

# **LA PONDERACIÓN COMO TÉCNICA DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA**

*Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano<sup>1</sup>*

## ***SUMARIO***

- I. Introducción.**
- II- Las normas jurídicas como reglas o principios**
- III- Sobre la ponderación y el principio de proporcionalidad**
- IV- El juicio de ponderación en una sentencia del Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa**
- V- Conclusiones.**



# LA PONDERACIÓN COMO TÉCNICA DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA

*Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano<sup>1</sup>*

## **I. Introducción**

En términos generales, el propósito de estas notas es desarrollar la manera en que el Tribunal Constitucional Español, mediante la aplicación del método de la ponderación, hace efectivos los mandatos de optimización que normalmente contienen las constituciones o las declaraciones de derechos, al reconocer o consagrar derechos fundamentales (con sus correspondientes valores y bienes jurídicos), y cómo resuelven los conflictos que se producen cuando ellos colisionan. Además, será comentado el modo en que tales derechos han sido calificados como principios, en la conocida distinción realizada por Robert Alexy acerca de las normas jurídicas.

Con ese propósito, se ha escogido una sentencia del Tribunal Constitucional Español (154/2002 de 18 de junio), que constituye un caso emblemático en materia de libertad religiosa. Así, en este pronunciamiento se resolvió un recurso de amparo promovido contra las “*Sentencias, ambas –primera y*

*segunda- de igual fecha, 27 de junio de 1997, y con igual número, 950/1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm 3248/96”*. De esta forma, en las sentencias recurridas se decretaron sendas condenas penales contra los padres de un menor que, en estado muy grave, se negó a recibir una transfusión de sangre alegando motivos religiosos. Como resultado de la falta de tratamiento del menor, y ante la negativa de los padres de convencer al niño en el sentido que recibiera la transfusión, éste finalmente falleció.

Así, en esta oportunidad se analizará el juicio de ponderación que aplicó el Tribunal Constitucional Español para resolver ese caso (con respecto al derecho a la vida del menor y la libertad de religión del menor y de sus padres), no sin antes efectuar algunos comentarios sobre las teorías que han dado cabida a la distinción (dentro de las normas jurídicas) entre reglas y principios, según ha sido introducida por Ronald Dworkin<sup>2</sup> y elaborada por Robert Alexy<sup>3</sup>.

---

1 Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

2 Véase Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

3 Ver Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Es claro entonces que el juicio de ponderación, como técnica de aplicación de los derechos fundamentales, se traduce en la observancia del principio de proporcionalidad (así como de sus contenidos) el cual justamente constituye un instrumento de interpretación típicamente constitucional, que junto con otras técnicas ha venido a compensar, aunque de modo parcial, las insuficiencias que los métodos clásicos de interpretación producen en este ámbito<sup>4</sup>, sobre todo en lo que atañe al carácter vinculante de los derechos fundamentales frente a las acciones y las omisiones de los poderes constituidos.

De esta forma, en esta líneas se reconstruiría el juicio de ponderación efectuado por el Tribunal Constitucional Español, así como la forma en que en la primera sentencia se ha potenciado la vertiente externa de la libertad religiosa de los padres por sobre el valor vida del menor fallecido, pese a que nos parece evidente que en esas sentencias penales no se ha vulnerado a los primeros ningún derecho fundamental.

## II.- Las normas jurídicas como reglas o principios

De acuerdo con las ideas inicialmente esbozadas por Ronald Dworkin y luego

desarrolladas por Robert Alexy, las normas jurídicas pueden presentarse o expresar una estructura de reglas o principios. Esta distinción ha sido uno de los temas más debatidos y discutidos por la teoría y la filosofía del derecho en las últimas décadas<sup>5</sup>. Así, en el primer caso, y en términos muy generales: *“las reglas responden a la idea tradicional de una norma jurídica, como enunciado que consta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica”*. En el segundo, los principios constituyen mandatos de optimización de un determinado valor<sup>6</sup> o bien jurídico (en el caso que nos ocupa se correspondería con la vida y la libertad de religión), cuya observancia pretende ser potenciada en la mayor medida posible<sup>7</sup>. En este orden de ideas, Robert Alexy los distingue de la siguiente manera: *“La segunda (...) es una distinción entre dos tipos de normas, esto es, entre reglas y principios. Las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como «mandatos definitivos». Los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos. Los principios son normas de un tipo completamente distinto. Estos ordenan optimizar. Como tales, son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las*

4 Ver González Beilfuss, M., El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Thomson-Aranzandi, Navarra, 2003, pág.,15.

5 Véase Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tercera Edición, Madrid, 2007, pág. 575. En lo que atañe a la distinción entre reglas y principios en la doctrina española puede ser revisado Prieto Sanchís, L., Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

6 Un valioso estudio sobre los valores desde una perspectiva jurídico-constitucional puede ser encontrado en Díaz Revorio, F. J., Valores superiores e interpretación constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

7 Sobre todo lo anterior véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Thomson-Cívitas, pág. 46.

*posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados. Los derechos que se basan en principios son derechos prima facie.”<sup>8</sup>.*

Sobre el particular, la doctrina española ha comentado: *“en principio, se puede afirmar que el aspecto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que estos últimos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por eso se afirma que los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades de hecho, sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser o no cumplidas; si una regla es válida, ha de hacerse lo que ella exige, no más no menos”<sup>9</sup>.* Así, mientras las reglas normalmente son aplicables mediante la técnica de la “subsunción” (en cuya razón lo que se persigue es determinar si un caso real

encaja o no en un supuesto de hecho o, en otras palabras, dilucidar si se debe aplicar la consecuencia jurídica si se produce o no ese supuesto)<sup>10</sup>, en el caso de los principios se utiliza la técnica de la ponderación, que no se plantea en términos de sí o no, sino de más o menos: *“se trata (entonces) de optimizar el valor o bien jurídico y, por ello, de darle la máxima efectividad posible habida cuenta de las circunstancias del caso”<sup>11</sup>.*

Cabe mencionar, en el caso particular de los principios, que la técnica de la ponderación en ningún momento puede prescindir de los problemas del lenguaje natural, que normalmente se plantean al intérprete a la hora de satisfacer dichos mandatos de optimización. En este orden de ideas, Víctor Ferreres menciona al menos tres tipos de problemas inherentes al empleo del lenguaje natural para enunciar los principios: la ambigüedad, que designa la posibilidad de atribuir a un término diversos significados (ejemplo: “prueba”, “banco”); la vaguedad, que designa la imposibilidad de delimitar el ámbito de aplicación del principio; y la textura abierta, que justamente consiste en reconocer la posibilidad de todo término de contener

8 Véase Alexy, R., Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional, en Robert Alexy, Derecho y Razón Práctica, Distribuciones Fontamara (Colección de Ética, Filosofía del Derecho y Política, N° 30), México, 1993, págs. 40-41.

9 Véase Bastida Freijedo, F. J., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 47-48.

10 Cabe mencionar que los conflictos entre las reglas jurídicas, como es de sobra conocido, mayoritariamente son resueltos mediante aplicación de los criterios tradicionales para la resolución de los conflictos normativos, entre ellos el criterio jerárquico (en que la norma de mayor rango prevalece sobre la inferior), el criterio cronológico (la norma posterior deroga la norma anterior) y el de competencia (que se verifica en un plano horizontal, prefiriéndose la aplicación de la regla jurídica especialmente diseñada para ese caso). Así, en lo que toca a los alcances del criterio jerárquico Miguel A. Aparicio Pérez, ha explicado *“con ello la conclusión siempre es la misma: una norma superior, sea por jerarquía formal o sea por función superior, siempre se debe imponer a la de rango jerárquico o funcional inferior, al menos en sus momentos aplicativos. Y, por eso también, en cuanto afectan a las formas de producción normativa, estos principios sólo puede operar en el interior o un ordenamiento simple, o en un subordenamiento y no lo pueden hacer cuando entran en liza ordenamientos engarzados cada uno de ellos con sus propias reglas de composición”*. Véase Aparicio Pérez, M. A., Ordenamiento Jurídico y sistema de fuentes, en Manual de Derecho Constitucional, Aparicio Pérez. M., y Barceló i Serralmalera M., Coordinadores, Atelier, Barcelona, 2009, pág. 295.

11 Ver Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, op. cit., págs. 46-47.

algún grado de vaguedad con respecto al intérprete. Pero también menciona el autor, en el ámbito particular de los derechos fundamentales, que dichos problemas del lenguaje natural son incluso hasta preferibles al intérprete, habida cuenta de la función que cumplen en el ordenamiento<sup>12</sup>, y la posibilidad de los tribunales constitucionales, mediante el método de la ponderación de precisar el alcance de su contenido.

Por su lado, Marc Carrillo llama la atención sobre la manera en que algunos derechos fundamentales, al ser configurados constitucionalmente bajo la fórmula de principios dejan *“al Parlamento un amplio margen de maniobra para determinar su contenido y, portanto, para que las diferentes y plurales opciones políticas puedan concretar su alcance”*. Sin embargo, lo anterior no debe ser entendido, como lo advierte el mismo autor, en el sentido que este margen de abstracción convierte a los principios constitucionales en normas en blanco, sino que el Legislador está constreñido por los límites materiales impuestos por el Texto de la Norma Fundamental<sup>13</sup>. En tales casos, el juicio de ponderación constituye la herramienta que puede utilizar el intérprete para potenciar, en la mayor medida posible de acuerdo con criterios jurídicos y fácticos, el alcance de los derechos fundamentales.

En suma, y siguiendo a Carlos Bernal Pulido, *“las reglas son normas “que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible” y que “sólo pueden ser cumplidas o no”. Los principios en cambio se definen como “mandatos de optimización”, que pueden ser cumplidos en diversos grados y que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación a las posibilidades jurídicas y fácticas”*<sup>14</sup>.

Pero lo anterior no debe ser entendido en el sentido que todos los derechos fundamentales han sido consagrados mediante las fórmulas de principios, al menos no ha sido el caso en el sistema español (y dicho sea de paso, tampoco en el costarricense<sup>15</sup>); en este orden de ideas, se ha advertido: *“teniendo en cuenta la configuración que nuestro texto constitucional confiere a los derechos fundamentales que reconoce, se puede afirmar que no se adscribe ni a un modelo puro de principios ni a un modelo puro de reglas”*<sup>16</sup>. Por el contrario, es preciso reconocer que el texto de las Normas Fundamentales normalmente han acogido un modelo mixto de principios y reglas, aunque la mayoría de las disposiciones responden al modelo de normas de principio, en la medida en que se presentan: *“como enunciados que no establecen las reglas jurídicas precisas atinentes a la conducta o*

12 Sobre todo lo anterior véase Ferreres Comella, V., Justicia constitucional y democracia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

13 Al respecto, véase Carrillo M., La eficacia de los derechos sociales. entre la Constitución y la Ley. Jueces para la Democracia, N° 36, 1999, pág. 70.

14 Véase Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, op. cit., pág. 579.

15 Así, por ejemplo, el artículo 37 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, dispone: *“ARTÍCULO 37.- Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratara de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.”*

16 Véase Bastida Freijedo, F. J., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, op. cit., pág. 48.

*conductas protegidas y a los instrumentos de su protección; más bien lo que hacen es ordenar a los poderes públicos y, de manera especial, al legislador que proteja una determinada libertad en la mayor medida posible, fijando reglas precisas que concreten la forma, el espacio, y el tiempo del régimen jurídico que el derecho fundamental ha previsto para la conducta de la persona, de los poderes públicos y de otros particulares afectados”<sup>17</sup>.*

### **III.- Sobre la ponderación y el principio de proporcionalidad**

Pues bien, de acuerdo con Luis María Díez-Picazo “los principios como mandatos de optimización no sólo exigen explicar, como se acaba de hacer, que hay que optimizar (es decir el valor o bien jurídico que ha sido protegido mediante la proclamación del principio) sino también, hasta dónde hay que optimizar. La respuesta a este interrogante, que había quedado en el aire, es que hay que dar al valor o bien jurídico en juego la máxima efectividad que permitan las circunstancias del caso”<sup>18</sup>. De esta manera, en el caso del juicio de ponderación es necesario distinguir entre dos hipótesis: la primera, cuando el bien jurídico o el valor a optimizar colisiona con otro valor y, la segunda, cuando en realidad no existe o no se produce dicho conflicto.

Un ejemplo de este tipo de ponderación, en el caso de dos valores o bienes jurídicos

contrapuestos, ha sido expuesto por Francisco Fernández Segado, (con respecto al derecho al honor y la libertad de expresión, para dilucidar si se debe o no conceder un amparo solicitado ante el Tribunal Constitucional Español), en los siguientes términos: “es innecesario decir que en el supuesto de conflicto entre derechos o entre un derecho y un bien constitucionalmente protegido habrá que acudir a la necesaria ponderación judicial, en la que el órgano jurisdiccional, sin estimar preponderante en todo caso uno de los derechos en cuestión y atendiendo a las concretas circunstancias del caso, habrá de decidir sobre el conflicto planteado. En cualquier supuesto, el Tribunal ha reivindicado para sí la revisión del juicio ponderativo realizado por el órgano jurisdiccional ordinario. Y así, en el conflicto entre derechos más común, el que enfrenta a las libertades de expresión e información con el derecho al honor, el Juez de la Constitución ha señalado que entra dentro de su jurisdicción revisar la adecuación de la ponderación realizada por los jueces, con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad reconocido en el artículo 20 (que contempla las libertades informativas) se manifiesta constitucionalmente legítimo, o denegararlo en el supuesto contrario”<sup>19</sup>.

Por otro lado, cuando hay ausencia de colisión entre dos valores o bienes jurídicos fundamentales, la ponderación exige el mayor grado de satisfacción de los aludidos mandatos de optimización, los cuales, de acuerdo con Robert Alexy, “ordenan que algo sea realizado

<sup>17</sup> Véase Bastida Freijedo, F. J., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, op. cit., pág. 49.

<sup>18</sup> Ver Díez-Picazo, Sistema de Derechos Fundamentales, op. cit., pág. 53.

<sup>19</sup> Ver Fernández Segado, F., Revista Española de Derecho Constitucional, Año 13, núm. 39, septiembre-diciembre, 1993, pág. 239.

*en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas*<sup>20</sup>.

Es claro que la cuestión se hace más complicada en los casos de colisión entre dos o más tipos de bienes o valores jurídicos, recogidos mediante el enunciado de principios o de mandatos de optimización. En estos supuestos, Robert Alexy alega que su Teoría de los Derechos Fundamentales, en cuya virtud la mayoría de ellos han sido configurados bajo la estructura de principios o mandatos de optimización, tiene como punto de partida el principio de proporcionalidad y sus tres contenidos. Así, de acuerdo con el autor, *“una de las tesis fundamentales expuestas en la Teoría de los Derechos Fundamentales, es que esa definición implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y viceversa: que el carácter de principios de los derechos fundamentales se sigue lógicamente del principio de proporcionalidad (...). Esta equivalencia significa que los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por «optimización», de acuerdo con la teoría de los principios*<sup>21</sup>. De esta forma, los subprincipios *“de idoneidad y de necesidad expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas*<sup>22</sup>.

Ahora bien, en lo que atañe al principio de idoneidad o adecuación (*Grundsatz der Geeignetheit*), Alexy lo desarrolla con el siguiente ejemplo: *“Supongamos que el legislador introduce la norma N con la intención de mejorar la seguridad del Estado. N infringe la libertad de expresión. La seguridad del Estado puede ser concebida como materia, un principio, dirigido aun bien colectivo. A este principio le podemos llamar P1. La libertad de expresión puede ser concebida como un derecho individual fundamental que se basa en un principio. A este principio le llamaremos P2. Supongamos ahora que la norma N no es adecuada para promover P1, esto es, la seguridad del Estado, y sin embargo, infringe P2, o sea, la libertad de expresión. En este caso de inadecuación (inidoneidad), existe la posibilidad fáctica de cumplir ambos principios conjuntamente en una mayor medida, declarando inválida N, que aceptando la validez de N. Aceptar la validez de N no conlleva ninguna ganancia para P1 sino sólo pérdidas para P2.*<sup>23</sup>. Por su lado, para Ignacio Villaverde Menéndez una medida es idónea o adecuada si, con ocasión de la restricción de un derecho fundamental, ha alcanzado el fin propuesto originalmente; en otras palabras, si ha alcanzado o no el objetivo perseguido con ella, al limitar el derecho fundamental<sup>24</sup>. Entre tanto, Carlos Bernal Pulido sostiene que en virtud de dicho subprincipio *“toda intervención en los*

20 Ver Alexy, R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, Revista Española de Derecho Constitucional, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002, pág. 26.

21 Ver Alexy, R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit., pág. 26. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español es posible encontrar múltiples casos en los cuales ha desarrollado los alcances del principio de proporcionalidad, como por ejemplo, en las siguientes decisiones: SSTC 66/1995, 207/1996, 37/1998 y 154/2002). De este modo, en la sentencia 169/2001, el Tribunal Constitucional precisó: *“que la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo”*.

22 Véase Alexy, R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit., págs. 26-27.

23 Ver Alexy, R., Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional, op. cit., pág. 46.

24 Véase Villaverde Menéndez, I., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, op. cit., pág. 147.

*derechos fundamentales debe ser adecuada para construir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo*<sup>25</sup>.

En este orden de ideas, Markus González advierte que la utilización del subprincipio de idoneidad en los últimos años por parte del Tribunal Constitucional Español (siguiendo los desarrollos alemanes sobre el particular) en realidad no supone ninguna novedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero le ha permitido sin embargo ordenar su razonamiento, y potenciar algunos aspectos que deben ser considerados por el intérprete<sup>26</sup>.

Ahora bien, entre dos o más medidas idóneas o adecuadas para alcanzar el fin propuesto, a la hora de restringir el goce del derecho fundamental, el principio de necesidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*) exige, según Robert Alexy, escoger el más benigno con el derecho fundamental afectado<sup>27</sup>. Lo anterior ha sido descrito por Villaverde Menéndez del siguiente modo: *“la exigencia de necesidad o intervención mínima, que consiste en la medida limitativa debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido de que no debe existir otro medio menos oneroso para lograrlo. La medida restrictiva no sólo debe ser idónea material y funcionalmente para limitar el derecho en razón de su fundamento; además, de entre las posibles maneras de*

*imponer la medida restrictiva, sólo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravosa para alcanzar aquella finalidad*<sup>28</sup>. Por su lado, Carlos Bernal Pulido lo ve de la siguiente manera: *“de acuerdo con el principio de necesidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto*<sup>29</sup>. Así, entre todas las medidas idóneas para alcanzar el fin propuesto con la restricción de los derechos fundamentales, el intérprete debe siempre preferir la menos lesiva en el alcance y en el contenido de las libertades fundamentales.

Ahora bien, a diferencia de los subprincipios de idoneidad (o adecuación) y de necesidad, el principio de proporcionalidad persigue la mayor realización posible de los mandatos de optimización (es decir de los principios) con respecto a las posibilidades jurídicas<sup>30</sup>. Este principio es idéntico a la ley de ponderación, que de acuerdo con Robert Alexy dispone lo siguiente: *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*. Así, siguiendo al mismo autor, la efectiva aplicación de los mandatos de optimización se plasma en la técnica de la ponderación, la cual se puede dividir en tres pasos:

25 Véase Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, op. cit., pág. 42.

26 Véase González Beilfuss, M., Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2002, pág. 1112.

27 Véase Alexy, R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit., pág. 28.

28 Véase Villaverde Menéndez, I., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, op. cit., pág. 147.

29 Ver Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, op. cit., pág. 42.

30 Véase Alexy, R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit., pág. 31.

- en primer lugar, es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios;
- en segundo lugar, es necesario definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario;
- por último, se debe establecer si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro<sup>31</sup>.

Todo lo anterior también ha sido desarrollado por Bernal Pulido de la siguiente manera “*en fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general*”<sup>32</sup>. En términos similares, Nicolás González-Cuellar Serrano ha explicado la manera en que se aplica este subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto,

del siguiente modo: “*si el sacrificio de los intereses individuales que comparte la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad*”<sup>33</sup>.

Una vez realizados los comentarios anteriores, sobre la reconocida clasificación de las normas jurídicas entre reglas y principios (o mandatos de optimización), y la manera en que el juicio de ponderación de los segundos contribuye a lograr su mayor grado de aplicación, de acuerdo con las condiciones fácticas y jurídicas que han concurrido en un caso concreto, de seguido será examinado el juicio de ponderación que ha realizado el Tribunal Constitucional Español en la decisión 154/2002 de 18 de junio, en la cual resolvió un recurso de amparo en que “*colisionaron*”, al menos, dos valores o bienes jurídicos fundamentales: el derecho a la vida (y a la integridad física) y la libertad de religión. Se trata sin duda de un caso emblemático en el cual el Tribunal Constitucional Español perfiló los alcances de

---

31 Sobre todo lo anterior véase Alexy, R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit., págs. 31-32. En otra oportunidad, el mismo Robert Alexy explicó las implicaciones del principio de ponderación del siguiente modo: “*el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto. Para llegar a una decisión, es indispensable llevar a cabo una ponderación, en el sentido de la ley de la colisión. Dado que está ordenado aplicar los principios válidos, cuando ellos son aplicables, y que para su aplicación en los casos de colisión es indispensable llevar a cabo una ponderación, entonces, el carácter de principio de las normas de derecho fundamental implica que está ordenado llevar a cabo una ponderación cuando ellas entran en colisión con otros principios contrapuestos. Esto quiere decir que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental*”. Véase Alexy R., Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., pág. 92.

32 Véase Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, op. cit., pág. 42.

33 Ver González-Cuellar Serrano, N., Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, Madrid, 1990, pág. 225.

la libertad religiosa, así como de sus distintas vertientes, potenciándolas por sobre el valor vida del menor fallecido<sup>34</sup>. A este respecto, habría que preguntarse, justamente en aplicación de la técnica de la ponderación: ¿si la satisfacción del valor relativo a la libertad de religión en el caso concreto era de tal importancia que justificaba la afectación o el sacrificio del valor vida del menor de edad? Pues bien, una respuesta a esta interrogante se intentará de seguido.

#### **IV.- El juicio de ponderación en una sentencia del Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa**

Como lo expuso el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 1 de la sentencia que ahora nos ocupa, en el recurso de amparo N° 3468/97 fueron impugnadas “*dos Sentencias, ambas de fecha 27 de junio de 1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 3248/96. La primera de ellas estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 20 de noviembre de 1996, que había absuelto a los ahora demandantes de amparo del delito de homicidio por omisión que aquél les imputaba. La segunda de dichas Sentencias, como consecuencia de la expresada estimación del recurso, los condena, “como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante*

*de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión”.*

En su decisión, el Tribunal Constitucional Español tuvo en consideración los siguientes hechos:

- En primer lugar, la persona por cuya muerte se condena a los demandantes de amparo era un hijo de éstos, de 13 años de edad;
- En segundo lugar, la condena lo es por omisión de la conducta exigible a los padres del menor, dada su condición de garantes de la salud de éste (condición que actualmente se recoge expresamente en el art. 11, en relación con el art. 138, ambos del Código penal de 1995);
- En tercer lugar, la conducta omitida consistía bien en una acción de los ahora recurrentes en amparo dirigida a disuadir a su hijo de su negativa a dejarse transfundir sangre, bien en la autorización de aquéllos a que se procediese a la transfusión de sangre al menor;
- Y en cuarto lugar, la causa de la actuación de los padres (propiamente, la razón de que éstos hubiesen omitido la conducta que se dice debida) se sustentaba en sus creencias religiosas pues, dada su condición de Testigos de Jehová, entienden, invocando al efecto diversos pasajes de los Libros Sagrados, que la transfusión de sangre está prohibida por la ley de Dios.

---

34 Un comentario relevante sobre esta sentencia, y sobre la manera en que el juicio de ponderación puede ser utilizado como un paso previo a la subsunción puede ser encontrado en Moreso, J. J., La Constitución: modelo para armar, Marcial Pons, Barcelona, 2009, págs. 293-307.

De lo anterior se deduce, con toda claridad, que el Tribunal Constitucional Español al resolver ese recurso de amparo realizó el juicio de ponderación sobre dos valores fundamentales, que de acuerdo con la clasificación propuesta por Robert Alexy (entre otros) se corresponde con la estructura de los principios o de los mandatos de optimización, a saber, la libertad de religión y la vida (o la integridad física).

El punto jurídico discutido, de acuerdo con el objeto de la impugnación en ese recurso de amparo, es si las sentencias condenatorias que han sido decretadas contra los padres del menor fallecido (por su negativa de aceptar la transfusión de sangre, alegando motivos religiosos) han vulnerado o no el derecho consagrado en el artículo 16 de la Constitución Española de 1978<sup>35</sup>.

Sobre los alcances de ese derecho fundamental (ahora estructurado como mandato de optimización o principio) la doctrina ha señalado que supone un ámbito de inmunidad de coacción a favor del individuo, para abrazar una fe religiosa determinada y de ordenar su propia vida individual o social de acuerdo con esas creencias<sup>36</sup>.

En este orden de ideas, la libertad de religión también ha sido definida como: “*un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agiere licere del individuo*”<sup>37</sup> y que comporta “*el derecho de los ciudadanos a actuar en ese campo con plena inmunidad de coacción*”<sup>38</sup>.

Al respecto, se discute si la libertad de religión es un derecho ejercido únicamente por quienes han asumido de previo alguna convicción religiosa desde una perspectiva positiva (es decir, a partir de la creencia de un ser supremo, superior, o la trascendencia del alma humana a la muerte), o si comprende también el caso de los agnósticos y los ateos, cuya libertad de religión se agotaría justamente en el momento en que no han asumido ninguna, por lo que más allá de este ámbito, cualquier otra manifestación de esa escogencia inicial habría que reconducirla a la libertad de pensamiento o de ideología.

Sobre el particular, sin duda es relevante la posición adoptada por Martínez de Pizón Caveró (que es compartida en este trabajo) en el sentido que la libertad de religión comprende tanto las acciones realizadas a

---

35 El artículo 16 de la Constitución Española de 1978 dispone:

*“Artículo 16.*

*1. Se 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”*

*2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*

*3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. 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”.*

36 Véase Barrero Ortega, A., La libertad religiosa en España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pág. 91. Otro estudio particularmente relevante sobre el tema puede ser hallado en Valero Heredia, A., La libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado). Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2008

37 Al respecto, véase la sentencia del Tribunal Constitucional Español 24/1982, mencionada por Barrero Ortega, A., La libertad religiosa en España, op. cit., págs. 91-92.

38 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Español 24/1982, mencionada por Barrero Ortega, A., La libertad religiosa en España, op. cit., págs. 91-92.

partir de una valoración inicial positiva del fenómeno religioso, como las negativas: agnósticas o ateas<sup>39</sup>. Lo anterior teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981<sup>40</sup>.

De modo que en esta disposición se brinda igual tutela tanto en el caso en que se asuma una posición positiva con respecto al fenómeno religioso, como en el supuesto en se advierta otro tipo de creencias o convicciones, todas las cuales reclaman el mismo ámbito de protección por parte de los poderes públicos<sup>41</sup>. De ahí que resulta incuestionable que la libertad de religión comprende, al menos en el ordenamiento jurídico costarricense<sup>42</sup>, aquellas manifes-

taciones que realicen los particulares luego de haber asumido una valoración positiva con respecto al fenómeno religioso, como aquellas acciones que tengan como punto de partida la negación de las creencias relativas a la existencia de un ser supremo o la trascendencia del alma humana a la muerte.

A mayor abundamiento, Oliveras Jané menciona otra sentencia (46/2001 de 15 de febrero) en la cual el recurrente era la Iglesia de la Unificación. De acuerdo con la autora, en esa decisión se *“utiliza la vía interpretativa del artículo 10.2 CE y reproduce la interpretación del artículo 18.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que realiza el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al Comentario general de 20 de julio de 1993, según el cual el citado precepto “protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o*

- 
- 39 Véase Martínez de Pisón Cavero, J., Constitución y Libertad religiosa en España, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 296.
- 40 Esta norma dispone: *“Artículo 1. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza”*.
- 41 A mayor abundamiento, Jacques Robert ha considerado que: *“la liberté religieuse n’est en effet pas seulement la liberté du choix d’une religion mais encore la liberté de professer la croyance ou l’incroyance mas encore la liberté de ne rien professer du tout. On peut faire le choix d’une confession, ne pas le faire ou simplement attendre le moment opportun pour se décider”*. Véase Robert, J., La liberté religieuse et le régime des cultes, Presses Universitaires de France, Paris, 1977, pág. 101.
- 42 Cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico costarricense, a diferencia del criterio mayoritariamente sostenido en el sistema de justicia constitucional europeo (particularmente en los casos de Alemania, Italia y España), los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, poseen un carácter normativo indiscutible y constituyen verdaderas reglas jurídicas (no así meros criterios de interpretación de los derechos reconocidos en las distintas Constituciones), motivo por el cual los particulares pueden exigir directamente su cumplimiento ante las autoridades públicas (por ejemplo, mediante la interposición de un recurso de amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia) aunque no estén reconocidos de manera positiva y en forma expresa en la Constitución de la República de Costa Rica. Lo anterior, a partir de una interpretación según la cual dichos instrumentos, a diferencia de otras normas y reglas del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la ley de acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer por sobre éstos. Se trata entonces de una construcción efectuada por la Sala Constitucional a partir de los alcances del artículo 48 de la Constitución Política, y que ha sido plasmada en reiteradas decisiones, entre ellas: la N° 1147-90 de 21 de septiembre, N° 1739-92 de 1° de julio, N° 3435-92 y su aclaración: N° 5759-93, N° 2313-95, de 9 de mayo, N° 2000-09685 de 1 de noviembre, N° 2002-10693 de 7 de noviembre, y la N° 2007-1682 de 9 de febrero de 2007.

*creencia; los términos creencia o religión deben entenderse en sentido amplio”, añadiendo que “el artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones o creencias características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales”.* De ahí que en esa sentencia se adopta una concepción amplia sobre las creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales<sup>43</sup>.

Pero también ha dicho la doctrina especializada (y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español) acerca de la libertad de religión (y sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo sobre los alcances y matices que resultan luego del juicio de ponderación de esa libertad con otros valores o bienes jurídicos igualmente recogidos bajo los enunciados de principios o mandatos de optimización, como ciertamente lo constituye, a modo de ejemplo, el principio de neutralidad o de laicidad estatal) que comprende dos vertientes o dimensiones: una interna y otra externa.

De este modo, sobre la vertiente interna de la libertad de religión, Martínez de Pizón Cavero ha comentado que le permite a la persona escoger, con ausencia de coacción, el sistema de creencias, religiosas o no, que cada persona crea como el más adecuado a su conciencia, a sus planes de vida y a los objetivos del perfeccionamiento moral por él elegidos<sup>44</sup>.

Por su parte, en lo que toca a la vertiente externa de la libertad de religión, el Tribunal

Constitucional Español, desde la conocida sentencia 177/1996, de 11 de noviembre, ha manifestado que: *“incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”.* En otra sentencia, de 4 de junio de 2001, señaló: *“el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (...) pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”.*

Cabe mencionar que el disfrute de la vertiente externa de la libertad de religión no es ilimitado, sino que puede ser restringido, en términos muy generales, por razones de orden público, o bien cuando resulte necesario, en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, así como la protección de los derechos y libertades de los demás (lo anterior justamente luego de realizar el juicio de ponderación que se ha desarrollado en estas notas, con respecto a los principios o los mandatos de optimización en que son enunciados los derechos fundamentales, como en el caso presente la libertad de religión).

Al respecto, la doctrina española ha discutido sobre la manera en que debe ser entendido

43 Véase Oliveras Jané, N., *La evolución de la libertad religiosa en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Catalana de Dret públic, núm. 33, 2006, pág. 14.

44 Ver Martínez de Pizón Cavero, J., *Constitución y Libertad religiosa en España*, op. cit., pág. 290.

el término “orden público” en el contexto del artículo 16 de la Constitución Española, para realizar el juicio de ponderación correspondiente. En concreto: “¿Se usa en el sentido restringido o policial de incolumidad de personas y cosas o debe entenderse, más bien, en su sentido de amplio ejercicio de los derechos por parte de todos?”. Sobre el particular se ha preferido la segunda opción, a partir de la relación de los artículos 16 de la Constitución Española de 1978 y 9 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950. Así, esta concepción amplia del concepto del orden público le ha permitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo: “*afirmar sin dificultad que la prohibición del sacrificio privado de reses no vulnera la libertad religiosa de una comunidad judía: se trata de una limitación claramente respaldada por razones sanitarias, máxime de una limitación claramente respaldada por razones sanitarias, máxime cuando es posible adquirir carne de reses sacrificadas en establecimientos públicos que reúne todas las condiciones exigidas por dicha confesión (STEDH Tsedek c. Francia de 27 de abril de 2000)*”<sup>45</sup>. En todo caso, ambas disposiciones exigen la previsión en una norma con rango de ley de los motivos (de orden público) por los cuales se debe imponer una limitación de la vertiente externa de la libertad de religión.

Ahora bien, en lo que atañe a los valores vida e integridad física, éstos han sido reconocidos en el artículo 15 de la Constitución Española de 1978, del siguiente modo:

*“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”*

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido: “*dicho derecho a la vida (...) constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible*” (STC 53/1985). En este orden de ideas, Marco Aparicio Wilhelmi ha explicado sobre este derecho que supone la facultad de una persona de existir, pero no desde un punto de vista meramente biológico, sino con dignidad. De modo que el derecho a la vida se configura así como presupuesto ontológico, como precondition del resto de derechos de la persona física: “*pero va más allá, pues en sí mismo incorpora, al menos en su contenido más elemental, los aspectos que la dignidad toma y a la vez exige del conjunto de derechos constitucionales*”<sup>46</sup>.

Asimismo, en lo que atañe a la integridad física, el Tribunal Constitucional en la sentencia 120/1990 dispuso que “*garantiza el derecho a la libertad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular*”; por su lado, en la sentencia 7/1994 precisó: “*el derecho a la integridad física*

45 Sobre todo lo anterior véase Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, op. cit. págs. 247-248.

46 Véase Aparicio Wilhelmi, M. *Los derechos del ámbito individual, en Manual de Derecho Constitucional*, Aparicio Pérez, M., y Barceló i Serralmalera M., Coordinadores, op. cit., pág. 678.

no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonadamente por la Autoridad judicial en el seno de un proceso”. Sobre el particular, Marco Aparicio Wilhelmi ha comentado: “el artículo 15 de la Constitución incorpora la protección de la integridad física y moral de toda persona como cobertura y correlato del derecho a la vida. Se trata del derecho de toda persona a decidir sobre las actuaciones que puedan producir un daño o menoscabo en su cuerpo, así como aquéllas que puedan alterar negativamente su bienestar psicológico, o supongan humillación o envilecimiento”<sup>47</sup>. De lo anterior claramente se deduce que tanto los valores vida, como integridad física, no sólo han sido proclamados expresamente en la Constitución Española de 1978, sino también que sus contenidos ha sido ampliamente desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

Pues bien, al sentar las condiciones de aplicación de los mandatos de optimización que recogen los valores vida e integridad física, por un lado, y la libertad de religión por el otro (es decir, al efectuar el juicio de ponderación), el Tribunal Constitucional consideró en la comentada sentencia 154/2002 de 18 de junio, que: “En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, es indiscutible que el juicio ponderativo se ha efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (art. 16.1 CE). Es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los

padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 120/1990, de 27 de junio). Además, es oportuno señalar que, como hemos dicho en las SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5, el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.”

De modo que al efectuar el juicio de ponderación correspondiente (es decir, al fijar las condiciones de aplicación de los valores vida y libertad religiosa) el Tribunal Constitucional admite no sólo que la libertad religiosa no es un derecho absoluto, sino que cede luego de ser ponderado con respecto al valor vida del menor de edad, el cual (según el Tribunal), constituye: “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional”. De ahí que, desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional no encuentra reparo alguno en la decisión judicial que inicialmente ordenaba la transfusión al menor, pese a las convicciones religiosas de sus padres. Pero luego de todo el cuadro fáctico que se ha expuesto con anterioridad, el menor

---

47 Ver Aparicio Wilhelmi, M. Los derechos del ámbito individual, en Manual de Derecho Constitucional, Aparicio Pérez, M., y Barceló i Serrallmalera M., Coordinadores, op. cit., pág. 682.

finalmente falleció y sus progenitores (que ciertamente poseían la condición de garante) han sido condenados por el delito de homicidio.

A pesar de lo anterior, y pese a reconocer que el valor vida ocupaba en el caso presente un valor predominante sobre la libertad de religión, el Tribunal Constitucional Español consideró que no es posible sentar ninguna responsabilidad penal contra los padres del niño, sin vulnerar el derecho protegido en el artículo 16 de la Constitución Española de 1978. Lo anterior, pese a que los recurrentes tenían (a mi juicio de manera evidente) la obligación de dar auxilio a su hijo y de autorizar (e incluso a exigir) el tratamiento necesario en razón de su padecimiento, lo cual lógicamente incluía la posibilidad de realizar la transfusión de sangre, ante el riesgo de muerte que tenía el menor.

Es claro que en esta decisión el Tribunal Constitucional Español, al sentar las condiciones de aplicación de los valores aludidos, únicamente tuvo en consideración los postulados del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (es decir el juicio de ponderación), por cuanto no se trataba en el presente caso de valorar una restricción o una actuación positiva o negativa de las autoridades públicas con sustento a los principios de idoneidad y de necesidad, sino más bien de potenciar el alcance de dos valores contrapuestos, y de examinar en qué medida el sacrificio de valor vida (e integridad física) se justificaba a causa de la libertad de culto de los recurrentes en ese amparo, cuyas convicciones religiosas le impedían someter al menor a una transfusión sanguínea.

De ahí que al reconstruir el juicio de ponderación efectuado por el Tribunal Cons-

titucional Español en el caso concreto, es evidente que cede cualquier manifestación externa de la libertad de religión de los padres, por sobre el valor vida del niño fallecido, de ahí que esa manifestación religiosa no encuentra protección constitucional en el grado en que lo exigen los recurrentes en su recurso de amparo, los cuales como se ha dicho tenían la obligación de salvaguardar la vida del menor, quien finalmente falleció, a causa de las convicciones religiosas de los actores.

Es claro entonces que las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios, en que se impusieron sendas condenas penales a los padres del menor, no vulneran, ni por asomo, la libertad de religión de los progenitores, luego de ser ponderada esa aparente manifestación de la vertiente externa de esa libertad frente al valor vida del niño fallecido, por la falta del tratamiento médico necesario.

En este sentido, si por razones de justicia material (ante el fallecimiento del hijo de los recurrentes) se pretendía eximirlos de su obligación de cumplir la sentencia penal, ello no es motivo suficiente como para potenciar, luego de establecer las condiciones de aplicación de los aludidos mandatos de optimización, el valor relativo a la libertad de religión, por sobre la vida del menor fallecido, como se ha producido en ese caso a causa de la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional Español.

Y es que en el caso presente se ha otorgado a la vertiente externa de la libertad de religión un alcance casi absoluto a causa del juicio de ponderación efectuado por el Tribunal Constitucional, lo cual no se ajusta ni al texto del principio enunciado en el artículo 16 de la Constitución (en que se proclama

la libertad de religión), ni a la manera en que debe ser interpretada esa disposición de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los términos del artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978. En todo caso, en la justicia ordinaria se prevén mecanismos particulares para cumplir determinadas condenas penales bajo condiciones especiales, si así lo considera pertinente el juez penal correspondiente, de acuerdo con las circunstancias del caso.

En todo caso, del examen de los hechos que le han servido al Tribunal Constitucional Español para adoptar su decisión, claramente se infiere que se ha conferido en la especie un tratamiento discriminatorio al menor de edad, contrario a su dignidad personal, justamente al haber sido utilizado conscientemente como instrumento por sus progenitores para hacer valer sus convicciones religiosas sobre el valor vida del niño ahora fallecido, y sobre los reiterados criterios médicos en el sentido que la transfusión sanguínea era indispensable para recobrar su salud, quien finalmente murió luego de una prolongada situación de sufrimiento a la que fue expuesto por el proceder de sus padres.

## **V.- Conclusiones**

En este trabajo se han tomado los valiosos aportes realizados por Ronald Dworkin y Robert Alexy acerca de la ya tradicional distinción de las normas jurídicas entre reglas y principios, para coincidir con la doctrina más calificada en el sentido que los derechos fundamentales mayoritariamente han sido consagrados en las constitucionales bajo las fórmulas de principios o de mandatos de optimización.

Estos mandatos de optimización tienden a generar mayores dificultades en su aplicación que las reglas jurídicas, las cuales como se ha indicado se apoyan en la técnica de la “*subsunción*”, determinándose si un caso encaja o no en un supuesto de hecho o, bien, si se debe aplicar una consecuencia jurídica a ese supuesto.

Pero también se ha intentado explicar, aunque en términos generales, cómo la técnica de la ponderación logra generar condiciones de aplicación de los principios o de los mandatos de optimización, en que son proclamados los valores fundamentales. De acuerdo con Robert Alexy la ponderación de estos valores fundamentales se logra mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, cuyos componentes también han sido mencionados (sea, la idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), y como son utilizados por el intérprete para precisar el alcance de los derechos fundamentales, frente a las limitaciones decretadas por razones de orden público, o los derechos de terceros.

Con ese fin, y en lo que atañe concretamente a la colisión de valores jurídicos fundamentales, se ha comentado la ponderación realizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 154/2002 de 18 de junio, con respecto a los valores vida y libertad de religión. En esta decisión, el Tribunal resolvió un recurso de amparo dirigido contra unas sentencias dictadas a los padres de menor que, por alegar motivos religiosos, se negó a recibir una transfusión de sangre. En estas sentencias se tuvo por acreditada la responsabilidad penal de los progenitores, ante el deceso del menor, quien se negó a recibir el tratamiento por motivos religiosos,

y tampoco fue obligado por sus progenitores a recibirlo, por las mismas razones.

Pues bien, al resolver el amparo el Tribunal Constitucional Español consideró que en esas condenas penales se vulneraba la vertiente externa de la libertad de religión de los recurrentes, lo cual no nos parece acertado, al reconstruir la ponderación entre los valores aludidos. Lo anterior por cuanto, en esa decisión se termina potenciando la vertiente externa de la libertad de religión (otorgándose un valor casi absoluto), por sobre la vida del menor fallecido. De ahí que en las sentencias condenatorias decretadas contra los padres del niño en

ningún momento se ha vulnerado la libertad de religión, la cual más bien debía ceder ante el riesgo tan severo que padecía el niño con respecto a la vida y a su integridad física, lo cual ha sido soslayado en su decisión por el Tribunal Constitucional Español. Sobre todo lo anterior es preciso reiterar la pregunta que se había formulado al finalizar la explicación sobre los alcances del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, en el sentido: ¿si la satisfacción del valor relativo a la libertad de religión en el caso concreto era de tal importancia que justificaba la afectación o el sacrificio del valor vida del menor de edad? Una respuesta negativa por lo expuesto se impone en este asunto.