

ASPECTOS CENTRALES DE LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN Y PROPUESTA PARA ARTICULADO DE PROYECTO CONSTITUCIONAL.

PRESENTACIÓN DE TOMÁS HENRÍQUEZ, ABOGADO DE ADF INTERNATIONAL, ANTE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL DE CHILE.

SANTIAGO, 9 DE DICIEMBRE DE 2021.

- En materia de libertad religiosa, la actual constitución es extremadamente exigua e imprecisa respecto de su objeto de protección. En la actualidad, la constitución dedica la mayoría del numeral 6 a la cuestión del derecho de las confesiones religiosas a erigir templos, por razones históricas que en principio han sido superadas y hoy agradecidamente resulta impensable que no se garantice el derecho de todas las confesiones religiosas a erigir templos y recibir un trato acorde al principio de igualdad por parte del Estado.
- Como bien saben, hoy es el artículo 19 número 6 de la Constitución el que consagra esta garantía, la que separa entre la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias, y el ejercicio libre de todos los cultos. Una primera observación al respecto es que se suele utilizar la nomenclatura de la libertad de cultos, pero que esta es inapropiada desde la mirada del derecho internacional de derechos humanos, porque da la impresión errónea de que lo protegido es concretamente el culto mismo, lo que no es así. En cambio, el nombre apropiado corresponde a la **libertad de pensamiento, de conciencia y de religión**, siguiendo en esto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque esta última separa la libertad de pensamiento para agruparla junto a la libertad de expresión.
- En general, y a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el límite infranqueable que se ha fijado para el trabajo de esta convención, podemos decir que el nuevo texto constitucional realizaría un enorme avance en el reconocimiento de esta libertad y los derechos que ella conlleva, con el solo hecho de ampliarse en línea con las convenciones internacionales y su desarrollo en el derecho internacional.
 - En cuanto a la libertad de pensamiento, basta decir que ella no tiene desarrollo en la constitución de 1980, y simplemente se ha entendido que ella se subsume en el actual numeral 6 y 12, con la libertad de pensamiento. Una primera tarea, entonces, consiste en darle reconocimiento y protección autónoma a esta libertad.
 - Sobre la libertad de conciencia y religión, el desarrollo del derecho en la constitución debiera al menos contemplar la garantía explícita para toda persona de **“adoptar, modificar o renunciar a sus creencias o religión en forma individual, como también la de afirmar, expresar, transmitir, enseñar, practicar y observar su fe y creencias, sin ser perturbado por ello ni por parte del Estado ni por privados, sea que realice estos actos en forma individual como en comunidad, en público como en privado.”**

- Los elementos que he mencionado en esta aproximación corresponden a una amalgama que surge de los textos de los tratados del cuerpo jurídico que es el derecho internacional de los derechos humanos, así como también de la ley 19. 638 de 1999, que recoge en buena medida el contenido específico y concreto de este derecho, y que representa el consenso de nuestra tradición jurídica, y que debiera ser elevado al carácter de norma constitucional.
- Algo que me parece de absoluta y vital importancia es poner de relieve que estamos hablando sobre un derecho humano que es conocido como la primera de las libertades, y que forma parte de la primera generación de derechos humanos. Por lo mismo, la protección que debe el Estado a esta libertad no puede ser menos que para los demás derechos y libertades, siendo extremadamente estrictos en la limitación de este derecho. En este sentido, es un elemento común de todos los tratados el disponer que la libertad de religión reconoce como límite los derechos o libertades de otros, junto con la seguridad, la salud, la moral o el orden públicos. Pero de manera adicional, sugiero que la consagración de este derecho incluya la explicitación del estándar a superar para que sus limitaciones sean legítimas, y que este sea el de escrutinio estricto. Esto es, que la restricción sea lícita siempre que ella sea necesaria para la consecución de un fin imperioso, y que no exista ningún otro medio menos restrictivo para alcanzar la realización del fin.

• Otro aspecto que se encuentra protegido por la libertad de religión a partir de los tratados, es el **ejercicio colectivo de derechos por parte de los miembros de una comunidad religiosa**, en lo que refiere a su autonomía frente al Estado. Existe un consenso jurisprudencial entre el sistema europeo y universal de derechos humanos, en base a normas esencialmente idénticas a las del sistema americano, que en su conjunto se ha entendido que garantizan:

- a. Protección en contra de la interferencia injustificada del Estado, en resguardo de su libertad asociativa.¹
- b. Reconocimiento de que la autonomía se protege en interés de la comunidad y de cada uno de sus miembros activos, para el goce de su libertad de religión.²
- c. Reconocimiento de que el derecho a la libertad de religión de quienes disienten de una comunidad religiosa se ejerce por medio de la opción de dejar dicha comunidad.³
- d. Reconocimiento del derecho de las comunidades religiosas a reaccionar, de conformidad con sus propias reglas e intereses, a cualquier movimiento disidente que emerja internamente y que amenace su cohesión, imagen e integridad, sin que sea el rol del Estado el actuar como árbitro entre las distintas facciones.⁴

¹ TEDH. Fernández Martínez v. España, Gran Sala.2014. Párr. 127.

² Ibid.

³ Ibid., párr. 128.

⁴ Ibid.

- e. Reconocimiento de que el derecho a la libertad de religión excluye la discreción del Estado para determinar si las creencias religiosas y los medios usados para expresarlos son legítimos.⁵
 - f. La autonomía de la comunidad religiosa previene de cualquier intento del Estado en obligar a la comunidad religiosa admitir o excluir a cualquier individuo, o el confiar en una persona un determinado cargo religioso.⁶
 - g. El derecho de la comunidad religiosa, por intermedio de sus autoridades reconocidas según sus reglas internas, de decidir si una persona ya no es idónea para enseñar su religión, a su total discreción.⁷
 - h. El hecho de que los profesores de religión confesional tienen el carácter de representantes de la comunidad religiosa que los reconoce como tales.⁸
- Así, tomando todo lo anterior en consideración, nuestra sugerencia es que este derecho debiera además contemplar una cláusula que explicita que “las comunidades o confesiones religiosas gozarán de autonomía para la consecución de sus fines.”
 - Porque no me queda más tiempo, sólo enuncio que el artículo final debiera a su vez considerar de forma explícita el derecho preferente de los padres a que sus hijos reciban una educación moral y religiosa que sea acorde con sus convicciones, reflejando lo que ya es norma vinculante en el derecho internacional de los derechos humanos.
 - Finalmente, y aunque esto no es una obligación derivada de los tratados de DDHH, sí invito a la convención a considerar y reconocer que el Chile que habitamos es uno con una profunda raigambre religiosa, en que el fenómeno religioso debiera ser acogido y beneficiado, porque es el derecho de cada persona el vivir su fe, y vivirla en una comunidad política que la comprende como un bien a ser promovido, y no un mal a ser evitado.

⁵ Ibid., párr. 129. El voto de minoría señala que “el Estado no puede examinar los motivos religiosos de las decisiones, pero sí deben verificar que ella no produzca efectos que constituyan una interferencia desproporcionada con los derechos fundamentales de los afectados por la decisión”. TEDH. Fernández Martínez v. España, Gran Sala, voto de minoría. 2014. Párr. 21.

⁶ Ibid.

⁷ TEDH. Fernández Martínez v. España, Gran Sala, voto de minoría. 2014. Párr. 24, con remisión expresa al párrafo 128 de la opinión de la mayoría, ya referenciado.

⁸ Ver, TEDH. Fernández Martínez v. España, Gran Sala. 2014., existiendo acuerdo sobre este punto entre el voto de mayoría y de minoría. El voto de la mayoría acepta el hecho de que el profesor de religión confesional es un representante de la comunidad religiosa respectiva, por lo cual se le sujeta a un deber aumentado de lealtad atendiendo al desempeño de tan crucial función (párr. 132 y 134). El voto de la minoría, suscrito por todos los restantes jueces, acepta la misma premisa al conceder que no es objeto de cuestionamiento que el Obispo considerase que el demandante ya no era idóneo para enseñar la religión y ética católicas (párr. 24). Luego, el voto de minoría afirma que “desde una perspectiva externa él era considerado a todo evento como mandatado por la iglesia católica para enseñar la religión católica” (párr. 30), y que siendo un empleado de la autoridad educativa pública “al mismo tiempo debía una lealtad específica a la Iglesia Católica” (párr. 30).

A raíz de lo anterior, se propone como articulado para el proyecto de constitución, el siguiente:

“La Constitución asegura a todas las personas:

1. La libertad de pensamiento, conciencia y religión. En razón de este derecho, toda persona gozará de la libertad para adoptar, modificar o renunciar a sus creencias o religión en forma individual, como también la de afirmar, expresar, profesar, transmitir, enseñar, practicar y observar su fe y creencias, sin ser perturbado por ello ni por parte del Estado ni por privados, sea que realice estos actos en forma individual como en comunidad, en público como en privado. Esta garantía incluye expresamente a las espiritualidades y cosmovisiones de los pueblos ancestrales.

El Estado no podrá coaccionar a persona alguna para actuar en contra sus convicciones o creencias religiosas y toda persona puede abstenerse de realizar conductas contrarias a ellas.

Este derecho no estará sujeto a otras limitaciones que las estrictamente necesarias para la preservación de la seguridad, salud, moral u orden público, o los derechos y libertades determinadas de otros, y siempre que no existan otras medidas alternativas que permitan alcanzar dicho objetivo.

2. Se reconoce a las comunidades o confesiones religiosas como sujetos de derecho y su plena autonomía e igual trato para el desarrollo de sus fines, conforme a su régimen propio. Podrán celebrarse acuerdos de cooperación con ellas. Podrán erigir templos, dependencias y lugares para el culto, los cuales estarán exentos de toda clase de contribuciones. Los daños causados a dichos templos, dependencias y lugares para el culto y a las personas en el ejercicio de este derecho se consideran un atentado contra los derechos humanos de los afectados.

3. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa, espiritual y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

Muchas gracias.