Review* 14 (1996), pp. 224-230.

Vista esta panorámica podemos observar de qué modo en las leyes sobre educación sexual y gestión de la diversidad sexual se ha impuesto el aspecto ideológico a la aplicación de principios constitucionales y jurídicos como la neutralidad, la igualdad y el interés superior del menor⁽¹⁹⁾. Si comparamos las tres normas, desde una perspectiva constitucional, la *SB 150* de Kentucky se alinea más estrechamente con los precedentes del Tribunal Supremo que reconocen el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus creencias religiosas, al considerar la edad de los menores y el papel que juegan los padres como responsables de la educación de sus hijos. En cambio, la *AB 1955 de California*, aunque bien intencionada en la protección de menores denominados LGBTQ+, podría enfrentar dudas constitucionales al considerar que las medidas que impone interfieren de forma desproporcionada con la patria potestad de los padres, particularmente, cuando no se distingue entre menores de distintas edades o contextos familiares en la limitación de la información que pueden recibir los padres respecto a la vida de sus hijos. De igual modo, la imposición de determinados contenidos sobre diversidad sexual que afectan a la moral de los alumnos en la ley californiana de 2011 puede conculcar el derecho de libertad religiosa de los padres y el derecho a educar a sus hijos según sus creencias.

Finalmente, en los próximos meses comprobaremos en el caso *Mahmoud v. Taylor*⁽²⁰⁾, qué valoración hace el Tribunal Supremo sobre los derechos de los menores y sus padres cuando las normas del Estado imponen la enseñanza de ciertos contenidos sobre educación sexual. Sobre este asunto, el 22 de abril de 2025, el Alto Tribunal celebró una audiencia para conocer las alegaciones de los de padres del Condado de Montgomery, en el Estado de Maryland, que sostienen que obligar a sus hijos a participar en actividades educativas relacionadas con la diversidad de género y la diversidad sexual, usando materiales contrarios a sus creencias religiosas vulnera la libertad religiosa protegida por la Primera Enmienda.

La demanda fue interpuesta por padres musulmanes, judíos, católicos y ortodoxos, que alegaban que el sistema escolar introdujo libros y materiales con temas LGBTQ+ en la educación primaria⁽²¹⁾, negándoles la posibilidad

⁽¹⁹⁾ Vid. YERBY, W. E., «Toward Religious Neutrality in the Public School Curriculum», en *The University of Chicago Law Review* 56 (1989).

⁽²⁰⁾ Información disponible sobre todas las instancias del caso en <https://www.scotusblog.com/cases/case-files/mahmoud-v-taylor/> (Última consulta, 12 de junio de 2025).

⁽²¹⁾ Estos materiales son una serie de libros conocidos como los «*Pride Storybooks*», introducidos en el currículo de artes del lenguaje para estudiantes de preescolar hasta octavo grado. Algunos de estos libros son: «*Pride Puppy!*», dirigido a estudiantes de preescolar, presenta una historia ambientada en un desfile del orgullo LGBTQ+. «*Born Ready: The True Story of a Boy Named Penelope*», para estudiantes de primaria y narra la historia de un niño transgénero. Libros con actividades para niños de 3 y 4 años que incluyen buscar imágenes como: «bandera intersex», «drag queen», «ropa interior», «cuero», nombres de activistas LGBTQ+. Libros para quinto grado que invitan a los estudiantes a reflexionar sobre lo que significa ser «no binario» y a compartir cómo se sienten cuando no solo «les gusta» alguien, sino que lo «gustan de verdad» («like like»). También se presentaban guías para docentes que promueven la idea de que los niños pueden decidir su identidad de género sin necesidad de que «tenga sentido» y afirman que los médicos

de ser notificados previamente y de excluir a sus hijos de esas actividades, tal y como en cursos anteriores sí se había permitido, conculcando su derecho de libertad religiosa y su derecho constitucional a dirigir la educación de sus hijos. Por su parte, las autoridades educativas consideraron que los libros –conocidos como los *Pride Storybooks*– forman parte de una iniciativa para promover la inclusión, el respeto y la diversidad en el entorno escolar y estiman que los materiales son parte de un currículo inclusivo y que no se requiere consentimiento parental para su uso, ya que no constituyen instrucción religiosa ni adoctrinamiento.

Por tanto, el Tribunal Supremo tendrá que determinar si un distrito escolar público vulnera el derecho de libertad religiosa y el derecho de los padres a dirigir la educación de sus hijos –ambos protegidos por la Constitución– al negarles la posibilidad de excluir a sus hijos de actividades escolares que incluyen contenidos sobre identidad de género y orientación sexual, cuando estos contradicen sus creencias religiosas.

3.2 Neutralidad normativa: entre lo declarado y lo efectivo

Aunque el Alto Tribunal ha dejado claro que las leyes en favor de la igualdad y la no discriminación no constituyen una discriminación de otros puntos de vista⁽²²⁾, no ha articulado claramente el razonamiento detrás de esta conclusión, pues parece obvio que las políticas contra la discriminación lesionan el derecho de libertad de expresión y libertad de creencias de aquellos que discrepan de las normas antidiscriminatorias. Estas leyes no se refieren directamente a la expresión de ningún punto de vista personal o político, sino que son, en esencia, regulaciones de conducta, que el legislador justifica por el interés del Estado en prevenir los daños económicos y sociales de la discriminación y que, por tanto, deben redactarse en términos de neutralidad ideológica y religiosa⁽²³⁾.

De este modo, al analizar las normas que buscan la igualdad e inclusión de todos los menores en el ámbito educativo y que definen medidas cuyo cumplimiento corresponde a los alumnos menores de edad, a los padres y a los responsables de los colegios debemos tener en cuenta que incluso las leyes aparentemente neutrales pueden vulnerar los derechos de estos si no son razonables o si imponen sobre sus derechos una carga excesiva⁽²⁴⁾. Por

solo «adivinan» el sexo de un bebé al nacer. Además, indican a los maestros que digan a los alumnos que cuestionar estas ideas puede ser «hiriente».

⁽²²⁾ *Roberts v. U. S. Jaycees*, 468 U. S. 609 (1984); *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U. S. 640 (2000).

⁽²³⁾ Cfr. KAVEY, M., «Private Voucher Schools and the First Amendment Right to Discriminate», *The Yale Law Journal* Vol. 113, núm. 3 (2003), pp. 761-762.

⁽²⁴⁾ Cfr. BINDAS, M., «The Once and Future Promise of Religious Schools for Poor and Minority Students», en *The Yale Law Journal Forum* 17 (2022), pp. 529-558; CAÑAMARES ARRIBAS, S., «Género

consiguiente, si un Estado llegara a presentar un propósito neutral desde el punto de vista ideológico y religioso para su ley, un tribunal aun tendría la capacidad de indagar si ese propósito justifica la carga impuesta sobre los derechos de los menores, sus padres o el personal del colegio⁽²⁵⁾, es decir, que en términos de igualdad no sólo se debe valorar el objetivo de la ley y su redacción, sino también el efecto real que tiene la norma sobre los derechos de los ciudadanos. En este punto, será necesario evaluar los materiales didácticos, los recursos pedagógicos y los procedimientos administrativos que materialicen las medidas descritas en las normas, pues la exigencia de su cumplimiento debe tener en cuenta el contexto y la situación de cada menor en aras de actuar conforme a su mejor interés.

En este sentido, para valorar la importancia no sólo de la letra de la ley, sino también del efecto que las medidas tienen sobre los derechos de los alumnos y sus padres, vamos a referirnos al derecho a la intimidad de los menores y su relación con el derecho de libertad religiosa e ideológica, junto al derecho de los padres a decidir la educación de sus hijos, a la luz de varias normas federales y estatales que buscan proteger la privacidad de los estudiantes.

A nivel federal, desde 1974, la *Family Educational Rights and Privacy Act* (FERPA) otorga ciertos derechos a los padres en relación con los expedientes educativos de sus hijos y se aplica a los programas y actividades de una agencia educativa estatal, local o cualquier otro beneficiario de fondos financiados por el Departamento de Educación de EE. UU. Las escuelas privadas y religiosas de los niveles primario y secundario no suelen recibir este tipo de fondos, por lo que, en general, no están sujetas a la FERPA.

En virtud de esta norma, los derechos reconocidos a los padres son los siguientes: una escuela o agencia educativa estatal debe brindar a los padres la oportunidad de inspeccionar y revisar los expedientes educativos de sus hijos dentro de un período de tiempo razonable; los padres tienen derecho a solicitar la modificación o corrección de los expedientes educativos de sus hijos si creen que son inexactos, engañosos o que violan los derechos de privacidad del niño; y una escuela, generalmente, no puede divulgar «*Personally Identifiable Information*» de los expedientes a un tercero a menos que sus padres hayan proporcionado un consentimiento previo por escrito. De igual modo, estos derechos se reconocen a cada alumno.

En caso de que los padres consideren que alguno de estos derechos ha sido vulnerado, la FERPA explica el procedimiento para presentar una queja.

y orientación sexual. la aplicación de las leyes de igualdad sobre las entidades religiosas en el Derecho norteamericano», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 128 (2023), pp. 13-36.

⁽²⁵⁾ Cfr. KAVEY, M., *Private Voucher Schools and the First Amendment Right to Discriminate*, cit., p. 763.

Junto a la FERPA, la *Protection of Pupil Rights Amendment* (PPRA) del año 1978, otorga a los padres de los estudiantes ciertos derechos relacionados con la participación en encuestas, la recopilación y el uso de información con fines de mercadotecnia y ciertos exámenes físicos. Estos incluyen, entre otros, el derecho a brindar consentimiento antes de que los estudiantes deban realizar una encuesta que involucre a una o más de las áreas protegidas si la encuesta está financiada como parte de un programa del Departamento de Educación. Dichas áreas se refieren, junto a otras, a las afiliaciones políticas y prácticas y creencias religiosas del estudiante o sus padres; comportamiento o actitudes sexuales; y las relaciones con abogados, médicos o ministros de culto.

De igual modo, los padres tendrán derecho a recibir un aviso y la oportunidad de excluir a un estudiante de la realización de ciertas encuestas, así como a revisarlas.

Por todo ello, del texto de estas normas podemos destacar que, para proteger el derecho a la intimidad de los menores, el legislador pone el foco en el reconocimiento de ciertos derechos tanto a los estudiantes como a sus padres para que sean ellos los que puedan proteger a sus hijos de posibles injerencias por parte de las autoridades educativas en relación con la privacidad de los menores. En este sentido, podemos afirmar que los padres siempre ejercerán el derecho a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y morales frente al Estado, nunca frente a los hijos, —entendiendo como hace el Tribunal Supremo, los derechos de los padres y de los hijos como «aliados» (*hybrid rights*)—⁽²⁶⁾, velando en todo momento por la observancia del mejor interés de los menores hacia quienes tienen el deber de procurar la efectividad de su derecho a la educación⁽²⁷⁾.

Bajo este enfoque de la patria potestad, debemos analizar la resolución dictada por el Tribunal Federal del Noveno Circuito por medio de la sentencia del caso *Fields v. Palmdale School District*⁽²⁸⁾, en la que se declara que el derecho fundamental de los padres a controlar la educación de sus hijos «no se extiende más allá del umbral de la puerta de la escuela»⁽²⁹⁾.

En *Fields v. Palmdale School District*, decidido en 2005, los padres demandaron a un Distrito escolar de California después de que las autoridades escolares administraran un cuestionario de evaluación psicológica para los alumnos de primaria. Los administradores de la escuela avisaron a los

⁽²⁶⁾ Cfr. LECHLITER, M. E., «The Free Exercise of Religion and Public Schools: The Implications of Hybrid Rights on the Religious Upbringing of Children», en *Michigan Law Review*, 103 (2005), pp. 2213-2214. HOPE, L., «Addressing the Hybrid-Rights Exception: How the Colorable-Plus Approach Can Revive the Free Exercise Clause», en *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 63, núm. 1 (2012), pp. 257.

⁽²⁷⁾ ASENSIO SÁNCHEZ, A., «La patria potestad y la educación religiosa de los hijos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17 (2011), pp. 24-25.

⁽²⁸⁾ *Fields v. Palmdale School District*, 427 F.3d 1197 (9th Cir. 2005).

⁽²⁹⁾ 427 F.3d 1197, 1207: «In sum, we affirm that the Meyer–Pierce right does not extend beyond the threshold of the school door».

padres de que el cuestionario iba a ser distribuido a sus hijos, pero no les informaron de las preguntas de naturaleza sexual explícita que contenía⁽³⁰⁾, indicándoles únicamente que el propósito de la encuesta era establecer unas normas básicas para tratar a los estudiantes que hubieran sufrido algún trauma como, por ejemplo, la violencia.

Por un lado, los padres consideraron que dada la edad de los menores a los que la encuesta iba dirigida era manifiestamente inadecuada y altamente ofensiva. Reivindicando el derecho constitucional de los padres a tomar decisiones sobre el cuidado, la custodia y el control de sus hijos al amparo de la Decimocuarta Enmienda, los demandantes afirmaron que era suya la prerrogativa para introducir a sus hijos en los asuntos relacionados con la sexualidad a una edad adecuada y de acuerdo con sus creencias religiosas. Sin embargo, el Tribunal concluyó que los padres no tienen derecho a controlar el plan de estudios de un Distrito escolar público, simplemente porque han optado por enviar a sus hijos a la escuela pública.

Por otro lado, el Tribunal centró el estudio de la demanda en analizar si los padres tienen un derecho constitucional al control exclusivo sobre la presentación de la información sexual que se da a sus hijos y dictaminó que los padres no tienen tal derecho que les faculte para restringir a las escuelas públicas la información que proporcionan a los estudiantes sobre materias de naturaleza sexual, sino que una escuela pública puede transmitir a sus alumnos cualquier tipo de información que desee, ya sea sobre sexualidad o de otra índole, cuándo y cómo determine que es apropiado hacerlo. Añade, además, que los padres no pueden prescribir el plan de estudios y no se puede esperar que las escuelas públicas den cabida a las preocupaciones personales, morales o religiosas de todos los padres.

Declarada esta desproporcionada limitación y la crítica de parte de la doctrina⁽³¹⁾, es el propio Tribunal Federal del Noveno Circuito quien, un año más tarde, matizará estos desmesurados pronunciamientos⁽³²⁾. En su lugar, aun ratificando el fallo, dispuso que la frase relativa a que «los derechos de los padres no se extienden más allá de la puerta de la escuela» se debe suprimir y, en su lugar, disponer que en el marco del derecho trazado por las sentencias *Meyer* y *Pierce* no se incluye el derecho de los padres a restringir el flujo de información en las escuelas públicas. Además, sostiene que, en el

⁽³⁰⁾ 427 F.3d 1197, 1202: «The sexual references are: 8. Touching my private parts too much. 17. Thinking about having sex. 22. Thinking about touching other people's private parts. 23. Thinking about sex when I don't want to. 26. Washing myself because I feel dirty on the inside. 34. Not trusting people because they might want sex. 40. Getting scared or upset when I think about sex. 44. Having sex feelings in my body. 47. Can't stop thinking about sex. 54. Getting upset when people talk about sex».

⁽³¹⁾ EICHNER, M., «School Surveys and Children's Education: The Argument for Shared Authority Between Parents and the State», en *Journal of Law & Education*, 38 (2009), p. 469; FU, J., «The Researcher's Second Laboratory: Protecting Our Children from Social Surveys in Public Schools in Light of *Fields v. Palmdale School District*», en *Southern California Law Review*, 80 (2007), pp. 589-640.

⁽³²⁾ 447 F.3d 1187, (9th. Cir 2006) (per curiam).

presente caso, la encuesta no había interferido con el derecho de los padres a tomar decisiones íntimas.

El fallo de Tribunal Federal ha sido objeto de críticas doctrinales que se apoyan en la propia doctrina jurisprudencial ya que el Alto Tribunal ha resaltado constantemente la facilidad de impresión de los menores de edad con el fin de salvaguardar la aconfesionalidad del Estado en las escuelas públicas y, en consecuencia, sería incoherente negar la impresionabilidad de los niños cuando se trata de la enseñanza sobre educación sexual⁽³³⁾. La administración de este tipo de encuesta con contenido sexual explícito a niños de tan sólo seis años, con la alta probabilidad de que muchos de ellos nunca antes hubieran estado expuestos a estas cuestiones y sin informar de ello a sus padres, no responde de manera eficaz y proporcionada a la consecución de ningún objetivo primordial que el Estado haya podido tener⁽³⁴⁾.

4. MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CONCIENCIA, Y EL DERECHO DE LOS PADRES A EDUCAR A SUS HIJOS EN ESPAÑA

Dentro del elenco de derechos fundamentales, el artículo 16.1 de la Constitución española (CE) garantiza «la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Según estos términos, el derecho de libertad religiosa ha de ser entendido como un derecho subjetivo de carácter fundamental⁽³⁵⁾, con autonomía propia⁽³⁶⁾. En consonancia con ello, el artículo 2 de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, profundiza en el contenido del mismo, con una descripción de las diversas manifestaciones que pueden derivarse de su ejercicio, entre ellas, la libertad para profesar las creencias religiosas que libremente se elijan y practicar los actos de culto; y la elección de los padres para los menores de edad de la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Respecto al derecho de libertad de conciencia, a diferencia de la mayoría de los textos internacionales que reconocen expresamente la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el artículo 16.1 de la CE se refiere a la

⁽³³⁾ BROWN, E. J., «When Insiders Become Outsiders: Parental Objections to Public School Sex Education Programs», en *Duke Law Journal*, 59 (2009), p. 126.

⁽³⁴⁾ EICHNER, M., *School Surveys and Children's Education: The Argument for Shared Authority Between Parents and the State*, cit., p. 466.

⁽³⁵⁾ STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1.º

⁽³⁶⁾ STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2.º

libertad ideológica, religiosa y de culto, sin mencionar de forma explícita la libertad de conciencia. La única referencia directa a la objeción de conciencia aparece en el artículo 30.2 CE, circunscrita al ámbito del servicio militar obligatorio. No obstante, ha sido la doctrina del TC la que ha perfilado el contenido y alcance de este derecho hasta hacerlo efectivo en ámbitos distintos al castrense⁽³⁷⁾.

De forma explícita, el artículo 27.3 de la CE garantiza el derecho de los padres para que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, lo que implica para el TC que con este reconocimiento la Constitución «está estableciendo una órbita de libertad privada y de terreno acotada para el poder público, impidiendo formaciones ideológicas imperativamente predisuestas desde el Estado»⁽³⁸⁾.

En el marco del derecho a la educación, el principio de neutralidad ideológico-religiosa del Estado se erige como una garantía esencial para la protección de la libertad de conciencia, religiosa e ideológica de los ciudadanos y, en particular, del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones. Este derecho se fundamenta en la idea de que los padres son los primeros responsables de la formación moral, espiritual e intelectual de sus hijos, en virtud de un deber natural que antecede y limita la intervención del poder público⁽³⁹⁾.

Desde esta perspectiva, el Estado no puede asumir un papel sustitutivo en la transmisión de valores, sino que debe actuar como garante de un entorno educativo plural y respetuoso, en el que se salvaguarde la diversidad de creencias y convicciones presentes en una sociedad democrática. Este conflicto entre el deber estatal de garantizar una educación común y el derecho de los padres a preservar la integridad moral de sus hijos exige una ponderación constitucional que tenga en cuenta tanto el interés superior del menor como los límites materiales del principio de neutralidad. La solución no puede pasar por una afirmación abstracta de la supremacía del interés público, sino por un análisis casuístico que valore si se han adoptado medidas razonables para conciliar los derechos en conflicto.

⁽³⁷⁾ SSTC 53/1985, de 11 de abril; 161/1987, de 27 de octubre; 145/2015, de 25 de junio,

⁽³⁸⁾ ATC 276/1983, de 8 de junio.

⁽³⁹⁾ Cfr. GARCIMARTÍN MONTERO, C., «Neutralidad y escuela pública: a propósito de la Educación para la Ciudadanía», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 14 (2007), p. 8; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «El Estado aconfesional o neutro como sujeto «religiosamente incapaz». Un modelo explicativo del artículo 16.3 CE», en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI*. *Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional, Madrid, 2008, pp. 115-146; VILADRICH, P. J., «Los principios informadores del Derecho eclesiástico español», en *Derecho eclesiástico del Estado español*, Eunsa, Pamplona, 1980, p. 277.

5. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE A LA DISCRECIONALIDAD POLÍTICA DEL LEGISLADOR

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, recoge en sus artículos 20 a 24 distintas medidas en el ámbito de la educación. No obstante, tal y como el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de dicha ley informaba, «lejos de coadyuvar a la conjunción normativa, propicia una mayor dispersión, al introducir en nuestro Ordenamiento un nuevo texto legal que ha de convivir con los ya vigentes, y que habrá de solaparse con las disposiciones contenidas en las leyes sobre igualdad, educación, publicidad, deporte o sanidad, entre otras»⁽⁴⁰⁾. Por tanto, dejaremos al margen de nuestro estudio el análisis de esta norma estatal⁽⁴¹⁾ y nos centraremos en las leyes autonómicas que determinan una serie de medidas concretas a cumplir en los centros escolares con relación a la diversidad sexual y de género de los alumnos menores de edad.

5.1 El derecho de los menores a autodefinirse con respecto a su cuerpo, sexo, género, orientación sexual e identidad de género

En este punto nos vamos a referir a la perspectiva que distintas normas autonómicas toman respecto a la juridicidad del cuerpo humano en la medida en que se niega la realidad dada por la biología del propio cuerpo para sustentar la declaración del supuesto derecho de los menores a determinar y autodefinirse con respecto a su cuerpo, sexo, género, orientación sexual e identidad de género.

El objeto de estudio que proclama estos derechos lo encontramos en las normas de Andalucía, Murcia y Extremadura. La Ley 2/2014, de 8 de julio, de Andalucía⁽⁴²⁾ estipula que se adoptarán todas las medidas apropiadas «para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas con prejuicio o discriminatorias dentro del sistema educativo, basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual o expresión de identidad de género, y en defensa del derecho a la autodeterminación de la identidad

⁽⁴⁰⁾ Informe al anteproyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, p. 77.

⁽⁴¹⁾ Este estudio se realiza en ARECES PIÑOL, M.^a T., «Objeción de conciencia a determinados contenidos docentes obligatorios a propósito de la ley trans», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 63 (2023).

⁽⁴²⁾ BOE núm. 193, de 9 de agosto. El capítulo IV (arts. 15-16) se refiere a las actuaciones respecto a la identidad de género de las personas en el ámbito educativo.

de género». En esta redacción no se apuntan cuáles son las razones objetivas o subjetivas, (jurídicas, afectivas, morales, psicológicas, corporales, etc.) a las que se refiere el precepto para comparar la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual o expresión de identidad de género.

Siguiendo esta línea, en Murcia y Extremadura, se reconoce el «derecho a construir para sí una autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, género y su orientación sexual»⁽⁴³⁾. En Andalucía se reconoce el «derecho humano a la autodeterminación de la identidad de género»⁽⁴⁴⁾. En Cantabria, dentro del principio de libre desarrollo de la personalidad, se indica que «toda persona tiene derecho a construir para sí una autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, género y orientación sexual»⁽⁴⁵⁾. Y la norma valenciana reconoce el derecho a «la propia personalidad, que incluye el derecho a construir para sí una autodefinición con respecto a su sexualidad, incluyendo cuerpo, sexo, género, orientación sexual, identidad de género y expresión de género»⁽⁴⁶⁾.

Centrándonos en las descripciones normativas que instituyen como derecho –incluso derecho humano– la posibilidad de que cada persona y, por ende, cada menor elija voluntariamente el cuerpo, el género, el sexo, la orientación sexual o la identidad de género que quiere tener, sin que se especifique el papel que los padres han de jugar respecto a este nuevo derecho adquirido atendiendo únicamente a la voluntad momentánea del menor, en primer lugar, se aprecia la falta de rigor científico al no clarificar la norma en base a qué criterios (fisiológicos, conductuales, sentimentales, psicológicos, afectivos, etc.) puede determinarse dicha identidad o autodefinición⁽⁴⁷⁾. En segundo lugar, desde el plano meramente jurídico, existe una total imprecisión acerca del contenido y el alcance de estos derechos, al considerar que su enunciación responde a formas claras de positivismo jurídico en las que se entiende el derecho como mera estructura formal, de tal manera, que la sola voluntad del legislador es suficiente para establecer la facultad de cada menor para elegir el cuerpo, el sexo o el género que quiere tener, ignorando las actitudes y aptitudes físicas y psicológicas de los menores, y las responsabilidades de los padres con

⁽⁴³⁾ Artículos 3 b) de la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura y la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, declara en su artículo, de Andalucía.

⁽⁴⁴⁾ Artículo 5.1, Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía.

⁽⁴⁵⁾ Artículo 5, Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

⁽⁴⁶⁾ Artículo 6. B) 2, Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI, de la Comunitat Valenciana.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. MAYER, L. S. y otros, «Sexualidad y género», en *The New Atlantis*, 50 (2016), p. 85.

relación a la educación de sus hijos, por cuanto bastará el simple deseo de estos para que la ley lo dote de valor jurídico.

En la medida en que los textos normativos no determinan la naturaleza jurídica y los intereses jurídicos que se pretenden proteger con la concesión de estos novedosos derechos, resulta difícil esclarecer cual sería el contenido esencial de los mismos. En un intento de aproximación a un marco jurídico en el que situar el derecho de los menores a determinar su propia identidad de género y autodefinir su cuerpo, género, sexo y orientación sexual, vamos a referirnos al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

Conforme vamos a explicar, entendemos que los nuevos derechos provocan una desnaturalización tanto de las finalidades dadas por nuestro ordenamiento jurídico a dicho principio, como al contenido y el ámbito de protección del derecho a la intimidad, al reducir a la persona y los derechos que conforme a su dignidad le son inherentes, a lo que en un momento determinado el menor haga, piense o sienta, para elevar, por el contrario, a la categoría de derecho, determinados aspectos de la sexualidad humana que son desvinculados por completo de la persona en su integridad y concediendo al hecho psíquico de la voluntad, carta de naturaleza jurídica.

En referencia al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad establecido en el artículo 10.1 de la CE, una de sus finalidades implicaría una libertad general de acción que corresponde a cada persona en cuanto que tiene, ciertamente, el deber de formar su propia personalidad moral, tarea que está inmersa en la propia autorrealización de la persona, sobre la cual, el Estado no está llamado ni a influir, ni a pronunciarse sobre ella, sino a hacerla posible⁽⁴⁸⁾. Según el TC, esta libertad se puede concretar en la libertad de cada persona para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presentan, de tal manera, que es a cada persona a quien corresponde diseñar y ejecutar su propio proyecto vital⁽⁴⁹⁾.

A partir de aquí, tenemos que valorar la implicación como factor determinante de la minoría de edad de los sujetos que han de ejercer estos derechos según las normas que estudiamos y, por tanto, son susceptibles de valoración tanto la edad de los menores, como el grado de madurez suficiente para la formación de la voluntad y el margen limitado de responsabi-

⁽⁴⁸⁾ ROBLES MONCHÓN, G., *El libre desarrollo de la personalidad. (Art. 10.1 de la CE)*, en García San Miguel, L. (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*. Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, Madrid, 1995, p. 50; MARZOA, A., «No confesionalidad e indiferentismo en materia religiosa (dos términos no implicados)», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 5 (1989), p. 106; ASENSIO SÁNCHEZ, A., *El libre desarrollo de la personalidad: en torno a un nuevo planteamiento de los derechos fundamentales*, en Salinas de Frías, A. (coord.), *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Facultad de Derecho de Málaga (2001), pp. 78-81; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, Thomson Civitas (Navarra), 2007, pp. 33-47.

⁽⁴⁹⁾ STC 139/2008, de 28 de octubre, FJ 5.º

lidad para asumir sus actos. En base a estos elementos se debe integrar dicha libertad con el ejercicio de la patria potestad que está sometida al mejor interés del menor. Justamente, la congruencia entre el ejercicio de la patria potestad y el mejor interés del menor la hallamos en el libre desarrollo de su personalidad, entendiendo que la decisión de determinar el cuerpo o el sexo que un menor quiere tener habría de interpretarse conjugando estas tres nociones jurídicas y en torno a ellas comprobar la capacidad de entendimiento y juicio que el menor tiene para comprender el alcance y las consecuencias que tal decisión tendrá en su desarrollo futuro.

Junto a este principio, el derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 de la CE se configura, en palabras del TC, «como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, conforme a las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Atendiendo en especial al elemento teleológico que la proclamación de este derecho fundamental incorpora, la protección de la vida privada como protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que la protección dispensada por el artículo 18.1 CE alcanza tanto a la intimidad personal *stricto sensu*, integrada, entre otros componentes, por la intimidad corporal y la vida sexual, como a determinados aspectos de la vida de terceras personas que, por las relaciones existentes, inciden en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo»⁽⁵⁰⁾.

A partir de aquí, interesa precisar que el derecho a la intimidad es un derecho de la personalidad del cual son titulares todas las personas, por lo que la minoría de edad no influye en el reconocimiento de la titularidad de este derecho. Sin embargo, dicha condición sí influye en el ejercicio de este, limitándolo en ciertas circunstancias hasta que alcancen las condiciones de madurez suficientes para asumir sus actos de forma consciente y libre⁽⁵¹⁾. Por ello, la doctrina expuesta por el TC sobre el derecho a la intimidad ha de ser interpretada a la luz del principio público de protección del menor que implica que los padres, en cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, deben tomar decisiones que afecten a la esfera personal del

⁽⁵⁰⁾ STC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ. 2.º

⁽⁵¹⁾ RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995; GARCÍA GARNICA, M. C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 175-227; ASENSIO SÁNCHEZ, A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor: el interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 61-71; SÁNCHEZ MORÓN, M.ª J., «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor» en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15 (2011), p. 64.

menor teniendo en cuenta su mejor interés⁽⁵²⁾. En consecuencia, la simple declaración de los derechos a la autodeterminación o autodefinición personal en los términos expuestos por las normas autonómicas no puede dejar de lado la implicación que para los menores tiene el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, y el derecho de sus padres a educarles conforme a sus convicciones religiosas y morales, como parte integrante de las facultades inherentes al ejercicio de la patria potestad.

Sentados estos postulados en cuanto al ámbito de protección en el que podría recaer el derecho a la autodeterminación de la identidad de género y el derecho a construir para sí mismo una autodefinición con respecto al cuerpo, el sexo, el género y la orientación sexual, cabe preguntarnos cuál es la línea divisoria que traza el ordenamiento jurídico para procurar el libre desarrollo de la personalidad del menor sujeto a patria potestad –constituyendo ésta una de las finalidades de la educación según el artículo 27.2 de la CE–, y su autonomía como individuo, para comprobar cuál podría ser el alcance de aquellos derechos, sin entrar a valorar hasta qué punto cada persona –mayor o menor de edad– puede por sí misma escoger el cuerpo, el sexo, la orientación sexual, el género y la identidad de género que prefiera, al margen de las realidades subyacentes en cada uno.

En primer lugar, ahondando en la propia descripción de las normas autonómicas respecto a la autodeterminación de la identidad de género, se ha de evitar «cosificar la identidad individual, definiendo una identidad de género y de sexo como la “verdadera identidad”»⁽⁵³⁾, ya que cada persona no se diluye únicamente en esa particular cualidad de la personalidad, sino que cada cual se reconoce como persona única por diferentes signos de identidad –particularidades étnicas, lingüísticas, culturales, religiosas, familiares, etc.–, que le permiten adquirir conciencia de su identidad personal. Y, en segundo lugar, entendiendo que los citados derechos de autodeterminación o definición afectan al derecho a la intimidad del menor, el foco de atención lo fijamos en el principio personalista del artículo 10.1 de la CE que supondría, respecto al ejercicio de los derechos personalísimos del menor, que los padres como titulares de la patria potestad, en virtud del deber de velar por las personas sometidas a su potestad que impone el artículo 154 CC, «podrán tomar decisiones que afecten a la esfera personal del menor pero no ejerciendo por representación derechos personalísimos, sino en cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad»⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ RODRIGO LARA, M.^a B., «El menor de edad y su derecho de libertad religiosa como agentes determinantes del interés superior del niño», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 35 (2019), pp. 351-376.

⁽⁵³⁾ FERNÁNDEZ- LLEBREZ, F., «Malestares de género: identidad e inclusión democrática», en *Foro Interno*, 12 (2012), p. 37.

⁽⁵⁴⁾ ASENSIO SÁNCHEZ, A., *El libre desarrollo de la personalidad: en torno a un nuevo planteamiento de los derechos fundamentales*, en Salinas de Frías, A. (coord.), *Persona y Estado en el umbral del siglo xxii*. Facultad de Derecho de Málaga, 2001, p. 29.

En consecuencia, cabe considerar que los nuevos derechos de autodeterminación personal del menor, al abarcar todos los aspectos de su persona e identidad y partiendo del reconocimiento de la dignidad humana, están vinculados con el derecho a la intimidad personal y familiar, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus creencias religiosas y morales, tanto más cuanto menores son las condiciones de madurez de los niños y carezcan aún de la capacidad necesaria para actuar de forma consciente y libre. Por tanto, con el fin de ir equilibrando el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales del menor a su adecuado y progresivo crecimiento y madurez personal, corresponde a los padres la toma de decisiones que afecten a los derechos fundamentales de sus hijos, como es el caso en el que nos encontramos, manteniendo siempre como eje fundamental de sus decisiones, el mejor interés de los menores.

5.2 Identidad de género en alumnos menores de edad y seguridad jurídica

Como cuestión previa a la terminología usada en las normas respecto a las «personas trans e intersexuales menores de edad» a las que aluden las normas autonómicas, cabe destacar que, desde un punto de vista clínico, nos encontramos ante menores en «proceso de construcción de identidad de género sentida»⁽⁵⁵⁾, que requiere contemplar las características particulares de la atención a menores. En concreto, esta atención implica asegurar una correcta respuesta a la demanda que expone cada menor, ya que, «al ser el paciente un sujeto en desarrollo, se presupone que todo en lo que está inmerso es cambiante, inestable o inmaduro»⁽⁵⁶⁾. En consecuencia, si desde la atención psicológica y médica se debe atender a dichas particularidades, en el ámbito educativo y jurídico también, a los efectos de implementar medidas eficaces que garanticen sus derechos y los de todos los alumnos, a través de normas claras, estables y previsibles.

En este epígrafe abordaremos la obligación del legislador de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales⁽⁵⁷⁾, analizando, en particular, en qué posición queda el derecho a la intimidad de todos los alumnos cuando las leyes autonómicas se refieren al deber de respetar la imagen

⁽⁵⁵⁾ ASENJO-ARAQUE, N.; GARCÍA-GIBERT, C.; RODRÍGUEZ-MOLINA, J. M.; BECERRA-FERNÁNDEZ, A., y LUCIO-PÉREZ, M.ª J., y Grupo GIDSEEN, «Disforia de género en la infancia y adolescencia: una revisión de su abordaje, diagnóstico y persistencia», en *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, vol. 2, núm. 1 (2015), p. 35.

⁽⁵⁶⁾ *Ibid.*, p. 34.

⁽⁵⁷⁾ PRIETO SANCHÍS, L., «El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución española», en *Anuario de Derechos Humanos*, 2 (1983), pp. 371-372.

física del alumnado transexual⁽⁵⁸⁾ y la libre elección de su indumentaria conforme al género o el sexo elegido, por cuanto de ello se deriva que en los colegios en que exista la obligatoriedad de vestir un uniforme diferenciado por sexos, se ha de reconocer el derecho del alumnado transexual a vestir el que corresponda en función de la identidad sexual manifestada y en el caso de realizarse actividades diferenciadas por sexo, se tendrá en cuenta el sexo sentido por cada alumno, garantizándose el acceso y uso de las instalaciones del centro de acuerdo con su identidad de género, incluyendo los aseos y los vestuarios⁽⁵⁹⁾.

En la descripción de estas medidas puede observarse nuevamente una negación de la objetividad inherente a la naturaleza sexuada del ser humano, al sustituirse la diferencia biológica entre los sexos por una concepción subjetiva e individualizada de la identidad, fundamentada exclusivamente en las emociones personales. En este contexto, el hecho de que el cumplimiento de determinadas normas jurídicas dependa exclusivamente de la voluntad declarativa de los menores introduce un elemento de inseguridad jurídica que se aleja de la complejidad real que caracteriza los procesos de disforia de género durante la infancia y la adolescencia⁽⁶⁰⁾. Como hemos dicho, al ser el menor un sujeto en desarrollo se presupone que todo en lo que está inmerso es cambiante, inestable o inmaduro y se puede decir «que es necesario discernir con un criterio objetivo qué es lo que demanda el menor y si lo que demanda tiene que ver con el género, en este caso, o más bien con el proceso de reafirmación de su personalidad propio de la edad en la que se encuentra»⁽⁶¹⁾. Por tanto, esta etapa del desarrollo personal de los menores está marcada por una alta volatilidad emocional, madurativa y psicológica, lo que exige un enfoque normativo más prudente, que tenga en

⁽⁵⁸⁾ Respecto a la terminología «alumnado transexual», no se puede hablar de que un menor sea transexual porque, como explica Juana Martínez Tudela, especialista en Psicología Clínica de la Unidad de Transexualidad e Identidad de Género del hospital Carlos Haya de Málaga, «todos los manuales de clasificación diagnóstica, todos, dicen que el transexualismo es en la edad adulta». *Vid.* <http://www.laopiniondemalaga.es/malaga/2013/10/30/15-ninos-disforia-genero-termina/627900.html> (Última consulta, 15 de junio 2025). Asimismo, sobre la identidad transgénero en niños, *Vid.* MAYER, L. S., y otros, *Sexualidad y género*, *cit.*, pp. 98-103.

⁽⁵⁹⁾ Artículo 34 g) y h) de la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales; Artículo 15.2.a) de la Ley 2/2014, de 8 de julio, de Andalucía; artículo 20.3.c), y d) de la Ley 12/2015, de 8 de abril, de Extremadura; artículo 25.4. c), d) de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de Murcia; artículo 22.1. A. c), d) de la Ley 8/2016, de 30 de mayo, de las Islas Baleares; artículo 21.1.f) del Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana.

⁽⁶⁰⁾ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.; GUERRA MORA, P.; DÍAZ MÉNDEZ, M., y Grupo GIDSEEN, «La disforia de género en la infancia en las clasificaciones diagnósticas», en *Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace*, 110 (2014), pp. 25-35.

⁽⁶¹⁾ ASENJO-ARAQUE, N.; GARCÍA-GIBERT, C.; RODRÍGUEZ-MOLINA, J. M.; BECERRA-FERNÁNDEZ, A., y LUCIO-PÉREZ, M.ª J., y Grupo GIDSEEN, *Disforia de género en la infancia y adolescencia: una revisión de su abordaje, diagnóstico y persistencia*, *cit.*, p. 34. Este trabajo describe cuantitativamente la casuística de la Unidad de Identidad de Género del Hospital Universitario Ramón y Cajal de Madrid desde 2009 hasta 2013. También se expone la persistencia del diagnóstico referido a la disforia de género en el tiempo según los datos obtenidos en dicha unidad y se comparan estos datos con los de unidades similares. La muestra estuvo compuesta por 45 pacientes con una media de edad de 16 años.

cuenta tanto la protección del interés superior del menor como la necesidad de garantizar un entorno educativo y familiar estable, libre de presiones ideológicas o decisiones prematuras de difícil reversibilidad.

Según las normas que recogen las medidas relacionadas con el sexo sentido por cada alumno se pretenden alcanzar dos objetivos diferentes. Por un lado, la norma canaria determina como objetivo la garantía de «acceso de las personas transexuales a una educación permanente y de calidad que les permita su realización personal y social»⁽⁶²⁾, lo cual no debe ser sólo una pretendida finalidad, sino un deber de las autoridades públicas en materia educativa. Por otro lado, los legisladores extremeño, murciano y balear entienden que esta medida se lleva a cabo «teniendo presente el derecho de las personas transexuales a poder desarrollar libremente su personalidad durante su infancia y adolescencia conforme a su identidad sexual, (...) a fin de evitar discriminaciones por razón de identidad sexual y el menoscabo de los derechos a la intimidad y vida privada del alumnado»⁽⁶³⁾.

Estos dos objetivos, por tanto, se presentan como justificación de la medida concerniente al uso de los aseos y vestuarios por parte de los alumnos en los términos anteriormente expuestos. Desde el punto de vista jurídico, debemos reseñar el conflicto que puede surgir cuando una alumna o sus padres invoquen el derecho a que sea respetada la intimidad de la menor en el uso de dichas instalaciones, ante la posibilidad de que un chico –mayor o menor que las alumnas usuarias de los mismos– utilice los de las chicas cuando diga sentirse una de éstas, o viceversa. Ante esta situación nos encontraríamos con la confluencia del respectivo derecho a la intimidad de cada alumno del colegio.

Como punto de partida a la hora de valorar la confluencia de derechos, nos situamos en el artículo 10.1 de la CE que señala el respeto a los derechos de los demás como uno de los fundamentos del orden político y la paz social, que alcanza la categoría de límite de los derechos propios cuando estos concurren con los de terceros⁽⁶⁴⁾. A partir de aquí, en atención a los objetivos que persiguen las normas que estudiamos, se aprecia la concurrencia de los derechos de todos los alumnos al acceso a una educación permanente y de calidad que permita su realización personal y social, a poder desarrollar libremente su personalidad durante su infancia y adolescencia, y a la protección de su intimidad y vida privada a fin de evitar cualquier tipo de discriminación, no sólo en base a la identidad sexual. De este

⁽⁶²⁾ Artículo 33.3 de la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales.

⁽⁶³⁾ Artículo 20.3 de la Ley 12/2015, de 8 de abril, de Extremadura; Artículo 25.4 de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de Murcia; artículo 22. 1 A) de la Ley 8/2016, de 30 de mayo, de las Islas Baleares.

⁽⁶⁴⁾ Sobre la determinación prudencial de la esfera de protección en el caso de confluencia de derechos, *vid.* MUÑOZ ARNAU, J. A., *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho constitucional español*, Aranzadi, Pamplona, 1998. pp. 168-173.

modo, los citados derechos pueden ser invocados por todos los alumnos y, consecuentemente, el derecho de uno se constituiría como límite del de otro, debiendo conciliarse tales intereses a través del principio de igualdad para impedir cualquier posible discriminación.

Asimismo, en los supuestos que describen las normas autonómicas entra en juego el derecho de los menores a su intimidad, de tal manera, que todos los alumnos pueden invocar el derecho a preservar su intimidad en los baños y vestuarios de los colegios ante la presencia de alumnos del sexo contrario. En este sentido, el TC ha determinado que la intimidad corporal forma parte de la intimidad personal, cuyo ámbito de protección no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal⁽⁶⁵⁾, es decir, que lo que se protege es el sentimiento de pudor que como tal se tiene en la sociedad⁽⁶⁶⁾. Precisamente, el uso de los baños y vestuarios separados por sexo tiene comúnmente por finalidad, el preservar el sentimiento de pudor de hombres y mujeres cuando estos realizan «actos de intimidad corporal»⁽⁶⁷⁾ en tales sitios.

Sobre este escenario legal, nuestro análisis no se dirige a determinar la prevalencia del derecho de unos menores sobre el de otros, sino más bien, a la luz del derecho a la intimidad que se ve implicado, sopesar un juicio de ponderación para comprobar si el medio más adecuado para alcanzar los objetivos descritos en las normas es el uso compartido de estas instalaciones, especialmente, a partir de cierta edad, como puede ser desde el comienzo de la pubertad.

En primer lugar, tras advertir la facilidad con la que se puede producir un abuso de derecho en cuanto a que el único requisito para usar los baños y vestuarios de los alumnos del sexo contrario es el manifestar un sentimiento de pertenencia al otro sexo, cabe plantearnos si esta medida con la que queda expuesto el derecho a la intimidad de los alumnos es adecuada, necesaria y proporcionada para garantizar el acceso de las personas transexuales a una educación permanente y de calidad que les permita su realización y evitar discriminaciones o el menoscabo de sus derechos. En estas circunstancias, junto al principio de igualdad, el principio de proporcionalidad se convierte en un eje fundamental de interpretación dirigido a defender el derecho constitucionalmente protegido a la intimidad de cada alumno menor de edad, teniendo en consideración los efectos concretos de la medida particular y no sólo la valoración subjetiva sobre la intención del legislador que motivó su aprobación.

⁽⁶⁵⁾ SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7.º; 120/1990, de 27 de junio, FJ. 12.º; 137/1990, de 19 de julio, FJ. 10.º; 57/1994, de 28 de febrero, FJ. 5.º

⁽⁶⁶⁾ RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 81.

⁽⁶⁷⁾ STS 917/2016, de 2 de diciembre, FJ 2.º y 3.º

Para el TC, «la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo sólo puede dar lugar a un enjuiciamiento por este Tribunal cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza»⁽⁶⁸⁾, exigiéndose, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la intervención limitativa del derecho fundamental⁽⁶⁹⁾, de tal manera, que se ha de intentar «determinar si el sacrificio del derecho fundamental se encuentra en una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés que se trata de proteger»⁽⁷⁰⁾.

A partir de aquí, nos encontramos ante un supuesto en el que si bien los objetivos definidos en las normas se refieren a la protección razonable de ciertos intereses jurídicos de los menores –la garantía de acceso de las personas transexuales a una educación permanente y de calidad que les permita su realización personal y social, o evitar discriminaciones por razón de identidad sexual y el menoscabo de los derechos a la intimidad y vida privada–, entendemos que la medida contemplada para la consecución de tales objetivos no es adecuada, porque con ella se crea una confrontación del derecho a la intimidad de unos alumnos frente al de otros, generándose un problema de coexistencia de derechos que no puede resolverse en abstracto y de una vez y para siempre, mediante la imposición normativa⁽⁷¹⁾. Es así que desde el punto de vista de la neutralidad del Estado, la potestad legislativa encuentra el límite a su discrecionalidad política en el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales que debe respetarse, aunque la actuación del legislador no tenga por objeto limitar una libertad sino, también, cuando pretenda regular el ejercicio de los derechos⁽⁷²⁾, para evitar que las normas jurídicas sean establecidas para dirigir las conductas que afectan a la esfera íntima de las personas.

Insistimos en que no es susceptible de jerarquización los derechos a la intimidad, a la imagen e incluso a la educación, de unos alumnos sobre otros, pues el mismo contenido esencial de estos derechos es necesario para proteger la libertad requerida para el libre desarrollo de la personalidad de todos los menores, sino que el objeto de ponderación son los medios que las normas autonómicas imponen como forma de preservar la imagen física del alumnado transexual y justificar el uso de las instalaciones del colegio separadas por sexo sin tener en cuenta la esfera de intimidad y privacidad de todos los alumnos.

⁽⁶⁸⁾ STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1.º

⁽⁶⁹⁾ Cfr. STC 107/1996, de 12 de junio, FJ 9.º

⁽⁷⁰⁾ Vid. NARANJO DE LA CRUZ, R., *Delimitación y límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000, pp. 101-105.

⁽⁷¹⁾ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución española*, cit., pp. 392-394.

⁽⁷²⁾ *Ibid.*, pp. 392-395.

6. CONCLUSIONES

Las normativas que hemos analizado sobre el tratamiento de la diversidad sexual e identidad de género en los centros educativos públicos de Estados Unidos nos muestran las grandes diferencias que presentan las legislaciones según estén patrocinadas por gobiernos republicanos o demócratas. De aquí la importancia de que en los planes de estudio no tengan cabida ciertas asignaturas o contenidos docentes que sean susceptibles de conllevar un uso ideológico o un adoctrinamiento religioso por parte de las autoridades públicas. En virtud de ello, estas enseñanzas forman parte del derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones religiosas y morales, por lo que les corresponderá a ellos decidir cuál es el contexto y el momento más apropiado para instruirles sobre determinadas cuestiones que por su naturaleza están revestidas de un contenido moral y cuya instrucción no puede proporcionarse basándose exclusivamente en principios abstractos o subjetivos, sin ningún tipo de fundamentación ética o moral.

Consecuentemente, respecto a las enseñanzas sobre educación sexual y cuestiones de género no se trata de si los padres pueden controlar el plan de estudios de la escuela pública, sino más bien, si los padres deben estar plenamente informados sobre lo que sus hijos estudian en la escuela, sobre todo, cuando se trata de estudios no académicos, sexualmente explícitos y que son administrados, como el caso *Fields*, a niños de tan sólo 6 años de edad. Para que los padres puedan tomar una decisión informada respecto a la educación de sus hijos, estos deben tener y las autoridades educativas deben respetar, el derecho de los padres a ser informados sobre el contenido de esa educación, tal y como se indica en la *Family Educational Rights and Privacy Act*. En todo caso, muchos padres no tienen otra alternativa a la escuela pública para que sus hijos reciban la educación escolar, por lo que tienen que ser capaces de confiar en que la escuela mantiene efectivamente el interés superior del menor en el centro de su actuación y esta confianza sólo puede existir cuando la escuela es transparente respecto a las enseñanzas que transmite a los alumnos.

En los próximos meses, el Tribunal Supremo norteamericano sentará un importante precedente en torno a las políticas educativas en todo el país, concretamente, en lo relativo a contenidos sobre diversidad sexual y de género en la educación pública con la resolución del caso *Mahmoud v. Taylor*.

En la ponderación entre los derechos de los padres y sus hijos y la potestad del Estado para determinar el plan de estudios e imponer ciertas enseñanzas que afecten a la moral de los alumnos, el punto de equilibrio debe girar en torno al límite del Estado para determinar estos contenidos adaptándolos a sus propios puntos de vista ideológicos, marcado por el derecho

de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones y el principio de neutralidad ideológica y religiosa del Estado. En este sentido, en España, a la luz de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, y las diversas normas autonómicas sobre la misma materia que hemos analizado, observamos fácilmente el posicionamiento dentro de un marco moral de referencia con el que se identifica el legislador español, lo que supone la quiebra del pluralismo como valor consagrado en el artículo 1.1 de la CE que en el ámbito de la enseñanza ha de ser integrado como criterio educativo para ayudar a transmitir a los alumnos la existencia de una diversidad de concepciones sobre la vida individual y colectiva formadas por los ciudadanos en el ejercicio de su libertad individual y el respeto a cada una de ellas.

Respecto a la disforia de género en la infancia y la adolescencia, no cabe duda acerca de la atención específica que requiere cada menor en todos los ámbitos, incluyendo la educación. La cuestión es si los medios establecidos en las normas autonómicas son los más efectivos para recibir estos cuidados. De esta manera, en la atención requerida a nivel escolar debe prevalecer la búsqueda del interés superior del menor de forma real en su entorno concreto, valorando no sólo el texto de las normas que crea el legislador, sino, también, la dimensión humana de cada uno de ellos, por cuanto «una visión puramente normativa del interés del menor arriesga el poner excesivamente el acento en aspectos jurídicos [o normativos] infravalorando el elemento personal y humano, y quizá olvidando que lo que se busca es lo mejor para un niño o un joven, no un abstracto interés (frente a otros)»⁽⁷³⁾.

Al mismo tiempo, en el análisis de los objetivos de las normas y el efecto real que generan sobre los alumnos menores de edad debemos diferenciar entre, por un lado, la obligación del Estado de garantizar la protección integral de los menores en edad escolar –quienes, en virtud de su especial situación de vulnerabilidad derivada de su falta de madurez y dependencia, requieren una tutela reforzada frente a cualquier forma de discriminación, con independencia de su causa– y, por otro lado, la pretensión de instrumentalizar el ordenamiento jurídico como medio para imponer determinadas concepciones morales a la sociedad en su conjunto. Esta última finalidad excede el marco legítimo de actuación de las autoridades educativas, en la medida en que compromete el principio de neutralidad ideológica del Estado y puede suponer una injerencia indebida en la libertad de conciencia de los ciudadanos.

En conclusión, la educación pública debe orientarse hacia la formación de ciudadanos libres y responsables, garantizando la protección efectiva de

⁽⁷³⁾ RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El interés del menor: del standard jurídico el principio general», en *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 69.

los menores frente a cualquier forma de discriminación, sin instrumentalizar el sistema educativo con fines ideológicos. Únicamente mediante el respeto al pluralismo y a la libertad de conciencia podrá mantenerse el delicado equilibrio entre la neutralidad del Estado y la participación legítima de las familias y los distintos sectores sociales en la configuración de los contenidos educativos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARECES PIÑOL, M.^a T., «Objeción de conciencia a determinados contenidos docentes obligatorios a propósito de la ley trans», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 63 (2023).
- ASENJO-ARAQUE, N.; GARCÍA-GIBERT, C.; RODRÍGUEZ-MOLINA, J. M.; BECERRA-FERNÁNDEZ, A., y LUCIO-PÉREZ, M.^a J., y Grupo GIDSEEN, «Disforia de género en la infancia y adolescencia: una revisión de su abordaje, diagnóstico y persistencia», en *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, Vol. 2, núm. 1 (2015).
- ASENSIO SÁNCHEZ, A., «El libre desarrollo de la personalidad: en torno a un nuevo planteamiento de los derechos fundamentales», en Salinas de Frías, A. (coord.), *Persona y Estado en el umbral del siglo XXII*. Facultad de Derecho de Málaga, 2001.
- *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor: el interés del menor a la libre formación de su conciencia*, Tecnos, Madrid, 2006.
- «La patria potestad y la educación religiosa de los hijos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17 (2011).
- BINDAS, M., «The Once and Future Promise of Religious Schools for Poor and Minority Students», en *The Yale Law Journal Forum*, 17 (2022).
- BROWN, E. J., «When Insiders Become Outsiders: Parental Objections to Public School Sex Education Programs», en *Duke Law Journal*, 59 (2009).
- CAÑAMARES ARRIBAS, S., «Género y orientación sexual. la aplicación de las leyes de igualdad sobre las entidades religiosas en el Derecho norteamericano», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 128 (2023).
- EICHNER, M., «School Surveys and Children's Education: The Argument for Shared Authority Between Parents and the State», en *Journal of Law & Education*, 38 (2009).
- FERNÁNDEZ-LLEBREZ, F., «Malestares de género: identidad e inclusión democrática», en *Foro Interno*, 12 (2012).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.; GUERRA MORA, P.; DÍAZ MÉNDEZ, M., y Grupo GIDSEEN, «La disforia de género en la infancia en las clasificaciones diagnósticas», en *Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace*, 110 (2014).
- FU, J., «The Researcher's Second Laboratory: Protecting Our Children from Social Surveys in Public Schools in Light of Fields v. Palmdale School District», en *Southern California Law Review*, 80 (2007).
- GARCÍA GARNICA, M. C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- GARCIMARTÍN MONTERO, C., «Neutralidad y escuela pública: a propósito de la Educación para la Ciudadanía», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 14 (2007).
- GARNETT, R. W., «Accommodation, Establishment, and Freedom of Religion», *Vanderbilt Law Review En Banc*, 67 (2014).

- KAVEY, M., «Private Voucher Schools and the First Amendment Right to Discriminate», *The Yale Law Journal*, Vol. 113, núm. 3, (2003).
- LAMACCHIA, T. F., «Reverse Accommodation of Religion», *The Georgetown Law Journal*, 81 (1992).
- LAYCOK, D., «Towards a General Theory of the Religion Clauses: The Case of Church Labor Relations and the Right to Church Autonomy», *Columbia Law Review*, 81 (1981).
- LECHLITER, M. E., «The Free Exercise of Religion and Public Schools: The Implications of Hybrid Rights on the Religious Upbringing of Children», en *Michigan Law Review*, 103 (2005).
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- MARZOA, A., «No confesionalidad e indiferentismo en materia religiosa (dos términos no implicados)», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 5 (1989).
- MAYER, L. S., y otros, «Sexualidad y género», en «The New Atlantis» 50 (2016).
- MUÑOZ ARNAU, J. A., *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- NARANJO DE LA CRUZ, R., *Delimitación y límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000.
- PALOMINO LOZANO, R., *Las objeciones de conciencia*, Madrid, Universidad Complutense (2001).
- PRIETO SANCHÍS, L., «El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución española», en *Anuario de Derechos Humanos*, 2 (1983).
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El interés del menor: del standard jurídico el principio general», en *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.
- ROBLES MONCHÓN, G., «El libre desarrollo de la personalidad. (Artículo 10.1 de la CE)», en L. García San Miguel, (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*. Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, Madrid, 1995.
- RODRIGO LARA, M.^a B., «El menor de edad y su derecho de libertad religiosa como agentes determinantes del interés superior del niño», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 35 (2019).
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «El Estado aconfesional o neutro como sujeto “religiosamente incapaz”. Un modelo explicativo del artículo 16.3 CE», en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional, Madrid, 2008.
- RUÍZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.
- SALOMONE, R. C., «Common Schools, Uncommon Values: Listening to the Voices of Dissent» en *Yale Law & Policy Review*, 14 (1996).
- SÁNCHEZ MORÓN, M.^a J., «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15 (2011).
- VILADRICH, P. J., «Los principios informadores del Derecho eclesiástico español», en *Derecho eclesiástico del Estado español*, Eunsa, Pamplona, 1980.
- YERBY, W. E., «Toward Religious Neutrality in the Public School Curriculum», en *The University of Chicago Law Review*, 56 (1989).

TERCERA PARTE

**ACOMODACIÓN DE LA RELIGIÓN EN
EL ENTORNO DE LA SALUD PÚBLICA**

Pandemia y no afectación del ejercicio de la libertad religiosa por el Estado en Uruguay*

Pandemic and non-affectation of the exercise of religious freedom by the State in Uruguay

CARMEN ASIAÍN PEREIRA

Universidad de Montevideo (Uruguay)⁽¹⁾

Resumen: Tras un relevamiento de los derechos constitucionales fundamentales susceptibles de ser afectados por la pandemia en Uruguay, destaca la libertad religiosa como primer derecho humano, así como la consagración de la libertad de conciencia como parte del reconocimiento y protección de las libertades del espíritu. Se analiza el impacto de la pandemia sobre la efectividad del ejercicio del derecho de libertad religiosa y especialmente la gestión estatal del factor religioso bajo el principio rector de *Libertad Responsable* que el Presidente Lacalle Pou aplicó durante todo el manejo de la Pandemia, lo que convirtió al modelo uruguayo no solo en exitoso sino en modelo de gestión respetuosa del derecho de libertad religiosa. Se analizan las medidas adoptadas por el gobierno y específicamente la regulación de la dimensión externa y colectiva del derecho de libertad religiosa, así como iniciativas legislativas que no alcanzaron concreción.

Abstract: After a survey of the fundamental constitutional rights likely to be affected by the pandemic in Uruguay, it highlights religious freedom as the first human

* Este trabajo fue publicado en formato electrónico en la Revista Latinoamericana de Derecho y Religión Vol. 9 N° 1 (2023), <https://revistalatderechoyreligion.uc.cl/index.php/RLDR/article/view/62995> y fue actualizado para esta publicación.

⁽¹⁾ Es también Profesora de Derechos Humanos y Empresa (Universidad de Montevideo) y de Derecho y Religión, Instituto Universitario Mons. M. Soler. Expresidente del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa. Miembro del Consejo Ejecutivo del ICLARS (International Center for Law and Religion Studies). Senadora de la República 2015-2030, actualmente suplente.

right, as well as the enshrinement of freedom of conscience as part of the recognition and protection of spiritual freedoms. The impact of the pandemic on the effectiveness of the exercise of the right to religious freedom is analyzed, and especially the State's management of the religious factor under the guiding principle of Responsible Freedom, which President Lacalle Pou applied throughout the pandemic. This made the Uruguayan case not only successful but also a model of respectful management of the right to religious freedom. The measures adopted by the government are analyzed, specifically the regulation of the external and collective dimension of the right to religious freedom, as well as legislative initiatives that failed to materialize.

Palabras clave: Libertad religiosa, libertad de conciencia, la pandemia, Presidente Lacalle Pou, modelo de *Libertad Responsable*.

Key words: Religious freedom, freedom of conscience, pandemic, President Lacalle Pou, *Responsible Freedom* model.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Marco jurídico sobre derechos fundamentales susceptibles de ser afectados por la pandemia. 2.1 La libertad religiosa es el primer derecho humano consagrado por la Constitución. 2.2 La libertad de conciencia fue reconocida y blindada desde 1934. 2.3 La dogmática constitucional está dirigida al reconocimiento y protección de las libertades del espíritu. 2.4 Otros derechos y libertades constitucionales de posible afectación por la pandemia. 2.5 Los derechos de libre circulación, reunión y salud fueron conjugados para la adopción de medidas transitorias durante la pandemia.—3. El ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa durante la pandemia. 3.1 De oveja negra al mejor de la clase. 3.2 La gestión pública del factor religioso durante la pandemia: La *Libertad Responsable* del Presidente Luis Lacalle Pou. 3.3 El concepto de libertad responsable del Presidente Luis Lacalle Pou. 3.4 El principio de Libertad Responsable aplicado a lo religioso. 3.5 La regulación específica de la dimensión externa y colectiva del derecho de libertad religiosa. 3.6 Un proyecto de ley desatendido que pudo haber mitigado la restricción del ejercicio de la libertad religiosa causada por la pandemia.—4. A modo de epílogo. Pandemia, libertad responsable y su concreción en el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa.—Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando el caso Uruguay es presentado en foros internacionales es muy frecuente que llame la atención como un caso extremo de secularismo negador del factor religioso en la sociedad, y en ocasiones hasta violatorio del derecho fundamental de libertad religiosa y de conciencia. Esta reputación se la ha ganado debido a experimentos exitosos únicos en el Derecho comparado como la invasión de feriados religiosos —no sólo su secularización—

por el Estado, adoptando el calendario de feriados cristianos pero renombrando sus festividades y hasta tomando días feriados religiosos móviles –como la Semana Santa o Semana Mayor por ser la principal celebración de los católicos y algunas denominaciones cristianas, declarando toda la semana como feriado oficial pero cambiando su nombre por Semana de Turismo–, y manifestando sin pudor que el propósito de la medida era que la gente se tomara toda la semana de vacaciones, lejos de los templos, para *«quitarle el carácter luctual a las fiestas religiosas»*, y para *«sacar a los fieles de los templos»*.⁽²⁾ Para muestra sirve un botón y este ejemplo ilustra el espíritu del legislador de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, que permeó el ordenamiento jurídico uruguayo, más en la interpretación y aplicación con perspectiva laicista del Derecho, que en el marco jurídico general. Otra cosa dice la Constitución, y desde ya, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos suscripto por la República. Pero sirva este indicador para ubicarnos.

En este contexto general de autopercepción laicista –que no necesariamente se correspondía con el mandato del constituyente– era de esperar que, en materia de manejo de la pandemia en materia de libertad religiosa, Uruguay fuera una vez más la oveja negra entre sus pares latinoamericanos y aún más allá, de todo Occidente.

Otra fue la realidad. ¿Una posible explicación? El cambio de gobierno tras quince años de administraciones de una izquierda radical, con el consiguiente cambio de ideología política y la libertad como principio rector del nuevo Presidente de la República, Luis Lacalle Pou.

2. MARCO JURÍDICO SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES SUSCEPTIBLES DE SER AFECTADOS POR LA PANDEMIA

Como adelantáramos, la primera Constitución uruguaya, de 1830, consagraba un Estado confesional católico con libertad de conciencia y de cultos al amparo del reconocimiento de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión y asociación.

Mucho tuvieron que ver las corrientes político-ideológicas del liberalismo francés, del positivismo y hasta del jacobinismo –con fuerte influencia masónica– en el proceso de secularización que se desarrolló posteriormente, entre la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX y que cristalizó en la reforma de la Constitución en 1917-1919. Esta consagró la no

⁽²⁾ ASIAÍN PEREIRA, C., «Algunas Reflexiones acerca de la Libertad Religiosa en el Uruguay», en *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, T. X, 2003.

confesionalidad del Estado, luego de proclamar la libertad de cultos en el artículo 5.º, que se mantiene incambiado en la Constitución vigente:

SECCIÓN I - DE LA NACIÓN Y SU SOBERANÍA

CAPÍTULO III

Artículo 5:

«Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones».

Si bien la terminología de la primera frase de la cláusula constitucional ha quedado un poco desactualizada al referir a los «cultos religiosos», la interpretación y armonización sistemático-teleológica del texto con el resto del plexo constitucional de matriz iusnaturalista, hace que debamos entender por ello la libertad religiosa y de conciencia, sobre todo como consecuencia de la suscripción de los tratados internacionales de Derechos Humanos, que conforman con la Carta Magna el llamado bloque de los derechos humanos⁽³⁾

Por ello es que decimos al comienzo que el marco fundamental blindado por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra un Estado respetuoso de la libertad religiosa, y hasta plural, pero que es la interpretación y aplicación del mismo, y hasta la normativa infra-valente, la que en los hechos incurre o pretende incurrir en la discriminatoria reclusión de lo religioso al ámbito privado, negadora del factor religioso en la sociedad, y en ocasiones en franca violación del derecho de libertad religiosa y de conciencia –como en la penalización del matrimonio religioso no precedido del civil, que fue problemático en pandemia–.

2.1 La libertad religiosa es el primer derecho humano consagrado por la Constitución

La libertad religiosa es así el derecho humano consagrado en primer lugar en nuestra Constitución. Primero la Constitución define a la asociación política de los habitantes (n.b.: no ciudadanos, sino los habitantes, sean

⁽³⁾ RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional*, T. I, 2.ª Ed., F.C.U., Montevideo, 2006, pp. 369 y ss.

ciudadanos o no) comprendidos dentro de su territorio, como República. Proclama la libertad e independencia de la República. Adhiere a la tesis de la soberanía nacional. Hasta aquí los llamados «edictos constitucionales perpetuos» que definen al Estado. La dogmática constitucional tiene como centro y fin a la persona humana, adhiriendo al iusnaturalismo.

Y a continuación, el primer derecho humano fundamental proclamado por la Constitución en el citado artículo 5.º, la primera libertad, es la libertad religiosa, aún antes de definir al Estado como no confesional.

Como decíamos, a pesar de esta consagración constitucional temprana y más allá de la suscripción de los tratados internacionales y regionales de derechos humanos que consagran a la libertad de conciencia y religión de forma amplia, es frecuente que la normativa infravalente carezca de la consideración del factor religioso en la sociedad –aunque más no sea por prescindente omisión, cuando no por hostilidad hacia las expresiones religiosas–. Y son más frecuentes aún las interpretaciones inconscientemente *contra lege* del ordenamiento jurídico, para negar aquel derecho fundamental que es hoy objeto de protección por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es como si se ignorase que la libertad de conciencia y religión son derechos humanos.

Pero volvamos al texto, que es lo que vale al final. El artículo 5 reconoce, aunque con términos ya superados, la libertad religiosa de sus habitantes y define a la comunidad política Estado como no confesional. Reconoce la preexistencia de la Iglesia Católica, a la que le reconoce la propiedad de los templos, aun los construidos con fondos públicos durante el casi siglo de confesionalidad del Estado. Y como medida de fomento, facilitación y valoración positiva de las religiones, las exonera de impuestos.

2.2 La libertad de conciencia fue reconocida y blindada desde 1934

Siguiendo la tendencia que surgió de la reforma social en el terreno de derechos sociales, económicos y laborales, la reforma constitucional de 1934 incorporó el reconocimiento de la *independencia* de la conciencia moral y cívica de todo aquel que se hallare en una relación de trabajo o servicio, disposición que se ha mantenido hasta ahora, en el artículo 54:

«Artículo 54. La ley ha de reconocer a quien se hallaré en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; (...)».

Es este artículo 54 la consagración más explícita de la protección de la conciencia de todo aquel que se hallare en una relación de trabajo o servicio, pero también aplicable –por ser un derecho humano fundamental– a

todo ser humano aun fuera de estas hipótesis, de conformidad con la interpretación lógico sistemática teleológica⁽⁴⁾. El derecho es *reconocido* como preexistente, no otorgado. La positivización viene a dar garantías para el respeto de este derecho preexistente.

La Constitución mandata al legislador a que por medio de ley reglamente la protección de la independencia de la conciencia de los sujetos alcanzados. Si bien esta ley aún no se ha dictado⁽⁵⁾ –y el legislador sigue incumpliendo el mandato constitucional⁽⁶⁾–, dicha falta de reglamentación no priva a los habitantes de su protección, sino que esta omisión viene suplida por la consagración de la *aplicabilidad directa* de los preceptos que reconocen derechos a los individuos, así como de los que imponen deberes a las autoridades públicas (artículo 332 de la Constitución)⁽⁷⁾.

Proclamada la libertad de conciencia, el derecho (subjeto) de objeción de conciencia es reconocido con rango constitucional y aún supraordenado en los instrumentos internacionales de derechos humanos⁽⁸⁾ por lo cual y como ha dicho el Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁽⁹⁾ lo que tiene carácter excepcional y debe interpretarse con carácter restrictivo es su limitación.

⁽⁴⁾ Cf. ESTEVA GALLICCHIO, E., «La interpretación constitucional según la doctrina uruguaya», en E. Ferrer Mac-Gregor, A. Zaldívar Lelo De Larrea, (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, T. VI, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral, ISBN 970-32-5381-4, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁽⁵⁾ BARBAGELATA, A. L., «La independencia de la conciencia moral y cívica...», p. 13, transcribiendo artículos del Proyecto de Código del Trabajo (anterior a 1950), entre los que se destacan: *Artículo 55. Queda prohibido a los patronos: ... d) obligar a sus obreros o empleados a que abandonen sus sindicatos o las agrupaciones políticas o religiosas a que pertenecieren.*» (si tenemos en cuenta que una persona puede llegar a ser expulsada de su confesión religiosa por transgredir sus mandamientos) y *Artículo 32: Se reputarán nulas y no obligarán a ninguna de las partes, aunque hubieren sido expresamente pactadas, las cláusulas siguientes: ... h) las que prohíben a los trabajadores formar parte de sindicatos y agrupaciones gremiales o profesar determinadas ideas filosóficas, políticas y religiosas.*» (teniendo presente que la profesión de ideas religiosas importa el conducirse de conformidad con dichas ideas o creencias, sin cuya manifestación aquellas serían vanas, pensamientos enclaustrados en el fuero interno que en nada afectan a la convivencia ni interesan al Derecho). Asimismo, preveía el Proyecto en su artículo 123, que no podrían ser aprobados por la autoridad pública los reglamentos internos o de taller «que impongan un régimen de trabajo contrario (...) al respeto que se debe a la persona del trabajador».

⁽⁶⁾ Proyecto presentado en diciembre de 2010 por el entonces Diputado Luis Lacalle Pou y el 15 de septiembre de 2015 reintroducido por la Senadora Carmen Asiaín en versión actualizada.

⁽⁷⁾ Artículo 332: «Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas».

⁽⁸⁾ ASIAÍN PEREIRA, C., «Objeción de conciencia: Tribunal de máximo rango anula con efectos generales y absolutos decreto que la restringía», en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, Vol. 2, núm. 1 (2016), ISSN 0719-7160, <http://www.revistalatederechoyreligion.com/ojs/ojs-2.4.6/index.php/RLDR/index> y en *Revista de Derecho Público*, Mariana Blengio Valdes (dir.), Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/48/asiain.php>, núm. 48, nov. 2015, ISSN 2301-0908.

⁽⁹⁾ Sentencia núm. 586/15 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (de 11 de agosto de 2015), en acción de nulidad promovida por un grupo de médicos ginecólogos contra las normas del Decreto del Poder Ejecutivo núm. 375/12 (reglamentario de la Ley núm. 18.987 de «Interrupción Voluntaria del Embarazo»), anuladas por el Tribunal por ser consideradas lesivas del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y del libre ejercicio de la profesión médica.

2.3 La dogmática constitucional está dirigida al reconocimiento y protección de las libertades del espíritu

La dogmática constitucional se sostiene sobre la columna vertebral formada por tres artículos, uno al comienzo, otro en el medio cerrando la parte dogmática y el último, que signan su filiación iusnaturalista, proclaman la libertad como principio identitario, suplen la omisión de la enumeración de derechos humanos en que pueda haber incurrido el constituyente y resuelven la problemática de las omisiones del legislador de reglamentar derechos y garantías de las personas, consagrando la aplicabilidad directa de los preceptos que recojan aquellos.

El artículo 7⁽¹⁰⁾ reconoce la preexistencia de derechos naturales inalienables e imprescriptibles de las personas como el derecho a la *vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad*, y encarga al Estado a proteger su goce.

Incorpora a la Carta todos los derechos y garantías que, aún no recogidos expresa o explícitamente, sean inherentes a la personalidad humana o se deriven de la forma republicana de gobierno (artículo 72⁽¹¹⁾).

La aplicabilidad directa de los preceptos que reconocen derechos a los individuos, así como de los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, para el efectivo goce y ejercicio de aquellos derechos humanos, viene dada por el citado artículo 332. Estas omisiones del legislador en brindar la garantía de la protección en el goce y ejercicio de los derechos humanos serán suplidas mediante determinados métodos de integración del Derecho, como el recurso a *los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas*.

2.4 Otros derechos y libertades constitucionales de posible afectación por la pandemia

La pandemia cambió para siempre la vida de nuestras sociedades, en algunos aspectos para mejor. Lo cierto es que la insospechada virulencia de su propagación, el desconocimiento sobre su modo de operar, moverse y expandirse, su duración y modos efectivos de combatirlo, así como de las formas de contagio y sus consecuencias, hizo que el mundo se paralizara expectante ante el monstruo desconocido y letal del COVID-19.

⁽¹⁰⁾ Artículo 7.º: «Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general».

⁽¹¹⁾ Artículo 72: «La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno».

En ese escenario, varias libertades de las que gozamos día a día sin percatarnos –y sin valorarlas debidamente–, quedaron comprometidas, o en riesgo de serlo. Exploramos principios constitucionales susceptibles de afectación por una emergencia sanitaria como la que vivimos.

La sacralidad del hogar. Reza el artículo 11⁽¹²⁾ de la Constitución que *el hogar es un sagrado inviolable*. La inviolabilidad del hogar es absoluta en la noche y durante el día, sólo munido de *orden expresa y por escrito* de *Juez competente*, previstos por la ley; o con el consentimiento de los magistrados es posible ingresar.

Esta norma no sufrió afectación en Uruguay, ni siquiera como consecuencia de las medidas sanitarias que prohibieron los espectáculos públicos y las aglomeraciones. En los casos en que se constató desde fuera de la casahabitación que estaba teniendo lugar una fiesta (las llamadas «clandes» –por clandestinas– organizadas por jóvenes durante el verano) se aplicaron multas pecuniarias y se exhortó a la disolución de la aglomeración con altoparlantes desde fuera de la casa.

El hábeas corpus, las garantías procesales y el debido proceso. Nadie fue privado de su libertad ni recluido contra su voluntad por motivo del COVID-19, aun cuando se podría haber fundamentado una medida de este tipo en la protección de la salud pública y en el interés general.

En cuanto a las garantías del debido proceso, podría analizarse si existió una posible afectación debido al pasaje a la virtualidad de las audiencias judiciales que reemplazó parcialmente a la presencialidad. La medida fue adoptada por la Suprema Corte de Justicia como órgano superintendente del Poder Judicial e implicó que los testigos comparecieran de forma presencial ante el Juez, y las partes y abogados lo hicieran vía remota. Debido a que las oficinas no funcionaban con la misma concurrencia de funcionarios ni al mismo ritmo que antes, hubo demoras en el trámite de los juicios, que a nuestro juicio no llegaron a calificar como violación de las garantías del debido proceso, y sí a una demora como lógica consecuencia de una situación de fuerza mayor.

La libertad de trabajo, comercio e industria. El artículo 36 de la Constitución consagra el derecho de toda persona de dedicarse *al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes*.

Es de imaginar que, ante la irrupción de la pandemia, se restringiera la libertad de circulación de las personas, impactando consiguientemente al trabajo, comercio o industria. Había justificaciones habilitadas por la Constitución que habrían legitimado tales restricciones, como la preservación de

(12) Artículo 11: «El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día, sólo de orden expresa de Juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley».

la salud pública. Sin embargo, y como analizaremos, fue justamente la preservación de las fuentes de trabajo –obsesión del Presidente Luis Lacalle Pou–, así como la convicción de la necesidad de «mantener los motores de la economía funcionando» –explicitación de la Ministro de Economía Azucena Arbeleche– lo que evitó que se restringieran más allá de lo imprescindible estas libertades. Podrá discutirse el alcance de las medidas, pero una cosa es cierta: jamás se decretó cuarentena obligatoria. Hubo pérdidas en varias industrias, como el turismo, gastronomía y esparcimiento en general, producto de la situación de pandemia en sí, pero no como consecuencia de medidas gubernamentales.

El libre ingreso de personas en nuestro país, «observando las leyes y salvo perjuicio de terceros». El artículo 37 de la Constitución proclama el principio del libre ingreso y permanencia en nuestro país de toda persona, así como su salida con sus bienes, con las limitantes señaladas para la protección de terceros o del interés general. Como veremos, el libre ingreso de extranjeros al territorio sí fue afectado, como consecuencia del cierre de fronteras decretado. El ingreso de uruguayos o residentes, por el contrario, fue asistido por las autoridades públicas a través del trabajo coordinado de la Cancillería, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud Pública, bajo el paraguas del programa de repatriaciones. Al mismo tiempo, se implementó una operación retorno para los extranjeros visitantes que deseaban volver a sus países de origen, mediante la logística de un corredor sanitario. Los extranjeros varados en cruceros como el famoso caso del buque Mortimer debieron permanecer en él hasta poder retornar. Muchos pasajeros contagiados del virus fueron asistidos por equipos de salud y luego retornados al buque hasta que finalmente fueron repatriados a sus países de origen.

La libertad de circulación no posee una consagración explícita en la Constitución uruguaya. Esta se deriva de la conjunción de los Artículos 7.º de la Constitución y 22 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que establece que: «*El tránsito y la permanencia de personas y vehículos en el territorio nacional son libres, con las excepciones que establezca la ley por motivos de interés general*».

La libertad de reunión pacífica y sin armas. El artículo 38 proclama que queda garantida esta libertad. «*El ejercicio de este derecho no podrá ser desconocido por ninguna autoridad de la República sino en virtud de una ley, y solamente en cuanto se oponga a la salud, la seguridad y el orden públicos*».

El derecho a la salud y el deber de cuidarla. El artículo 44 reza:

«El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes».

2.5 Los derechos de libre circulación, reunión y salud fueron conjugados para la adopción de medidas transitorias durante la pandemia

El gobierno resistió las presiones que desde la oposición y otros sectores de la sociedad –y aun desde dentro de sus filas– clamaban porque se decretara la cuarentena obligatoria. Y esta decisión se mantuvo firme, coherente con el principio de libertad responsable al que se había apelado en vez, por convicción y por consideración de un conjunto de factores que excedían lo sanitario. A instancias de Presidencia de la República se conformó un Grupo Asesor Científico Honorario (GACH) para asesorar en el manejo de la pandemia.

En Uruguay la pandemia había logrado ser controlada de manera ejemplar durante el 2020. Pero a fines de año el riesgo de propagación de contagios lo representaban las reuniones familiares y sociales por las fiestas tradicionales de Navidad y Año Nuevo, así como la dispersión sobre todo de jóvenes por las vacaciones en ocasión del receso educativo.

El Consejo Asesor Científico Honorario aconsejó adoptar medidas preventivas para evitar la propagación de los contagios.

Es así como el Poder Ejecutivo resuelve apelar a normas constitucionales, con respaldo en tratados internacionales de derechos humanos, para *limitar transitoriamente y por razones de salud pública, el derecho de reunión consagrado por el artículo 38 de la Constitución*.

La ley⁽¹³⁾ dispuso la *suspensión de las aglomeraciones de personas que generen notorio riesgo sanitario por el plazo de sesenta días, entendiendo como tales la concentración, permanencia o circulación de personas en espacios públicos o privados de uso público en las que no se respeten las medidas de distanciamiento social sanitario, ni se utilicen los elementos de protección personal adecuados*. Los infractores serían *advertidos* por la autoridad competente e *instados a desistir de su actitud*, y de persistir en la conducta serían pasibles de *apercibimiento, observación y multa, sin perjuicio de las sanciones penales que pudieran corresponder*.

La ley⁽¹⁴⁾ también reglamentó el artículo 37 de la Constitución referido al libre ingreso de personas en el territorio nacional y apelando a la excepción prevista en la misma norma prevista para el caso de *perjuicios de ter-*

⁽¹³⁾ Ley núm. 19.932 de 21 de diciembre de 2020.

⁽¹⁴⁾ Ley núm. 19.932 de 21 de diciembre de 2020, arts. 5 a 7.

ceros, prohibió el ingreso de personas al país, por el mismo plazo transitorio. No se afectó la libertad de circulación dentro del territorio.

En marzo de 2021, y ya con la vacunación iniciada y con una respuesta sanitaria en el sistema de salud reforzada, se votó una prórroga por ciento veinte días, pero sólo de la limitación de la libertad de reunión.

Sin invocarla, lo que hacía el gobierno era aplicar la teoría alemana de Notrecht⁽¹⁵⁾ en cuanto proclama: «A situación de emergencia, Derecho de emergencia».

Como expresara Álvarez García⁽¹⁶⁾ se trata de un *principio jurídico (positivizado o no) destinado a permitir a los poderes públicos la realización de los fines de interés general que tienen encomendados ante cualquier tipo de circunstancia fáctica que pudiera presentarse en la vida de la comunidad haciéndoles peligrar*.

«A tiempos de emergencia, Derecho de emergencia», pero derecho al fin. Es decir, sigue siendo un accionar al amparo de la norma constitucional, cumplimiento del Estado de Derecho.

3. EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA DURANTE LA PANDEMIA

3.1 De oveja negra al mejor de la clase

Por supuesto que el goce y ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa sufrió, y bastante, como consecuencia de la pandemia, sobre todo en su dimensión colectiva, en su «religarse» con los demás, en la frecuencia de las celebraciones, en el acceso a la asistencia espiritual, en la práctica de acciones benéficas, en el proselitismo y divulgación de la doctrina. Sufrió, si y mucho. Pero debido a la pandemia, y no por restricciones adicionales impuestas por el Estado.

¿Cómo puede sostenerse esta afirmación, si en el Uruguay tradicionalmente había primado –en casi todos los períodos, y con contadas excepciones–, una actitud gubernamental de desdén frente a los derechos del espíritu?

La respuesta se halla en el *cambio de relacionamiento entre el Estado y el factor religioso debido al cambio de gobierno*.

El cambio de gobierno puso a una coalición de partidos de centro y centroderecha a cargo en marzo de 2020. Hubo señales de apertura desde el

⁽¹⁵⁾ Notrecht (alemán): ley de emergencia fundamentada en el *estado de necesidad* por el Estado, que varias constituciones recogen, en ESTEVA GALLICCHIO, E., *Lecciones de Derecho Constitucional* 1º, T.III Teoría de Gobierno, 2º ed., Industria Gráfica Nuevo Siglo Ltda., Montevideo, 1981, pp. 169-172.

⁽¹⁶⁾ ÁLVAREZ GARCÍA, V. J., «Los medios jurídicos necesarios para la lucha frente a las futuras pandemias», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022.

inicio de la administración, como la realización de una celebración ecuménica en la Iglesia Matriz, a la que concurrió el Presidente de la República y a varios estrenados jerarcas del Poder Ejecutivo y legisladores. Concelebraron los representantes de las iglesias cristianas y colectividades judías.

A doce días de asumido el gobierno, el 13 de marzo de 2020 se declara la Emergencia Sanitaria debido a la pandemia.

El manejo público de lo religioso que realizó el nuevo gobierno no sólo exhibió un cambio en el relacionamiento, sino que además constituyó un caso casi único en el mundo. El trato del factor religioso no quedó subsumido en el de otras actividades, sino que tuvo un trato preferente, se apeló al principio de la bilateralidad de las fuentes y jamás hubo imposición de medidas, sino exhortación y acuerdo entre el Estado y los representantes de las diversas comunidades religiosas.

3.2. La gestión pública del factor religioso durante la pandemia: La *Libertad Responsable* del Presidente Luis Lacalle Pou

La gestión pública del factor religioso durante la pandemia distinguió al Uruguay del resto del continente y del mundo, y es además un ejemplo de éxito en la materia.

Declarada la emergencia sanitaria el 13 de marzo de 2020⁽¹⁷⁾ (doce días luego de haber asumido), el Presidente de la República Dr. Luis Lacalle Pou se vio ante la disyuntiva de decretar cuarentena obligatoria o no y posteriormente también, ante la eventualidad de tener que decretar la obligatoriedad de la vacunación o no. Apartándose de lo que aplicaron sus vecinos de la región y de la mayoría del globo y contrariamente a lo que aconsejaban sus asesores más directos, altas jerarquías de gobierno y toda la oposición política, apeló al concepto de *libertad responsable: libertad responsable* de las personas e instituciones, en lugar de *cuarentena obligatoria* y castigo a los infractores, como principio rector del manejo en general de la pandemia. Y lo aplicó con éxito.

⁽¹⁷⁾ Decreto núm. 93/020 de 13 de marzo de 2020. Declaración de estado de emergencia nacional sanitaria como consecuencia de la pandemia originada por el virus COVID-19 (coronavirus). El Presidente de la República actuando en Consejo de Ministros decreta:

Artículo 1. «Declárase el estado de emergencia nacional sanitaria como consecuencia de la pandemia originada por el virus COVID-19. Artículo 3 Suspéndanse todos los espectáculos públicos hasta que el Poder Ejecutivo lo determine. 4. ... El Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus potestades constitucionales, legales y reglamentarias podrá disponer el cierre de todos aquellos lugares de acceso público que se determinen, así como imponer todo otro tipo de medidas necesarias en materia de higiene sanitaria para evitar aglomeraciones en dichos espacios.

Según comunicó en la página web de Presidencia de la República⁽¹⁸⁾ el Gobierno realizaría una campaña de concientización e información explicando características del virus y hábitos y costumbres necesarios para prevenir la propagación. Apeló a la *capacidad que tenga la población de asumir esta situación siguiendo los lineamientos dados, con el debido criterio*. «Apelamos a la sabiduría y madurez del pueblo uruguayo para saber afrontar esta situación» expresó el Presidente, agregando que el Gobierno informaría de manera *transparente, clara y cotidiana* la evolución del virus y de los pacientes.

En Uruguay se suspendieron los espectáculos públicos, pero no se decretó el confinamiento obligatorio en ningún momento, a pesar de que el orden jurídico habilitaba para ello. Se exhortó a la población a quedarse en sus casas, a los que pudieran hacerlo, pero jamás se dictó norma jurídica alguna que obligara al confinamiento. Las oficinas públicas, salvo las de funcionamiento imprescindible, cerraron, o acotaron su funcionamiento. Respecto a la actividad privada, se impuso restricciones en el aforo y en los horarios como prevención, además de otras medidas sanitarias. Las autoridades quedaron facultadas para cerrar lugares de acceso público y para suspender eventos que implicaran la aglomeración de personas. Se suspendieron los espectáculos públicos, pero no se incluyó a las celebraciones religiosas dentro de esta normativa general, sino que los grupos religiosos recibieron un trato específico.

Al declarar la Emergencia Sanitaria, se decretó el cierre de fronteras y la suspensión de los espectáculos públicos –sin incluir a las celebraciones religiosas, de las que se ocupó como capítulo aparte–, así como la suspensión del control de asistencia en todos los niveles de enseñanza pública y privada.

Las medidas de cuidado personal sanitario se instrumentaron bajo la modalidad de *exhortaciones*, con la excepción de algunas muy puntuales y de vigencia transitoria, como se detalló.

3.3 El concepto de libertad responsable del Presidente Luis Lacalle Pou

El concepto de *libertad responsable* apeló a que cada uno discerniera, según su circunstancia, qué hacer en su caso. Por medio de comparecencias en conferencias de prensa en vivo, el gobierno exhortaba a la población a cuidarse y a restringir la movilidad, pero no la compelia, y dejaba a salvo la continuación de aquellas actividades que fueran irrenunciables para las personas. Había razones de subsistencia de aquellas personas que se hallaban en la informalidad, que motivaron la decisión y el rechazo a encerrar a las personas.

⁽¹⁸⁾ Disponible en: <https://www.gub.uy/presidencia/comunicacion/noticias/gobierno-declaro-emergencia-sanitaria-coronavirus-anuncio-primeras-medidas>

«Me quiero parar en algo que algunos han discutido: la libertad responsable. ¿Alguien entiende la vida en sociedad sin libertad responsable? La libertad responsable es algo para hoy, para mañana, con pandemia, sin pandemia, es la vida misma en sociedad. He escuchado por ahí: fracasó la libertad responsable. Si fracasa la libertad responsable, fracasa la humanidad. Fracasa la vida en sociedad»⁽¹⁹⁾.

Como comenta el prologuista de la obra *La Libertad Responsable*⁽²⁰⁾, en un contexto de emergencia social que la pandemia puso al desnudo y que evidentemente venía de más lejos, surgieron ollas populares a cargo de organizaciones solidarias y grupos religiosos, con ayuda e insumos provistos por instituciones del Estado. «Las medidas de urgencia debieron cubrir situaciones sociales que estaban soterradas y que se suponía que 15 años de gobiernos de izquierda habían solucionado, o al menos atenuado». No había sido así.

Por ello, frente a los reclamos de que se decretara cuarentena obligatoria, la respuesta pública del Presidente reflejaba su opción por la libertad como principio y una empatía con los grupos sociales sumergidos. Dice Linn: «En este contexto se hizo legendaria la firme reflexión de Lacalle Pou y que fue el embrión de su concepto de libertad: «¿Alguien en serio, con responsabilidad, está dispuesto a llevar detenido, a llevar ante un juez o fiscal, a un uruguayo que en cualquier lugar del país esté intentando hacer el peso? No [para] parar la olla para la semana, para el día. ¿En serio eso es lo que están proponiendo?»

En una entrevista que le realizara el periodista argentino Alfredo Leuco⁽²¹⁾ al Presidente Lacalle Pou, el mandatario analiza la actitud de respuesta del pueblo uruguayo frente a la gestión gubernamental de la pandemia: «Entonces, creo que hay un pacto ciudadano, un pacto de libertad responsable, de que mis actitudes como ciudadano me benefician, y benefician al común denominador; o me perjudican a mi y a todo el Uruguay». Y más adelante remata, luego de confesarse liberal, pero con un liberalismo con sensibilidad social, solidario: «No hay libertad pura si el entorno no puede gozar esa libertad».

3.4 El principio de libertad responsable aplicado a lo religioso

Este principio de libertad fue el que se trasladó a la gestión pública del factor religioso, punto en el que se produjo un cambio radical en el relacio-

⁽¹⁹⁾ Palabras del Presidente de la República Luis Alberto Lacalle Pou durante sus conferencias de prensa a la población, citadas por SUPERVIELLE, D., *La Libertad Responsable. La pandemia, el gobierno uruguayo de Luis Lacalle Pou y el futuro del Uruguay*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2022, p. 17.

⁽²⁰⁾ LINN, T., Prólogo de la obra de SUPERVIELLE, D., *La Libertad Responsable*, cit., p. 14.

⁽²¹⁾ Recogida en SUPERVIELLE, D., *La Libertad Responsable...*, cit., p. 77.

namiento que hasta entonces se había mantenido entre las autoridades y las diversas confesiones religiosas. Ante la contingencia de la pandemia, era preciso resolver qué pasaría con las ceremonias religiosas y actos de culto, que suponían aglomeración de personas.

La primera señal fue que no se incluyó a las celebraciones religiosas dentro del concepto de espectáculos públicos –a pesar de la pretensión de algunas facciones–, sino que se les deparó un tratamiento separado.

Para la toma de decisión acerca de su continuación o no, y en su caso, de las modalidades en que las celebraciones religiosas podrían continuar durante la pandemia, a diez días de la declaración de emergencia sanitaria el Poder Ejecutivo citó a una reunión con los principales líderes religiosos de las colectividades judeocristianas. Más tarde lo hizo con otras tradiciones. En acuerdo entre los líderes religiosos y los representantes del gobierno, se resolvió la suspensión transitoria de las ceremonias religiosas y la adopción de diversas medidas sanitarias.

Los líderes religiosos enviaron un mensaje conjunto a la población a través de un video, explicando frente a la Torre Ejecutiva (Casa de Gobierno), la medida adoptada ante la crisis del coronavirus⁽²²⁾ y exhortando a sus fieles a la comprensión y a la colaboración, aunándose en la esperanza de una pronta finalización de la emergencia sanitaria. En la mayoría de los países de la región, el gobierno había resuelto lo relativo a las celebraciones religiosas de forma unilateral dictando normativa regulatoria, ya suspendiéndolas, ya acotándolas. La mayoría de los Estados optó por resolver la cuestión religiosa de forma unilateral, con normativa impuesta desde el Estado. En el gobierno del Presidente Luis Lacalle Pou primó la concepción de libertad responsable, pero auxiliada por el Estado para que fuera más libre y la resolución bilateral del problema.

«Esa Constitución [la uruguaya] ¿qué nos dice? Que hay que proteger el goce de determinados derechos, con lo cual le dice al Estado que *para que la persona sea libre*, porque es un estado natural por el simple hecho de ser individuo, *tenés que ayudarla*. Tenés que darle herramientas. La Constitución reafirma eso. Entonces, ahí muere esa contradicción entre la libertad individual y el individualismo que algunos quieren fogonear⁽²³⁾ cuando dicen la libertad responsable, la libertad individual es individualista. ¡No! Es al revés. *No niega la presencia del Estado*. Es justamente al revés. *El Estado sirve de estribo, de anclaje, de empuje para que la persona pueda gozar de esos derechos*»⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Video mensaje de los líderes religiosos a la población con motivo de la suspensión de las celebraciones religiosas, disponible en https://youtu.be/z6uoWzQU7_0

⁽²³⁾ «Fogonear». En Diccionario de la Real Academia Española, «fogón»: Del lat. *focus* «hogar», «hoguera». 3. m. En las calderas de las máquinas de vapor, lugar en que se quema el combustible.

«Fogonear» en este caso querría decir, echar leña al fuego, estimular, potenciar.

⁽²⁴⁾ SUPERVIELLE, D., *La Libertad Responsable*, op. cit., p. 127, citando al Presidente Lacalle Pou en entrevista

Evidentemente los principios de centralidad de la persona humana, finalidad suprema del Estado, concebido como ser instrumental para el bien común, subyacen esta concepción y se trasuntan en los hechos, en el manejo de la pandemia, específicamente en este caso, en punto a la libertad de conciencia y religión.

Desde el punto de vista doctrinal, podría afirmarse que nuestro país fue original en su gestión pública del factor religioso durante la pandemia. Acudió al *principio de bilateralidad de las fuentes normativas*, es decir, al diálogo y el acuerdo con los representantes de las principales comunidades religiosas presentes en el país, diseñando una solución en consulta y de consenso. Hay una foto que circuló en Twitter que muestra reunidos alrededor de una mesa redonda a las autoridades de Torre Ejecutiva con los principales líderes religiosos de los diversos credos, con una leyenda comunicando lo resuelto de común acuerdo. Ciertamente que algunas jerarquías estaban desconformes con la solución hallada, pero cierto también que no fue impuesta.

Cuando de forma bilateral también se fueron abriendo paulatinamente los lugares de culto, de forma conjunta también se elaboraron los protocolos para las celebraciones, que atendían a las particularidades de cada culto, incluyendo aforo, medidas de higiene, distancia entre las personas y duración de las ceremonias. Y ello, hasta restitución de la normalidad.

3.5 La regulación específica de la dimensión externa y colectiva del derecho de libertad religiosa

Habida cuenta de que el derecho de libertad de conciencia y religión es uno de los derechos fundamentales que no admite suspensión ni aun en tiempos de emergencia (artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽²⁵⁾), la solución uruguaya, artesanalmente elaborada logró sortear exitosamente la prohibición referida, así como el respeto a la autonomía de las entidades religiosas, apelando a sucesivos acuerdos.

⁽²⁵⁾ Artículo 27. *Suspensión de Garantías* 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. *La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos:* 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (*Libertad de Conciencia y de Religión*); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

La regulación se contuvo en Protocolos acordados entre el Poder Ejecutivo y los representantes de los diversos grupos religiosos, y consistieron en «sugerencias» y «criterios generales».

La sugerencia de protocolo para aplicar en todos los casos (Primera fase) de 11 de junio de 2020 planteó «algunos criterios generales para las celebraciones religiosas»⁽²⁶⁾.

Se exhortaba a mantener los cuidados necesarios, a que los mayores de 65 años, así como toda persona que tenga síntomas o sospechas de contagio se quedase en casa.

Respecto a las celebraciones, se estableció un aforo máximo de un tercio de la capacidad de asientos «en cada local, iglesia, templo o sinagoga» y la distancia «sugerida» de 2 metros entre los fieles, con servicio de portería que asegurara su cumplimiento y llevara un registro de asistentes con sus datos de contacto.

Como parte de las normas de higiene se estableció el uso de tapabocas al preparar los objetos litúrgicos y la higiene de manos. Las puertas y ventanas debían estar abiertas para mantener la ventilación y evitar el contacto con pomos y picaportes al entrar y salir. Los micrófonos debían tener protección conveniente. En la entrada de los lugares de culto debía haber alcohol en gel para la desinfección de todos los «fieles». «Se exhortará a los fieles a no tocar las imágenes ni otros objetos de devoción que pudiera haber».

El 13 de agosto de 2021 el Ministerio de Salud Pública aprobó la «Actualización de protocolo para las celebraciones religiosas de diversas comunidades o cultos»⁽²⁷⁾, adoptando como base el Protocolo oportunamente aprobado por la Presidencia de la República de 10 de junio de 2020 y se tituló «Recomendaciones».

Encomendó a los responsables de las comunidades religiosas a velar por el cabal cumplimiento de las cautelas y precauciones en todas las etapas de las celebraciones religiosas –preparación, ingreso, duración y evacuación de los fieles–. El Protocolo engloba *el amplio abanico que ampara misas; bautismos; confirmaciones; casamientos; esponsales; ritos o ceremonias de corte póstumo; uniones religiosas que los diversos cultos y religiones lleven a cabo en el territorio nacional*. Las ceremonias serán publicadas previamente y su duración será la preestablecida. Se contará con un *facilitador (ya sea laico o religioso)* para el *ordenamiento de la ubicación y circulación de los fieles respetando el aforo autorizado*, que será del 50% de la capacidad del edificio, sin perjuicio de la facultad de la Autoridad Sanitaria

⁽²⁶⁾ Página web de Presidencia de la República, Ministerio de Salud Pública, <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/comunicacion/publicaciones/actualizacion-protocolo-para-celebraciones-religiosas-diversas> y <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/comunicacion/publicaciones/actualizacion-protocolo-para-celebraciones-religiosas-diversas-0>

⁽²⁷⁾ Disponible en <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/comunicacion/publicaciones/actualizacion-protocolo-para-celebraciones-religiosas-diversas>

de disponer su aumento *dependiendo de la situación epidemiológica u otros indicadores*. Se vigilará estrictamente para evitar aglomeraciones *que pongan en riesgo el fin último que es el de preservar la Salud Pública colectiva (artículo 44 de la Constitución de la República)*. Se procurará la *ventilación adecuada, el eventual registro de participantes y el cuidado para el acceso, estacionamiento para vehículos, realización de procesiones o semejantes; tomando especial consideración la frecuencia semanal de celebraciones*, teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad religiosa, debiéndose extremar la atención las ceremonias durante los sábados y domingos.

El 26 de noviembre del mismo año 2021 y como respuesta «al petitorio formulado por los representantes de las Comunidades Religiosas del Uruguay» se aprobó una nueva «Actualización»⁽²⁸⁾ del Protocolo para adecuarlo a la nueva realidad sanitaria, habida cuenta del retroceso de los contagios, el control de la pandemia como consecuencia de la vacunación masiva y la consiguiente disminución del riesgo sanitario. Nótese, además, que se adopta en las vísperas de las fiestas tradicionales de fin de año.

El aforo recomendado pasa a ser del 80%, *en mérito a la experiencia recogida, el estado actual de la pandemia, los diferentes locales y/o sitios de reflexión espiritual existentes*. La *duración de las ceremonia, culto o rito de las diferentes religiones que se conocen y practican en el país* se extiende a una hora.

El Decreto del Poder Ejecutivo núm. 106/022⁽²⁹⁾ de 5 de abril de 2022 dejó sin efecto el estado de emergencia nacional, considerando «que, desde esa fecha, el Poder Ejecutivo ha adoptado diversas medidas tanto sanitarias, como sociales y económicas, procurando mantener el equilibrio entre la protección de la salud humana, la minimización de los trastornos sociales, económicos, así como el respeto de los derechos humanos;»⁽³⁰⁾.

3.6 Un proyecto de ley desatendido que pudo haber mitigado la restricción del ejercicio de la libertad religiosa causada por la pandemia

Al iniciar esta legislatura (el día antes de la Declaración de Emergencia Nacional por la Pandemia) presentamos *el proyecto de ley de Despenalización del Matrimonio Religioso*⁽³¹⁾.

⁽²⁸⁾ Disponible en <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/comunicacion/publicaciones/actualizacion-protocolo-para-celebraciones-religiosas-diversas-0>

⁽²⁹⁾ <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/106-2022>

⁽³⁰⁾ Decreto del Poder Ejecutivo núm. 106/022 de 5 de abril de 2022, disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/106-2022/1>

⁽³¹⁾ Proyecto de Ley de Despenalización del Matrimonio Religioso, presentado por la Senadora Carmen Asiain el 12 de marzo de 2020, disponible en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/145723>

Si bien parecía de orden su aprobación inmediata dado lo evidente de la injusticia que provoca el régimen vigente, no encontré los apoyos necesarios y no se vislumbra su aprobación en lo inmediato.

Resulta que el Código Civil uruguayo mantiene un artículo desde la época de la secularización del matrimonio (1885), que tras declarar al matrimonio civil como el único con efectos civiles («obligatorio»)⁽³²⁾, penaliza al sacerdote católico «o pastor de las diferentes comuniones disidentes en el país» que procediere «a las bendiciones nupciales sin que se le haya hecho constar la celebración del matrimonio civil», y si éste lo hiciera, será penado con pena de seis meses de prisión y de un año en caso de reincidencia⁽³³⁾.

El proyecto planteaba sencillamente derogar este artículo 84, sin pretender dotar de efectos civiles a los matrimonios religiosos. Planteaba eliminar violaciones flagrantes del derecho de libertad religiosa: a) el «permiso» que da el Estado para celebrar un tipo de matrimonio religioso; b) la discriminación contra las religiones cristianas, pues nótese que no están penalizados ni los rabinos ni imanes, ni los paes ni maes⁽³⁴⁾, entre otros ministros de culto; c) que un rito religioso (sin efectos civiles) fuera un delito; d) que un ministro de culto fuera penalizado por la práctica de su ministerio religioso; y e) que los fieles de las religiones cristianas tuvieran condicionada la celebración de un rito religioso, a un acto civil previo.

Se han dado ocasiones, como por ejemplo durante las huelgas del Registro de Estado Civil, en que el impedimento de la celebración civil hacía imposible a su vez acceder al matrimonio religioso, con la consiguiente violación del derecho a celebrar los ritos y sacramentos religiosos.

Y esta situación se planteó también durante la pandemia del COVID-19, cuando las oficinas públicas mermaron o cesaron sus servicios, lo que incidió en la imposibilidad de acceso a la celebración de matrimonios religiosos.

Comenzado el análisis del proyecto en la Comisión respectiva de la Cámara de Senadores, recibió objeciones iniciales de todos los partidos políticos, incluyendo el de quien presentó la iniciativa, algunas de las cuales cambiaron de opinión posteriormente. Pero hasta el momento no se ha logrado la mayoría necesaria para su aprobación ni siquiera dentro de la

⁽³²⁾ Código Civil capítulo II «De la celebración del matrimonio» título V «Del matrimonio. Artículo 83: «El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo. El matrimonio civil es obligatorio en todo el territorio del Estado, no reconociéndose, a partir del 21 de julio de 1885, otro legítimo que el celebrado con arreglo a este capítulo y con sujeción a las disposiciones establecidas en las leyes de Registro de Estado Civil y su reglamentación.

⁽³³⁾ Código Civil, Artículo 84: Efectuado el matrimonio civil a que se refiere el artículo 83, los contrayentes podrán libremente solicitar la ceremonia religiosa de la Iglesia a que pertenezcan, pero ningún ministro de la Iglesia Católica o pastor de las diferentes comuniones disidentes en el país, podrá proceder a las bendiciones nupciales sin que se le haya hecho constar la celebración del matrimonio civil, por certificado expedido en forma por el Oficial del Estado Civil y si lo efectuase sin dicha constancia incurrirá en la pena de seis meses de prisión y en caso de reincidencia un año de prisión. Exceptuase de la disposición que antecede, los matrimonios in extremis, que no producirán, sin embargo, efectos civiles.»

⁽³⁴⁾ Ministros de culto de las religiones de matriz afroamericana, como Umbanda.

Comisión de Constitución y Legislación del Senado que lo tiene a estudio. Algunos de los argumentos opositores exhibían una ignorancia supina en materia de derechos humanos e impudicamente manifestaron que había que frenar el avance de las religiones y mantenerlas a raya. Por parte de quienes otrora promovieron el matrimonio entre personas del mismo sexo y la equiparación de los efectos civiles del concubinato al matrimonio, se espetó que con la iniciativa se correría el riesgo de que las personas que celebraran sólo el matrimonio religioso fueran a creer que estaban casados, comparando la circunstancia con la de aquellos que sin licencia de conducir salieran a circular en automóvil. Quizás el temor radicara en que las parejas convivieran antes del matrimonio civil, único válido ...

Lo cierto es que una norma general y abstracta de mitad del siglo XIX terminó impactando de forma muy negativa en el goce y ejercicio del derecho de libertad religiosa en general, pero muy especialmente durante la pandemia.

4. A MODO DE EPÍLOGO. PANDEMIA, LIBERTAD RESPONSABLE Y SU CONCRECIÓN EN EL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA

No existe ordenamiento jurídico aséptico. Todo conjunto orgánico de normas presupone la adopción de determinadas posturas axiológicas y las exhibe. Los principios filosóficos están presentes en la inspiración de la norma, se manifiesta en su formulación y se trasluce en su finalidad o teleología, aunque más no sea por el hecho de que la norma es creación de personas –sus redactores– que tienen una identidad, ideología y convicciones.

El principio de Libertad Responsable no es casual. Habita en la matriz constitutiva del ser político del Presidente de la República Luis Lacalle Pou. Si analizamos su trayectoria política y como legislador, encontraremos que la Libertad es puerto de partida, motor y combustible, faro, ancla y puerto de destino de su accionar político. Entre otros y sólo para ejemplificar, presenta siendo Diputado en 2010 la primera versión del proyecto de ley de «Libertad de Conciencia e Ideario Institucional. Recurso de Hábeas Conscientiam»⁽³⁵⁾ y se afilia a un liberalismo solidario⁽³⁶⁾. Liberalismo, por el primado de la libertad para las personas, pero no desentendiéndose de las

⁽³⁵⁾ Proyecto de Ley de Libertad de Conciencia e Ideario Institucional. Recurso de Hábeas Conscientiam, disponible en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/126577>, Uruguay

⁽³⁶⁾ Entrevista al Presidente Luis Lacalle Pou realizada por el Diario argentino Clarín, disponible en https://www.clarin.com/mundo/lacalle-pou-liberal-reivindica-solidaridad-0_wTQX_m3FK.html que varios medios han recogido resumiendo y titulando *Presidente Lacalle Pou, ideológicamente: «Soy un liberal solidario»*. Fuente: La Onda Digital <https://www.laondadigital.uy/archivos/45612>

necesidades de las personas y de los deberes que pesan primero sobre el Estado comunidad política –y también sobre la sociedad– de ocuparse de los próximos –no otra cosa significa el prójimo–. Liberalismo sí, pero atento y no ciego; liberalismo que respeta las opciones decididas por las personas, pero que no los abandona a su suerte cuando es necesario auxiliarlas; liberalismo como principio con responsabilidad estatal de procurar el bien común: liberalismo solidario que se traduce en libertad responsable y derrama en todos los ámbitos de la libertad y muy especialmente en la libertad religiosa, para facilitarla.

Sostener el principio de libertad responsable y aplicarlo aun en una situación extraordinaria de emergencia sanitaria implica como premisa un voto de confianza en la gente y en su criterio para elegir lo que para ella es mejor. Implica despojarse como gobernante de la tentación paternalista de creer ser la fuente del acierto de las decisiones humanas y confiar en el otro.

La libertad responsable parte de sostener que «somos responsables porque somos libres y que somos libres porque somos responsables»⁽³⁷⁾. En el referido ensayo decíamos ya en 2014 que la libertad es una capacidad esencial del hombre, sin la cual se deshumaniza. Somos socialmente responsables, justamente porque somos libres. Sin libertad no se puede exigir al hombre responsabilidad, es decir, que responda por sus actos (al infante sin discernimiento no se le imputan las consecuencias de sus actos, tampoco a seres desprovistos de juicio crítico y capacidad de decidir). La responsabilidad reclama la libertad; sin la libertad, no existe la responsabilidad. Y sin responsabilidad, no se ejerce correctamente la libertad. La responsabilidad es más gravosa para quienes ejercen autoridad. Por ello a los gobernantes se les exige en mayor medida, se los «llama a responder» más que a los gobernados, pues en el ejercicio del poder pueden determinar la conducta de los gobernados.

Volvemos a nuestro tema y a la aplicación del principio de libertad responsable a la gestión del factor religioso durante la pandemia. Ambos principios –libertad y responsabilidad– se retroalimentan en una sinergia que a modo de bucle reproduce su reiteración infinita.

Se traduce en los siguientes postulados:

Intervención estatal para la libertad, de la mano de las medidas puntuales imprescindibles para cuidar la salud.

Con la libertad de conciencia y religión en el cerno, reconocimiento de la especificidad de lo religioso como no asimilable ni subsumible dentro de otras dimensiones humanas y apelación al principio de bilateralidad de las

⁽³⁷⁾ ASIAIN, C., *Somos responsables porque somos libres*, tesina inédita presentado en curso «Gestión Humana y Responsabilidad», Centro de Posgrados y Maestrías, Universidad de Montevideo, agosto de 2014

fuentes en materia de relaciones entre el Estado y los grupos religiosos para la adopción de decisiones en cuestiones mixtas, que afectan a ambos ámbitos.

Flexibilización de las medidas acompañando el avance del control sanitario de la pandemia.

En definitiva, en este específico caso puntual, podemos afirmar que Uruguay pasó de oveja negra a uno de los mejores de la clase.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, V. J., «Los medios jurídicos necesarios para la lucha frente a las futuras pandemias», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, Montevideo, 2022.
- ASIAÍN PEREIRA, C., «Algunas Reflexiones acerca de la Libertad Religiosa en el Uruguay», en *Anuario Argentino de Derecho Canónico T. X*, Buenos Aires, 2003.
- «Objeción de conciencia: Tribunal de máximo rango anula con efectos generales y absolutos decreto que la restringía», en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, Vol. 2, núm. 1 (2016), <http://www.revistalatderechoyreligion.com/ojs/ojs-2.4.6/index.php/RLDR/index> y en *Revista de Derecho Público*, Mariana Blengio Valdes (dir.), Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/48/asiain.php>, núm. 48, nov. 2015.
- BARBAGELATA, A. L., «La independencia de la conciencia moral y cívica...», en *Derecho Laboral: revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*; Ferrari, Francisco de [dir.]; n. 25, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1950.
- ESTEVA GALLICCHIO, E., *Lecciones de Derecho Constitucional I.º*, t. III Teoría de Gobierno, 2.º ed., Industria Gráfica Nuevo Siglo Ltda., Montevideo, 1981.
- «La interpretación constitucional según la doctrina uruguaya», en E. Ferrer Mac-Gregor, A. Zaldívar Lelo De Larrea, (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VI, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- LINN, T., Prólogo de la obra de Supervielle, D., *La Libertad Responsable*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2022.
- RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional*, T. I, 2.ª Ed., F. C. U., Montevideo, 2006.
- SUPERVIELLE, D., *La Libertad Responsable. La pandemia, el gobierno uruguayo de Luis Lacalle Pou y el futuro del Uruguay*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2022.

Lecciones de la pandemia en materia de acomodaciones: la experiencia chilena

Lessons from the pandemic on accommodations: the chilean experience

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

Pontificia Universidad Católica de Chile

Resumen: El texto analiza cómo la pandemia del Covid-19 impactó el ejercicio de la libertad religiosa en Chile. Si bien la población acató las normas impuestas, se presentaron recursos de protección por parte de ciudadanos que alegaban afectación de sus derechos, especialmente por la obligatoriedad implícita de las vacunas y la prohibición de asistir a cultos religiosos. Aunque la mayoría de los recursos fueron rechazados, la Corte Suprema finalmente acogió uno que sentó un precedente al declarar que prohibir el culto dominical constituía una discriminación injustificada y una vulneración a la libertad religiosa.

Abstract: This text explores the impact of Covid-19 restrictions on religious freedom in Chile. Although most citizens complied with the government's public health measures, some filed constitutional appeals alleging violations of their rights, particularly regarding vaccine mandates and bans on in-person worship. The Supreme Court ultimately upheld one appeal, ruling that the prohibition of Sunday mass constituted unjustified discrimination and a violation of religious freedom, thereby setting an important legal precedent.

Palabras clave: Pandemia, restricciones, libertad religiosa, reacción judicial.

Key words: Pandemic, restrictions, religious freedom, judicial response.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La reacción judicial durante la pandemia.—3. La reacción jurídica a las restricciones impuestas por la autoridad civil a las libertades individuales. 3.1 Recursos de protección deducidos en contra de los procesos de vacunación contra el Covid 19. 3.2 Acciones fundadas en afectación a la libertad religiosa. 3.3 Acciones posteriores a la pandemia fundadas en la libertad de conciencia.—4. Conclusiones.—Bibliografía.—Jurisprudencia.

1. INTRODUCCIÓN

La pandemia supuso en Chile, como en todos los países, muchas consecuencias de variada índole: física, afectiva, económica y espiritual. Las consecuencias en la salud de los chilenos y las económicas han sido relevadas muchas veces y en muchos ámbitos como en los medios de comunicación y seminarios académicos. No obstante, sobre las espirituales muy poco ha sido relevado y, en ellas, la reflexión sobre la experiencia vivida con la práctica de las religiones ha estado ausente, salvo en los ámbitos propiamente religiosos.

Como sucedió por doquier, en Chile la práctica religiosa se vio profundamente afectada por las diversas medidas sanitarias adoptadas por la autoridad que restringieron severamente la libertad de desplazamiento mediante el cierre de fronteras, la prohibición de desplazamiento a lugares distintos del domicilio habitual de las personas, los cordones sanitarios, el confinamiento, las cuarentenas en viviendas propias o residencias sanitarias, entre otras medidas. También se restringió la libertad de reunión por el establecimiento de aforos máximos de personas tanto en lugares abiertos como cerrados. Si bien la cantidad de personas que podían reunirse en ciertos lugares variaba dependiendo de la etapa del «plan paso a paso» diseñado por la autoridad, en los momentos de mayor contagio y peligro del Covid-19, esta libertad de reunirse fue severamente limitada.

Además, los aforos en lugares cerrados se mantuvieron durante largo tiempo posterior a la pandemia, lo que tuvo consecuencias tanto a nivel recreativo (conciertos, espectáculos, teatros, cines, gimnasio, entre otros) como en derechos y libertades fundamentales de las personas (culto, educación, trabajo, etc.).

A su vez, esas afectaciones a la libertad de desplazamiento y reunión incidieron de forma esencial en la libertad de culto en cuanto para evitar el contagio debido a aglomeraciones en espacios cerrados, se impusieron estrictas medidas de aforo, prohibiendo la celebración de cualquier tipo de culto religioso. En consecuencia, las personas no tuvieron la posibilidad de recibir sacramentos ni practicar los ritos propios de las distintas religiones presentes en Chile.

Ante situaciones como las vividas en esta época donde pueden encontrarse enfrentados derechos fundamentales con la libertad religiosa vuelve a plantearse el dilema de cómo resolver esa tensión. Una de ellas son la adopción de acomodos religiosos que permitan, por ejemplo, en los entornos laborales a todos los trabajadores, cualesquiera su creencia religiosa, practicarla o a los estudiantes poder rendir sus exámenes en otro día que el que justo recae en uno que es día de culto para su confesión religiosa.

En Chile no existen abundantes ejemplos al respecto y el reconocimiento de esos acomodos está lejos de ser admitido. Así, en un caso en 2014, la Corte Suprema rechazó un recurso de protección –que es nuestra acción de amparo– en el caso de dos estudiantes adventistas que solicitaban que no se les impusiera el deber de dar exámenes en sábado que es día de culto para su religión. El fundamento del máximo tribunal no profundizó en el derecho a la libertad religiosa que era el invocado por los recurrentes sino sólo se centró en que la facultad de la respectiva Universidad para fijar los exámenes ese día estaba contenida en el reglamento que la regula de forma general de suerte que, al ejercerla, la Universidad no estaba vulnerando la libertad religiosa al no haber sido concebida con la intención de discriminar a alguna religión o práctica religiosa en particular.

Como bien ha sido apuntado, al resolver así la Corte no hacía sino seguir el mismo razonamiento adoptado por la Corte Suprema de Estados Unidos de América en 1990 en el caso *División de Empleo vs. Smith*. Con todo, ello no la libera de dar adecuado fundamento a un argumento que, en realidad, implica un desconocimiento al derecho a la libertad religiosa por una razón formal como es la existencia de una norma general cuando, de hecho, ella sí afecta el derecho en disputa. Es cierto que con ello se quiere asegurar el principio de igualdad, pero ello desde una perspectiva de la igualdad obviando, como bien se ha dicho, no existe igualdad si se imponen desiguales cargas que es lo que sucede cuando a alguien se le obliga a cumplir una medida que afecta su identidad al vulnerar su religión que es parte de ella y, de paso, la de la comunidad entera que adhiere a ella⁽¹⁾.

Lo cierto es que no existe en Chile una regulación especial al respecto ni tampoco una general aplicable. Con todo, como se ha desarrollado⁽²⁾, es posible admitir excepciones constitucionales o legales que concilien libertad religiosa y derecho a la no discriminación, por ejemplo, que pueden variar ampliamente en su cobertura y permisibilidad. Ejemplo de ellas son las excepciones ministeriales, otras los acomodos religiosos.

⁽¹⁾ En tal sentido, FUENTES, E., La Corte Suprema y la Libertad Religiosa, en el Mostrador, 2014 <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/03/21/la-corte-suprema-y-la-libertad-religiosa/>.

⁽²⁾ DIAZ DE VALDÉS, J., «¿Cómo Conciliar la Libertad Religiosa con las Normas Antidiscriminación? Tres Mecanismos y sus Fundamentos en el Sistema Jurídico Chileno», en *Estudios constitucionales* vol. 20, núm. 2, Santiago dic. 2022 https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002022000200071&script=sci_arttext.

Revisaremos entonces cuál fue la realidad vivida en Chile en esta materia durante la pandemia.

2. LA REACCIÓN JUDICIAL DURANTE LA PANDEMIA

Muchos países experimentaron una alteración de sus habituales actividades debido al Covid-19, realidad que se experimentó con mucha intensidad en Chile donde la autoridad política decretó una alerta sanitaria el 5 de febrero⁽³⁾ y el 18 de marzo, ambos de 2020, que luego reemplazó por el Estado de Catástrofe que se mantuvo hasta el 30 de septiembre de 2021. Dicho estado de excepción constitucional fue la base normativa para poder aplicar un amplio número de restricciones a las libertades de los ciudadanos.

Entre ellas, se prohibió, durante un largo período, el acceso a todos los lugares de culto y se impidió toda práctica pública de la religión. Así, con la excusa de evitar aglomeraciones, no se permitió que se celebrase ningún tipo de culto, se prohibieron las actividades pastorales, misionales, entre otras. Sin embargo, sí se permitían multitudes en lugares como los centros comerciales, por ejemplo.

La reacción de las confesiones religiosas fue, en general, de completo acatamiento a las medidas restrictivas. Incluso, en muchas Diócesis de la Iglesia Católica, los mismos Obispos publicaron comunicados que validaban inicialmente todas las restricciones⁽⁴⁾. Otro, en cambio, permitió a sus sacerdotes seguir repartiendo los sacramentos y animó a seguir asistiendo al culto respetando las normas sanitarias impuestas por la autoridad civil. Por ello, fue fuertemente criticado por esas autoridades⁽⁵⁾. En la medida que el tiempo fue avanzando y las medidas se mantenían sin modificación, las autoridades eclesiásticas empezaron a hacer presente la necesidad de revisarlas por la grave afectación al derecho al culto que ellas implicaban y relevando a la desigualdad de trato con otras actividades sociales⁽⁶⁾.

Puede decirse que hubo una verdadera persecución colectiva a la celebración del culto, en especial en materia de celebración de matrimonios, afectando de forma grave esa posibilidad lo que llevó a muchas parejas a casarse sólo en sede civil o iniciar la convivencia sin estar casados, varios sintiéndose fuertemente afectados por esta restricción. Incluso la prensa se encargó de perseguir a quienes eran descubiertos celebrando un matrimonio de culto

⁽³⁾ Mediante el Decreto núm. 4 del Ministerio de Salud.

⁽⁴⁾ Un ejemplo puede encontrarse en comunicado de 2021 del Arzobispado de Santiago https://www.iglesiadesantiago.cl/arzobispado/site/docs/20210514/20210514150931/arzobispado_de_santiago_actualizacion_medidas_pastorales_por_covid_19_25_de_junio_2021.pdf.

⁽⁵⁾ <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2020/03/27/981224/Los-Angeles-misas-covid.html>

⁽⁶⁾ Así sucedió con la Conferencia Episcopal de Chile, *vid.* <https://iglesiadesantiago.cl/los-obispos-ante-los-aforos-en-cultos-religiosos-durante-la-pandemia>.

cristiano o católico con unos pocos más de los 5 cupos autorizados⁽⁷⁾ e incluso se llegó a detener a los novios y el sacerdote que lo celebraba⁽⁸⁾.

En cuanto a entierros y funerales rigieron las mismas limitaciones, pero nada se dijo en público al respecto. Si podemos decir que, en general, toda persona pudo tener en ese momento la compañía de sus seres más cercanos. En efecto, en el ámbito sanitario, numerosos centros hospitalarios autorizaron el ingreso y acompañamiento por parte de ministros de culto. Imperó una comprensión muy distinta del acompañamiento en el fin de la vida que el vivido en algunos países europeos. Como se afirmó: «No hay acto más deshumanizado y más humillante que morir solo»⁽⁹⁾.

En materia de acomodos religiosos debe observarse que ellos no existieron para ningún credo, es más hubo una denegación general del derecho al culto, impidiéndose sin más la práctica religiosa en lugares públicos. En otros términos, ni para los cultos mayoritarios ni para los minoritarios hubo distinción de trato. A todos se les denegó la práctica durante un largo tiempo o se les permitió en condiciones abiertamente atentatorias a toda práctica de estas. Tras una decisión judicial la prohibición o la excesiva restricción fue moderada como revisaremos a continuación.

3. LA REACCIÓN JURÍDICA A LAS RESTRICCIONES IMPUESTAS POR LA AUTORIDAD CIVIL A LAS LIBERTADES INDIVIDUALES

Por otra parte, la reacción generalizada de los ciudadanos chilenos fue también de completo acatamiento a las medidas de restricción adoptadas por las autoridades. No obstante, ello no significa que ello se haya dado de forma absoluta. En efecto, por distintos motivos, fueron deducidos varias acciones de amparo –denominados en Chile como recursos de protección– ante los tribunales competentes a lo largo del país.

3.1 Recursos de protección deducidos en contra de los procesos de vacunación contra el Covid-19

Así, un primer grupo de recursos de protección fueron deducidos para intentar dejar sin efecto los procesos de vacunación o, al menos, autorizar al

⁽⁷⁾ Ejemplos de notas en la prensa pueden verse en <https://www.eldinamo.cl/pais/2021/04/22/arzobispado-de-santiago-explico-confusion-por-aforo-en-matrimonio-en-las-condes/>.

⁽⁸⁾ <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/confinados-detienen-al-cura-y-los-novios-durante-un-casamiento-en-chile-por-no-cumplir-el-protocolo-nid22042021/>.

⁽⁹⁾ <https://www.medwave.cl/enfoques/ensayo/8735.html>.

recurrente a negarse a ser vacunado. Ellos se fundaron, en general, en el argumento de que la administración de vacunas de forma obligatoria constituía un acto arbitrario e ilegal de la autoridad sanitaria o del empleador. Ellos, en general, fueron rechazados bajo el fundamento de que la vacunación no era de ninguna forma un acto obligatorio y que las autoridades sólo se limitaban a poner a disposición de los ciudadanos las vacunas de forma gratuita. Lo mismo se resolvió respecto de los empleadores que —se sostuvo— simplemente daban el espacio para que los trabajadores fueran a vacunarse o exigían exámenes rápidos de testeo para poder ingresar a los lugares de trabajo en protección de los demás trabajadores.

Otro grupo de recursos de protección corresponde a padres que se negaron a que sus hijos fueran inoculados con alguna de las vacunas incluidas en el Programa Nacional obligatorio de Inmunizaciones del Ministerio de Salud. En Chile se regula la vacunación obligatoria en el Código Sanitario que establece que «el Presidente de la República, a propuesta del Director de Salud, podrá declarar obligatoria la vacunación de la población contra las enfermedades transmisibles para los cuales existan procedimientos eficaces de inmunización» (artículo 32.º). En consonancia con ello el Servicio Nacional de Salud tiene la facultad de disponer las medidas necesarias para que, en interés de la salud pública, las autoridades controlen el cumplimiento de la vacunación (artículo 32.º). El mismo Código ordena vacunación obligatoria en contra de la viruela (vacunación y revacunación antivariólica), la difteria, la tos ferina (artículo 33.º) y la rabia (artículo 34.º).

Debe aclararse que estos recursos ya venían interponiéndose desde antes de la pandemia siendo rechazados en general, pero durante ella fue acogido uno que incide en libertad religiosa y de creencias. Este fue deducido por el director de un hospital público en favor de una recién nacida a quien sus padres se negaron a administrar todas las vacunas que correspondían a una lactante de su edad y que formaban parte del Programa Nacional ya referido, perturbando y amenazando con ello la garantía constitucional del derecho a la vida prevista en el numeral 1.º del artículo 19 de la Constitución Política de la República (CPR). Los padres se negaron a ello argumentando creencias culturales y estilos de vida no tradicional compartida por ambos quienes adherían al uso de métodos y medicinas alternativas, afirmando que las vacunas contienen conservantes y productos que son dañinos y nocivos para la salud y optando por reemplazar las vacunas por medicina alternativa. Invo-caron como fundamento el artículo 19 nro. 9 de la Constitución Política de la República que asegura a todo ciudadano la libertad de elección del sistema de salud, así como también la garantía de libertad de conciencia y el derecho de los padres a ejercer una crianza conforme a sus propios criterios.

La Corte de Apelaciones de San Miguel sostuvo que «además, resulta importante en este caso considerar el interés superior del niño, en cuanto

éste obliga al Estado a colocar el interés superior, de uno y de todos los niños, en el centro de todas las decisiones que afecten a la salud y al desarrollo de este grupo etario de la población. Por ello, ni el derecho a la paternidad ni la libertad de consciencia o culto, que un padre o madre pueda reclamar como argumento para oponerse a la vacunación del hijo, están más allá de este interés, pues ninguno de ellos incluye la libertad de exponer a la comunidad o al niño a enfermedades transmisibles, a un problema de salud.»⁽¹⁰⁾

Asimismo, el tribunal de segunda instancia acogió el recurso entendiendo que si por «regla general, las decisiones sobre educación, religión y salud de un niño corresponden a sus padres, existen casos excepcionales en que la potestad parental intenta imponer propias creencias, poniendo en riesgo la salud del niño, como en este caso, al privar a la lactante de la inmunidad que el plan de vacunación aporta, actuando en contra de su interés superior, cuestión que justifica la intervención del aparato público». De acuerdo al tribunal se trata de un conflicto entre la voluntad de los padres y el interés superior del niño, en el que este último debe primar, particularmente si está en juego el derecho a la vida ya que la niña, al no ser vacunada, se encuentra expuesta a contraer enfermedades inmunoprevenibles. A mayor abundamiento invocó el que la administración de vacunas compromete a la salud pública que es precisamente la razón excepcional que limita el derecho del paciente para otorgar o rechazar un tratamiento médico.

En el caso se siguió entonces por el tribunal el mismo criterio que ya había sido adoptado en distintas ocasiones, con anterioridad a la pandemia⁽¹¹⁾.

En otros casos, en cambio, las acciones de amparo fundadas en la libertad de conciencia fueron rechazadas. Por todas puede citarse el caso en que se alegó vulneración a esta libertad, por supuesta obligación de vacunarse contra el Covid-19 impuesta por el empleador la que fue rechazada pues ninguno de los documentos acompañados para fundar la acción permitían atisbar «un indicio de presión o direccionamiento inequívoco que pueda hacer inferir un interés directo por parte de la empresa para obligar al recurrente a vacunarse, muy por el contrario: es notorio el cuidado puesto incluso en el lenguaje contenido en las comunicaciones». Y en cuanto al examen PCR se desechó la argumentación de supuesta arbitrariedad e ilegalidad por estimarse que ello no importaba las características invasivas o dañinas que el actor invocaba⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Corte de Apelaciones de San Miguel, 2021, Fuente Observatorio de Libertad Religiosa de América Latina y el Caribe Centro Derecho y Religión UC, <https://revistanortegrande.uc.cl/index.php/bjur/article/view/43797/35847>.

⁽¹¹⁾ VALERA, L., RAMOS, P. *et al.*, «Rechazo de los padres a la vacunación obligatoria en Chile. Desafíos éticos y jurídicos», en *Revista chilena de Pediatría*, vol. 90, núm. 6 Santiago dic. 2019 https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062019000600675#B10.

⁽¹²⁾ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 9 de agosto 2021, rol núm. 7.596-2021 vid en <https://redae.uc.cl/index.php/bjur/article/view/40807/32815>.

3.2 Acciones fundadas en afectación a la libertad religiosa

Otro grupo de acciones de amparo fueron deducidas directamente fundadas en una vulneración del derecho a la libertad religiosa. El argumento esencial invocado por los recurrentes fue la afectación a su libertad de culto, consagrada como garantía en el artículo 19 nro. 6 CPR, que resultaba conculcada por la prohibición de celebrar y asistir a la misa dominical. La mayor parte de ellos fueron inicialmente rechazados hasta que la Corte Suprema, en 2021, acogió uno de ellos⁽¹³⁾. En el caso en concreto, el recurrente argumentó que «la celebración y asistencia presencial a ese acto ritual constituye la esencia de la fe que profesa, de acuerdo con los cánones de las normas que regulan los ritos y sacramentos de su religión, manifestado en diversos instrumentos canónicos y doctrinales indicados en el recurso». Por lo mismo, la situación generada a raíz de la resolución de la autoridad vulneraría la garantía constitucional antes referida. Preciso que el recurso interpuesto no perseguía discutir los méritos de las políticas públicas adoptadas por la autoridad en el marco de los estados de excepción constitucional, sino que sólo buscaba reestablecer el derecho que le asiste constitucionalmente solicitando que, en definitiva, se acogiera el recurso adoptando las medidas que juzgue necesarias para que se levante la prohibición de asistir a misa el día domingo.

El máximo tribunal del país, en definitiva, acogió el recurso argumentando, entre otros, que «la asistencia a un acto ritual en un día determinado constituye el vehículo para la exteriorización de una verdad. Para el recurrente, esa verdad a la que adhiere vitalmente es, de acuerdo con las reglas e instrumentos normativos y doctrinarios que rigen esa verdad –señalados en el recurso– sólo posible difundirla y exteriorizarla un día en específico de la semana, esto es un domingo y de manera presencial. La creencia en una verdad es entonces parte de la libertad de opinión protegida por la Constitución».

Agregó además que, habiendo entregado la autoridad administrativa permisos en el contexto de pandemia, que permiten entre otras, por ejemplo, desplazarse a lugares con el objeto de practicar deporte sin necesidad de permiso alguno o permitiendo desarrollar «actividades que se realicen en lugares cerrados» con restricciones de aforo, la prohibición de realizar actividades de culto, esenciales y centrales en las creencias vitales importaba un tratamiento diferenciado injustificado y, por ende, discriminatorio. Ello importaba una afectación al principio de igualdad ante la ley consagrado constitucionalmente.

Por ello, acoge el recurso declarando el derecho fundamental del recurrente a asistir al culto dominical y ordenando a la autoridad respectiva establecer un sistema de permisos para tal fin, que le permita desplazarse con

⁽¹³⁾ Corte Suprema, 29 de marzo de 2021, rol núm. 19.062-2021. vid. en <https://revistalatderechoyreligion.uc.cl/index.php/bjur/article/view/31025/24087>.

este objeto, debiendo en la ceremonia religiosa respectiva cumplirse con los aforos máximos determinados por la autoridad. Fue entonces, en virtud de esta sentencia que el derecho al culto fue progresivamente reestablecido.

3.3 Acciones posteriores a la pandemia fundadas en la libertad de conciencia

Con posterioridad a la pandemia, el debate por la obligatoriedad de las vacunas ha persistido en el ámbito jurídico, llegando a deducirse requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de aquellos artículos del Código Sanitario que se refieren a la vacunación obligatoria. En dicha acción constitucional los requirentes eran padres que adscriben a un sistema de medicina alternativa antroposófica, razón por la que objetan de conciencia a la inoculación obligatoria de las vacunas. Su argumentación se basaba en que la vacunación obligatoria atenta contra las libertades fundamentales a elegir el sistema de salud, de acuerdo al artículo 19 nro. 9 de la Constitución, así como la libertad de conciencia establecida en el artículo 19 nro. 6 de la Carta Fundamental.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha decidido recientemente que «así las cosas, es preciso concluir que los preceptos legales que establecen la obligatoriedad de las vacunas (i) se ajustan a los estándares de proporcionalidad, sin que respecto de su aplicación en la gestión de autos pueda constatarse afectación alguna del derecho de elección del sistema de salud ni que con ella se infrinja la libertad de conciencia; (ii) no transgreden el mandato establecido en el artículo 5.º, inciso segundo de la Carta Fundamental, y su aplicación permite, precisamente, dar cumplimiento al mandato de respeto y promoción de los derechos humanos de los niños; y (iii) no contravienen los principios de juridicidad y supremacía constitucional, pues la inoculación de los niños es ordenada por el tribunal en cumplimiento de una decisión legislativa que articula una política de Estado con el objetivo de proteger los derechos fundamentales que la propia Constitución asegura»⁽¹⁴⁾.

De este modo, la tendencia es que cuando se trata de niños, niñas o adolescentes la protección de su salud garantizada constitucionalmente en el artículo 19 nro. 9 de la Constitución ha de primar sobre el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos que está también asegurado en el artículo 19 nro. 10 inc. 2 de la Constitución y del derecho a la libertad religiosa y a la de conciencia igualmente garantizadas en el artículo 19 nro.6, siempre que se trate de vacunación obligatoria es decir de aquellas inoculaciones que están contempladas en el Programa Nacional de Inmuni-

⁽¹⁴⁾ Tribunal Constitucional, 15 de octubre de 2024, Rol núm. 15.036-2023. Vid en https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2024/10/Sentencia_Rol_15_036-23-INA____.pdf.

zaciones o PNI chileno que es un plan nacional de vacunación infantil que se fija cada año por la autoridad sanitaria⁽¹⁵⁾. Los fundamentos para esa prelación son variados. Por un lado, se entiende que en la aplicación obligatoria de ese plan está envuelto el interés general desde que son vacunas que tienen por objeto proteger a todos los niños de enfermedades que están bajo control en Chile desde hace años, prácticamente erradicadas, o son enfermedades que pueden ser prevenidas eficazmente. Por otro lado, se suma la consideración al interés superior del niño que es un principio cardinal de la infancia en Chile, asegurado en los artículo 12 nro. 1 y 2 de la Convención de los Derechos del Niño ratificada en 1990 y en múltiples textos legales⁽¹⁶⁾. En conformidad a estas reglas la consideración a ese principio se impone a los jueces en las decisiones que conciernen a los niños, niñas y adolescentes sin que existan pautas claras y fijas que delimiten exactamente qué supone. La ponderación entonces de cuándo ha de primar sobre otros derechos fundamentales de terceros queda entregada a la discrecionalidad del sentenciador. En este caso, el razonamiento que se ha venido siguiendo es entonces el que viene de exponerse, la protección de la salud del niño prevalece cuando de vacunación obligatoria se trata.

4. CONCLUSIONES

De todo lo anterior puede observarse que «acomodos» en el sentido técnico de la expresión no existieron pues la decisión judicial que, en definitiva, reestableció el respeto a la libertad religiosa no lo fue sólo para una determinada persona o para una minoría, sino para todos mayorías y minorías.

Tampoco existieron acomodados razonables porque las restricciones impuestas fueron absolutas. El acomodo razonable vino más bien por vía de decisiones judiciales, importando un gran avance en la comprensión del contenido del derecho a la libertad religiosa.

Debe resaltarse que, en perspectiva, la afectación a la libertad de culto fue severa pues la consecuencia posterior de las restricciones impuestas se tradujo en un cambio de conducta notoria de los fieles tras la pandemia que, en especial respecto de los jóvenes, produjo una notoria disminución de la participación presencial en el culto. Como contrapartida, el acceso virtual al culto ha hecho posible que las personas mayores que no podían acceder presencialmente al mismo antes de la pandemia puedan hacerlo actualmente.

⁽¹⁵⁾ [Chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://saludresponde.minsal.cl/wp-content/uploads/2025/03/2025.02.20_CALENDARIO-INMUNIZACIONES-2025.pdf](https://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://saludresponde.minsal.cl/wp-content/uploads/2025/03/2025.02.20_CALENDARIO-INMUNIZACIONES-2025.pdf).

⁽¹⁶⁾ Artículo 222 Código Civil, artículo 3 inc.1 Ley de Matrimonio Civil, artículo 16 Ley de Tribunales de Familia, artículo 7 Ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la niñez y adolescencia, artículo 4 Ley de Migración y Extranjería.

Finalmente, desde una perspectiva global, lo acontecido durante la pandemia puso de manifiesto la existencia de un desafío gigante en Chile desde el punto de vista cultural y jurídico que es el de mejorar el reconocimiento general –de la población y de las autoridades– del derecho a la libertad religiosa como uno fundamental con el mismo valor que otros derechos o libertades fundamentales.

En efecto, aunque este derecho se encuentra consagrado en la Constitución y en todos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, en la práctica el conocimiento de su contenido y alcance es generalmente desconocido, incluso por abogados y jueces como puede constatar en las escasas sentencias que, en el tiempo, han incidido directamente en él. Con todo, la sentencia de la Corte Suprema de 2021 revela una correcta comprensión de este que esperamos constituya un atisbo de un mayor desarrollo de este cardinal derecho de todo ciudadano.

BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ DE VALDÉS, J., «¿Cómo Conciliar la Libertad Religiosa con las Normas Antidiscriminación? Tres Mecanismos y sus Fundamentos en el Sistema Jurídico Chileno», en *Estudios constitucionales* vol. 20, núm. 2 Santiago dic. 2022 https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002022000200071&script=sci_arttext.
- FUENTES, E., La Corte Suprema y la Libertad Religiosa, en el Mostrador, 2014 <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/03/21/la-corte-suprema-y-la-libertad-religiosa/>.
- VALERA, L., RAMOS, P. *et al.*, «Rechazo de los padres a la vacunación obligatoria en Chile. Desafíos éticos y jurídicos», en *Revista chilena de Pediatría*, vol. 90, núm. 6 Santiago dic. 2019 https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-410620190006000675#B10.

JURISPRUDENCIA

- Corte de Apelaciones de Antofagasta, 9 de agosto 2021, rol núm. 7.596-2021, <https://redae.uc.cl/index.php/bjur/article/view/40807/32815>.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, 2021, Fuente Observatorio de Libertad Religiosa de América Latina y el Caribe Centro Derecho y Religión UC, <https://revistanortegrande.uc.cl/index.php/bjur/article/view/43797/35847>.
- Corte Suprema, 29 de marzo de 2021, rol núm. 19.062-2021.vid. en <https://revistalatderechoyreligion.uc.cl/index.php/bjur/article/view/31025/24087>.
- Tribunal Constitucional, 15 de octubre de 2024, rol núm. 15.036-2023, https://www.diario-constitucional.cl/wp-content/uploads/2024/10/Sentencia_Rol_15_036-23-INA____.pdf.

Lecciones de la pandemia en materia de acomodaciones

Accommodation of religion: lessons from the pandemic⁽¹⁾

OCTAVIO LO PRETE⁽²⁾

Universidad de Buenos Aires
Universidad Católica Argentina

Resumen: El presente trabajo se ocupa de identificar los cambios personales y sociales que produjo la pandemia del COVID-19, en particular en materia religiosa. Se brinda un panorama de cómo el Estado gestionó la situación en la Argentina y cuál fue la respuesta de las comunidades religiosas. Se pone el foco en las «acomodaciones» que pudieron presentarse, procurándose consignar las enseñanzas que la inédita situación sanitaria generó, para el Estado, las confesiones religiosas y las personas.

Abstract: This paper identifies the personal and social changes brought about by the COVID-19 pandemic, particularly in the religious sphere. It provides an overview of how the State managed the situation in Argentina and what was the response of the religious communities. It focuses on the «accommodations» that may have occurred, seeking to capture the lessons that the unprecedented health situation generated for the State, for religious denominations, and for the individuals.

⁽¹⁾ 7th ICLARS Conference, The Law School, University of Notre Dame: *The Accommodation of Religion or Belief in the Public Sphere: Undeserved Privilege or Fundamental Right?*

⁽²⁾ Abogado (Universidad de Buenos Aires-UBA), Licenciado en Derecho Canónico (Universidad Católica Argentina-UCA). Director del Instituto de Derecho Eclesiástico (UCA). El presente se inscribe en el marco del «Proyecto IUS» de la Facultad de Derecho (UCA).

Palabras clave: Relaciones de cooperación del Estado con la religión, acomodación, autonomía de las entidades religiosas, esencialidad de los actos de culto, libertad religiosa en situaciones de emergencia.

Keywords: Cooperation between the State and religion, accommodation, autonomy of religious entities, essentiality of acts of worship, religious freedom in emergency situations.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Los efectos de la pandemia en la vida personal y social.–3. La pandemia y el ejercicio de la libertad religiosa en la Argentina.–4. Lecciones de la pandemia en el plano religioso.–Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

No es una novedad afirmar que la pandemia del COVID-19 provocó trastornos en todas las dinámicas de la vida: personales, familiares y sociales; y también lo hizo en el ejercicio de los derechos fundamentales. En lo que aquí interesa, la realidad es que se presentaron afectaciones a uno de los principales derechos: la libertad religiosa. Al menos en Argentina, que es un país en el cual dicha libertad se valora en forma positiva y en general está garantizada.

Sabemos que la religión, para quien la profesa, «constituye uno de los elementos fundamentales de su concepción de vida»⁽³⁾. Sabemos además que la libertad religiosa es un derecho que presenta un aspecto interno (llamémoslo «libertad de conciencia») y una dimensión externa (llamémosla «libertad de culto»). Y además presenta un aspecto individual (el acto de fe es personal) pero también uno comunitario, colectivo (la fe se vive con otros)⁽⁴⁾.

También sabemos que se trata de un derecho fundamental, porque el hombre es un ser abierto a la trascendencia y entonces afecta a lo más íntimo y profundo de su ser, que es la conciencia. Por tanto, cuando no es respetado, se atenta contra lo más sagrado del ser humano –y cuando lo es– se está protegiendo la dignidad de la persona humana en su raíz⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Cf. *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 (Resolución 36/55). Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-all-forms-intolerance-and-discrimination> (ingreso a este link y a todos los citados: 30 de septiembre de 2024).

⁽⁴⁾ Sobre el contenido del derecho ver mi artículo: «La libertad religiosa en la Declaración de 1981: contenido y actualidad», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI (2015), pp. 401-417.

⁽⁵⁾ Cf. Conferencia Episcopal Española, 25 de marzo de 2022: *Nota doctrinal sobre la objeción de conciencia*, pto. 11. Disponible en: <https://www.conferenciaepiscopal.es/nota-doctrinal-sobre-la-objecion-de-conciencia/>.

La etapa en análisis produjo en particular limitaciones en la vida comunitaria de la fe y en el ejercicio del culto.

El propósito de estas líneas, luego de señalar los cambios que la pandemia generó en la vida toda, es marcar cómo en la Argentina impactó en el ejercicio de la libertad religiosa, en qué medida las autoridades civiles (también religiosas) estuvieron a la altura de las circunstancias y en definitiva el modo en que aquello que experimentamos modificó los hábitos de las personas a la hora de la relación con Dios.

2. LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA EN LA VIDA PERSONAL Y SOCIAL

La pandemia cambió –para siempre– aspectos de nuestra vida personal y social: la educación, la dinámica de las empresas, del trabajo o de la economía en general, el turismo, la cultura, el deporte, la forma de ejercer el gobierno y por supuesto el tratamiento y cuidado de la salud⁽⁶⁾. Alteró también cuestiones que atañen a la circulación de las personas y a los movimientos migratorios. Impactó, además, aquello que comprende a la religión, a lo que en particular me referiré.

Me detengo para subrayar cuatro aspectos del tema, cuatro hábitos, experiencias o enseñanzas que –como adelanté– llegaron para quedarse:

En primer lugar, todo lo relacionado a la hiperconectividad. Es posible que en lo mediano se hubiese llegado al mismo punto, pero evidentemente la pandemia aceleró una «versión del futuro». De un día para el otro nos encontramos en conexión constante, inmersos en una cultura digital omni-comprensiva. Tuvimos que acostumbrarnos a una menor proximidad física y a una mayor proximidad virtual o remota. Son muchos los aspectos positivos, pero también hemos ido constatando los peligros o desafíos que conlleva el exceso del uso de las tecnologías digitales. Lo resumo así: nunca una pantalla va a poder reemplazar el diálogo personal con nuestra familia, con nuestros amigos, con nuestros maestros, con nuestros ministros sagrados. Nunca va a poder reemplazarse un abrazo, un encuentro o el hecho de mirarnos a los ojos.

Otro riesgo que puede comprobarse: el ambiente digital también es un territorio de soledad, de aislamiento, de pérdida en el desarrollo de relaciones interpersonales auténticas⁽⁷⁾. Las redes exaltan la cultura de la «compa-

⁽⁶⁾ Cf. Mensaje del Cardenal Peter Turkson, 11 de marzo de 2020. Ver: https://www.vatican.va/roman_curia/sviluppo-umano-integrale/documents/rc_sviluppo-umano-integrale_20200311_messaggio-covid19_sp.html.

⁽⁷⁾ Cf. Congregación para la Doctrina de la Fe, Declaración *Dignitas Infinita*, 8 de abril de 2024, núm. 61.

ración» y la cultura del «like» o «me gusta», que llegan a ser adictivas y tienen la potencialidad de minar la autoestima de las personas, sobre todo de los adolescentes y jóvenes. Se ha dicho que «en la comunicación digital se quiere mostrar todo y cada individuo se convierte en objeto de miradas que hurgan, desnudan y divulgan, frecuentemente de manera anónima. El respeto al otro se hace pedazos y, de esa manera, al mismo tiempo que lo desplazo, lo ignoro y lo mantengo lejos, sin pudor alguno puedo invadir su vida hasta el extremo»⁽⁸⁾.

En segundo término y relacionado con lo anterior, la hiperconectividad nos hizo ver que los problemas que ocurren en un lugar del mundo son los mismos que pasan en todos lados del planeta, porque a la postre son desafíos «del hombre, de la humanidad». Fue la primera pandemia «moderna», que nos mostró esa dimensión universal. Me refiero a «moderna» en el sentido de que –gracias a la propagación inmediata de las noticias– pudimos tomar conocimiento de la evolución de la pandemia en cada rincón del planeta.

En tercer lugar, la pandemia nos dio la oportunidad de experimentar que, por más «modernidad» que transitemos, por más avances tecnológicos que alcancemos, la naturaleza tiene sus leyes y nuestra libertad encuentra límites. La pandemia dejó muchas preguntas, muchas cosas que nos interpelan, sobre la vida y la muerte. Nuestra fragilidad quedó al descubierto, oscureciéndose todo aquello que creíamos nos brindaba seguridad.

En cuarto lugar, la pandemia afectó varias dimensiones en lo que hace a la religión:

- a) modificó aspectos de la exteriorización de la fe (el culto público);
- b) alteró lo comunitario (el hecho de reunirse);
- c) impactó además en lo «individual» (me refiero al plano de la relación con el ministro religioso, a la recepción de sacramentos y a la dirección espiritual, por ejemplo).

Esos cambios «negativos» quizás generaron otros «positivos». Señalo algunos:

- a) al menos durante la pandemia se incrementaron los espacios para un mayor tiempo de oración personal y de la oración en familia; de práctica religiosa «doméstica»;
- b) se dio una mayor participación de fieles en actos de culto por internet, situación que hoy en día se ha expandido. Esto también acarrea efectos seguramente no deseados, porque muchas personas –sobre todo mayores– se acostumbraron a la celebración digital y dejaron la presencial. Puede

⁽⁸⁾ Cf. Papa Francisco, Carta Encíclica *Fratelli Tutti*, 3 de octubre de 2020, Nro. 111.

verse que el tema se distorsionó; por ejemplo, en el catolicismo en ocasiones se participa de misas «enlatadas» o «grabadas», perdiéndose el sentido de estar presente en forma real en el sacrificio eucarístico.

c) también es un dato que la pandemia animó a muchas personas a acercarse a la fe, o sintieron el deseo de una búsqueda de mayor espiritualidad;

d) se vio además cómo ministros religiosos se esmeraron en *aggiornarse* en lo digital para no cesar en su misión, y cómo estuvieron en la primera línea para seguir con el acompañamiento de aquella persona necesitada de atención espiritual; por supuesto los fieles también hemos tenido que ponernos al día, actualizarnos, acomodarnos al nuevo estado de cosas;

e) en relación con lo anterior, considero que la pandemia fue una oportunidad para las confesiones religiosas y las personas individuales de acelerar los mecanismos de evangelización a través de vías digitales, de nuevas tecnologías. El mismo mensaje, pero a través de nuevos medios, que adicionalmente permitieron llegar a más personas. Hoy en día se vislumbra en qué medida la época vivida coadyuvó a desarrollar plataformas y otros dispositivos para compartir el mensaje religioso a través de las redes sociales o de la mensajería instantánea de una manera efectiva;

f) fue valioso por último cómo la sociedad destacó la tarea que las confesiones religiosas hacen en materia de ayuda a las personas vulnerables, tarea que es diaria pero que en la pandemia no sólo se incrementó, sino que se hizo mucho más pública, se visibilizó.

En definitiva, a partir del nuevo escenario y justamente por todo lo que ocasionó, se presentaron nuevas perspectivas, nuevas dimensiones en orden a la enseñanza, al compromiso y a la práctica religiosa.

3. LA PANDEMIA Y EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA ARGENTINA

El ejercicio de la libertad religiosa en la Argentina en tiempos de pandemia, en términos de regulación estatal, generó más sombras que luces.

En primer lugar, quiero afirmar algo obvio: los derechos fundamentales siguen rigiendo aún en etapas de excepción. Lo cierto es que pueden limitarse, pero no suspenderse. La función de la autoridad civil es en todo caso justificar las restricciones, que deben ser las mínimas posibles, razonables, de interpretación restrictiva, además de dirigidas y proporcionadas al objetivo que se quiere buscar (en el caso concreto la protección de la salud pública). La autoridad debe argumentar el estado de excepción y hacerlo a través de los mecanismos legales previstos.

El Estado ostenta una obligación indelegable de proteger la salud y la vida de los ciudadanos. Pero al hacerlo debe evitar que los otros derechos fundamentales sufran un deterioro arbitrario o irrazonable.

En Argentina le está vedado al Poder Ejecutivo Nacional dictar disposiciones de carácter legislativo. Sólo ello es admisible cuando cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, y en materias específicas⁽⁹⁾.

Dictado un «Decreto de Necesidad y Urgencia» (DNU), debe ponerse en forma inmediata en conocimiento del Congreso, que puede rechazarlo o habilitarlo (queda sin efecto sólo en el caso de que las dos Cámaras, Senado y Diputados, lo rechacen). La ley que regula los DNU⁽¹⁰⁾ resulta invariablemente cuestionada, sobre todo por lo dicho: basta con tener mayoría en una sola de las Cámaras para «bloquear» el decreto dictado por el Poder Ejecutivo Nacional. Tal sistema extrema el presidencialismo, de suerte que el primer DNU rechazado (luego de vigente la ley aludida) fue recién en el año 2024.

Ahora bien, a partir del 20 de marzo de 2020 y a través de un decreto de necesidad y urgencia⁽¹¹⁾, en la Argentina se vivió una larga etapa de estricto «aislamiento social preventivo y obligatorio» (llamado ASPO), en otras palabras, de «cuarentena» (confinamiento, encierro, *lockdown*), en la cual se establecieron fuertes restricciones a las libertades de transitar, entrar y salir del país, de trabajar y otras, con sanciones penales para quienes las incumpliesen.

En nuestro país tuvimos una cuarentena muy estricta y extensa. Por supuesto que no en todo el territorio rigió de forma igual (derivándose ello de la forma federal de gobierno), pero la regla fue una cuarentena rigurosa.

Corresponde aclarar que al ser «federal» el sistema, conviven diversos órdenes de gobierno y ello implica además que el marco normativo comprende normativa nacional y local. Hay materias delegadas, otras concurrentes y otras reservadas a las provincias. En lo «sanitario» las competencias locales son amplias, pero el orden nacional juega un rol relevante en la coordinación y regulación general del sistema de salud.

⁽⁹⁾ Artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina: «El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros».

⁽¹⁰⁾ Ley que regula los DNU, núm. 26.122 (B. O. 28/07/2006). Primer DNU rechazado (luego de vigente la ley aludida) fue recién en el año 2024 (cf. <https://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo/5396/Por-primera-vez-en-la-historia,-el-Congreso-deroga-un-decreto-de-necesidad-y-urgencia>).

⁽¹¹⁾ DNU 297/2020, B. O. 20/3/2020.

La cuarentena fundamentalmente implicó la obligación de permanecer en nuestras casas, prohibiéndose la circulación y la concurrencia a los lugares de trabajo. También se cerraron las escuelas y universidades. Sólo se autorizaron desplazamientos mínimos para adquirir alimentos, medicación o productos de limpieza.

Entre las medidas tomadas, durante la cuarentena se prohibió la realización de eventos culturales, recreativos, deportivos y religiosos que impliquen la «concurrencia de personas» (art. 5.º).

Ahora bien, desde el inicio y lógicamente, se establecieron excepciones al aislamiento, creándose la categoría de actividades «esenciales» (servicios de salud, de seguridad, producción de alimentos, etcétera). Y si bien al principio no se incorporó en la categoría de «esenciales» a los ministros de culto (por ejemplo, para la asistencia espiritual en centros de salud), ello fue reparado enseguida a través de una Decisión Administrativa de la Jefatura de Gabinete⁽¹²⁾.

Y ahí vemos entonces una «acomodación» específica en materia de libertad religiosa, acaso la única: la consideración de «esencialidad» de la tarea de los ministros religiosos, que conlleva una excepción al cumplimiento de la cuarentena.

Entonces, la regla en la Argentina durante la pandemia fue la prohibición de realizar eventos religiosos y la permisión para que los ministros pudieran desarrollar «asistencia espiritual».

No es el lugar para hacer un detalle de la normativa, porque fue mucha y comprendió varias jurisdicciones (como expresé, se trata de un país federal)⁽¹³⁾. Sí corresponde decir que fueron varias las fases, las etapas, pasándose luego de varios meses de un «aislamiento» a un «distanciamiento obligatorio» (llamado DISPO).

La legislación en materia religiosa fue restrictiva, en general sin justificación y poco precisa. Puesto en otros términos, no tuvo en cuenta la especificidad del tema. Las sucesivas normas se refirieron a «eventos religiosos», en otras ocasiones sólo se autorizó el ingreso a templos para actos de culto «individuales», se prohibieron funerales, etcétera.

Por ejemplo, recién el 15 de mayo, se autorizó la realización de «actividades religiosas individuales en iglesias, templos y lugares de culto de cercanía, correspondientes a la Iglesia Católica y entidades religiosas inscritas en el Registro Nacional de Cultos». Pero, dejándose constancia de que

⁽¹²⁾ Núm. 429/2020 (B. O. 21/3/2024). Artículo 2.º: «Se permitirá la circulación de los ministros de los diferentes cultos a los efectos de brindar asistencia espiritual, debiendo los templos ajustarse en su funcionamiento a lo estipulado en el primer párrafo del artículo 5.º del Decreto núm. 297/20».

⁽¹³⁾ Sobre el desarrollo normativo del tema en la Argentina, ver: NAVARRO FLORIA, JUAN GREGORIO: *Estado, religión y ley en tiempos de emergencia sanitaria: ¿la libertad religiosa en cuarentena?*, El Derecho, Buenos Aires, 8/4/2020, Cita Digital: ED-CMXV-48. También: *La pandemia y la libertad religiosa en la Argentina: algunas reflexiones*, RGDCDEE, núm. 54, octubre 2020.

en ningún caso ello debía consistir en celebración de ceremonias que impliquen reunión de personas. Se excluyó, además, al Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA).

En un determinado momento se estableció un número limitado y taxativo de ingreso de fieles a templos, sin diferenciar el tamaño o las características de los mismos.

Este tipo de normas exhibió la poca precisión al legislar, el desconocimiento del tema religioso, o la vulneración de la autonomía de las iglesias o confesiones (por haberse arrogado el Estado decisiones privativas de éstas).

Por lo demás, se empezaron a notar contradicciones que llevaron a que los líderes religiosos levantaran la voz sobre los esquemas dispuestos⁽¹⁴⁾. Por ejemplo, al tiempo que se prohibían las celebraciones en templos, quedaba autorizada la circulación de personas en los supermercados o se permitía que las confesiones religiosas continuasen con la ayuda social (tarea que naturalmente implica reunir personas). Era cosa de todos los días ver gente en las afueras de un templo formando fila para recibir su plato de comida.

En ese reclamo, acaso tardío pero bienvenido, líderes religiosos de la Ciudad de Buenos Aires manifestaron que las costumbres y las expresiones religiosas de una gran mayoría del pueblo argentino no formaban parte de la escala de prioridades, aun cuando más del 80 % de los habitantes presentaba una clara adscripción a una creencia religiosa.

Las autoridades religiosas dijeron que al establecerse los esquemas de la cuarentena no se reparó en los valores espirituales y trascendentes que conforman el alma de la vida cotidiana de los argentinos y que se expresan en creencias, prácticas de culto y ritos sagrados de distintos credos con sus milenarias tradiciones. Agregaron que, para la mayoría del pueblo, el estado emocional depende de su relación personal con el Creador, y que la práctica religiosa no es actividad «esencial», sino una necesidad «vital» para la población.

En ese orden, indicaron que se había intentado invisibilizar a Dios, a quien aparentemente se le había corrido de la escena como si la superación de lo que nos desafiaba solamente estuviera en manos de un estado omnipotente.

Señalando todo lo que las religiones importan para el bien común, subrayaron que en tiempos de crisis se hacía patente una característica importante: la solidaridad para con el prójimo, sin distinción. Añadieron que resultaba fundamental el apoyo de las comunidades religiosas a fin de que el Estado pudiese aplicar con éxito las medidas para enfrentar la emergencia.

⁽¹⁴⁾ Documento *Los derechos del pueblo argentino de relacionarse con Dios y practicar su culto en todo tiempo*, 14 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.valoresreligiosos.com.ar/Noticias/llamamiento-de-lideres-religiosos-a-valorar-lo-espiritual-y-trascendente-18084>.

De cualquier forma, los líderes se preocuparon en destacar que no se buscaba privilegio alguno ni nada que pusiese en riesgo la salud: solo esperaban coherencia y una mirada integral del ser humano.

4. LECCIONES DE LA PANDEMIA EN EL PLANO RELIGIOSO

Divido la conclusión formulándome las siguientes preguntas: a) ¿Qué aspectos de la libertad religiosa no se limitaron?; b) ¿Qué aspectos de la libertad religiosa se restringieron?; c) ¿Se presentaron «acomodaciones»?; y d) ¿Qué enseñanzas pueden extraerse de lo vivido?

Como primera respuesta, de más está decir que todo lo referido al aspecto «interno» de la libertad religiosa no sufrió ni podría sufrir menoscabo. Tampoco lo vinculado al culto o a las prácticas «individuales», al menos aquello realizado en el hogar.

Otras prácticas o celebraciones (como encuentros de oración, de estudio o de acompañamiento) se realizaron *on line*.

A su turno, desde el inicio de la pandemia quedó autorizada la «asistencia espiritual individual» en todo el territorio nacional. Se concretó fuera de los templos (en centros de salud y domicilios particulares, por ejemplo) y al cabo de unos meses también en los templos, con protocolos de ingreso y permanencia.

Con referencia a los aspectos de la libertad religiosa que se limitaron, es claro que la dimensión más restringida en la cuarentena fue su manifestación pública, comunitaria, es decir, los actos de culto «público».

Para los católicos, las misas fueron *on line* y, además –salvo excepciones– no hubo habilitaciones para celebrar sacramentos como el matrimonio o el bautismo (a no ser de urgencia). Para fieles de otras iglesias o confesiones pasó lo mismo respecto de sus encuentros, reuniones o actos de culto. Ello sin perjuicio de la paulatina y limitada apertura en algunas jurisdicciones.

Cabe marcar que estos límites no afectaron de manera igual a los fieles de todas las confesiones. Recuerdo que un líder musulmán argentino expresó que para ellos la prohibición de concurrir a la mezquita no conllevaba un problema grave, porque no era tan grande –al menos en su comunidad– la cultura de hacerlo. Y nada les impedía seguir cumpliendo con los pilares del islam, destacándose las oraciones diarias, la limosna y el ayuno. No sé si lo expresado refleja el sentir de todo el islam, pero sí es cierto que para el fiel musulmán «toda la tierra» es una mezquita; dicho en otras palabras, la mezquita es el lugar donde la persona se postra o pone la frente en el piso. Si bien es muy importante la oración comunitaria, su ausencia no implica que quede incompleto el ritual. No se exige en particular «concurrir» a la mezquita.

En torno a si se presentaron «acomodaciones», menciono tres diferentes aspectos: aquello a partir de la regulación estatal, aquello a partir de lo realizado por las iglesias o confesiones religiosas, y aquello que en definitiva fueron modificaciones de las personas en cuanto al modo de vivir su fe.

Sobre lo primero, que en realidad es lo específicamente vinculado al tema objeto de este trabajo, la consideración de los ministros religiosos como «personal esencial» fue una acomodación, una «excepción» al confinamiento estricto, como ya mencioné. Más allá de otras críticas que pueden hacerse, al así legislar se ha valorado en forma positiva el factor religioso presente en la sociedad.

Sobre lo segundo, lo que llamo «autoimpuesto», las confesiones religiosas se «acomodaron», al aceptar y acompañar la regulación estatal (con una actitud de colaboración; no confrontativa) y luego al crear nuevas formas de evangelización.

La Iglesia Católica por ejemplo estableció una dispensa al precepto dominical de participación en la Eucaristía. Acaso no era necesario hacerlo porque la presencia en el mismo momento de celebración *on line* era válida teniendo en cuenta el principio *ad impossibilia nemo tenetur*. A propósito, la realidad es que la asistencia presencial a misa disminuyó en el tiempo inmediatamente posterior a la pandemia; también a otros sacramentos como la reconciliación. Son datos provisorios y acaso haya sido una consecuencia natural, debiendo estarse a la evolución de los acontecimientos para extraer conclusiones más consolidadas.

Sobre lo tercero –vale decir– aquello referido a cambios «personales», la pandemia del coronavirus modificó la forma en que muchas personas viven su fe, de la mano de las nuevas tecnologías cuyo desarrollo se precipitó. A lo recién expresado en torno a los sacramentos, se añaden participaciones digitales en encuentros comunitarios, de reflexión, oración o formación religiosa. También se incrementó vertiginosamente la transmisión y el «consumo» del mensaje religioso por redes sociales. Si bien sostengo que la presencia física es irremplazable, evidentemente todo lo señalado ha generado alternativas antes impensadas, para el crecimiento espiritual individual y para la creación de comunidades, inclusive más grandes y universales. Se vive otro tipo de proximidad, diferente. Lo expresado no puede atribuirse exclusivamente a la pandemia, pero como dije más arriba, la experiencia transitada adelantó una «versión del futuro», acelerando el cambio en «prácticas religiosas», personales y colectivas.

Finalmente, concluyo con la pregunta referida a las enseñanzas que pueden extraerse a partir de lo vivido.

Es verdad que «gestionar» una pandemia moderna no es tarea fácil y que definitivamente fue muy complejo el contexto. Ello, no obstante, afir-

mo que tanto el Estado como las confesiones religiosas pueden extraer enseñanzas.

De parte del Estado, se ha notado un desconocimiento de la especificidad que ostenta la materia religiosa, que naturalmente ha derivado en una ignorancia para legislar la materia. El Estado no puede ser «ignorante», porque la «ignorancia» es la falta de conocimiento de aquello que debe saber. Y no puede ignorarse la libertad religiosa como derecho fundamental ni cómo «gestionar» el tema. No puede ignorarse que, para las personas religiosas, el alma es tan importante como el cuerpo. No puede ignorarse que en general la vida de fe nunca va a ser plena cuando queda limitada a actividades individuales o a escenarios digitales.

En esta línea, considero que la gestión de la pandemia por parte del gobierno argentino tuvo una mirada basada en un criterio sanitarista limitado, omitiendo que la «salud» como «bien» no se reduce a la ausencia de una afección o enfermedad sino a un bienestar integral de cada persona. Como dice la Organización Mundial de la Salud en su Preámbulo⁽¹⁵⁾, «la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades; el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social».

En dicha integralidad está la psiquis, la parte afectiva y también la dimensión religiosa, que para una gran cantidad de personas es algo vital y que no se tuvo en cuenta como correspondía a la hora de legislar.

En lo tocante a la libertad religiosa, considero como enseñanza para el Estado –por ejemplo– que no es admisible que lesione la autonomía de las confesiones religiosas y determine qué tipo de celebraciones deben desarrollarse dentro de un templo. Carece de potestad para hacerlo. Una cosa es fijar parámetros sanitarios, otra es arrogarse decisiones privativas de cada culto.

Otro aprendizaje para el Estado: al armonizar el orden público sanitario con la libertad religiosa debe tener a las iglesias o comunidades como «aliadas», porque la experiencia demuestra la responsabilidad con que se manejan y el espíritu de colaboración que tienen; además siempre es mejor tomar las decisiones sobre la base de acuerdos. Conversando se toman mejores decisiones.

De nuevo, reconozco que no fue fácil para las autoridades gobernar una pandemia que tuvo brotes y rebrotes, pero veo que prácticamente la única respuesta, bajo el argumento indiscutible de cuidar la vida, fue el aislamiento obligatorio, sin tomar una perspectiva más amplia de las consecuencias

⁽¹⁵⁾ Organización Mundial de la Salud, Preámbulo de su Constitución.

de ello para las personas, para su vida, para sus sentimientos y para su relación con el Creador.

Como enseñanza –además– la pandemia nos ha mostrado que las confesiones religiosas han estado más pasivas que lo esperable a partir de lo que la situación exigía. Por supuesto que deben acompañar las medidas estatales dirigidas al cuidado de la salud y la vida, siempre que sean razonables, pero también deben denunciar la situación en caso de que no lo sean. Y los reclamos fueron tardíos.

Además, es verdad que en ocasiones las confesiones religiosas fueron más allá de lo prescripto por la autoridad civil. Por ejemplo, a pesar de que la normativa no impedía la apertura de los templos (la prohibición radicaba en la organización de actos que implicasen la concurrencia de personas), la realidad es que gran cantidad de los mismos permanecieron cerrados, situación que con el correr del tiempo se fue flexibilizando (fijándose horarios, pautas de ingreso, etcétera). O sea, una cosa es convocar a un acto de culto y otra abrir un templo para la oración individual de las personas o la atención espiritual de las personas con permiso para circular que así lo deseen (siempre con la fijación de reglas de cantidad de personas, mantenimiento de distancia, y otros parámetros).

Nos queda también a nosotros, las personas individuales, tomar nota de lo que vivimos. Formarnos y evitar permanecer pasivos a futuro. Reclamar, defender aquello en lo que creemos, al Estado y a las propias iglesias y comunidades. Con la pandemia encontramos un límite a nuestra libertad. Lo hemos sufrido, porque en definitiva la aspiración a vivir en libertad está inscrita en nuestros corazones.

BIBLIOGRAFÍA

- CARDENAL PETER TURKSON, Mensaje de 11 de marzo de 2020. Ver: https://www.vatican.va/roman_curia/sviluppo-umano-integrale/documents/rc_sviluppo-umano-integrale_20200311_messaggio-covid19_sp.html.
- CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, Nota doctrinal sobre la objeción de conciencia, pto. 11, 25 de marzo de 2022, disponible en: <https://www.conferenciaepiscopal.es/nota-doctrinal-sobre-la-objecion-de-conciencia/>.
- CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Declaración Dignitas Infinita, 8 de abril de 2024, núm. 61.
- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, 1994, artículo 99.
- DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA Y DISCRIMINACIÓN FUNDADAS EN LA RELIGIÓN O LAS CONVICCIONES, Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de noviembre de 1981 (Resolución 36/55), <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-all-forms-intolerance-and-discrimination>.
- DECRETO núm. 429/2020 (B. O. 21 de marzo de 2024).

DNU 297/2020, B. O. 20/3/2020.

DOCUMENTO LOS DERECHOS DEL PUEBLO ARGENTINO DE RELACIONARSE CON DIOS Y PRACTICAR SU CULTO EN TODO TIEMPO, 14 de julio de 2020. Ver: <https://www.valoresreligiosos.com.ar/Noticias/llamamiento-de-lideres-religiosos-a-valorar-lo-espiritual-y-trascendente-18084>.

LEY núm. 26.122 (B. O. 28/07/2006), <https://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo/5396/por-primera-vez-en-la-historia-el-congreso-derogo-un-decreto-de-necesidad-y-urgencia>).

LO PRETE, O., «La libertad religiosa en la Declaración de 1981: contenido y actualidad», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI (2015), pp. 401-417.

NAVARRO FLORIA, J. G., «La pandemia y la libertad religiosa en la Argentina: algunas reflexiones», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (RGDCDEE)*, núm. 54, octubre 2020.

— «Estado, religión y ley en tiempos de emergencia sanitaria: ¿la libertad religiosa en cuarentena?», *El Derecho*, Buenos Aires, 2020, Cita Digital: ED-CMXV-48.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Preámbulo de su Constitución, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 1946, en vigor el 7 de abril de 1948, disponible en <https://www.who.int/es/about/governance/constitution>.

PAPA FRANCISCO, Carta Encíclica Fratelli Tutti, 3 de octubre de 2020, núm. 111.

Tratamientos transafirmativos en hospitales confesionales

Trans affirmative therapy in faith-based hospitals

M.^a ELENA PIMSTEIN SCROGGIE⁽¹⁾

Centro UC Derecho y Religión
Pontificia Universidad Católica de Chile

Resumen: Las personas transgénero acuden a centros asistenciales por distintas razones, entre las cuales, solicitan terapias para cambiar de sexo. Es así como se producen colisiones entre los derechos fundamentales tales como la libertad de religión y creencias –tanto de la persona natural como del de la jurídica–, la protección de la salud, la igualdad, no discriminación y la identidad de género. El objeto de estudio es el centro médico –que está al servicio de la vida y la salud y que tiene un ideario determinado– y su forma de optar por la acomodación razonable de parte del Estado sin lesionar los derechos fundamentales de las personas que solicitan dichos tratamientos.

Abstract: Transgender people seek medical care for a variety of reasons, including sex-change therapies. This creates conflicts between fundamental rights such as freedom of religion and belief –both for individuals and legal entities–, health protection, equality, non-discrimination, and gender identity. The focus of this study is on medical centers that serve life and health and have a specific ideology, and how they may opt for reasonable accommodation by the State, without violating the fundamental rights of those seeking such treatments.

Palabras clave: Derechos de las personas transgénero, libertad religiosa, autonomía de las entidades religiosas, hospitales confesionales, no discriminación, salud e identidad de género.

⁽¹⁾ Agradezco la colaboración que prestaron en esta investigación los pasantes del Centro UC Derecho y Religión Fernando López y Valentina Toledo.

Keywords: Transgender rights, religious freedom, autonomy of religious entities, faith-based hospitals, non-discrimination, health and gender identity.

SUMARIO: 1. Planteamiento del tema.–2. Elementos médicos de contexto.–3. Derechos en conflicto. 3.1 Libertad religiosa y derecho de asociación. 3.2 Protección de la salud. 3.3 Igualdad y no discriminación. 3.4 Identidad de género.–4. La acomodación razonable como solución al conflicto entre la libertad religiosa y otros derechos. 4.1 Acomodación razonable y derecho a la protección de la salud. 4.2 Acomodación razonable, igualdad ante la ley, no discriminación e identidad de género.–5. Consideraciones finales.–Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Los centros hospitalarios encuentran su razón de ser en el servicio a la vida y a la salud de sus pacientes. Su ideario constituirá el ADN y la hoja de ruta para cumplir esos fines, lo que supone un marco que limita el ejercicio de la medicina.

Sin embargo, el vertiginoso avance de la ciencia plantea dilemas que no pueden resolverse tan rápidamente sólo teniendo como marco de referencia el objeto de la medicina y el ideario de la institución. Estas disyuntivas exigen un prudente y más pausado discernimiento tanto desde un punto de vista médico como ético. La persona y su dignidad está siempre en el centro y requiere una comprensión integral. No basta una única perspectiva técnica. Habrá que recurrir a otras ciencias o disciplinas que permitan entender lo más completamente posible la situación que requiere de una intervención médica⁽²⁾.

En concreto, queremos referirnos al tratamiento de personas que se reconocen como transgénero y que acuden a un centro médico u hospital confesional.

En estas líneas, el análisis pone el acento en la perspectiva del hospital o centro médico, el que obviamente, no puede entenderse por sí solo sino dependerá de las solicitudes de personas naturales.

Por una parte, está el ideario de dicha institución, su comprensión de la persona humana y los fines que persigue a través de las labores que realiza.

⁽²⁾ Una visión global del problema la ofrece el informe: «*La cuestión trans: Para una comprensión integral del debate*» de la Corporación Comunidad y Justicia, disponible en: <https://comunidadyjusticia.cl/wp-content/uploads/2024/08/Informe-la-cuestion-trans.pdf>, consultado el 29 de diciembre de 2024.

Por la otra, están los pacientes –mayores o menores de edad– que demandan tratamientos o intervenciones quirúrgicas que pueden interpelar y entrar en conflicto con la misión institucional. ¿Puede un hospital católico realizar terapias hormonales y operaciones de cambio de sexo?⁽³⁾ ¿Qué creencias predominan: las del hospital o las de los pacientes? ¿Cómo se resuelve el conflicto entre la autonomía, la libertad de religión y creencias y la igualdad y no discriminación y el derecho a la identidad de género? Nos parece que el tema es de gran actualidad. La publicación del Informe Cass⁽⁴⁾, en el Reino Unido en abril de 2024 –referente a los tratamientos en menores de edad– lo puso sobre la mesa a nivel mundial. En Chile, hizo lo propio un reportaje periodístico⁽⁵⁾, que motivó la creación de una Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados y una Comisión de expertos por parte del Ministerio de Salud.

El análisis será a partir de la normativa chilena. Sin embargo, puede servir en otros países, ya que también se realizó un recorrido jurisprudencial por el continente americano para saber qué tipo de problemas enfrentan los tribunales y cuál es el razonamiento que han aplicado.

Se trata de un tema –aún en estudio a nivel mundial– del que no se ha dicho la última palabra y, por lo tanto, cuyas mayores y mejores evidencias dan cuenta de una situación completamente dinámica. La carencia de evidencias médicas irrefutables genera también consecuencias en el mundo del derecho.

Por otra parte, la percepción a nivel global sobre la identidad sexual ha cambiado –quizás no en la misma proporción en todos los países, pero se observa una cada vez mayor aceptación social de este tipo de tratamientos. Es así como hace unos días, la Encuesta UC Bicentenario 2024⁽⁶⁾ dio a

⁽³⁾ Investigación de EWTN evidencia a 150 hospitales «católicos» que hormonizan niños para «transición de género» | ZENIT – Español. <https://es.zenit.org/2024/10/17/investigacion-de-ewtn-evidencia-a-150-hospitales-catolicos-que-hormonizan-ninos-para-transicion-de-genero/?eti=18054>.

⁽⁴⁾ CASS, H., (2024): *Independent Review of Gender Identity Services for Children and Young People*. NHS England «Final Report», *The Cass Review*, consultado el 26.12.2024, <https://cass.independent-review.uk/home/publications/final-report/>. Es un informe elaborado por la Dra. Hilary Cass, publicado en abril de 2024. Este informe se dirige principalmente a los responsables y proveedores de servicios para niños y jóvenes que necesitan apoyo en relación con su género. Esta revisión se centra estrictamente en los servicios clínicos prestados a los niños y jóvenes que solicitan ayuda al SNS para resolver su angustia relacionada con el género.

⁽⁵⁾ Reportaje: Pubertad interrumpida: niños trans inician tratamiento hormonal en medio de controversias, Colaboración de Sabine Drysdale en BíoBío 2024. Los hechos que se denuncian corresponden a cirugías médicas denominadas de «reafirmación de sexo» o «afirmación de género» realizadas en menores de edad (menos de 18 años). Estas cirugías se pueden definir como aquellas realizadas en personas con disforia de género con el objeto de realizar una modificación o extirpación de determinados miembros corporales a fin de «transitar» del sexo biológico original al sexo con el cual el paciente se identifica. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2024/05/29/pubertad-interrumpida-ninos-trans-inician-tratamiento-hormonal-en-medio-de-controversias>. <https://www.youtube.com/watch?v=U22kXmu8ihY>. Entrevista de Tomás Mosciatti a Sabine Drysdale y el cambio de género en niños, <https://www.youtube.com/watch?v=RpW-1SgApJo>

⁽⁶⁾ La Encuesta Nacional Bicentenario UC es un estudio de tipo cuantitativo probabilístico, realizada mediante entrevistas personales (cara a cara) en distintos hogares de nuestro país. La población objetiva corresponde a personas de 18 años y más, chilenos o residentes en Chile, que habitan (por más de seis meses) en viviendas particulares ocupadas y localizadas en zonas urbanas a nivel nacional. El levantamiento en

conocer sus resultados, registrando –por primera vez en este tipo de consultas– que el 64% de los encuestados está de acuerdo con que una persona mayor debería tener derecho a cambiar su identidad de género; que el 38% de las personas consultadas considera que un menor de edad con autorización de sus padres debería tener derecho a cambiar su identidad de género y el 15% está de acuerdo con utilizar medicamentos para retrasar la pubertad en menores de edad que quieren cambiar de sexo⁽⁷⁾. Estas cifras, que son sólo un botón de muestra, dan cuenta de un porcentaje significativo de la población que avala este tipo de tratamientos, aunque el apoyo baja cuando se refiere a menores de edad. Asimismo, los derechos en conflicto son prácticamente los mismos casi en todas partes, aunque, la interpretación de las normas y su ponderación no ha sido la misma: un número significativo de sentencias de países de nuestro continente hace predominar el derecho a la identidad de género, la igualdad y no discriminación por sobre la libertad religiosa. Da la impresión de que las consideraciones de dichas decisiones se fundan en criterios distintos de los meramente jurídicos.

El presente artículo comienza con algunos elementos médicos de contexto para luego enunciar los derechos que aparentemente están en conflicto con la libertad religiosa, es decir, el de protección a la salud, la igualdad y no discriminación y el de identidad de género. Finalmente, trata la acomodación razonable como camino de solución.

En este contexto, la pregunta de fondo que motiva este artículo es si la acomodación razonable puede ser un camino de solución para los centros asistenciales requeridos por este tipo de prestaciones sin que ello signifique lesionar los derechos de quienes las solicitan.

2. ELEMENTOS MÉDICOS DE CONTEXTO

Antes de abordar jurídicamente la cuestión, es necesario recurrir a algunos elementos médicos de contexto, teniendo presente que el tema es muy complejo y requiere ciertas premisas, que, en nuestro caso, se fundan en la antropología cristiana.

El transgénero es una «persona cuya identidad de género no se corresponde con la de su sexo biológico o de nacimiento»⁽⁸⁾.

terreno fue realizado entre el 21 de agosto de 2024 y el 24 de octubre de 2024, logrando encuestar a un total de 1.638 personas. El margen de error total es de $\pm 2,4$ puntos porcentuales asumiendo varianza máxima, un nivel de confianza de 95% y muestreo aleatorio simple. Consultar Resultados Encuesta Nacional UC Bicentenario 2024, en: <https://encuestabicentenario.uc.cl/>

⁽⁷⁾ Encuesta Bicentenario UC 2024 https://encuestabicentenario.uc.cl/content/uploads/2024/12/Encuesta-Bicentenario-2024_Familia_Natalidad-1.pdf, consultado el 26.12.2024.

⁽⁸⁾ Diccionario panhispánico de dudas (DPD), 2.ª edición (versión provisional). <https://www.rae.es/dpd/transgénero>, consultado el 24.12.2024.

Desde la perspectiva médica, psiquiátrica y psicológica no es considerado como una patología y quienes lo sufren abogan por no ser considerados como enfermos. Sin embargo, es un hecho que recurren a los médicos y a la medicina y lo hacen principalmente por dos tipos de razones. La primera, por experimentar la así llamada disforia de género –malestar psíquico que afecta a las personas cuyo sexo biológico no coincide con el género con el que se identifican–. En esos casos, se sufre angustia y depresión. Cabe señalar que la tasa de suicidios en ellas es de un 40%, lo que está muy por sobre la población en general, cuya tasa es del 3,6%. Es aún controvertido si las terapias transafirmativas modifican significativamente estas tasas.

El segundo motivo por el que recurren a la medicina es por la necesidad de modificar su presentación fenotípica, a través de terapias farmacológicas y quirúrgicas y así alinear sus características físicas con su identidad de género. Estos procesos de reasignación de sexo se denominan terapias afirmativas de género. Estas son esencialmente irreversibles y consisten por una parte en hormonización cruzada (orientadas a virilizar mujeres que desean transitar al sexo masculino y feminizar en el caso opuesto), y por otra, en cirugías de distinto tipo, tales como extirpación de mamas, cambio de genitales, etc. Adicionalmente, en pre púberes se practica el bloqueo puberal, procedimiento reversible, que persigue postergar la pubertad mientras el adolescente, su familia y el equipo de salud ponderan las decisiones sobre tratamientos más definitivos e irreversibles.

La medicina busca respetar y salvaguardar la vida y restablecer la salud. ¿La frenación de la pubertad y la aplicación de terapias hormonales cruzadas caben dentro de estos supuestos? Si las intervenciones son irreversibles y producen efectos secundarios crónicos, ¿La medicina está cumpliendo con el fin de no hacer daño? ¿Se pueden usar los conocimientos médicos para fines que no son médicos? ¿Qué límites éticos hay al respecto?

En este contexto, una primera cuestión que se plantea es si corresponde la intervención de los médicos y de la medicina en personas sanas. A primera vista, podría responderse que no. Sin embargo, una mayor profundización de la respuesta lleva a notar que no son pocas las ocasiones en que estas se realizan. Sólo por dar un ejemplo, hay varias intervenciones de cirugía plástica que entran en la categoría de asuntos en que no hay una enfermedad que las justifique.

Las intervenciones médicas son lícitas en la medida que apliquen el principio de totalidad –que permite sacrificar la parte enferma en beneficio del todo– y el de proporcionalidad, orientadas a restaurar lo dañado, recuperar la normalidad (y la salud) en el entendido, por supuesto, de una conformidad al bien de todo el resto de su marco ético y técnico. Asimismo, el principio de precaución o cautela justifica una acción para evitar un daño incluso cuando no pueda establecerse con absoluta certeza una relación de

causa-efecto basándose en la evidencia científica disponible. Y, por supuesto, junto a estas prevenciones de carácter técnico deben tenerse presente las demás de carácter antropológico y ético que incidan sobre la materia médica de que se trate.

Hay que tener presente que la toma de decisiones en salud se basa convencionalmente en la mejor evidencia médica disponible, cuya calidad puede determinarse siguiendo estándares bien establecidos y aceptados. Esto supone que las guías clínicas se vayan perfeccionando constantemente y que puedan cambiar sustancialmente e incluso incorporen recomendaciones diametralmente opuestas a las originales.

Así, recientemente fue publicado un informe solicitado por el Ministerio de Salud Británico, referente al abordaje de los sistemas de salud en niños, niñas y adolescentes (NNA) que se reconocen como transgénero. Esta revisión, conocida como Informe Cass tuvo como propósito generar recomendaciones que garanticen un alto estándar de calidad en el cuidado de los NNA trans. Incorporó, como un elemento central, la evaluación de la calidad de la evidencia médica disponible en relación con distintas terapias implementadas en niños y adolescentes transgénero. Esta evaluación metodológica fue hecha de modo independiente por académicos de la Universidad de York.

El informe Cass reafirma la necesidad de proporcionar ayuda y acompañamiento a los niños y adolescentes trans y recomienda mejorar los servicios que apoyan estas acciones, propiciando un abordaje integral. En términos generales, concluye que la evidencia disponible para validar varias de las intervenciones ampliamente usadas es de baja calidad. En este contexto, recomienda no practicar freno puberal, puesto que las revisiones metodológicas antes mencionadas muestran que, si bien se consigue el retardo puberal buscado, se compromete la densidad ósea y no produce cambios en las disforias de género. Respecto de la terapia afirmativa de hormonización cruzada, aconseja usarla con extrema cautela en adolescentes, por el potencial riesgo de afectar el desarrollo neurocognitivo y psicosexual en el largo plazo. El informe Cass, que revisa únicamente la situación de los NNA transgénero, cuestiona también las guías internacionales aduciendo que no han sido elaboradas según estándares habituales para este tipo de recomendaciones.

Una dificultad adicional está dada por el hecho que una proporción significativa de los NNA que se perciben como transgénero presentan un trastorno del espectro autista (TEA). La magnitud de la coexistencia de estas dos condiciones es desconocida, pero probablemente se sitúa en el rango de 10 a 20%. En estos pacientes pueden presentarse dudas acerca de la real capacidad de comprensión de la identidad de género y del reconocimiento de su propio cuerpo, lo que añade complejidad para determinar cuán legíti-

mo puede ser el asentimiento de estos NNA para recibir terapias irreversibles y también de la cabal comprensión de padres y tutores para consentir en esta situación. Es indispensable evaluar específicamente la existencia de TEA en los NNA trans dado que en ellos se requiere una aproximación distinta, con enfoques específicos.

Una situación parecida podría presentarse en candidatos a transiciones de género que tienen una intelectualidad limítrofe o ligera discapacidad cognitiva, aunque no hay estudios que precisen la prevalencia exacta de discapacidades cognitivas específicamente en personas transgénero.

Todo lo anterior, sin entrar a estudiar la necesidad de aplicar a los pacientes transgénero tratamientos crónicos ni indagar sobre los efectos secundarios de los mismos que tampoco han sido suficientemente investigados y que dicen relación con la salud ósea, cardiovascular, psicosexual y la fertilidad.

Dada la incerteza que existe actualmente con relación a las terapias afirmativas de género, como parece mostrar el análisis sistemático disponible de la evidencia médica, es necesario tener muy en cuenta los principios de prevención y precaución, cuyo objetivo es evaluar de manera responsable los riesgos asociados con avances médicos. El principio de prevención concierne al control del riesgo e implica que las medidas preventivas puedan ser adoptadas cuando la información disponible es suficiente para poder establecer los daños. El principio de precaución o cautela justifica una acción para evitar un daño incluso cuando no pueda establecerse con absoluta certeza una relación de causa-efecto basándose en la evidencia científica disponible.

3. DERECHOS EN CONFLICTO

Como puede apreciarse, se trata de un tema complejo. Desde el punto de vista del derecho, en un polo están las demandas de las personas que solicitan acciones para cambiar de sexo –invocando el derecho a identidad de género, la igualdad y no discriminación y la protección de la salud– y en el otro, los centros médicos –en el ejercicio del derecho de asociación, la autonomía, la libertad religiosa y también la protección de la salud– que se enfrentan a dilemas desde el punto de vista médico y ético. A continuación, se analizarán estas colisiones de derechos, ilustrando con algunos casos resueltos en tribunales de nuestro continente.

3.1 Libertad religiosa y derecho de asociación

Como se dijo antes, el foco de nuestro estudio está en los centros médicos más que en las personas naturales que solicitan estos tratamientos. Por eso, es pertinente comenzar por la relación entre el derecho de libertad religiosa y el derecho de asociación. Ambos derechos son reconocidos por infinitos instrumentos internacionales y casi todas las constituciones del mundo.

La dimensión asociativa de la libertad religiosa constituye parte de su núcleo: ejercerla individual o colectivamente, en público y en privado. Cada confesión religiosa o asociación confesional o no, también ejerce en cuanto tal el derecho de libertad religiosa.

Desde otra perspectiva, las organizaciones religiosas cumplen sus fines de muy diversas maneras, aportando a la sociedad en la que están inmersas. La democracia no puede entenderse sin el aporte de ellas.

El adecuado ejercicio de la libertad de conciencia y religión requiere también que se reconozcan y garanticen otros derechos con los que está inescindiblemente unida. No es posible ejercer la libertad religiosa sin el derecho de asociación, una adecuada autonomía, la libertad de expresión, el derecho al trabajo, entre otros.

El derecho de asociación supone la libertad para fundar asociaciones que permitan cumplir fines que las personas no pueden alcanzar por sí solos, junto con la autonomía necesaria para para ello.

A este respecto, cabe hacer notar que paradójicamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicó en 2024 unos Estándares Interamericanos sobre la Libertad de Religión y Creencias⁽⁹⁾, que se basan en fuentes de muy diversa índole que no son vinculantes para los Estados y en los que se trata la libertad religiosa más bien como una amenaza para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. Así lo subraya el Comisionado Carlos Bernal Pulido, en su voto disidente al Estudio, en el que también agrega «(...) más allá del reconocimiento o no de un derecho a la objeción de conciencia en cabeza de una persona jurídica, las expresiones de convicciones o creencias deben protegerse de acuerdo con las afectaciones que puedan derivarse para las personas naturales no solo de su derecho a la libertad religiosa, sino también de su derecho a la libertad de asociación, y en todo caso, deberá atenderse a lo que dispongan los ordenamientos jurídicos internos» (...)⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2023. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Estudio_LRC.pdf. Consultado el 31.12. 2024.

⁽¹⁰⁾ Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2024. Disponible en <https://ojs.uc.cl/index.php/bjur/article/view/75345/57353>. Consultado el 30.12.2024.

Por su parte, el Comisionado Stuardo Ralón Orellana, también consigna un extenso voto disidente en el que hace ver que el Estudio no clarifica si las iglesias son o no titulares del derecho a la libertad religiosa del artículo 12 de la Convención. No obstante, sí reconoce esta titularidad a los pueblos indígenas, dado que el ejercicio de sus prácticas religiosas está asociado a la pertenencia a un determinado colectivo. «Por esto, resulta incomprensible que no se reconozca esa misma dimensión colectiva al ejercicio de la libertad religiosa de las iglesias, teniendo en consideración que tienen un carácter intrínsecamente comunitario.»⁽¹¹⁾

En esta presentación, nos queremos referir a las que se materializan en centros médicos u hospitales confesionales, en especial, católicos.

La Constitución reconoce el «derecho de asociarse sin permiso previo. Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.

Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación.

Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado»⁽¹²⁾.

El núcleo del derecho a la libertad de conciencia y religión lo constituye creer o no creer, individual o asociadamente, en público o privado. Así ha sido reconocido por casi 60 instrumentos internacionales. Como nuestro foco está puesto en los centros médicos, destacamos la dimensión colectiva y pública. Es decir, no solo las personas naturales ejercen estos derechos sino también todas aquellas instituciones fundadas por las personas para cumplir fines que por sí solas no pueden lograr.

No son muchas las sentencias que reconocen la libertad religiosa de las asociaciones. En este sentido, destacamos la del Tribunal de Apelaciones Quinto Circuito de los Estados Unidos, en el Caso *Franciscan Alliance v. Becerra* que resolvió que la red sanitaria católica –ni su personal de salud– puede ser obligados a realizar prestaciones médicas que atenten contra su ideario religioso⁽¹³⁾. En mayo de 2016, el gobierno federal emitió un mandato exigiendo –aún a menores de edad y sin hacer excepciones de ningún tipo–, prácticamente a todos los proveedores de salud del país, la disposición a realizar procedimientos de transición de género y brindar la cobertura de seguro correspondiente.

⁽¹¹⁾ Ralón 2023, 117. Disponible en https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Estudio_LRC.pdf Consultado el 31 de diciembre de 2024.

⁽¹²⁾ Constitución Política de la República de Chile, publicada en el Diario Oficial de 11 de agosto de 1980, Artículo 19 núm. 15.

⁽¹³⁾ *Franciscan Alliance v. Becerra* 2022. *Estados Unidos– Corte de Apelaciones (Quinto Circuito)– Caso Franciscan Alliance v. Becerra– Sentencia resolvió que red sanitaria católica (ni su personal de salud) puede ser obligado a realizar prestaciones médicas que atenten contra su ideario religioso*, Boletín Jurídico Núm.11 (17): septiembre 2022 Centro UC Derecho y Religión, consultado el 24 de diciembre de 2024. <https://ojs.uc.cl/index.php/bjur/article/view/53757>. Información de <https://www.becketlaw.org/case/franciscanalliance/>

La demandante principal fue *Franciscan Alliance*, red sanitaria católica –con más de 19.000 profesionales de la salud–, lo que indica que es una asociación la que invoca la vulneración de sus derechos, dado que se le obliga a realizar procedimientos que van contra sus convicciones institucionales. Junto con ella, ocho estados y dos hospitales religiosos impugnaron el mandato en el tribunal federal del Distrito Norte de Texas. En diciembre de 2016, el tribunal de Texas emitió un fallo preliminar en el que se afirmaba que la política era una ilegal y que suponía una probable violación de la libertad religiosa. En octubre de 2019, el tribunal confirmó su fallo anterior, explicando que los médicos deben tener libertad para ejercer su profesión sin verse obligados a realizar estos procedimientos que trasgreden su fe.

Sin embargo, el tribunal no emitió una orden que impidiera de forma permanente que el gobierno impusiera este mandato a los hospitales y médicos. *Becket Fund for Religious Freedom* apeló en nombre de los demandantes. En abril de 2021, el Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos para el Quinto Circuito dictaminó que el Tribunal de Distrito debía considerar más a fondo si otorgaba esa protección duradera⁽¹⁴⁾.

En este contexto también cabe destacar la demanda federal contra el Departamento de Salud y Servicios Humanos por redefinir el sexo en la atención médica, y obligar a profesionales médicos y aseguradoras a realizar y pagar procedimientos y tratamientos de «transición de género». El Estado de Florida y los abogados de *Alliance Defending Freedom* que representan a la Asociación Médica Católica (CMA) presentaron una demanda federal contra el Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE. UU. después de que la agencia adoptó una regla que obliga a los profesionales médicos y proveedores de seguros a realizar o pagar por procedimientos de transición de género o enfrentar graves consecuencias financieras⁽¹⁵⁾.

Florida aprobó una ley que protege a los niños de medicamentos y cirugías irreversibles destinadas a hacerlos parecer de un género diferente a su sexo biológico. Pero la administración Biden afirma que su mandato, que redefine el sexo en la Sección 1557⁽¹⁶⁾, anula la ley estatal y obliga a los médicos a realizar estos procedimientos.

Los miembros de la CMA sostienen la opinión categórica de que los procedimientos de transición de género dañan a los pacientes, en particular a los niños, y pueden resultar en infertilidad, ataques cardíacos, accidentes cerebrovasculares y otras enfermedades crónicas, y que la ciencia médica

⁽¹⁴⁾ *Franciscan Alliance* alegó que la norma infringía la Ley de Procedimiento Administrativo (APA) al definir la «discriminación por razón de sexo» de forma incompatible con el Título IX. También alegó que la norma violaba la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa (RFRA) al obligarla a practicar abortos y cirugías de reasignación de sexo incompatibles con sus creencias religiosas sinceras (p. 3).

⁽¹⁵⁾ Demanda Federal v. Departamento de Salud y Servicios Humanos s.f.. Revisar también: <https://adfflegal.org/article/biden-admin-abuses-its-power-again-redefines-sex-section-1557>

⁽¹⁶⁾ *Alliance Defending Freedom*, <https://adfflegal.org/article/biden-admin-abuses-its-power-again-redefines-sex-section-1557>/consultado el 19 de junio de 2025

no apoya la prestación de tales procedimientos. Sostienen la opinión categórica de que el sexo es una característica biológica e inmutable, una realidad científica, no una construcción social. Los miembros de la CMA sostienen la opinión categórica de que eliminar los espacios privados específicos para cada sexo viola los derechos fundamentales a la privacidad, la dignidad, la seguridad y la protección.

3.2 Derecho a la protección de la salud

Muchas de las solicitudes se fundan en el derecho a la protección de la salud para solicitar este tipo de tratamientos. Al respecto, la Constitución chilena de 1980 reconoce en su artículo 19 núm. 9 el derecho a la protección de la salud: «El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo»⁽¹⁷⁾.

Según la historia fidedigna de la norma constitucional, el vocablo salud solo abarca el fomento, protección y rehabilitación del enfermo y no otro tipo de intervenciones⁽¹⁸⁾. Por otra parte, el profesor José Luis Cea⁽¹⁹⁾ la define como: «Proteger (...) en salud significa que un individuo, del nivel que sea, tenga estado de salud. Y de alguna manera se debe impedir que ese estado de salud se pierda»⁽²⁰⁾. Para el profesor Cea, las obligaciones del Estado en este sentido, consisten en: «(A) proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de: (1) promoción de salud, (2) atención, cuidado o protección de salud, (3) recuperación de salud y (4) rehabilitación. Son estas acciones, muy precisas, las amparadas por este iusfundamental, especialmente por la cautela del bien común que se encuentra implícita en la consagración de este derecho. (B) La coordinación y el control. Coordinación en el sentido de establecer y seguir un orden entre instituciones públicas y privadas para el cumplimiento de funciones comunes, teniendo siempre en vista el principio de subsidiariedad que, en materia de salud, operaría en el sentido de priorizar la actividad estatal. Y control en el sentido de observar el funcionamiento del sistema. (C) Garantizar la ejecución»⁽²¹⁾.

Al respecto, es interesante la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que acogió la tutela en favor de adolescente transgénero, en que

⁽¹⁷⁾ Constitución Política de la República de Chile, publicada en el Diario Oficial de 11 de agosto de 1980, artículo 19, núm. 9, inciso primero. Dicho artículo continúa: «Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. (...)».

⁽¹⁸⁾ BCN 2020.

⁽¹⁹⁾ Cea, Derecho Constitucional Chileno. Tomo I, 326.2002.

⁽²⁰⁾ Cea 2002.

⁽²¹⁾ Cea 2002.

afirmó que privarlo del tratamiento hormonal vulneraría «derechos fundamentales a la identidad de género, salud, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad»⁽²²⁾. El accionante fue diagnosticado con disforia de género. La clínica se oponía porque era menor de edad y cuestionaba el diagnóstico de disforia de género. Solicitó que se ordenara a la Dirección General de Sanidad Militar la sustitución de la especialista en endocrinología pediátrica por otro profesional que «tenga el conocimiento para tratar a niños y adolescentes transgénero», el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación sexual, a la dignidad y a la identidad sexual.

Para la prescripción y suministro de procedimientos quirúrgicos, hormonales y de atención médica especializada que componen la reafirmación de género no se requiere acreditar un diagnóstico de disforia de género, dado que estos procedimientos están cubiertos por la garantía del derecho a la salud (especialmente el principio de integralidad) y a la identidad de género. En este escenario, la intervención médica no está dirigida a refrendar o comprobar la realidad de esa identidad, sino que es «un medio para hacer efectivo el derecho a la autonomía individual, que comprende el derecho de toda persona a que sus adscripciones identitarias, entre ellas las que definen su identidad sexual y de género, sean respetadas y reconocidas por los demás».

3.3 Igualdad ante la ley y no discriminación

La Constitución vigente asegura a todas las personas «*La igualdad ante la ley: En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. (...) Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*»⁽²³⁾.

A la norma constitucional, se suma la Ley sobre Constitución jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, que establece: «*Ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley*»⁽²⁴⁾.

La norma constitucional prohíbe la discriminación arbitraria. Nadie puede ser discriminado por sus creencias religiosas ni tampoco pueden

⁽²²⁾ Sentencia pronunciada por la Sexta Sala de la Corte Constitucional de Colombia T-218/22 de 21 de junio de 2022. Acción de tutela presentada por Claudio contra la Dirección General de Sanidad Militar 2022. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia acogió tutela en favor de adolescente transgénero, ya que privarlo de tratamiento hormonal vulneraría «derechos fundamentales a la identidad de género, salud, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, Boletín Jurídico del Centro UC Derecho y Religión, recuperado el 27 de diciembre, 2024. <https://ojs.uc.cl/index.php/bjur/article/view/52905>.

⁽²³⁾ Constitución de 1980, publicada en el Diario Oficial de 11 de agosto de 1980, artículo 19, núm. 2.

⁽²⁴⁾ Ley núm. 19.638, artículo 2, 1999. Ley Chile, consultado el 25 de noviembre de 2024, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=145268>.

invocarlas para reclamar un trato privilegiado. A lo anterior, se suma lo dispuesto por la Ley que establece Medidas contra la Discriminación⁽²⁵⁾, que enumera los criterios que considera arbitrarios y luego, las excepciones a los mismos: «Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4.º, 6.º, 11.º, 12.º, 15.º, 16.º y 21.º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima»⁽²⁶⁾. Dentro de las excepciones permitidas y justificadas –en lo que nos interesa– se encuentran las relacionadas con la libertad de conciencia y de religión⁽²⁷⁾, el derecho de asociación⁽²⁸⁾ y la libertad de trabajo y su protección⁽²⁹⁾. Es decir, el legislador evalúa que la naturaleza propia de tales derechos supone establecer ciertas diferencias para el adecuado ejercicio de los mismos.

Una sentencia de la Corte Suprema chilena ordenó al Hospital de Carabineros programar una operación a un paciente transgénero, porque «la identidad de género constituye elemento intrínseco de la naturaleza humana y garantía fundamental que no puede ser renunciada o desconocida por ninguna persona».

Se trató de un recurso de protección presentado por una mujer menor de edad contra el Hospital de Carabineros de Chile por negarse a llevar a cabo una histerectomía abdominal (extracción de útero), en circunstancias en que no siente que el sexo y el nombre con el que fue inscrita al nacer responda a quien ella verdaderamente es. Es por eso que ha realizado trámites para cambiar su nombre registral y operaciones estéticas para dejar de ser mujer.

⁽²⁵⁾ Ley 20.609, Establece Medidas contra la Discriminación, 2012. Ley Chile, consultado el 24 de noviembre de 2024, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1042092>.

Artículo. 2.º inciso 1.º: «Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.»

⁽²⁶⁾ Ley 20.609, establece Medidas contra la Discriminación, artículo 2, inciso 3.º, 2012. Ley Chile, consultado el 24.11.2024, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1042092>.

⁽²⁷⁾ Constitución Política de la República de Chile, artículo 19, núm. 6: La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas.

Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones.

⁽²⁸⁾ Constitución Política de la República de Chile de 1980, artículo 19, núm. 15.

⁽²⁹⁾ Constitución Política de la República de Chile de 1980, artículo 19, núm. 16.

La recurrente precisa que la operación programada fue suspendida mientras se encontraba en el pabellón, estimando que –al parecer– algunos profesionales y el establecimiento de salud referido no están de acuerdo con reconocer y dar protección a la identidad de género de las personas trans.

La sentencia de la Corte Suprema confirma la de la Corte de Apelaciones respectiva, señalando que constituyó una obstrucción basada en la discriminación por identidad de género por parte del Hospital. Este, por su parte, alegó que su actuar no fue arbitrario, sino que obedeció a los criterios de prioridad que imperaban en tiempos de COVID, en los que sólo realizaban intervenciones urgentes.

Se citan distintos tratados suscritos por el Estado de Chile que reconocen la identidad de género como un derecho junto con una interpretación sistemática de la Carta Fundamental que lleva a la misma conclusión. Además, la Corte Suprema declaró que debía procederse con la operación prescindiendo de la autorización de los padres dado que la recurrente era actualmente mayor de edad, a diferencia de cuando comenzó con el proceso, en que aún era menor⁽³⁰⁾.

3.4 Identidad de género

«Dentro de la evolución de los derechos en los siglos XIX y XX, y en especial en el campo de los derechos humanos entendidos en su sentido más amplio, se suele destacar por alguna doctrina su carácter progresivo, esto es, una tendencia constante a incrementar el listado de derechos que se considera debido proteger»⁽³¹⁾.

Uno de los derechos que ha tomado fuerza en los últimos años es el denominado de la identidad de género, a pesar de que no es posible encontrar ningún instrumento internacional que reconozca este derecho explícitamente. Sin embargo, algunos han entendido que estaría incluido indirectamente en el del derecho a la no discriminación: «ello da pie para poner en duda la necesidad de reconocer a la identidad de género como un derecho humano en particular o, bien, para fijar límites a ese derecho porque se encuentra amparada por la prohibición de discriminar»⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Corte Suprema– Sentencia que ordena a Hospital de Carabineros programar operación a paciente transgénero, porque «la identidad de género constituye elemento intrínseco de la naturaleza humana y garantía fundamental que no puede ser renunciada o desconocida por ninguna persona», Boletín Jurídico núm. 6 (17): abril 2022 Centro UC Derecho y Religión, recuperado el 27 de diciembre de 2024. <https://ojs.uc.cl/index.php/bjur/article/view/50003>.

⁽³¹⁾ Aldunate 2008, 59.

⁽³²⁾ De Lora, 2021, 49, citado por MÜLLER, 2023, 355. Disponible en <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2023/10/karl-muller-el-derecho-a-la-identidad-de-genero-un-derecho-absoluto.pdf> consultado el 31 de diciembre de 2024.

Adicionalmente, se aprecian referencias a la identidad de género en documentos y Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁽³³⁾ –que no son vinculantes pero que poco a poco van introduciendo conceptos y creando realidades– junto con documentos de Asamblea General⁽³⁴⁾. De ello da noticia la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas al señalar que: «La orientación sexual y la identidad de género, entre otras categorías como la discapacidad, la edad y el estado de salud, no se encuentran expresamente consagrados entre los motivos enumerados. Pero los motivos específicos de discriminación mencionados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros tratados de derechos humanos no son exhaustivos. Los Estados cuando redactaron estos tratados establecieron intencionalmente los motivos de discriminación abiertos al utilizar la frase “cualquier otra condición social”»⁽³⁵⁾.

A pesar de esta falta de regulación expresa, este mismo organismo, en el documento ya citado da una definición de lo que se debiese entender por identidad de género: «La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente

⁽³³⁾ Documentos del Consejo de Derechos Humanos:

Mandato del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (aprobada el 19 de julio de 2019) –A/HRC/RES/41/18. «Solicita al Experto Independiente que siga presentando un informe anual sobre la ejecución del mandato al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General, de conformidad con sus programas de trabajo respectivos»; Eliminación de la discriminación contra las mujeres y las niñas en el deporte (aprobada el 21 de marzo de 2019) –A/HRC/RES/40/5; Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (adoptada el 30 de junio de 2016) –A/HRC/RES/32/2 «Decide nombrar, por un período de tres años, a un Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género»; Resolución del Consejo de Derechos Humanos – Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género (adoptada el 17 de junio 2011) –A/HRC/RES/17/19 «1. Pide a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que encargue la realización de un estudio, que se ultime para diciembre de 2011, a fin de documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, en todas las regiones del mundo, y la forma en que la normativa internacional de derechos humanos puede aplicarse para poner fin a la violencia y a las violaciones conexas de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género»; Resolución del Consejo de Derechos Humanos – Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género (adoptada el 26 de septiembre de 2014) –A/HRC/RES/27/32 «1. Toma nota con aprecio del informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos titulado “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género” (A/HRC/19/41), así como de la mesa redonda celebrada durante el 19.º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos; 2. Solicita al Alto Comisionado que actualice el informe (A/HRC/19/41) para compartir buenas prácticas para superar la violencia y la discriminación, en aplicación de las normas y el derecho internacional de los derechos humanos en vigor, y que se lo presente en su 29.º período de sesiones».

⁽³⁴⁾ Resoluciones de la Asamblea General – Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: A/RES/69/182, A/RES/67/168, A/RES/65/208, A/RES/63/182, A/RES/61/173, A/RES/59/19, RA/RES/57/214.

⁽³⁵⁾ Naciones Unidas 2013.

escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales»⁽³⁶⁾.

Por otra parte, están los 29 Principios de Yogyakarta de 2006, que son «una serie de principios sobre cómo se aplica la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género.»⁽³⁷⁾. Fueron desarrollados por un grupo de expertos en derechos humanos de distintas regiones como recomendaciones.

La Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, por su parte, afirma que «una sociedad pluralista y democrática debe respetar la identidad cultural, lingüística, religiosa, de género y sexual de toda persona»⁽³⁸⁾. También el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece en su artículo 7° letra H como Crimen de Lesa Humanidad la «Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte»⁽³⁹⁾.

En Chile, la Ley núm. 21.120 de 2018, reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Se trata más bien de una ley que establece un procedimiento para cambiar el sexo y nombre registral y, supone «la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos»⁽⁴⁰⁾. Asimismo, define la Identidad de Género como «la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento»⁽⁴¹⁾. La solicitud de rectificación de las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años deberá ser presentada por sus repre-

⁽³⁶⁾ Naciones Unidas 2013.

⁽³⁷⁾ Yogyakarta Principles s.f.

⁽³⁸⁾ También dice que «es preciso tener en cuenta la experiencia individual y colectiva de la discriminación e intolerancia para com. Esta última indica cuándo estaremos frente a una discriminación arbitraria y cuándo esa discriminación será legítima o justificada racionalmente desde el punto de vista jurídico, admitiendo las que se realicen en el ejercicio de la libertad religiosa, como se verá más adelante. Ella contempla asimismo, un Programa de Apoyo a la Identidad de Género, que batir la exclusión y marginación por motivos de género, edad, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra naturaleza, origen social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiencia, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social, así como otros motivos reconocidos en instrumentos internacionales, y para proteger el plan de vida de individuos y comunidades en riesgo de ser segregados y marginados».

⁽³⁹⁾ Sin embargo, este mismo artículo en su párrafo tercero, define «género» con la concepción tradicional de sexo, es decir, «se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede».

⁽⁴⁰⁾ Ley núm. 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, publicada en el Diario Oficial de 10 de diciembre de 2018, artículo 1°. (disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1126480>. Fecha de consulta: 27 de diciembre de 2024).

⁽⁴¹⁾ Ley núm. 21.120, artículo 1.° inciso 2.°.

sentantes legales o alguno de ellos, a elección del mayor de catorce y menor de dieciocho años, si tuviere más de uno⁽⁴²⁾.

Durante la tramitación de esta ley, se suscitaron cuestiones de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional resolvió en la Sentencia rol N° 5385-18 de 14 de noviembre de 2018⁽⁴³⁾.

Esta ley, enunció –en su artículo 5.º– ciertos principios para orientar su aplicación, tales como: la no patologización, la no discriminación arbitraria, la confidencialidad, la dignidad en el trato, el interés superior del niño, y la autonomía progresiva⁽⁴⁴⁾. En relación al principio de no discriminación arbitraria, el artículo. 5.º b) señala que: «(...) los órganos del Estado garantizarán que, en el ejercicio del derecho a la identidad de género, ninguna persona sea afectada por distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable, en los términos del artículo 2.º de la ley núm. 20.609, que establece medidas contra la discriminación» comenzó a implementarse en 2021⁽⁴⁵⁾, destinado al acompañamiento profesional de niños, niñas y adolescentes –entre 3 y 17 años– cuya identidad de género no coincida con su sexo asignado al nacer y nombre registral. Ello por considerar que están expuestos a factores de riesgo que alteran su desarrollo integral. Y es en este contexto que surge una Comisión investigadora de la Cámara de Diputados⁽⁴⁶⁾, la cual se encargó de revisar tratamientos en esta-

⁽⁴²⁾ Ley núm. 21.120, artículo 14. Puede ser de interés consultar los dos reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo para la mejor ejecución de esta Ley: Decreto núm. 3 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia de 29 de agosto de 2019, y el Decreto núm. 355 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de 10 de junio de 2019. (Ambos disponibles en: https://www.bcn.cl/leychile/consulta/vinculaciones/reglamento?id Norma=1126480&fechaVigencia=2022-12-28&clase_vinculacion=reglamento&npagina=1&itemsporpagina=10&sentidoVinculacion=modifica_a&totalitems=2).

⁽⁴³⁾ No obstante lo señalado por el Tribunal en los considerandos décimo tercero y décimo cuarto en que decidió no resolver las cuestiones de mérito legislativo, en los considerandos noveno y siguientes consignó ciertas apreciaciones de algunos parlamentarios, lo que da cuenta de un debate que también se enfocó en la compatibilidad de este nuevo derecho con las bases de la institucionalidad. Proyecto de Ley que Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género (2018): Tribunal Constitucional de Chile, 14 de noviembre de 2018 (control de constitucionalidad) en: [^{\(44\)} Sobre estos principios, resulta interesante leer las prevenciones de los ministros sres. Aróstica, Letelier y Vásquez disponibles en las pp. 7 y ss. de la Sentencia, en el sentido de declarar inconstitucional el artículo 5 de la ley, por pugnar con el artículo 1º de la Carta Fundamental. Sentencia disponible en \[https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=6353&buscador=true\]\(https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=6353&buscador=true\).](https://tramitacion.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=24081&tipodoc=ofic, STC N° 5385-18. Consultada el 27 de diciembre de 2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁽⁴⁵⁾ En la sesión del 9 de septiembre la jefa de la Unidad de Diabetes y Endocrinología Infantil del Hospital Sótero del Río hace expresa referencia a la falta de un reglamento específico y uniforme sobre la materia: «el PAIG existe en todo el país, pero no todos los lugares tienen endocrinólogos. Muchos hospitales tienen solo PAIG, solo acompañamiento. En el caso nuestro, difiere. No todos los hospitales son exactamente iguales porque las directrices del ministerio son más amplias. No hay una cosa tan estricta y depende de qué población atiende, de la geografía y de cómo uno se organiza y de los profesionales que tiene el equipo de salud». Acta 9 septiembre CEI 57, Cámara de Diputadas y Diputados, consultado el 26 de diciembre, 2024, <https://www.camara.cl/legislacion/comisiones/sesiones.aspx?prmID=4461&prmIDTipo=2103>.

⁽⁴⁶⁾ Se creó una Comisión Especial investigadora de la Cámara de Diputados núm. 57 con la misión de reunir antecedentes sobre los actos del Gobierno relacionados con los planes y programas de acompañamiento para personas cuya identidad de género no coincida con su nombre y sexo registral. En la sesión del 12 de agosto de 2024, la Ministra de Salud, Ximena Aguilera, explicó que el PAIG comenzó a implementarse en la red asistencial en 2023, a través del acompañamiento psicosocial a NNA hasta los 17 años y sus familias. La ministra enfatizó que este programa no incluye la hormonoterapia para bloqueo puberal, ni la hormonización cruzada, ni cirugías asociadas a reafirmación sexo genérica. Junto con ello,

blecimientos públicos, junto con estudiar las acciones en torno al programa PAIG– Crece con orgullo⁽⁴⁷⁾. La Comisión sesionó por última vez el 19 de noviembre de 2024, donde aprobó la propuesta de conclusiones y recomendaciones del Informe Final⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾. Dicho Informe está a la espera de ser conocido y votado en una sesión especial de la Cámara de Diputados durante el mes de enero de 2025⁽⁵⁰⁾. Además, en noviembre pasado, un grupo de diputados presentó una denuncia por los delitos de mutilaciones y lesiones por cirugías de reasignaciones de sexo a menores de edad⁽⁵¹⁾.

Más allá de nuestras fronteras, se aprecia –particularmente en Colombia– una tendencia progresiva a reconocer el derecho a la identidad de género por sobre otros derechos. En la Sentencia de Tutela núm. 236/20⁽⁵²⁾ de la Corte Constitucional se cuestiona si la EPS –organizaciones que se encargan de afiliar y registrar a los usuarios del sistema de salud público– y el hospital demandados vulneraron los derechos fundamentales del accionante al no realizarle una cirugía de reducción mamaria y una histerectomía, por

señaló, en la sesión del 26 de agosto del mismo año, que «las condiciones para el ingreso al programa son que el acceso es voluntario; ningún niño, niña o adolescente ingresará si muestra oposición al mismo y siempre se requiere su manifestación de voluntad. Debe quedar por escrito en un formulario correspondiente, adaptado al rango etario del niño y el representante legal debe ser informado, lo que debe ser registrado en la ficha». Acta 12 agosto CEI 57, Cámara de Diputadas y Diputados, consultado el 26 de diciembre, 2024, <https://www.camara.cl/legislacion/comisiones/sesiones.aspx?prmID=4461&prmlTipo=2103>. Acta 26 agosto, CEI 57, Cámara de Diputadas y Diputados, consultado el 26 de diciembre, 2024, <https://www.camara.cl/legislacion/comisiones/sesiones.aspx?prmID=4461&prmlTipo=2103>. Sin embargo, la información entregada sobre las prestaciones efectivamente realizadas en menores de edad no resulta del todo coherente.

⁽⁴⁷⁾ El programa Crece con Orgullo y el Programa de Acompañamiento a la Identidad de Género (PAIG) corresponden al mismo programa, desarrollado por el Ministerio de Salud y el Ministerio de Desarrollo Social y Familia del Gobierno de Chile, el cual nace a partir de la Ley núm. 21.120. Por regla general, no se necesita el consentimiento del representante legal, sin embargo hay excepciones, donde se requiere el consentimiento de los padres: en caso de administración de hormonoterapia y en la realización de cirugía. Pese a ello, «no existen restricciones para el ingreso o egreso del programa. En caso de que exista oposición del padre o madre a la continuidad del programa, se podrá continuar con la voluntad del niño, niña o adolescente, sin perjuicio de lo cual se recomienda la sensibilización del entorno familiar». Más información en: https://www.crececonorgullo.cl/#contenedor_3.

⁽⁴⁸⁾ Informe de la Comisión Especial Investigadora Encargada de Fiscalizar los Actos de Gobierno Relacionados con los Planes y Programas de Acompañamiento para Personas Cuya Identidad de Género No Coincida Con Su Nombre y Sexo Registral (Ceí núm. 57). 024. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=81516&prmTipo=INFORME_COMISION_Recomendaciones_finales_dadas_por_la_Comision_Investigadora_https://revistalatderechoyreligion.uc.cl/index.php/bjur/article/view/86802, consultado el 19 de junio de 2025.

⁽⁴⁹⁾ Acta 19 noviembre CEI 57, Cámara de Diputadas y Diputados, consultado el 26 de diciembre, 2024, Chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=333654&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION. En votación, la propuesta de conclusiones de la diputada Weisse, se aprobó por 7 votos a favor y 6 en contra.

⁽⁵⁰⁾ La Cámara de Diputados aprobó en Informe de la Comisión Investigadora sobre Informe de la Comisión Especial Investigadora Encargada de Fiscalizar los Actos de Gobierno Relacionados con los Planes y Programas de Acompañamiento para Personas Cuya Identidad de Género No Coincida Con Su Nombre y Sexo Registral (Ceí núm. 57) ordenando la suspensión inmediata del programa y de nuevos tratamientos hormonales en menores de edad con disforia de género. Fuente: Emol.com – <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2025/05/15/1166444/camara-diputados-informe-menores-trans.html> <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2025/05/15/1166444/camara-diputados-informe-menores-trans.html>

⁽⁵¹⁾ Bióbio 2024. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2024/11/12/diputados-de-oposicion-presentan-denuncia-en-fiscalia-por-cirugias-a-menores-por-cambio-de-sexo.shtml> consultado el 19 de junio de 2025.

⁽⁵²⁾ *Deplus-Vargas Latorre v. Hospital Universitario San Ignacio y Compesar Eps* 2020.

considerarlo meramente estético sin un fin funcional, a pesar de haber sido prescrito por el médico tratante y contar con el dictamen de disforia de género, expedido en cuatro oportunidades diferentes por el área de psiquiatría, invocando el desconocimiento de su derecho al libre desarrollo de su personalidad, la dignidad humana y a la salud. En sede de revisión, la Sala conoció que el peticionario se practicó el procedimiento quirúrgico reclamado con un médico particular y con sus recursos económicos. En vista de lo anterior, se declaró la carencia actual de objeto por la configuración de un hecho sobreviniente⁽⁵³⁾. No obstante lo anterior, la Corte hizo una advertencia a las entidades accionadas para que, en adelante, eviten la imposición de barreras de acceso en relación con los tratamientos y procedimientos médicos que le sean ordenados al actor como parte del proceso integral de construcción y afirmación de su identidad de género.

En el mismo sentido, en la Sentencia de Tutela núm. 421/20⁽⁵⁴⁾ de la Corte Constitucional de Colombia, se cuestiona si la EPS Capital Salud está obligada a autorizar los procedimientos médicos ordenados por el médico tratante en el caso de una mujer transgénero de 26 años, afiliada al régimen subsidiado⁽⁵⁵⁾. El hecho que se considera transgresor de derechos fundamentales es la negativa de la EPS accionada de autorizar los procedimientos en salud y de laboratorio clínicos que fueron ordenados por el médico tratante para la feminización facial de la actora, por considerarlos procedimientos estéticos, solicitando por ello, su protección al derecho a la vida, dignidad humana y seguridad social junto con el libre desarrollo de la personalidad e identidad sexual y de género. El juez de primera instancia amparó los derechos fundamentales invocados por la actora. Sin embargo, el de segunda instancia revocó esta decisión. Sostuvo que la realidad de la accionante «no obedece a una situación de carácter funcional para su subsistencia biológica, sino más bien a una condición de naturaleza estética, lo que funda en la catalogación que hace el médico tratante (*sic*) ‘feminización facial’ con ocasión a la percepción rasgos prominentes»⁽⁵⁶⁾. El juez de

⁽⁵³⁾ El 13 de febrero de 2017 su cirujano plástico tramitó solicitud de autorización de servicios médicos no incluidos en el POS a fin de que se le practicara una «mamoplastia reductora por ginecomastia». No obstante, al día siguiente, el Comité Técnico Científico de Servicios Médicos y Prestaciones de Salud No POS de Compensar E. P. S. suscribió acta en la que resolvió su devolución, toda vez que el referido procedimiento quirúrgico se encontraba por fuera de la cobertura del plan de beneficios en salud y no se evidenciaba un riesgo inminente para la vida.

⁽⁵⁴⁾ Virginia V. Capital Salud Eps-S. 421/20 (Corte Constitucional de Colombia, Vlex 28 de septiembre de 2020).

⁽⁵⁵⁾ El 8 de julio de 2019, la Junta Multidisciplinaria Disforia de Género del Hospital San José valoró a la actora «de forma particular» y en el acta se registró: «paciente refiere identificarse como mujer desde la infancia, asegura que ha presentado episodios depresivos secundarios a sentirse inconforme con su corporalidad masculina, estuvo encerrada en casa por cuatro años, además de haber realizado un intento de suicidio en 2014».

⁽⁵⁶⁾ Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, esta afirmación sería equivocada porque según lo expuesto en la parte considerativa, el proceso de reafirmación sexual quirúrgica «podrá variar e incluir diferentes tipos de procedimientos quirúrgicos y hormonales, dependiendo de la prescripción médica

segunda instancia también señaló que la salud física y mental de la actora no estaban comprometidas, porque llevaba dos años en tratamiento de feminización y no estaba acreditada la conexión del intento de suicidio de la actora en 2014 con la «inminente necesidad de embellecimiento». También afirmó que la actora «peticiona cirugía plástica de naturaleza estética para su feminización, lo cual no lleva como consecuencia la reafirmación sexual del género. Caso disímil fuere si su reafirmación quirúrgica fuese manifestada a través de la mamoplastia y/o reasignación de sexo, situaciones, que como ya se reseñaron, han sido protegidas por la Corte Constitucional»⁽⁵⁷⁾. La Corte Constitucional revocó el fallo de segunda instancia⁽⁵⁸⁾.

4. LA ACOMODACIÓN RAZONABLE COMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO ENTRE LIBERTAD RELIGIOSA Y OTROS DERECHOS

Las sociedades son cada vez más pluralistas. No es fácil encontrar grandes consensos sobre distintas materias. Se trata de sociedades cada vez más atomizadas en las que la búsqueda del sentido de pertenencia a una comunidad –para algunos– se encuentra en instancias que, para otros, no lo tienen en absoluto.

Esta realidad desafía significativamente al derecho que se construye desde la igualdad ante la ley –como parte constitutiva del Estado de Derecho– y tiene vocación de generalidad y de permanencia, por estar dado para la mayor parte de las personas y no poder variar cada vez que se enfrente a una nueva situación. Tiene que alcanzar un equilibrio razonable entre estabilidad y cambio, lo que requiere una reflexión reposada, que redacte las normas con la capacidad de adaptarse a hechos y realidades, muchas veces impredecibles.

En este contexto, la objeción de conciencia y la acomodación razonable pueden servir como puentes o bisagras entre la norma y la persona natural o jurídica que está llamada a obedecerla.

La objeción de conciencia es la otra cara de la libertad de conciencia, derecho inherente a todo ser humano y reconocido por un sin número de instrumentos internacionales. Aunque las asociaciones y las personas jurídi-

especializada en el caso concreto». De manera que, en este contexto en particular, deben nombrarse como cirugías de afirmación de la identidad sexual y de género.

⁽⁵⁷⁾ Virginia V. Capital Salud Eps-S. 421/20 (Corte Constitucional de Colombia, Vlex 28 de septiembre de 2020).

⁽⁵⁸⁾ La Corte Constitucional confirma la sentencia del Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, proferida el 1.º de noviembre de 2019. Por tanto, los procedimientos en salud y de laboratorio ordenados por el médico tratante deben ser autorizados por la EPS Capital Salud dentro las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia.

cas no tienen conciencia moral, tienen un ideario que delimita sus fines y los medios adecuados para alcanzarlos.

La objeción de conciencia consiste en el «rechazo a una práctica o deber que pugna con las más íntimas convicciones de la persona». El conflicto se produce porque, frente a una norma que vulnera gravemente la identidad moral de la persona —sus creencias más profundas—, opta por desobedecerla para ser coherente con esas convicciones. Quien objeta no es el sujeto que busca una y mil razones para eludir el cumplimiento de la ley. Por el contrario, se trata de una persona a quien le importa ser un buen ciudadano y como tal, también busca ser coherente con lo que piensa y que lo identifica como tal.

Aunque la objeción de ideario es un camino para que un hospital no realice prácticas médicas en personas transgénero, pareciera ser una opción un poco rígida para enfrentar la cuestión. La solución no es, a nuestro juicio, cerrar todas las puertas ni tampoco abrirlas completamente pero sí, preguntarse cómo se puede contribuir, en alguna medida, que sea coherente con el ideario de la institución con las demandas médicas que sufren las personas transgénero.

La acomodación razonable, por su parte, consiste en la utilización de diversas herramientas que permitan realizar ajustes no desproporcionados (incluyendo exenciones) a reglas de aplicación general, de forma de evitar la discriminación o exclusión de ciertas minorías. Deben ser solicitadas por quien las necesita.

Nos parece que la descripción que hace Díaz de Valdés sobre la acomodación razonable —aunque relativa a otro caso concreto— es válida para nuestro análisis. «La acomodación razonable presenta cuatro características que la hacen muy apropiada frente al problema en estudio: flexibilidad, contextualización, efectividad y desdramatización. Como ya mencionamos, este mecanismo permite calibración en el tiempo, revisión y adaptabilidad a nuevas exigencias. También comprende acuerdos de protección parcial y la búsqueda de soluciones novedosas especialmente diseñadas para el caso en cuestión. Desde la perspectiva antidiscriminatoria, rescata la necesidad imprescindible de analizar las circunstancias del caso concreto, permitiendo la aplicación de estándares tales como la racionalidad y la proporcionalidad. A su vez, su foco en alcanzar una solución concreta para la persona afectada, garantizando su inclusión efectiva en la situación real que le toca vivir —y que no es automáticamente generalizable—, le permite demostrar una efectividad que ayuda a fundamentar la confianza en el mecanismo, al paso que disminuye la dramaticidad de las decisiones. En un conflicto en que las posturas se plantean casi como de vida o muerte, de mínimos intransables, la acomodación razonable disminuye la intensidad del conflicto, facilitando la adopción de acuerdos, a la vez que permite a

las partes identificar límites (tal y como ocurre con el objetor de conciencia). (...) la excepcionalidad de la objeción de conciencia, y los límites propios de las excepciones legislativas, relevan a las acomodaciones razonables como el mecanismo más adecuado y versátil para lograr este objetivo»⁽⁵⁹⁾.

Por su parte, Scharffs distingue tres puntos de vista o marcos conceptuales muy distintos e importantes para pensar en el problema de los ajustes razonables: el primero de estos puntos de vista consiste en considerar los ajustes como excepciones a normas generales que intentan tratar a todos por igual. Una segunda actitud o marco conceptual es pensar en un ajuste razonable como una adaptación que un individuo debe hacer o a qué aspectos debe renunciar para formar parte de un grupo y para que el grupo reconozca que hay una identidad compartida. Desde esta perspectiva, por ejemplo, no llevar un burkini (el traje de baño musulmán que cubre el cuerpo y la cabeza) en la playa podría ser una adaptación razonable para la vestimenta apropiada para la playa y así no diferenciarse. La tercera actitud predominante o marco conceptual es pensar en los ajustes razonables como un lugar de refugio o de seguridad. Esto es más que un juego de palabras. Además de una excepción, la idea de alojamiento invoca la idea del viajero, del visitante que busca un lugar donde descansar y encuentra una posada o un hotel, un lugar alojarse. Este alojamiento es una especie de refugio o protección, un lugar donde pueden bajar la guardia y dormir sin un arma bajo la almohada. Donde pueden estar seguros y ser bienvenidos, aunque sean diferentes, aunque su religión, sus costumbres sociales, su lengua, su cultura o su lugar de origen o residencia sean diferentes⁽⁶⁰⁾.

«(..) El acomodo razonable no deriva de una formulación legislativa, sino de una concepción del derecho a la igualdad que *va tomando forma jurisprudencialmente*. La idea central es que, si el derecho a la libertad de religión entra en conflicto con normas jurídicas que en la práctica producen un efecto adverso en un colectivo de personas como consecuencia de su práctica religiosa, las autoridades (públicas o privadas) tienen la obligación de acomodar o adaptar la aplicación de dicha norma, a menos que puedan demostrar que tal acomodo causaría una penalidad excesiva. El principio de neutralidad religiosa se impone a los poderes públicos, pero no a los individuos. Por ello la libertad de religión conlleva la obligación de acomodar»⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Díaz de Valdés 2022, 94.

⁽⁶⁰⁾ Scharffs 2017, 2-3.

⁽⁶¹⁾ Ruiz Vieytez y Intxaurbe Vitorica 2021.

4.1 Acomodación razonable y derecho a la protección de la salud

Se ha visto que el concepto de salud y la protección debida por el Estado es restringida. El ministro Romero del Tribunal Constitucional expresó, resumiendo la STC núm. 5572-18⁽⁶²⁾ que «Cada prestador puede definir qué áreas y qué prestaciones entrega a sus pacientes, sin que exista en la actualidad una normativa constitucional o legal que obligue a la oferta de algún procedimiento a la generalidad de los centros de salud del país». Dicha interpretación es coherente con el artículo 1 inc. 4.º de la Carta Fundamental expresa: «El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos». Parte de la autonomía supone no estar obligado a realizar todo tipo de prestaciones.

Si bien es cierto que existe un derecho de protección de la salud que, en el sistema concebido en Chile incluye participación público-privada en la prestación de dichas atenciones, no lo es menos, que el sector privado actúa amparado por la autonomía de los cuerpos intermedios y que no existe un deber constitucional para ellos de realizar determinadas intervenciones médicas⁽⁶³⁾. Además, que, si atendemos a la historia fidedigna de la norma, siempre se pensó en la actuación de estos centros privados como subsidarios del deber del Estado y no al revés⁽⁶⁴⁾. Asimismo, es dable constatar que el vocablo «salud» que utiliza el constituyente no estuvo pensado para intervenciones que no se vinculan directamente con la salud médica del paciente entendida como la rehabilitación del enfermo⁽⁶⁵⁾.

La autonomía de los cuerpos intermedios y la inexistencia de un deber de prestar un determinado servicio, junto con la estricta concepción del término «salud» por parte de nuestro constituyente para garantizar su protección, es plenamente coherente con la aplicación de la acomodación razonable u objeción de conciencia por parte de una institución confesional, por lo que no atentaría contra este derecho fundamental.

⁽⁶²⁾ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, STC núm. 5572-18, concurrencia del Sr. Ministro don Juan José Romero núm. 6, 86. Disponible para descarga en: https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia3.php?id=5572 consultado el 31 de diciembre de 2024.

⁽⁶³⁾ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, STC núm. 5572-18, considerando vigésimo.

⁽⁶⁴⁾ Argumento expuesto por el Ministro de Salud Fernando Matthei ante la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución el 23 de marzo de 1976. Recogidos en Verdugo, Pfeffer y Nogueira. 1994, 202.

⁽⁶⁵⁾ Esto se puede desprender de la lectura de Cea 2002, 306 y del argumento expuesto por el Ministro de Salud Fernando Matthei ante la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución el 23 de marzo de 1976, recogido también en Verdugo, Pfeffer y Nogueira, 1994, 202.

4.2 Acomodación razonable, igualdad ante la ley, no discriminación e identidad de género

Se afirma que la concesión de acomodaciones a personas y más aún a instituciones podría atentar contra la igualdad ante la ley, al otorgar supuestos privilegios para no cumplir ciertas normas a las que la generalidad de ciudadanos está obligada. Por otra parte, la Ley sobre Constitución Jurídica de las Iglesias y de las Organizaciones Religiosas, señala que las creencias religiosas no podrán invocarse para afectar la igualdad consagrada en el ordenamiento jurídico.

La igualdad ante la ley reconocida por el constituyente chileno supone, según la doctrina, «que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares (...), la igualdad supone, por lo tanto, la *distinción razonable* entre quienes no se encuentren en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria (...)»⁽⁶⁶⁾.

Si bien es cierto que, es claro que en Chile está prohibida la discriminación basada en motivos religiosos, no lo es menos afirmar que el legislador ha considerado plausible y razonable la distinción que pueda realizarse en el ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de conciencia del artículo 19 núm. 6 de la Constitución, basado asimismo en la igualdad, pues como se ha dicho por tantos filósofos: «el verdadero principio no es dar a cada uno lo mismo, sino a cada uno lo suyo».

Es factible entender que la técnica de acomodo razonable, pensada como la posibilidad de establecer excepciones y buscar soluciones a problemas prácticos en el ejercicio del derecho de libertad de conciencia, podría ser admitida en el ordenamiento jurídico chileno.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Como someramente se ha visto y ha puesto de relieve el Informe Cass, los efectos de las terapias transafirmativas, no cuentan con suficientes estudios que representen evidencias médicas suficientemente sólidas y confiables respecto de los efectos secundarios de las mismas. Este dato por sí solo obligaría a ser prudentes y no avanzar en ninguna dirección.

⁽⁶⁶⁾ VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA. 1994, 216.

Al comienzo de este texto, afirmamos que se trata de un tema complejo que requiere un abordaje interdisciplinario pero que también supone que la dignidad de la persona humana está en el centro y que hay que profundizarlo sobre la base de ciertos presupuestos antropológicos cristianos.

Al respecto, resulta atingente la Declaración Dignitas Infinita sobre la Dignidad Humana del Dicasterio para la Doctrina de la Fe. Al referirse a la teoría de género, es clara al señalar que: «Con respecto a la teoría de género, sobre cuya consistencia científica se debate mucho en la comunidad de expertos, la Iglesia recuerda que la vida humana, en todos sus componentes, físicos y espirituales, es un don de Dios, que debe ser acogido con gratitud y puesto al servicio del bien. Querer disponer de sí mismo, como prescribe la teoría de género, sin tener en cuenta esta verdad fundamental de la vida humana como don, no significa otra cosa que ceder a la vieja tentación de que el ser humano se convierta en Dios y entre en competencia con el verdadero Dios del amor que nos revela el Evangelio»⁽⁶⁷⁾.

Luego, con relación al cambio de sexo en particular:

«La dignidad del cuerpo no puede considerarse inferior a la de la persona como tal. El Catecismo de la Iglesia Católica nos invita expresamente a reconocer que «el cuerpo del hombre participa de la dignidad de la “imagen de Dios”» [106]. Tal verdad merece ser recordada especialmente cuando se trata del cambio de sexo. En efecto, el ser humano está inseparablemente compuesto de cuerpo y alma, y el cuerpo es el lugar vivo donde se despliega y manifiesta la interioridad del alma, incluso a través de la red de relaciones humanas. Constituyendo el ser de la persona, alma y cuerpo participan así de esa dignidad que caracteriza a todo ser humano [107]. En este sentido, hay que recordar que el cuerpo humano participa de la dignidad de la persona, ya que está dotado de significados personales, especialmente en su condición sexual [108]. Es en el cuerpo, de hecho, donde cada persona se reconoce generada por los demás, y es a través de su cuerpo que el varón y la mujer pueden establecer una relación de amor capaz de generar a otras personas. Sobre la necesidad de respetar el orden natural de la persona humana, el Papa Francisco enseña que «lo creado nos precede y debe ser recibido como don. Al mismo tiempo, somos llamados a custodiar nuestra humanidad, y eso significa ante todo aceptarla y respetarla como ha sido creada» [109]. De ahí que toda operación de cambio de sexo, por regla general, corra el riesgo de atentar contra la dignidad única que la persona ha recibido desde el momento de la concepción. Esto no significa que se excluya la posibilidad que una persona afectada por anomalías genitales, que ya son evidentes al nacer o que se desarrollan posteriormente, pueda optar por recibir asistencia médica con

⁽⁶⁷⁾ Dignitas Infinita 2024, 57.

el objetivo de resolver esas anomalías. En este caso, la operación no constituiría un cambio de sexo en el sentido que aquí se entiende»⁽⁶⁸⁾.

Las personas transgénero sufren mucho y de muy diversas maneras. Su dignidad y su sufrimiento está fuera de toda discusión.

Sin embargo, no nos parece plausible practicar este tipo de terapias en menores de edad tanto desde el punto de vista médico como jurídico y ético.

En Chile, hay que tener en cuenta en lo relativo a la investigación científica que se reformó la Constitución en lo relativo al derecho a la integridad física y psíquica, teniendo en cuenta los neuroderechos e incorporando el siguiente inciso: «El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información provenientes de ella»⁽⁶⁹⁾.

Nos parece que la acomodación razonable es una solución plenamente aplicable para el caso de centros médicos confesionales para no realizar terapias transafirmativas que consistan en la frenación de la pubertad, la aplicación de hormonización cruzada y las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo. En nuestra opinión, la acomodación razonable en el caso concreto implicaría acompañar sólo psicológica y psiquiátricamente a estas personas y a sus familias brindándoles todo el apoyo humano posible para enfrentarse a todas las preguntas que surgen en situaciones de esta naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

ACCIÓN DE TUTELA PRESENTADA POR CLAUDIO CONTRA LA DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR 218/22 (Sexta Sala de la Corte Constitucional de Colombia, *Boletín Jurídico Centro UC Derecho y Religión* 21 de junio de 2022).

ALDUNATE LIZANA, E., *Derechos Fundamentales*. Legal Publishing, 2008.

BCN. Departamento de Servicios Legislativos y Documentales. 2020. <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/61643/1/HLCPRArt.19N%C2%B09.pdf> (último acceso: 30 de diciembre de 2024).

BÍOBÍO. *Pubertad interrumpida: niños trans inician tratamiento hormonal en medio de controversias* de Sabine Drysdale 29 de mayo de 2024 en <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2024/05/29/pubertad-interrumpida-ninos-trans-inician-tratamiento-hormonal-en-medio-de-controversias.shtml>

DIPUTADOS DE OPOSICIÓN PRESENTAN DENUNCIA EN FISCALÍA POR CIRUGÍAS A MENORES POR CAMBIO DE SEXO. 12 de noviembre de 2024. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2024/11/12/diputados-de-oposicion-presentan-denuncia-en-fiscalia-por>

⁽⁶⁸⁾ Dignitas Infinita 2024, 60.

⁽⁶⁹⁾ Ley n° 21.383.

- cirugias-a-menores-por-cambio-de-sexo.shtml (último acceso: 26 de diciembre de 2024).
- CASS, Hilary. «Independent Review of Gender Identity Services for Children and Young People», NHS England, 2024.
- CEA, J. L., *Derecho Constitucional Chileno. Tomo I*. Libromar, 2002.
- CEI 57. «Informe Final» Cámara de Diputadas y Diputados de Chile, Comisión Especial Investigadora encargada de reunir antecedentes sobre los actos de Gobierno relacionados con los planes y programas de acompañamiento para personas cuya identidad de género no coincida con su nombre y sexo registral, 2024.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. «Estándares Interamericanos sobre libertad de religión y creencia», aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 10 de septiembre de 2023.
- «Estándares Interamericanos sobre Libertad de Religión y Creencias. Votos disidentes de Comisionados Ralón y Bernal.» 2024.
- DELGADO/FISCO DE CHILE/ CDE. Rol núm. 88.713-2021 (Corte Suprema, Boletín Jurídico Núm. 6 (17): abril 2022. Centro UC Derecho y Religión 18 de abril de 2022).
- DEMANDA FEDERAL V. DEPARTAMENTO DE SALUD Y SERVICIOS HUMANOS. Núm. 8:24-cv-1080 (Estados Unidos, Boletín Jurídico, núm. 7 (19): mayo 2024. Centro UC Derecho y Religión. s.f.).
- DEPUIS-VARGAS LATORRE V., *Hospital Universitario San Ignacio y Compesar Eps*. 236/20 (Corte Constitucional de Colombia, Vlex 8 de julio de 2020).
- DÍAZ DE VALDÉS, J. M., «¿Cómo Conciliar la Libertad Religiosa con las Normas Antidiscriminación? Tres Mecanismos y sus Fundamentos en el Sistema Jurídico Chileno.» *Estudios Constitucionales* 20, núm. 2 (diciembre 2022): 71-104.
- DICASTERIO PARA LA DOCTRINA DE LA FE. «Dignitas Infinita». *Dignitas Infinita: sobre la dignidad humana*. Ciudad del Vaticano: Librería Editora Vaticana, 8 de abril de 2024.
- DICCIONARIO PANHISPÁNICO DE DUDAS. *Transgénero*. Editado por Real Academia Española. s.f. <https://www.rae.es/dpd/transgénero> (último acceso: 24 de diciembre de 2024).
- FRANCISCAN ALLIANCE V. BECERRA. (Corte de Apelaciones (Quinto Circuito) Estados Unidos, *Boletín Jurídico*, núm. 11 (17): septiembre 2022. Centro UC Derecho y Religión 26 de agosto de 2022).
- LEY núm. 19.638, artículo 2, 1999. Ley Chile, consultado el 25 de noviembre de 2024, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=145268>.
- LEY núm. 20.609, Establece Medidas contra la Discriminación, 2012. Ley Chile, consultado el 24 de noviembre, 2024, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1042092>.
- LEY núm. 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, publicada en el Diario Oficial de 10 de diciembre de 2018, artículo 1°. (disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1126480>. Fecha de consulta: 27 de diciembre de 2024).
- LEY núm. 21.383 modifica la Carta Fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas de 25 de octubre de 2021. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1166983>. Fecha de la consulta 31.12.2024
- MÜLLER GUZMÁN, K., «El Derecho a la Identidad de Género: ¿Un derecho absoluto? Algunas consideraciones desde el Derecho Internacional Público.» *Actualidad Jurídica núm. 48 Universidad del Desarrollo (julio 2023)*: 353-372.
- NACIONES UNIDAS. «Orientación sexual e identidad de género en el derecho.» noviembre de 2013. <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/Orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero-en-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos.pdf> (último acceso: 27 de diciembre de 2024).

- RALÓN ORELLANA, E. S., «Voto disidente del Comisionado Stuardo». Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estudio Libertad de Religión y Creencias, Estándares Interamericanos. 2023.
- RUIZ VIEYTEZ, E., y INTXAURBE VITORICA, J. R., «Acomoda, que no es poco. Acomodo razonable y diversidad religiosa». *Cuestiones de Pluralismo* (Observatorio del Pluralismo Religioso en España) 1, núm. 1 (marzo 2021).
- SCHARFFS, B., «Conceptualizing Reasonable Accommodation», editado por Brigham Young University. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión* 3, núm. 1 (2017).
- UC. «Encuesta Nacional Bicentenario UC 2024». Pontificia Universidad Católica de Chile, 2024.
- VERDUGO MARINKOVIC, M.; PFEFFER URQUIAGA, E., y Nogueira A. H., *Derecho Constitucional*. Jurídica de Chile, 1994.
- VIRGINIA V. CAPITAL SALUD EPS-S. 421/20 (Corte Constitucional de Colombia, Vlex 28 de septiembre de 2020).
- YOGYAKARTA PRINCIPLES. *Principios de Yogyakarta*. s.f. <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/> (último acceso: 30 de diciembre de 2024).
- ZENIT. *Investigación de EWTN evidencia a 150 hospitales «católicos» que hormonizan niños para «transición de género»*. 17 de octubre de 2024. <https://es.zenit.org/2024/10/17/investigacion-de-ewtn-evidencia-a-150-hospitales-catolicos-que-hormonizan-ninos-para-transicion-de-genero/?eti=18054> (último acceso: 27 de diciembre de 2024).

La decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil sobre el sacrificio de animales en rituales religiosos

The Brazilian Supreme Court's Ruling on animal sacrifice in religious rituals

FÁBIO FERREIRA NASCIMENTO

Aliança Lusófona pela Liberdade Religiosa (ALLR)

Resumen: Este artículo analiza la decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil sobre el sacrificio ritual de animales en ceremonias religiosas, un tema que involucra la intersección entre la libertad religiosa y los derechos de los animales. La corte abordó cuestiones fundamentales sobre la protección de prácticas culturales y religiosas frente a regulaciones legales y éticas. El fallo reafirmó el derecho a la libertad de culto, destacando su importancia en un Estado democrático y multicultural. Este estudio examina los argumentos legales presentados, el contexto socio jurídico de la decisión y sus implicaciones para el reconocimiento y respeto de la libertad religiosa en Brasil.

Abstract: This article analyzes the decision of the Supreme Federal Court of Brazil on the ritual sacrifice of animals in religious ceremonies, an issue that involves the intersection of religious freedom and animal rights. The court addressed fundamental questions about the protection of cultural and religious practices in the face of legal and ethical regulations. The ruling reaffirmed the right to freedom of religion, highlighting its importance in a democratic and multicultural State. This study examines the legal arguments presented, the socio-legal context of the decision, and its implications for the recognition and respect of religious freedom in Brazil.

Palabras clave: Libertad religiosa; sacrificio ritual; religiones de matriz africana; protección animal; patrimonio cultural inmaterial.

Keywords: Religious freedom; ritual sacrifice; Afro-Brazilian religions; animal protection; intangible cultural heritage.

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Contexto del debate sobre el sacrificio ritual de animales. 1.2. Importancia de la libertad religiosa en Brasil.–2. El caso ante el Supremo Tribunal Federal. 2.1. Resumen de la sentencia. 2.2. Resumen de los hechos. 2.3. Cuestiones legales planteadas. 2.3.A. *Conflicto entre libertad religiosa y protección de los derechos de los animales*. 2.3.B. *Competencia de los estados para legislar sobre protección animal y medio ambiente*. 2.3.C. *Laicidad del estado y la protección de las prácticas religiosas*. 2.3.D. *Derechos de las comunidades de religiones de matriz africana*. 2.3.E. *Constitucionalidad de la Ley num. 11.915/2003*. 2.3.F. *Repercusión general y precedentes*. 2.4. Partes involucradas y sus argumentos.–3. Fundamentos jurídicos de la decisión. 3.1. La libertad religiosa y su protección constitucional. 3.2. Derechos de los animales: marco normativo y ética. 3.3. Análisis del equilibrio entre derechos en conflicto.–4. Implicaciones de la decisión. 4.1. Impacto en las prácticas religiosas. 4.2. Repercusiones en la legislación ambiental y de bienestar animal. 4.3. Reflexiones sobre el pluralismo religioso en Brasil. 4.4. La importancia de la práctica del sacrificio de animales. 4.5. La protección de los animales en la Constitución Federal. 4.6. Las religiones de base africana como expresión cultural brasileña.–5. Perspectivas Comparadas. 5.1. Casos similares en otros países. 5.2. Lecciones aprendidas y posibles adaptaciones.–6. Conclusión. 6.1. Principales hallazgos. 6.2. Desafíos futuros en la regulación de prácticas religiosas.–Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Contexto del debate sobre el sacrificio ritual de animales

El sacrificio ritual de animales es una práctica presente en diversas religiones alrededor del mundo, frecuentemente asociada a ceremonias y tradiciones culturales que simbolizan devoción, purificación espiritual u ofrendas a los dioses. En Brasil, esta práctica es particularmente relevante en religiones de matriz africana, como el Candomblé, que enfrenta desafíos históricos relacionados con el prejuicio y la intolerancia religiosa.

Los adeptos de las religiones de matriz africana preservan tradiciones culturales, incluyendo el sacrificio ritual de animales. Esta práctica, a pesar de su importancia cultural y religiosa, suscita debates sobre la conciliación entre el derecho a la libertad religiosa y la protección de los animales, ambos garantizados por la Constitución Federal. El caso del Recurso

Extraordinario núm. 494601/RS puso de manifiesto este conflicto, al cuestionar la licitud del sacrificio de animales en rituales religiosos.

En una decisión histórica, el Supremo Tribunal Federal reconoció la constitucionalidad del sacrificio ritual en religiones afro-brasileñas, considerándolo una manifestación legítima de la libertad religiosa. La decisión, celebrada por los practicantes de estas religiones, representó una victoria para la preservación de sus tradiciones culturales, pero frustró a los movimientos animalistas que luchan por la protección de los derechos de los animales. El fallo evidenció el desafío de equilibrar derechos fundamentales en un país plural y diverso.

El debate en torno al tema abarca cuestiones legales, éticas y culturales. Por un lado, la libertad religiosa, asegurada por la Constitución Federal, garantiza el derecho a la práctica de rituales religiosos, incluido el sacrificio de animales. Por otro lado, el creciente reconocimiento de los derechos de los animales genera interrogantes sobre la compatibilidad entre estas prácticas y los principios de bienestar animal.

Además, el debate se inserta en un contexto más amplio de lucha por el reconocimiento y respeto a las minorías religiosas en Brasil, enfrentando resistencias culturales e institucionales. El tema desafía al Estado a equilibrar los valores del pluralismo y la diversidad con las demandas de protección animal, exigiendo un diálogo cuidadoso entre diferentes perspectivas sociales y jurídicas.

1.2 Importancia de la libertad religiosa en Brasil

La libertad religiosa es uno de los pilares fundamentales del Estado democrático brasileño, consagrada en el artículo 5.º de la Constitución Federal de 1988, especialmente en los incisos VI, VII y VIII. El inciso VI asegura la libertad de conciencia y de creencia, garantizando la protección al libre ejercicio de los cultos religiosos. El inciso VII garantiza la prestación de asistencia religiosa en lugares como entidades civiles y militares de internación colectiva. El inciso VIII prohíbe que alguien sea privado de derechos en razón de convicciones filosóficas o religiosas, salvo si las invoca para eximirse de una obligación legal y se niega a cumplir una prestación alternativa.

Estos dispositivos, en conjunto, crean un marco jurídico robusto que protege la pluralidad religiosa en el país. No solo garantizan la libertad individual de creencia y culto, sino que también promueven la autonomía de las comunidades religiosas para organizarse y expresar sus prácticas de fe, sin sufrir discriminación o interferencia indebida por parte del Estado o de otros individuos.

En Brasil, un país marcado por una amplia diversidad religiosa que incluye religiones cristianas, afro-brasileñas, indígenas, entre otras, la liber-

tad religiosa desempeña un papel crucial en la promoción del respeto a las diferencias y en la preservación del pluralismo cultural. Además, contribuye a la convivencia armónica en una sociedad multicultural, protegiendo la identidad y los derechos de minorías frecuentemente marginadas.

No obstante, persisten desafíos en la plena efectividad de este derecho, especialmente frente a episodios de intolerancia religiosa, prejuicio e intentos de uniformización cultural. En particular, las religiones de matriz africana enfrentan una discriminación histórica, lo que refuerza la necesidad de un compromiso continuo del Estado y de la sociedad en la defensa de la libertad religiosa como un derecho humano esencial.

Así, la libertad religiosa no es solo una garantía individual, sino también un elemento estructurante para la consolidación de la democracia, la justicia social y el reconocimiento del pluralismo religioso en Brasil.

2. EL CASO ANTE EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 Resumen de la sentencia

«Derecho constitucional. Recurso extraordinario con repercusión general. Protección al medio ambiente. Libertad religiosa. Ley 11.915/2003 del estado de Rio Grande do Sul. Normativa que dispone sobre el sacrificio ritual en culto y liturgia de las religiones de matriz africana. Competencia concurrente de los estados para legislar sobre bosques, caza, pesca, fauna, conservación de la naturaleza, defensa del suelo y recursos naturales, protección del medio ambiente y control de la contaminación. Sacrificio de animales de acuerdo con los preceptos religiosos. Constitucionalidad.»

Los puntos principales de la sentencia fueron:

«1. La normativa estatal que instituye el Código de Protección a los Animales sin disponer sobre hipótesis de exclusión de delito se ajusta a la competencia concurrente de los Estados para legislar sobre bosques, caza, pesca, fauna, conservación de la naturaleza, defensa del suelo y los recursos naturales, protección del medio ambiente y control de la contaminación (artículo 24, VI, de la Constitución Federal).

2. La práctica y los rituales relacionados con el sacrificio animal son patrimonio cultural inmaterial y constituyen los modos de crear, hacer y vivir de diversas comunidades religiosas, particularmente de aquellas que experimentan la libertad religiosa a partir de prácticas no institucionalizadas.

3. La dimensión comunitaria de la libertad religiosa es digna de protección constitucional y no infringe el principio de laicidad.

4. El sentido de laicidad empleado en el texto constitucional tiene como objetivo excluir la invocación de motivos religiosos en el espacio público como justificación para imponer obligaciones. La validez de justificaciones públicas no es compatible con dogmas religiosos.

5. La protección específica de los cultos de religiones de matriz africana es compatible con el principio de igualdad, ya que su estigmatización, fruto de un prejuicio estructural, merece especial atención del Estado.

6. Tesis establecida: «Es constitucional la ley de protección animal que, con el fin de resguardar la libertad religiosa, permite el sacrificio ritual de animales en cultos de religiones de matriz africana».

7. Recurso extraordinario al que se le niega el recurso.»⁽¹⁾

(Recurso extraordinario núm. 494.601 – Supremo Tribunal Federal).

2.2 Resumen de los hechos

El caso en análisis involucró un Recurso Extraordinario con repercusión general juzgado por el Supremo Tribunal Federal (STF), que discutió la constitucionalidad del sacrificio ritual de animales en cultos religiosos, especialmente en las religiones de matriz africana, como el Candomblé. La cuestión fue inicialmente planteada debido a la Ley núm. 11.915/2003, del Estado de Rio Grande do Sul, que regulaba el sacrificio de animales en rituales religiosos, especialmente en cultos de religiones de matriz africana. La ley estatal establecía normas para la realización de estos sacrificios, pero también imponía restricciones con el argumento de protección al bienestar animal y al medio ambiente.

El Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul había interpretado la Ley núm. 11.915/2003 de manera que prohibía el sacrificio de animales en rituales religiosos, basándose en los principios de protección ambiental y derechos de los animales. Esta decisión generó un gran debate, ya que, por un lado, se argumentaba que la prohibición violaba el derecho a la libertad religiosa, mientras que, por otro, se sostenía que la protección de los animales debía prevalecer.

Ante este impasse, se interpuso el Recurso Extraordinario (RE) 494.601, que llegó al STF. En el juicio, el Supremo reformó la decisión del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul y entendió que el sacrificio ritual de animales, cuando se realiza de acuerdo con los preceptos religiosos, no infrin-

⁽¹⁾ Enlace de acceso: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246>. Traducción libre al español.

ge los derechos constitucionales a la protección de los animales. El STF fundamentó su decisión en el derecho fundamental a la libertad de creencia y culto, consagrado en el artículo 5.º, inciso VI, de la Constitución Federal, que garantiza la inviolabilidad de la libertad de conciencia y creencia, además del libre ejercicio de los cultos religiosos.

El STF decidió, por unanimidad, que la ley del Estado de Rio Grande do Sul, que permite el sacrificio de animales en rituales religiosos, es constitucional. Durante el juicio, el entonces presidente del STF, ministro Dias Toffoli, destacó que todos los ministros estuvieron de acuerdo con la permisibilidad del sacrificio de animales en rituales religiosos, con divergencias limitadas al aspecto técnico-formal de la interpretación conforme a la Constitución.

El Pleno decidió no admitir el recurso extraordinario, con una votación parcialmente divergente de los ministros Marco Aurélio (relator), Alexandre de Moraes y Gilmar Mendes, que también reconocían la constitucionalidad de la ley, pero con una interpretación conforme a la Constitución.

La tesis establecida por el STF fue la siguiente: «Es constitucional la ley de protección animal que, con el fin de resguardar la libertad religiosa, permite el sacrificio ritual de animales en cultos de religiones de matriz africana».

Esta decisión reafirmó la importancia de respetar las tradiciones religiosas del país, en especial aquellas de religiones de matriz africana, garantizando que el Estado, dentro de los límites de la ley, asegure la libertad religiosa sin impedir prácticas consagradas por siglos. La decisión también destacó que el Estado debe equilibrar la protección de los derechos de los animales con el respeto a la libertad religiosa, consolidando el principio de laicidad y el pluralismo cultural en Brasil.

2.3 Cuestiones legales planteadas

El caso en cuestión en el Supremo Tribunal Federal involucró cuestiones jurídicas complejas relacionadas con la constitucionalidad de la Ley núm. 11.915/2003 del Estado de Rio Grande do Sul, que regula el sacrificio ritual de animales en cultos religiosos de matriz africana. Las principales cuestiones legales discutidas durante el juicio fueron:

2.3A *Conflicto entre libertad religiosa y protección de los derechos de los animales*

La principal cuestión legal fue el conflicto entre la libertad religiosa y la protección de los derechos de los animales, establecidos por la Constitución Federal. Por un lado, la Ley núm. 11.915/2003 del Estado de Rio Grande do

Sul permitía el sacrificio ritual de animales en cultos religiosos, especialmente en religiones de matriz africana. Por otro lado, existían preocupaciones sobre la protección ambiental y los derechos de los animales, ya que los rituales de sacrificio podrían implicar maltrato a los animales y tener impactos negativos en el medio ambiente.

La libertad religiosa, garantizada en el artículo 5.º, inciso VI de la Constitución Federal, asegura el derecho a la manifestación religiosa sin la interferencia del Estado. Sin embargo, también está prevista en la Constitución la protección de la fauna (artículo 225), que impone la obligación de preservar la fauna y la flora. El STF tuvo que ponderar estos derechos fundamentales, determinando que la libertad religiosa debía ser protegida en el caso en cuestión.

2.3B *Competencia de los estados para legislar sobre protección animal y medio ambiente*

Otra cuestión importante discutida fue la competencia de los estados para legislar sobre protección animal y medio ambiente. El artículo 24, inciso VI, de la Constitución Federal otorga a los estados la competencia para legislar sobre cuestiones relacionadas con la protección del medio ambiente, como la protección de los animales y la conservación de la naturaleza. La Ley núm. 11.915/2003 fue elaborada por el estado de Rio Grande do Sul en el ejercicio de esta competencia, regulando las prácticas religiosas relacionadas con el sacrificio de animales.

El STF analizó si el estado de Rio Grande do Sul tenía el derecho de regular el sacrificio ritual de animales dentro de su competencia legislativa sin que esto violara los principios constitucionales más amplios, como la libertad religiosa y los derechos fundamentales de los animales. La Corte entendió que Rio Grande do Sul estaba dentro de su competencia para legislar sobre estas cuestiones, siempre y cuando respetara los derechos fundamentales previstos por la Constitución.

2.3C *Laicidad del Estado y la Protección de las Prácticas Religiosas*

La laicidad del Estado fue otra cuestión relevante abordada por el STF. El principio de laicidad, previsto en la Constitución, establece que el Estado debe ser neutral con respecto a las religiones, sin interferir en las prácticas religiosas de los ciudadanos. Sin embargo, el STF reconoció que la laicidad no impide la protección de las prácticas religiosas cuando estas se encuadran en los derechos fundamentales, como la libertad religiosa.

El Tribunal también ponderó que, aunque el Estado debe ser neutral con respecto a las religiones, debe respetar las tradiciones culturales y religiosas de las comunidades, especialmente en el caso de los cultos de religiones de matriz africana, que practican el sacrificio de animales como parte de sus rituales. La Corte entendió que la libertad religiosa no puede ser restringida bajo la alegación de laicidad, ya que la práctica religiosa no representa una imposición de dogmas al resto de la sociedad.

2.3D *Derechos de las comunidades de religiones de matriz africana*

La decisión también abordó la protección de los derechos de las comunidades religiosas de matriz africana, que enfrentan históricas dificultades de reconocimiento y respeto por sus prácticas culturales y religiosas. El STF entendió que estas prácticas, como el sacrificio ritual de animales, forman parte del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades y deben ser protegidas por la Constitución, en consonancia con el principio de igualdad.

Para el ministro Edson Fachin, la mención específica a las religiones de matriz africana no presenta inconstitucionalidad, ya que el uso de animales es, de hecho, intrínseco a estos cultos y debe recibir una protección legal aún más fuerte, dado que son objeto de estigmatización y prejuicio estructural por parte de la sociedad.

La Corte reconoció que la discriminación contra los cultos de religiones de matriz africana, a menudo marcada por prejuicios estructurales, merece una atención especial por parte del Estado, que debe proteger a estas comunidades contra la estigmatización y garantizar la libertad religiosa.

2.3E *Constitucionalidad de la Ley núm. 11.915/2003*

La constitucionalidad de la Ley núm. 11.915/2003 fue otro aspecto clave de la decisión del STF. La ley, que regula el sacrificio ritual de animales en cultos religiosos, especialmente en religiones de matriz africana, fue considerada compatible con la Constitución, ya que respeta los derechos fundamentales, como la libertad religiosa.

El STF concluyó que la ley no violaba el principio de protección animal ni el derecho a un ambiente saludable, ya que el sacrificio ritual de animales, cuando realizado conforme a los preceptos religiosos, no infringe los derechos constitucionales de los animales. La Corte destacó que, aunque la protección de los derechos de los animales y el medio ambiente es un obje-

tivo constitucional, también debe garantizarse el respeto a la libertad religiosa, como un derecho fundamental protegido por la Constitución.

Por lo tanto, el STF reafirmó que la Ley núm. 11.915/2003, que permite el sacrificio ritual de animales en ciertos cultos religiosos, es constitucional, ya que busca equilibrar la protección del medio ambiente y los derechos de los animales con la salvaguarda de la libertad religiosa, un derecho fundamental en el marco de la pluralidad cultural del país.

2.3F *Repercusión general y precedentes*

La repercusión general fue otro tema central en el juicio. El Recurso Extraordinario con repercusión general tuvo implicaciones más allá del caso específico, dado que el STF estableció un precedente que podría influir en futuras decisiones relacionadas con el sacrificio ritual de animales y la libertad religiosa. La decisión del STF no solo resolvió la controversia entre la Ley núm. 11.915/2003 y los derechos de los animales, sino que también fijó un criterio que debe ser seguido por los tribunales inferiores en casos similares, garantizando la uniformidad en la interpretación constitucional.

El STF destacó la importancia de los precedentes en el orden jurídico brasileño, señalando que su decisión sobre la constitucionalidad de la ley de protección animal y el sacrificio ritual de animales en cultos religiosos establece una pauta que refuerza la protección de la libertad religiosa y la pluralidad cultural, sin infringir otros derechos constitucionales. La Corte reiteró que la libertad religiosa es un derecho fundamental y, por lo tanto, las restricciones que interfieren en su ejercicio deben ser examinadas con sumo cuidado.

Este caso refuerza la función de la Corte Suprema en la consolidación de principios constitucionales y en la protección de derechos fundamentales, estableciendo precedentes que guiarán la resolución de disputas similares en el futuro.

La decisión del Supremo Tribunal Federal (STF) en el caso en cuestión refleja la complejidad de equilibrar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, como la libertad religiosa y la protección de los animales, con la competencia de los estados para legislar sobre cuestiones ambientales y de fauna. Al garantizar la protección de las prácticas religiosas de las comunidades de matriz africana, el STF reconoció estas prácticas como parte del patrimonio cultural inmaterial de Brasil, promoviendo una interpretación que respeta tanto la diversidad religiosa como la necesidad de proteger los derechos de los animales y el medio ambiente.

2.4 Partes involucradas y sus argumentos

El Ministerio Público del Estado de Rio Grande do Sul (Recurrente) cuestionó la constitucionalidad de la Ley Estatal núm. 12.131/2004, que permite el sacrificio de animales en rituales religiosos de religiones de matriz africana. Argumentó que esta práctica constituiría maltrato animal, violando el artículo 225, § 1.º, inciso VII, de la Constitución Federal, que prohíbe prácticas que sometan a los animales a crueldad.

El Estado de Rio Grande do Sul (Recurrido) defendió la constitucionalidad de dicha ley, argumentando que el sacrificio ritual es una manifestación de la libertad religiosa, garantizada por el artículo 5.º, inciso VI, de la Constitución Federal. Alegó que esta práctica cultural no constituye maltrato, ya que se realiza de manera específica y respetuosa, y, además, la carne de los animales sacrificados es destinada al consumo.

Las entidades representantes de las religiones de matriz africana participaron como *amicus curiae*, defendiendo que el sacrificio de animales es un elemento central de sus prácticas religiosas. Argumentaron que la prohibición de esta práctica implicaría una violación a la libertad de culto y a la preservación de sus tradiciones culturales.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

3.1 La libertad religiosa y su protección constitucional

La libertad religiosa es uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico brasileño, garantizada por la Constitución Federal de 1988. Este derecho es esencial para la pluralidad y la convivencia democrática en una sociedad marcada por la diversidad cultural y religiosa.

El artículo 5.º, inciso VI, de la Constitución Federal de Brasil asegura que «es inviolable la libertad de conciencia y de creencia, estando asegurado el libre ejercicio de los cultos religiosos y garantizada, conforme a la ley, la protección a los lugares de culto y sus liturgias». Este dispositivo no solo protege la libertad individual de elegir y practicar una religión, sino también la libertad colectiva de las comunidades religiosas para expresar sus creencias y realizar sus rituales.

La protección a la libertad religiosa en Brasil también se extiende al impedimento de discriminación por motivos religiosos, conforme lo establece el artículo 5.º, inciso VIII, que dispone que «nadie será privado de derechos por motivo de creencia religiosa o de convicción filosófica o política». Además, el artículo 19, inciso I, prohíbe a la Unión, los estados, el Distrito Federal y los Municipios establecer cultos religiosos o subsidiarlos.

La legislación infraconstitucional refuerza estas garantías. El Código Penal, por ejemplo, criminaliza la discriminación o el prejuicio por raza, color, etnia, religión o procedencia nacional (Ley núm. 7.716/1989⁽²⁾).

El STF, como guardián de la Constitución, ha desempeñado un papel crucial en la interpretación y aplicación de estos principios constitucionales. Decisiones emblemáticas, como la del Recurso Extraordinario (RE) 494.601, refuerzan la protección a las prácticas religiosas, incluso cuando implican aspectos polémicos como el sacrificio de animales en rituales.

A pesar de las garantías constitucionales y legales, la práctica de la libertad religiosa en Brasil enfrenta desafíos, incluida la intolerancia religiosa y la discriminación. La vigilancia constante y la actuación de los órganos de justicia son esenciales para garantizar que estos derechos sean efectivamente respetados y promovidos.

La libertad religiosa en Brasil es un derecho constitucional ampliamente garantizado y protegido. Sin embargo, su plena realización requiere no solo un marco jurídico robusto, sino también un compromiso continuo de la sociedad y las instituciones para promover la tolerancia y el respeto a las diversas creencias y prácticas religiosas.

3.2 Derechos de los animales: marco normativo y ética

Los derechos de los animales en Brasil están garantizados por un robusto marco normativo, reflejando un compromiso creciente con la protección y el bienestar de los animales. Este compromiso es tanto jurídico como ético, reconociendo a los animales como seres sensibles y sujetos de derechos.

El principal marco normativo que regula los derechos de los animales en Brasil es la Ley núm. 9.605/1998⁽³⁾, conocida como la Ley de Crímenes Ambientales. Esta ley dispone sobre las sanciones penales y administrativas derivadas de conductas y actividades lesivas al medio ambiente, incluidos los malos tratos hacia los animales. El artículo 32 de esta ley establece penalidades para quienes practiquen actos de abuso, malos tratos, heridas o mutilaciones a animales silvestres, domésticos o domesticados, nativos o exóticos.

Además de la Ley de Crímenes Ambientales, el Decreto núm. 6.514/2008⁽⁴⁾ regula la referida ley, previendo sanciones administrativas como multas y confiscaciones para aquellos que infrinjan las normas de protección animal.

(2) Enlace de acceso: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716compilado.htm.

(3) Enlace de acceso: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm.

(4) Enlace de acceso: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm.

Asimismo, el Código Civil brasileño⁽⁵⁾, en el artículo 936, reconoce que el propietario de un animal es responsable por los daños que este cause, directa o indirectamente.

En Brasil, diversas iniciativas y programas buscan proteger a los animales y promover su bienestar. Por ejemplo, la Política Nacional de Defensa de los Derechos de los Animales, instituida por leyes estatales y municipales, tiene como objetivo prevenir y combatir los malos tratos y promover la adopción responsable y el control poblacional mediante la esterilización.

La ética en la protección animal en Brasil refleja una conciencia creciente sobre la importancia del respeto y la empatía por los seres vivos. Los debates éticos sobre la protección animal implican la consideración de que los animales tienen intereses propios y son capaces de sufrir, lo que justifica la atribución de derechos que protejan su bienestar.

Una vertiente importante de esta ética es el movimiento de abolicionismo animal, que defiende el fin de todas las formas de explotación animal, incluida la utilización de animales en actividades comerciales, científicas y recreativas. Este movimiento ganó fuerza a partir de influencias filosóficas y jurídicas, que argumentan que los animales deben ser considerados sujetos de derecho y no meros objetos.

A pesar de los avances normativos y éticos, la efectiva protección de los derechos de los animales en Brasil enfrenta desafíos significativos. Entre ellos, destacan la aplicación desigual de las leyes, la falta de recursos para la fiscalización y la necesidad de mayor concienciación pública sobre la importancia del bienestar animal.

En perspectiva, la continua evolución de las normas y prácticas éticas tiende a fortalecer la protección de los derechos de los animales en Brasil. La ampliación de la participación de la sociedad civil, el fortalecimiento de políticas públicas y la integración de enfoques interdisciplinarios son esenciales para promover una convivencia más armoniosa y respetuosa entre humanos y animales.

El ministro Luís Roberto Barroso siguió el voto del ministro Edson Fachin, destacando que las sustentaciones orales proporcionaron información valiosa y una mejor comprensión del caso. Barroso enfatizó que las religiones de matriz africana prohíben cualquier forma de crueldad contra los animales, utilizando métodos que garantizan una muerte rápida y sin dolor. Explicó que, según la creencia, la comunicación entre los mundos sagrado y temporal solo es posible cuando la vida animal es extinguida sin sufrimiento.

Barroso también subrayó que el sacrificio ritualístico no genera desperdicio, ya que la carne es consumida por los dioses, los devotos y, a menudo,

⁽⁵⁾ Enlace de acceso: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

distribuida a familias de bajos ingresos cercanas a los *terreiros* o casas de culto. Concluyó diciendo que el sacrificio no se realiza para entretenimiento, sino como parte del ejercicio de un derecho fundamental, que es la libertad religiosa.

3.3 Análisis del equilibrio entre derechos en conflicto

En el ámbito jurídico, con frecuencia encontramos situaciones en las que diferentes derechos fundamentales entran en conflicto, lo que exige un examen cuidadoso para lograr un equilibrio que respete lo máximo posible las garantías constitucionales de ambas partes. Este proceso de ponderación es central para asegurar la justicia y la equidad en la aplicación de la ley.

Un ejemplo clásico de conflicto de derechos es el enfrentamiento entre la libertad religiosa y la protección de los derechos de los animales, como fue el caso resuelto por el STF. Por un lado, tenemos el derecho a la libertad religiosa, protegido por el artículo 5.º, inciso VI, de la Constitución Federal, que garantiza el libre ejercicio de los cultos religiosos y sus liturgias. Por otro lado, tenemos el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, que incluye la protección de los animales contra los malos tratos, según el artículo 225, § 1.º, inciso VII, de la misma Constitución.

Para resolver estos conflictos, el STF y otros tribunales utilizan el principio de ponderación, que implica un análisis detallado de las circunstancias específicas del caso y la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Estos principios ayudan a determinar si una restricción a un derecho fundamental está justificada por la necesidad de proteger otro derecho de igual o mayor importancia.

El STF ha desempeñado un papel crucial en el análisis y solución de conflictos entre derechos fundamentales. En el juicio del RE 494.601, la Corte decidió la constitucionalidad de la ley que permitía el sacrificio ritual de animales, considerando que esta práctica, cuando se realiza dentro de ciertos límites (como el consumo de la carne), no constituía malos tratos, equilibrando así la protección de los derechos de los animales con la garantía de la libertad religiosa.

El análisis del equilibrio entre derechos en conflicto es un desafío constante para el Poder Judicial, que debe buscar soluciones justas y equitativas para casos complejos. La aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad es fundamental para asegurar que todos los derechos fundamentales sean respetados en la mayor medida posible, promoviendo una sociedad más justa y armoniosa.

4. IMPLICACIONES DE LA DECISIÓN

4.1 Impacto en las prácticas religiosas

La decisión del Supremo Tribunal Federal que reconoció la constitucionalidad del sacrificio ritual de animales en religiones de matriz africana tiene profundas implicaciones para las prácticas religiosas en Brasil. Este reconocimiento fortalece la protección a la libertad religiosa y asegura el respeto a las tradiciones culturales de diversas comunidades.

La decisión reafirma la inviolabilidad de la libertad de culto garantizada por la Constitución Federal. Al validar el sacrificio ritual como una práctica legítima, el STF asegura que las religiones de matriz africana puedan continuar ejerciendo sus rituales de manera plena y sin la interferencia del Estado, siempre que se cumplan las condiciones establecidas, como el consumo de la carne de los animales sacrificados.

La ministra Rosa Weber destacó que la excepción específica para las religiones de matriz africana está profundamente vinculada a la lucha contra la intolerancia y el prejuicio, además de abordar el estigma que estos rituales enfrentan. «La excepción tiene como objetivo alcanzar lo mismo que las cuotas raciales», observó. De manera similar, el ministro Ricardo Lewandowski consideró que la ley de Rio Grande do Sul está en conformidad con la Constitución Federal, destacando que cualquier abuso potencial está contemplado en la legislación federal aplicable.

El reconocimiento judicial de las prácticas religiosas de grupos minoritarios contribuye a la valorización de la diversidad cultural y religiosa en Brasil. Las religiones de matriz africana, a menudo marginalizadas y objeto de prejuicio, encuentran en la decisión del STF una confirmación de su derecho a practicar y preservar sus rituales ancestrales. Esto promueve un ambiente de mayor tolerancia y respeto entre las diferentes comunidades religiosas.

La decisión crea un precedente importante para futuros juicios que involucren conflictos entre libertad religiosa y otras normas legales. El entendimiento del STF puede servir como referencia para casos similares, influyendo en la manera en que los tribunales abordan la ponderación entre derechos fundamentales. Este precedente fortalece la seguridad jurídica para las prácticas religiosas, proporcionando una base sólida para la defensa de derechos en situaciones análogas.

A pesar del avance jurídico, la implementación práctica de la decisión puede enfrentar desafíos. La supervisión adecuada para garantizar que los rituales se realicen de acuerdo con las condiciones establecidas (como el uso de la carne para consumo) es esencial para evitar abusos y proteger el bienestar animal. Además, la decisión requiere una mayor conciencia de la

sociedad sobre la importancia de respetar las prácticas religiosas ajenas, promoviendo la educación y sensibilización para combatir la intolerancia religiosa.

Para las religiones de matriz africana, la decisión representa una victoria significativa en la lucha por el reconocimiento y respeto de sus tradiciones. Refuerza la identidad cultural de estas comunidades, permitiendo la continuidad de rituales que son centrales para su fe y cohesión social. Además, la decisión puede incentivar a otras minorías religiosas a reclamar sus derechos, ampliando el debate sobre la diversidad religiosa en Brasil.

La decisión del STF en el RE 494.601 tiene un impacto profundo en las prácticas religiosas en Brasil, especialmente para las religiones de matriz africana. Refuerza la libertad religiosa, valora la diversidad cultural, establece un importante precedente jurídico y presenta desafíos para su aplicación práctica. En última instancia, la decisión promueve un mayor respeto y tolerancia en la sociedad, reflejando el compromiso de Brasil con la protección de los derechos fundamentales y la diversidad cultural.

4.2 Repercusiones en la legislación ambiental y de bienestar animal

La decisión en el Recurso Extraordinario (RE) 494.601, que permitió el sacrificio ritual de animales en religiones de matriz africana, tiene implicaciones importantes en la legislación ambiental y de bienestar animal en Brasil. Este fallo ejemplifica cómo los principios constitucionales de libertad religiosa pueden influir en la interpretación y aplicación de las normas de protección ambiental y de bienestar animal.

La legislación ambiental brasileña es una de las más completas del mundo, con diversas leyes y regulaciones orientadas a la protección de los ecosistemas y los animales. La decisión del STF destaca la necesidad de interpretar estas normas a la luz de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, como la libertad religiosa. Esto implica que, aunque la legislación ambiental prohíbe actos de crueldad contra los animales, existe espacio para excepciones específicas que respeten las tradiciones culturales y religiosas, siempre que se realicen con criterios que minimicen el sufrimiento de los animales.

La decisión también influye en la forma en que se lleva a cabo la fiscalización. Las autoridades ambientales y los órganos de supervisión deben equilibrar la aplicación rigurosa de las leyes de protección animal con el respeto a las prácticas culturales y religiosas. Esto puede requerir un ajuste en los procedimientos de fiscalización para garantizar que los rituales religiosos se realicen dentro de los límites establecidos por la decisión del STF.

Uno de los desafíos resultantes de la decisión es asegurar que las prácticas religiosas se lleven a cabo de acuerdo con las directrices establecidas. Esto puede incluir: educación y concientización, cooperación interinstitucional, y aggiornamento legal.

La educación y la concienciación son elementos clave para la implementación exitosa de la decisión del STF en relación con el sacrificio ritual de animales. Es esencial promover una comprensión más profunda de las tradiciones religiosas, especialmente aquellas que involucran rituales que pueden generar controversias, para fomentar el respeto mutuo y la tolerancia.

Además, se debe educar tanto a la sociedad como a las autoridades sobre los límites establecidos por la ley para la protección animal, asegurando que los rituales se realicen de acuerdo con las normas que minimicen el sufrimiento de los animales y respeten las tradiciones religiosas. Programas de concientización pueden ser útiles para sensibilizar al público sobre la importancia de estas prácticas en las culturas de las religiones de matriz africana y para combatir la intolerancia religiosa y el estigma que enfrentan estas comunidades.

Asimismo, es necesario promover una formación continua entre los responsables de la fiscalización para que puedan aplicar correctamente la ley, garantizando que las prácticas religiosas se realicen de forma ética y conforme a las directrices legales.

La cooperación interinstitucional es fundamental para garantizar la efectiva implementación de la decisión del STF sobre el sacrificio ritual de animales en religiones de matriz africana, especialmente en lo que respecta al cumplimiento de las leyes de protección animal y la libertad religiosa. Este tipo de colaboración involucra a diversas instituciones y actores sociales, como el Poder Judicial, las autoridades ambientales, los organismos de bienestar animal, las comunidades religiosas y las organizaciones de la sociedad civil.

Las instituciones gubernamentales encargadas de la protección animal deben trabajar de manera coordinada con las autoridades religiosas para asegurar que los rituales se realicen de acuerdo con las normas establecidas, respetando tanto los derechos de los animales como las tradiciones religiosas. Además, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) que luchan por los derechos de los animales pueden jugar un papel importante en el monitoreo de la implementación de la ley y en la capacitación de las comunidades para realizar sus prácticas de manera ética.

La cooperación también debe extenderse a la promoción de campañas conjuntas de educación y sensibilización, con el fin de fomentar el respeto a la diversidad cultural y religiosa, así como para combatir la intolerancia religiosa y la discriminación. Un enfoque colaborativo puede contribuir sig-

nificativamente a la construcción de una sociedad más justa y equitativa, en la que los derechos de todas las partes involucradas sean protegidos de manera equilibrada.

El *aggiornamento* legal es esencial para asegurar que las leyes y regulaciones relacionadas con la protección animal y la libertad religiosa en Brasil se mantengan actualizadas y sean efectivas en la práctica. A medida que surgen nuevas circunstancias sociales y culturales, es necesario revisar y fortalecer continuamente el marco normativo para garantizar que los derechos fundamentales sean respetados y equilibrados adecuadamente.

El *aggiornamento* legal también debe involucrar la participación activa de la sociedad civil y de expertos en ética, Derecho Ambiental y Derecho Religioso. A través de un diálogo abierto y colaborativo, es posible desarrollar un sistema legal que proteja tanto los derechos de los animales como el derecho a la libertad religiosa, promoviendo una sociedad más inclusiva y respetuosa.

La decisión también plantea reflexiones éticas sobre la relación entre humanos y animales. Destaca la necesidad de un enfoque ético que considere los derechos de los animales al mismo tiempo que respeta la diversidad cultural y religiosa. Este equilibrio ético es esencial para una convivencia armoniosa y para la promoción de una sociedad justa e inclusiva.

En el ámbito de las políticas públicas, la decisión puede incentivar la creación de programas específicos que concilien la protección ambiental con el respeto a las prácticas religiosas. Esto incluye iniciativas que promuevan el diálogo intercultural e interreligioso, así como la implementación de políticas que aseguren el bienestar animal en todas las prácticas culturales y religiosas.

Las repercusiones de la decisión del STF sobre el sacrificio ritual de animales son profundas y multifacéticas, afectando la legislación ambiental y de bienestar animal. Exigen un enfoque equilibrado y cuidadoso en la aplicación de la ley y en la formulación de políticas públicas, garantizando que tanto los derechos de los animales como la libertad religiosa sean respetados y protegidos.

4.3 Reflexiones sobre el pluralismo religioso en Brasil

Brasil es un país conocido por su extraordinaria diversidad cultural y religiosa. Este pluralismo religioso es un reflejo de las múltiples influencias étnicas y culturales que marcaron la formación de la sociedad brasileña, desde los pueblos indígenas originarios, pasando por la colonización europea, la llegada de africanos esclavizados y la inmigración de diversos pueblos a lo largo de los siglos.

El pluralismo religioso puede entenderse como la coexistencia pacífica y el reconocimiento mutuo entre diferentes tradiciones religiosas dentro de una sociedad. En Brasil, esta pluralidad no solo es una característica cultural, sino también un principio jurídico, garantizado por la Constitución Federal de 1988, que asegura la libertad de creencias y el libre ejercicio de los cultos religiosos (artículo 5.º, inciso VI).

El panorama religioso brasileño está marcado por la presencia de varias denominaciones cristianas, religiones de matriz africana, religiones indígenas, religiones orientales, judaísmo, islamismo, entre otras. Esta diversidad ha llevado a un ambiente de convivencia relativamente armoniosa, aunque no siempre exento de tensiones y desafíos.

A pesar de las garantías constitucionales, la intolerancia religiosa sigue siendo un problema significativo en Brasil. Las religiones de matriz africana, en particular, a menudo enfrentan prejuicios y discriminación. La promoción de una cultura de respeto y la implementación de políticas para combatir la intolerancia son fundamentales para el mantenimiento del pluralismo religioso.

La educación juega un papel crucial en la promoción del pluralismo religioso. Los programas educativos que abordan la diversidad religiosa de manera inclusiva y respetuosa pueden ayudar a reducir la discriminación y promover una comprensión más profunda de las diversas tradiciones religiosas presentes en el país.

El Estado brasileño es laico, lo que significa que no adopta ninguna religión oficial y debe garantizar la libertad religiosa a todos los ciudadanos. Esta laicidad implica la neutralidad del Estado en relación con las cuestiones religiosas, asegurando que todas las religiones sean tratadas por igual ante la ley. Sin embargo, la neutralidad estatal también exige que el Estado proteja a las minorías religiosas contra actos de intolerancia y discriminación.

El Poder Judicial brasileño, especialmente el Supremo Tribunal Federal (STF), ha sido un importante garante de los derechos relacionados con la libertad religiosa y el pluralismo. Decisiones como la del Recurso Extraordinario 494.601 demuestran el compromiso del STF en equilibrar la protección de las tradiciones culturales y religiosas con otros principios constitucionales, como la protección del medio ambiente y el bienestar animal.

El ministro Luiz Fux también evaluó la norma como constitucional, afirmando que este es el momento oportuno para que el Derecho declare la legalidad de los cultos y liturgias. «Con esta decisión, el Supremo Tribunal Federal pondrá fin a los actos de violencia y atentados contra las casas de culto de matriz africana», enfatizó.

De manera similar, la ministra Cármen Lúcia destacó que la mención específica a las religiones de matriz africana tiene como objetivo combatir

el prejuicio presente en la sociedad, que no se limita solo a los cultos, sino también a las personas de ascendencia africana. Citó el samba⁽⁶⁾ como ejemplo, recordando que también sufrió prejuicios debido a sus intérpretes.

El Ministro Marco Aurélio recordó en su voto la intolerancia religiosa contra los adeptos de las religiones afrobrasileñas: «Es el caso de los autos de la Visita del Santo Oficio de la Inquisición, en los que se registran los procesos de juicio de muchos adeptos de los cultos afrobrasileños que fueron perseguidos (bajo la acusación de practicar ‘brujería’) por la Iglesia Católica en Brasil colonial. O, entonces, de los ‘boletines de ocurrencia’ hechos por la policía para reportar la invasión de *terreiros* y la detención de sus miembros, bajo la acusación de practicar curanderismo, charlatanismo, etc.»

El pluralismo religioso en Brasil es una característica esencial de la identidad nacional, reflejando la riqueza y complejidad de la sociedad brasileña. La protección constitucional de la libertad religiosa y la promoción de una convivencia pacífica entre diferentes tradiciones religiosas son fundamentales para el mantenimiento de una sociedad inclusiva y democrática. Para que el pluralismo religioso sea efectivamente garantizado, es necesario un compromiso continuo de las instituciones públicas y la sociedad civil para combatir la intolerancia y promover el respeto mutuo.

4.4 La importancia de la práctica del sacrificio de animales

El sacrificio, según Mauss y Hubert⁽⁷⁾, implica la consagración de un objeto, retirándolo del dominio común al religioso. Sin embargo, los neopentecostales asocian tales prácticas con el dolor y el primitivismo. En el Candomblé, el sacrificio animal es central, constituyendo una comunicación entre las deidades y los adeptos, siguiendo reglas milenarias. El sacrificio y la posesión sustentan toda la estructura religiosa afro-brasileña.

En el Candomblé, el sacrificio se describe como un intermediario entre los humanos y las deidades, con la muerte del animal creando un canal para la «gracia divina». El sacrificio también puede ser representado por ofrendas vegetales, como en la Umbanda. Otras religiones, como el islamismo y el judaísmo, también determinan preceptos específicos para el consumo de carne proveniente de sacrificios religiosos. La destrucción del objeto sacrificado simboliza la oblación y, con frecuencia, despierta debates sobre maltrato.

En el contexto afro-brasileño, el sacrificio involucra rituales iniciáticos y conocimientos transmitidos oralmente, guardados como secretos por los

⁽⁶⁾ *Samba*: 1. Música. Reunión popular en que se toca samba con instrumentos de percusión.

⁽⁷⁾ MAUSS, M. Y HUBERT, H., *Sobre el sacrificio*. Traducción de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005. p. 13.

iniciados. Solo personas preparadas, como el *axogum*, pueden realizar los sacrificios, garantizando el mínimo sufrimiento a los animales. Estos son tratados con cuidado especial, ya que deben estar saludables y libres de maltrato. La práctica ritual busca la preservación de la tradición, vinculada a la libertad religiosa.

Aún en el Candomblé, partes del animal son ofrecidas a las deidades, mientras que el resto es consumido por los fieles, promoviendo una comunión solidaria. En el juicio del RE núm. 494601/RS, se discutió la obligatoriedad del consumo de la carne sacrificial. El ministro Marco Aurélio defendió su obligatoriedad, pero prevaleció el entendimiento contrario. Este caso ejemplifica el equilibrio entre la libertad religiosa y la protección animal.

El sacrificio de animales en el Candomblé es considerado un elemento central de la práctica religiosa, desempeñando múltiples funciones espirituales y sociales. La realización del sacrificio exige cuidado para garantizar que el animal no sufra, siendo la ofrenda rechazada por la deidad en caso de fallas. Estos rituales van más allá del aspecto simbólico, funcionando como contratos espirituales que nutren a la comunidad tanto física como espiritualmente, reforzando el orden social y religioso. A pesar de las críticas que asocian el sacrificio al supuesto abandono de los animales, el autor aclara que estos son consumidos como parte de las prácticas rituales, reforzando la conexión entre lo material y lo espiritual.

Por otro lado, la Umbanda adopta un enfoque diferente, valorando ofrendas como flores, frutos y velas, sin incluir el sacrificio animal. Influenciada por el espiritismo y otras tradiciones, la Umbanda enfatiza la fe como el principal mecanismo de interacción con las deidades y guías espirituales, rechazando la necesidad de sacrificios animales. Esta diferencia genera debates sobre la imprescindibilidad del sacrificio en las religiones afro-brasileñas y contribuye a la complejidad de las discusiones sobre la libertad religiosa. La decisión del Supremo Tribunal Federal en reconocer el derecho al sacrificio ritual en el Candomblé reafirma la importancia de proteger la libertad religiosa frente a legislaciones que puedan no respetar prácticas fundamentales de estas tradiciones.

4.5 La protección de los animales en la Constitución Federal

Los *jusanimalistas* afirman que la Constitución Federal de 1988 marcó un avance significativo en la consideración moral de los animales, configurando un importante hito en el Derecho Animal en Brasil. Según Tagore Trajano de Almeida Silva⁽⁸⁾, esta Constitución fue elaborada en un contexto

⁽⁸⁾ TAGORE TRAJANO DE ALMEIDA, S., *Derecho animal y enseñanza jurídica: formación y autonomía de un saber poshumanista*. Salvador: Evolução, 2014. p. 93-94.

de intensas disputas políticas entre corrientes conservadoras y progresistas, lo que resultó en una Carta Política pluralista que incluyó los intereses de los animales no humanos. El clamor popular por cambios en el trato hacia los animales sensibilizó a los constituyentes, llevando a la inclusión del tema en el texto constitucional. Así, la CF/88 representó una respuesta a los anhelos de una población que demandaba el respeto por otras formas de vida, reconociendo a los animales como sujetos dignos de protección.

La inclusión de los derechos de los animales en la Constitución, sin embargo, estuvo inicialmente guiada por intereses humanos de índole social y económica, como la investigación, la experimentación, la agricultura y la alimentación. Solo en un segundo momento los animales fueron contemplados bajo una perspectiva biocéntrica, conforme lo previsto en el artículo 225, §1.º, VII. Este artículo garantiza la protección de la fauna y la flora, prohíbe las prácticas que sometan a los animales a la crueldad y refleja dos paradigmas jurídicos: el antropocéntrico, que prioriza los intereses humanos, y el biocéntrico, que reconoce la capacidad de los animales para sentir y sufrir. De este modo, el legislador estableció una regla de protección directa e inmediata contra actos crueles.

Diversos estudiosos, como Laerte Fernando Levai⁽⁹⁾, destacan que, a pesar de la predominancia de una visión antropocéntrica, la Constitución de 1988 reconoció el sufrimiento animal y abrió espacio para una interpretación biocéntrica de la disposición que prohíbe la crueldad. Este reconocimiento implica la valoración intrínseca de los animales, configurando una transición más allá de la perspectiva clásica y buscando explorar el biocentrismo. Silva defiende una interpretación posmoderna del artículo 225, §1.º, VII, permitiendo que los intereses individuales y colectivos de los animales sean jurídicamente considerados, revelando un enfoque de derechos fundamentales colectivos e individuales para la fauna.

La prohibición constitucional de la crueldad, según argumenta Andreas Krell⁽¹⁰⁾, fue establecida como una norma categórica e inmediata, no sujeta a ponderación con otros principios. El legislador constituyente optó por una norma clara y prohibitiva, reconociendo los derechos de los animales como parte de una estructura normativa que avanza hacia una dignidad animal universal. Desde esta perspectiva, la CF/88 es interpretada como un hito poshumanista, al reconocer la dignidad de los animales y consolidar una teoría de derechos fundamentales aplicables a todos los seres vivos. Esta

⁽⁹⁾ LAERTE FERNANDO, L., *Crueldad consentida: crítica a la razón antropocéntrica*. Revista Brasileña de Derecho Animal, v. 1, n. 1. (jan/diez. 2006). p. 171-190. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 171.

⁽¹⁰⁾ KRELL, A. J., y MARCOS VINÍCIUS CAVALCANTE, L., *La prohibición constitucional de prácticas crueles contra los animales y la correcta interpretación de las normas legales sobre vivisección por parte de las comisiones de ética en el uso de animales*. Revista Brasileña de Derecho Animal, v. 10, n. 19, 2015, pp. 113-153. p. 19.

estructura normativa refleja un compromiso ético y jurídico con la preservación de la vida en todas sus formas.

4.6 Religiones de matriz africana como expresión cultural brasileña

El juicio del RE núm. 494601/RS sacó a la luz el reconocimiento de las religiones de matriz africana como expresiones culturales en Brasil. A diferencia de las prácticas deportivas que involucran crueldad contra los animales, el STF consideró que el sacrificio ritualista de estas religiones no se caracteriza como crueldad. Además, se destacó la obligación constitucional del Estado de asegurar los derechos culturales, promoviendo y valorizando estas manifestaciones como parte del patrimonio cultural brasileño.

La Constitución Federal de 1988, en su artículo 216, establece un concepto amplio de cultura, abarcando bienes materiales e inmateriales que representan la identidad y memoria de los grupos sociales. Según el *Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional* (IPHAN)⁽¹¹⁾ [Instituto Nacional del Patrimonio Histórico y Artístico], la cultura es un proceso dinámico transmitido entre generaciones, que incluye desde prácticas y conocimientos hasta celebraciones y rituales. Así, las religiones de matriz africana reciben protección jurídica como bienes culturales inmateriales.

El IPHAN, a través del Departamento de Patrimonio Inmaterial, es responsable de preservar prácticas culturales que reflejan la historia y la identidad de las comunidades. Entre estos bienes se encuentran rituales, fiestas religiosas y populares, además de saberes transmitidos de generación en generación. Estas prácticas se destacan como esenciales para la diversidad cultural brasileña, especialmente en el contexto de las religiones afrobrasileñas.

El ministro Edson Fachin, durante el juicio, destacó que las prácticas ritualísticas que involucran sacrificios animales son parte del patrimonio cultural inmaterial, representando modos de vida e identidad de las comunidades religiosas. Esta visión se basa en la Convención de la UNESCO y en la Constitución, reconociendo estas prácticas como una expresión fundamental de la identidad cultural.

Históricamente, las religiones afrobrasileñas han enfrentado persecuciones y prejuicios, especialmente durante el período colonial, cuando se hicieron esfuerzos para imponer el catolicismo. En este contexto, el sincretismo religioso surgió como una forma de preservar las tradiciones africanas, adaptando las divinidades a los santos católicos. Esta resistencia cultural permitió la supervivencia de las raíces religiosas y la afirmación identitaria de las comunidades negras.

⁽¹¹⁾ Enlace de acceso: <http://portal.iphan.gov.br/>.

A pesar de los avances en la valorización de las manifestaciones culturales afrobrasileñas, aún existen desafíos en cuanto al reconocimiento pleno de su patrimonio. El juicio del STF, al proteger estas prácticas, representa un hito en la defensa de las expresiones culturales y religiosas, promoviendo una mayor visibilidad y respeto por las tradiciones de matriz africana como parte esencial de la identidad brasileña.

5. PERSPECTIVAS COMPARADAS

5.1 Casos similares en otros países

El análisis de casos similares en otros países puede ofrecer perspectivas valiosas sobre cómo diferentes sistemas jurídicos abordan el conflicto entre la libertad religiosa y la protección de los derechos de los animales. La comparación internacional revela una diversidad de enfoques y soluciones que reflejan las especificidades culturales, religiosas y jurídicas de cada nación.

En los Estados Unidos, la Primera Enmienda de la Constitución garantiza la libertad religiosa, incluida la práctica de rituales que impliquen el sacrificio de animales en ciertas comunidades religiosas. Un caso emblemático sobre el tema es el de la *Iglesia de Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah* (1993), juzgado por la Corte Suprema de los EE. UU. La controversia surgió cuando la ciudad de Hialeah, en Florida, promulgó una serie de ordenanzas prohibiendo el sacrificio de animales poco antes de la instalación de un templo de la Iglesia de Lukumi Babalu Aye, una organización que sigue la religión Santería, cuyos rituales incluyen el sacrificio de animales.

La Iglesia argumentó que las leyes locales violaban su derecho a la libertad religiosa garantizado por la Constitución. La Corte Suprema falló a favor de la iglesia, concluyendo que las leyes eran inconstitucionales porque estaban dirigidas específicamente contra las prácticas religiosas de la Santería, lo que constituyó una discriminación religiosa. La decisión destacó que, aunque los gobiernos pueden imponer restricciones generales en favor de la salud pública o la protección animal, esas restricciones deben ser neutrales y de aplicación general, lo cual no se observó en este caso. La Corte determinó que las ordenanzas de Hialeah no tenían una justificación secular legítima y estaban destinadas a suprimir las prácticas de la Santería, lo que violaba la Primera Enmienda.

Este caso estableció un precedente importante, reforzando que cualquier restricción a las prácticas religiosas debe ser analizada cuidadosamente para evitar discriminaciones veladas y garantizar que el derecho a la libertad religiosa sea plenamente respetado.

En el Reino Unido, la Ley de Derechos Humanos de 1998 incorporó la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) al derecho interno, proporcionando una amplia protección a la libertad religiosa. El artículo 9 de la CEDH garantiza el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, incluyendo la manifestación de esas creencias mediante culto, enseñanza, prácticas y observancias. Este derecho, sin embargo, no es absoluto y puede ser limitado en situaciones donde sea necesario para proteger el orden público, la salud o los derechos de terceros.

Aunque el sacrificio ritual de animales no se practica ampliamente en el Reino Unido, el tema se aborda con un enfoque equilibrado que considera tanto los derechos individuales a la libertad religiosa como los requisitos de bienestar animal. La Ley de Bienestar Animal de 2006 establece normas rigurosas para la protección de los animales, incluido el sacrificio humanitario. No obstante, existen excepciones específicas previstas en la legislación para prácticas religiosas, como los métodos de sacrificio utilizados en comunidades judías y musulmanas, que están protegidos bajo el principio de libertad religiosa.

Casos emblemáticos que implican la interacción entre la libertad religiosa y la legislación en el Reino Unido incluyen debates sobre el uso de vestimenta religiosa en escuelas y lugares de trabajo, además de disputas relacionadas con la observancia de prácticas culturales o religiosas en contextos públicos. En fallos relevantes, los tribunales británicos han enfatizado la necesidad de equilibrar los derechos de los grupos religiosos con los intereses de la sociedad en general, siguiendo los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Aunque no hay decisiones específicas relacionadas con el sacrificio ritual de animales en los tribunales británicos, las discusiones jurídicas en el Reino Unido reflejan un enfoque pragmático e inclusivo, buscando armonizar el respeto a las tradiciones religiosas con los valores contemporáneos de protección animal y convivencia multicultural.

La comparación internacional de los casos que implican el sacrificio ritual de animales revela una variedad de enfoques, pero un denominador común: la búsqueda de un equilibrio entre la protección de la libertad religiosa y los derechos de los animales. Cada sistema jurídico aborda estos conflictos con base en sus propias tradiciones legales, culturales y religiosas, pero todos buscan armonizar estos derechos de manera que respeten tanto la diversidad religiosa como el bienestar animal. Las experiencias de otros países pueden proporcionar lecciones valiosas y guiar el desarrollo de políticas y prácticas jurídicas más justas e inclusivas.

5.2 Lecciones aprendidas y posibles adaptaciones

El análisis de la decisión del STF y la comparación con casos similares en otras jurisdicciones permite identificar lecciones valiosas que pueden ser aplicadas para mejorar la legislación y la práctica jurídica en Brasil. Estas lecciones pueden servir como base para adaptaciones que promuevan un equilibrio más armonioso entre la libertad religiosa y la protección de los derechos de los animales.

La decisión del STF evidenció la importancia de una ponderación cuidadosa de los derechos fundamentales en conflicto. Es esencial considerar los contextos cultural y religioso de las prácticas involucradas, así como la necesidad de proteger a los animales del maltrato. Este equilibrio requiere un enfoque sensible e informado, que tenga en cuenta todas las variables pertinentes.

La decisión mostró que el diálogo entre diferentes grupos culturales y religiosos es crucial para la comprensión mutua y el respeto a las prácticas religiosas. Este diálogo puede ayudar a encontrar soluciones que sean aceptables para todas las partes involucradas, promoviendo la convivencia pacífica y el respeto a la diversidad.

La educación y la concienciación son herramientas poderosas para promover el respeto a las prácticas religiosas y los derechos de los animales. Los programas educativos que aborden estas cuestiones de manera inclusiva y respetuosa pueden ayudar a reducir la intolerancia y promover una sociedad más informada y empática.

Posibles adaptaciones:

La legislación de protección animal puede mejorarse para especificar claramente las condiciones bajo las cuales las prácticas religiosas que involucren animales pueden llevarse a cabo. Esto incluye la definición de criterios que aseguren el bienestar de los animales, como métodos específicos de sacrificio que minimicen el sufrimiento y la exigencia del uso de la carne para consumo.

Desarrollar protocolos de inspección que sean sensibles a las prácticas culturales y religiosas puede ayudar a garantizar que los rituales se realicen de acuerdo con las directrices legales. Estos protocolos deben incluir la capacitación de los agentes de inspección para abordar cuestiones culturales de manera respetuosa y eficaz.

Establecer canales permanentes de diálogo y cooperación entre las autoridades públicas, los líderes religiosos y las organizaciones de protección animal puede facilitar la implementación de prácticas que respeten tanto la libertad religiosa como el bienestar animal. Estos canales pueden servir para resolver conflictos de manera colaborativa y evitar tensiones innecesarias.

Invertir en investigación y desarrollo de métodos alternativos que puedan sustituir las prácticas tradicionales sin comprometer la esencia de los rituales religiosos puede ser una solución viable. Esto incluye el desarrollo de técnicas de sacrificio más humanitarias y la promoción de prácticas rituales simbólicas.

Las lecciones aprendidas a partir de la decisión del STF y de comparaciones internacionales ofrecen una guía para posibles adaptaciones en la legislación y en la práctica jurídica en Brasil. La búsqueda de un equilibrio entre la libertad religiosa y la protección de los derechos de los animales requiere un compromiso continuo con la ponderación, el diálogo, la educación y la innovación. Al integrar estas lecciones y adaptaciones, Brasil puede avanzar en la promoción de una sociedad más justa, inclusiva y respetuosa de sus diversidades culturales y religiosas.

6. CONCLUSIÓN

6.1 Principales hallazgos

El análisis detallado del Recurso Extraordinario 494.601, decidido por el STF, y la comparación con casos similares en otras jurisdicciones ofrecen una comprensión profunda de cómo los derechos fundamentales pueden ser equilibrados de manera justa y equitativa.

El estudio del RE 494.601 y sus implicaciones evidencian la complejidad e importancia de equilibrar los derechos fundamentales en una sociedad pluralista. La decisión del STF sirve como un hito en la protección de la libertad religiosa y en la valoración de la diversidad cultural, al mismo tiempo que señala la necesidad de adaptaciones legales y prácticas para garantizar la protección efectiva de los derechos de los animales. La promoción continua del diálogo y la cooperación entre diferentes actores sociales e institucionales es esencial para el fortalecimiento de una sociedad más justa e inclusiva.

6.2 Desafíos futuros en la regulación de prácticas religiosas.

A medida que las sociedades se vuelven más diversificadas y globalizadas, la regulación de las prácticas religiosas enfrenta nuevos desafíos. En el contexto brasileño, donde la pluralidad religiosa es una característica destacada, es crucial analizar los obstáculos y las oportunidades para una regulación que respete la libertad de creencias y, al mismo tiempo, proteja otros derechos fundamentales.

Uno de los desafíos continuos es la gestión de los conflictos entre la libertad religiosa y otros derechos fundamentales, como los derechos de los animales, la salud pública y la seguridad. La ponderación de estos derechos exige un enfoque equilibrado que tenga en cuenta los valores constitucionales y los contextos específicos de las prácticas religiosas. La decisión del STF en el RE 494.601 es un ejemplo de esta complejidad y de la necesidad de soluciones que armonicen intereses divergentes.

La fiscalización de las prácticas religiosas, especialmente aquellas que involucran el sacrificio de animales, presenta desafíos significativos. Es esencial garantizar que tales prácticas se realicen de acuerdo con las regulaciones vigentes, sin infringir los derechos protegidos. La capacitación de los agentes fiscalizadores para tratar con cuestiones culturales y religiosas de manera sensible y eficaz es crucial para el cumplimiento de las normas.

La intolerancia religiosa sigue siendo un obstáculo significativo. La discriminación contra las religiones de matriz africana, por ejemplo, evidencia la necesidad de políticas públicas que promuevan la educación y la conciencia sobre la diversidad religiosa. Combatir la intolerancia y garantizar que todas las religiones sean tratadas con igualdad ante la ley es fundamental para el fortalecimiento de la democracia y de los derechos humanos.

Las leyes y regulaciones deben evolucionar para acompañar los cambios sociales y culturales. Esto incluye la creación de normas más claras y específicas que regulen las prácticas religiosas, asegurando que se realicen de manera que respeten la dignidad humana y los derechos de los animales. La actualización constante de la legislación es necesaria para responder a los nuevos desafíos y demandas sociales.

La integración de nuevas tecnologías y métodos innovadores en la realización de prácticas religiosas puede ofrecer soluciones que reduzcan los conflictos entre libertad religiosa y otros derechos. Por ejemplo, el desarrollo de técnicas de sacrificio más humanitarias o rituales simbólicos que no impliquen sacrificio animal puede ser explorado. La innovación debe ser fomentada como una forma de armonizar las tradiciones culturales con los derechos contemporáneos.

Promover un diálogo continuo y constructivo entre las diferentes comunidades religiosas y entre estas y el Estado es esencial para la resolución de conflictos y la promoción de la comprensión mutua. La cooperación entre las religiones puede fortalecer la solidaridad y el respeto por la diversidad, contribuyendo a un ambiente social más armonioso.

La regulación de las prácticas religiosas en Brasil enfrenta desafíos complejos que requieren un enfoque multidimensional e integrado. La gestión de los conflictos entre derechos fundamentales, la fiscalización sensible y eficaz, la lucha contra la intolerancia religiosa, la evolución de las normas legales, la integración de tecnologías y el diálogo interreligioso son

elementos cruciales para garantizar que se respete la libertad religiosa en un contexto de pluralidad y diversidad. El compromiso continuo con la promoción de la justicia y el respeto a los derechos humanos es fundamental para enfrentar estos desafíos futuros.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- *Lei núm. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Estabelece sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades nocivas para o meio ambiente e outras disposições*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm.
- *Lei núm. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os delitos resultantes do preconceito racial o de cor*. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716compilado.htm.
- *DECRETO NÚM. 6.514, de 22 de julho de 2008. Prevê as infrações ambientais e as sanções administrativas, estabelece o processo administrativo federal para investigar estas infrações e prevê outras medidas*. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm.
- *Lei núm. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

Jurisprudencia

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso de Apelación Extraordinario (RE) 494.601*. Relator: Min. Marco Aurelio. Sentencia judicial emitida el 28 de marzo de 2019. Disponible en: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246>.
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, 508 U. S. 520 (1993). Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/91-948.ZO.html>.

Artículos académicos y libros

- CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*. Harvard Law Review, v. 85, n. 6, pp. 1089-1128, 1972.
- KRELL, A. J., y MARCOS VINÍCIUS CAVALCANTE, L., «A vedação constitucional de práticas cruéis contra animais e a correta interpretação das normas legais sobre vivissecção pelas comissões de ética no uso de animais». *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 10, n. 19, 2015, pp. 113-153. p. 19.
- LAERTE FERNANDO, L., «Crueldade consentida: crítica à razão antropocêntrica». *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1. n. 1. (jan/dez. 2006). pp. 171-190. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 171.

- MAUSS, M., y HUBERT, H., *Sobre o sacrifício*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005. p. 13.
- MORAIS, M. A., *Umbanda e meio ambiente: o culto de Oxossi e às florestas*. Rio de Janeiro: Ideia Jurídica, 2013. p. 28-29.
- NUSSBAUM, M., *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*. New York: Basic Books, 2008.
- TAGORE TRAJANO DE ALMEIDA, S., *Direito animal & ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. Salvador: Evolução, 2014. p. 93-94.
- VAGNER GONÇALVES DA, S., *Candomblé e umbanda: caminhos da devoção brasileira*. 5. ed. São Paulo: Selo Negro, 2005. p. 12.
- WINNIFRED FALLERS, S., *The Impossibility of Religious Freedom*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

Documentos e informes

- NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Disponible en: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
- WORLD ANIMAL PROTECTION. *Principles of Animal Welfare*. Disponible en: <https://www.worldanimalprotection.org/principles>.

