

ACTAS DE LA I JORNADA INTERNACIONAL

**Los límites de la diferencia: la
protección de la diversidad cultural y
religiosa en el derecho
contemporáneo
(Pamplona, 5 de octubre de 2012)**

M^aCruz Díaz de Terán Velasco (coord.)

**Grupo de investigación Mujer. Menor. Minorías culturales y religiosas. La
protección de los derechos humanos en el siglo XXI
(Proyecto financiado por el Gobierno de Navarra)**

ISBN. 978-84-697-0069-3

PRESENTACIÓN

En el contexto de creciente globalización y del impacto en la sociedad del principio de igualdad, del fenómeno migratorio y otras cuestiones de índole sociológica que diseñan y configuran nuevos parámetros de actuación jurídica, es preciso llevar a cabo una adecuada investigación interdisciplinar. Es decir, la heterogeneidad cultural y de creencias que presenta la sociedad actual se proyecta también en el mundo del Derecho. De manera que se hace necesaria una reflexión ponderada para dar soluciones *de justicia* a esos nuevos retos que hace unos años eran impensables.

Por otra parte, y desde hace unos años, el fomento de la investigación por parte de las instituciones públicas ha favorecido la realización de estas iniciativas de carácter interdisciplinar. En este sentido, el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra, a través de la convocatoria "Jerónimo de Ayanz", ha propiciado la creación de un grupo investigador que ha centrado sus esfuerzos en estudios sobre: "Mujer. Menor. Minorías culturales y religiosas. La protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

Para ello se ha creado una red de contactos internacionales que ha permitido llevar a cabo distintas iniciativas, entre las que se encuentra una Jornada organizada por el Profesor Rafael García Pérez celebrada en Pamplona el 5 de octubre de 2012 sobre *Los límites de la diferencia: la protección de la diversidad cultural y religiosa en el derecho contemporáneo*.

Los ponentes de esta Jornada fueron los siguientes:

- Prof. D^a Inmaculada Baviera: "Cuestiones actuales en torno a la relación laboral de los profesores de religión". Universidad de Navarra.

- Prof. D^a Irene Briones: "El estudio de la libertad religiosa en el sistema educativo americano y el homeschooling". Universidad Complutense de Madrid.

- Prof. D. Scott Borgman: "La vita nella Chiesa: un aggiornamento sull'attività della Pontificia Accademia per la Vita". Pontificia Academia Pro Vita. Ciudad del Vaticano.

- Prof. D^a Maricruz Díaz de Terán: "¿Qué pueden aportar las religiones al debate bioético?". Universidad de Navarra

- Prof. D. Kishore Jayabalan: "Religious freedom and the Church in the U.S. Presidential elections". Director del *Acton Institute*. Roma.

- Prof. D^a Elisabetta Mazzilli: "La indemnización del daño por *wrongful life* al hijo indeseado: el «derecho a no nacer» y otras contradicciones de la jurisprudencia española". Universidad de Navarra

- Prof. D. Matteo Nacci: "Libertà religiosa e pluralismo culturale nell'analisi delle consuetudini religiose secondo la prospettiva della storia del diritto". Pontificia Università Lateranense. Roma.

- Prof. D^a Graciela Sandoval: "La libertad religiosa en México". Universidad Anáhuac. México.

En esta publicación digital se encuentran recogidas, en breve síntesis, algunas de las colaboraciones que, por gentileza de los autores, se han sintetizado para su difusión.

No se incluye el texto de la Profesora Irene Briones porque desarrolló su ponencia destacando los aspectos más importantes del libro que acababa de publicar. [Libertad religiosa en los Estados Unidos de América. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia.](#)

Por su parte, el Profesor Scott Borgman se centró en una descripción de la Pontificia Academia por la Vida (PAV) instituida por Juan Pablo II en 1994, con el "Motu Proprio" *Vitae Mysterium* (VM) que tiene por fin "estudiar, informar y formar en lo que atañe a las principales cuestiones de biomedicina y derecho, relativas a la promoción y a la defensa de la vida" (VM, 4). *In questo modo* —recordaba Borgman—, *la Pontificia Accademia per la Vita è chiamata ad offrire a tutti, credenti e non credenti, un supporto scientifico-culturale per la formazione di una coscienza critica nei confronti delle sfide poste dalla scienza biomedica moderna, nella consapevolezza che "el misterio de la vida, y en especial de la vida humana, atrae cada vez más la atención de los estudiosos, impulsados por las extraordinarias posibilidades que el progreso de la ciencia y de la técnica brinda hoy a sus investigaciones. La nueva situación, a la vez que abre fascinantes perspectivas de intervención en los manantiales mismos de la vida, plantea asimismo múltiples e inéditas cuestiones de orden moral, que el hombre no puede descuidar sin correr el riesgo de dar pasos tal vez irreparables"* (VM, 1). *L'attuale Presidente, S.E.R. Mons. Carrasco de Paula, vive l'impegno, insieme ai Membri Ordinari e Corrispondenti, di costruire una nuova cultura della vita umana, ... aiutando l'uomo a realizzare un mondo che riconosca la gioia della vita e sia animato da una speranza: una vera civiltà dell'amore.*

Estas palabras reflejan bien el tono general de las valiosas intervenciones de la Jornada, que, por otra parte, se han movido en torno a aquel autorizado principio: "si quieres la paz, trabaja por la justicia".

María Blanco

Pamplona, 18 de diciembre de 2012

PONENCIAS

Primera Sesión

LOS LÍMITES DE LA DIFERENCIA

- D. Kishore Jayabalan: "Religious freedom and the Church in the U.S. Presidential elections". Director del Acton Institute. Roma.
- Prof. D. Matteo Nacci: "Libertá religiosa e pluralismo culturale nell'analisi delle consuetudini religiose secondo la prospettiva della storia del diritto". Pontificia Università Lateranense. Roma.

Segunda Sesión

LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ÁMBITO LABORAL Y EDUCATIVO

- Prof. D^a Inmaculada Baviera: "Cuestiones actuales en torno a la relación laboral de los profesores de religión". Universidad de Navarra.
- Prof. D^a Graciela Sandoval: "La libertad religiosa en México". Universidad Anáhuac. México.
- Prof. D^a Irene Briones: "El estudio de la libertad religiosa en el sistema educativo americano y el *homeschooling*". Universidad Complutense de Madrid.

Tercera Sesión

PROTECCIÓN DE LA VIDA, RELIGIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

- D. Scott Borgman: "La vita nella Chiesa: un aggiornamento sull'attività della Pontificia Accademia per la Vita". Pontificia Academia Pro Vita. Ciudad del Vaticano.
- Prof. D^a Maricruz Díaz de Terán: "¿Qué pueden aportar las religiones al debate bioético?". Universidad de Navarra
- D^a Elisabetta Mazzilli: "La indemnización del daño por *wrongful life*" al hijo indeseado: el "derecho a no nacer" y otras contradicciones de la jurisprudencia española". Universidad de Navarra

WHAT'S AT STAKE FOR RELIGIOUS LIBERTY IN THE U.S. ELECTION?

KISHORE JAYABALAN

Istituto Acton

Rome. Italy

It is a pleasure to speak at the University of Navarra on this important theme, not only for the United States ahead of the November 6 election, but also for the future of Church-State relations there and in other liberal democratic countries which more or less have similar understanding of religious liberty. These countries, generally called the West in common parlance, also have significant influence on how religious liberty is discussed at international institutions such as the United Nations, and therefore with repercussions on, at the very least, how other governments speak about religious liberty at these institutions and perhaps even how they protect or promote it at home.

It is helpful to start with what the United States Constitution says about religion.

The first mention is "No Religion Test Clause" in the Article VI, paragraph 3 of the Constitution:

"The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; but **no religious test shall ever be required as a qualification to any office or public trust under the United States.**"

The second, more famous mentions is the First Amendment, adopted as part of the Bill of Rights which ensured passage of the Constitution in the debate between the Federalists and the Anti-Federalists: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

It was widely understood that individual States, rather than the Federal Government, could establish an official religion as their own and take measures to restrict the free exercise, but these practices were eventually ruled unconstitutional under the 14th Amendment that guaranteed due process and equal protection under the law for all citizens

of the US. The First Amendment is now considered to apply to the federal, state and local governments.

Religious organizations are exempt from taxes in the United States, as are other “non-profit” groups that serve public purpose provided they do not engage directly in political campaigns.

Religious liberty has become a political issue in the 2012 election largely due to President Obama’s health-insurance reform proposal, which has been signed into law. This proposal would require religious institutions that provide services to people not of their faith (i.e., outside of churches in particular, including hospitals, schools, etc.) to offer artificial contraception, abortifacients and sterilization as a part of their health-insurance packages to their employees or face a fine for not doing so. The Obama administration has also denied funds to Catholic groups who fight human trafficking due to these groups’ moral opposition to these practices.

What’s remarkable is the amount non-Catholic religious groups who’ve supported the rights of religious freedom of Catholic organizations. “We’re all Catholic now,” is how one Protestant leader put it, which is something remarkable to hear given the history between these two groups in the US and elsewhere. What these religious groups share is a view of civil society that counters the individual-State paradigm of many secularists, including many in the Obama administration. It should also be remembered that the Obama health-insurance reform legislation was meant to correct the problems of employer-based health insurance, which is a result of the Roosevelt administration’s wage controls during the Great Depression and World War II. As the modern State grows in its social responsibilities, it starts to crowd out the previous providers of social services, first and foremost the Catholic Church, which is the least willing of these providers to follow government mandates against its beliefs. There are sure to be future battles between the religious and secular worldviews in public policy areas such as same-sex marriage, hate speech, and sexual abuse suits against Catholic dioceses and the Vatican.

The irony of the secularist viewpoint is that it assumes religious believers only care about their own, and not those outside their flock. But as [USCCB spokeswoman Sr. Mary Ann Walsh said](#), “We provide services because *we’re* Catholic not because *they* [the recipients of the services] are.”

It is no coincidence that Pope Benedict said the following words to US bishops who were making their *ad limina* visit just as the Obama administration was bearing down on the Church: “It is imperative that the entire Catholic community in the United States come to

realize the grave threats to the Church's public moral witness presented by a radical secularism which finds increasing expression in the political and cultural spheres," he said [Jan. 19 in an address to a group of American bishops](#) visiting the Vatican.

The Pope said he was particularly concerned with "certain attempts being made to limit that most cherished of American freedoms, the freedom of religion."

The US Bishops Conference has been particularly concerned about the erosion of religious liberty. In April, the [Ad Hoc Committee on Religious Liberty](#) of the U.S. Conference of Catholic Bishops released a statement, "[Our First, Most Cherished Liberty](#)," warning against what the bishops consider to be unprecedented threats to religious freedom from various governmental actions. The USCCB also launched a "Fortnight for Freedom" campaign from June 21 (vigil of feasts of St. Thomas More and St. John Fisher) to July 4 (Independence Day). It has been a unified front from the bishops.

Philadelphia Archbishop Charles Chaput put it best in a [September 14, 2012 interview with the *National Catholic Reporter*](#):

We're speaking on the night Barack Obama is delivering his acceptance speech at the Democratic National Convention. Let me ask flat-out: Do you believe a Catholic in good faith can vote for Obama?

I can only speak in terms of my own personal views. I certainly can't vote for somebody who's either pro-choice or pro-abortion.

I'm not a Republican and I'm not a Democrat. I'm registered as an independent, because I don't think the church should be identified with one party or another. As an individual and voter I have deep personal concerns about any party that supports changing the definition of marriage, supports abortion in all circumstances, wants to restrict the traditional understanding of religious freedom. Those kinds of issues cause me a great deal of uneasiness.

What about the wing of the church that says a party that supports the Ryan budget also ought to cause concern?

Jesus tells us very clearly that if we don't help the poor, we're going to go to hell. Period. There's just no doubt about it. That has to be a foundational concern of Catholics and of all Christians. But Jesus didn't say the government has to take care of them, or that we have to pay taxes to take care of them. Those are prudential judgments. Anybody who would condemn someone because of their position on taxes is making a leap that I can't make as a Catholic. ... You can't say that somebody's not Christian because they want to limit taxation. Again, I'm speaking only for myself, but I think that's a legitimate position. It may not be the

correct one, but it's certainly a legitimate Catholic position; and to say that it's somehow intrinsically evil like abortion doesn't make any sense at all.

That said, do you find the Ryan budget troubling? The Ryan budget isn't the budget I would write. I think he's trying to deal with the same issue in the government I'm dealing with here locally, which is spending more than we bring in. I admire the courage of anyone who's actually trying to solve the problems rather than paper over them. I think a vigorous debate about the issues, rather than the personalities, is the way through this problem. It's immoral for us to continue to spend money we don't have. I think that those persons who don't want to deal with the issue are, in some ways, doing wrong by putting it off for their own political protection or the protection of their party.

So what is the future of religious liberty in the US after the November 6 election? The ever-increasing role of the State presents some serious challenges to the Catholic Church that it is only now beginning to realize. The problem is that many Catholics supported the growth of the State in the name of Christian charity and the preferential option for the poor, not understanding that the modern welfare state can just as easily displace the Church's role as augment and support it. The secularist vision of the State is one that limits religion to worship among believers, with no other public or moral role in society. The secular left is trying to put the laity against the bishops, hoping that the laity will be "disobedient" of traditional Church teachings, which makes the New Evangelization, the Year of Faith, and the formation of lay Catholics even more important than before.

**LIBERTÀ RELIGIOSA E PLURALISMO CULTURALE NELL'ANALISI DELLE
CONSUETUDINI RELIGIOSE SECONDO LA PROSPETTIVA DELLA STORIA DEL
DIRITTO¹**

PROF. D. MATTEO NACCI

Pontificia Universidad Lateranense

Roma. Italia

Agradezco a la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra su invitación para participar en este encuentro de estudios tan cualificado. Agradezco especialmente la gentileza y las facilidades que me ha dado el organizador, prof. Rafael García Pérez y agradezco también a la profesora María Blanco Fernández que haya sugerido mi intervención y mi inclusión en este interesante proyecto científico.

Vorrei iniziare il mio intervento in questa Jornada de estudio ponendo una domanda un po' provocatoria ma allo stesso tempo chiarificatrice dell'impostazione metodologica che vorrei seguire: come mai uno storico del diritto si trova a parlare di temi tanto contemporanei e "post-moderni"? La risposta, ritengo, consista nell'assumere come concetto irrinunciabile che la storia del diritto, o meglio il contributo che essa fornisce, può essere potenzialmente illuminante per trovare risposte adeguate alle questioni "urgenti" dell'ordinamento giuridico odierno, come è il caso della coesistenza nella stessa società di molteplici fenomeni religiosi da tutelare giuridicamente. In modo specifico, il dato storico sul quale volgerò l'attenzione è la consuetudine, fonte giuridica ma soprattutto riflesso qualificato di un'identità culturale e religiosa. Essa, quindi, appare di particolare utilità per affrontare le nuove esigenze del pluralismo culturale nel quadro del diritto alla libertà religiosa e per questo motivo analizzerò, seppur brevemente, la consuetudine in tre grandi sistemi di diritto religioso: nel diritto canonico, musulmano ed ebraico. A mio avviso, la loro comparazione consente di affermare che il

¹ Il testo della presente conferenza, richiesto dagli Organizzatori della *Jornada de estudio* per la pubblicazione in forma digitale, volutamente è privo delle note a piè di pagina per non tradire la sua natura di 'conferenza'. Per i riferimenti bibliografici sul tema trattato si vedano le seguenti pubblicazioni: M. NACCI, *Le Consuetudini religiose: un contributo della storia del Diritto in un contesto di libertà religiosa e pluralismo culturale*, in *Apollinaris*, LXXXIII (2010), 551-570, nonché in *Revista digital Facultad de Derecho UNED*, n. III-2010, 1-21.

fenomeno della consuetudine, in materia religiosa, suggerisce di delineare il quadro giuridico del nuovo pluralismo religioso che si affaccia sui Paesi europei in una prospettiva di positiva interazione tra le varie tradizioni religiose e il bene comune di ogni singola società. Mi sento di affermare che questa prospettiva è indirettamente avvalorata dai recenti discorsi di Benedetto XVI nella sua visita in Libano, società potenzialmente pilota nella traduzione giuridica del pluralismo religioso; il Papa propone come sfida una costruttiva interculturalità che supera la piuttosto passiva multiculturalità. Proprio perché affermato in Libano, si comprende che questo programma non è appannaggio esclusivo dell'Europa ma un bene proponibile in qualsiasi contesto dove il pluralismo religioso sia significativo.

I CONCETTI GIURIDICI OGGETTO DI ANALISI: DIRITTO, LIBERTÀ RELIGIOSA, PLURALISMO CULTURALE

Dopo quanto appena detto credo sia necessario enucleare, pur in estrema sintesi, alcuni aspetti inerenti ciascuno dei termini che intendiamo porre in relazione con l'esperienza della consuetudine religiosa: il concetto di diritto, di libertà religiosa e di pluralismo culturale. Rispetto al concetto di diritto, da storico del diritto non posso non richiamare la sua necessaria distinzione dalla legge. Basti ricordare, senza entrare nei dettagli, che è stata la Rivoluzione francese a "consegnarci" l'erroneo dogma secondo il quale l'unica forma giuridica che esprime il diritto è la legge, il comando giuridico rappresentativo della volontà generale che deve essere obbedito non in quanto giusto ma in quanto espressione del potere politico. Si passa, dunque, a livello socio-antropologico dal razionalismo medievale al volontarismo moderno; dalla centralità della *communitas* medievale alla mitizzazione dell'individuo e del dato giuridico positivo. Come non ricordare, nell'esperienza giuridica medievale – prima ancora abbiamo, nel V secolo, Sant'Agostino d'Ippona – Alberto Magno, Ugo di San Vittore e San Tommaso d'Aquino con la celeberrima definizione di legge intesa come «*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*» (*Summa Theologiae, Ia IIae, q. 90, art. 4*) nella quale emerge tutta l'importanza della comunità e dell'apparato sociale complessivamente inteso. Michel de Montaigne, invece, come ultima tappa del "processo di individualizzazione" iniziato con l'umanesimo giuridico – Andrea Alciato – e proseguito con il giusnaturalismo espresso da John Locke (*I trattati sul governo dello Stato, 1690*) –, arriverà ad affermare che la legge deve essere obbedita non perché giusta ma perché proveniente dal legislatore, «le

fondement mystique» della stessa (*Essais*, Paris 1836, livre III, chap. XIII). Tornando al nostro tema specifico, la consuetudine è uno dei molti fenomeni giuridici che credo dimostri bene la differenza tra il senso di giustizia e la semplice costruzione di comandi giuridici astratti entro i quali far rientrare i fenomeni della vita degni di tutela. È chiaro allora che solo intendendo il diritto come aspirazione alla giustizia, può essere utile l'illuminazione storica che proviene dalla consuetudine di natura religiosa.

Circa il concetto di libertà religiosa, il nodo problematico viene rappresentato dal diverso modo di configurare giuridicamente il limite che, nei confronti di essa, rappresenta l'ordine pubblico, specialmente nell'orizzonte condiviso di laicità dello Stato. Due sono le modalità che si pongono come alternative per configurare tale limite giuridico: la prima, restrittiva o minimalista, si traduce nell'assicurare soprattutto l'estromissione del fenomeno religioso dalla vita pubblica, prospettando l'intervento giuridico in termini di mera tolleranza. Viceversa, la consuetudine permette di ravvisare nelle tradizioni religiose un elemento di importante coesione umana, capace di fortificare i valori dell'ordine pubblico comune, promuovendo, quindi, una modalità di intervento dell'ordinamento giuridico in grado di 'sommare', anziché di solo arginare, il contributo del fenomeno religioso nella vita sociale.

Anche il concetto di pluralismo, quale dato riferibile all'arrivo di più culture in società abituate al monolitismo culturale, è suscettibile di approcci diversi ma, sul punto che a me interessa nell'ambito di questa Jornada de estudio, è possibile individuare tre orientamenti. La *prevaricazione culturale*, concetto con il quale si esprime l'indebito predominio di una cultura sulle altre e rispetto al quale molte ragioni antropologiche possono addursi sui limiti di questo orientamento: la più chiara è che tra tutti i fenomeni umani quello religioso è il meno adatto per essere affrontato giuridicamente in termini di prevaricazione culturale, in quanto radicato nelle più intime convinzioni personali e collettive. In secondo luogo, *l'interculturalità*, intesa come la creazione di rapporti orizzontali tra le diverse culture sulla base del presupposto consistente nell'accettazione del valore 'relativo' della propria cultura su una questione pratica o su di un tema specifico. Infine, il concetto di *dialogo interculturale*, con il quale si evidenzia non solo il fondamentale ed ineliminabile rispetto per le culture diverse dalla propria, ma anche la volontà e la capacità di accoglierne i contenuti. Quest'ultimo orientamento, a determinate condizioni, è quello più sollecitato dall'esperienza consuetudinaria in materia religiosa.

II. BREVI CENNI SULLA CONSUETUDINE NEL DIRITTO CANONICO, MUSULMANO ED EBRAICO

All'interno dell'ordinamento giuridico canonico la *consuetudo* è sempre stata un'importante fonte del diritto con una forza incisiva in modo inversamente proporzionale alla legislazione ecclesiastica positiva. La *Societas Christi*, dall'Editto di Costantino e Licinio del 313 d. C, ha potuto sviluppare un vero e proprio ordinamento giuridico dove la consuetudine, come espressione del *sensus fidelium*, costituì sin dall'inizio un collante imprescindibile fra la *communitas* ed il *legislator*. Con il Concilio di Trento e, in generale, nel periodo storico della Riforma Cattolica, la Chiesa – sentendosi attaccata sia sul piano teologico che giuridico dalle teorie dei *doctores protestantium* – rafforzò la sua struttura gerarchica, risentendone il ruolo della *communitas*. Questa ebbe, da allora, seppure da un punto di vista strettamente formale, un minore spazio di produzione giuridica attraverso la consuetudine; la ragione di ciò va riposta nella preoccupazione principale del momento, cioè arginare qualsiasi fenomeno con potenzialità disgregante rafforzando l'obiettivo di conservare l'unità della Chiesa attraverso il ministero, quasi esclusivo, della gerarchia. Il clima controriformistico, con le sue inevitabili conseguenze, fu 'tradotto' – rispetto alla dottrina canonistica della consuetudine – da Francisco Suárez che afferma categoricamente che la sola causa determinante il passaggio di una consuetudine dal piano non giuridico a quello giuridico è il *consensus legislatoris*. Rimane comunque essenziale, seppur nel piano non giuridico, la forza della consuetudine quale veicolo di espressione del *sensus fidelium*. La teoria di Suárez, accettata dalla dottrina successiva, fu trasferita quasi integralmente nel can. 25 del *Codex* del 1917 dove si stabiliva che «*consuetudo in Ecclesia vim legis a consensu competentis Superioris ecclesiastici unice obtinet*». Lo scenario non cambia con la seconda codificazione del diritto canonico latino, pur in un rinnovato clima di partecipazione dei *christifideles* nell'esercizio dei *tria munera Christi* a seguito del Concilio Ecumenico Vaticano II. Il Codice vigente, anche se fa espressamente riferimento all'elemento del cosiddetto *animus communitatis* all'interno della formulazione dei canoni sulla consuetudine, sul piano giuridico formale continua a far dipendere la sua forza dall'approvazione del legislatore (can. 23). In termini simili bisogna esprimersi rispetto alle norme sulla consuetudine nel *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* del 1990 (can. 1507). Anche se lo strumento tradizionale, formalizzato nella consuetudine, può dirsi alquanto ridotto nella vigente codificazione canonica latina ed orientale, il valore di cui la consuetudine è stata portatrice non può invece essere misconosciuto. Tale valore è il *sensus fidelium* di cui sono riflesso alcuni istituti peculiari dell'ordinamento

giuridico canonico, come il Sinodo diocesano, il Consiglio pastorale, e ancor più chiaramente le varie modalità di formazione dei diritti particolari (i regolamenti creati dai movimenti, le costituzioni degli Istituti di vita consacrata, gli statuti delle associazioni). Non vi è dubbio che su questi e su altri istituti analoghi sia necessaria una maggiore creatività, affinché il *sensus fidelium* si esprima con maggiore efficacia di quella che consente un'applicazione ridotta e inadeguata dei medesimi istituti.

Per ciò che concerne, invece, la fonte consuetudinaria nel diritto musulmano (*'urf* che più correttamente si traduce con il termine 'usanza'), anche se nella prassi è denominata fonte, essa non rientra nei fondamenti del diritto musulmano: non è, quindi, una fonte costitutiva – Corano, *Sunna* del Profeta, consenso dei giuristi, ragionamento per analogia –, bensì una fonte spontanea. Una teoria completa ed omogenea sull'usanza si deve ai giuristi musulmani classici che la considerano una fonte del diritto utilizzabile solo se la fattispecie concreta non trova regolamentazione nel Corano e nella *Sunna* e purché contribuisca al bene della collettività e risolva eventuali disagi esistenti. Nonostante ciò, essa è applicata in diverse aree giuridiche come, ad esempio, nel campo delle obbligazioni: si tratta della cosiddetta obbligazione astratta (*dayn mutlaq*), la cui caratteristica precipua consiste nel riconoscimento di un debito, indipendentemente dal tipo di rapporto che ne da origine, allo scopo di garantire al creditore, in ogni caso, una qualche controprestazione senza che sia determinante il tipo di obbligazione posta in essere.

Riferirsi alla consuetudine nel diritto ebraico (*minhag*), obbliga ad avvertire che in questo, come in quello musulmano, la vita religiosa del singolo non è distinta da quella non religiosa. La base del sistema è l'insieme di regole legali religiose (*halakah*) sulle quali ogni ebreo è chiamato a commisurare permanentemente la propria vita. Tale legame strutturale tra le regole legali religiose e il singolo credente, determina una peculiare compenetrazione fra la sfera religiosa e quella giuridico-legale. Dal punto di vista costitutivo, la consuetudine nel diritto ebraico svolge una triplice funzione, determinativa, integrativa e modificativa della legge esistente. La forza creatrice della consuetudine, in ogni caso, non è una pura speculazione dottrinale ma trova riscontro in molte materie del diritto civile, alcune delle quali hanno la consuetudine come loro fonte legale. Tali materie, potendo in questa sede solo accennarle, sono il recupero crediti e i rapporti finanziari fra coniugi, le obbligazioni contrattuali e il diritto tributario, il diritto del lavoro ed in particolar modo il settore relativo al trattamento di fine rapporto.

III. "LIBERTÀ RELIGIOSA" E "PLURALISMO CULTURALE" A PARTIRE DALLA COMPARAZIONE DEI DIRITTI RELIGIOSI

I famosissimi comparatisti Zweigert e Kötz nell'opera *Einführung in die Rechtsvergleichung* dividono gli ordinamenti giuridici in sei grandi sistemi ed uno di essi è il 'sistema dei diritto religiosi'. Senza mettere in discussione l'enorme impulso che l'opera ha dato agli studi comparatistici, in essa non si ritrovano tracce di uno studio del sistema dei diritti religiosi. Fortunatamente quest'ultimo sistema ha interessato da decenni molti studiosi ed oggi è possibile parlare di una scienza giuridica che studia i diritti religiosi con metodo comparatistico. Ed infatti, come afferma Silvio Ferrari, «conoscere le regole a cui si ispirano i comportamenti dei fedeli delle diverse religioni ha oggi un'importanza che supera i confini dell'interesse scientifico e tocca questioni legate alla coesione sociale e alla *governance* delle diversità» (*Introduzione al diritto comparato delle religioni*, Bologna 2008). Ritengo, infatti, che comprendere una tradizione religiosa in profondità esiga confrontare i suoi valori portanti con quelli ravvisabili in altre tradizioni. Il diritto comparato delle religioni – inteso come scienza giuridica che studia, comparandolo, il diritto prodotto dalle comunità religiose – costituisce, allora, la 'cartina di tornasole' di un modo corretto di impostare la convivenza con una pluralità di diritti religiosi, dimostrandosi utile per formare il nuovo terreno sul quale far fiorire un sistema di rapporti altrettanto nuovo tra religione, politica e diritto. Prescindendo, poiché il tempo è sempre 'tiranno', dalla valutazione dei singoli elementi di comparazione fra il sistema canonico, ebraico e musulmano, è possibile affermare che la comparazione della consuetudine nelle tre grandi tradizioni religiose prese in esame offre tre rilevanti risultati: 1) il ruolo positivo del fattore religioso come coagulante di una comunità che si identifica radicalmente in un sistema di valori; 2) l'incidenza pressoché analoga, di tale identità religiosa, in alcuni rapporti giuridici intersoggettivi; 3) l'importanza, infine, di dare spazio giuridico adeguato alle tradizioni come fattore di coesione interno che avvicina il diritto positivo alla società. Certamente, in un contesto di sempre più accentuata coesistenza di molteplici tradizioni religiose, gli elementi positivi inerenti il fenomeno religioso appena riferiti possono non risultare ancora sufficienti per illuminare gli orientamenti legislativi in materia di libertà religiosa. Tali elementi, poiché devono essere confrontati con il bisogno di assicurare la loro armonia con l'ordine pubblico, sembrano suggerire solo politiche di tolleranza e coesistenza di ciascuna identità religiosa, trasformando la cautela in mera limitazione. In realtà, il fenomeno consuetudinario non rivela solo l'osservanza di

tradizione, ma anche e soprattutto la capacità di produrla dal basso, con forza normativa, come risposta alle necessità derivanti dai rapporti intersoggettivi religiosamente motivati. In tal senso, nell'affrontare giuridicamente i nuovi rapporti che caratterizzano l'era della globalizzazione nella quale viviamo, le tradizioni religiose possono risultare fattore motivante insostituibile nell'assicurare un'identità civica multipla (cfr. L. GEROSA, *L'identità laica dei cittadini europei: inconciliabile con il monismo islamico? Implicazioni giuridico-istituzionali del dialogo interreligioso*, 2009), dove il pluralismo culturale e religioso riesca a dispiegarsi nella sua forma più nobile, cioè come dialogo interculturale, evitando ogni forma di isolamento con gli annessi pericoli che ciò comporterebbe per la società. A questo programma fa da supporto, dal punto di vista strettamente giuridico, il diritto comparato che si aggiunge, come un 'meccanismo' oggi del tutto indispensabile, all'altrettanto indispensabile sguardo retrospettivo delle esperienze giuridiche tanto caro a noi storici. È proprio questo il progetto che s'intende coltivare nell'*Institutum Utrisque Iuris* della Pontificia Università Lateranense sui temi di maggior urgenza dal punto di vista etico e di evangelizzazione: tutela della vita, famiglia, minori, amministrazione di giustizia, diritti umani, giustizia sociale, diritto dell'economia. Dal punto di vista etico, invece, il supporto del programma delineato risiede nella prospettiva che esprime il concetto di dialogo interculturale, il quale implica necessariamente di assicurare la presenza efficace delle varie culture religiose nella sfera pubblica e di evitare ogni uguaglianza neutralizzante valorizzando la ricchezza delle differenze caratterizzanti ciascuna tradizione. La stima delle differenze non deve costituire ostacolo per il reciproco riconoscimento di principi fondamentali comuni, che oggi sono facilmente rapportabili ai diritti umani. Allo stesso tempo, poiché la religione è radicata nella libertà del singolo, l'interazione tra più culture religiose permetterà ad ogni persona di rendere più autentica la propria opzione di senso sulla vita, facilitando nuove vie di condivisione che potranno caratterizzare forme di solidarietà più efficaci e congeniali alle esigenze delle nuove società multiculturali.

CUESTIONES ACTUALES EN TORNO A LA RELACIÓN LABORAL DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN

PROF. INMACULADA BAVIERA

Universidad de Navarra

Pamplona. España.

I. INTRODUCCIÓN

En esta intervención se pretende desarrollar brevemente la jurisprudencia más relevante del Tribunal Supremo, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el año 2012, con respecto a la relación laboral de los profesores de religión en centros de enseñanza públicos. Para ello, la materia se divide en tres apartados: el requisito de la idoneidad del profesor, las cuestiones retributivas por reconocimiento de trienios y, por último, la jurisprudencia relativa a la inexistencia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo por adaptación de jornada y horario a las necesidades de cada curso escolar. Sin embargo, previamente al desarrollo de cada uno de estos apartados, es preciso exponer los rasgos generales de esta particular relación laboral.

II. EL MARCO JURÍDICO DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN

La regulación de la relación laboral de los profesores de religión en centros públicos, prevista en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, se desarrolla en el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio. Pese a que no está configurada como una relación laboral de carácter especial a efectos del artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, ha sido calificado por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo como "objetivamente especial", dadas las peculiaridades que concurren en esta relación de servicios (SSTS de 7 de mayo de 2004, 6 de junio de 2005 y 9 de febrero de 2011).

El punto de partida del régimen laboral vigente es el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 3 de enero de 1979, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede. Por tanto, el régimen peculiar de este colectivo ha sido establecido en un tratado internacional, incorporado al ordenamiento interno con fuerza de ley (arts. 94

CE, 1.5 CC)². Especialmente, se hará referencia a dos aspectos del Acuerdo de 1979. Por un lado, el requisito de la idoneidad del artículo III, que dispuso que la enseñanza de la religión católica sería impartida por las personas que fueran designadas por la autoridad académica entre las que fueran propuestas por el Ordinario Diocesano. Por otro lado, la cuestión retributiva del artículo VII, que estableció que la situación económica de este personal docente no funcionario se concertaría entre la Administración Central y la Conferencia Episcopal Española.

Con respecto a la idoneidad, el mandato constitucional establecido en el artículo 27.3 («los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones») ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en su Disposición Adicional tercera, apartado 2 (desarrollado en el Real Decreto 696/2007) que establece que si bien los profesores de religión deberán cumplir con los requisitos de titulación establecidos, y que lo harán en régimen de contratación laboral cuando no pertenezcan al personal funcionario, «la propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas y se renovará automáticamente cada año». Esta exigencia de la idoneidad eclesiástica para los profesores de religión en los centros de enseñanza pública, siempre que ello sea respetuoso con los derechos fundamentales del trabajador, es conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 38/2007, de 15 de febrero).

La cuestión retributiva aparece asimismo reflejada en la Disposición Adicional tercera, apartado 2, que señala que «estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos». Sin embargo, la compleja evolución normativa explica la gran conflictividad en torno a este punto. En el año 1993 el Gobierno español y la Conferencia Episcopal Española suscribieron el primer Convenio sobre el Régimen Económico de este personal docente no funcionario, que reflejaba el compromiso de alcanzar la equiparación económica con los profesores interinos en un período de cinco ejercicios presupuestarios³. Con todo, el hecho de que la retribución de este personal fuera con cargo a subvenciones percibidas anualmente por la Conferencia Episcopal Española (sistema vigente desde 1982) generaba cierta indeterminación en torno a la naturaleza laboral de la relación de los docentes de

² En el año 1992 se establecieron una serie de Acuerdos de Cooperación con otras confesiones, pero en esta exposición nos centraremos en el estudio de los profesores de religión católica.

³ Publicado por medio de la Orden de 9 de septiembre de 1993.

religión, con la consiguiente conflictividad en los tribunales. Por ello, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 1999 determinó la naturaleza laboral de dicha relación, de duración determinada por cada curso escolar. El Estado y la Conferencia Episcopal Española suscribieron un nuevo convenio en 1999⁴ que puso fin a la retribución con cargo a subvenciones y determinó que cada Administración asumiera la condición de empleador, con la obligación de dar de alta a los profesores de religión en el Régimen General de la Seguridad Social⁵.

III. EL REQUISITO DE LA IDONEIDAD: EL CASO FERNÁNDEZ MARTÍNEZ CONTRA ESPAÑA

El artículo 3 del Real Decreto 696/2007 señala como uno de los requisitos para impartir las enseñanzas de religión «haber sido propuestos por la Autoridad de la Confesión religiosa para impartir dicha enseñanza y haber obtenido la declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confesión religiosa objeto de la materia educativa, todo ello con carácter previo a su contratación por la Administración competente». De este modo, se da en esta relación un indudable fondo canónico, que es la eficacia civil del mandato del Obispo, conocido como "propuesta del Ordinario", que es el presupuesto del contrato laboral con la Administración⁶. Esto es, junto a los grados académicos requeridos los profesores necesitan la Declaración Eclesiástica de Idoneidad, conforme a lo previsto en el canon 804.2: «Cuide el Ordinario del lugar de que los profesores que se destinan a la enseñanza de la religión en las escuelas, incluso en las no católicas, destaquen por su recta doctrina, por el testimonio de su vida cristiana y por su aptitud pedagógica».

En este contexto debe analizarse la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de mayo de 2012 (caso Fernández Martínez contra España). En este caso no había sido renovada la propuesta del demandante como profesor de religión, debido a la publicidad en la prensa de su condición de sacerdote casado y miembro activo del «Movimiento pro celibato opcional», habiendo hecho declaraciones a favor

⁴ Publicado mediante Orden de 9 de abril de 1999.

⁵ Actualmente se configura como una relación laboral de carácter indefinido (art. 4 RD 696/2007). Sobre los problemas derivados de esta situación y del requisito de idoneidad, establecido con carácter anual, véase CARDENAL CARRO, M., *El contrato de trabajo de los profesores de religión*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 244-248.

⁶ OTADUY, J., "Relación laboral y dependencia canónica de los profesores de religión", *Aranzadi Social*, núm. 14, 2000, pp. 36-38; "Relación jurídica de los profesores de religión en España. La dimensión canónica", *Ius Canonicum*, XLVI, núm. 92, 2006, pp. 464-466.

de una iglesia democrática y no teocrática, y mostrando su desacuerdo con la posición de la Iglesia relativa al aborto, el divorcio, la sexualidad o el control de la natalidad. Puesto que el demandante estaba obligado a impartir sus clases sin arriesgarse a ser motivo de escándalo, pues un incumplimiento de este deber impedía a las autoridades eclesiásticas proteger la sensibilidad de los padres de los niños que acudían al centro escolar, el Obispado no aprobó la renovación del contrato del demandante para el curso 1997-1998.

El demandante obtuvo la declaración de nulidad de su despido en el juzgado de lo social de Murcia, por discriminación, al estar afiliado a una determinada asociación, comparable a la actividad sindical, además de que la condición de sacerdote casado era conocida en el centro escolar. Frente a esta sentencia el Departamento de Educación de la Región de Murcia y el Obispado de Cartagena interpusieron recurso, admitido por el Tribunal Superior de Justicia, que dictaminó que la si la enseñanza de la religión y moral católicas se basaban en la confianza, por el hecho de haber dado publicidad a los hechos en un periódico regional, el Obispo no estaba obligado a proponer más a esta persona para el puesto de profesor de religión católica, conforme a la normativa canónica (máxime cuando en ese momento el demandante no había obtenido la dispensa de celibato). El Tribunal señaló que no se trataba de un despido sino de la conclusión de un contrato temporal.

El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que se resolvió por sentencia dictada el 4 de junio de 2007, que rechazó el recurso. El Tribunal señaló que sería contrario al deber de neutralidad del Estado (art. 16.3 CE) pronunciarse sobre la noción de "escándalo" alegada por el Obispado (FJ 9). La decisión de aquél no escapaba del control de los tribunales, en cuanto que las injerencias en los derechos del demandante no habían sido desproporcionadas ni inconstitucionales. Más bien se justificaban por el respeto del ejercicio lícito del derecho fundamental de la Iglesia Católica a la libertad religiosa en su dimensión colectiva o comunitaria (art. 16.1 CE) en relación con el derecho que asiste a los padres, conforme al artículo 27.3 de la CE, de que sus hijos reciban la formación religiosa. Por tanto, las razones de la no renovación eran de naturaleza exclusivamente religiosa. En este sentido, el tribunal trajo a colación la STC 38/2007, de 15 de febrero, en cuanto que: «resultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente

deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente, en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva».

Finalmente, con respecto a esta discusión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que las jurisdicciones competentes habían demostrado suficientemente que la obligación de lealtad del profesor era aceptable, ya que tenía como finalidad preservar la sensibilidad del público, así como de los padres y alumnos del instituto. Tampoco hubo violación del artículo 8 del Convenio sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

IV. CUESTIONES RETRIBUTIVAS: EL RECONOCIMIENTO DE TRIENIOS

La STS de 7 de junio de 2012, de Sala General (recurso de casación 138/2011) resolvió la cuestión relativa a determinar si los profesores de religión en centros públicos de la Comunidad de Madrid tenían derecho al reconocimiento de la "antigüedad a efectos de trienios". En principio, por su condición de personal laboral deberían percibir los salarios previstos por la normativa laboral que les fuera aplicable, es decir, no les podía ser de aplicación directa el art. 25.2 EBEP que reconocía a los funcionarios interinos el devengo de trienios. Sin embargo, en esta ocasión el recurrente no se apoyó en la aplicación del mencionado precepto, sino en el principio de igualdad. El alto Tribunal señaló que en el supuesto de la Comunidad de Madrid, los profesores de religión y moral católica no están integrados en el Convenio del personal laboral de dicha Comunidad Autónoma, del que se hallan expresamente excluidos (STS de 28 de octubre de 2003). De este modo, debido a las exigencias de trato igual derivadas del artículo 14 CE, la asimilación legislativa que efectúa la LOE a los profesores interinos debe interpretarse como una norma residual o subsidiaria, aplicable sólo a aquellas situaciones en las que la relación se rige todavía por normas administrativas conforme al sistema anterior a la LOE. Por todo ello, los profesores de religión en centros públicos de enseñanza de la Comunidad de Madrid tienen derecho, sin que esta decisión sea extensiva a otros territorios, al reconocimiento de su antigüedad a efectos de trienios, de conformidad con lo percibido por los funcionarios interinos docentes de su nivel educativo.

V. LA INEXISTENCIA DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO POR ADAPTACIÓN DE JORNADA Y HORARIO A LAS NECESIDADES DE CADA CURSO ESCOLAR

A lo largo del año 2012 se sustanciaron diversos recursos de casación ante el Tribunal Supremo relativos al incumplimiento del artículo 41 del ET, sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por reducción de jornada al inicio del curso escolar para su adecuación a las necesidades del centro (SSTS de 18 de abril, 9 de marzo y 7 de marzo de 2012). Todos estos fallos fueron resueltos con apoyo en la STS de 19 de julio de 2011 (recurso de casación 135/2010) cuyo razonamiento jurídico es, en síntesis, el siguiente: 1) si bien la relación laboral de los profesores de religión católica no constituye una relación especial a los efectos del artículo 2 del ET, se configura como "objetivamente especial"; 2) a este colectivo les resulta de aplicación la regulación del Estatuto de los Trabajadores, pero también otras normas que poseen un contenido diferente; 3) conforme a la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, la duración de la jornada de los profesores de religión se determina por las Administraciones competentes a la vista de las necesidades de cada centro al inicio del curso escolar; 4) por tanto, la fijación de la jornada se puede efectuar sin acudir a las normas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET), pues no se trata propiamente de una modificación sustancial sino del cumplimiento de una característica de estos contratos, que es la variabilidad de la jornada según las necesidades de los centros, así como la especificidad de esta disciplina, que es de oferta obligatoria para los centros escolares pero voluntaria para los alumnos (Disposición Adicional de la Ley Orgánica 2/2006, art. 4.2 RD 696/2007); 5) La reducción de jornada, con la proporcional reducción del salario, de un contrato a tiempo completo no comporta necesariamente su transformación en un contrato a tiempo parcial; 6) En definitiva, la adecuación anual a los condicionantes mencionados, salvo concurrencia de abuso de derecho o vulneración de derechos fundamentales – que no es el caso–, no entraña modificación sustancial de condiciones, ya que éstas, variables como siempre, no han cambiado, por lo que no puede darse incumplimiento de los requisitos (como el período de consultas) previstos en el ET para tales supuestos.

LA LIBERTAD RELIGIOSA EN MEXICO. 20 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

PROF. GRACIELA SANDOVAL

Universidad Anáhuac. México Sur

México

Como es de sobra conocido, México fue en su momento una colonia española. La conquista de éste país se dio en gran parte a través de la evangelización, lo que trajo como consecuencia que se adoptara la religión católica como religión del Estado. Después de aproximadamente 300 años de ser colonia de España, en 1810 inició un movimiento de independencia que se consumó en 1821. En las Constituciones vigentes de la época, la Constitución de Cádiz, el Decreto Constitucional para la América Mexicana de 1814 y la Constitución de 1824 se adoptó la religión católica como religión de Estado, de manera que nos encontramos en un Estado confesional en el que la única religión que se admitía era la católica.

Durante todos estos años existió una vinculación íntima entre el Estado y la Iglesia, misma que se reflejó en la participación de ésta en los asuntos de gobierno del país. Con el desarrollo de las ideas liberales de la época se intentó garantizar la libertad del individuo, incluso frente a la Iglesia misma. La Iglesia luchó por mantener el régimen económico del que gozaba, sus facultades y capacidades para influir en el gobierno y en la vida del hombre y por supuesto se negó a permitir la existencia de otra religión en el país. Todo ello provocó una serie de enfrentamientos entre el Estado y la Iglesia que culminaron con la transformación del Estado de Derecho, lo que dio lugar a una nueva normativa sobre las libertades del individuo, misma que se plasmó en la Constitución de 1857.

En este nuevo texto constitucional no se hablaba propiamente de libertad religiosa o de creencias. Lo que se reguló, en el artículo 6, fue la libre manifestación de las ideas, en donde podían incluirse las religiosas, ya no había una religión de Estado. Esta libertad se limitaba al respeto a la moral, los derechos de terceros, el orden público y la no provocación de algún crimen o delito.

En 1860 siendo presidente interino Benito Juárez, se expidió una "Ley sobre libertad de cultos" con la que se protegió el ejercicio del culto católico y de los demás

que se establecieran en el país como expresión y efecto de la libertad religiosa. Se reconoció esta libertad como derecho natural del hombre y se establecieron como límites los derechos de terceros y las exigencias del orden público.

Pasados los años nos encontramos ante un movimiento revolucionario en el que eran palpables las actuaciones de diversos grupos con manifestaciones de anticlericalismo, estos grupos intentaron reducir el ámbito de participación que la Iglesia había logrado en la sociedad, no obstante las limitaciones impuestas por las leyes de reforma.⁷

En ese contexto revolucionario en el que la Iglesia continuó con una gran injerencia en los asuntos del Estado, surgió la Constitución de 1917, vigente hasta nuestros días⁸, que se caracterizó por contener una serie de medidas anticlericales en diversos artículos. En este espacio haremos referencia únicamente al artículo 24 constitucional, en el que se regula la libertad de creencias.

El texto original establecía: "Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, en los templos o en su domicilio particular, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

Todo acto religioso de culto público, deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, los cuales estarán siempre bajo la vigilancia de la autoridad."

Como puede observarse se hacía referencia al derecho a profesar alguna creencia religiosa y a la libertad de culto como una de las formas de manifestar este derecho. Sin embargo la libertad de culto se encontraba limitada no sólo al hecho de que el acto que se realizaba no constituyera un delito o falta sancionados en la ley, sino a que el acto se realizara en el domicilio particular o en los templos destinados a ello.

Tratándose de actos de culto públicos se limitaba a que se realizaran en los templos y bajo vigilancia de la autoridad.

No obstante esta disposición, durante el largo periodo de su vigencia (1917 a 1992) se llevaron a cabo en el país una serie de actos de culto público fuera de los templos, entre ellos podemos mencionar como muy significativos las visitas del Papa

⁷ Nacionalización de bienes eclesiásticos, matrimonio civil, registro civil, secularización de hospitales y establecimientos de beneficencia, extinción de comunidades religiosas, libertad de cultos.

⁸ Esta constitución esta formada por 136 artículos y ha sido reformada en innumerables ocasiones, desde su promulgación hasta octubre de 2011 se habían llevado a cabo 517 reformas.

en 1979 y 1990; actos permitidos por la autoridad no obstante la prohibición establecida en el texto constitucional.

En 1992, se intentó adecuar el texto constitucional a la realidad que se vivía en el país y después del análisis, en el Congreso de la Unión, de tres importantes iniciativas presentadas por los principales partidos políticos del país (Partido Revolucionario Institucional, Partido de la Revolución Democrática y Partido Acción Nacional) se reformaron una serie de artículos de la Constitución que regulan las relaciones Iglesia Estado, entre ellos, el artículo 24.

Con la reforma el texto, vigente hasta nuestros días, quedó redactado de la siguiente manera:

“Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria”

Como vemos sólo se eliminó la limitación para que los actos de culto se realizaran en el domicilio particular o en los templos y se estableció la posibilidad de realizar los actos de culto público, de manera extraordinaria, fuera de éstos.

Se incluyó en este texto la prohibición del Congreso para establecer o prohibir religión alguna, disposición que se encontraba en el artículo 130 de la Constitución. El objeto de este cambio, según se lee en el dictamen correspondiente de la Cámara de Diputados, fue dejar claro que el carácter laico del Estado es incompatible con la preferencia por una Iglesia o con algún tipo de creencia, pero también con respecto a tener o no confesión o creencia alguna, esto es una decisión libre del individuo.

¿Qué pasa con otros contenidos del derecho de libertad religiosa, reconocidos en textos internacionales? Haré referencia como ejemplo a dos instrumentos internacionales. Por un lado, la Declaración Americana de Derechos Humanos. Este instrumento, en el artículo 12, establece el derecho de toda persona a la libertad de conciencia y de religión. En él se especifica que este derecho implica la libertad de conservar la religión o las creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como

la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

Asimismo se indica que nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias y, se establecen como límites a esta libertad aquellos que se establezcan en ley y que sean necesarios para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

Además, se precisa que los padres, y en su caso los tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que este de acuerdo con sus propias convicciones

Este contenido de la Declaración se incluye en el artículo 2 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público de México.⁹ Lo que queda fuera del texto constitucional y de la ley es lo referente a la libertad de conciencia y al derecho que tienen los padres o tutores a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que este de acuerdo con sus propias convicciones.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también aprobado por México, en cuyo artículo 18, además de proteger ese derecho a la libertad de conciencia y de religión e incluir la libertad de pensamiento, expresa que los Estados se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Aun cuando ni en el texto constitucional ni en la ley se hace alusión a los dos puntos anteriores, cabe destacar que el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los tratados internacionales ratificados por México son Ley Suprema en toda la Unión. Aunado a ello, en una reciente reforma constitucional al artículo 1, realizada en 2011, se dice que todos los individuos gozarán

⁹ Artículo 2. El Estado mexicano garantiza a favor del individuo, los siguientes derechos y libertades en materia religiosa: a) Tener o adoptar la creencia religiosa que más le agrade y practicar, en forma individual o colectiva, los actos de culto o ritos de su preferencia, b) No profesar creencias religiosas, abstenerse de practicar actos y ritos religiosos y no pertenecer a una asociación religiosa, c) No ser objeto de discriminación, coacción u hostilidad por causa de sus creencias religiosas, ni ser obligado a declarar sobre las mismas. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad, salvo en los casos previstos en éste y los demás ordenamientos aplicables, d) No ser obligado a prestar servicios personales ni a contribuir con dinero o en especie al sostenimiento de una asociación, iglesia o cualquier otra agrupación religiosa, ni a participar o contribuir de la misma manera en ritos, ceremonias, festividades, servicios o actos de culto religioso, e) no ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa por la manifestación de las ideas religiosas; y, f) asociarse o reunirse pacíficamente con fines religiosos.

de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en que México sea parte y que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con la constitución y los tratados internacionales, favoreciendo a las personas la protección más amplia.

Sin embargo, y aunque con estas disposiciones en relación con los tratados internacionales, queda más ampliamente protegido el contenido de la libertad religiosa, en aras de adecuar el texto constitucional al contenido de los tratados internacionales y los compromisos adquiridos al ser parte de ellos, en 2010 el Partido Revolucionario Institucional presentó al Congreso de la Unión un proyecto de reforma al artículo 24 en los siguientes términos:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar, o no tener ni adoptar, la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas la difusión y la enseñanza; siempre que no constituyan un delito o falta sancionado por la ley.

Sin contravenir lo prescrito en el artículo 3º de esta constitución, el Estado respetará la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

De este proyecto destacaré dos cuestiones. Primero la que se refiere a la libertad de conciencia, que nos lleva al reconocimiento de la objeción de conciencia. Actualmente la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público de México indica, en el artículo 1, que las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país y que nadie puede alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes.

De manera que de aprobarse la reforma se daría pauta para el reconocimiento de la figura jurídica de objeción de conciencia y no sólo por motivos religiosos, consecuentemente habría que reformar la ley de asociaciones.

La otra cuestión es la educación religiosa, considerada en el texto de la reforma. Cabe indicar que en la exposición de motivos se deja claro que lo que se pretende es que la educación religiosa se imparta en espacios que los propios padres habiliten con sus medios o con la ayuda de organizaciones religiosas, pero fuera de los

programas académicos oficiales. Hay que destacar que actualmente en los colegios privados existe la posibilidad de que se imparta educación religiosa al margen de los programas educativos oficiales, lo que no puede hacerse en los colegios públicos.

Después de una serie de discusiones en la Cámara de diputados y en la de senadores, en el texto definitivo propuesto para la reforma la parte relativa a la educación religiosa se dejó fuera.

El texto que actualmente se encuentra en análisis en los Congresos de los Estados¹⁰ quedó redactado en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.”

Han sido varios los debates y discusiones al respecto, algunos grupos se han manifestado en contra argumentando que sólo se beneficiaría a la Iglesia Católica, otros estiman que no representa ningún avance y si un retroceso al quedar más limitada la libertad de pensamiento y expresión de las ideas, que además ya se encuentra regulada en el artículo 6 de la Constitución; hay quienes consideran que al fin se reconoce el derecho de agnósticos y de ateos. Me parece que aún cuando atendiendo a las disposiciones de la Constitución en materia de tratados internacionales, el derecho de libertad religiosa se encuentra protegido en los aspectos no considerados en el texto del artículo 24 constitucional, es conveniente incluir en éste dichos contenidos con el fin de facilitar su reconocimiento, pues habría que ver cómo se interpretan dichas disposiciones, si como contenidos que pasan a formar parte

¹⁰ A la fecha, 4 de octubre de 2012, 8 Estados han aprobado el proyecto. Para que la reforma sea parte de la constitución, se requiere que sea aprobada por la mayoría de las legislaturas de los Estados (artículo 135 Constitucional) De conformidad con el artículo **43 de la constitución** las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, **Coahuila de Zaragoza**, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y el Distrito Federal.

de la propia constitución o sólo como contenidos que hay que tomar en cuenta para la interpretación del derecho.

¿QUÉ PUEDEN APORTAR LAS RELIGIONES EN EL DEBATE BIOÉTICO ACTUAL?¹¹

PROF. MARICRUZ DÍAZ DE TERÁN

Universidad de Navarra

Pamplona. España

En el contexto del debate plural contemporáneo es común el empleo del adjetivo *laico* como única manera de actuar en la discusión pública de temas bioéticos. Esto conduce a plantarse una pregunta, ¿es ilegítima la contribución de las religiones a la reflexión bioética actual? Dos son las respuestas posibles. Una primera afirmativa, sustentada en la idea de que la sociedad contemporánea se caracteriza por ser laica y pluralista y los valores en los que se basa y las obligaciones de sus miembros se definen de manera consensuada a través de los procedimientos democráticos. En este contexto, las aportaciones religiosas, en cuanto integrantes de la faceta privada de los individuos, quedarían excluidas. O bien puede darse una respuesta negativa, que se basaría en la afirmación de que los seres humanos se identifican como integrantes de distintos sistemas de valores particulares muchos de ellos impregnados por elementos religiosos. Según esta postura, el fenómeno religioso sería uno de los elementos más relevantes dentro del debate sobre el pluralismo cultural en cuanto que sirve de guía, de orientación y de inspiración de las conductas.

Soy consciente de que en el tiempo que tengo asignado no puedo abordar temas de tanta complejidad conceptual, por ello, simplemente me voy a limitar a individualizar esquemáticamente cada una de las dos posibles posturas, para intentar dar una guías que puedan servir a encontrar una respuesta a la pregunta acerca de si en el ámbito de las sociedades democráticas es legítima la contribución de las religiones al debate bioético actual.

¹¹ Esta intervención forma parte de un artículo más extenso, publicado en la Revista Cuadernos de Bioética XXIII/1ª (2012), pp. 179-193.

I. EL PAPEL DEL ESTADO ANTE LAS CONVICCIONES RELIGIOSAS DE LOS CIUDADANOS

En la Edad Moderna, las guerras de religión dieron lugar a un contexto en el que los dogmas confesionales fueron considerados socialmente nocivos en la medida en que *invitaban* al conflicto. Siglos más tarde, la sucesión dogmas-religión-conflictos figura entre los tópicos más florecientes, hasta el punto de poder hablar de una cierta obsesión por el fenómeno religioso en determinados foros. La consecuencia, señala A. Ollero, es que, en el ámbito de la libertad religiosa, *tolerancia* acaba vinculándose con *secularización*, tanto histórica como culturalmente. Ahora, la conducta obligada es un forzoso alejamiento en el ámbito de lo público de los elementos que puedan relacionarse con lo confesional y religioso. La imposición de esta censura a lo religioso en la esfera pública provoca que la tolerancia tienda a identificarse con el *laicismo*, que, paradójicamente, acaba cobrando rango de obligada confesión civil¹².

A grandes rasgos ésta es la propuesta francesa: en nombre de la llamada *laïcité* se hace a todos teóricamente iguales ante el Estado. Se apoya en la idea de que una sociedad política no puede mantenerse si sus miembros no comparten algunos valores sustanciales comunes. Valores que poseen un carácter casi sacro, pero independientes de cualquier religión. Sin duda, detrás de esta creencia se puede vislumbrar la idea de la "religión civil" de Rousseau quien, siguiendo a Hobbes, distinguía las opiniones religiosas subjetivas de los valores de una "fe civil". Fe que el soberano debía definir y custodiar, de modo que los ciudadanos pudieran ser *súbditos buenos y leales*¹³. Este planteamiento es radicalmente monocultural y defiende la necesidad de una cultura ético-política nacional netamente separada de las religiones y de las iglesias, en comparación con las cuales ejerce una estricta neutralidad¹⁴. Las condiciones de *creyente* y *ciudadano* tienden a presentarse enfrentadas. Así, quienes tienen convicciones religiosas, se encuentran ante una alternativa desagradable: o participan en el foro público con un lenguaje basado en la falsedad de la trascendencia de lo que creen, o rehúsan traicionar sus convicciones, quedando así injustamente apartados de la discusión pública democrática. Esto nos lleva a la denuncia de algunos autores que

12 Cfr. Ollero, A., "Tolerancia, fundamentalismo y laicismo". En D'Agostino F., (a cura di), *Ius divinum. Fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica*, Giapichelli, Torino, 1998, 203-204.

13. Cfr. Rousseau, J. J., *Du contrat social ou principes du droit politique*, l. IV, cap. VIII, Milano, 2001, 195 y ss.

14. Cfr. Viola, F., "El papel público de la religión en la sociedad multicultural". En Aparisi, A y Díaz de Terán, M.C., *Pluralismo y democracia*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, 120.

sostienen que “lo secular no siempre es neutral sino que, con frecuencia, lo secular se convierte en un secularismo militante, adoptando posiciones valorativas muy específicas, claramente ofensivas respecto de los valores de muchos, como cuando se pretende descalificar las convicciones religiosas”¹⁵. El planteamiento de fondo puede resumirse así: es arriesgado e, incluso, peligroso permitir que los planteamientos éticos demasiado serios y fundados –y todos los que dejen adivinar un trasfondo religioso lo serían- se proyecten sobre lo público, por la inmensa posibilidad de conflictividad social derivada de su *fundamentalismo* innato.

Una de las facetas principales del arte de gobernar consiste en la búsqueda de la convivencia pacífica entre los ciudadanos. Tarea que no es sencilla, ya que éstos abrigan distintos valores. Por eso, se trata de buscar un modelo en el que todos se sientan implicados y, de este modo, se esfuercen en promover el bien común. Precisamente, una de de las grandes aportaciones europeas a la civilización universal es la convicción de que a través de razones es posible el sometimiento de lo político, de la fuerza, a la justicia. Y todo ello tiene como consecuencia que los gobernantes, cuando asumen la dirección del Estado, deben hacerlo con una actitud de sumar voluntades, de evitar exclusiones, de imparcialidad en el reparto de las cargas y beneficios.

Ahora bien, aquí hay que introducir un matiz, porque una cosa es esta básica imparcialidad, y otra muy distinta creer que el Estado debe abstenerse de cualquier toma de decisión allí donde haya, respecto de la moral o de lo religioso, una opción valorativa potencial o actualmente discutida entre los ciudadanos, como si tal abstención fuera necesaria para garantizar que todos los ciudadanos –a quienes se permitiría el mantenimiento en privado de sus elecciones- se sintieran igualmente amparados por el poder. Ante ciertos problemas, el Estado no puede permanecer neutral alegando que causan fracturas en la sociedad. En última instancia, gran parte de la vida social se rige por valores espirituales, que encuentran su expresión indirecta en el Código Penal, en la fijación de los días festivos, en la configuración de las instituciones sociales, en el carácter de la educación estatal, etc¹⁶.

15. Este sentimiento de ofensa es acusado por personas de credos religiosos muy distintos: católicos, islámicos, judíos o protestantes. Por citar sólo un testimonio menos conocido vid., *The Islamic Academy, Faith as the Basis of Education in a Multi-Faith Multi-Cultural Country. A Discussion Document*, Seminar sponsored by The Islamic Academy, University of Cambridge, 1990.

16. Cfr. Ibáñez-Martín, J.A., “¿Educar en convicciones atenta contra el espíritu democrático?”. En D’Agostino, F., (a cura di), *Ius divinum...*, cit. 147.

Me parece evidente, coincidiendo con la argumentación hecha por Viola¹⁷, que los valores constitucionales no pueden ser entendidos como una doctrina tolerante al modo del secularismo francés y no pueden, ni siquiera, ser considerados como un puro procedimiento, según la teoría de la justicia “política y no metafísica” al modo rawlsiano. En el primer caso, porque, como razona el autor italiano, nos inclinaríamos peligrosamente hacia el “Estado ético”, el otro adversario histórico del multiculturalismo; en el segundo, porque esto implicaría, inevitablemente, que la neutralidad en materia religiosa fuera necesariamente parte de la identidad del ciudadano. Pero, si el ciudadano en cuanto tal se desprende de sus identidades prepolíticas, la política se convierte para él en algo poco interesante, como de hecho está sucediendo. En realidad, los valores constitucionales son principios ético-políticos, es decir, no son una doctrina política ya consumada y definitiva sino un *ir haciéndose* que debe articularse como respuesta a cuestiones sociopolíticas concretas. Estas decisiones exigen que intervengan la interpretación y la argumentación así como el aporte de sucesivos valores que se alcanzan por medio del discurso público y la confrontación entre identidades culturales, individuales y colectivas, presentes en un determinado contexto sociopolítico¹⁸. Por ello, excluir a las religiones de la esfera público-política, significaría cercenar el constitucionalismo y la democracia y descender hacia una alternativa peligrosa: o una neutralidad interpretada como indiferencia religiosa¹⁹ o una laicidad entendida como religión civil *a lo Rousseau*²⁰.

17. Cfr. Viola, F., *op. cit.* 124.

18. En este horizonte de pensamiento se puede situar también la concepción del “pluralismo comprensivo” de Rosenfeld, que no puede discutirse aquí. Cfr. Rosenfeld, M., “Comprehensive Pluralism is neither an Overlapping Consensus nor a Modus Vivendi”. En *Cardozo Law Review*, 21 (2000), 1971-1997 y también sobre la misma cuestión, “Human Rights, Nationalism, Multiculturalism”. En *Cardozo Law Review*, 21 (2000), 1225-1242.

19. Pero ésta no es la única concepción de la neutralidad, ni siquiera la única de la postura liberal. Cfr. Mack, E., *Liberalism, Neutralism, and Rights* (1988), ahora en Sadurski, W. (ed.), *Law and Religion*, Dartmouth, Aldershot, 1992, 3-27 y Pastore, B., “Quali fondamenti per il liberalismo? Identità, diritti, comunità politica”. En *Diritto e società*, 3 (1997), 403-442.

20. Entraríamos aquí en la discusión entre realidades tan dispares como laicidad y laicismo. Siguiendo a A. Ollero, “Por laicismo habría que entender el diseño del Estado como absolutamente ajeno al fenómeno religioso. Su centro de gravedad sería más una no contaminación –marcada con atisbos de fundamentalismo [sobre esta afirmación cfr. Navarro-Valls, R., “La libertad religiosa en la Educación Escolar”. En de La Hera, A. y Martínez de Codes, R. M., (coords.), *Foro Iberoamericano sobre Libertad Religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002 382-383], si no de abierta beligerancia- que la indiferencia o la auténtica neutralidad. Esa tajante separación, que reenvía toda convicción religiosa al ámbito íntimo de la conciencia individual, puede acabar resultando, más que neutra, neutralizadora de su posible proyección sobre el ámbito público (...). Nada, sin embargo, más opuesto a la laicidad que enclaustrar determinados problemas civiles, al considerar que la preocupación por ellos derivaría inevitablemente de una indebida injerencia de lo sagrado en lo público”. Ollero, A., *España: ¿un Estado laico? La libertad religiosa en la perspectiva constitucional*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, 17-18. La trascendencia de esta discusión es innegable pero excede el propósito de este trabajo.

En consecuencia, tal y como concluye Viola, una sociedad política multicultural no exige un Estado neutral, si neutral se identifica con indiferente. Lo que una sociedad política multicultural reclama es un Estado imparcial, es decir, instituciones políticas que no excluyan de la deliberación pública los argumentos religiosos por el simple hecho de ser tales. Sólo cuando éstos u otros con diferentes orígenes, se hagan valer públicamente de modo irrespetuoso con los principios del constitucionalismo y de la democracia entonces deberán quedar al margen.

II. CONVICCIONES RELIGIOSAS Y DESARROLLO HUMANO

La pregunta clave aquí sería: ¿qué validez tienen las razones que invocan quienes hoy atacan a los que se atreven a tener convicciones (especialmente si son religiosas)? La cuestión no es baladí porque, con frecuencia, estos últimos se sienten públicamente descalificados, ya que la mentalidad dominante busca imponer el mensaje de que la democracia moderna exige a sus ciudadanos que mantengan una actitud de desconfianza hacia quienes mantienen convicciones firmes –más si son de carácter religioso²¹.

El ser humano es lo que es por su relación con el grupo al que pertenece, pero su pertenencia al grupo no agota su ser. La vida propia de la persona no se consume en su formar parte de una comunidad, sin tomar en consideración la mayor o menor importancia que quepa otorgar al ambiente social. Ciertamente, la vida de cada uno no se reduce a ser una simple suma de comportamientos impredecibles, carentes de unidad, consecuencia irremediable de formar parte de un grupo. Cada persona es dueña de su propia vida en la medida en que personalmente la orienta hacia unos objetivos concretos. Como afirma Ibáñez-Martín, “me sé paradigmáticamente libre cuando me esfuerzo por poner en práctica ciertos valores en los que creo encontrar el sentido de mi existencia”, y a continuación añade “todo aquello en lo que creo, y en lo que creo con tanta seguridad que me anima a superarme ante el peso de las dificultades de la realidad, son mis convicciones”²². Esa vida propia, esa identidad privativa de cada uno es algo esencialmente moral, que se basa en cómo cada uno interpreta las voces de su conciencia. Por eso, entre las primeras obligaciones de una

21 L. M. Pastor denunció hace ya algunos años que “en el ambiente cultural español es muy usual afirmar que el poseer creencias religiosas dificulta la tarea de estudiar, investigar y enseñar bioética”. Cfr. Pastor García, L. M., “Creencias religiosas y quehacer bioético”. En *Cuadernos de Bioética*, XIX, nº3 (2008), 485-494.

22. Ibáñez-Martín, J. A., *op. cit.* 151-152.

sociedad democrática debe estar necesariamente la de respetar el foro de la conciencia de cada uno de sus miembros, ya que ahí es donde se perfila la felicidad a la que individualmente se aspira²³.

No obstante, es cierto que a día de hoy existen en ocasiones algunas reservas cuando se hace alusión a las convicciones personales. De entre las principales razones pueden estar algunas experiencias de nuestra época, en la que hay quienes no han dudado en imponer sus convicciones a la fuerza. Por ello, algunos se inclinan a creer que, tal vez, la desaparición de las convicciones sea la condición necesaria para lograr una sociedad pacífica. A mi entender esta actitud es imposible de lograr porque todos tenemos convicciones, pudiendo ser éstas ideológicas o religiosas. Por ello pienso, como afirma A. Ollero, que "para preservar un abierto pluralismo es preciso aceptar una doble realidad: que no hay propuesta civil que no se fundamente directa o indirectamente en alguna convicción y que ha de considerarse por lo demás irrelevante que ésta tenga o no parentesco religioso"²⁴. Porque el problema no es tener una convicción o que ésta sea desacertada, sino aplicarla fanáticamente, pues tal forma de vivirla puede conducir a algunos a temer cualquier convicción. De ahí que sea necesario distinguir entre convicción y fanatismo, teniendo presente que una convicción impuesta por la fuerza es una *contradictio in terminis*²⁵. El fanático ambiciona algo que la persona con convicciones sabe que carece de sentido: se puede imponer a los demás un cierto comportamiento externo, pero *no se puede obligar a nadie a admitir ninguna idea, por absolutamente válida que sea o se anuncie*. Es cierto que, como dice Arellano, hay *formas existenciales de fanatismo* en donde la sociedad de masas, aprovechándose de los instrumentos manipuladores del momento y de la pasividad de los ciudadanos, mueve a aceptar ideas a menudo falsas, sin la mediación de la autoconsciencia²⁶. Pero las ideas que se incorporan así no poseen la firmeza de las verdaderas convicciones y, aunque pueden ser eficaces en tiempos de *homogeneidad social*, lo cierto es que son abandonadas con facilidad en cuanto la presión social cesa. Y son abandonadas precisamente por haberse implantado sin la

23 Cfr. Ibid., 161.

24 Ollero, A., *España, ¿un Estado laico?...*, cit. 25-26. También, Pastor García, L. M., "Creencias religiosas y quehacer bioético". En *Cuadernos de Bioética*, XIX, nº3 (2008), 485-494.

25 Cfr. Ibáñez-Martín, J. A., *op. cit.* 153-154. Idea que recogía ya el Concilio Vaticano II, en 1965, al afirmar que "la verdad no se impone sino por la fuerza de la misma verdad, que penetra, con suavidad y firmeza a la vez, en las almas" (*Dignitatis Humanae*, 1).

26 Cfr. Arellano, J., "El acontecimiento absoluto del "encontrarse-existiendo". En AAVV., *El hombre: inmanencia y trascendencia*, Pamplona, 1991, 538-542.

mediación de una reflexión crítica personal, que es la que las convierte en verdaderamente nuestras²⁷.

III. ¿QUÉ PUEDEN APORTAR LAS RELIGIONES AL DEBATE BIOÉTICO?

Siguiendo el esquema propuesto al inicio de estas páginas, llega el momento de plantearse la cuestión acerca de qué aportaciones pueden hacer las religiones al debate bioético. Tal y como se ha afirmado anteriormente, los seres humanos pertenecemos a diversas comunidades, la gran mayoría impregnadas de valores religiosos. Las religiones suponen un potente factor cultural, un fuerte sistema de valores que inspira, orienta, guía y con los que un grupo humano se identifica²⁸. La impronta de la religión –según las distintas formas culturales- se puede apreciar en los comportamientos y actitudes de cada individuo²⁹. Las religiones constituyen un componente importante que merece una atención especial y justifica, en mi opinión, que las sociedades actuales sean sensibles al factor religioso. Autores como Habermas afirman que si bien la fe y el saber se diferencian claramente entre sí, al mismo tiempo mantienen una relación constructiva, sobre todo a la hora de abordar cuestiones sociales particularmente urgentes, como, por ejemplo, la bioética. En este orden de cosas, “la religión se revela como un recurso moral importante, toda vez que los ciudadanos religiosos disponen de un particular potencial de fundamentación a la hora de abordar cuestiones de orden moral. En su función de fundadora de sentido, la

27 Cfr. Ibáñez-Martín, J.A., *op. cit.* 156. Actitud que, además, resultaría especialmente inadecuada a la hora de tratar a los católicos “dado que la misma doctrina que profesan aspira a asumir unas exigencias éticas cognoscibles sin necesidad de revelación sobrenatural, abiertas por definición a la argumentación racional”. Ollero, A., “Tolerancia, fundamentalismo...”, cit. 210. Además, destaca Ibáñez-Martín que cabría añadir un hecho constatable de facto y es que “las convicciones cristianas, teórica e históricamente, han mostrado que favorecen la construcción de la democracia, lo cual es muy razonable pues el cristianismo enseña la común dignidad de todos los hombres y tiene especial predilección por los pobres, por los pequeños, por quienes carecen de posibilidades de hacerse oír en el debate de la vida pública”. Ibáñez-Martín, J.A., *op. cit.* 164.

28. Cfr. dalla Torre, G., *Le frontiere della vita*, Studium, Roma, 1998, 193-194.

29 Cfr. Reder, M. y Smidt, J., “Habermas y la religión”. En Habermas, J. y cols., *Carta al Papa. Consideraciones sobre la fe*, Paidós, Barcelona, 2009, 16. Muy interesante a este respecto el artículo de J.M. Burgos Velasco, “Las convicciones religiosas en la argumentación bioética. Dos perspectivas secularistas diferentes: Sádaba y Habermas-Rawls”. En *Cuadernos de Bioética*, XIX, nº65 (2008), pp. 29-41. En dicho artículo el autor expone con gran claridad como sólo desde una perspectiva secular “abierta”, como puede ser la de Habermas y Rawls, pueden ponerse las bases para un diálogo sereno y fructífero en el debate bioético.

religión suministra una base moral para el discurso público, y en tal sentido desempeña una función importante en el ámbito de la vida pública³⁰.

En un plano más concreto, podemos señalar varios testimonios de carácter religioso que pueden contribuir a lograr una base fundamentadora de respuestas en el contexto bioético:

-Las grandes religiones monoteístas (cristianismo, judaísmo e islamismo)³¹ conciben al ser humano como imagen de divinidad, lo que supone una mayor valoración de su dignidad intrínseca. La vida humana se concibe como poseedora de un valor sacro, desde su inicio hasta su fin. Esta cualidad permite a las religiones observar con espíritu crítico los diversos avances que se producen en el contexto biotecnológico, convirtiéndolas en autoridad moral para alertar contra cualquier tipo de excesos en esta materia. Excesos especialmente posibles en este ámbito, donde los extraordinarios progresos científicos pueden conllevar la pretensión de dominar arbitrariamente la vida³².

-Además, es preciso recordar que las grandes religiones tienen una larga tradición en la llamada *ética médica* y *ética del cuidado*³³. Entre sus preceptos destaca el deber de amar al prójimo como uno de sus principales. El amor a los demás implica una llamada a la excelencia moral, que contribuye a humanizar la bioética, y, dentro del deber de amar al prójimo, las religiones insisten prioritariamente en la predilección por los pobres, los desvalidos, los marginados. Las religiones subrayan la dimensión de la solidaridad, de la defensa del débil, del desaventajado, del sufriente. Se trata de una perspectiva que los avances biotecnológicos no pueden ni debe olvidar y que se

30 Ibid., 29. Sobre las aportaciones de las principales religiones monoteístas a la evolución de la ciencia, cfr. Ballesteros, J., "La religión, ¿freno o motor de la ciencia?". En *Cuadernos de Bioética*, XIX, nº 3 (2008), pp. 479-484.

31 No obstante, es preciso advertir el problema institucional (con su correspondiente dimensión doctrinal) basado en la diversidad organizativa que se encuentra en las distintas religiones. Por ello, es difícil hablar de una posición doctrinal oficial ya que sólo la Iglesia Católica presenta un Magisterio y es la única que posee un cuerpo doctrinal propio y unitario. Los documentos en los que se recoge la doctrina de la Iglesia Católica pueden consultarse en www.vatican.va. Para la posición de otras Iglesias cristianas, del Judaísmo y del Islamismo, cfr., entre otros, Spisanti, S., *Bioética e Grandi religioni*, Ed. Paoline, Milano, 1987; Biagi, L. e Pegoraro, R., *Religioni e bioetica. Un confronto sugli inizi della vita*, Fondazione Lanza, Padova, 1997; Martín Sánchez, I. (coord.), *Bioética, Religión y Salud.*, B.O.C.M., Madrid, 2005.

32 Cfr. Martín Sánchez, I. (coord.), *op.cit.* 43-44.

33 Cfr. Spisanti, S., *Documenti di deontologia e etica medica*, Ed. Paoline, Milano, 1985; Spisanti, S., *Bioética e Grandi religioni*, Ed. Paoline, Milano, 1987; Biagi, L. e Pegoraro, R., *Religioni e bioetica. Un confronto sugli inizi della vita*, Fondazione Lanza, Padova, 1997.

sostiene con argumentaciones accesibles también a los no creyentes, lo que dota a este criterio de un alcance especial en el ámbito de la bioética³⁴.

-Por otra parte, las religiones poseen una rica tradición de enseñanzas respecto de experiencias críticas de la vida, como el dolor, la enfermedad, la muerte, que son cuestiones propias del debate bioético. De acuerdo con dichas enseñanzas, estas situaciones, vividas desde una dimensión espiritual, sobrenatural, adquieren un sentido. El dolor, la enfermedad, el sufrimiento, pueden servir para borrar las culpas, expiar los pecados, santificar la vida. Además, pueden ser una ayuda de perfeccionamiento moral. La muerte, por su parte, se contempla como una liberación que abre el camino a una vida trascendente más plena, no se contempla como un fin sino como el principio de una nueva vida eterna³⁵. Por ello, estas situaciones, que necesariamente la bioética debe examinar, pueden cobrar un nuevo significado a la luz de las enseñanzas religiosas³⁶.

IV. CONCLUSIONES

Me proponía al inicio de esta intervención dar algunos argumentos acerca de la posible legitimidad de la contribución de las religiones a la reflexión bioética actual. El análisis realizado me permite extraer unas conclusiones que pienso pueden ayudar a enriquecer el debate actual.

El punto de partida lo constituye la constatación de que el ámbito de estudio de la bioética se centra en cuestiones de vital importancia que afectan a lo más íntimo de la persona, como es la vida, la muerte, la salud, la enfermedad. Y la valoración acerca de estas cuestiones, en muchas ocasiones, está condicionada por convicciones religiosas.

Dichas convicciones forman parte de nuestra identidad y, dado que es propio de un Estado democrático proteger la identidad de sus ciudadanos porque ello contribuye a la realización efectiva de su bien y de su desarrollo personal, a mi entender no es legítimo excluir a parte de la población del debate bioético argumentando que sus convicciones tienen una base religiosa. Es más, pienso que, como afirma Habermas, las posturas basadas en la religión deben ocupar un lugar

34 Cfr. Martín Sánchez, I. (coord.), *op.cit.* 43-44. Cfr. También Sartori, L., "Valori della vita e religión". En Biagi, L. e Pegoraro, R., *op.cit.* 441.

35 *Ibid.*, 44.

36 *Ibid.*, 45.

legítimo en la vida pública y política. La sociedad política debe reconocer oficialmente “que las manifestaciones religiosas pueden hacer una contribución importante en el esclarecimiento de cuestiones fundamentales controvertidas”³⁷. Y las cuestiones que se debaten en el contexto bioético sin duda lo son.

Que un Estado se declare laico no significa que sea indiferente o contrario a las convicciones religiosas de sus ciudadanos. Lo que implica es que los poderes públicos no sólo han de respetar sus convicciones, sino que han de posibilitar que éstas sean adecuadamente ilustradas por las confesiones a que pertenecen³⁸. Lo característico de un Estado democrático es el intercambio legítimo entre la religión –en sentido genérico- y el mundo secular³⁹. En definitiva, la argumentación esbozada a lo largo de estas páginas me lleva a valorar positivamente las aportaciones que las religiones puedan hacer en el campo de la reflexión bioética actual.

37 Habermas, J., “La conciencia de lo que falta”. En Habermas, J. y cols., *op.cit.* 73.

38 A este respecto el artículo 16.3 CE señala “la obligación de los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española”. Un desarrollo de esta cuestión puede consultarse en Ollero, A., *España: ¿un Estado laico?...*, cit. 50 y ss.

39 Cfr. Habermas, J. y cols. *op. cit.*, 28-29

LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO POR "WRONGFUL LIFE" AL HIJO INDESEADO: EL "DERECHO A NO NACER" Y OTRAS CONTRADICCIONES DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

ELISABETTA MAZZILLI*

Universidad de Navarra

Pamplona. España

Los Tribunales españoles, que desde hace quince años se han visto obligados a decidir directa o indirectamente sobre casos de "wrongful birth" y "wrongful life"⁴⁰, han mantenido una línea *formalmente* contraria a reconocer que el nacimiento y la vida de un individuo afectado por alguna enfermedad congénita constituyan un daño indemnizable⁴¹.

Además, a tenor de las escasas sentencias que se pronuncian específicamente sobre casos de *wrongful life*, resulta extremadamente clara la negativa del ordenamiento a acoger tales tipos de peticiones, en atención a la imposibilidad de realizar una separación entre el daño reclamado y la vida del niño⁴².

Dicha orientación jurisprudencial, que rehúsa admitir las acciones de responsabilidad por "vida injusta" por estar fundadas en criterios contrarios a los que inspiran el ordenamiento jurídico español, es indicativa de la consecuente inadmisibilidad de un hipotético "derecho a no nacer si no sano" que está en la base de las *wrongful life actions*.

* Personal Docente e Investigador en Formación, Departamento de Derecho Privado, Internacional y de la Empresa, Universidad de Navarra. El presente texto representa un resumen de la ponencia que ha tenido lugar en ocasión de la Jornada de Trabajo de la Universidad de Navarra titulada "Los límites de la diferencia: la protección de la diversidad cultural y religiosa en el Derecho contemporáneo" (5 de octubre de 2012) en el marco del Proyecto Jerónimo de Ayanz "Mujer. Menor. Minorías culturales y religiosas. La protección de los derechos humanos en el siglo XXI" del Gobierno de Navarra. Para una versión más desarrollada de este tema, cfr. MAZZILLI, E., *La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas*, en Aranzadi Civil-Mercantil num. 10/2012 parte Estudio, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona. 2012 (BIB 2011/879) y MAZZILLI, E., *Un'indiretta ammissione del "diritto a non nascere" nel sistema giurisprudenziale spagnolo: il problema del risarcimento del danno al figlio indesiderato*, en curso de publicación en Rivista italiana di Medicina Legale, núm. 3/2012, Ed. Giuffrè, Milano 2012.

⁴⁰ Para una definición de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ofrecida por la jurisprudencia, véanse, en particular, entre las Sentencias del Tribunal Supremo, la núm. 495/1997 de 6 de junio (Sección Civil) y la núm. 447/2001 de 11 de mayo (Sección Civil).

⁴¹ El punto álgido de esta orientación está representado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) núm. 485/2006 de 29 de noviembre, que siguiendo una línea ya marcada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establece que: «no puede decirse que las acciones de "wrongful life" o vida injusta (...) encuentren fundamento en nuestro Derecho (...)» y que «no resulta posible considerar indemnizable el hecho mismo del nacimiento y de la vida discapacitada (...) rechazándose así en definitiva la posibilidad de estimar acciones de responsabilidad por vida injusta ("wrongful life") en nuestro ordenamiento jurídico».

⁴² Para una reflexión sobre el tema cfr. MACÍA MORILLO, A., *Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008*, en "Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid", núm. 18, 2008-II, pág. 197.

Sin embargo, de un análisis más profundo de todas las sentencias emitidas sobre el tema se puede inferir la existencia de dos grupos de sentencias "anómalas" respecto de la prevalente orientación jurisprudencial descrita y que conllevan, por lo tanto, una indirecta admisión de las acciones de *wrongful life* en el ordenamiento jurídico español.

Se ha tratado, hasta la fecha, de unos pocos casos aislados pero aun así aptos para desencadenar dudas razonables en relación con la real orientación del Tribunal Supremo - y, por ende, de la jurisprudencia menor- sobre el tema.

Entre las resoluciones que se pueden considerar precisamente "anómalas" sobre el tema de la "vida injusta" se encuentran en primer lugar un grupo de sentencias que definen directa o indirectamente el mismo "nacimiento" del individuo "indeseado" como un daño. Esta circunstancia conlleva la individuación, por inmediata derivación, de la misma "vida" del individuo enfermo como daño y, en consecuencia, de un hipotético "derecho a no nacer si no sano" del mismo sujeto, directamente traducible en la plena justificación de las acciones de *wrongful life* en el ordenamiento español.

En esta línea se inserta, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997⁴³, la primera en materia de nacimiento indeseado, en la que se concedió una indemnización considerable⁴⁴ a una mujer a la que el médico no comunicó el fracaso de la prueba de amniocentesis, impidiendo la repetición de dicha prueba dentro del lapso de tiempo en el que aún era legalmente posible el recurso a la interrupción voluntaria del embarazo: el médico que no comunicó tempestivamente tal circunstancia fue condenado, solidariamente con el Servicio público de Salud Valenciano, a indemnizar en razón del daño moral⁴⁵ identificado en el «*nacimiento de un ser que padece el Síndrome de Down (...); lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo*».

En la misma línea se insertan otras dos decisiones significativas y relativamente más recientes del mismo Tribunal: se trata de las Sentencias de 21 de diciembre de 2005⁴⁶ y de 4 de noviembre de 2005⁴⁷.

En el primer fallo en cuestión -que resuelve otro caso de error de diagnóstico prenatal⁴⁸ que originó un "falso negativo"⁴⁹ excluyente el Síndrome de Down en el feto- el Tribunal, para

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección Civil) núm. 495/1997 de 6 de junio.

⁴⁴ En el caso concreto se concedió un importe de 50.000.000 de pesetas, equivalente a 300.506,05 euros.

⁴⁵ En la sentencia, se habla expresamente de "perjuicio o daño" especificándose luego que dicho daño "no es patrimonial".

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1002/2005 de 21 de diciembre.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2005.

definir el contenido del daño patrimonial, afirma que «*el niño no representa un daño más allá del que comporta ese plus que resulta de la discapacidad*», sosteniendo así de manera indirecta que hijo discapacitado constituye en sí una verdadera *fuentes de daños patrimoniales*, limitadamente a los gastos extra que su enfermedad conlleva.

En la segunda sentencia de 2005, el Tribunal Supremo habla de un «*daño indudable producido a la madre actora con el nacimiento de un hijo aquejado del síndrome de Down*», con evidente identificación del daño con el nacimiento del niño enfermo.

En relación con este primer grupo de fallos “anómalos”, hay que evidenciar – en línea con la opinión de la doctrina mayoritaria⁵⁰ – que la consideración de la “vida en sí” como daño contrasta gravemente con el dictado constitucional, que en su artículo 10.1 considera la dignidad humana como “fundamento del orden político y de la paz social” y en su artículo 15 reconoce y defiende el derecho a la vida.

También existe grave infracción del artículo 10 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006⁵¹ que establece que «*Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás*»⁵².

De tales principios se deduce no solamente que el nacimiento de un sujeto -aun cuando discapacitado- no se puede nunca definir como un “daño”, sino también que el derecho a la vida no se reconoce solamente a todas las personas, sino a todos los “seres humanos”, dando cabida así a una extensión de tal derecho al concebido no nacido, que para el ordenamiento jurídico todavía no es persona.

⁴⁸ En concreto, se practicó el método de diagnóstico prenatal consistente en una biopsia Corial transabdominal bajo control ecográfico.

⁴⁹ La doctrina científica habla a tal efecto de “falso negativo” como origen o causa de imputación de la responsabilidad civil al médico: se trata precisamente de un comportamiento activo u omisivo, a través del cual se proporciona a la gestante la falsa información de la ausencia de malformaciones en el feto, a pesar de la existencia de la tecnología y de los conocimientos científicos suficientes como para obtener un diagnóstico correcto que refleje adecuadamente el estado patológico en cuestión.

⁵⁰ Cfr., por todos: DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano*, en AA.VV., *Daños en el derecho de familia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, pág. 23, que afirma: «*En mi opinión, el nacimiento de un ser humano nunca puede constituir un daño resarcible, porque la vida es un bien constitucionalmente protegido, con independencia de la percepción que la persona pueda tener acerca del valor de su propia existencia*».

⁵¹ La Convención ha sido ratificada por España por Instrumento de 23 de noviembre de 2007.

⁵² La Convención reconoce además en su Preámbulo que «*la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano*», para seguidamente afirmar en su artículo 1 que el propósito de la Convención es el de «*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad (...)*».

Un segundo grupo de sentencias que se pueden definir “anómalas” comprende los fallos que, concediendo una indemnización del daño también al sujeto que nació “no sano”, admiten indirectamente la existencia de un daño por *wrongful life*.

Primera en orden cronológico se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003⁵³ que en un caso de omisión de diagnóstico de distintas malformaciones y anomalías físicas graves en el feto⁵⁴, confirma indirectamente la legitimación activa del hijo en la acción de reclamación de daños⁵⁵.

En una Sentencia más reciente, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana⁵⁶ concedió a los padres de una niña con Síndrome de Down una suma de 140.000 euros en concepto de indemnización del daño moral y se reconoció a favor de la misma hija – en cuyo nombre los padres también actuaban- una pensión de 1.051 euros mensuales en concepto de daño material (“*cantidad que se reclama para la atención a la menor (...) de por vida*”), reconocimiento que el mismo Tribunal consideró “equitativo”.

Última en términos cronológicos, pero no menos importante en cuanto al contenido es la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010⁵⁷ que, además de conceder a los padres del niño con Síndrome de Down una indemnización para los daños morales y patrimoniales, añade una pensión vitalicia de 1.500 euros mensuales a favor del mismo hijo.

En relación con este segundo grupo de sentencias, se puede destacar que el hijo discapacitado se considera sujeto que ha sufrido un daño, “víctima” directa de aquél, y por eso indemnizado. El daño se identificaría a su vez con la vida *en cuanto* que caracterizada por la enfermedad; sin embargo, la única alternativa a una “vida enferma” en caso de patologías *congénitas*, como es el caso, sería la de *no haber nacido*⁵⁸. A este propósito, tenemos que poner de relieve que en el ordenamiento jurídico español no existe la posibilidad de reclamar un

⁵³ STS núm. 1184/2003 de 18 de diciembre (Sección 1ª Civil).

⁵⁴ Entre ellas, ausencia del riñón izquierdo así como de la entera estructura ósea de la parte izquierda de la cadera.

⁵⁵ En particular el Tribunal acogió el recurso en contra de la sentencia de segundo grado (que rechazó la demanda de indemnización de daños), en la que los recurrentes –padres del niño enfermo- actuaban también en representación de su hijo. El Tribunal concedió a los actores (los padres y el mismo hijo) un importe de 120.000 de pesetas (721.215 euros).

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la C. Valenciana (Sección 2ª Contencioso-Administrativa) núm. 1390/2009 de 23 de octubre.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 4ª Contencioso-Administrativa) de 16 de junio de 2010. El fallo decide sobre un caso de responsabilidad sanitaria por un intercambio de resultados de la prueba de amniocentesis de la actora con los de otra mujer que dio lugar a un falso negativo acerca del estado de salud del niño, afectado, en cambio, por el Síndrome de Down.

⁵⁸ Nótese que lo único que se podía evitar era fundamentalmente el nacimiento, no la enfermedad.

“derecho a no nacer”⁵⁹, siendo el aborto una prerrogativa exclusiva de la madre y no existiendo un derecho del hijo a que la madre aborte en consideración de su malformación o enfermedad.

Sin embargo, de esas sentencias se puede deducir que el nacimiento de un hijo “indeseado” se ha considerado como un *daño* merecedor de reparación económica, dando cabida a acciones de *wrongful life* en el ordenamiento español a pesar de su formal exclusión.

En conclusión, hay que constatar la ausencia de una línea jurisprudencial unitaria sobre el tema del *wrongful life*: todavía es pronto para considerar “consolidada” la orientación del Tribunal Supremo y de diversas Audiencias Provinciales que excluyen tal tipo de acciones, sobre todo frente a las sentencias “anómalas” que han sido objeto de análisis.

Estas últimas sentencias han revelado contradicciones internas importantes, al contrastar la definición de “daño” ofrecida o las resoluciones indemnizatorias adoptadas en el caso concreto con los principios constitucionalmente consagrados de tutela de la vida y de la dignidad humana.

La importancia del tema requiere indudablemente una intervención legislativa expresa, que ofrezca a los jueces unas claras indicaciones acerca de la posibilidad o no de conceder indemnizaciones por casos de *wrongful life*⁶⁰.

En segundo lugar, hay que constatar la urgencia de instaurar un sistema unitario de cuantificación del daño para los casos de *wrongful birth* que, orientando el juez en los casos concretos, evite excesivas disparidades de tratamiento de situaciones similares o – sobre todo– indemnizaciones indebidas a los hijos “indeseados”, contrarias, además, a los principios constitucionales antes descritos.

A este propósito, sería además necesario delimitar con extrema claridad la posibilidad de extender las pretensiones indemnizatorias que están a la base de las acciones de *wrongful birth*, para evitar –en el caso de concurrencia con las demandas de los hijos por *wrongful life*– inútiles e ineficientes duplicaciones indemnizatorias.

⁵⁹ Cfr. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca núm. 485/2006 de 29 de noviembre (cit.), en la que se afirma que «el derecho constitucional a la vida (art. 15 CE) no contempla ningún conflicto entre el derecho a la vida del feto y un supuesto derecho a no nacer con graves malformaciones, pues de lo contrario se llegaría a situaciones rocambolescas como la de admitir eventuales demandas interpuestas por un hijo nacido con malformaciones contra la madre que, conociendo la existencia de esas malformaciones, decidió libremente no interrumpir el embarazo a pesar de tener la posibilidad de hacerlo».

⁶⁰ A este propósito sería interesante considerar, en perspectiva comparada, la solución adoptada por Francia con el *Code de l'action sociale et des familles*, que en su artículo L. 114-5 excluye claramente la posibilidad de indemnizar los casos de *wrongful life*, si bien admitiendo, limitadamente a los daños morales, la indemnización por *wrongful birth*.